

AUSGABE 5/2008

S. 234 - 268

3. Jahrgang

### Inhalt

#### AUFSÄTZE

##### *Strafrecht*

**Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig?**

**Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts**

Von Wiss. Assistent Dr. Luís Greco, LL.M., München

234

##### *Strafprozessrecht*

**Der gesetzliche Richter und die Strafzumessung – Zur Verfassungswidrigkeit des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO  
Zugleich Besprechung von BVerfG, Beschl. v. 14. Juni 2007**

Von Wiss. Mitarbeiter Jan Dehne-Niemann, Heidelberg

239

##### *Internationales Strafrecht*

**Die Strafbarkeit der Bildung krimineller Vereinigungen nach brasilianischem Recht**

Von Dr. Sven Peterke, Brasilia

256

#### BUCHREZENSIONEN

##### *Strafrecht*

**Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006**

(Prof. Dr. Thomas Rotsch, Augsburg)

263

##### *Strafprozessrecht*

**Wilhelm Krekeler/Markus Löffelmann (Hrsg.), Anwaltkommentar Strafprozessordnung, 2007**

(Prof. Dr. Karl Heinz Gössel, München)

264

##### *Strafrecht*

**Arnd Koch, Denunciatio, 2006**

(Dr. Jens Dallmeyer, Frankfurt a.M.)

267

#### Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dres. h.c. Bernd Schünemann

#### Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

#### Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

#### Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai Ambos

International Advisory Board

#### Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

#### Internetauftritt

René Grellert

#### ISSN

1863-6470

# Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Von Wiss. Assistent Dr. **Luís Greco**, LL.M., München

*Das Bundesverfassungsgericht befasste sich jüngst mit der Verfassungsmäßigkeit des strafbewehrten Inzestverbots (§ 173 StGB).<sup>1</sup> Dass das Gericht keine Verfassungswidrigkeit erkennen konnte, wird nur die wenigsten überrascht haben. In der vorliegenden Abhandlung geht es in erster Linie weniger um dieses Ergebnis und um die einzelnen dieses Ergebnis tragenden Argumente als um die Stellungnahmen des Gerichts zur Rechtsgutslehre und zum Einsatz des Strafrechts zur Förderung „bloßer“ Moralvorstellungen. Denn das Gericht scheint zum ersten Mal zu diesen Fragen Stellung bezogen zu haben, und gerade nicht in dem Sinne, der der Tradition des strafrechtlichen Liberalismus entsprechen würde.*

## I. Die Entscheidung

Der Straftatbestand des Beischlafs zwischen Verwandten ist vor den Augen des Gerichts aus mehreren Gründen nicht verfassungsrechtlich zu beanstanden. Maßstäbe für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines staatlichen Grundrechtseingriffs seien, dass er nicht den Kernbereich privater Lebensgestaltung antaste, dass der Eingriff in formaler Hinsicht eine gesetzliche Grundlage habe und in materialer Hinsicht verhältnismäßig sei (Rn. 32 f., 34 ff.). Aus der strafrechtlichen Rechtsgutslehre ließen sich dagegen keine verfassungsrechtlichen Kriterien ableiten (Rn. 39).

Die Vorschrift des § 173 StGB halte dieser Überprüfung stand. Sie beruhe „auf einer kulturgeschichtlich überlieferten und international weit verbreiteten Verbotsnorm“ (Rn. 2). Das Verbot beeinträchtige nicht den unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung, denn der Beischlaf zwischen Geschwistern betreffe nicht nur diese selbst, sondern habe Folgen für die Familie, die Gesellschaft als Ganzes und auch für die zu zeugenden Kinder (Rn. 40). Die Vorschrift bezwecke erstens den von Art. 6 GG vorgeschriebenen Schutz der Ehe und Familie, da inzestuöse Verhältnisse u.a. zu einer „Beeinträchtigung der in einer Familie strukturgebenden Zuordnungen“ führten (Rn. 42 ff. [45]). Zweitens verfolge das Verbot den Zweck des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung, vor allem weil die Familie ein institutionelles Abhängigkeitsverhältnis verkörpere, dessen Wirkungen weit über das 18. Lebensjahr hinaus noch spürbar wären (Rn. 47 f.). Drittens spielten eugenische Gesichtspunkte der Vermeidung gen-kranken Nachwuchses eine Rolle (Rn. 49), viertens suche die Vorschrift, „ein in der Gesellschaft verankertes Unrechtsbewusstsein aufzugreifen und dieses auch weiterhin mit den Mitteln des Strafrechts (zu) unterstützen“ (Rn. 50). Zur Erreichung dieser Zwecke sei die Vorschrift geeignet, erforderlich und angemessen (Rn. 52 ff., 59, 60 ff.). Andere vom Beschwerdeführer geltend gemachte Rügen (Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG, Art. 3 Abs. 1 GG und Schuldprinzip) seien sämtlich unbegründet (Rn. 64 ff.).

<sup>1</sup> BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008, abrufbar unter [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20080226\\_2bvr039207.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20080226_2bvr039207.html).

In seinem abweichenden Sondervotum kritisiert *Hassemer* die einzelnen Argumente der Mehrheitsentscheidung. Eine gesellschaftliche Überzeugung sei nicht imstande, eine strafrechtliche Norm verfassungsrechtlich zu legitimieren (Rn. 81). Die eugenischen Überlegungen seien aus mehreren Gründen inakzeptabel (Rn. 82 ff.). Die Vorschrift verfolge auch nicht den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, vor allem weil das Opfer weder unverantwortlich handle noch sich in einer Zwangslage befinde (Rn. 87 ff.). Der Schutz der Familie könne u.a. angesichts der vielen nicht erfassten Konstellation kein Normzweck sein (Rn. 92 ff.). Die Vorschrift schütze deshalb nur „lediglich bestehende oder vermutete Moralvorstellungen“, und zu diesem Zweck gebe es „andere und besser geeignete Mittel“ als das Strafrecht (Rn. 98 ff. [98, 99]). Ihr fehle es aus diesen und weiteren Gründen sowohl an der Eignung als auch an der Erforderlichkeit und Angemessenheit (Rn. 103 ff., 115 ff., 121 ff.).

## II. Rechtsgut und Schutz von Moralvorstellungen in der Entscheidung

Die einzelnen Argumente des Gerichts machen eine differenzierte Auseinandersetzung erforderlich, die im vorliegenden Rahmen nicht geleistet werden kann. Dass das in vielen Fällen eine leichte Aufgabe wäre, zeigt nicht nur das Sondervotum *Hassemers*, sondern schon ein erstes oberflächliches Nachdenken. Beispielsweise könnte das Argument, die Kinder inzestuöser Beziehung würden diskriminiert (Rn. 50), auch die Kriminalisierung des zwischenrassischen Geschlechtsverkehrs tragen, solange eine Gesellschaft hinreichend intolerant ist, und mit dem Argument, die Familie werde von Inzestbeziehungen in ihrer Struktur beeinträchtigt, ließe sich unter Umständen die weitgehende Kriminalisierung der Homosexualität und noch heute die des Partnertausches stützen. In der vorliegenden Abhandlung geht es indes vielmehr um die Fragen nach dem Status der Rechtsgutslehre und nach der Möglichkeit des Moralschutzes durch Strafrecht. Zu beiden Fragen hat sich das Gericht – wenn auch nicht unmissverständlich – geäußert, und darüber muss man sich jetzt Gedanken machen.

Das Gericht befasst sich mit der Rechtsgutslehre in seiner Darstellung der Kriterien, an denen die Verfassungsmäßigkeit eines Eingriffs zu messen ist (Rn. 31 ff., 39). Der Rechtsbegriff sei zunächst zu umstritten: „schon über den Begriff des Rechtsguts besteht keine Einigkeit“. Entweder sei er als „normativer Rechtsbegriff“ nichts anderes als die *ratio legis* und deshalb unfähig, den Gesetzgeber zu binden, oder er trete als „naturalistischer Rechtsbegriff“ mit dem Anspruch der Überpositivität auf, was in Widerspruch damit gerate, „dass es nach der grundgesetzlichen Ordnung Sache des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ist, ebenso wie die Strafzwecke auch die mit den Mitteln des Strafrechts zu schützenden Güter festzulegen“. Möge auch die Rechtsgutslehre rechtspolitisch oder dogmatisch von Bedeutung sein, „jedenfalls stellt (sie) keine inhaltlichen Maßstäbe bereit, die

zwangsläufig in das Verfassungsrecht zu übernehmen wären“. Zitiert werden anschließend vor allem die Untersuchungen von *Lagodny* und *Appel*, die zu einem ähnlichen, rechts-gutskritischen Ergebnis kommen.<sup>2</sup>

Wie bereits erwähnt, spricht das Gericht auch von einem „in der Gesellschaft verankerten Unrechtsbewusstsein“, das auch mit den Mitteln des Strafrechts zu unterstützen sei (Rn. 50). Dann kommt eine nicht leicht verständliche Stelle: Auf die in der Strafrechtslehre befindliche Unterscheidung zwischen Strafnormen, die allein auf Moralvorstellungen beruhen, und Normen, die Rechtsgüter schützen sollen, komme es im Vorliegenden nicht an, weil sich das Inzestverbot „in der Zusammenfassung nachvollziehbarer Strafzwecke vor dem Hintergrund einer kulturhistorisch begründeten, nach wie vor wirkräftigen gesellschaftlichen Überzeugung von der Straf-würdigkeit des Inzestes, wie sie auch im internationalen Ver-gleich festzustellen ist“, rechtfertigen lasse. Der Vorschrift komme also „eine appellative, normstabilisierende und damit generalpräventive Funktion“ zu. Die Stelle ist deshalb schwer verständlich, weil es nicht ohne weiteres einzusehen ist, wor-in sich die kulturhistorisch begründete Überzeugung der Straf-würdigkeit eines Verhaltens von einer sog. „bloßen“ Moralvorstellung unterscheiden soll.

Wahrscheinlich ist die Stelle so zu deuten: Ob der Schutz einer bloßen Moralvorstellung für die Rechtfertigung eines Strafverbots ausreiche, m.a.W., zur Frage, ob die Moral-widrigkeit eines Verhaltens schon einen *hinreichenden Grund* für die Verfassungsmäßigkeit seiner Kriminalisierung darstelle, will das Gericht schweigen. Aber die Moralwidrigkeit eines Verhaltens hat nach dem Gericht zumindest den Status eines *zusätzlichen, eigenständig relevanten Grundes* für eine Kri-minalisierung, der deshalb neben den anderen Gründen des Schutzes der Ehe und Familie, des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung und der Vermeidung erbkranken Nach-wuchses gesondert angesprochen zu werden verdient.

In der Theorie unterscheiden sich diese beiden Stand-punkte zwar. In der Wirklichkeit verhält es sich aber so, dass fast alles, was als moralwidrig angesehen wird, indirekt Fol-gen der Art haben wird, wie sie auch vom Verfassungsgericht für die Legitimierung des Inzestverbots mit herangezogen wurden. „Vermindertes Selbstbewusstsein, funktionelle Se-xualstörungen im Erwachsenenalter, eine gehemmte Indivi-duation, Defizite in der psychosexuellen Identitätsfindung und der Beziehungsfähigkeit, [...] sexuelle Promiskuität und Ausgrenzung und soziale Isolation“ (Rn. 44): Das sind Fol-gen, die sich wahrscheinlich bis vor einigen Jahrzehnten auch bei Kindern eines Homosexuellen ergaben und die sich bis heute bei Kindern von Prostituierten oder von Pornodarstel-tern ergeben könnten. Das bedeutet, man wird so gut wie immer bei einem (nach früherer oder jetziger Anschauung) moralwidrigen Verhalten weitere nicht nur allein moralbezo-gene Gesichtspunkte ausfindig machen können, auf die man

dann das strafrechtliche Verbot dieses Verhaltens stützen kann.

Obwohl man zu diesem Punkt zurückkehren wird, sei hier schon ein erstes Fazit gezogen: Die „bloße Moralwidrigkeit“ der Strafrechtler ist ein im schlechten Sinne nur theoretisches Gebilde, denn in der Wirklichkeit ist die Möglichkeit, dass unmoralisches Verhalten indirekte Schädigungen relevanter Interessen herbeiführt, nicht auszuschließen, sondern häufig sogar sehr nahe liegend. Wenn die Strafrechtswissenschaft von bloßen Moralwidrigkeiten sprach, musste sie deshalb etwas anders gemeint haben als das, was die buchstäbliche Bedeutung des Ausdrucks suggeriert,<sup>3</sup> sonst hätte man nicht die Straflosigkeit der Homosexualität unter erwachsenen Männern mit diesem Argument begründen können, zumal sogar das Bundesverfassungsgerichts neben der Moral-widrigkeit dieser Betätigung den Jugendschutz zur Begründung der Verfassungsmäßigkeit dieses Verbots herangezogen hat-te.<sup>4</sup> Und das ist der Grund, weshalb das Gericht, trotz seiner jetzigen Beteuerung, sich weder für noch gegen die Möglich-keit einer Bestrafung bloßer Moralwidrigkeiten zu äußern, im Grunde diese Möglichkeit akzeptiert hat.

Das Bundesverfassungsgericht hat also im Ergebnis dem Strafrecht die Aufgabe der Aufrechterhaltung und Durchset-zung von Moralvorstellungen zugewiesen. Das ist eine der liberalen Tradition prinzipiell fremde Aufgabe, denn Anliegen vieler Strafrechtler von *Feuerbach* über die Moderne Schule bis zum AE-StGB war es, Strafrecht und Moral von-einander zu sondern. Die Frage, die also nahe liegt, ist die nach dem Grund dieser liberalen Distanz zum Strafrechtsmoralismus.

### III. Das Bedenkliche am strafrechtlichen Moralismus

Definieren wir *strafrechtlichen Moralismus* als die Meinung, nach der die Moralwidrigkeit eines Verhaltens einen guten, d.h. zumindest einen zusätzlichen, eigenständig relevanten Grund dafür darstellt, es unter Strafe zu stellen. Diese Mei-nung hat das Verfassungsgericht vertreten, zunächst mit dem oben angesprochenen Argument, dass bei Verhaltensweisen, die wichtige Gemeinschaftsbelange beeinträchtigen, nichts dagegen sprechen könne, auch deren Moralwidrigkeit zur Be-gründung des strafrechtlichen Verbots mit heranzuziehen. Ein zweites, prinzipiell unabhängiges Argument ist das der De-mokratie: Nicht die Rechtsgutslehre der Strafrechtler, son-der der „demokratisch legitimierte Gesetzgeber“ (Rn. 39) habe über die Ziele des Strafrechtseinsatzes zu bestimmen.

Man könnte definitorisch als *strafrechtlichen Liberalis-mus* die Meinung verstehen, nach der u.a. der Moralwidrig-keit eines Verhaltens bei der Legitimierung seiner Bestrafung kein Gewicht zukommt.<sup>5</sup> Man muss aber dem Gericht nicht nur nachweisen, es habe eine Definition missachtet, sondern man muss nach den Gründen fragen, weshalb die Meinung, die durch diese partielle Definition charakterisiert wird, auch die richtige ist.

<sup>2</sup> Dabei entbehrt es nicht einer gewissen Ironie, dass Untersu-chungen, die sich gerade als Systematisierungen der Verfas-sungsrechtsprechung verstehen, jetzt von dieser Rechtspre-chung in einem Kreislauf von Zitaten zur Untermauerung der eigenen Ansicht zitiert werden.

<sup>3</sup> Zu einem möglichen Kandidaten siehe unten 0.

<sup>4</sup> BVerfGE 6, 389 (426, 434; Moralwidrigkeit; 437: mittelba-rer Jugendschutz); siehe auch den E 1962, 376 ff.

<sup>5</sup> Eine solche Definition etwa bei *Feinberg*, Harm to Others, 1984, S. 14 f.

*Hassemer* liefert in seinem Sondervotum eine solche Begründung. Er meint, dem Strafrecht *fehle die Eignung* zum Schutz von Moralvorstellungen. „Der Aufbau oder Erhalt eines gesellschaftlichen Konsenses über Wertsetzungen – hier das Verbotensein des Beischlafs zwischen Verwandten – kann aber nicht unmittelbares Ziel einer Strafnorm sein. Dazu gibt es andere und besser geeignete Mittel im Sinne des ultima-ratio-Prinzips und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als verfassungsrechtliche Schranken strafrechtlicher Eingriffe. Die Stärkung moralischer Vorstellung darf allenfalls – mittelbar – erwartet werden als langfristiges Ergebnis einer gerechten, klaren, rationalen und stetigen Strafrechtspflege“ (Rn. 100). Unabhängig von der Frage, wie sich diese Überlegungen zu dem von *Hassemer* früher propagierten Kriterium der „normativen Verständigung“ als Legitimationsgrundlage von Kriminalisierungen verhalten,<sup>6</sup> haftet dieser Argumentationsweise ein grundsätzliches Problem an. Sie macht nämlich den strafrechtlichen Liberalismus zu einer empirisch-kontingenten Größe. Strafrecht dürfe nicht dem Schutz der Moral dienen, weil es dies nicht effektiv schaffe. Woher schöpft aber *Hassemer* seine diesbezügliche Sicherheit? Lässt sich dem Strafrecht nicht zumindest ebenso plausibel eine „sittenbildende Kraft“,<sup>7</sup> eine Aufgabe der „Erhaltung sozial-ethischer Gesinnungswerte“<sup>8</sup> oder die vom Verfassungsgericht geltend gemachte „appellative, normstabilisierende und damit generalpräventive Funktion“ (Rn. 50) zuschreiben? Der Stand der empirischen Forschung ist diesbezüglich prekär,<sup>9</sup> und der Common Sense, die eigentliche Quelle, aus dem die Juristen ihr Weltbild schöpfen,<sup>10</sup> lässt für Zweifel à la *Hassemer* höchstens einen kleinen Raum übrig. Für derartige Unsicherheiten hat das Gericht aber eine Lösung: den Verweis auf die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, der auch in der Entscheidung wiederholt eingesetzt wird. Bestreitet man nur die Geeignetheit des Strafrechts zum Schutz der Moral, dann bestreitet man die Wahrheit eines empirischen Satzes, und so wird der strafrechtliche Liberalismus sowohl den Kontingenzen der empirischen Forschung und des Common Sense als auch der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers zur Disposition freigegeben.

In der Strafrechtswissenschaft findet man einen anderen Weg, die liberale Position zu vertreten, nämlich den Rück-

griff auf die *Rechtsgutslehre*.<sup>11</sup> Das Strafrecht dürfe nicht die Moral schützen, denn seine Aufgabe erschöpfe sich im Rechtsgüterschutz, und die Moral sei kein Rechtsgut. „Bloße Moralwidrigkeiten“ seien demnach keine Sache des Strafrechts. Diese Lösung hat zwar mehrere Vorzüge,<sup>12</sup> aber gleichzeitig unheilbare Unzulänglichkeiten, die bisher kaum, nicht einmal von den Kritikern, wirklich bemerkt wurden. Die Kritik am Rechtsgut hat sich überwiegend mit der Definitionsfrage (was ist unter Rechtsgut zu verstehen?) und in neuerer Zeit mit der Begründungsfrage (wo nimmt die Rechtsgutslehre ihre beanspruchte Autorität her?) befasst.<sup>13</sup> Das eigentliche Problem liegt aber tiefer und würde selbst dann bestehen, wenn diese beiden Schwierigkeiten mit Definition und Begründung des Rechtsgutskonzepts gelöst wären. Dieses Problem, das von der oben formulierten Kritik am Begriff der „bloßen Moralwidrigkeit“ bereits angedeutet wurde, ist der *konsequentialistische Charakter* des Rechtsgutsarguments. Wenn wir meinen, ein Verhalten nicht bestrafen zu dürfen, weil dieses Verhalten keine Rechtsgüter beeinträchtige, meinen wir, die Bestrafung dieses Verhaltens sei nutzlos, bringe für uns keine Vorteile. Diese Bestrafung produziere keine guten Folgen, sei also konsequentialistisch sinnwidrig und deshalb zu unterlassen. Das hat mehrere Implikationen. Die erste ist, dass der strafrechtliche Liberalismus auch hierdurch zu einer empirisch-kontingenten Größe wird. Denn ob ein Verbot Rechtsgüter schützt oder nicht, ist zum Teil eine empirische Frage, und insofern verhält es sich genau so wie beim Argument *Hassemers*, das vor der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers scheiterte. Auch hier wird dem Gesetzgeber, selbst wenn man ihm keine ausdrückliche Berufung auf die Moralwidrigkeit des inkriminierten Verhaltens gestattet, die Befugnis verliehen, empirische Prognosen über die Folgen des Verhaltens für die unterschiedlichsten Güter weitgehend frei zu formulieren. Wie bereits gesehen, kann man bei so gut wie jeder Moralwidrigkeit indirekte Folgen für Rechtsgüter ausfindig machen. Zweitens und ebenso gravierend ist das, was die Rechtsgutslehre nicht sieht, sozusagen ihr blinder Fleck, was klar wird, wenn man das Beispiel der Entkriminalisierung der Homosexualität näher betrachtet. Angeblich solle man die Homosexualität aus dem Grund straflos lassen, weil ein derartiges Verhalten kein Rechtsgut beeinträchtige. Das würde aber bedeuten, wir un-

<sup>6</sup> *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, etwa S. 229 f.

<sup>7</sup> *Hellmuth Mayer*, Das Strafrecht des Deutschen Volkes, 1936, S. 26.

<sup>8</sup> *Welzel*, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 224 ff. (229).

<sup>9</sup> Zweifel vor allem bei *K. F. Schumann*, Positive Generalprävention, 1989, S. 49; *ders.*, in: *Schünemann/v. Hirsch/Jareborg* (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 17 ff. (23 f.); für die empirische Begründetheit dieser Annahmen dagegen *Schöch*, in: *Vogler u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Bd. I, 1985, S. 1081 ff. (1103 ff.).

<sup>10</sup> *Grundl. Engisch*, Vom Weltbild des Juristen, 2. Aufl. 1965, S. 15.

<sup>11</sup> Etwa *Roxin*, in: *Hefendehl* (Hrsg.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, 2005, S. 135 ff. (144 f.); *ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 7; *Schünemann*, in: *Hefendehl/Wohlers/v. Hirsch* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 133 ff.; *Hefendehl*, GA 2007, 1; *Greco*, Revista Brasileira de Ciências Criminais 49 (2004), 89 (97 ff.).

<sup>12</sup> Dazu unten 0.

<sup>13</sup> Beispielhaft für die erste Art der Kritik früher *Bockelmann*, Vom Sinn der Strafe, Heidelberger Jahrbücher 5, 1961, S. 25 ff. (26 f.); heute *Stratenwerth*, in: *Eser u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 377 ff. (388); für die zweite *Lagodny*, Schranken der Grundrechte, 1996, S. 144; *Vogel*, StV 1996, 110 (112); *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 206; *ders.*, KritV 82 (1999), 278.

terlassen es, die Homosexualität zu bestrafen, bloß weil diese Bestrafung für uns keinen Vorteil hervorruft. Ob das stimmt, bleibt hier dahingestellt – es wurde bereits erwähnt, dass das Bundesverfassungsgericht über diese z.T. empirischen Fragen früher anderer Meinung war.<sup>14</sup> Entscheidend ist aber, was nicht in das Blickfeld gerät: nämlich dass Erwachsene das Recht haben, sich so zu betätigen, selbst wenn das uns nicht gefällt und selbst wenn daraus Nachteile für uns entstehen könnten. M.a.W.: Die Rechtsgutslehre als konsequentialistisches Argument hat nur Augen für die Vor- und Nachteile, die von strafrechtlichen Verboten hervorgerufen werden können. In ihrer konsequentialistischen Logik lässt sich der Gedanke, dass es Rechte gibt, die als Trümpfe gegen jede Berufung auf das Gemeinwohl ausgespielt werden dürfen<sup>15</sup> bzw. die als seitliche Schranken (side constraints) einer jeden Zweckverfolgung fungieren,<sup>16</sup> schlechthin nicht operationalisieren. Denn diese Gedanken sind nicht konsequentialistisch, sondern deontologisch. Rechte des einzelnen sind aus konsequentialistischer Sicht höchstens abwägbar „Gegeninteressen“,<sup>17</sup> die deshalb nur solange gelten, wie die anderen nicht ein hinreichend starkes Interesse daran haben, dass man diese Rechte verliert.

Und damit sind die Weichen gestellt für eine tragfähige Begründung der liberalen Position. Eine solche Begründung muss die Unzulänglichkeiten der anderen Begründungen vermeiden: Sie darf nicht empirieabhängig sein, denn das würde sie zur Disposition des Gesetzgebers und seiner Einschätzungsprärogative stellen; sie darf nicht konsequentialistisch sein, denn das macht sie teilweise empirisch, so dass sich die gleichen Probleme ergeben, und führt dazu, dass man dem Phänomen unabwägbarer Rechte schlechthin nicht Rechnung tragen kann. Diesen Anforderungen genügt eine Sichtweise, die auf die *Autonomie der Bürger* abstellt. Ihre These ist also weder, dass ein strafrechtlicher Moralschutz schlecht erreichbar ist, noch dass er für uns keine Vorteile zeitigt, sondern dass er sich nicht mit dem Respekt vor der Autonomie des Bürgers verträgt. In gewissen, wenn auch sehr eingeschränkten Sphären ist der Bürger absoluter Souverän.<sup>18</sup> Vor allem wenn es um Fragen geht, die das sog. gute Leben betreffen, ist jeder staatliche Eingriff eine Missachtung dieser Autonomie, zunächst grob verstanden als das Recht, nach selbst geschmiedeten Lebensplänen und Bildern des guten Lebens leben zu dürfen. Homosexualität ist keine Straftat, weil es ein Recht des Homosexuellen ist, so zu sein. Beim Inzest verhält es sich auch nicht anders. Hier mag das gesellschaftliche Unwerturteil noch viel dezidierter sein: Erwachsene haben dennoch das Recht, mit nahen erwachsenen Ver-

wandten geschlechtlich zu verkehren. Aus ähnlichen Gründen ist – entgegen dem Bundesverfassungsgericht<sup>19</sup> – ein Recht auf Rausch sehr wohl anzuerkennen. Zwar mag man den „Kiffer“ überwiegend nicht bewundern, zwar mag er unser Gesundheitssystem ungerecht belasten – das gestattet jedoch keinen Einsatz des Strafrechts gegen den Besitz von Betäubungsmitteln, sondern höchstens einen gewissen Entzug sozialstaatlicher Fürsorge. Nur das Autonomieargument kann den Hinweis auf indirekte schlechte Folgen der Ausübung eines Rechts entkräften, dadurch dass es sagt, darauf komme es eben nicht an. Ferner kann nur die Berufung auf die Autonomie dem demokratietheoretischen Moralismus des Verfassungsgerichts Halt gebieten. Viel kann zwar „Sache des demokratisch legitimierten Gesetzgebers“ sein, Unantastbares darf er trotzdem nicht antasten.

Die autonomietheoretische Begründung der liberalen Position ist aus alledem sowohl dem effizienzorientierten Versuch *Hassemers* als auch der Rechtsgutslehre überlegen. Sie hat aber einen weiteren, entscheidenden Vorteil gegenüber der Rechtsgutslehre: Sie lässt sich nämlich in den in neueren Verfassungsgerichtsentscheidungen immer wichtiger werdenden Gedanken des Kernbereichs privater Lebensgestaltung nahtlos integrieren.

#### **IV. Autonomietheoretischer Strafrechtsliberalismus und unantastbarer Kernbereich privater Lebensgestaltung**

Respekt vor der Autonomie des Einzelnen bedeutet, dass man ihm einen Bereich zuerkennt, über den nur der Einzelne zu entscheiden befugt ist. Dass sich diese Überlegung mit der neuerdings zunehmend bedeutsamen Figur des unantastbaren Kernbereichs privater Lebensgestaltung weitgehend deckt, liegt auf der Hand. Das bedeutet, dass die hier vorgeschlagene autonomietheoretische Begründung der liberalen Position einen Rückhalt in der Verfassungsrechtsprechung findet und damit nicht mit dem oben angesprochenen zweiten traditionellen Problem der Rechtsgutslehre, nämlich mit der Begründungsfrage, zu kämpfen hat. Denn während sich die Rechtsgutslehre immer vor die Herausforderung gestellt sah, wo sie die Autorität ihrer Ansprüche überhaupt hernehme, und jetzt den schwierigen Schlag einer ausdrücklichen Quasi-Abkehrung durch die Verfassungsrechtsprechung überleben muss, findet der Gedanke, dass der Einzelne über eine unantastbare Autonomiesphäre verfügt, Rückhalt in einigen der wichtigsten jüngeren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.

So hat das Gericht ehrverletzende Äußerungen im Briefwechsel zwischen einem Häftling und einem Familienangehörigen, selbst wenn beide wissen, dass die Post überwacht wird, so dass das Opfer von den Ehrverletzungen Kenntnis erlangen würde, für zulässig erklärt. Das Gericht sprach von der Notwendigkeit der Gewährleistung eines „Raum[es][...], in dem er [der Einzelne, L. G.] unbeobachtet sich selbst überlassen ist oder mit Personen seines besonderen Vertrauens ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Verhaltenserwartungen und ohne Furcht vor staatlichen Sanktionen verkehren kann“.<sup>20</sup> Und in der jüngeren Entscheidung zum großen Lauschangriff

<sup>14</sup> Siehe oben Fn. 4.

<sup>15</sup> *Dworkin*, in: Waldron (Hrsg.), *Theories of Rights*, 1984, S. 153 ff.

<sup>16</sup> Hierzu grundl. *Nozick*, *Anarchy, State, Utopia*, 1974, S. 28 ff.

<sup>17</sup> Für das Strafrecht grundl. *Schaffstein*, in: *Leipziger Juristenfakultät* (Hrsg.), *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Richard Schmidt zum 1. November 1934, 1936*, S. 49 ff. (56 ff., 64).

<sup>18</sup> Zu diesem Begriff ausf. *Feinberg*, *Harm to Self*, 1986, S. 52 ff.

<sup>19</sup> BVerfGE 90, 145 (172).

<sup>20</sup> BVerfGE 90, 255 (260).

setzte das Gericht der Zulässigkeit der akustischen Wohnraumüberwachung Schranken: „Zur Entfaltung der Persönlichkeit im Kernbereich privater Lebensgestaltung gehört die Möglichkeit, innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art zum Ausdruck zu bringen. Vom Schutz umfasst sind auch Gefühlsäußerungen, Äußerungen des unbewussten Erlebens sowie Ausdrucksformen der Sexualität“.<sup>21</sup> Auch die jetzige Entscheidung wirft erst dann die Verhältnismäßigkeitsfrage auf, nachdem ausgeschlossen wird, dass es um eine Überschreitung des unantastbaren Kernbereichs gehe (Rn. 40).

Warum kommt aber das Gericht zu einer anderen Lösung als der, die hier vorgeschlagen wird? Bei näherer Betrachtung sieht man, dass das Gericht sein Kriterium des Kernbereichs privater Lebensgestaltung falsch angewandt hat. „Der Beischlaf zwischen Geschwistern betrifft nicht ausschließlich diese selbst, sondern kann in die Familie und die Gesellschaft hinein wirken und außerdem Folgen für aus der Verbindung hervorgehende Kinder haben“ (Rn. 40). Eine derartige Argumentation reduziert aber den unantastbaren Kernbereich zu einem praktischen Nichts, denn – wie oben wiederholt geltend gemacht wurde – kann jede auch noch so private Handlung indirekte Folgen für anderen haben. Mit dieser Schwierigkeit musste schon *Stuart Mill* ringen, als er vorschlug, selbstbezogene und fremdbezogene Verhaltensweisen zu unterscheiden.<sup>22</sup> Wenn man anfängt, nach Folgen zu fragen, dann hat man schon den Bereich strenger Deontologie verlassen und damit auch den Bereich des Unantastbaren und Unabwägbareren. Denn bei der Beachtung der Autonomie geht es darum, dass man den Menschen als Menschen ernst nimmt, weil er Mensch ist, und nicht bloß, weil es uns so passt.

Trotzdem soll dieser Fehler in der Entscheidung zur Nüchternheit ermahnen, weil es auf ein nicht zu unterschlagendes Problem der hier vorgetragenen Ansicht Licht wirft. Sie vermag zwar das hier sog. Begründungsproblem der Rechtsgutslehre lösen, da sie sich einer unmittelbaren verfassungsrechtlichen Verankerung erfreuen darf. Das Definitionsproblem, also die Frage der Bestimmung der Intension und vor allem der Extension des angesprochenen Begriffs, bleibt dagegen umso brisanter. Der Wissenschaft wird so von Verfassungs wegen die neue Aufgabe gestellt, die Karte des Unantastbaren genauer zu konturieren. Dass diese Aufgabe nicht unlösbar sein kann, beweisen die zahlreichen Gewissheiten, über die man schon in diesem Bereich verfügt: etwa das Verbot der Sklaverei, das Verbot des Genozids oder das (neuerdings freilich zu Unrecht in Frage gestellte) Verbot der Folter.<sup>23</sup>

Diese Instanzen des Unverfügbaren machen zugleich deutlich, dass es dabei nicht immer um die Wahrung der Privatsphäre des Bürgers geht. Der Kernbereich der Autonomie kann auch öffentlich missachtet werden. Deshalb sollte man den Ansatz des Bundesverfassungsgerichts vorsichtig erweitern, denn die Gründe, die für die Anerkennung eines Kernbereichs privater Lebensgestaltung sprechen, sind gerade die, die Beachtung der Autonomie des Bürgers gebieten.

## V. Was bleibt für die Rechtsgutslehre übrig?

Bedeutet die Entscheidung also das Ende der Rechtsgutslehre? Welche Rolle kann diese Lehre neben dem Kernbereich privater Lebensgestaltung bzw. der Autonomie und der Verhältnismäßigkeitsprüfung beanspruchen? Die Antwort ist von einzelnen Vertretern der Rechtsgutslehre wie *Hassemer* bereits gegeben worden: Im Grunde setzt die Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Rechtsgutslehre bereits voraus, denn man braucht einen Bezugspunkt für die Beurteilung eines Eingriffs als geeignet, erforderlich und angemessen.<sup>24</sup> Ein Eingriff muss geeignet und erforderlich sein, um etwas zu erreichen, und muss angemessen im Vergleich zu etwas sein. Dass man den Eingriff nicht mit dem Schutz von Moralvorstellungen legitimieren darf, ist zwar richtig, aber keine Folge der Rechtsgutslehre, sondern des oben entwickelten Autonomiearguments.

Ferner verbleibt der Rechtsgutslehre die wichtige, noch in ihren Anfängen befindliche Aufgabe, die Abgrenzung von scheinbaren und echten (kollektiven) Rechtsgütern anhand nachvollziehbarer Kriterien vorzunehmen.<sup>25</sup>

Nach alledem schießt die Entscheidung weit über das Ziel hinaus, wenn sie die Rechtsgutslehre verwirft. Mit der Ausnahme von Teilaspekten des Schutzes der Ehe und Familie (Rn. 42 ff., vor allem der Hinweis auf die „in einer Familie strukturgebenden Zuordnungen“, Rn. 45) und des ausdrücklichen Rückgriffs auf den Moralschutz (Rn. 50) sind die weiteren angesprochenen Gesichtspunkte nichts anderes als eine Überprüfung nach der Rechtsgutslehre. Der Fehler der Entscheidung ist also nicht, dass sie das Rechtsgutskriterium nicht anwendet, sondern dass sie die These des strafrechtlichen Liberalismus, wonach Moralwidrigkeit keinen Grund zum Strafen liefere, vergisst und dass sie das Potenzial der eigenen Lehre vom Kernbereich privater Lebensgestaltung verkennt. Eine richtige Anwendung dieser Lehre hätte die Verhältnismäßigkeitsprüfung und damit die Rechtsgutsprüfung entbehrlich gemacht.

<sup>21</sup> BVerfGE 109, 279 (313); dazu ausführlich *Roxin*, in: Schöch u.a. (Hrsg.), *Recht gestalten, dem Recht dienen*, Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007, 2007, S. 159 ff. m.w.N.

<sup>22</sup> *Mill*, *On Liberty*, Ausgabe Penguin Books, 1985 (zuerst 1859), Kap. 1 (S. 68 f.); s. bereits die Kritik von *Fitzjames*, *Liberty, Equality, Fraternity*, 1967 (Nachdruck der 2. Aufl. 1874), S. 28. Dazu im Einzelnen mit Nachw. *Greco*, *Revista Brasileira de Filosofia* 54 (2007), 321 (331 f.).

<sup>23</sup> Zu letzterem siehe *Greco*, GA 2007, 638.

<sup>24</sup> *Hassemer*, in: *Hefendehl/Wohlers/v. Hirsch* (Fn. 11), S. 57 ff. (60).

<sup>25</sup> Dazu *Roxin* (Fn. 11), § 2 Rn. 46 ff., 76 ff.; *Schünemann*, in: *Kühne/Miyazawa* (Hrsg.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, S. 15 ff. (26, 28); *ders.* (Fn. 11), S. 149; *Amelung*, in: *Hefendehl/Wohlers/v. Hirsch* (Fn. 11), S. 155 ff. (171 ff.); *Hefendehl*, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, S. 139 ff.; *Hörnle*, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, S. 88.

# Der gesetzliche Richter und die Strafzumessung – zur Verfassungswidrigkeit des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO

Zugleich Besprechung von BVerfG, Beschl. v. 14. Juni 2007

Von Wiss. Mitarbeiter **Jan Dehne-Niemann**, Heidelberg

## I. Einleitung: § 354 Abs. 1a S. 1 StPO und seine bisherige Handhabung durch die Revisionsgerichte

Der durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz im Jahre 2004 eingefügte § 354 Abs. 1a StPO eröffnet dem Revisionsgericht in Erweiterung des § 354 Abs. 1 StPO die Möglichkeit *eigener* Strafzumessung<sup>1</sup> (sog. Durchentscheiden oder Durcherkennen). In der gesetzlichen Verankerung der früheren Rechtsprechung, nach der das Revisionsgericht auf eine Zurückverweisung wegen Rechtsfehlern bei der Zumessung der Rechtsfolge nur verzichten durfte, wenn es ausschließen konnte, dass die konkret verhängte Strafe auf dem Rechtsfehler beruhte,<sup>2</sup> erschöpft sich die Bedeutung des § 354 Abs. 1a StPO nicht<sup>3</sup>. Die auf Tatbestandsseite der Norm vorausgesetzte Angemessenheit einer Rechtsfolge ist nach bisheriger Rechtsprechung auf der Grundlage der Feststellungen des angefochtenen Urteils unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte, „insbesondere aller nach § 46 StGB für die Strafzumessung erheblichen Umstände“ zu beurteilen.<sup>4</sup> Die Revisionsgerichte haben die Vorschrift bislang weit ausgelegt: Sie gelte gleichermaßen für Rechtsfehler bei der Feststellung und Bewertung von Strafzumessungstatsachen<sup>5</sup> und finde Anwendung bei der Strafaussetzung zur Bewährung<sup>6</sup> wie bei der Berichtigung des Schuldspruchs unter Aufrechterhaltung des Strafauspruchs<sup>7</sup>. Auch das auf Rechtsfolgen-seite bestehende Ermessen („Durchentscheidungsermessen“) hat die bisherige Rechtsprechung extensiv interpretiert: Einer Entscheidung des Tatgerichts und damit der Aufhebung und Zurückverweisung nach §§ 353 Abs. 2, 354 Abs. 2 StPO bedürfe es nur, wenn es für die Strafzumessung in besonderem Maße auf den persönlichen Eindruck vom Angeklagten ankomme oder wenn eine zweite tatrichterliche Hauptverhand-

lung neue, für den Angeklagten günstige Erkenntnisse erwarten ließe.<sup>8</sup>

## II. Der Inhalt des Beschlusses BVerfG, 2 BvR 1447/05, 136/05

Mit dem Beschluss in den zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Verfahren hat das BVerfG die Regelung des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO für verfassungskonform auslegbar befunden und deshalb darauf verzichtet, die Norm für nichtig zu erklären. Es hat aber den Anwendungsbereich der Norm von Verfassungs wegen erheblich eingeschränkt. Dem Beschluss lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Beschwerdeführer zu 1. war vom Landgericht im Berufungsrechtszug zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden; das LG hatte dem Beschwerdeführer bewusste Fahrlässigkeit zur Last gelegt. Das OLG Brandenburg verwarf seine Revision gemäß § 349 Abs. 2 StPO durch Beschluss, wobei es zwar von unbewusster Fahrlässigkeit ausging, aber in Anwendung des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO die vom LG verhängte Strafe als gleichwohl angemessen erachtete. Der Beschwerdeführer zu 2. war vom Landgericht zu einer Geldstrafe verurteilt worden. Seine Revision zum BGH blieb erfolglos. Der BGH beschränkte die Verfolgung gemäß § 154a StPO, berichtigte den Schuldspruch entsprechend und verwarf die Revision als unbegründet, indem er § 354 Abs. 1a S. 1 StPO entsprechend auf den hier vorliegenden Fall der Schuldspruchberichtigung anwendete. Zwar sei nicht ausgeschlossen, dass der Tatrichter auf der Grundlage des geänderten Schuldspruchs auf eine niedrigere Strafe als die verhängte erkannt hätte; jedoch sei die verhängte Strafe angemessen i.S. des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO.

Beide Verfassungsbeschwerden hatten im Ergebnis Erfolg. Nach Auffassung des *Zweiten Senats* werden weder der Beschluss des OLG Brandenburg noch der des BGH den durch verfassungskonforme Auslegung zu ziehenden Grenzen des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO gerecht.

Für das BVerfG besteht die verfassungsrechtliche Problematik des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO in der Möglichkeit, „Strafe nach Aktenlage zuzumessen“. Eine eigene Strafzumessungskompetenz der Revisionsgerichte stelle sich als „die praktische Umsetzung der ihm vom Gesetzgeber eingeräumten Kontrollbefugnis“ dar und sei deshalb im Grundsatz nicht zu beanstanden. Der Wortlaut des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO biete aber keine verlässliche Gewähr dafür, dass das Revisionsgericht seine Entscheidung auf Grundlage eines wahren Strafzumessungssachverhalts trifft, weil es keine eigene unmittelbare und mündliche Beweisaufnahme durchführen dürfe (sondern die Strafzumessung nur auf der Grundlage des angegriffenen Urteils treffen müsse), weil die Tatgerichte

<sup>1</sup> § 354 Abs. 1a StPO spricht von Zumessung bzw. Herabsetzung der *Rechtsfolgen*. Der praktisch bei weitem wichtigste Fall der Rechtsfolgenentscheidung ist die *Strafzumessung*, auf deren Erörterung sich der nachfolgende Beitrag beschränkt.

<sup>2</sup> So etwa RGSt 39, 155 (158); BGH NStZ 1992, 297; krit. schon vor Einfügung des § 354 Abs. 1a *Hanack*, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 25. Aufl. 1998, § 337 Rn. 266.

<sup>3</sup> BGH NStZ 2005, 465, gegen OLG Celle NStZ 2005, 163 (164).

<sup>4</sup> BGHSt 49, 371; BGH NStZ 2006, 36; NStZ 2006, 587.

<sup>5</sup> OLG Celle NStZ 2005, 163 (164); *Meyer-Göfner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 50. Aufl. 2007, § 354 Rn. 28; *Senge*, StraFo 2006, 309 (314 f.); abl. *Junker*, StraFo 2005, 77.

<sup>6</sup> OLG Schleswig StV 2006, 403 m. abl. Anm. *Jung*.

<sup>7</sup> Bisherig h.M., vgl. BGH NJW 2005, 912; zust. *Frisch*, StV 2006, 431 (441); *Peglau*, JR 2005, 143 (144); *Senge*, in: Widmaier u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Dahs, 2005, S. 475 ff. (484 f.); abl. *Ignor*, a.a.O., S. 281 ff. (307 f.); *Jahn/Kudlich*, NStZ 2006, 341.

<sup>8</sup> BGH NStZ 2005, 465 (466: „Frage des Einzelfalls“); BGH NStZ 2006, 44.

wegen § 267 Abs. 3 S. 1 StPO nicht zu vollständiger Wiedergabe der Strafzumessungsgründe verpflichtet sind und weil sich der wertende Akt der Strafzumessung ohnehin nicht präzise verschriftlichen lasse. Daher könne eine Strafzumessung „weder hinsichtlich des Maßes der Schuld (§ 46 Abs. 1 S. 1 StGB) noch hinsichtlich der Einschätzung künftiger Wirkungen der Strafe (§ 46 Abs. 1 S. 2 StGB) gelingen“. Der Verzicht auf die Überprüfung des Strafzumessungssachverhalts sei unter dem Aspekt des aus Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG folgenden Angeklagtenrechts auf ein faires Verfahren verfassungsrechtlich ebenso wenig hinnehmbar wie die ausweislich des Wortlauts des § 354 Abs. 1a StPO bestehende Möglichkeit, dass das Revisionsgericht seiner Strafzumessung einen fehlerhaften oder nicht mehr aktuellen Sachverhalt zugrunde legt.<sup>9</sup> § 354 Abs. 1a StPO lasse sich aber verfassungskonform dahin auslegen, dass das Revisionsgericht sich über das Vorliegen einer verlässlichen Entscheidungsgrundlage Gewissheit verschaffen müsse; durch Beweisaufnahme sei dies nicht ohne eine grundlegende Neustrukturierung des Revisionsverfahrens und somit ohne Überschreitung der Grenzen verfassungskonformer Auslegung möglich, wohl aber dadurch, dass das Revisionsgericht den Angeklagten auf die beabsichtigte Verfahrensweise nach § 354 Abs. 1a S. 1 StPO hinweist und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme gibt. Ferner müsse das Revisionsgericht seine Entscheidung begründen und sich dabei mit der Stellungnahme des Revisionsführers auseinandersetzen. Einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG beinhaltet § 354 Abs. 1a S. 1 StPO nach Meinung des BVerfG nicht. Das „freie Ermessen“ des Revisionsgerichts, ob es das fehlerhafte Urteil aufhebe und zurückverweise oder die Revision verwerfe und durchentscheide, sei aus ähnlichen Gründen verfassungsrechtlich gerechtfertigt wie das entsprechende Ermessen bei der Auswahl des iudex tertius gemäß § 354 Abs. 2 StPO.<sup>10</sup>

Nach Ansicht des BVerfG werden die Beschlüsse des OLG Brandenburg und des BGH den Vorgaben des verfassungskonform ausgelegten § 354 Abs. 1a S. 1 StPO nicht gerecht. Das OLG habe sich mit dem Revisionsvorbringen des Beschwerdeführers zu 1. nicht auseinandergesetzt und ihn dadurch in seinem Recht auf ein faires Verfahren verletzt. Der Revisionsbeschluss des BGH halte sich nicht in den von § 354 Abs. 1a S. 1 StPO gezogenen Grenzen, weil dieser eine eigene Strafzumessungsentscheidung des Revisionsgerichts *nur* bei einer Gesetzesverletzung anlässlich der Zumessung der *Rechtsfolgen* gestatte, nicht aber bei einer gleichzeitigen Schuldspruchkorrektur. Indem der BGH außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Norm durchentschieden hat, habe er gegen das Verfahrensgrundrecht des Beschwerdeführers zu 2. aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verstoßen.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.6.2007 – 2 BvR 1447/05, 2 BvR 136/05, Rn. 75 ff., 79, 81 f., 84 ff., 88 f.

<sup>10</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.6.2007 – 2 BvR 1447/05, 2 BvR 136/05, Rn. 102 f., 109 ff.

<sup>11</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.6.2007 – 2 BvR 1447/05, 2 BvR 136/05, Rn. 112 ff., 116 ff.

### III. Zur Verfassungswidrigkeit des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO wegen Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

Die Richter des *Zweiten Senats* hätten die im Schrifttum<sup>12</sup> als zumindest problematisch empfundene Norm aus mehreren Gründen für verfassungswidrig und damit für nichtig erklären müssen. § 354 Abs. 1a S. 1 StPO verstößt wegen des auf Rechtsfolgenseite angeordneten Ermessens hinsichtlich der Frage, ob durchentschieden oder zurückverwiesen werden soll, gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG (nachfolgend sub 1.). Auch die Tatbestandsseite des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO genügt nicht den Anforderungen des Rechts auf den gesetzlichen Richter (sub 2.).

Methodisch nicht völlig überzeugend ist die Absage des BVerfG an eine analoge Anwendung des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO auf Fälle der Schuldspruchberichtigung nach § 354 Abs. 1 StPO (analog) und anschließender Angemessenheitsprüfung. Es ist bei bloßer Wortlautbetrachtung (unter Außerachtlassung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte) durchaus denkbar, zunächst analog § 354 Abs. 1 StPO den Schuldspruch zu berichtigen und dann gemäß § 354 Abs. 1a S. 1 StPO „nur“ den Strafausspruch aufrechtzuerhalten. Eine solche Vorgehensweise hat der BGH schon mehrfach praktiziert.<sup>13</sup> Die Aufrechterhaltung des Strafausspruchs unter Änderung des Schuldspruchs ist dabei keine Frage des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO, sondern betrifft allgemein die gesetzliche Grundlage der Schuldspruchberichtigung.<sup>14</sup> Die Verfassungsrichter haben also einmal mehr in angreifbarer Weise einfachrechtliche Auslegung betrieben. Das Problem der Anwendbarkeit des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO nach erfolgter Schuldspruchberichtigung betrifft jedoch die *Normanwendung*, ist damit der Feststellung der Verfassungsgemäßheit des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO logisch nachgeordnet und nicht Thema der nachfolgenden Untersuchung.

#### 1. Verfassungswidrigkeit des von § 354 Abs. 1a S. 1 StPO eingeräumten Rechtsfolgeermessens

§ 354 Abs. 1a S. 1 StPO räumt den Revisionsgerichten hinsichtlich der Frage, ob es die Sache an ein Tatgericht zurückverweist oder durchentscheidet, Ermessen ein („kann“).<sup>15</sup> Das Revisionsgericht kann also, wenn es die Angemessenheit der verhängten Rechtsfolge bejaht, in Ausübung des ihm einge-

<sup>12</sup> Eisenberg/Haeseler, StraFo 2005, 221 (225); Franke, GA 2006, 261 (266); Langrock, StraFo 2005, 226; Ventzke, NStZ 2005, 461 (462).

<sup>13</sup> Vgl. etwa BGH NStZ 2005, 285; HRRS 2005 Nr. 446 Rn. 4; HRRS 2005 Nr. 578 Rn. 3; zust. Frisch, StV 2006, 431 (441); Peglau, JR 2005, 143 (144); Senge (Fn. 7), S. 484 f.; abl. Ignor (Fn. 7), S. 307 f.; Jahn/Kudlich, NStZ 2006, 341; Ventzke, NStZ 2005, 461 (462).

<sup>14</sup> Vgl. Frisch, StV 2006, 431 (441 f. mit Fn. 138). Hier nicht zu beantworten ist, ob diese stimmige Vorgehensweise verfassungsrechtlich akzeptabel ist.

<sup>15</sup> BGHSt 49, 371 (374); Wohlers, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 47. Lieferung, Stand: Februar 2006, § 354 Rn. 64; Maier/Paul, NStZ 2006, 82 (83).

räumten Ermessens entscheiden, ob es die Sache zurückverweist oder den Rechtsfolgenausspruch aufrechterhält. Diese vom Gesetzgeber eröffnete Wahlmöglichkeit des Revisionsgerichts ist mit Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG unvereinbar.<sup>16</sup>

a) Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verlangt nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG, dass der gesetzliche Richter sich in möglichst eindeutiger Vorausbestimmung aus einer allgemeinen Norm ergibt.<sup>17</sup> Das Recht auf den gesetzlichen Richter richtet sich also nicht nur gegen die Exekutive und Judikative (status negativus), sondern enthält als status positivus eine Leistungskomponente, die den Gesetzgeber verpflichtet, die Voraussetzungen für eine gegen die Entziehung des gesetzlichen Richters gerichtete Abwehrkomponente im Wege der Normsetzung zu schaffen. Dabei ist Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG als ein besonderes Bestimmtheitsgebot zu verstehen,<sup>18</sup> das erfordert, dass sich der im Einzelfall zur Entscheidung berufene Richter im Voraus so eindeutig wie möglich aufgrund von allgemeinen Regeln ergibt; es muss schon aus der allgemeinen Norm heraus Klarheit darüber bestehen, „welches Gericht, welcher Spruchkörper und welcher Richter zur Entscheidung des Einzelfalls berufen sind“.<sup>19</sup> Daher verlangt Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, dass die Zuständigkeitsverteilung innerhalb der dritten Gewalt vorab feststeht, also auch normativ mit größtmöglicher Genauigkeit vorausbestimmt ist, welches Gericht im Instanzenzug sachlich oder funktional zuständig ist.<sup>20</sup>

Mit dieser Vorgabe kollidiert das Ermessen des Revisionsgerichts, ob es durchentscheidet und die Revision verwirft oder die Sache zur Festsetzung der Rechtsfolge zurückverweist. Konsequenz einer Ermessenseinräumung ist bei Vorliegen der Voraussetzungen des betreffenden Tatbestandes, dass mehrere gleichermaßen rechtmäßige Entscheidungsoptionen offen stehen, zwischen denen die das Ermessen ausübende Stelle, sofern die Ermessengrenzen eingehalten werden, wählen kann.<sup>21</sup> § 354 Abs. 1a S. 1 StPO trifft die Entscheidung, ob die Strafzumessung aufgrund einer neuen tatrichterlichen Hauptverhandlung zu erfolgen hat oder ob das Revisionsgericht von der ihm eingeräumten eigenen Strafzumessungskompetenz Gebrauch zu machen hat, nicht selbst, sondern stellt sie dem Revisionsgericht anheim. Normtheoretisch betrachtet sind bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO (Fehler nur in der Rechtsfolgenentscheidung, Angemessenheit der tatrichterlich erkannten Rechtsfolge) also mehrere Gerichte nach Wahl des Revisionsgerichts gleichermaßen für den Rechtsfolgenaus-

spruch zuständig: Entweder das Revisionsgericht, wenn es nach § 354 Abs. 1a S. 1 StPO durchentscheidet, oder ein neues Tatgericht, wenn das Urteil aufgehoben und zurückverwiesen wird. Somit ist das Revisionsgericht, falls es sein Ermessen im Sinne des Durchentscheidens ausübt, nicht „gesetzlicher“ Richter, sondern richterlich (selbst)bestimmter Richter; gleiches gilt für ein neues Tatgericht, wenn das Revisionsgericht die Sache an es zurückverweist. Die Anforderungen größtmöglicher normativer Vorausbestimmung des für die Strafzumessung zuständigen Richters erfüllt die Regelung also nicht.

b) Anders als § 354 Abs. 2 StPO stellt der neue Abs. 1a der Vorschrift auch schon die Frage, *ob* zurückverwiesen wird (und nicht lediglich, *wohin*), in das Ermessen der Revisionsinstanz. Soweit ersichtlich, stand von sämtlichen Zurückverweisungsvorschriften aller Verfahrensordnungen bislang nur die Vorschrift des § 354 Abs. 2 StPO auf dem Prüfstand der Verfassungsrichter. Auf das dabei ergangene Urteil<sup>22</sup> hat sich der *Zweite Senat* nun ausdrücklich bezogen und ausgeführt, die Erwägungen zu § 354 Abs. 2 StPO beanspruchten auch für § 354 Abs. 1a S. 1 StPO Geltung.<sup>23</sup> Jedoch ist diese Aussage in mehrfacher Hinsicht zweifelhaft: Erstens kann die Verfassungsmäßigkeit einer Norm nicht unter Verweis auf eine andere Norm belegt werden, sondern nur, indem man sie an der betreffenden Verfassungsnorm (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) misst; zweitens begegnet schon die zur Verfassungsmäßigkeit des § 354 Abs. 2 StPO ergangene Entscheidung Bedenken<sup>24</sup>. Drittens unterscheidet sich die Normstruktur des § 354 Abs. 2 StPO wesentlich von § 354 Abs. 1a S. 1 StPO und kann nicht ohne weiteres mit jener verglichen werden.

Nach Meinung des BVerfG kollidieren Vorschriften, die die Festlegung gerichtlicher Zuständigkeiten in die Hände eines der als zuständig in Betracht kommenden Gerichte legen, im Regelfall zwar mit Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, allerdings gelte dies nicht ausnahmslos; übergeordnete Interessen könnten es rechtfertigen, die Bestimmung des zuständigen Gerichts einem Organ der Rechtspflege anstelle der Legislative zu überlassen. Aber selbst wenn man akzeptiert, dass Einzelfallerwägungen eine Durchbrechung des Grundsatzes strikter normativer Vorausbestimmung legitimieren können (was nicht zwingend ist<sup>25</sup>), so bestehen gegen dieses Verständnis des § 354 Abs. 1a StPO durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken. Die Durchentscheidungsmöglichkeit des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO ersetzt nicht etwa § 354 Abs. 2 StPO, sondern tritt bei Vorliegen seiner Tatbestandsvoraussetzungen als zusätzliche, ermessensabhängige Entscheidungsoption des Revisionsgerichts neben diesen. Entgegen der Vorgehensweise des BVerfG können deshalb beide Vorschriften nicht unabhängig voneinander verstanden werden,

<sup>16</sup> *Güntge*, NStZ 2005, 208 (210), hält das durch § 354 Abs. 1b StPO eingeräumte Ermessen über den Fortgang des Verfahrens für „hochbedenklich, wenn nicht gar verfassungswidrig“. Die Problematik des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO ist vergleichbar.

<sup>17</sup> BVerfGE 6, 45 (50 f.); 9, 223 (226); 17, 294 (298 f.); 20, 336 (344); 63, 77 (79).

<sup>18</sup> *Niemöller/Schuppert*, AöR 107 (1982), 387 (417 f.).

<sup>19</sup> BVerfGE 6, 45 (50 f.); 19, 52 (59 f.); 21, 145.

<sup>20</sup> *Bettermann*, AöR 94 (1969), 263 (274).

<sup>21</sup> Vgl. *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, 2002, S. 528.

<sup>22</sup> BVerfGE 20, 336.

<sup>23</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.6.2007 – 2 BvR 1447/05, 2 BvR 136/05, Rn. 110 f.

<sup>24</sup> Dazu ausführlich und m.w.N. *Sowada* (Fn. 21), S. 764 ff.

<sup>25</sup> Krit. zur verfassungsimmanenten Schrankenziehung *Bettermann*, AöR 94 (1969), 263 (292 ff.), der Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG als Bestimmtheitsuntermaßverbot versteht („Wo aber eine eindeutige Regelung möglich ist, da ist sie auch nötig“).

also auch nicht die eine zur Rechtfertigung der anderen herangezogen werden. Vielmehr vertieft das Durchentscheidungsermessen die durch § 354 Abs. 2 StPO entstandene normative Ungewissheit noch, indem es zusätzlich die Frage, ob zurückverwiesen wird, in das Ermessen des Revisionsgerichts stellt.

c) In der Literatur sind (zumeist betreffend die „bewegliche Zuständigkeit“ des § 354 Abs. 2 StPO) zusätzliche Argumente erwogen worden, die zumindest teilweise auch für die Entscheidung im Rechtsfolgenausspruch nach § 354 Abs. 1a S. 1 StPO von Interesse sind. Als untauglich erweist sich dabei zunächst der Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG allgemein betreffende Rechtfertigungsversuch, der gesetzliche Richter sei nur „möglichst“ eindeutig zu bestimmen; dem Gesetzgeber komme der Vorrang bei der Verfassungskonkretisierung zu. Dieser habe es bei einer nur „möglichst“ eindeutigen Vorausbestimmung in der Hand, eine deutliche Einschränkung der grundgesetzlich geforderten Normativität vorzunehmen<sup>26</sup> und gegebenenfalls aus Praktikabilitäts- und Zweckmäßigkeitsgründen das Bestimmtheitsanforderung zu lockern. Ein solch allgemeines schutzbereichsbegrenzendes „Einfallstor“ lässt aber von dem Bestimmtheitsideal des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG von vornherein nichts übrig und kaschiert nur mühsam den zwischen dem Prinzip des gesetzlichen Richters und Anforderungen „materieller Gerechtigkeit“ – angeblich – bestehenden Grundkonflikt.<sup>27</sup> Mit einem dem Gesetzgeber zuzuerkennenden schutzbereichsirrelevanten „Unbestimmtheitsvorbehalt“ lässt sich die Einräumung eines Durchentscheidungsermessens folglich nicht rechtfertigen. Als Einschränkung des Schutzbereichs des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG müssen sich die für eine flexiblere Handhabung des Bestimmtheitsgebots sprechenden Gesichtspunkte an den Anforderungen messen lassen, die an verfassungsimmanente Schranken anzulegen sind.<sup>28</sup> Ein bloßer Verweis auf im konkreten Einzelfall möglicherweise einschlägige Zweckmäßigkeitserwägungen genügt dem nicht.

Ebenso verfehlt ist die – gleichfalls Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG allgemein betreffende – Argumentation, eine Ermessen einräumende bewegliche Zuständigkeitsnorm dürfe nur nach sachlichen, ermessensfehlerfreien Erwägungen gehandhabt werden<sup>29</sup>, weshalb von einer Ermessenseinräumung keine Gefahr drohe. Wer die Einräumung von Ermessen mit dem Verbot des Ermessensmissbrauchs begründet, unterliegt ei-

nem Zirkelschluss.<sup>30</sup> Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG soll schon dadurch der Gefahr des Ermessensmissbrauchs begegnen, dass er Ermessenseinräumungen möglichst ausschließt. Überdies ist das Verbot des Ermessensmissbrauchs dort fruchtlos, wo – wie bei der Durchentscheidung des Revisionsgerichts – ohnehin keine die Einhaltung der Ermessensgrenzen überprüfende Instanz existiert, weil dann ein Verstoß gegen dieses Verbot keine Folgen nach sich zieht. Das zeigt, dass der vorgeschriebene Schutzmechanismus einer einzelfallbezogenen Ermessensüberprüfung entgegen der Meinung des BVerfG also auch nicht dadurch gewahrt wird, dass der Revisionsführer „bei verfassungskonformer Auslegung des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO“ anzuhören und ihm das Ergebnis der Ermessenserwägungen bzw. der Strafzumessungsüberlegungen des Revisionsgerichts mitzuteilen ist.

Vielorts liest man auch, eine gesetzliche Ermessensermächtigung sei sub specie Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nicht zu beanstanden, wenn die mit ihr verbundene Zuständigkeitsbestimmung der Judikative selbst zugewiesen ist.<sup>31</sup> Übertragen auf § 354 Abs. 1a S. 1 StPO bedeutete diese Sichtweise, dass das Durchentscheidungsermessen deshalb nicht zu beanstanden ist, weil es nicht die Exekutive ausübt, sondern die – ohnehin zur Entscheidung in der Sache berufene – Gerichtsbarkeit. Indes geht es bei der Verpflichtung auch der Legislative auf den Grundsatz des gesetzlichen Richters nicht um einen Kompetenzkonflikt bei der Bestimmung des gesetzlichen Richters zwischen Exekutive und Judikative, sondern vielmehr um die Verpflichtung des Gesetzgebers, die normativen Voraussetzungen für die Vorausbestimmbarkeit des gesetzlichen Richters zu schaffen. Das Recht auf den gesetzlichen Richter verbietet es zwar, die Letztentscheidung über die richterliche Zuständigkeit einer Exekutivbehörde anheim zu stellen, jedoch folgt daraus nicht umgekehrt, dass eine Wahlmöglichkeit in den Händen von Richtern eingerichtet werden darf,<sup>32</sup> wie der Umstand zeigt, dass auch die Judikative an das Gebot des gesetzlichen Richters gebunden ist. Die gesetzgeberische Delegation der Zuständigkeitsbestimmung an unabhängige Richter bleibt somit hinter der nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zu fordernden größtmöglichen normativen Vorausbestimmung der Zuständigkeit zurück. Dies

<sup>26</sup> So Dierlamm, Ausschließung und Ablehnung von Tatrichtern nach Zurückverweisung durch das Revisionsgericht (§ 354 Abs. 2 StPO), 1994, Rn. 64.

<sup>27</sup> Sowada (Fn. 21), S. 199 ff., 762 f.

<sup>28</sup> Sowada (Fn. 21), S. 200.

<sup>29</sup> Dieses Argument findet sich verschiedentlich in anderem Kontext, so insbesondere zu §§ 7 ff. StPO (vgl. Beulke, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2006, Rn. 57) und zu § 354 Abs. 2 StPO (Dierlamm [Fn. 26], Rn. 66). Zur beweglichen örtlichen Zuständigkeit nach § 7 Abs. 1 StPO vgl. Rotsch, ZIS 2007, 17 (22 ff., 28: „verfassungswidrig“); zur Problematik des von der Staatsanwaltschaft nach §§ 2 f., 7 ff. StPO, §§ 24 Abs. 1 Nr. 3, 26 Abs. 1 S. 1, 74a Abs. 2 GVG gewählten Richters jüngst Arnold, ZIS 2008, 92.

<sup>30</sup> Vgl. Achenbach, in: Broda u.a. (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag, 1985, S. 849 ff. (855); Hill, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 2. Aufl. 2001, § 156 Rn. 52; Rudolphi, in: ders. u.a. (Fn. 15), 2. Lieferung, Stand: August 1987, vor § 7 Rn. 9; Pierothen/Schlink, Grundrechte, 23. Aufl. 2007, Rn. 1066; Sowada (Fn. 21), S. 763.

<sup>31</sup> BVerfGE 25, 346; Degenhardt, in: Isensee/Kirchhof, (Fn. 30), Bd. III, 1988, § 75 Rn. 20; Jarass/Pierothen, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 8. Aufl. 2006, Art. 101 Rn. 7; Burghart, in: Leibholz/Rinck/Hesselberger (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. III, 32. Lieferung, Stand: November 1997, Art. 101 Rn. 116 f. (117 zur Einflussnahme durch das Revisionsgericht).

<sup>32</sup> Bettermann, AöR 94 (1969), 263 (301); Maunz, in: ders./Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Stand: August 1971, Bd. VI, Art. 101 Rn. 35; Sowada (Fn. 21), S. 763 f.

gilt wegen der mit einer Revisionsverwerfung stets einhergehenden Verfahrensbeendigung umso mehr, wenn die ermessenseinräumende Norm den Revisionsrichtern die Wahl lässt, mit einer revisionsverwerfenden Durchentscheidung das Strafverfahren zu beenden oder unter Urteilsaufhebung und Zurückverweisung am Laufen zu halten.

d) Am vergleichsweise gewichtigsten ist ein Argument, das das BVerfG schon zu § 354 Abs. 2 StPO vorgebracht und nun auch als für § 354 Abs. 1a S. 1 StPO maßgeblich erklärt hat. Es ist dies die These von der „Steuerungsaufgabe“ der Revisionsgerichte. Die Befugnis zur Zuständigkeitsbestimmung sei ein Mittel zur Durchsetzung der revisionsgerichtlichen Rechtsauffassung und diene der Gewährleistung materieller und einzelfallbezogener Gerechtigkeit; die Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Gerichten liege im Wesen der Revision. Was im Einzelfall allen nichtgerichtlichen Instanzen sowie den Instanzgerichten verboten ist, nämlich auf den Verlauf eines konkreten Verfahrens Einfluss zu nehmen, sei der Revisionsgerichtsbarkeit gerade aufgetragen.<sup>33</sup> Ebenso wie § 354 Abs. 2 StPO dem Revisionsgericht erlaube, dasjenige Tatgericht auszuwählen, das die größte Gewähr für eine sorgfältige Beachtung der obergerichtlichen Rechtsauffassung biete, müsse das Revisionsgericht auch durchentscheiden (und sich dabei implizit als für die Durchentscheidung zuständig erklären) können. Übertragen auf die Norm des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO lässt sich die Durchentscheidung als die stärkste, nämlich verfahrensbeendigende und rechtsmittelverwerfende Form der revisionsgerichtlichen Einflussnahme deuten.<sup>34</sup> Diese Sichtweise leitet aus der Kontrollfunktion der Revisionsgerichte eine „Steuerungsaufgabe“ ab.

aa) Sehr zweifelhaft ist zunächst, ob diese Machtfülle des Revisionsgerichts sich wirklich aus dem Wesen der Revision als solcher ergibt; so sieht § 563 Abs. 3 ZPO bei Entscheidungsreife eine *Verpflichtung* des Revisionsgerichts zur Durchentscheidung vor, andernfalls die *Verpflichtung* zur Aufhebung und Zurückverweisung (§ 563 Abs. 1 S. 1 ZPO). Eine aus dem Wesen der Revision folgende Beeinflussung in Form eines *ermessensmäßigen Wahlrechts* zwischen Durchentscheidung und Zurückverweisung kennt die zivilprozessuale Revision nur für den praktisch wenig bedeutsamen Fall der Anwendung einer nicht revisiblen Norm (§§ 563 Abs. 4, 545 Abs. 1 ZPO). Mit dem Wesen des Rechtsmittels der Re-

vision als solcher und einer institutionellen Überlegenheit des Revisionsgerichts ist die Einräumung des weit reichenden Durchentscheidungsermessens in § 354 Abs. 1a StPO folglich nicht begründbar. Im Gegenteil geht die StPO ersichtlich nicht von einer instanzuellen und institutionellen Überlegenheit des Revisionsgerichts aus, sondern vielmehr von einem „Modell der normativen Verantwortungsteilung“ zwischen Tat- und Revisionsgericht.<sup>35</sup>

Auf dieser Linie liegt auch das BVerfG, das vor Einführung des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO zwei Entscheidungen wegen eines Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG aufgehoben hat, in denen das Revisionsgericht *eigene* Feststellungen traf, auf deren Grundlage eine *eigene* Beweiswürdigung vornahm und diese zur Grundlage eines eigenen Schuldspruchs machte bzw. es erstmals ein Fahrverbot ohne jegliche Tatsachengrundlage verhängte.<sup>36</sup> In beiden Fällen nahm das BVerfG einen willkürlichen Verstoß gegen die zwischen Tat- und Revisionsgericht bestehende Kompetenzverteilung an, die es mit dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 261 StPO) begründete. Die Beweisaufnahme sei ebenso „allein Sache des Tatrichters“ wie die Würdigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme.<sup>37</sup> Auch nach Ansicht des BVerfG ist also die zwischen Tat- und Revisionsrichter bestehende Aufgabenverteilung für die Bestimmung des gesetzlichen Richters von Bedeutung.<sup>38</sup>

Diese den Revisionsgerichten gezogenen Schranken hat das BVerfG zwar vor Statuierung des § 354 Abs. 1a StPO hervorgehoben, indes ist *Sowada* darin recht zu geben, dass „die allgemeine Perspektive auch auf die Frage aus[strahlt], inwieweit der *Gesetzgeber* das Bestimmtheitsgebot des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG lockern darf.“<sup>39</sup> Denn wenn in der (willkürlichen) Verkenntung der gerichtlichen Aufgabenverteilung und damit der Grenzen revisionsrichterlicher Kompetenzen ein Verstoß gegen das Gebot des gesetzlichen Richters liegt, so muss das auch für die der Rechtsanwendung vorgelagerte, die Aufgabenverteilung erst schaffende Normsetzung durch den Gesetzgeber gelten – insbesondere dann, wenn die Norm erhebliche Unsicherheiten in die gerichtliche Zuständigkeits-

<sup>33</sup> BVerfGE 20, 336 (345 f); zust. *Degenhardt* (Fn. 31), § 75 Rn. 20; *Burghart* (Fn. 31), Art. 101 Rn. 117 und 480; krit. *Maunz* (Fn. 32), Art. 101 Rn. 35.

<sup>34</sup> In diesem Sinne hatte sich auch der Generalbundesanwalt geäußert; für § 354 Abs. 1a S. 1 StPO könne nichts anderes gelten als für § 354 Abs. 2 StPO (vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.6.2007 – 2 BvR 1447/05, 2 BvR 136/05, Rn. 51). Indes besteht zwischen Zurückverweisung und Durchentscheidung kein „Erst-recht-Verhältnis“, das einen solchen Schluss zuließe. Im Gegenteil tritt zu der normativ eröffneten Wahlmöglichkeit der Zurückverweisung an einen iudex tertius noch eine weitere, ebenfalls normativ eröffnete Option. Mit dem entscheidenden Problem unzureichender Normbestimmtheit hat sich der Generalbundesanwalt nicht auseinandergesetzt.

<sup>35</sup> *Sowada* (Fn. 21), S. 766; vgl. auch *Meyer-Goßner* (Fn. 5), Vor § 333 Rn. 2 f. („prozessuale Arbeits- und Verantwortungsteilung“).

<sup>36</sup> BVerfG NJW 1991, 2983 und NJW 1995, 443.

<sup>37</sup> BVerfG NJW 1991, 2983.

<sup>38</sup> Dass die Überschreitung dieser Kompetenzen nach Ansicht des BVerfG nur im Falle der Willkür gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verstößt, nimmt der Kompetenzengrenze für die Frage, ob der die jeweilige Aufgabe erfüllende Richter noch der *gesetzliche* ist, nicht die Bedeutung – zumal auch die Berechtigung und dogmatische Tragfähigkeit des Willkürkriteriums bestritten werden, vgl. z.B. *Bettermann*, AöR 94 (1969), 263 (280 ff., 284 f.); ausführlich *Roth*, Das Recht auf den gesetzlichen Richter, 2000, S. 208 ff., 212 ff. und *Sowada* (Fn. 21), S. 221 ff.

<sup>39</sup> *Sowada* (Fn. 21), S. 766 (kursive Hervorhebung vom Verfasser). – Den Beschl. des BVerfG vom 7.1.2004 – StV 2004, 189 – hat der Gesetzgeber (entgegen *Paster/Sättele*, NStZ 2007, 609) schlicht übersehen.

verteilung bringt oder die ohnehin schon bestehenden Unsicherheiten noch vertieft, indem sie auf Rechtsfolgenseite ein Ermessen einräumt.

Die normativ vorgesehene Verantwortungsteilung zwischen Tat- und Revisionsgericht zeigt insbesondere § 358 Abs. 1 StPO, der die Einflussmöglichkeit des Revisionsgerichts nach der vom Gesetz – bisher – als Regelfall angesehenen Aufhebung gemäß §§ 353, 354 Abs. 2 StPO („in anderen Fällen“) inhaltlich auf den Umfang der Urteilsaufhebung begrenzt und damit abschließend umschreibt; eine „Steuerungsfunktion“ übt das Revisionsgericht nach dem Gesamtkontext des Revisionsrechts somit nur durch die Bindungswirkung des § 358 Abs. 1 StPO, nicht aber darüber hinaus aus. Eine Steuerungsfunktion des Revisionsgerichts<sup>40</sup> wird durch § 354 Abs. 1a StPO allenfalls partiell geschaffen, nicht aber von der Norm bereits vorgefunden. Mit dem der bisherigen Konzeption somit zugrundeliegenden Modell der Verantwortungsteilung ist die Vorstellung eines omnipotenten Revisionsgerichts, dessen stärkste Form der Einflussnahme in der Durcherkennung läge, nicht zu vereinbaren.

bb) Auch unabhängig von der Frage nach dem Wesen des Revisionsrechtsmittels bestehen grundsätzliche verfassungsdogmatische Bedenken gegen das Argument des BVerfG, die „Erhaltung der Fähigkeit der Strafrechtspflege zu [...] materiell gerechten [...] Entscheidungen“, der § 354 Abs. 1a S. 1 StPO diene, rechtfertige die Einräumung des Durchentscheidungsmerkmals<sup>41</sup>. Dass der Zweck des Revisionsverfahrens also neben Gewährleistung der Rechtseinheit und der Rechtsfortbildung (vgl. § 132 Abs. 4 GVG) auch in der Herbeiführung von (materieller) Einzelfallgerechtigkeit besteht, ist heute weitgehend anerkannt;<sup>42</sup> daraus folgt aber noch nicht, dass sich der sehr unbestimmte Begriff der materiellen Gerechtigkeit für die Relativierung des aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG folgenden besonderen Bestimmtheitsgrundsatzes verwenden ließe.

Das Gebot materieller Gerechtigkeit im Strafverfahren folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip und soll – jedenfalls primär – den Beschuldigten schützen; bei dem in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG normierten Recht auf den gesetzlichen Richter handelt es sich ebenfalls um eine konkretisierende Ausprägung des Rechtsstaatsgedankens.<sup>43</sup> Dienen beide Instrumente dem Rechtsstaatsprinzip, so ist es methodisch zweifelhaft, eine das Individuum schützende Gewährleistung unter Berufung auf eine andere, ebenso individualschützende Gewährleistung einschränken zu wollen. Mit einer solchen Umkehrung der Schutzrichtung eines Aspektes des Rechtsstaatsgedankens gegen einen anderen spielt man rechtsstaatliche Gewährleistungen gegeneinander aus.

<sup>40</sup> Eine solche Steuerungsfunktion wäre keine Spezialität gerade der Revisionsgerichte. Die Befugnis, die Entscheidung einer Vorinstanz durch eine eigene Sachentscheidung zu ersetzen, ist für Berufungsgerichte geradezu charakteristisch.

<sup>41</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.6.2007 – 2 BvR 1447/05, 2 BvR 136/05, Rn. 111.

<sup>42</sup> Ausführlich *Frisch*, in: Rudolphi u.a. (Fn. 15), 31. Lieferung, Stand: Mai 2003, Vor § 333 Rn. 14 ff., 16 f. m.w.N.

<sup>43</sup> Vgl. *Sowada* (Fn. 21), S. 189.

Überhaupt wird mit der vom BVerfG praktizierten Heranziehung der materiellen Gerechtigkeit als einer Kontraposition des Rechts auf den gesetzlichen Richter eine Inhaltsentleerung des Gerechtigkeitsbegriffs betrieben. Im Rechtsstaat gibt es materielle Gerechtigkeit nur unter Bewahrung und Einhaltung der Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte, also insbesondere der in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG mit Verfassungsrang ausgestatteten strikten richterlichen Vorausbestimmung. Ein materielles Rechtsstaatsverständnis als gemeinsame Grundlage sowohl des Prinzips der materiellen Gerechtigkeit als auch des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verbietet die Entgegensetzung von Gerechtigkeit und strikter Vorausbestimmung des zuständigen Richters: „Der materiale Gehalt des Rechtsstaats, insbesondere die Grundrechte, muss als das Strafverfahrensrecht (in dem der Grundsatz materieller Gerechtigkeit gilt) ausformend gedacht, nicht an dieses von außen im Sinne einer Begrenzung herangetragen werden.“<sup>44</sup> Die Ausformung des Strafverfahrens durch ein materiell verstandenes Rechtsstaatsprinzip schien das BVerfG bereits vor geraumer Zeit ansatzweise erkannt zu haben;<sup>45</sup> indem es nun den Grundsatz materieller Gerechtigkeit als argumentativen Gegenpol des Rechts auf den gesetzlichen Richter bemüht hat, haben die Richter des *Zweiten Senats* unter dem Druck der gesetzgeberischen Zielvorgabe Verfahrensbeschleunigung – zu dieser sogleich – nachgegeben.

Überdies: Was („materiell“) gerecht ist, darüber werden zwischen dem Beschuldigten und den sonstigen Verfahrensbeteiligten bisweilen erhebliche Meinungsverschiedenheiten bestehen.<sup>46</sup> Das zeigt die Untauglichkeit des Begriffs „materielle Gerechtigkeit“, ebensolche im Einzelfall walten zu lassen.<sup>47</sup> Wegen seiner erheblichen Unbestimmtheit bedarf er der legislativen Konturierung. Der Gesetzgeber ist dabei an Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gebunden, der einen besonderen Bestimmtheitsgrundsatz statuiert. Das zeigt, dass der Begriff der materiellen Gerechtigkeit nicht losgelöst vom Grundsatz des gesetzlichen Richters verstanden werden kann und dieser schon gar nicht einschränkend gegen jenen ins Feld geführt werden kann. Materielle Gerechtigkeit verwirklicht sich vielmehr nur unter den Voraussetzungen des *gesetzlich* mit größtmöglicher Präzision vorausbestimmten Richters. Daher muss nicht trotz, sondern gerade aus Gründen der materialen Gerechtigkeit Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG auch bei der Rechtset-

<sup>44</sup> *Niemöller/Schuppert*, AöR 107 (1982), 387 (402).

<sup>45</sup> Vgl. BVerfGE 57, 250 (275); dazu *Niemöller/Schuppert*, AöR 107 (1982), 387 (402 f.).

<sup>46</sup> Vgl. *Kriele*, Grundprobleme der Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 2004, S. 44, der das allgemein bestehende „rechtsphilosophische Grundproblem der Relativität von Gerechtigkeitsvorstellungen“ hervorhebt.

<sup>47</sup> Auch verwirklicht sich materielle Gerechtigkeit wegen der ihm zur Verfügung stehenden höheren Erkenntnismöglichkeiten weitaus eher vor dem Tatrichter als vor dem Revisionsgericht (das klingt an bei *Gribbohm*, NJW 1980, 1440 [1441]). Schon deshalb ist die Einräumung von Ermessen der materiellen (Einzelfall-)Gerechtigkeit eher abträglich.

zung streng formal gehandhabt werden.<sup>48</sup> Überlässt man dem Revisionsgericht die Umsetzung der dem Topos der materiellen Gerechtigkeit innewohnenden Unschärfe, indem man ihm nach § 354 Abs. 1a S. 1 StPO ein Durchentscheidungsermessen einräumt, so wird nicht nur der Grundsatz des gesetzlichen Richters verletzt, sondern auch (subsidiär) das diesem zugrundeliegende Rechtsstaatsprinzip.

Diese Bedenken treffen auch den Begriff der „Prozessökonomie“, den das BVerfG in einem Atemzug mit „sowohl materiell gerechten als auch zeitgerechten Entscheidungen“ nennt und zur Rechtfertigung der Einschränkung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG heranzieht.<sup>49</sup> Zwar mag „Prozessökonomie“ von Natur aus inhaltlich fassbarer sein als die „materielle Gerechtigkeit“. Die Verfassungsrichter verkennen jedoch, dass die Verfahrensbeschleunigung keinen Wert an sich darstellt,<sup>50</sup> sondern einen verfassungsmäßig bedeutsamen Wert primär in ihrer Funktion als Mittel des Schutzes der Rechte des Beschuldigten erlangt. Die Verfahrensbeschleunigung verfolgt also die gleiche Schutzrichtung wie das Recht auf den gesetzlichen Richter. Von Verfassungs wegen lässt sie sich folglich nicht gegen die Justizförmigkeit des Strafverfahrens (deren Teil die aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG folgende Verpflichtung des Staates zur hinreichend bestimmten normativen Vorausbestimmung des zur Entscheidung berufenen Gerichts ist) ins Feld führen. Die Einschränkung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG durch Erwägungen der Prozessökonomie – auch unter Verweis auf eine der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege<sup>51</sup> dienende Beschleunigung – stößt somit auf die gleichen Einwände wie oben die Argumentation mit der vermeintlichen Verwirklichung materieller Gerechtigkeit außerhalb der gesetzlichen Vorausbestimmung des für den Strafausspruch zuständigen Richters. Mit einem materiell verstandenen Rechtsstaatsprinzip ist die inhaltsleere und wertneutrale Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege – mag sie auch der Verfahrensbeschleunigung dienen – als „gegenreformatorischer Argumentationstopos“<sup>52</sup> nicht zu vereinbaren.<sup>53</sup>

<sup>48</sup> Vgl. nochmals allgemein *Kriele* (Fn. 46), S. 44, für den Gerechtigkeitsvoraussetzung „mindestens die Gleichbehandlung“ ist, also die Orientierung an generellen Normen, die nicht durch die konkrete Einzelfallbilligkeit überspielt werden kann.

<sup>49</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.6.2007 – 2 BvR 1447/05, 2 BvR 136/05, Rn. 111 (kursive Hervorhebung vom Verfasser).

<sup>50</sup> Ausführlich *Laue*, GA 2005, 648 (insb. 656).

<sup>51</sup> Auf diese zielt das BVerfG unausgesprochen ab, vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.6.2007 – 2 BvR 1447/05, 2 BvR 136/05, Rn. 93 unter Verweis auf das gesetzgeberische Ziel der Schonung justizieller Ressourcen durch Beschleunigung der Abwicklung von Strafverfahren (BT-Drucks. 15/3482, S. 21). Die damit angestrebte Verschlinkung des Verfahrensganges vor den Tatgerichten hat, um es mit *Scheffler* (NStZ 1997, 29 [30]) zu sagen, in die Magersucht geführt.

<sup>52</sup> Vgl. die treffende Formulierung bei *Hassemer*, StV 1982, 275.

<sup>53</sup> Ausführlich zum materiellen Rechtsstaatsverständnis *Niemöller/Schuppert*, AöR 107 (1982), 387 (401 ff.).

e) Nach alledem besteht kein Konflikt zwischen dem Postulat der größtmöglichen gesetzlichen Vorausbestimmung und einem anderen Gut von Verfassungsrang. Damit gibt es für die in der Ermessensermächtigung des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO liegende Einschränkung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung. Es bleibt folglich bei dem Grundsatz, dass eine genauestmögliche gesetzliche Regelung dort, wo sie möglich ist, auch erforderlich ist<sup>54</sup> – selbst wenn man aus übergeordneten Gründen eine grundsätzliche Einschränkung des aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG fließenden Bestimmtheitsgebots anerkennt. Da eine normative und damit nicht von der Ermessensausübung des Revisionsgerichts abhängige Vorausbestimmung des iudex tertius erforderlich wäre (etwa durch genaue tatbestandliche Definition der Durchentscheidungsvoraussetzungen und entsprechende Geschäftsverteilungspläne bei den Tatgerichten), ist § 354 Abs. 1a S. 1 StPO schon wegen der Einräumung des Durchentscheidungsermessens auf Rechtsfolgenseite mit dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit zu versehen.

### 2. Verfassungswidrigkeit der Tatbestandsseite des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO

§ 354 Abs. 1a S. 1 StPO begegnet nicht nur wegen des auf Rechtsfolgenseite eingeräumten Durchentscheidungsermessens verfassungsrechtlichen Bedenken. Das BVerfG hat sich in seiner Beschlussbegründung denn auch weitaus ausführlicher mit der Tatbestandsseite auseinandergesetzt und diese nur durch verfassungskonforme Normauslegung vor dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit und damit vor der Nichtigkeitsklärung bewahren können. Dabei hat es § 354 Abs. 1a S. 1 StPO an dem aus Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG folgenden Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren gemessen und die Verfassungsmäßigkeit des Normtatbestandes bei unbefangener, d.h. nicht verfassungskonform korrigierter Lesart, zu Recht angezweifelt. Richtig ist daran, dass auch die Tatbestandsseite des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht standhält; jedoch ist sedes materiae der verfassungsrechtlichen Bedenken nicht das fair-trial-Prinzip, sondern das Recht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.

a) Nach § 354 Abs. 1a S. 1 StPO kann das Revisionsgericht den Rechtsfolgenausspruch aufrechterhalten, wenn die von dem Tatgericht verhängte Strafe „angemessen“ ist. Hiermit hat der Gesetzgeber der Revisionsgerichtsbarkeit eine *eigene* Strafzumessungskompetenz zuerkannt,<sup>55</sup> wohingegen nach bisheriger Gesetzeslage das Revisionsgericht nur unter Aufrechterhaltung des Strafausspruchs durcherkennen konnte, wenn auszuschließen war, dass ein fiktiver iudex tertius ohne den Zumessungsfehler zu einem anderen Ergebnis gelangen würde, denn dann beruhte das Urteil nicht auf dem Strafzumessungsfehler (§ 337 StPO). Anstelle einer bloßen Kausalität

<sup>54</sup> Vgl. *Bettermann*, AöR 94 (1969), 263 (293).

<sup>55</sup> Anderer Ansicht, soweit ersichtlich, nur OLG Celle NStZ 2005, 163 (164), sowie *Knauer/Wolf*, NJW 2004, 2936, wonach die bisherige Beruhenspraxis in Gesetzesform gegossen worden sei.

tätsprüfung nach § 337 StPO soll das Revisionsgericht also nunmehr eine Ergebnisprüfung vornehmen können.<sup>56</sup>

Zuzustimmen ist dem BVerfG in der Einschätzung, dass § 354 Abs. 1a StPO dem Revisionsgericht einen *eigenen* (wenngleich nur bestätigenden) Akt der Strafzumessung ermöglicht. Denn um festzustellen, dass die fehlerhafte tatrichterliche Strafe – aus anderen Gründen – „angemessen“ ist, muss das Revisionsgericht eigene Strafzumessungserwägungen anstellen können; nur wenn sämtliche aus dem Urteil hervorgehende Strafzumessungsaspekte selbst bewertet werden, lässt sich beurteilen, ob die Strafe im Ergebnis angemessen ist. Dass mit der Einfügung des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO nicht nur die bisherige revisionsgerichtliche Vorgehensweise, die denkbaren Entscheidungen eines neuen Tatrichters zu prognostizieren, gesetzlich geregelt werden sollte, zeigt auch der systematische Zusammenhang mit § 354 Abs. 1a S. 2 StPO, wonach das Revisionsgericht, wenn es sie für unangemessen hält, die tatrichterliche Strafe „angemessen herabsetzen“ kann. Für die Herabsetzung, die anders als die Aufrechterhaltung nach S. 1 die tatrichterliche Strafe nicht bloß bestätigt, ist fraglos ein eigener wertender Akt erforderlich. Warum dann S. 1 des § 354 Abs. 1a StPO anders zu verstehen sein sollte, ist nicht ersichtlich.

Freilich kam das Revisionsgericht auch bei Verneinung des Beruhenszusammenhangs nicht ohne eine eigene Strafzumessungserwartung aus.<sup>57</sup> Denn um festzustellen, welche

<sup>56</sup> Eisenberg/Haeseler, StraFo 2005, 222 (223). Ausführlich zur Rechtslage vor der Änderung des § 354 StPO Steinmetz, Sachentscheidungskompetenzen des Revisionsgerichts in Strafsachen, 1997, S. 223 ff., 231 ff., 324 f., der für ein Festhalten am kausalitätsbezogenen Beruhensbegriff gegenüber einer – angeblich – weitergehenden normativen Vertretbarkeitskontrolle plädiert. – Freilich ist es unpräzise, die vor Einführung des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO praktizierte Beruhensmethode als „Kausalitätsprüfung“ zu bezeichnen, denn dabei wird nicht der Strafzumessungsfehler hinweg-, sondern das Ergebnis einer neuen Hauptverhandlung (im Sinne einer Reserveursache) *hinzugedacht*. Es kann also nur darum gehen, ob eine von einem neuen Tatrichter zu verhängende Strafe auf einer Aufhebung des ursprünglichen Urteils beruhen könnte, vgl. Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 54. Aufl. 2007, § 46 Rn. 118. Aus diesem Grund will Hanack (Fn. 2), § 337 Rn. 266, für die Beruhensfrage nicht auf die fiktive Entscheidung des iudex tertius, sondern auf die fiktive zumessungsfehlerfreie Entscheidung des iudex a quo abzustellen. Damit wird eine Durchentscheidungskompetenz auf der Basis mangelnden Beruhens (§ 337 StPO) aber noch zweifelhafter als ohnehin schon, denn gemäß § 267 Abs. 3 S. 1 StPO hat der Tatrichter ja nur bestimmende Strafzumessungsaspekte mitzuteilen. Warum dann ohne einen fehlerhaften Strafzumessungsaspekt auf eine identische Rechtsfolge erkannt worden wäre, obwohl der iudex a quo sie für maßgeblich gehalten hat, ist kaum begründbar.

<sup>57</sup> So Theune, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2007, § 46 Rn. 343: Über die Entscheidung des fiktiven iudex tertius könne das

Strafe ein fiktiver iudex tertius verhängen würde, muss das Revisionsgericht diese Strafe im Sinne einer fiktiven Vergleichsgröße prognostizieren. Weicht diese Prognose zum Vorteil des Revisionsführers von der durch den iudex a quo verhängten ab, so beruht das Urteil auf dem Zumessungsfehler, stimmt die Prognose mit der verhängten überein oder weicht sie zum Nachteil des Revisionsführers ab, so fehlt es am Beruhenszusammenhang (im letzteren Fall am Beruhen in einer beschwerenden Weise). Der Unterschied zwischen der bisherigen Verfahrensweise nach § 337 StPO und der hier besprochenen gemäß § 354 Abs. 1a S. 1 StPO ist also kleiner als es prima facie scheint; er besteht in erster Linie darin, dass Unsicherheiten des Revisionsgerichts über die Straferwartung hinsichtlich der Zumessung durch den iudex tertius nun keine Rolle mehr spielen – das Revisionsgericht kann die Strafe ja *selbst* festsetzen. Hält das Revisionsgericht die bisherige Strafe für unangemessen hoch, so kann es nur bei Vorliegen eines staatsanwaltschaftlichen Antrags die Strafe auf ein angemessenes Maß reduzieren (§ 354 Abs. 1a S. 2 StPO), andernfalls muss es im Strafausspruch aufheben und zurückverweisen (§§ 353 Abs. 2, 354 Abs. 2 StPO).

Auf die bislang kaum erörterte Frage, wie weit die aus dem Begriff „angemessen“ i.S. des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO reichende Strafzumessungsermächtigung reicht, gibt es zwei mögliche Antworten: Entweder man entnimmt dem unbestimmten Rechtsbegriff „angemessen“ die Kompetenz des Revisionsgerichts zu einer das tatrichterliche Urteil vollständig ersetzenden Strafzumessung auf der Basis der gesamten Urteilsfeststellungen, oder man legt den Begriff eng aus und beschränkt das Revisionsgericht auf eine restriktive Handhabung, nach der es nur (wenn auch selbst zumessend) überprüfen darf, ob die erkannte Rechtsfolge unter Korrektur des Zumessungsfehlers noch vertretbar ist. Im ersten Fall nimmt das Revisionsgericht einen eigenen, alleinigen Strafzumessungsakt vor, im letzten entscheidet es ergebnisorientiert über die Bedeutung des Rechtsfehlers für die Strafzumessung.<sup>58</sup> Das rechtliche Problem bei der Auslegung des Begriffs „angemessen“ besteht also darin, dass die Strafzumessungskompetenz des Tatgerichts mit der des Revisionsgerichts gleichsam „kollidieren“ kann, wenn das Revisionsgericht eine – möglicherweise nur graduell abweichende – andere Rechtsfolge als die des Tatgerichts für im Ergebnis angemessen und vorzugswürdig erachtet.

Diese mögliche Kollision zweier Strafzumessungsvorstellungen ist weitgehend zugunsten des Tatgerichts im engeren Sinne einer bloßen Vertretbarkeitskontrolle aufzulösen. Das Revisionsgericht darf und muss – wie es die höchstrichterliche Rechtsprechung bislang schon ständig praktizierte – die Rechtsfehlerfreiheit der Rechtsfolgenbestimmung und -zumessung durch das Tatgericht kontrollieren, darüber hinaus aber auch eine eigene Vorstellung von einer angemessenen

Revisionsgericht nur Vermutungen anstellen, so dass es für die Beruhensfrage letztlich darauf ankommt, „wie der Tatrichter nach Ansicht des Revisionsgerichts [...] ohne den Fehler hätte entscheiden *sollen*“ (kursive Hervorhebung im Original).

<sup>58</sup> Langrock, StraFo 2005, 226.

Rechtsfolge entwickeln. Jedoch darf es das Urteil nicht etwa deshalb aufheben, weil das Tatgericht auf eine Rechtsfolge erkannt hat, die das Revisionsgericht als schon oder noch schuldangemessen erachtet, selbst aber dennoch eine davon abweichende, ebenfalls vertretbare Strafe verhängt hätte – auch nach der Neufassung des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO hat der Revisionsrichter die Entscheidung des Tatrichters zu respektieren, sofern sich die Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Strafzumessung nicht als Rechtsverletzung fassen lassen.<sup>59</sup> Dies folgt schon daraus, dass die Befugnis zur Abänderung aufgrund erkannter Unangemessenheit gemäß § 354 Abs. 1a S. 2 StPO an erhöhte Voraussetzungen geknüpft ist. Die Kompetenz, die Strafe selbst zuzumessen, nimmt dem Tatgericht also nicht den gegenüber der Kontrolle durch die Revisionsgerichte bestehenden Ermessensspielraum bei der Verhängung der Rechtsfolge. Die Formulierung, § 354 Abs. 1a S. 1 StPO ermögliche dem Revisionsgericht eine eigene Strafzumessungsentscheidung, ist also unpräzise, weil die Eigenständigkeit bei der Straffestsetzung nur im Hinblick auf die Aufrechterhaltung besteht, nicht aber in umgekehrter Richtung auf eine abändernde Rechtsfolgenfestsetzung. Eine eigene abändernde Straffestsetzung gestattet § 354 Abs. 1a S. 2 StPO nur bei Unangemessenheit der tatrichterlich festgesetzten Strafe in Form einer angemessenen Herabsetzung der Strafe, die überdies unter dem zusätzlichen Erfordernis eines staatsanwaltlichen Antrags steht.<sup>60</sup>

Eine umfassende eigene Strafzumessungskompetenz des Revisionsgerichts ließe sich nur vertreten, wenn man mit der sog. Punktstrafentheorie davon ausginge, dass für jede Straftat theoretisch nur genau eine richtige Strafe existiert, denn Kehrseite des Punktstrafenmodells ist die vollständige revisionsrechtliche Überprüfbarkeit der Strafzumessung.<sup>61</sup> Indes gehen selbst die Vertreter der Punktstrafentheorie davon aus, dass die einzig richtige Strafe praktisch nur annäherungsweise gefunden werden kann. Schon im Ausgangspunkt rechtfertigungsbedürftig ist es damit, dem Revisionsgericht eine über die tatrichterlichen Erkenntnismöglichkeiten hinausreichende

Strafzumessungsmöglichkeit zu geben. Überdies würde die Punktstrafentheorie im Zusammenhang mit § 354 Abs. 1a S. 1 StPO dazu führen, dass bei jeder noch so geringfügigen Abweichung einer punktmäßig erkannten revisionsgerichtlichen Strafzumessungsentscheidung von der tatrichterlich verhängten Strafe zum Nachteil des Angeklagten ein Fall der Unangemessenheit vorläge, die (vorbehaltlich des Nichtvorliegens der Voraussetzungen des § 354 Abs. 1a S. 2 StPO) zur Aufhebung und Zurückverweisung (§§ 353 Abs. 2, 354 Abs. 2 StPO) führen müsste. Die Anwendung der Punktstrafentheorie auf § 354 Abs. 1a S. 1 StPO steht also dem gesetzgeberischen Zweck, unnötige Urteilsaufhebungen zu vermeiden, eher im Wege als dass sie ihm dienlich wäre.

Bedenken gegen die Vereinbarkeit des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO mit Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG scheinen demnach – unter dem Aspekt des Gebotes größtmöglicher normativer Vorausbestimmung – zu bestehen, weil es wegen der Einräumung einer eigenen Strafzumessungskompetenz („angemessen“) auch auf Tatbestandsseite von einer *Ermessensentscheidung* des Revisionsgerichts abhängt, ob das Revisionsgericht über den Strafausspruch selbst abschließend befindet oder erst nach Aufhebung und Zurückverweisung ein anderes Tatgericht. Diese Erkenntnis legt auf den ersten Blick die Beurteilung nahe, dass – auch wenn die „Kollision“ der Strafzumessungsermächtigung des Tatgerichts mit der des Revisionsgerichts nur zu einer Vertretbarkeitsüberprüfung des letzteren führen kann – auch die Tatbestandsseite des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO dem Bestimmtheitsgebot aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zuwiderläuft. Jedoch stellt sich, anders als die Ermessensermächtigung auf der Rechtsfolgenseite, die Entscheidung über die Angemessenheit der tatrichterlich verhängten Strafe im Wege eigener Strafzumessung nicht als Entscheidung über die *Zuständigkeit* für die Entscheidung in der Sache dar, sondern als die *Entscheidung in der Sache selbst*. Für die Umsetzung des Strafrahmens in eine konkrete Strafgröße ist nun einmal die Judikative und nicht die Legislative berufen. Das aus dem Wesen der Strafzumessung als Wertungsakt resultierende Maß an Unbestimmtheit, das nicht etwa unnötigerweise gesetzgeberisch erzeugt wird, sondern in der Natur der Sache liegt, wird zusätzlich dadurch abgemildert, dass § 354 Abs. 1a S. 1 StPO die an die Entscheidung über die Angemessenheit gekoppelte Frage der Zuständigkeit nur im Hinblick auf die Aufrechterhaltung der Strafe von einer Wertung abhängig macht. Mit einer vermeidbaren Unbestimmtheit des Gesetzeswortlauts hat die Entscheidung über die Angemessenheit also nichts zu tun.

b) *Sedes materiae* der Bedenken gegen die Fassung der Tatbestandsseite des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO ist die aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG folgende *Sachlichkeitsgarantie*. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG gewährleistet Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, dass „nur Gerichte bestehen, die in jeder Hinsicht den Anforderungen des Grundgesetzes genügen.“<sup>62</sup> Daraus folgt, dass die verfassungsrechtlichen Bedenken, die das BVerfG gegen § 354 Abs. 1a S. 1 StPO erhoben hat und die es im Wege verfassungskonformer Auslegung beheben zu können glaubt, richtigerweise nicht das aus Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3

<sup>59</sup> Tröndle/Fischer (Fn. 56), § 46 Rn. 115; Frisch (Fn. 42), 37. Lieferung, Stand: März 2004, § 337 Rn. 168; Streng, JZ 2007, 154 (155).

<sup>60</sup> Freilich dürfte dieses Antragerfordernis der Durchscheidungspraxis kein großes Hindernis bereiten. Es steht zu befürchten, dass es vermehrt zu „bestellten“ Durchscheidungsanträgen kommen wird. Die angebliche Schutzfunktion zugunsten des Angeklagten verliert jede Bedeutung, wenn man mit OLG Karlsruhe NJW 2004, 3724, der Meinung ist, dass das Revisionsgericht an die Höhe der staatsanwaltschaftlich beantragten Herabsetzung nicht gebunden ist – höchst zweifelhaft: Bei einer Herabsetzung über die von der Staatsanwaltschaft beantragte Höhe hinaus liegt *insoweit gerade kein Antrag* der Staatsanwaltschaft vor, vgl. Frisch, StV 2006, 431 (438 mit Fn. 98).

<sup>61</sup> Klärend Streng, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Bd. 1, § 46 Rn. 104; ders., Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2002, Rn. 507; dort auch grundsätzliche Argumente gegen die Punktstrafentheorie (Rn. 508 ff.).

<sup>62</sup> BVerfGE 10, 200 (213); 14, 156 (162).

GG folgende Recht auf ein faires Strafverfahren betreffen, sondern bei Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zu verorten sind. Ein Revisionsgericht, das Strafzumessung betreiben darf, ohne eine entsprechende Kompetenz zur Tatsachenfeststellung und -würdigung zu haben, genügt – das hat das BVerfG zutreffend erkannt – nicht den Anforderungen des Grundgesetzes. Es ist damit, so könnte man sagen, im höheren Sinne für die Strafzumessung unzuständig. § 354 Abs. 1a S. 1 StPO birgt nämlich die Gefahr, dass das Revisionsgericht aufgrund fehlerhafter tatrichterlicher Feststellungen durchentscheidet, ohne dass die Fehlerhaftigkeit (sei sie verfahrensmäßiger oder inhaltlicher Natur) in der Revisionsinstanz festgestellt werden könnte, weil in der Revision gerade keine Tatsachenfeststellungen statthaft sind. Auch ist weitgehend anerkannt, dass ein Revisionsgericht Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletzt, wenn es selbst unter Überschreitungen seiner Kompetenzen tatrichterliche Feststellungen trifft und die Rechtsfolge festsetzt oder letzteres gar ohne entsprechende Feststellungen tut. Es besteht kein Anlass, für eine legislatorische Ermächtigung des Revisionsgerichts zur Strafzumessung einen anderen verfassungsrechtlichen Maßstab (nämlich den der Verfahrensfairness) anzulegen als für die Kompetenzüberschreitung durch das Revisionsgericht selbst. Im Gegenteil ist angesichts der bei richterlichem Handeln erheblich zurückgenommenen, auf willkürliche Kompetenzüberschreitungen beschränkten Schutzfunktion des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG eine Prüfung der vorgelegten Norm des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO am Maßstab des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG umso erforderlicher. Der Grundsatz des gesetzlichen Richters sichert damit verfassungsrechtliche Verfahrensrechte mit ab, soweit diese die richterliche Zuständigkeits- und Kompetenzordnung betreffen. Mit einer Prüfung des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO am Maßstab des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG anstatt anhand des Grundsatzes der Verfahrensfairness lässt sich dann auch aufdecken, dass das BVerfG in Wahrheit Gesetzeskorrektur betrieben hat – und nicht einmal diese grundgesetzlichen Ansprüchen genügt.

Gegen die Lozierung der Bedenken gegen § 354 Abs. 1a S. 1 StPO bei Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG lassen sich verschiedene Einwände denken. Zum einen kann vorgebracht werden, bei Kompetenzüberschreitungen durch das Revisionsgericht würde nur Verfahrensrecht, nicht aber die Zuständigkeitsordnung verletzt,<sup>63</sup> so dass die der Normanwendung vorgelagerte Normsetzung auch nicht am Maßstab des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zu messen sei, weil dieser die richterliche Zuständigkeitsordnung im Blick habe; zum anderen, bei Strafzumessung handele es sich um Rechtsanwendung, für die das Revisionsgericht ebenso geeignet – und damit im höheren Sinne „zuständig“ – sei wie das Tatgericht<sup>64</sup>.

aa) Letzterem Einwand ist entgegenzuhalten, dass die Anwendung von Strafzumessungstatsachen zwar in der Tat Rechtsanwendung darstellt, aber eben nicht ausschließlich. Sie erfordert wie jede gerichtliche Rechtsanwendung die vorgelagerte Feststellung von Strafzumessungstatsachen, zu welcher

die Revisionsgerichte nicht in der Lage sind. Überdies mag zwar die Strafzumessung heutzutage weitgehend mit rechtlichen Regeln durchsetzt sein; nach der herrschenden „Spielraumtheorie“ handelt es sich dabei aber um eine Ermessensentscheidung, d.h. innerhalb eines durch die Tatschuld vorgegebenen Rahmens und unter Berücksichtigung zulässiger präventiver Zwecke existieren mehrere gleichermaßen als rechtmäßig denkbare Strafaussprüche, zwischen denen der Tatrichter nach seinem Ermessen wählen kann.<sup>65</sup> Die Ermessensausübung durch den Tatrichter ist das Resultat eines schöpferischen sozialen Aktes und entzieht sich einer ins Ergebnis gehenden Überprüfung, denn wo vor dem einmaligen gestaltenden Strafzumessungsakt keine „richtige Strafe“ existiert, dort kann sie auch nicht gefunden werden; überprüfbar ist also nur die „Vertretbarkeit“ des geschaffenen Strafmaßes.<sup>66</sup> Vergegenwärtigt man sich weiter, dass die konkrete Strafe „in einer [...] nicht mehr rekonstruierbaren zwischenmenschlichen Begegnung in der Hauptverhandlung wertend geschaffen wird“,<sup>67</sup> so wird deutlich, dass den im Revisionsverfahren nach der StPO nicht gewährleisteten Grundsätzen der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit als Mitwirkungs- und Beteiligungsrechte des Angeklagten eine erhebliche Schutzfunktion innewohnt. Diese fehlende Rekonstruierbarkeit der Hauptverhandlung ist der Grund dafür, dass die an die Verwirklichung des materiellen Schuldprinzips gebundene Strafzumessung *verfahrensmäßig* nur aufgrund einer mündlichen und unmittelbaren Hauptverhandlung ergehen darf und auch dafür, dass der Tatrichter nur die bestimmenden Strafzumessungserwägungen im Urteil mitzuteilen hat. Damit ist auch der Stab über der Kompetenz des Revisionsgerichts zur Strafzumessung gebrochen – wenn wegen der fehlenden Rekonstruierbarkeit der zwischenmenschlichen Begegnung in der Hauptverhandlung schon eine ins Ergebnis gehende punktuelle Richtigkeitskontrolle ausgeschlossen ist, so erst recht ein eigener wertender Strafzumessungsakt des Revisionsgerichts, der nach der StPO ohne eine solche mündliche und unmittelbare zwischenmenschliche Begegnung erfolgen kann und in der Praxis regelmäßig auch erfolgt.

bb) Demgegenüber zielt ersterer Einwand darauf ab, schon den Schutzbereich des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG strikt

<sup>65</sup> Zur Spielraumtheorie ausführlich z.B. *Streng* (Fn. 61), Rn. 480 ff.

<sup>66</sup> *Streng* (Fn. 61), Rn. 501. – Deshalb ist die Folgerung des BVerfG, wenn Strafzumessung auf Rechtsfehler hin kontrolliert werden könne, so müsse das Revisionsgericht sie auch selbst zumessen können (Beschl. vom 14.6.2007 – 2 BvR 1447/05, 2 BvR 136/05, Rn. 79), zirkelschlüssig, denn damit werden konsensuale Vertretbarkeitskontrolle und dezisionistisches Aufrechterhalten im Sinne eines „auf den Punkt Kommens“ (*Streng*, JZ 2007, 154 [155 f.]) gleichgesetzt. Das wäre nur richtig, wenn es stets nur ein richtiges Strafzumessungsergebnis gäbe, welches auch vom Revisionsgericht gefunden werden könnte – womit freilich noch nicht gesagt ist, dass das Revisionsgericht dieses Ergebnis anhand des tatrichterlichen Urteils als der Strafzumessungsgrundlage finden könnte und dürfte.

<sup>67</sup> *Streng* (Fn. 61), Rn. 509.

<sup>63</sup> *Bettermann*, AöR 94 (1969), 263 (279 f.); dagegen *Sowada* (Fn. 21), S. 743 ff., 755.

<sup>64</sup> *Frisch*, StV 2006, 431 (433 f.); *Rosenthal*, StV 2004, 686 (687).

auf Fragen der richterlichen Zuständigkeit zu beschränken und aus ihm „materielle“ Gesichtspunkte wie Neutralität, fachliche Eignung, Freiheit von Beeinflussung etc. herauszuhalten. Die Verfechter dieser formalen Sichtweise werfen dem hier vertretenen materialen Verständnis des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG vor, es werde entgegen dem Sinn der Norm „gesetzlich“ als „gesetzmäßig“ statt, wie es richtig sei, als „gesetzlich zuständig“ verstanden.<sup>68</sup> Unter Zugrundelegung dieses engen Verständnisses wäre sedes materiae der verfassungsrichterlichen Bedenken tatsächlich das Gebot, das Strafverfahren fair auszugestalten, also insbesondere die Voraussetzungen für die Beachtung des strikten Gebots schuldangemessener Strafe und deren verfahrensmäßiger Absicherung bei der Ausgestaltung des Verfahrens zu schaffen, nicht aber könnte der iudex inhabilis als ungesetzlicher Richter verstanden werden.

Jedoch liegt in der Beschränkung auf den „gesetzlich zuständigen“ Richter eine weitreichende Unterschreitung des Wortlautes des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG. Es ist wortlautmäßig nicht unzulässig, die Umgestaltung des Revisionsverfahrens an dem vom Gebot des gesetzlichen Richters geschützten materiellen Schuldprinzip zu messen. Die Kompetenzzuweisung für die Strafzumessung an die Revisionsgerichte lässt sich als ungesetzlich bezeichnen, ein Revisionsgericht somit als im Hinblick auf eigene Strafzumessungsentscheidungen als „ungesetzlicher“ und damit im höheren Sinne „unzuständiger“ Richter. Demgegenüber ist ein rein einfachgesetzlich zuständigkeitsbezogenes Verständnis des Rechts auf den gesetzlichen Richter mit der Erkenntnis unvereinbar, dass Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG als normgeprägte rechtsstaatliche Garantie auf gesetzgeberische Ausgestaltung angewiesen ist und eine grundgesetzliche Verpflichtung enthält, Regelungen zu treffen, aus denen sich der gesetzliche Richter ergibt<sup>69</sup> (aus dem status positivus abgeleitete Leistungskomponente). Diese Leistungsverpflichtung auf die Bereitstellung einer bloßen Zuständigkeitsordnung ohne darüber hinausgehenden materialen Gehalt zu reduzieren, bliebe hinter dem Inhalt des das Rechtsstaatsprinzip konkretisierenden Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zurück. Beschränkte man seine Gewährleistung auf formale Zuständigkeitsaspekte, so lautet – zugespitzt – der an den Gesetzgeber gerichtete Normbefehl des status positivus des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG: „Erschaffe eine hinreichend bestimmte gesetzliche Zuständigkeitsordnung. Gleichgültig ist es, ob die Gerichte die Gewähr eines rechtsstaatlichen Verfahrens bieten“. Ein derart sinnentleerter, materiellen Rechtsstaatlichkeitsanforderungen gleichgültig gegenüberstehender Normerschaffungsbefehl kann vor einem von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verkörpertem materiellen Rechtsstaatsprinzip keinen Bestand haben.<sup>70</sup>

Ferner ist in der Überschreitung der gesetzlichen Kompetenzen durch das Revisionsgericht ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG deshalb zu sehen, weil das Revisionsverfahren keine hinreichende Mindestbeteiligung des Revisionsführers gewährleistet. Sobald es nicht um die an den Gesetzgeber gerichtete Leistungskomponente des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, sondern um seine Abwehrkomponente geht, können also materielle Erwägungen sehr wohl einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG begründen. Nicht erklärbar ist, warum dieser materielle Maßstab nicht auch an die aus dem status positivus des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG abgeleitete Verpflichtung bereits des Gesetzgebers anzulegen sein soll; dies um so mehr, als eine Reduzierung des status positivus des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG auf die Schaffung einer wie auch immer gearteten Zuständigkeitsordnung auch wertungsmäßig kaum überzeugt. Es kann (und wird im Regelfall) nämlich auch ein unzuständiges Revisionsgericht sachlich zutreffend, unbefangen und unter Einhaltung eines fairen Verfahrensablaufs entscheiden; hingegen kann ein Revisionsgericht schon nach einem in der Struktur des anzuwendenden Revisionsrechts liegenden gesetzlichen Mangel die Mindestanforderungen – mündliche und unmittelbare Tatsachenfeststellung im Wege des Strangbeweises – nicht erfüllen. Das zeigt, dass die Diskreditierung des dem Rechtsstaatsprinzip entspringenden Idealbildes der richterlichen Tätigkeit im Falle eines strukturellen gesetzlichen Fairnessmangels ungleich größer ist als bei der bloßen Unzuständigkeit.<sup>71</sup>

Naheliegender ist die Einbeziehung richterspezifischen Verfassungsrechts in den Schutzbereich des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG insbesondere dann, wenn man auf systemfunktionaler Basis davon ausgeht, die Funktion der Strafe bestehe im Schutz der identitätsbestimmenden gesellschaftlichen Normen und damit in der Gewährleistung des Fortbestandes dieser Gesellschaft. Strafe hat danach nicht einen Zweck, „sondern ist selbst Zweckerreichung, sc. Feststellung der unveränderten Wirklichkeit der Gesellschaft“. Die Bestätigung der Identität der Gesellschaft ist nicht erst Folge des Strafverfahrens, sondern vielmehr seine *Bedeutung*.<sup>72</sup> Bringt demnach schon die Durchführung des Strafverfahrens den Fortbestand der Gesellschaft zum Ausdruck, so muss das Strafverfahren auch, um normbestätigend sein zu können, den Grundsätzen der jeweiligen Gesellschaft entsprechen, sonst würde es die mit der Begehung der Straftat erzeugte Desavouierung vertiefen. In einer Gesellschaft, die den Anspruch an sich stellt, rechtsstaatlich zu strafen, muss Strafe objektiv sein, also von objektiven Richtern verhängt werden.<sup>73</sup> Objektivität – hier bei der Strafzumessung – ist wegen der Legitimationsfunktion des Strafverfahrens und der für den Eintritt der Legitima-

<sup>68</sup> So in der Tat *Bettermann*, AöR 94 (1969), 263 (267 ff.).

<sup>69</sup> BVerfGE 95, 322 (328); *Jarass/Pieroth* (Fn. 31), Art. 101 Rn. 1.

<sup>70</sup> *Wassermann*, in: ders. (Hrsg.), *Alternativkommentare, Kommentar zum Grundgesetz*, 3. Aufl. 1985, Art. 101 Rn. 15; *Hänlein*, in: *Umbach/Clemens* (Hrsg.), *Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar*, Bd. II, 2002, Art. 101 Rn. 25.

<sup>71</sup> Ähnlich *Leuze*, in: *Friauf u.a.* (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, 2001, Art. 101 Rn. 8.

<sup>72</sup> *Jakobs*, *Norm, Person, Gesellschaft*, 2. Aufl. 1999, S. 106; *ders.*, ZStW 107 (1995), 843 (844).

<sup>73</sup> Dass das Erfordernis der Objektivität als prozedurale Konsequenz aus dem Wesen der Strafe selbst folgt und nicht bloß eine Forderung prozeduraler Fairness ist, hat *Neumann*, in: *Pawlik u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag* am 26. Juli 2007, 2007, S. 435 (440) hervorgehoben.

tionswirkung erforderlichen Einbeziehung des Revisionsführers in den Strafzumessungskommunikationsprozess nur dann gewährleistet, wenn der Revisionsführer die gesetzliche Möglichkeit hat, das Ergebnis zu beeinflussen.<sup>74</sup> Dafür bedarf es der Überprüfung aller strafzumessungsrelevanten Faktoren in einem von allen Verfahrensbeteiligten betriebenen Kommunikationsprozess – dieser ist die tatrichterliche Hauptverhandlung, in der relevante Strafzumessungsgesichtspunkte zu klären sind, nicht aber im Revisionsverfahren, in dem Strafzumessungstatsachen auch in einer Revisionshauptverhandlung nicht mehr erörtert werden. Nota bene: Es soll an dieser Stelle nicht lediglich § 354 Abs. 1a S. 1 StPO aus rechtssoziologischer Sicht kritisiert werden – es geht vielmehr darum, schon der Verfassungsnorm des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG eine in Bezug auf das Strafverfahren systemfunktionale Aussage zu entnehmen und § 354 Abs. 1a S. 1 StPO an diesem systemfunktional-verfassungsrechtlichen Maßstab zu messen. Weil die Strafe von dem Revisionsgericht *selbst* verhängt wird und Objektivität eine zwingende prozedurale Konsequenz „schon“ der Institution der Strafe selbst ist (und nicht „erst“ ein Gebot prozeduraler Fairness), muss auch die die Strafe verhängende Stelle *selbst* der gesetzlichen Ausgestaltung nach in der Lage sein, aufgrund eines Kommunikationsprozesses – jener zwischenmenschlichen Begegnung in der Hauptverhandlung – möglichst objektiv zu entscheiden. Objektivität ist demnach eine zu fordernde Eigenschaft des strafenden Organs, nicht des Verfahrens. Aus der Verantwortung des Revisionsgerichts für die im Wege der Durchentscheidung verhängte Strafe folgt das Sachlichkeitsgebot des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; damit korrespondiert der verfassungsrechtliche Anspruch des Revisionsführers auf Strafzumessung durch tatrichterliche Ermessensausübung aufgrund einer neuen Hauptverhandlung.<sup>75</sup> Dessen Voraussetzungen sind nicht erfüllt, wenn nach der gesetzlichen Regelung ohne Kommunikationsprozess und aufgrund der tatrichterlich nur fragmentarisch mitzuteilenden bestimmenden Strafzumessungstatsachen (§ 267 Abs. 3 S. 1 StPO) im Revisionsverfahren aufgrund eigener Strafzumessung durchentschieden werden darf.

Da somit die vorstellbaren Einwände gegen die Anwendung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nicht durchgreifen, ist auch die hier vorliegende Konstellation der strukturellen gesetzlichen Unzuständigkeit eines Revisionsgerichts für die Strafzumessung am status positivus des gesetzlichen Richters zu

<sup>74</sup> Allgemein zur Einbindung der Beteiligten *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl. 1981, S. 107 ff.

<sup>75</sup> Vgl. *Gribbohm*, NJW 1980, 1440 (1441), der diesen Anspruch aus dem Aspekt der Einzelfallgerechtigkeit herleitet, aber nicht erklärt, warum – im Einzelfall – nicht auch die Aufrechterhaltung einer angemessenen Strafe gerecht sein kann. Eine aufrechterhaltende Revisionsentscheidung trotz Beruhens hält *Scheffler*, NSTZ 1997, 29 (30), für eine „eklatante Ungerechtigkeit“. Dass die Bestätigung des ursprünglichen fehlerhaft festgesetzten Strafmaßes auch in einer neuen Hauptverhandlung „den un guten Anschein der Rechthaberei“ erweckt, betont *Goydke*, in: Eser u.a. (Hrsg.), Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, 2001, S. 541 (546).

messen. Diese Vorgehensweise hat den Vorteil, dass die gewaltenteilungsrelevante Verantwortlichkeit der *Legislative* für die Etablierung einer rechtsstaatlichen Strafzumessungszuständigkeit bzw. eines entsprechenden Verfahrens bei den Revisionsgerichten hervorgehoben wird – das Grundgesetz verlangt einen grundgesetzlichen Anforderungen genügenden Richter und begnügt sich insoweit nicht mit Reparaturmaßnahmen der Judikative – ungeachtet des § 31 BVerfGG auch nicht mit solchen der Verfassungsjudikative (Parlamentsvorbehalt in Form des Ausgestaltungsvorbehalts). Dem ziemlich unbestimmten, in seiner Reichweite bis heute offenen Begriff der Verfahrensfairness hingegen lässt sich eine solche Gewaltenteilungskomponente nicht ohne weiteres entnehmen.<sup>76</sup>

c) Gemäß § 267 Abs. 3 S. 1 StPO muss der Tatrichter nur die „bestimmenden“ Strafzumessungserwägungen im Urteil angeben. Ob diese zutreffend, insbesondere erschöpfend und verfahrensfehlerfrei festgestellt sind, kann das Revisionsgericht nicht selbst feststellen; da das Revisionsgericht seinen eigenen Strafzumessungsakt auf der Grundlage der Feststellungen des angefochtenen Urteils vorzunehmen hat, ist es denkbar, dass es auf der Basis von mitgeteilten Strafzumessungserwägungen durchentscheidet, die es dem Tatgericht sonst als darstellungsmangelhaft nicht durchgehen ließe. Wie hochproblematisch die Einräumung einer eigenen revisionsgerichtlichen Strafzumessungsentscheidung ist, zeigt ferner beispielhaft eine Abwandlung der Entscheidung des 4. Strafsenats des BGH vom 30.8.2005: Das Tatgericht hatte den Angeklagten zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und drei Monaten verurteilt, ohne sich in der Urteilsbegründung mit Strafschärfungsgründen auseinanderzusetzen. Der BGH hielt dies zu Recht für darstellungsmangelhaft, entnahm aber in kumulativer Anwendung der §§ 337 Abs. 1, 354 Abs. 1a S. 1 StPO „dem Gesamtzusammenhang des Urteils [...] hinreichende erschwerende Umstände, die für sich die Höhe der erkannten Freiheitsstrafe tragen“<sup>77</sup> und verwarf die Revision des Angeklagten.

Das rechtliche Problem der Vorgehensweise des 4. Senats besteht darin, dass das Tatgericht die Strafzumessung nicht ausdrücklich auf die mitgeteilten, vom Senat in Bezug genommen Strafschärfungsgründe gestützt hat. Daher konnte sich der Revisionsführer nicht gegen diese Strafschärfungsgründe wenden, weil der Strafausspruch nicht auf diesen beruhte. Wandelt man nun zur Verdeutlichung den Originalfall dahin ab, dass die strafschärfenden Feststellungen, die der BGH dem „Gesamtzusammenhang des Urteils“ entnommen hat, verfahrensfehlerhaft zustande gekommen sind, so hat der Revisionsführer keine Möglichkeit, sich gegen die Einbeziehung der fehlerhaft festgestellten Strafschärfungsgründe zu wehren. Damit wird ihm erstmals in der Revisionsinstanz ein Umstand angelastet, gegen den er sich mit „den bescheidenen

<sup>76</sup> Nach *Sowada* (Fn. 21), S. 190 mit Fn. 138 (m.w.N.), richtet sich das fair-trial-Prinzip zuvörderst an den Gesetzgeber. In praxi existiert das Recht auf ein faires Strafverfahren aber bislang primär als eine die Auslegung einfachgesetzlicher Normen (nicht aber die Normsetzung) leitende Maxime.

<sup>77</sup> BGH, Beschl. v. 30.8.2005 – 4 StR 295/05, S. 5 ff. (unveröffentlicht).

Mitteln, die das Revisionsgericht ihm bietet“, nicht verteidigen kann.<sup>78</sup> Gegen die erstmalige Einbeziehung der verfahrensfehlerhaften, aber das Urteil des iudex a quo nicht tragenden, Feststellungen in der Revisionsinstanz als solchen steht der Revisionsführer somit schutzlos.<sup>79</sup> Das verhielte sich anders, wären in solchen Fällen stets Aufhebung im Strafausspruch und Zurückverweisung gemäß §§ 353 Abs. 2, 354 Abs. 2 StPO obligatorisch. Überdies wird der Revisionsführer in dem oben dargestellten Beispiel nicht nur um eine rechtsstaatlichen Erfordernissen und den Maximen des Strengbeweisverfahrens genügende *Beweiserhebung*, sondern auch um eine entsprechende *Beweiswürdigung* gebracht.<sup>80</sup> Eine solche Beweiswürdigung hat das Tatgericht nicht vorgenommen; das Revisionsgericht darf es nicht, weil für die Beweiswürdigung allein die Tatsacheninstanzen zuständig und damit gesetzliche Richter i.S. des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG sind.<sup>81</sup>

d) Der aufgezeigten Schutzlosigkeit des Revisionsführers meinte das BVerfG begegnen zu können, indem es § 354 Abs. 1a S. 1 StPO verfassungskonform dahin ausgelegt hat, dass das Revisionsgericht verpflichtet ist, den Revisionsführer auf die beabsichtigte Durchentscheidung sowie auf die aus seiner Sicht dafür maßgeblichen Gesichtspunkte hinzuweisen und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, um seiner eigenen Strafzumessung einen vollständigen und aktuellen Strafzumessungssachverhalt zugrundelegen zu können.<sup>82</sup> Die grundsätzliche Anwendbarkeit des Instruments der verfassungskonformen Auslegung im Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ausgestaltenden Bereich sei dahingestellt – jedenfalls trifft das Revisionsgericht entgegen der Struktur des Revisionsrechtsmittels in tatsächlicher Hinsicht Feststellungen, wenn es die Stellungnahme des Revisionsführers einholt und bei der Entscheidung über die Durchentscheidung oder Aufhebung und Zurückverweisung berücksichtigt. In der gesetzlich nicht vorgesehenen Tatsachenfeststellung durch ein Revisionsgericht liegt nach bisheriger bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, weil nach der Aufgabenverteilung der StPO nicht erst für die Würdigung der festgestellten Tatsachen, sondern auch schon für *Tatsachenfeststellung* allein der Tatrichter zuständig ist.<sup>83</sup> An dieser Aufgabenverteilung hat sich durch die Einfügung des § 354 Abs. 1a StPO nichts geändert. Der Versuch des *Senats*, § 354 Abs. 1a S. 1 StPO vor dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit und damit vor der Nichtigerklä-

rung zu bewahren, stellt sich damit als verfassungsnonkonforme Auslegung dar, weil die Revisionsgerichte auf eine Vorgehensweise verwiesen werden, die ihrerseits nicht in Einklang mit Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG steht.

Diesen Einwand hat das BVerfG zwar nicht in seiner ganzen Tragweite erkannt, wohl aber hat es gespürt, über welch dünnes Eis es mit der Etablierung eines Anhörungsverfahrens *praeter legem* geschliddert ist. Die Verfassungsrichter haben deshalb ausgeführt, um eine förmliche, sub specie Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG unzulässige Beweisaufnahme gehe es nicht, sondern nur um eine Plausibilitätsprüfung der seitens des Revisionsführers abgegebenen Stellungnahme. Aber einmal abgesehen davon, dass die verfassungsgerichtliche Vorgehensweise *praeter legem* unter dem Aspekt der Gewaltenteilung bedenklich ist und mit ihr das gesamte revisionsrechtliche Regelungsgefüge durcheinander gerät, stellt sich die Frage, anhand welcher Kriterien die Revisionsgerichte *ohne eine Beweisaufnahme* die Plausibilität überprüfen sollen. Vieles spricht dafür, dass jedenfalls bei nicht offensichtlicher und eindeutiger Unwahrheit oder ebensolcher strafzumessungsrechtlicher Irrelevanz der vom Revisionsführer abgegebenen Stellungnahme das Revisionsgericht aufheben und zurückverweisen muss – zumindest das wird man in verfahrensmäßig erforderlicher Verlängerung des Zweifelsgrundsatzes verlangen können. Dass der verfassungsgerichtliche Verweis auf eine bloße Plausibilitätsprüfung hinter den Anforderungen des Zweifelsgrundsatzes zurückbleibt, dürfte darauf zurückzuführen sein, dass das BVerfG die Frage, ob Umstände vorliegen, die eine Zurückverweisung gebieten, rechtsfehlerhaft allein bei der Ausübung des Durchentscheidungsermessens verortet. Da aber nach dem BVerfG schon eine eigene aufrechterhaltende Strafzumessungsentscheidung nur auf der Grundlage eines aktuellen, vollständigen und verfahrensfehlerfrei zustande gekommenen Zumessungssachverhalts möglich ist,<sup>84</sup> muss auf Zweifel am Vorliegen eines solchen Strafzumessungssachverhalts der Zweifelsgrundsatz Anwendung finden mit der Folge, dass eine eigene Strafzumessungsentscheidung zu unterbleiben und das Revisionsgericht zurückzuverweisen hat. Von bestmöglicher Sachverhaltsaufklärung – gegebenenfalls in einer neuen Hauptverhandlung vor einem iudex tertius (§ 354 Abs. 2 StPO) –, die das BVerfG fälschlicherweise aus dem Grundsatz der Verfahrensfairness hergeleitet hat (oben b) und deren Voraussetzung die von einer Plausibilitätsprüfung abhängige formlose Stellungnahme des Angeklagten ja schaffen soll, kann jedenfalls nach den Vorgaben des BVerfG keine Rede sein.

Ebenso wenig überzeugen kann das ergänzend vorgebrachte Argument des BVerfG, die im Wege verfassungskonformer Auslegung erzeugte „Verpflichtung, dem Revisionsführer Gelegenheit zur Äußerung zu geben“ und diese zu berücksichtigen, „verändere das Revisionsverfahren nicht weitergehend als dies bereits durch die Einführung einer Strafzumessungskompetenz der Revisionsgerichte geschehen

<sup>78</sup> Vgl. Langrock, StraFo 2005, 226 (227).

<sup>79</sup> Die Problematik erinnert an die der erstmaligen Verurteilung in der Revisionsinstanz (§ 354 Abs. 1 StPO) nach Freispruch durch das Tatgericht, siehe dazu Sowada (Fn. 21), S. 756 ff.

<sup>80</sup> Vgl. Sowada (Fn. 21), S. 755 f.; Steinmetz (Fn. 56), S. 423.

<sup>81</sup> Vgl. Foth, NStZ 1992, 444 (446); Wagner, ZStW 106 (1994), 294.

<sup>82</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.6.2007 – 2 BvR 1447/05, 2 BvR 136/05, Rn. 94 ff.

<sup>83</sup> Vgl. BVerfG, NJW 1991, 2893; NJW 1994, 573; NJW 1995, 443; NJW 1996, 116; dazu ausführlich Sowada (Fn. 21), S. 750 ff.

<sup>84</sup> Dazu, dass der tatrichterliche Erörterungsbedarf schon für das Tatbestandsmerkmal des „Für-Angemessen-Haltens“ von Bedeutung ist und nicht erst für die Ermessensausübung auf der Rechtsfolgende, siehe sogleich im Text sub f).

ist.<sup>85</sup> Im Gegenteil lässt gerade diese in mehrfacher Hinsicht methodisch unzureichende und überdies verräterische Aussage erkennen, wie sehr es den Verfassungsrichtern um die Schonung der Legislative zu tun war, denn das BVerfG hat im selben Atemzuge zur Begründung ausgeführt, eine gesetzlich vorgesehene Kompetenz der Revisionsgerichte zur Strafzumessung könne es nur geben, wenn sie auch von entsprechenden (scil. tatrichterlichen) Verpflichtungen begleitet werde. Als These trifft das zwar zu, denn der Gesetzgeber ist jedenfalls im Grundsatz nicht daran gehindert, das Revisionsverfahren grundlegend umzugestalten<sup>86</sup> – er muss dann aber sub specie Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG dafür sorgen, dass dem Revisionsgericht Erkenntnismöglichkeiten tatrichterlicher Qualität zu Gebote stehen und es davon auch Gebrauch zu machen hat<sup>87</sup>. Doch haben die Richter des *Zweiten Senats* damit erstens kaum verhüllt zugegeben, dass es bei der angeblichen Plausibilitätsprüfung in der Sache um quasi-tatrichterliche Befassung mit tatsächlichen Feststellungen geht; zweitens ist das Argument zirkulär, weil es voraussetzt, dass die Strafzumessungskompetenz der Revisionsgerichte verfassungsrechtlich akzeptabel ist, obwohl die Verfassungsgemäßheit dieser Veränderung im Kompetenzgefüge des Revisionsverfahrens erst zu belegen ist; und drittens entgeht es nicht dem weiter zu erhebenden Einwand, dass zu einer derartigen grundrechtsrelevanten Rechtsfortbildung nicht die Gerichtsbarkeit – auch nicht das Verfassungsgericht –, sondern ausschließlich der Gesetzgeber berufen ist (vgl. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG: der *gesetzliche* Richter, näher unten sub IV.).

Die vom BVerfG vorgenommene vermeintlich verfassungskonforme Auslegung des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO, nach der Tatsachenfeststellungen jenseits der Grundsätze der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit möglich sind, ist auch insofern mit einem materiell verstandenen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG unvereinbar, als ein neues Tatgericht alle strafzumessungsrelevanten Umstände von Amts wegen feststellen müsste. Die nach Ansicht des BVerfG ausreichende Verpflichtung des Revisionsgerichts zur Anhörung des Revisionsführers hingegen nimmt den Revisionsführer in die Pflicht: Dieser muss Umstände, die bei der Strafzumessungsentscheidung sowie bei der Entscheidung über die Zurückverweisung eine Rolle spielen, von sich aus vorbringen – es gilt folglich der

Beibringungsgrundsatz: Was der Revisionsführer nicht vorbringt, wird als nicht existent behandelt. Wo das Revisionsgericht auf der Basis einer reduzierten Aufklärungsverpflichtung und ohne den Anforderungen des Strengbeweisverfahrens zu genügen eine entsprechende eigene Rechtsfolgenentscheidung treffen darf, dort sind, verglichen mit einer mündlichen und unmittelbaren neuen Hauptverhandlung,<sup>88</sup> die Schutz- und Mitwirkungsrechte des Revisionsführers reduziert. Entsprechend weiter reichen die Strafzumessungskompetenzen des Revisionsgerichts gegenüber einem Tatgericht und damit seine Eingriffskompetenzen gegenüber dem Revisionsführer. Mit dem Postulat des BVerfG, die Revisionsgerichte dürften keine weiterreichenden Strafzumessungskompetenzen haben als die Tatgerichte, weil dies der Absicht des Gesetzgebers widerspräche, mit § 354 Abs. 1a S. 1 StPO die Sachentscheidungsbefugnisse der Revisionsgerichte nur behutsam zu erweitern,<sup>89</sup> ist eine solche „Bringschuld“ des Revisionsführers nicht zu vereinbaren.

e) Bei Vornahme eines eigenen Strafzumessungsaktes entscheidet in derartigen Fällen die Revisionsinstanz abschließend und damit gewissermaßen in eigener Sache über die Grenzen der ihr ansonsten zugewiesenen Kontrollfunktion hinaus. Zwar folgt aus Art. 19 Abs. 4 GG kein Anspruch auf eine nächsthöhere, ein Urteil inhaltlich überprüfende Instanz, indes ist es unzulässig, einen bestehenden gesetzlichen Instanzenzug so auszuhöhlen, dass er zu einer partiell leeren Hülle entartet. Besteht ein Instanzenzug, so muss der dort zu erlangende Rechtsschutz auch effektiv sein.<sup>90</sup> Dass die Revisionsrichter das tatrichterliche Strafzumessungsergebnis aufrechterhalten dürfen und damit das Rechtsmittel (kostenpflichtig, vgl. § 473 Abs. 1 StPO<sup>91</sup>) verwerfen, obwohl sie den Weg, auf dem das Tatgericht die Strafe zugemessen hat, für nicht gangbar erachten, bringt das Rechtsmittel der Revision zumindest nahe an eine solche Aushöhlung heran: Es gibt bei der Strafzumessung durch das Revisionsgericht entgegen der sonstigen Revisionskonzeption keine Instanz mehr, die – erstens – das Ergebnis eines Strafzumessungsvorgangs – die Angemessenheit – überprüfen würde, wie es sonst nach Aufhebung und Zurückverweisung im Hinblick auf das vom iudex tertius gefundene Ergebnis der Fall wäre. Und zweitens existiert über dem durcherkennenden Revisionsgericht keine

<sup>85</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.6.2007 – 2 BvR 1447/05, 2 BvR 136/05, Rn. 100.

<sup>86</sup> Anderer Meinung wohl *Pechstein*, Jura 1998, 197 (198), der pauschal davon ausgeht, den weitgehend als Rechtsmittelgerichten eingerichteten obersten Bundesgerichten dürften wegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG keine zu weitgehenden untergerichtlichen Entscheidungsbefugnisse eingeräumt werden. Ein materiell verstandene Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG sichert aber nur die Einhaltung verfahrensmäßiger essentialia mit ab, soweit sie die richterliche Aufgaben- und Kompetenzzuweisung betreffen, gewährleistet aber keine Versteinerung der einmal geschaffenen gerichtlichen Zuständigkeitsordnung.

<sup>87</sup> Verkannt von *Peglau*, JR 2005, 143 (144), der dem Gesetzgeber ohne Problembewusstsein die Definitionsmacht über die Zuständigkeit für an sich tatrichterliche Aufgaben zubilligen möchte.

<sup>88</sup> Entgegen *Paster/Sättele*, NSTZ 2007, 609 (611 f.), die den Grundsatz der Verfahrensfairness anwenden wollen und die von dem Revisionsgericht vorzunehmende „Schlüssigkeitsprüfung“ deshalb an den „Grundstrukturen des Revisionsrechts“ messen, macht die hier vertretene Bezugnahme auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG deutlich, dass der richtige Vergleichsmaßstab nicht das Revisionsrecht, sondern eine neue *tatrichterliche* Hauptverhandlung ist.

<sup>89</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.6.2007 – 2 BvR 1447/05, 2 BvR 136/05, Rn. 100 (Verweis auf BT-Drs. 15/3482, S. 22).

<sup>90</sup> Vgl. BVerfGE 40, 272 (274); 112, 185 (207 f.), jeweils zu Art. 19 Abs. 4 GG. Nach hier vertretener Auffassung ist sedes materiae eines *materiell* aushöhlenden Eingriffs in den Instanzenzug hingegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.

<sup>91</sup> Vgl. *Meyer-Göfner* (Fn. 5), § 473 Rn. 7; *Streng*, JZ 2007, 154 (155).

Instanz mehr, die die Ermessensausübung als solche (und sei es nur auf eine Verfahrensrüge hin) kontrollieren würde. Auch im Hinblick auf die fehlende Überprüfbarkeit der Ausübung des Durchentscheidungsermessens ist § 354 Abs. 1a S. 1 StPO somit bedenklich.

f) Der Beschluss des BVerfG lässt außerdem eine Auseinandersetzung mit der Normstruktur des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO vermissen. Schon die Frage, ob eine verhängte Rechtsfolge „angemessen“ ist und ob deshalb im Wege eines eigenen wertenden Strafzumessungsaktes die tatrichterliche Strafzumessung im Ergebnis aufrechterhalten werden kann, lässt sich, wie das BVerfG im Ausgangspunkt zutreffend erkannt hat, nur in verfassungsmäßiger Weise beantworten, wenn dem Gericht ein vollständiger, aktueller und zutreffend, d.h. fehlerfrei ermittelter Strafzumessungssachverhalt zugrunde liegt;<sup>92</sup> ist das nicht der Fall, so kann das Revisionsgericht die Frage weder bejahen noch verneinen, sondern vielmehr überhaupt nicht beantworten, weil es bereits an der verfassungsrechtlich erforderlichen Grundlage einer eigenen Strafzumessungsentscheidung fehlt. Schon die Beurteilung der Angemessenheit – und nicht erst die Ausübung des Durchentscheidungsermessens – ist nur unter Berücksichtigung und Feststellung wesentlicher neuer, ergänzender oder abweichender Zumessungstatsachen, deren Auftauchen in einer neuen Hauptverhandlung vor einem iudex tertius nahe liegt, möglich.<sup>93</sup> Die Ausführungen des BVerfG zu der Frage, wann das Revisionsgericht aufzuheben und zurückzuverweisen *hat*, erwecken den Eindruck, als beträfen sie erst die Ermessensausübung in der Rechtsfolge des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO. Dieser ist die Angemessenheit der tatrichterlich erkannten Rechtsfolge logisch vorgelagert und lässt sich nur feststellen, wenn ein den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechender Strafzumessungssachverhalt vorliegt. Die dafür erforderliche Aktualität, Vollständigkeit und Verfahrensfehlerfreiheit als notwendige Bedingungen des dem Revisionsgericht vorliegenden Strafzumessungssachverhalts scheinen somit doppelrelevant, also für die Anwendung des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenseite bedeutsam zu sein.

Das zeigen beispielhaft die Kriterien, nach denen bislang die Rechtsprechung des BGH das Ermessen auf der Rechtsfolgenseite des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO ausgelegt hat: Einer Entscheidung des Tatgerichts und damit der Aufhebung und Zurückverweisung nach §§ 353 Abs. 2, 354 Abs. 2 StPO bedürfe es nur, wenn es für die Strafzumessung in besonderem Maße auf den persönlichen Eindruck vom Angeklagten ankomme oder wenn eine zweite tatrichterliche Hauptverhandlung neue, für den Angeklagten günstige Erkenntnisse erwarten ließe.<sup>94</sup> Neue Erkenntnisse sind aber ebenso wie ein persönlicher Eindruck vom Angeklagten schon bei dem eigenen Strafzumessungsakt des Revisionsgerichts zu bewerten,

<sup>92</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.6.2007 – 2 BvR 1447/05, 2 BvR 136/05, Leitsatz 1 und Rn. 92.

<sup>93</sup> Zutreffend erkannt von *Tröndle/Fischer* (Fn. 56), § 46 Rn. 122.

<sup>94</sup> Vgl. BGH NStZ 2005, 465 (466: „Frage des Einzelfalls“); NStZ 2006, 44.

dessen Ergebnis es dann als Vergleichsgröße der tatrichterlich erkannten Rechtsfolge gegenüber zu stellen hat. Denn ohne diese Kriterien wäre der vom Revisionsgericht zugrunde gelegte Strafzumessungssachverhalt lückenhaft bzw. nicht mehr aktuell und eine eigene revisionsgerichtliche Strafzumessung genüge nicht den Anforderungen, die die Verwirklichung des materiellen Schuldprinzips an die Urteilsfeststellungen stellt. Dann lässt sich schon die Angemessenheit der tatrichterlichen Strafe nicht feststellen, und zur Ausübung des Durchentscheidungsermessens kommt das Revisionsgericht gar nicht mehr.

Diese „Doppelrelevanz“ ist unter dem Gesichtspunkt des gesetzlichen Richters nicht hinnehmbar. Für die Ausübung des Durchentscheidungsermessens müssten dieselben Aspekte entscheidungsleitend sein wie für das Tatbestandsmerkmal „angemessen“. Da außer den schon für die Klärung der Angemessenheit erforderlichen keine Aspekte mehr ersichtlich sind, die die Ermessensausübung hinsichtlich des Durcherkennens leiten könnten,<sup>95</sup> bleiben nach Bejahung der Angemessenheit der tatrichterlich verhängten Rechtsfolge für die Ermessensentscheidung keine eigenständigen Gesichtspunkte mehr übrig.

Die ohnehin schon gegen den qualifizierten Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verstoßende Ermessenseinräumung erweist sich demnach zusätzlich als nicht verfassungsgemäß handhabbar. Das erklärt auch, warum das BVerfG in einer verräterischen Wendung das der Angemessenheitsentscheidung nachgelagerte Durchentscheidungsermessen auf der Rechtsfolgenseite des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO als „freies Ermessen“ bezeichnet.<sup>96</sup> Die Einräumung freien Ermessens durch den Gesetzgeber kann es von Rechts wegen – zumal im grundrechtsrelevanten Bereich – nicht geben, weil Ermessen stets entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben ist;<sup>97</sup> das gilt erst recht für das grundrechtsgleiche Recht auf den gesetzlichen Richter, das eine möglichst präzise *gesetzliche* normative Vorausbestimmung des im Einzelfall zuständigen Richters verlangt.

Gegen die daraus zu ziehende Schlussfolgerung, dass § 354 Abs. 1a S. 1 StPO auch wegen des Nebeneinanders zweier von identischen Gesichtspunkten geleiteten Wertungsent-

<sup>95</sup> In Erwägungen ziehen ließen sich allenfalls bei der Entscheidung über die Angemessenheit der Strafe nicht zu berücksichtigende Aspekte des Opferschutzes durch Verfahren. Jene Fälle, in denen Opferinteressen ausnahmsweise Beschuldigtenrechte überwiegen, dürften aber so selten sein, dass Opferschutzgesichtspunkte in der Ermessensermächtigung Erwähnung hätten finden müssen, um eine verfassungsimmanente Beschränkung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 zu rechtfertigen und dabei dem Gebot normativer Vorausbestimmung Rechnung zu tragen (dazu allg. *Bettermann*, AöR 94 (1969), 263 [300]).

<sup>96</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.6.2007 – 2 BvR 1447/05, 2 BvR 136/05, Rn. 109.

<sup>97</sup> Vgl. *Schenke*, in: *Dolzer u.a. (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 46. Lieferung, 1982, Art. 19 Abs. 4 Rn. 327; *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig (Fn. 32)*, 42. Lieferung, Stand: 2003, Bd. III, Art. 19 Abs. 4 Rn. 189.

scheidungen – Angemessenheitsprüfung und „Durchentscheidungsermessen“ – gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verstößt, kann auch nicht eingewandt werden, „rechtspraktisch“ sei die Frage tatsächlichen Erörterungsbedarfs“ der Angemessenheitsprüfung „vorgreiflich“.<sup>98</sup> Normtheoretisch stellt sich nämlich im Gegenteil die Frage, *ob* zurückzuverweisen ist, wie also das „Durchentscheidungsermessen“ auszuüben ist, erst, wenn auch die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen – und zu diesen Tatbestandsvoraussetzungen gehört auch, dass das Revisionsgericht die tatrichterlich verhängte Rechtsfolge für angemessen hält. Eine Ermächtigung zur Ausübung eines aus Angemessenheitsprüfung und Durchentscheidungsermessen zusammengesetzten „einheitlichen Ermessens“<sup>99</sup> – darauf liefe die Vorgreiflichkeitslösung hinaus – enthält § 354 Abs. 1a S. 1 StPO also gerade nicht.

Die Doppelrelevanz der sowohl für die Strafzumessung als auch für die Ausübung des Durchentscheidungsermessens maßgeblichen Umstände erinnert an eine im Verwaltungsrecht unter der Bezeichnung „Koppelungsvorschriften“<sup>100</sup> geläufige Problematik. Es kann vorkommen, dass bei der Ausübung einer Beurteilungsermächtigung oder bei der Subsumtion eines Sachverhalts unter einen unbestimmten Rechtsbegriff auf Tatbestandsseite bereits alle Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind, die auch für das Rechtsfolgeermessen relevant sind. Dann bleibt kein Raum für die Ausübung des Rechtsfolgeermessens; bei Bejahung der Tatbestandsseite liegt auf Rechtsfolgenseite in Wahrheit eine gebundene Entscheidung vor.<sup>101</sup> Übertragen auf § 354 Abs. 1a S. 1 StPO hieße das: Sobald auf Tatbestandsseite – unter Berücksichtigung aller strafzumessungsrelevanten Umstände – das Revisionsgericht zu dem Schluss gelangt ist, dass die tatrichterliche Strafe im Ergebnis nicht unvertretbar, mithin „angemessen“ i.S. des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO ist, *muss* es auf Rechtsfolgenseite zwingend durchentscheiden.

Mit der gesetzgeberischen Zielsetzung, unnötige Urteilsaufhebungen zu vermeiden, liefe diese Lösung durchaus konform; jedoch überschreite die „wortlautunterschreitende“ Umdeutung eines grammatisch klar formulierten und von dem eindeutigen Willen des ermächtigenden Gesetzgebers getragenen Ermessens („kann“) in eine gebundene Entscheidung die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung. Für eine solche „verfassungskonforme Korrektur“ des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO steht mithin kein verfassungsrechtlich gangbarer Weg zur Verfügung.

g) Nach alledem erweist sich auch die Tatbestandsseite des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO als den Anforderungen eines materiell zu verstehenden Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nicht gewach-

sen. Weil die grundgesetzliche Gewährleistung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gerade in der Gesetzlichkeit besteht, muss eine einschneidende Änderung des Revisionsverfahrens vom Gesetzgeber per Normsetzung vorgenommen werden.

Zwar ist der Gesetzgeber frei darin, die Instanz der Revision so auszugestalten, dass diese auch Fragen der Tatsachenerforschung klären darf (wie es für eigene Strafzumessung durch das Revisionsgericht erforderlich ist), indes gebietet Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, dass diese Ausgestaltung – nimmt man die gesamte Aufgabenverteilung zwischen Ausgangs- und Revisionsgericht in den Blick – in widerspruchsfreier und insbesondere dem Prinzip der schuldangemessenen Strafe Rechnung tragender Weise erfolgt. Dies ist der dogmatische Grund für die im Schrifttum intuitiv geäußerten Bedenken, § 354 Abs. 1a StPO schaffe eine „problematische Gemengelage“.<sup>102</sup> Der Grundsatz der normativen Verantwortungsteilung ist durch das 1. JuMoG nicht verändert worden. Weil Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ausgestaltungsbefähigt ist, müsste eine Ausgestaltung, die diese Verantwortungsteilung ändern will, das gesamte Strafverfahren an die Änderung der Verhältnisse anpassen, folglich auch strukturelle Verfahrensdefizite beseitigen. Mit der Ergänzung einer Norm durch Einfügung zweier Absätze (§ 354 Abs. 1a, 1b StPO) ist es dabei nicht getan. Die dem Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG eigene Normgeprägtheit verlangt also die friktionslose Einpassung neuer Normen in das allgemeine Rechtsmittelsystem. Von der Erfüllung dieser Voraussetzung ist § 354 Abs. 1a StPO weit entfernt.

#### IV. Zur Anwendung des Instruments der verfassungskonformen Auslegung und Fazit

Wegen dieses Ausgestaltungsvorbehalts hat das BVerfG die Grenzen des Instituts der verfassungskonformen Auslegung überschritten, indem es *praeter legem* Anhörungs-, Mitteilungs- und Begründungspflichten des Revisionsgerichts geschaffen hat. Diese vertragen sich nicht mit dem Ziel des Gesetzgebers, dem es mit der Schaffung des § 354 Abs. 1a StPO um die Förderung der Prozessökonomie ging und der zu diesem Zweck gerade eine Entscheidung nach Aktenlage ermöglichen wollte. Dieser durch das Durchentscheiden (§ 354 Abs. 1a S. 1 StPO) mittels Beschluss (§ 349 Abs. 2 StPO) erstrebte Effekt wird aber durch die Mitteilungs-, Anhörungs- und Begründungsverpflichtung vereitelt. Das BVerfG hat den Charme des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO erheblich gemindert und einen weitgehenden Leerlauf der Norm bewirkt.<sup>103</sup> Mag die Vorschrift damit zwar wenigstens faktisch „kaltgestellt“ sein – angesichts der gesetzgeberischen Zielvorgaben der Prozess-

<sup>98</sup> So aber *Frisch*, StV 2006, 431 (438, ohne Bezug zu verfassungsrechtlichen Fragen); ähnlich *Lohse*, in: Krekeler/Löffelmann (Hrsg.), Anwaltkommentar Strafprozessordnung, 2007, § 354 Rn. 16.

<sup>99</sup> Zum Begriff *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 7 Rn. 50.

<sup>100</sup> Dazu etwa *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 5. Aufl. 2007, Rn. 380 ff.; *Maurer* (Fn. 99), § 7 Rn. 48 ff.

<sup>101</sup> Vgl. BVerwGE 18, 247 (251); *Maurer* (Fn. 99), § 7 Rn. 49.

<sup>102</sup> *Franke*, GA 2006, 261 (266). Ein weiterer Aspekt fehlender friktionsloser Einpassung ist die Unanwendbarkeit des § 354 Abs. 1a StPO in einem wesentlichen Teilbereich des Strafverfahrensrechts, nämlich im Jugendstrafverfahren, vgl. dazu zutreffend *Eisenberg/Haeseler*, StraFo 2005, 221 (224 f.).

<sup>103</sup> So *Gaede*, HRRS 2007, 292. – Vgl. etwa die Entscheidung BGH, Az. 4 StR 127/07, Rn. 3 (unveröffentlicht), wo trotz angemessener Strafe ein Beruhen auf dem Zumessungsfehler bejaht wurde. Vgl. aber auch BGH, Az. 4 StR 251/07, Rz. 3 (ebenfalls unveröffentlicht).

ökonomie ein Indiz für die Überschreitung der Grenzen der verfassungskonformen Auslegung –, so heißt das nicht, dass das BVerfG nicht seiner in der Normenkassation bestehenden Aufgabe hätte nachkommen müssen.

Zum Institut der verfassungskonformen Auslegung ist erstens anerkannt, dass eine Auslegung, die grundgesetzlichen Anforderungen zwar entspricht, aber dem gesetzgeberischen Willen zuwiderläuft – und sei es nur in ihrer praktischen Folge – keine verfassungskonforme, sondern aus Gewaltenteilungsgründen eine ihrerseits verfassungswidrige Interpretation einer an sich grundgesetzwidrigen Norm ist. Dort, wo die Aufrechterhaltung einer an sich verfassungswidrigen Norm um den Preis der gesetzgeberischen Vorgaben erkaufte wird, verwandelt sich der mit dem Institut der verfassungskonformen Auslegung bezweckte Respekt vor der Legislative in ihre Bevormundung.<sup>104</sup> Zur Respektierung des gesetzgeberischen Ziels als einer der Institutsgrenzen der verfassungskonformen Auslegung zwingt zweitens die Einsicht, dass dem BVerfG nur die Kassation, nicht aber die verbindliche Interpretation einfachgesetzlicher Normen zugewiesen ist.<sup>105</sup> Dagegen mag man noch den Charakter des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG als eines besonders normgeprägten Justizgrundrechts ins Feld führen, um die Prüfung und Auslegung ausgestaltungseinfachgesetzlichen Rechts zu rechtfertigen; dass das BVerfG dem Gesetzgeber, gemessen an seiner Zielvorstellung, kontroproduktive Anhörungs-, Mitteilungs- und Begründungspflichten oktroyiert hat, ist aber vor dem aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG folgenden Ausgestaltungsvorbehalt (*gesetzlicher Richter*) eine inakzeptable Kompetenzüberschreitung.

Insgesamt erweckt die Entscheidung des BVerfG den Eindruck, als wollten die Richter des *Zweiten Senats* – nach der *Maxime* „Es muss etwas geschehen, aber es darf nichts passieren“ – der Anwendung des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO weitgehend einen Riegel vorschieben, zugleich aber den Gesetzgeber nicht durch die Kassation der Norm vor Justiz und Öffentlichkeit blamieren. Die Richter hätten sich auf ihre ureigene Aufgabe als Hüter der Verfassung besinnen sollen, anstatt im Wege verfassungsgerichtskonformer Auslegung als Ersatzgesetzgeber ihre eigenen Vorstellungen an die Stelle derer der Legislative zu setzen. Dabei hat das Gericht zugleich die Chance vertan, dem Gesetzgeber die Grenzen der Erosion verfahrensrechtlicher Schutzrechte aufzuzeigen – gleichsam in Anwendung des Satzes aus dem Buch Hiob (38, 11): „Bis hierher sollst du kommen und nicht weiter“.

---

<sup>104</sup> Lüdemann, JuS 2004, 27 (29).

<sup>105</sup> Bettermann, Die verfassungskonforme Auslegung, 1986, S. 12 f.

# Die Strafbarkeit der Bildung krimineller Vereinigungen nach brasilianischem Recht

## Anmerkung im Lichte der Palermo-Konvention

Von Dr. Sven Peterke, M.A., Brasilia\*

Brasiliens Staatsgebiet ist riesig und nur rudimentär durch Grenzen abgesichert. Von einer mitteleuropäischen Verhältnissen vergleichbaren flächendeckenden und zugleich effektiven Durchsetzung des staatlichen Gewaltmonopols kann bislang keine Rede sein. Reich an Ressourcen und doch geprägt durch große Armut und extreme soziale Ungleichheit,<sup>1</sup> ist die rund 180 Millionen Einwohner zählende Nation aus verschiedensten Gründen gerade auch für transnational operierende kriminelle Organisationen bedeutsam. So nimmt es nicht Wunder, dass in Brasilien zahlreiche Gruppen aus dem Aus- und Inland in illegale Aktivitäten involviert sind, die ohne weiteres dem Bereich der organisierten Kriminalität zugerechnet werden können. Hierzu gehören u.a. der Handel mit Drogen,<sup>2</sup> Menschen<sup>3</sup> und Waffen<sup>4</sup>, die Absicherung dieses Geschäftsgebarens durch Korruption<sup>5</sup> und Gewalt(androhung) sowie der Versuch, Geldwäschegeschäfte einzufädeln und abzuwickeln.

Der brasilianische Staat ist sich dieser Tatsache bewusst und strengt sich an – oftmals im Verbund mit ausländischen Behörden –, diese Kriminalität zu bekämpfen. Nicht selten gelingt es daher der brasilianischen Polizei,<sup>6</sup> international gesuchte Verbrecher dingfest zu machen. Jüngstes Beispiel ist der Kolumbianer Juan Carlos Ramírez Abadía<sup>7</sup> vom Dro-

genkartell Norte del Valle – nach Auffassung des United Nations Office for Drugs and Crime (UNODC) eines der mächtigsten Drogenkartelle im lateinamerikanischen Raum.<sup>8</sup> Größere Sorgen bereiten dem brasilianischen Staat allerdings die in den überfüllten Gefängnissen der urbanen Zentren entstandenen kriminellen Gruppen, denen mittlerweile Tausende als Mitglieder angehören und noch viel mehr Menschen unterstehen. Ihre Gewalt versetzt das Land regelmäßig – allein schon aufgrund ihrer medialen Präsenz – in große Unruhe. Zuletzt besonders deutlich wurde die lange Zeit unterschätzte Macht dieser kriminellen Vereinigungen vor dem Hintergrund der von ihnen inszenierten Gewaltwellen, die im Jahr 2006 São Paulo<sup>9</sup> und Rio de Janeiro<sup>10</sup> erschütterten und dutzende von Menschenleben kosteten.<sup>11</sup>

Nun kann zwar kein Zweifel daran bestehen, dass zu den Hauptursachen der geschilderten Situation die prekären und oftmals menschenrechtsverletzenden Bedingungen in den Haftanstalten<sup>12</sup> sowie verschiedenste Formen von sozialer Diskriminierung und Exklusion zählen. Insoweit wäre es verfehlt, sich bei der schwierigen Suche nach adäquaten Antworten auf die Frage, wie diese Ausprägungen organisierter Kriminalität<sup>13</sup> am besten zu verhindern und zu bekämpfen

---

\* Dozent an der Universidade de Brasília (UnB) und Koordinator des Postgraduierten-Studiengangs „Globalization, Justice & Human Security“ an der Hochschule der brasilianischen Bundesanwaltschaft (ESMPU). Für wertvolle Hilfe bedanke ich mich bei Herrn Subprocurador-Geral da República *Carlos E. Vasconcelos*.

<sup>1</sup> Die bestehende eklatante soziale Ungleichheit drückt sich u.a. in der oft zitierten Tatsache aus, dass in Brasilien die reichsten 10% der Bevölkerung über 50% des nationalen Reichtums verfügen, die ärmsten 10% jedoch lediglich über 1%. Vgl. *Vlach/Rodrigues Braga*, Revista Eletrônica de Geografia y Ciencias Sociales, Vol. IX, 2005, Nr. 194, S. 65.

<sup>2</sup> Vgl. nur *Procópio Filho/Costa Vaz*, Revista Brasileira de Política Internacional 40 (1997), 75.

<sup>3</sup> Vgl. nur UNODC (ed.), *Trafficking in Persons: Global Patterns*, 2006, S. 60 u. 75; *Sharma*, *Anti-Slavery International*, 2006, S. 9.

<sup>4</sup> Vgl. *Brasil*, Folha de São Paulo v. 16. September 2007, S. C 1; *Arias*, Rio de Janeiro. *Trafficking, Social Networks&Public Security*, 2006, S. 29.

<sup>5</sup> Vgl. *Carvalho*, Folha de São Paulo v. 26. August 2007, S. C 1.

<sup>6</sup> Die Polizeiorganisation Brasiliens kann vorliegend nicht näher erörtert werden. Bei internationalen Sachverhalten aus dem Bereich der Schwerstkriminalität liegt die Zuständigkeit grundsätzlich bei der Bundespolizei (Policia Federal).

<sup>7</sup> S. nur *Tomaz/Caramante*, Folha de São Paulo v. 8. August 2007, S. C 1. Die us-amerikanische DEA (Drug Enforcement Administration) hatte fünf Millionen Dollar Belohnung für seine Festnahme ausgelobt. Er soll u.a. für 315 Morde ver-

---

antwortlich sein und über ein Privatvermögen von annähernd zwei Milliarden US-Dollar verfügen. In Brasilien baute er ein Firmenimperium auf, um Geldwäsche zu betreiben.

<sup>8</sup> UNODC (ed.), *World Drug Report 2007*, S. 176. Das Kartell Norte del Valle wird allgemein als Nachfolger des Cali-Kartells aufgefasst. Einige seiner wichtigsten Führungspersonlichkeiten konnten in den letzten Monaten festgenommen werden. Vgl. *Caramante*, Folha de São Paulo v. 18. Oktober 2007, S. C 3.

<sup>9</sup> Hierzu *Pucci*, *Brazil on Trial: Mafia, Organized Crime, Gang, Terrorist Group – Or, Simply, A Problem Created By A State Policy?*, Max Planck Institute For Foreign and International Criminal Law, 2006. Abrufbar unter: <http://edoc.mpg.de/301877> (am 2. Dezember 2007).

<sup>10</sup> Hierzu *Peterke*, *Verfassung und Recht in Übersee* 40 (2007), 230.

<sup>11</sup> Von ihnen organisierte Gefängnisrebellionen finden fast wöchentlich statt. Die breite Öffentlichkeit nimmt mittlerweile nur noch von den brutalsten und blutigsten Aufständen Notiz.

<sup>12</sup> Der UN-Sonderberichterstatter für außergerichtliche Hinrichtungen, *Philip Alston*, hat im November 2007 Brasilien besucht. Einmal mehr stellte er fest, dass in den Gefängnissen, die er als „Kriminellschulen“ bezeichnete, massive Menschenrechtsverletzungen und systematische Folter stattfänden. Vgl. *Campbell*, *Correio Braziliense* v. 15. November 2007, S. 13.

<sup>13</sup> Vorliegend kann weder in eine Zuordnungsdebatte eingestiegen noch die Problematik um den Terminus „organisierte Kriminalität“ beleuchtet werden. S. nur zu einigen der grund-

sind, allein auf die strafrechtliche Perspektive zu fixieren. Dies wäre fraglos verfehlt. Allerdings ist ebenso wenig bestreitbar – obgleich die Auseinandersetzung mit dem Thema „organisierte Kriminalität“ aus rechtsstaatlicher Sicht stets delikat ist und auch bleiben wird<sup>14</sup> –, dass eben auch das Strafrecht herausgefordert ist. Es muss den neuen Entwicklungen Rechnung tragen, kann positive, aber eben auch negative Effekte zeitigen.

Durch die Annahme des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität<sup>15</sup>, dem mittlerweile 137 Vertragsparteien angehören,<sup>16</sup> hat die internationale Staatengemeinschaft im Jahr 2000 nicht allein deutlich gemacht, dass eine effektivere Eindämmung des Wirkens grenzüberschreitend operierender krimineller Gruppen nur durch bessere zwischenstaatliche Kooperation zu machen ist.<sup>17</sup> Vielmehr kann in den in das innerstaatliche Recht umzusetzenden Kriminalisierungspflichten der Versuch erkannt werden, das nationale Strafrecht nicht nur zu harmonisieren, sondern eben auch zu modernisieren, um eine bessere Repression organisierter Kriminalität – gleich, ob transnational oder lediglich national operierend – zu gewährleisten.<sup>18</sup> Dies gilt insbesondere im Hinblick auf einen Tatbestand, der oft, und zwar aus verschiedensten dogmatischen, historischen und rechtspolitischen Gründen, Kritik auf sich zieht: die Strafbarkeit der Bildung krimineller Vereinigungen. Was auch immer von der berechtigten wie z.T. unberechtigten Kritik an den jeweiligen nationalen Tatbestandsausformungen zu halten ist: Fakt bleibt, dass Art. 5 Abs. 1 des auch als Palermo-Konvention bezeichneten völkerrechtlichen Vertrages die Staaten verpflichtet, einen solchen Straftatbestand bereitzustellen und dieser Artikel hierzu bestimmte Umsetzungsvorgaben trifft.<sup>19</sup> Dies erlaubt, sich vor dem Hin-

---

legendsten Probleme der wissenschaftlichen Debatte *Paoli*, *Crime, Law & Social Change* 37 (2002), 51. Zur historischen Entwicklung des Konzepts *Hobbs*, in: Maguire/Morgan/Reiner (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 2. Aufl. 1997, S. 822-830.

<sup>14</sup> S. zu einer äußerst alarmistischen Kritik *Albrecht*, *Kriminologie. Eine Grundlegung zum Strafrecht*, 3. Aufl. 2005, S. 343 ff.

<sup>15</sup> *The United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, ILM 40 (2001), 335.

<sup>16</sup> Der Ratifikationsstand ist abrufbar unter: <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/signatures.html>.

<sup>17</sup> Hierzu *Betti*, *International Criminal Law Review* 3 (2003), 151.

<sup>18</sup> Vgl. UNODC (ed.), *Legislative Guides: United Nations Convention against Transnational Crime and the Protocols Thereto*, 2004, S. 22 para. 55: “The Convention aims at meeting the need for a global response and at ensuring the effective criminalization of acts of participation in criminal groups.”

<sup>19</sup> Art. 5 der Palermo-Konvention ist zwar lediglich mit “Kriminalisierung der Beteiligung an einer organisierten kriminellen Gruppe” überschrieben und sein Wortlaut verzichtet auf den Begriff der „Bildung“. Dies hat mit verschiedenen Rechtstraditionen und Sprachregelungen zu tun, wie schon Art. 5 Abs.1 selbst andeutet. Vgl. auch *ibid.*, S. 20-36. Zur

tergrund konkreter Regulationsanforderungen mit der Frage auseinanderzusetzen, ob und inwieweit das brasilianische Strafrecht organisierte Kriminalität bzw. kriminelle Organisationen in Übereinstimmung mit internationalen Standards im Visier hat.

## I. Die Vorgaben der Palermo-Konvention

Mithin ist zunächst der Blick auf die völkerrechtlichen Vorgaben der Palermo-Konvention zu richten. Ihr Art. 5 Abs.1 enthält eine auf den ersten Blick schwer verständliche Umsetzungsverpflichtung, deren Inhalt jedoch vorliegend nicht im Detail erläutert werden braucht. Von besonderem Interesse sind vielmehr einerseits die zwei Begriffsbestimmungen des Art. 2, welche den Art. 5 der Palermo-Konvention konkretisieren – freilich ohne zur Einführung von Legaldefinitionen zu verpflichten. Konkret handelt es sich um die Ausdrücke „organisierte kriminelle Gruppe“ und „strukturierte Gruppe“. Andererseits ist der Rechtspflicht aus Art. 11 Beachtung zu schenken. Sie verlangt, dass jeder Vertragsstaat die in Art. 5 umschriebene Straftat „[...] mit Sanktionen, die der Schwere der Straftat Rechnung tragen“, bedrohen soll.

### 1. Zu den Begriffsbestimmungen

Im Rahmen der Vertragsverhandlungen zur UN-Konvention gelang es weder, eine Definition von „organisierter Kriminalität“ noch eine Definition von „krimineller Organisation“ zu vereinbaren.<sup>20</sup> Allerdings stand dieses Anliegen auch nicht im Vordergrund, als der Vertrag verhandelt wurde. Dennoch reflektiert Art. 2a), jedenfalls partiell betrachtet, einen wichtigen Konsens, wenn festgelegt wird, dass der „[...] Ausdruck ‘organisierte kriminelle Gruppe’ eine strukturierte Gruppe von drei oder mehr Personen [bezeichnet], die eine gewisse Zeit lang besteht und gemeinsam mit dem Ziel vorgeht, eine oder mehrere schwere Straftaten oder in Übereinstimmung mit diesem Übereinkommen umschriebene Straftaten zu begehen, um sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen“.

Einigen Autoren ist diese Begriffsbestimmung zu weit geraten.<sup>21</sup> Hervorgehoben sei jedoch, dass sich die Vertragsparteien nicht nur relativ problemlos auf die Mindestmitgliedszahl von drei Personen einigen konnten,<sup>22</sup> sondern auch die Fixierung auf das Erfordernis einer hierarchisch strukturierten Vereinigung aufgegeben wurde, indem „strukturierte Gruppe“ als eine Vereinigung definiert wurde, „[...] die nicht

---

Vereinfachung wird vorliegend der Sprachregelung des § 129 des bundesdeutschen StGB gefolgt. Das Pendant im schweizerischen StGB (Art. 260ter) bevorzugt übrigens den Begriff der „Beteiligung an einer kriminellen Organisation“.

<sup>20</sup> S. zu den eingebrachten Vorschlägen und Diskussionen UNODC (ed.), *Travaux préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, 2006, S. 7-13.

<sup>21</sup> Z.B. *Orlova/Moore*, *Houston Journal of International Law* 27 (2005), 267 (281-287).

<sup>22</sup> Diskutiert wurde lediglich, diese Zahl noch niedriger anzusetzen, vgl. UNODC (Fn. 20), S. 9.

zufällig zur unmittelbaren Begehung einer Straftat gebildet wurde und die nicht notwendigerweise förmlich festgelegte Rollen für ihre Mitglieder, eine kontinuierliche Mitgliedschaft oder eine ausgeprägte Struktur hat“.

Der Verzicht auf das Kriterium eines hierarchischen Aufbaus ist angesichts der jüngeren Erkenntnisse zum dezentralen und netzwerkartigen Aufbau vieler krimineller Organisationen,<sup>23</sup> vorbehaltlich Detailkritik, positiv zu bewerten. Im brasilianischen Kontext zeigt sich ebenfalls immer mehr, dass die wichtigsten der so genannten Drogenfraktionen der Metropolen – insbesondere das Rote Kommando („Comando Vermelho“, CV)<sup>24</sup> in Rio de Janeiro und das Erste Hauptstadtkommando („Primeiro Comando da Capital“, PCC)<sup>25</sup> in São Paulo – wohl lediglich auf der unteren („Exekutiv“-)Ebene hierarchisch strukturiert sind,<sup>26</sup> jedoch die Führungspersonen auf oberster Ebene eher lose miteinander verbunden sind. Freilich heben sich stets bestimmte Kriminelle aufgrund ihrer Persönlichkeit und ihrer besonderen individuellen Fähigkeiten aus dieser Gruppe hervor, ohne allerdings als weisungsbefugte Bosse angesehen werden zu können. Dennoch hält sich auch in Brasilien hartnäckig die Auffassung, dass kriminelle Organisationen notwendig hierarchisch aufgebaut sind.<sup>27</sup> Die Palermo-Konvention unterstreicht mithin, dass diese Sichtweise oftmals verengt und überholt ist.<sup>28</sup>

Darüber hinaus wird in der Konvention durch das Kriterium „finanzieller“ bzw. „materieller Vorteil“ implizit eine wichtige Abgrenzung zu terroristischen Gruppen als primär politisch motivierte Gewaltakteure getroffen. Staaten, die Terrorismus mittels des Übereinkommens gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität ins Visier nehmen wollten, konnten sich nicht mit diesem Anliegen durchsetzen.<sup>29</sup> Das ist richtig und wichtig. Obgleich beide Phänomene zu externen Konvergenzen neigen und z.B. organisierte kriminelle Gruppen gelegentlich terroristische Taktiken instrumentalisieren und terroristische Organisationen zur Finanzierung ihres Kampfes auch „gewöhnliche“ Straftaten begehen, so handelt es sich doch um grundverschieden motivierte

Akteure, deren Bekämpfung deshalb in wichtigen Punkten unterschiedlichen Mustern und Notwendigkeiten folgt.<sup>30</sup> Diese Feststellung hatte zuletzt im brasilianischen Kontext eine ganz praktische Dimension. So wurde bis November 2007 ein Antiterrorismus-Gesetz diskutiert, das erlaubt hätte, die Gewaltwellen des Jahres 2006 als terroristische Taten zu behandeln.<sup>31</sup> Dies wäre mit großer Sicherheit eine falsche und eventuell folgenschwere Entscheidung gewesen, da die „Kommandos“<sup>32</sup> letztlich lediglich politische Motive – wie z.B. den Kampf für bessere Haftbedingungen – vorgeben, um ihre Machtposition zu verschiedensten Ausbeutungszwecken zu festigen.<sup>33</sup>

## 2. Angemessenes Strafmaß

Auf der Rechtsfolgenebene sollen die Vertragsstaaten schließlich sicherstellen, dass das Strafmaß für die Bildung einer kriminellen Vereinigung ausreicht, um insbesondere Führungspersönlichkeiten, denen sich oftmals keine direkte Beteiligung an den von einfachen Organisationsmitgliedern begangenen Straftaten nachweisen lässt, die Freiheit zu entziehen. Art. 11 ist freilich recht vage, wenn er Sanktionen verlangt, „[...] die der Schwere der Straftat Rechnung tragen“. Er räumt den Staaten einen weiten – jedoch bona fide zu befolgenden – Interpretationsspielraum ein. Einen indirekten Hinweis, wie dieser Anforderung Rechnung zu tragen ist, gibt jedoch Art. 2b) der Palermo-Konvention. Er sieht als Sanktion für eine „schwere Straftat“ eine Freiheitsstrafe von mindestens vier Jahren im Höchstmaß vor. Das Strafmaß für die Bildung krimineller Organisationen sollte mithin nicht all zu weit hinter dieser Vorgabe zurückbleiben.

## II. Die brasilianische Rechtslage im Überblick

Die Strafbarkeit der Bildung krimineller Vereinigungen ist sowohl im brasilianischen StGB als auch nebensächlich geregelt.

### 1. Art. 288 brasStGB

Bei Art. 288 brasStGB handelt es sich um eine ausgesprochen wort- und daher tatbestandselementkarge Vorschrift, die eine Grundfreiheitsstrafe von ein bis drei Jahren vorsieht, wenn sich mindestens vier Personen zu einer Bande oder „quadrilha“ zum Zwecke der Begehung von Straftaten vereinigen.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> S. hierzu *Björnehed*, *Global Crime* 6 (2004), 305 (315 ff.).

<sup>31</sup> Vgl. *Fortes*, *Stedile não é Bin Laden*, *Carta Capital*, ano XIV, nr. 470 (14. November 2007), S. 28 f.

<sup>32</sup> Einen Überblick auf die zahlreichen Gefängnisbanden, die sich bevorzugt „Kommandos“ nennen und sich nicht selten als wahrhaft kriminelle Organisationen erweisen, die gerade auch außerhalb der Haftanstalten agieren und ihre Aktivitäten diversifizieren, gibt *Porto* (Fn. 26), S. 73-100.

<sup>33</sup> Vgl. nur *Macaulay*, *Journal of Latin American Studies* 39 (2007), 627 (638).

<sup>34</sup> Art. 288 des Código Penal im aktuellen Wortlaut (Stand: Dezember 2006): “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena –

<sup>23</sup> Vgl. *Williams*, in: Arquilla/Ronfeld (eds.), *Networks and Networks: The Future of Terror, Crime, and Militancy*, 2001, S. 61 ff.; UNODC (ed.), *Results of a pilot survey of forty selected organized criminal groups in sixteen countries*, 2002.

<sup>24</sup> Grundlegend die Publikation des Journalisten *Amorim*, *CV-PCC. A Irmandade do Crime*, 7. Aufl. 2006. Gesicherte wissenschaftliche Detailkenntnisse über Brasiliens organisierte Kriminalität gibt es jedoch wenige. So auch *Macaulay*, *Journal of Latin American Studies* 39 (2007), 627 (630).

<sup>25</sup> Grundlegend die Publikation des Journalisten *de Souza*, *O sindicato do Crime – PCC e outros grupos*, 2006.

<sup>26</sup> Vgl. nur *Porto*, *Crime Organizado e Sistema Prisional*, 2007, S. 74; *Dowdney*, *Children of The Drug Trade. A Case Study of Children in Organized Armed Violence in Rio de Janeiro*, 2003, S. 39 ff.

<sup>27</sup> S. nur *Mendroni*, *Crime Organizado. Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*, 2. Aufl. 2007, S. 14. S. auch unter II. 4.

<sup>28</sup> Vgl. *Betti*, *International Criminal Law Review* 3 (2003), 151 (152).

<sup>29</sup> Vgl. hierzu UNODC (Fn. 20.), S. 15 para. 3.

Die Regelung ist seit dem Inkrafttreten des brasStGB im Jahre 1940<sup>35</sup> unverändert geblieben.<sup>36</sup> Den Begriffen „Bande“ und „quadrilha“ ist letztlich keine eigenständige Bedeutung beizumessen: Entgegen Vorschlägen aus dem Schrifttum<sup>37</sup> hat sich in der Jurisprudenz – aus praktischen Gründen durchaus verständlich – keine Abgrenzung dieser Begriffe mittels Definitionen entwickelt. Gefordert wird lediglich, dass die genannten Gruppen eine rudimentäre Organisation und eine hinreichende Stabilität aufweisen.<sup>38</sup> Klare Aufgaben- und Funktionszuweisungen oder gar eine hierarchische Struktur werden nicht verlangt.<sup>39</sup>

Vor diesem Hintergrund scheint lediglich die Mindestmitgliedszahl von vier Personen im Hinblick auf die Konformität des Art. 288 brasStGB mit der Palermo-Konvention problematisch zu sein. Man kann dieses Umsetzungsdefizit als in der Praxis wenig bedeutsam abtun. Dennoch bleiben die völkerrechtliche Pflicht sowie der Einwand, dass, wenn es jedenfalls auf die Anwendbarkeit der Vorschrift ankommt, sich Beweisschwierigkeiten im Hinblick auf das tatsächliche Vorliegen einer kriminellen Vereinigung verschärfen können. Prima facie scheinen mithin die Definitionen „organisierte kriminelle Gruppe“ bzw. „strukturierte Gruppe“ keine besonderen Bemühungen des brasilianischen Gesetzgebers zu erfordern.

Allerdings zeigt sich bei genauerem Hinsehen, dass die Vorschrift kaum jene Gruppen des organisierten Verbrechens im Visier hat, auf deren Kriminalisierung die UN-Konvention abzielt. Dass die Vorschrift aus einer Zeit stammt, in der das Phänomen der organisierten Kriminalität in Brasilien (und andernorts) noch inexistent war, macht die im Art. 288 brasStGB enthaltene Qualifikation deutlich, dass sich die Strafe verdoppelt, wenn die Bande oder „quadrilha“ bewaffnet ist. Insoweit verwundert es auch nicht, dass die auf subjektiver Ebene von der Palermo-Konvention vorgegebene spezielle Motivationslage – insbesondere das Profitinteresse – nach brasilianischer Rechtslage völlig belanglos ist. Die Vorschrift hat eben weniger kriminelle Organisationen als vielmehr einfache Banden zum Gegenstand. Dies wird abermals bei Betrachtung der Rechtsfolgenseite deutlich: Die Grundfreiheitsstrafe von im Höchstmaß drei Jahren ist kaum als Sanktion zu begreifen, die der Schwere der Bildung einer krimi-

nellen Organisation Rechnung trägt, erscheint allerdings hinsichtlich einfacher Banden durchaus adäquat. Diese unterschiedslose rechtliche Behandlung von Banden, „quadrilhas“ und kriminellen Vereinigungen oder Organisationen ist rechtspolitisch sehr fragwürdig.<sup>40</sup> Sie ist im Wesentlichen die Folge unzulänglichen gesetzgeberischen Tätigwerdens. Um dies verständlich zu machen, muss zunächst kurz auf das brasilianische „OK-Gesetz“ eingegangen werden.

## 2. Fehlen einer Definition von „krimineller Organisation“

Das erste „OK-Gesetz“, das Gesetz Nr. 9.034 vom 3. Mai 1995, hatte zwar in erster Linie zum Gegenstand, zur Verhinderung und Bekämpfung „[...] von durch kriminelle Organisationen begangenen Taten [...]“ beweis- und untersuchungsverfahrensrechtliche Fragen zu regeln.<sup>41</sup> Es war daher prozessualer Natur. Um jedoch den Fokus der zur Verfügung gestellten Instrumentarien zu determinieren, sah der entsprechende Gesetzesentwurf eine Definition des Begriffs der kriminellen Vereinigung vor.<sup>42</sup> Sie wurde jedoch im Gesetzgebungsverfahren gestrichen.<sup>43</sup> So bezogen sich die materiellen Bestimmungen des brasilianischen „OK-Gesetzes“ zunächst allein auf die in seinem Art. 1 genannten Banden und „quadrilhas“. Durch dieses Vorgehen scheint das Gesetz einerseits eines Gutteils seiner Schlagkraft beraubt worden zu sein, andererseits wurde ihm aber auch eine rechtsstaatlich bedenkliche Reichweite zuteil.

Als der brasilianische Gesetzgeber mittels des Gesetzes Nr. 10.217 vom 11. April 2001 zur Reform ansetzte, entschloss er sich – anstatt nunmehr endlich den Begriff der kriminellen Organisation zu umreißen oder gar zu definieren –, lediglich hinzuzufügen, dass sich das Gesetz gegen Taten von „quadrilhas oder Banden oder kriminellen Organisationen oder Vereinigungen jedweden Typs“ richte.<sup>44</sup> Die Folge

---

reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.”

<sup>35</sup> Decreto-Lei N° 2.848 v. 7. Dezember 1940. Abrufbar mit Änderungsverzeichnis unter: [http://www.amperj.org.br/store/legislacao/codigos/cp\\_DL2848.pdf](http://www.amperj.org.br/store/legislacao/codigos/cp_DL2848.pdf).

<sup>36</sup> Vgl. zur historischen Entwicklung des Tatbestandes: *Marchi de Queiroz*, *Crime Organizado no Brasil*, Comentários À Lei N° 9.034/95. Aspectos Policiais E Judiciários, 2005, S. 73-75.

<sup>37</sup> Vgl. *Mendroni* (Fn. 27), S. 12 u. 20; *Tenório/Dias Lopes*, *Crime Organizado (O Novo Direito Penal – Até A Lei N° 9.034/95)*, 1995, S. 21 f. m.N.

<sup>38</sup> S. nur *de Jesus*, *Código Penal Anotado*, 17. Aufl. 2006, S. 889 f. m.w.N.; *Fabrini Mirabete/Fabrini*, *Código Penal Interpretado*, 6. Aufl. 2007, S. 2167 f.

<sup>39</sup> *Ibid.*, id. m.w.N.

---

<sup>40</sup> *Eisenberg*, *Kriminologie*, 6. Aufl. 2005, § 57 Rn. 29, erkennt zu Recht einen qualitativen Unterschied zwischen Banden und Gruppierungen der organisierten Kriminalität: „Anders als beim ‚Organisierten Verbrechen‘ [...] aber finden die (Straf-)Taten weniger geplant und kontinuierlich statt, und zudem ist der Täterkreis meist überschaubar. Das Ziel der Deliktsbegehung besteht überwiegend weniger darin, Ressourcen anzuhäufen, als vielmehr für den Freizeitbereich ausreichende Mittel zur Verfügung und im übrigen Abwechslung bzw. ‚Spaß‘ zu haben.“ Auch hinsichtlich der Organisationsstrukturen sind Unterschiede ersichtlich.

<sup>41</sup> Unverändert heißt es im Präambelteil: „[...] dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas“. In der derzeit geltenden Fassung des Gesetzes Nr. 10.217 vom 11. April 2001 abrufbar unter: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9034.htm) (am 1. Dezember 2007).

<sup>42</sup> Abgedruckt in: *Tenório/Dias Lopes* (Fn. 37), S. 126 f.

<sup>43</sup> *Ibid.*, id.

<sup>44</sup> Art. 1 im aktuellen Wortlaut: “Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações de qualquer tipo.”

dieser Entscheidung ist große Unklarheit über die hieraus zu ziehenden Schlussfolgerungen.<sup>45</sup> Einerseits deutet der Gesetzgeber durch den Zusatz an, dass er nunmehr einen Unterschied zwischen Banden bzw. „quadrilhas“ und kriminellen Organisationen bzw. Vereinigungen sieht. Das fortbestehende Fehlen einer Konkretisierung bzw. Definition des Begriffs der kriminellen Organisation muss jedoch zugleich dahingehend interpretiert werden, dass der Gesetzgeber eine rechtlich differenzierte Behandlung dieser Gruppen weiterhin ablehnt und folglich nur weitere Synonyme eingeführt hat.<sup>46</sup> Mithin scheint das „OK-Gesetz“ die Gleichbehandlung der Termini „kriminelle Vereinigung/Organisation“ mit Bande bzw. „quadrilha“ zu untermauern. So bleibt es dabei, dass nach brasilianischer Rechtslage – wie auch in vielen anderen Rechtsordnungen – das Phänomen organisierter Kriminalität konturlos bleibt und keinerlei Abgrenzung zu herkömmlicher Bandenkriminalität stattfindet.

### 3. Nebengesetze

Die missliche Rechtslage wird leider zusätzlich durch nebensetzliche Regelungen verkompliziert.

So bestimmt Art. 8 des Gesetzes Nr. 8.072 vom 25. Juli 1990, dass sich die in Art. 288 brasStGB vorgesehene Freiheitsstrafe auf drei bis sechs Jahre erhöht, wenn es sich um einen Zusammenschluss zur Begehung so genannter abscheulicher Straftaten („crimes hediondos“), von „Folter, Handel mit Suchtmitteln oder verwandter Drogen oder Terrorismus“ handelt.<sup>47</sup> Unter „abscheulichen Straftaten“ sind u.a. gemeinschaftliche Tötung und bestimmte Erpressungsformen zu verstehen. Näheres bestimmt Art. 1 des besagten Gesetzes aus dem Jahr 1990. Da sich diese Vorschrift lediglich auf die Rechtsfolgenseite bezieht, bleibt scheinbar u.a. der Zusammenschluss von mindestens vier Personen zur Begehung terroristischer Straftaten nach Art. 288 brasStGB strafbar. Eine besondere Qualifikationsregelung, etwa dem Art. 129a („Bildung terroristischer Vereinigungen“) des deutschen StGB vergleichbar, kann dem brasStGB nicht entnommen werden. Somit hat es den Anschein, als könnten, entgegen den Vorgaben der Palermo-Konvention (Stichwort: finanzieller bzw. materieller Vorteil), Terroristen nach Art. 288 brasStGB abgestraft werden.

Nun ist es aber so, dass gerade im Hinblick auf die Frage des Terrorismus das Gesetz 8.072 von Teilen der Lehre für verfassungswidrig gehalten wird.<sup>48</sup> Zentraler Grund für diese Auffassung ist das Gesetz 7.170 vom 14. Dezember 1983. Es handelt sich um ein so genanntes Sicherheitsgesetz („lei de segurança“), das aus der Zeit der Militärdiktatur stammt und eben Straftaten gegen die „[...] nationale Sicherheit, soziale und politische Ordnung“ enthält.<sup>49</sup> Ohne die Begriffe „Terrorismus“ oder „terroristisch“ zu verwenden, kriminalisiert dieses Gesetz implizit terroristisches Verhalten. Gemäß seinem Art. 16 kann mit einem bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe belangt werden, wer sich „[...] einer Vereinigung, einer Partei, einem Komitee, einer Klassenentität oder Gruppierung [...]“ anschließt oder angeschlossen bleibt, „[...] welche die Veränderungen des an der Macht befindlichen Regimes oder des Rechtsstaates mit Mitteln der Gewalt oder des Einsatzes schwerer Drohungen zum Ziel hat“.<sup>50</sup> Die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes Nr. 8.072 im Hinblick auf Terrorismus wird „trotz“ dieses Hintergrundes mit dem Argument begründet, dass es auf ein rechtlich inexistentes Konzept Bezug nehme. Richterlich ist diese Frage bislang ungeklärt. Selbst wenn man aber diesen Gesetzesteil für verfassungsgemäß oder schlicht das Sicherheitsgesetz auf die Bildung terroristischer Gruppen anwendbar und hiermit die durch die Palermo-Konvention getroffene Abgrenzungsvorgabe für eingelöst hält, kann jedoch kein Zweifel daran bestehen, dass dies aufgrund eines Gesetzes möglich ist, das rechtsstaatlich höchst bedenklich ist, auf eine Geschichte politischen Missbrauchs zurückblickt, und daher entweder abgeschafft oder stark überarbeitet gehört.

Eine weitere Verkomplizierung der Rechtslage im Hinblick auf die Strafbarkeit der Bildung krimineller Organisationen besteht schließlich aufgrund des Anti-Drogengesetzes, dem Gesetz Nr. 11.343 vom 23. August 2006, welches jüngst das Gesetz Nr. 6.368 vom 21. Oktober 1976 ersetzt hat. Letzgenanntes sieht in seinem Art. 14 die Strafbarkeit der Vereinigung „[...] von zwei oder mehr Personen zum Zwecke der Begehung, wiederholt oder nicht, all jener Straftaten [...]“ vor<sup>51</sup>, welche in den beiden vorausgehenden Vorschriften, die umfassend den Drogenhandel kriminalisieren, normiert sind. Strafmaß: drei bis zehn Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe.

<sup>45</sup> Zu den beiden im Schrifttum bezogenen Hauptpositionen s. *Capez*, *Legislação Penal Especial*, Vol. 2, 4. Aufl. 2005, S. 92.

<sup>46</sup> Vernichtend die Kritik von *Gomes*, *Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei n. 10.217/01?* (Apontamentos sobre a perde de eficácia de grande parte da Lei n. 9.034/95) Abrufbar: <http://jus2.uol.com.br>. (am 1. November 2007). Er hält das Gesetz für partiell verfassungswidrig.

<sup>47</sup> Im Wortlaut: “Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.” Abrufbar unter: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L8072.htm> (am 29. November 2007).

<sup>48</sup> S. zur Diskussion *de Moraes*, *Legislação Penal Especial*, 8. Aufl. 2005, S. 65.

<sup>49</sup> Im Wortlaut der Präambel: “Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social [...]” Abrufbar unter: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L7170.htm> (am 29. November 2007).

<sup>50</sup> Im Wortlaut: “Integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça. Pena: reclusão, de 1 a 5 anos.”

<sup>51</sup> Im Wortlaut: “Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos Arts. 12 ou 13 desta Lei. Pena – Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias multa.”

Da das Gesetz 8.072 z.T. identische Delikte unter Strafe stellt, aber eine niedrigere Höchststrafe vorsieht, vertrat das brasilianische Verfassungsgericht (Supremo Tribunal Federal/STF) die Auffassung, dass Art. 14 des Anti-Drogengesetzes zwar auf Personenzusammenschlüsse im Bereich der Drogenkriminalität anwendbar sei, sich das Strafmaß jedoch nach dem Gesetz 8.072 richte, wenn diese die Begehung abscheulicher bzw. der weiter benannten Verbrechen zum Gegenstand habe.<sup>52</sup> Besagter Art. 14 ist nunmehr durch Art. 35 des neuen Anti-Drogengesetzes ersetzt worden. Das Strafmaß und die bereits vorher existenten Tatbestandselemente – Zusammenschluss von mindestens zwei Personen zum Zwecke der Begehung, wiederholt oder nicht, bestimmter Drogendelikte – sind im Kern unverändert geblieben<sup>53</sup> – und mithin auch die skizzierte Problematik.<sup>54</sup> Neben der Frage der Verfassungskonformität des Art. 35 des Anti-Drogengesetzes ist nun aber nach innerstaatlicher Rechtslage vor allem sein Verhältnis zu Art. 288 brasStGB noch völlig unklar.<sup>55</sup> In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass aufgrund verschiedener geschützter Rechtsgüter kein Subsidiärverhältnis angenommen werden dürfe.<sup>56</sup> Jurisprudenz gibt es zu diesen Problematiken bislang keine. Dies kann denn auch unter dem Blickwinkel der Palermo-Konvention, deren unzureichende Umsetzung freilich ohnehin fortbesteht, wenig befriedigen.

Im Kern bleibt es also dabei, dass Art. 288 brasStGB den Grundtatbestand der Bildung krimineller Vereinigung bereithält, ohne sich ausdrücklich auf eine solche zu beziehen und ohne wichtigen Aspekten der Palermo-Konvention Respekt zu zollen. Nebengesetze halten zudem Regelungen bereit, die weder aus innerstaatlicher Perspektive als zufriedenstellend

<sup>52</sup> STF, 2ª T.-HC nº 73.119-8/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, 19. April 1996, Sec. I., S. 12.215. Diese Sichtweise hatte sich jedoch nur teilweise in der Rechtsprechung durchgesetzt. Ein Überblick über die Kontroverse gibt *Marcão, Tóxicos*, Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Nova Lei de Drogas. Anotada e interpretada, 4. Aufl. 2007, S. 284 ff.

<sup>53</sup> Art. 35 des aktuellen Anti-Drogengesetzes im Wortlaut: “Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei. Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.2000 (mil e duzentos) dias-multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.”

<sup>54</sup> Im Detail *de Figueiredo Costa*, O crime de associação ao tráfico e as modificações introduzidas pela Lei n 11.343/06, mit Hinweis auf die (problematischen) Veränderungen durch Art. 44 des Gesetzes, abrufbar unter: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=9451> (am 3. September 2007).

<sup>55</sup> Vgl. *de Mesquita Júnior*, Comentários À Lei Antidrogas. Lei nº 11.343 de 23.8.2006, 2007, S. 90-92. Er hat Zweifel, ob Art. 35 – bei Würdigung der Strafandrohung des Art. 36 – dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht.

<sup>56</sup> *Ibid.*, S. 91.

zu befinden sind noch die völkerrechtliche Problematik zu entschärfen vermögen.

Folglich bleibt der brasilianische Gesetzgeber in der Pflicht, ganz grundsätzliche Voraussetzungen zur Modernisierung des Strafrechts im Hinblick auf die Bekämpfung organisierter Kriminalität zu treffen. Eine beachtliche Konfusion ist bis dato der Haupteffekt seines Wirkens. Dies gilt jedoch nicht nur im Hinblick auf die Frage der Schaffung eines völkerrechtskonformen Tatbestandes der Bildung krimineller Vereinigungen.<sup>57</sup>

#### 4. Reformbestrebungen

Der diesbezüglich fortbestehende Reformbedarf wird zwar im brasilianischen Kongress keineswegs verkannt. Doch hat diese Erkenntnis bislang wenig praktische Früchte getragen. Vielmehr scheint ein gewisses Maß an Aktionismus ein besonneneres Vorgehen, das eben auch völkerrechtliche Vorgaben hinreichend achtet, zu verhindern. Jüngstes Beispiel ist der Entwurf der Senatorin *Serys Slhessarenko* (PT-MT) für ein neues OK-Gesetz, das als Gesetzesprojekt Nr. 150/2006 zur Diskussion gestellt wurde.<sup>58</sup> Sein Art. 2 enthält eine Definition des Begriffs der organisierten Kriminalität bzw. krimineller Organisationen und stellt u.a. darauf ab, das sich „[...] fünf oder mehr Personen, mit Stabilität, einer hierarchischen Organisationsstruktur und Aufgabenteilung [zusammenschließen], um, direkt oder indirekt, mittels Anwendung von Gewalt, Drohung [...] einen Vorteil jedweder Natur zu erlangen [...]“.<sup>59</sup> Es folgt sodann eine Liste mit 16 Gliederungspunkten, die zahlreiche Delikte benennt und von denen mindestens eins praktiziert worden sein muss, um das Gesetz greifen zu lassen. In der Liste werden u.a. Menschenhandel, Geldwäsche, aber auch – ohne irgendeinen Bezugspunkt – Terrorismus aufgeführt. In ihrem letzten Punkt wird auf „[...] andere Straftaten, die in internationalen Verträgen oder Kon-

<sup>57</sup> Ein weiteres Beispiel ist die Kriminalisierung des nationalen und internationalen Menschenhandels. S. nur: *Sharma* (Fn. 3), S. 11 f.; *Gueraldi*, Algumas considerações sobre o novo art. 231 e 231-A do CP e sua compatibilidade com o artigo 3º do Protocolo de Palermo, Serviço à Mulher Marginalizada, Boletim de Janeiro de 2006, abrufbar unter: <http://www.smm.org.br/boletins2006/janeiro2006.htm> (am 18. Oktober 2007).

<sup>58</sup> Abrufbar unter: <http://www.serys.pro.br/projetos.asp?Pagina=3&assunto=> (am 10. Dezember 2007).

<sup>59</sup> Art. 2 im Auszug: “Promover, constituir, financiar, cooperar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, associação, sob forma lícita ou não, de cinco ou mais pessoas, com estabilidade, estrutura organizacional hierárquica e divisão de tarefas para obter, direta ou indiretamente, com o emprego de violência, ameaça, fraude, tráfico de influência ou atos de corrupção, vantagem de qualquer natureza, praticando um ou mais dos seguintes crimes: [...] Pena – reclusão, de cinco a dez anos [...]”

ventionen [enthalten sind], denen Brasilien angehört“, Bezug genommen.<sup>60</sup>

Nach dem vorstehend bereits Ausgeführten erübrigt sich jede weitere vertiefende Stellungnahme zu diesem Gesetzesprojekt.<sup>61</sup> Die vorgesehene Mindestmitgliedszahl, das Erfordernis eines hierarchischen Aufbaus sowie die Inklusion von Terrorismus offenbaren bereits eine völlige Unkenntnis bzw. Ignoranz hinsichtlich der Vorgaben der Palermo-Konvention. Es vereinfacht sicherlich auch nicht die innerstaatliche Rechtslage. Das Gesetzesprojekt befindet sich mithin in konsequenter Kontinuität recht konfusen gesetzgeberischen Handelns und wird hoffentlich niemals ohne wesentliche Veränderungen Gesetz werden – wenn es denn überhaupt jemals ernsthaft weiterverfolgt wird. Dass jedoch Reformbedarf im Hinblick auf die vorliegende Rechtsmaterie besteht, bleibt zugleich unbestreitbar. Es soll jedoch auch nicht verkannt werden, dass der brasilianische Gesetzgeber auf anderen Gebieten im Zusammenhang mit der Repression organisierter Kriminalität, wie z.B. der Geldwäsche- und Korruptionsbekämpfung, beachtliche Anstrengungen unternimmt. Zudem gibt es Bestrebungen, die verschiedensten Straf- und Strafprozessrechtsgesetze miteinander zu konsolidieren – eine, wie gezeigt, sehr sinnvolle Initiative.

### III. Schlussbemerkungen

Der Vorwurf einer unzureichenden Umsetzung der Palermo-Konvention ist eine Kritik, die sich wohl nicht allein Brasilien gefallen lassen muss. In vielen anderen Staaten der Welt scheinen die diesbezüglichen völkerrechtlichen Pflichten ebenfalls nur partiell verwirklicht. Allerdings verschärft sich in Brasilien dieses Defizit aufgrund einer Gesetzgebung, die faktisch nur vorgibt, sich gegen kriminelle Organisationen zu richten, aber offen lässt, welche Gruppen bzw. Aktivitäten darunter zu verstehen sind. Vielmehr findet eine Gleichsetzung mit herkömmlichen Banden und mithin eine Kriminalisierung von Verhalten statt, das eben jene besondere Gefährlichkeit für den öffentlichen Frieden und die öffentliche Sicherheit vermissen lässt, die kriminelle Organisationen von anderen kriminellen Personenzusammenschlüssen unterscheidet. Das bringt ein Land nicht voran, in dem, wie skizziert, zahlreiche kriminelle Vereinigungen operieren und dieses Wirken oftmals sehr beachtliche soziale, ökonomische und politische Folgen zeigt. Der Gesetzgeber scheint bislang nicht in der Lage, sich auf die richtigen Weichenstellungen zu einigen, reformiert nur halbherzig und eben z.T. unbesonnen. Die Hauptursachen und Hauptprobleme der geschilderten Problemlage, die insbesondere in den weitgehend außerstaatliche Kontrolle geratenen Haftanstalten sowie in den eklatanten sozialen Disparitäten zu sehen sind, kann das Strafrecht allein freilich nicht beseitigen. Die Aussicht auf

etwaige Großreformen, die diesen Erfordernissen Rechnung tragen, sind allerdings nicht höher einzustufen als auf eine völkerrechtskonforme Implementierung der Palermo-Konvention. Die politischen Gründe hierfür sind vielfältig.

---

<sup>60</sup> “XVI – outros crimes previstos em tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja parte.”

<sup>61</sup> S. jedoch die Detailkritik von *da Silva Dantas*, O necessário aperfeiçoamento legislativo sobre o crime organizado. Uma visão do PLS n° 150/2006. Abrufbar unter: <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=9049>. (am 15. August 2007).

## R e z e n s i o n e n

**Claus Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, De Gruyter, 8. Aufl., Berlin 2006, XXI, 820 S., € 84.-

Es gibt kein Buch der jüngeren deutschen Strafrechtsdogmatik, das einen ähnlichen Erfolg gehabt hätte wie die mittlerweile in achter Auflage erschienene Habilitationsschrift von *Claus Roxin*. Kein anderes Werk hat die deutsche, die europäischen und die internationalen Strafrechtslehren so beeinflusst wie dieses erstmals 1963 erschienene Standardwerk. Dementsprechend ist jede der Auflagen bereits vielfach rezensiert worden.<sup>1</sup> Die Anzeige der neuesten Auflage kann sich daher auf den von *Roxin* aktualisierten Teil beschränken:

Bekanntlich hat *Roxin* seit der 3. Auflage (dort hatte er das ursprünglich Elfte Kapitel zu Täterschaft und Teilnahme bei fahrlässigen Delikten, das sich in der 2. Auflage noch findet, gestrichen) den Hauptteil unverändert gelassen (Erstes bis Elfte Kapitel, S. 1-545); der Schlussteil wird seitdem von Auflage zu Auflage aktualisiert und hat mit einem Umfang von nunmehr 276 Seiten seinerseits bereits monographisches Ausmaß angenommen.

In den §§ 42-44 zeichnet *Roxin* die Entwicklung von Täterschaft und Teilnahme zunächst in der Gesetzgebung, anschließend in der Rechtsprechung und schließlich in der Wissenschaft nach. Besonders lesenswert sind die Ausführungen in § 43 zur Entwicklung der Rechtsprechung, wo alle „einigermaßen aussagekräftigen Entscheidungen zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, die der BGH seit dem Erscheinen der Erstausgabe des Buches, [...], erlassen hat“, aufgeführt sind. Der praktischen Bedeutung entsprechend zieht *Roxin* die Rechtsprechung des BGH, die in dem Zusammenhang mit dem Betäubungsmittelstrafrecht ergangen ist, in einer geschlossenen Analyse zusammen (S. 626-642). Wer sich über die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Abgrenzung der verschiedenen Beteiligungsformen entweder in einem ersten Zugriff oder zum schnellen Nachlesen, aber auch, weil er auf der Suche nach weiterführenden Gedanken ist, informieren will, kommt an diesem Kompendium nicht vorbei.

Den breitesten Raum nimmt naturgemäß die Auseinandersetzung mit der Entwicklung im strafrechtlichen Schrifttum ein (§ 44), wobei die Willensherrschaft als die Tatherrschaftsform der mittelbaren Täterschaft deutlich im Vordergrund steht. Das ist insbesondere auch der stürmischen Entwicklung im Rahmen der Auseinandersetzung um die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft geschuldet. Freilich ist insoweit die neueste Entwicklung – an der auch *Roxin* wieder beteiligt ist<sup>2</sup> – noch nicht abgebildet. So hat in den letzten beiden Jahren seit Erscheinen der Monographie *Roxin* seine Auffassung zu den Voraussetzungen der Organisationsherrschaft modifiziert: Zu den von ihm schon immer für konstituierend gehaltenen Elementen der Fungibilität und der Rechtsgelöstheit soll nun eine „organisationsspezifische

Tatbereitschaft“ hinzukommen.<sup>3</sup> Im Ergebnis anerkennt *Roxin* nunmehr ausdrücklich die Erfolgsherrschaft als tragenden Grund der mittelbaren Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten.<sup>4</sup> Es wird spannend sein zu sehen, ob und wie *Roxin* diese neue Form von Tatherrschaft, die sich so in seinem Buch nirgends findet, in einer neuen Auflage in sein Tätersystem einfügt.

Auch die zahlreichen jüngsten Beiträge in dem Sonderheft des Goldammer's Archivs zum 75. Geburtstag *Roxins* sind naturgemäß nicht berücksichtigt. In einigen der Beiträge sind die vielleicht zukunftsreichsten Gebiete der Beteiligungslehre abgesteckt, auf denen *Roxins* System sich bewähren muss: So beschäftigen *Kreß*<sup>5</sup> und *Radtke*<sup>6</sup> sich in einer ersten Annäherung mit *Roxins* Lehre von der Organisationsherrschaft im internationalen Strafrecht. Insbesondere im Völkerstrafrecht, wo die Normierung des Art. 25 IStGH-Statut alles andere als eine deutliche Stellungnahme zugunsten eines differenzierenden Beteiligungsformensystems darstellt, lässt sich fragen, ob die fein auszieselierte Tatherrschaftslehre, die noch immer in einem Spannungsverhältnis zur subjektiv gefärbten Rechtsprechung des BGH steht, ein Modell der Zukunft sein kann. Dass sie flexibel genug ist, auch die Blaupause für fast schon revolutionär zu nennende Rechtsprechungsänderungen abzugeben, zeigt der kurze Beitrag von *Nack*<sup>7</sup>, der einen erhellenden Einblick in die Übernahme bzw. Entstehung einer Rechtsfigur gibt. Es ist zu wünschen, dass es *Roxin* gelingen möge, in einer neuen Auflage wenigstens einen Ausblick auf eine mögliche Beteiligungslehre in einem supra- bzw. internationalen Regelwerk zu geben.

*Roxin* hat sich seit jeher – und auch das zeichnet sein Buch aus – auch mit seinen Kritikern ausführlich auseinandergesetzt. So folgt einer Bestandsaufnahme der heutigen Tatherrschaftslehre eine Würdigung der Ganzheitstheorie *Schmidhäusers*, der Beteiligungsformenlehre *Steins*, der idealistischen Konzeption von *Köhler* und *Klescewski*, der Wiederbelebung der formal-objektiven Theorie durch *Freund*, der Entscheidungsträgerschaft seines Schülers *Manfred Heinrich* und des Täter-Teilnehmer-Systems bei *Schild*. Wenn sich einige dieser in jüngerer Zeit zunehmenden Ansätze durch eine mehr oder weniger deutliche Annäherung an die Einheitstäterlehre auszeichnen (insbesondere *Schmidhäuser* und *Schild*), bedeutet dies offenbar nicht nur ein wachsendes Unbehagen mit dem Siegeszug der Tatherrschaftslehre, sondern spiegelt ganz offensichtlich auch die Unzufriedenheit mit den Bemühungen um die Notwendigkeit der Abgrenzung verschiedener Beteiligungsformen insgesamt wider.

Dennoch: Es ist kaum anzunehmen, dass in unseren Zeiten ein solch grundlegendes Werk zu einem Kernbereich der Strafrechtsdogmatik noch einmal geschrieben werden wird: Das Werk eines Meisters, ein Meisterwerk!

Prof. Dr. Thomas Rotsch, Augsburg

<sup>3</sup> *Roxin*, ZIS 2006, 293 (298 f.).

<sup>4</sup> *Roxin*, ZIS 2006, 293 (299); *Rotsch*, NStZ 2005, 13 (16).

<sup>5</sup> *Kreß*, GA 2006, 304.

<sup>6</sup> *Radtke*, GA 2006, 350.

<sup>7</sup> *Nack*, GA 2006, 342.

<sup>1</sup> Vgl. das Verzeichnis der Rezensionen im Anhang der achten Auflage, S. 819 f.

<sup>2</sup> *Roxin*, ZIS 2006, 293; *ders.*, ZStrR 125 (2007), 1.

## R e z e n s i o n e n

**Wilhelm Krekeler/Markus Löffelmann** (Hrsg.), Anwaltkommentar Strafprozessordnung, Bonn 2007, 1851 S., € 128.-

**I. 1.** Was kann die Besonderheit eines Anwaltkommentars ausmachen? Zu Recht erblicken die *Hrsg.* diese Besonderheit darin, mit den Erläuterungen der Kommentatoren „dem Rechtsanwalt einen raschen Zugriff auf praxisnahe und aktuelle Informationen“ unter Einbeziehung der „höchstrichterliche[n] Rechtsprechung“ und auch „sorgfältig ausgewählte[n] Schrifttum[s]“ zu ermöglichen und „eine schnelle und erfolgreiche Umsetzung“ dieser Informationen „in die Rechtspraxis“ zu erleichtern, womit sich der hier anzuzeigende Anwaltkommentar zugleich „an alle strafrechtlich ausgerichteten Justizpraktiker“ wendet. Nicht überraschend erscheint so die Zusammensetzung des Kreises der insgesamt 18 *Autoren*: neun Anwälte stellen die Hälfte aller *Autoren*, zu denen weiter zwei Rechtsreferendare, drei Richter, zwei Staatsanwälte und zwei Bearbeiter aus dem Bereich der Wissenschaft zählen – dass sich „das Autorenteam [...] zu gleichen Teilen aus erfahrenen Strafverteidigern, Richtern, Staatsanwälten und Rechtswissenschaftlern“ zusammensetzt (so das Vorwort), kann folglich gerade nicht behauptet werden. Die Erläuterungen berücksichtigen „durchgängig Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum bis 1.9.2006, zum Teil auch darüber hinaus“ (Vorwort) und berücksichtigen vorrangig die Rechtsprechung.

2. Neben der StPO werden zudem einige ausgewählte Vorschriften anderer Gesetze kommentiert, so §§ 35, 36 BtMG, §§ 21e-21g, 24-26, 74-74c, 78a und 78b, 141, 142, 145, 146, 152, 153, 169, 171a-183, 185 und endlich 191 GVG, ferner §§ 2, 4a, 6, 9, 10, 12-14, 16-30 EGGVG und Art. 1-13 MRK. Die praxisbedeutsamen Vorschriften der RiStBV und der MiStra sind zudem mitabgedruckt worden.

**II.** *Hrsg.* und *Autoren* ist es durchwegs gelungen, das besonders herausgestellte Ziel der Praxisnähe ihres Erläuterungswerks unter besonderer Berücksichtigung der obergerichtlichen Rechtsprechung zu erreichen und damit dem Strafrechtspraktiker ein nützliches Hilfsmittel an die Hand zu geben. Das kann im Rahmen einer Rezension schon aus Raumgründen nur an einigen wenigen Beispielen aufgezeigt werden, auch an solchen, in denen umfangreichere Informationen der Praxisnähe der Kommentierung förderlich gewesen wären.

1. Es kann nur als ein Vorzug herausgestellt werden, dass sich die *Hrsg.* nicht allein auf die Kommentierung der StPO beschränken (s.o. I. 2.). Indessen überzeugt die Auswahl nicht immer: so erscheinen beispielsweise die nicht berücksichtigten, jedoch verfahrensbedeutsamen Vorschriften der §§ 31a, 37 und 38 BtMG durchaus erläuterungswert, wie aber auch diejenigen über die Zuständigkeit der Schöffengerichte und über die der Strafsenate an den Oberlandesgerichten (§§ 28-30, 116, 120-122 GVG) und auch die die Zuständigkeiten der Strafkammern betreffenden Vorschriften der §§ 73, 74d, 74f, 78 GVG. Außerdem dürfte es sich angeboten haben, neben den für das Strafverfahren bedeutsamen Vorschriften der MRK

auch die diesbezüglichen des IPBPR mindestens mit abzudrucken.

2. In ihrer Einleitung erörtern *Krekeler/Löffelmann* die wesentlichen Grundlagen des Strafverfahrens. Dabei wird zutreffend die Natur des Strafverfahrensrechts als angewandtes Verfassungsrecht herausgestellt (Einl. Rn. 1). Verdienstvollerweise gehen die *Autoren* auch auf die Strafzwecke ein (Einl. Rn. 9 f.), zu denen auch die generalpräventive Abschreckung gehören soll, deren Fragwürdigkeit aber nicht problematisiert wird und ebenso wenig das Verhältnis zwischen positiver Generalprävention und den Vergeltungslehren, insbesondere derjenigen über Vergeltung als Rechtsbewährung, die etwa §§ 47 Abs. 1 und 56 Abs. 3 StGB zugrunde liegt.<sup>1</sup>

Zu Recht wird auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur „Unantastbarkeit des Kernbereichs privater Lebensgestaltung“ hingewiesen (Einl. Rn. 4), die dieses Gericht bisher zwar durchgehend anerkennt, aber gerade in der von den *Autoren* zitierten und in NJW 2004, 999 veröffentlichten Entscheidung dadurch relativiert hat, dass ein Eingriff in diesen untastbaren und damit absolut geschützten Kernbereich davon abhängig gemacht wird, „welcher Art und wie intensiv“ er „im konkreten Fall ist“<sup>2</sup>. Auf diese Relativierung der doch immer wieder ausdrücklich anerkannten angeblichen „Unantastbarkeit“ des Kernbereichs und deren praktische Bedeutsamkeit gehen die *Autoren* aber ebenso wenig ein wie auf nachfolgende Entscheidungen, die in ihrer Gegensätzlichkeit kaum nachvollziehbar erscheinen: Beispielhaft sei hier nur erwähnt, dass dem Bundesverfassungsgericht zufolge in einem Tagebuch aufgezeichnete Gedanken schon mit der schriftlichen Niederlegung der Gefahr des Zugriffs preisgegeben und damit aus dem absolut geschützten Kernbereich entlassen sein sollen<sup>3</sup>, womit der Kernbereich auf innersubjektive Gegenstände beschränkt worden sein dürfte, auf die ohnehin niemand zugreifen kann, während umgekehrt der Bundesgerichtshof einem in einem „von Art. 13 GG geschützten Wohnraum“ (Krankenzimmer einer Rehabilitationsklinik) mittels akustischer Wohnraumüberwachung aufgenommenen Selbstgespräch „ausschließlich höchstpersönlichen Charakter“ zuschreibt und deshalb dem absolut geschützten Kernbereich zuordnet<sup>4</sup>, obwohl doch auch in diesem Fall die Gefahr des Zugriffs anderer – wie die Aufzeichnung des Selbstgesprächs in dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall beweist – nicht ausgeschlossen werden kann. Die damit verbundene Problematik der Beweisverbote wird von *Krekeler/Löffelmann* mit dem Hinweis auf Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote zwar erwähnt (Einl. Rn. 137 ff.), ohne aber auf die praktisch höchst bedeutsame Frage näher einzugehen, in welchen Fällen ein Beweiserhebungsverbot ein Verwertungsverbot zur Folge haben kann

<sup>1</sup> Vgl. dazu *Gössel*, in: v. Gamm u.a. (Hrsg.), Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht – Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes, 1988, S. 3 ff. (14 ff.).

<sup>2</sup> NJW 2004, 999 (1003).

<sup>3</sup> BVerfGE 80, 367 (376).

<sup>4</sup> NJW 2005, 3295 (3297), von den *Autoren* nicht erwähnt.

(ist ein ausdrücklicher Widerspruch erforderlich?<sup>5</sup>) und in welchem Verhältnis Erhebungsverbote zu Verwertungsverbote stehen (auch die Ausführungen von *Sommer* – § 244 Rn. 69 ff. – gehen auf diese Fragen nicht ein). M.a.W.: Die zu dieser Problematik gebotenen Informationen sind derart schmal, dass sie dem Anspruch der *Autoren* an die Praxisrelevanz ihrer Erläuterungen (oben I. 1.) nicht genügen dürften.

3. Oft unterschätzt wird die Bedeutung des § 238 StPO. Weil diese Vorschrift die entscheidende Grundlage zur Durchführung der Hauptverhandlung bildet, erstaunt es schon, wenn hierzu Erläuterungen auf nur zwei Seiten geboten werden. Schon auf den zweiten Blick aber wird deutlich, dass *Kirchhof* alle mit dieser Vorschrift verbundenen wesentlichen Fragen präzise und in erstaunlicher Kürze erörtert hat: dass Sachleitung und Verhandlungsleitung identische Gegenstände haben (§ 238 Rn. 3), dass sachleitende Anordnungen auch konkludent erfolgen, aber nicht schon in bloßer Untätigkeit erblickt werden können (§ 238 Rn. 4), dass der Rechtsbehelf des § 238 Abs. 2 StPO die Beschwerde (§ 304 StPO) ausschließt (§ 238 Rn. 9) und in zulässiger Weise nur von denen erhoben werden kann, die durch eine sachleitende Anordnung des Vorsitzenden beschwert sind (§ 238 Rn. 6) und endlich, in welchen Fällen die Zulässigkeit einer auf die Unzulässigkeit einer sachleitenden Anordnung gestützte Revisionsrüge von der vorherigen Beanstandung nach § 238 Abs. 2 StPO abhängt (§ 238 Rn. 9). Mit dieser Kommentierung werden die von den *Hrsg.* verfolgten Ziele perfekt verwirklicht: Alle für den Rechtspraktiker notwendigen Informationen werden so geboten, dass sie in der Praxis schnell und erfolgreich umgesetzt werden können (s.o. I. 1.).

4. Von besonderer Bedeutung sind die Vorschriften der §§ 244-246 StPO über die Beweisaufnahme als Kernstück der Hauptverhandlung, die *Sommer* erläutert hat. Hier sei zunächst die treffende Übersicht zu den verschiedenen Arten von Tatsachen in ihrer je verschiedenen Bedeutung für Beweisaufnahme und Beweiswürdigung hervorgehoben (§ 244 Rn. 7 ff.), ferner auch die Darlegungen zum Umfang der gerichtlichen Aufklärungspflicht (§ 244 Rn. 21 ff.).

Nicht zugestimmt werden kann *Sommer* allerdings, wenn er ausführt, „der auch vom Revisionsgericht zu beachtende Maßstab zur Einschätzung des Beweismittelpotentials ist der Horizont des Tatgerichts“ (§ 244 Rn. 26 und 82): Ob Tatsachen oder Beweismittel verfahrensbedeutsam sind oder nicht, hat das Revisionsgericht dem Bundesgerichtshof zufolge „aus seiner ‚Sicht der Dinge‘“ zu beurteilen<sup>6</sup> – dies erscheint auch deshalb bedeutsam, weil sich erst so jene Auffassungen zurückweisen lassen, denen zufolge das Beweisantragsrecht das Gericht auch zu Beweiserhebungen verpflichte, die von der Amtsaufklärungspflicht des § 244 Abs. 2 StPO nicht gefordert seien, einer Auffassung, der auch *Sommer* zu Recht der Sache nach mit dem Hinweis entgegentritt: „Das Aufklärungsgebot dominiert die Anwendung des Ablehnungsgrundes“

(§ 244 Rn. 111). Dass ein Verstoß gegen die Amtsaufklärungspflicht mit der Revision gerügt werden kann, legt der *Autor* zutreffend dar, dürfte hier vermutlich aber nur (was letztlich offenbleibt) die Sachrüge<sup>7</sup> erwähnen (§ 244 Rn. 33 f.), nicht aber die von der Rechtsprechung weiter zugelassene Möglichkeit, etwa eine unterlassene Beweiserhebung mit der Verfahrensrüge geltend zu machen. Die mögliche Ablehnung eines Beweisantrags wegen Prozessverschleppung wird eingehend unter zuverlässiger Darstellung der von der Rechtsprechung hierzu aufgestellten Voraussetzungen erörtert (§ 244 Rn. 102 ff.); auch wird zutreffend darauf hingewiesen, dass ein zum Zwecke der Prozessverschleppung gestellter Beweisantrag gleichwohl die Aufklärungspflicht des Gerichts konkretisieren könne (§ 244 Rn. 104). Nicht erwähnt wird allerdings die bedeutsame Entscheidung des Bundesgerichtshofs, der zufolge Beweisanträge zum Beweis eines abwegigen, nicht nachvollziehbar als vorliegend behaupteten Sachverhalts auch bei formal korrekter und im Rahmen des Standesrechts geführter Verteidigung zurückgewiesen werden können, weil sich der Verteidiger so „dem traditionellen Ziel des Strafprozesses, der Wahrheitsfindung in einem prozessordnungsgemäßen Verfahren, nicht mehr verpflichtet fühlt und die weiten und äußersten Möglichkeiten der Strafprozessordnung in einer Weise nutzt, die mit der [...] Aufgabe, den Angeklagten vor einem materiellen Fehlurteil oder [...] einem prozessordnungswidrigen Verfahren zu schützen, nicht mehr zu erklären ist“<sup>8</sup>; unerwähnt bleiben leider auch die – m.E. abzulehnenden – Vorschläge, schon nach geltendem Recht Präklusionsfristen für die Stellung von Beweisanträgen setzen zu können<sup>9</sup>; folglich erscheinen auch in diesem Bereich die Erläuterungen derart knapp, dass sie einer ausreichenden Praxisrelevanz ermangeln (oben 2. a.E.). Jedoch weist der *Autor* zu Recht darauf hin, Prozessverschleppung könne der Rechtsprechung zufolge nur bei einer wesentlichen Verfahrensverzögerung angenommen werden (§ 244 Rn. 103) – hierzu ist allerdings ergänzend anzumerken, dass der *Erste Strafsenat* des Bundesgerichtshofs es nunmehr „für angezeigt“ hält, „das objektive Kriterium“ der Wesentlichkeit einer Verfahrensverzögerung als Voraussetzung einer Ablehnung wegen Prozessverschleppung „deutlich restriktiver auszulegen, wenn nicht gar aufzugeben“, eine Entscheidung<sup>10</sup>, die *Sommer* freilich nicht mehr berücksichtigen konnte. Die Erläuterungen zu § 246 StPO überzeugen: Zutreffend benennt er als Grundsatz: „Für die Ermittlung der materiellen Wahrheit und für ein gerechtes Urteil ist es“ bis zur Urteilsverkündung „niemals zu spät“, so dass es auf den Zeitpunkt der Antragstellung grundsätzlich nicht ankommt – zutreffend erwähnt er aber auch, dass ein spät gestellter Beweisantrag u.U. die Verschleppungsabsicht indizieren könnte (§ 246 Rn. 1). Ebenso zuverlässig zutreffend wird § 245 StPO erläutert: Die Amtsermittlungspflicht wird durch § 245 Abs. 1 StPO erweitert (§ 245 Rn. 1) und die Beweiserhebungspflicht nach § 245

<sup>5</sup> Vgl. dazu BGHSt 38, 225; 39, 349.

<sup>6</sup> Vgl. nur BGH StV 1996, 581 (582); *Herdegen*, in: Pfeiffer (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, 5. Aufl. 2003, § 244 Rn. 21.

<sup>7</sup> Zur Fragwürdigkeit dieser Möglichkeit vgl. *Gössel*, GA 2007, 599 (602).

<sup>8</sup> BGH NStZ 2005, 341.

<sup>9</sup> BGH JR 2006, 125; *Basdorf*, StV 1995, 310 (314 f.).

<sup>10</sup> NStZ 2007, 659.

---

Abs. 2 StPO setzt einen entsprechenden Antrag voraus, der zwar den Anforderungen an einen nach § 244 StPO gestellten Beweisantrag entsprechen muss, jedoch unter Einschränkung der Ablehnungsmöglichkeiten des § 244 Abs. 3-5 StPO nach Maßgabe des § 245 Abs. 2 S. 3 StPO (§ 245 Rn. 8 ff.) – zu ergänzen bleibt hier nur, dass „das Ablehnungsverfahren [...] dem des § 244“ Abs. 6 StPO entspricht<sup>11</sup>.

*Prof. Dr. Karl Heinz Gössel, Richter am Bayerischen Obersten Landesgericht a.D.*

---

<sup>11</sup> So zutreffend *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 50. Aufl. 2007, § 245 Rn. 28.

## R e z e n s i o n e n

**Arnd Koch**, Denunciatio, Zur Geschichte eines strafprozessualen Rechtsinstituts. Juristische Abhandlungen Band 48, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 2006, XIII, 307 S., € 49.-

Untersuchungsgegenstand der Rechtswissenschaften ist das Recht, wobei die Teildisziplin der Rechtsgeschichte ihren Blick auf die Geschichte des Rechts richtet. Verstehen die Rechtswissenschaftler das Recht als etwas Positives, Gesetztes (als das, was schriftlich normiert und/oder in der Justiz ausdrücklich als Recht praktiziert wird), so spricht man anstelle von Rechtswissenschaften häufig auch von Rechtsdogmatik. Die – traditionell in naturrechtlichen Positionen und heute im Grundgesetz und den Menschenrechtskonventionen angelegte – Unterscheidung von Recht und Gesetz, die das Erkennen unrechtlicher (ungerechter) Gesetze erst möglich macht, hat in einer rechtshistorisch-dogmatischen Arbeit, die sich ausschließlich auf das positive Recht bezieht, keinen legitimen Platz. Ganz in diesem Sinne hat *Arnd Koch* seine Jenenser Habilitationsschrift zur „Denunciatio“ als Geschichte eines strafprozessualen Rechtsinstituts angelegt. Er beschreibt die Dogmengeschichte der Denunciatio vom IV. Laterankonzil 1215 bis zum Entwurf der Reichsstrafprozessordnung 1874. Diese Herangehensweise entspricht dem, was die Fachwelt von rechtsdogmatischen Arbeiten erwartet und sie wird von *Koch* in einer Art und Weise durchgeführt, die von anderen Rezensenten mit Recht als „vorzüglich“<sup>1</sup> und „meisterlich“<sup>2</sup> bezeichnet wurde. Gleichwohl verbleibt bei mir nach der Lektüre ein gewisses Unbehagen, das nicht mit dem Werk selbst, sondern mit einem Grundproblem der Strafprozessgeschichte zu tun hat. Doch zunächst zum Inhalt des Werkes:

*Koch* beginnt seine Untersuchung mit einigen Bemerkungen zur Begriffsgeschichte (S. 1-11) und zum aktuellen Rechtszustand (S. 11-36). Begrifflich sieht *Koch* vor allem die Belastung des Themas durch den negativen Beiklang des Wortes „Denunziation“, dem er durch Verwendung der historischen Bezeichnung „Denunciatio“ auszuweichen sucht. Die Betrachtungen zum aktuellen Rechtszustand dienen *Koch* dazu, die heutige Strafanzeige in ihrer einschränkungslosen Weite<sup>3</sup> als das Ergebnis eines langen historischen Prozesses herauszustellen.

Erst im zweiten Kapitel (S. 37-65) wendet *Koch* sich der Rechtsgeschichte der Denunciatio zu, indem er zunächst ihren Ursprung erforscht. Diesen verortet *Koch* im Inquisitionsprozess, dessen Entstehung im kanonischen Recht er datumsmäßig mit dem IV. Laterankonzil 1215 verbindet. Die dortige Neuordnung des kirchlichen Disziplinarrechts beschreibt *Koch* als Verfahrensrevolution. Die nachfolgende Verdrängung des vorherrschenden Akkusationsprozesses durch

eine hoheitliche, auf Ermittlung der materiellen Wahrheit gerichtete Verfolgungstätigkeit ist laut *Koch* die entscheidende Entstehungsvoraussetzung für die Denunciatio. Für ihre weitere Entwicklung hebt *Koch* die besondere Bedeutung der Ketzerprozesse hervor. Das Ketzerverfahren erscheine als Experimentierfeld für neuartige Verfahrensmodi, die wenig später Aufnahme in das gemeinrechtliche Verfahren fanden. So wurde auch die Denunciatio rasch in die weltliche Gesetzgebung übernommen. Für diese hebt *Koch* zudem die alsbald erfolgende Verknüpfung inquisitorischer Verfahrenselemente mit der Folter hervor. Weiter stellt *Koch* fest, dass die Herrschenden jener Zeit schon früh verstanden, die Denunciatio für den Zweck der Herrschaftssicherung zu instrumentalisieren. Im 16. Jahrhundert schließlich verortet *Koch* die Geburt der Strafanzeige im modernen Sinne, denn in jener Zeit wurde der Denunciatio erstmalig die Funktion zugeschrieben, ohne weitere Voraussetzungen einen Prozess der hoheitlichen Erforschung der materiellen Wahrheit auszulösen.

Für die weitere Entwicklung der Denunciatio im gemeinen deutschen Strafprozess, der *Koch* sich in seinem dritten und umfangreichsten Kapitel zuwendet (S. 67-208), konstatiert er zunächst das auffällige „Schweigen der Carolina“. *Koch* sieht hierin eine Ablösung des 1532 erlassenen Gesetzestextes von der Rechtswirklichkeit. Der Rechtswirklichkeit nähert sich *Koch* sodann durch eine Analyse des gemeinrechtlichen Schrifttums an, in dem der Denunciatio jedenfalls die Funktion zugeschrieben wurde, einen Inquisitionsprozess auszulösen. Umstritten war hingegen ihre Tragweite als Indiz im Rahmen der gemeinrechtlichen „Stufenlehre“ (Generalinquisition, Spezialinquisition, Tortur). Als typische Problemfelder, die schon in jener Zeit diskutiert wurden, benennt *Koch* die anonymen Anzeigen, Anzeigen unter Vertraulichkeitszusagen, Anzeigen gegen Zusage einer Belohnung oder unter Androhung einer Strafe und Anzeigen unter Verletzung von Vertrauensverhältnissen. Den „Siegeszug“ des Inquisitionsprozesses beobachtet *Koch* sodann in verschiedenen landesrechtlichen Kodifikationen, die zum Teil ausführliche Regelungen der Denunciatio aufwiesen. *Koch* schließt dieses Kapitel ab mit einigen Betrachtungen zum Spannungsfeld Flexibilität/Formenstrenge. Bemerkenswert ist hier insbesondere *Kochs* Befund, dass die Beweiswürdigung zwar gebundener war als in späteren Zeiten, aber weniger gebunden als bislang von der rechtshistorischen Forschung angenommen. Leitmotiv der im Schrifttum vorgenommenen Aufweichungen formenstrenger gesetzlicher Verfahren war dabei die Maßgabe, dass keine Verbrechen ungestraft bleiben dürften („ne crimina remaneant impunita“, vgl. S. 197 f.).

Im vierten Kapitel verfolgt *Koch* die Entwicklung der Denunciatio durch die Aufklärung bis zur Reichsstrafprozessordnung (S. 209-255). Eine deutliche Ablehnung der Denunciatio durch die Aufklärer – von denen *Koch* exemplarisch *Montesquieu*, *Beccaria*, *Voltaire* und *Filangieri* behandelt – kontrastiert hier mit dem Befund, dass in Deutschland das hoheitliche Strafverfolgungsinteresse endgültig Bestrebungen der Einschränkung der Denunciatio verdrängte: „Für das Rechtsinstitut der Denunciatio bedeutete die Verabschiedung der Reichsstrafprozessordnung das Ende eines sich über mehrere Jahrhunderte erstreckenden Entwicklungsprozesses.“

<sup>1</sup> *Steinberg*, JZ 2007, 1045.

<sup>2</sup> *Roellecke*, FAZ v. 2.10.2006, S. 43.

<sup>3</sup> Siehe dazu – ebenfalls dogmatisch – auch *Verf.*, in: *Heghmanns/Scheffler* (Hrsg.), *Handbuch zum Strafverfahren*, 2008, Kap. I, Rn. 3, 8, 18 und 20.

Das Institut gehörte nunmehr in seiner bis heute geltenden Reichweite zum unumstrittenen Bestand des Strafverfahrens. Die über seine Ausgestaltung geführten Kontroversen waren beendet – die Steigerung der Verfolgungseffektivität hatte auf ganzer Linie gesiegt“ (S. 255).

In seiner Schlussbetrachtung (S. 257-259) stellt Koch nach alledem fest, dass der Ursprung des modernen deutschen Strafprozesses in der Aufklärung bislang überbetont wurde. Festzustellen sei vielmehr eine vom gemeinen Strafprozess an durchgehende Entwicklungslinie hin zu einer Steigerung der Verfolgungseffektivität, wofür die Denunciatio ein Beispiel abgebe. Die bisherige Entgegensetzung des gemeinen und des reformierten Strafprozesses sei übertrieben, insbesondere weil schon der gemeine Strafprozess durch Effektivierungsbestrebungen gekennzeichnet gewesen sei, die Elemente flexibler Verfahrensgestaltung mit sich brachten.

Als Grundproblem der Denunciatio benennt und erörtert Koch wiederholt das Spannungsfeld zwischen ihrer Bedeutung für eine effektive Strafverfolgung einerseits und dem notwendigen Schutz vor Falschbezeichnungen andererseits. Mein eingangs angedeutetes Unbehagen resultiert indes aus einem Problem von noch grundsätzlicherer Natur: Dem Spannungsfeld zwischen der Notwendigkeit hoheitlicher Strafverfolgung einerseits und ihrer Gefährlichkeit andererseits. Die Strafprozessgeschichte, die Koch implizit auch schreibt, ist weithin eine Geschichte der Dogmatik extremer Unmenschlichkeiten (insbesondere zu den Ketzerverfahren, den Hexenprozessen und immer wieder zur Folter). Koch liefert vielfältige eindrucksvolle Belege dafür, dass die deutsche Strafprozessdogmatik schon im gemeinen Strafprozess meisterhaft war in der feinsinnigen Dogmatisierung extremer Unmenschlichkeiten (s. nur den kurzen Abschnitt zum Aussagezwang, S. 108 ff., oder die ausführliche Beschreibung der formellen Voraussetzungen der die Folter auslösenden Benennung von Mittätern durch einen bereits überführten Täter in Art. 31 der Carolina, S. 162-182). Dass Koch diesbezüglich die Gerechtigkeitsfrage nicht stellt, ist für eine rechtshistorisch-dogmatische Arbeit – wie gesagt – folgerichtig. Im Gegenteil wäre zu kritisieren, wenn Koch seine Betrachtungen fremder rechtlicher Wertungen mit eigenen rechtlichen Wertungen vermischen würde. Andererseits sind die Ungerechtigkeiten der von Koch behandelten Epochen derart augenfällig, dass der vollständige Verzicht auf einen gleichsam naturrechtlichen Zugriff für mein Empfinden etwas befremdlich anmutet. Angesichts der dunklen Kapitel der deutschen Strafprozessgeschichte – die den wesentlichen Teil von Kochs Arbeit ausmachen – erscheinen die Feststellungen, dass „jeder Staat zur Durchsetzung seiner Rechtsordnung auf Hinweise aus der Bevölkerung angewiesen ist“ (S. 11), dass „auch demokratische Rechtsstaaten zur Durchsetzung ihrer Normen von Strafanzeigen abhängig sind“ (S. 12) und dass „die Strafverfolgungsbehörden zur Erfüllung ihrer Aufgaben vielfach auf Anzeigen angewiesen sind, die aus unehrenhaften Motiven oder unter Bruch zwischenmenschlicher Solidarpflichten erfolgen“ (S. 14 f.) möglicherweise etwas unkritisch. Jedenfalls die positive Einschätzung, dass wir „dem heute gewöhnlich perhorreszierten Inquisitionsprozess“ mehr

„verdanken“, als wir glauben<sup>4</sup>, vermag ich nicht zu teilen. Sie lässt sich im Übrigen auch nicht auf die dogmengeschichtliche Untersuchung Kochs stützen. Vielmehr kann man nach dieser ebenso gut das herkömmliche schmeichelhafte Selbstbild vom Ursprung des heutigen deutschen Strafprozesses in der Aufklärung als beeinträchtigt ansehen.

Dr. Jens Dallmeyer, Rechtsanwalt und Lehrbeauftragter,  
Frankfurt am Main

<sup>4</sup> So Zimmermann, NJW 2007, 3332 (3335).