

Stephan Barton (Hrsg.)

# Verfahrensgerechtigkeit und Zeugenbeweis

Fairness für Opfer und Beschuldigte

## **Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat**

In Verbindung mit  
Winfried Brugger, Joachim Hruschka,  
Arthur Kaufmann †, Hermann Klenner,  
Ernst-Joachim Lampe, Niklas Luhmann †,  
Manfred Rehbinder, Hubert Rottleuthner,  
Rüdiger Schott

herausgegeben von  
Werner Maihofer und Gerhard Sprenger

Band 22



Nomos Verlagsgesellschaft  
Baden-Baden

## Opferschutz, Verfahrensgerechtigkeit und Revisionsrechtsprechung: Nicht-Nullsummenspiele?

### I. Ausgangsfragen

In seinem mündlichen Vortrag auf dieser Tagung stellte der Bundesrichter *Armin Nack* einen vom 1. Strafsenat des BGH entschiedenen Fall dar<sup>1</sup>. Diesem lag folgendes Geschehen zugrunde<sup>2</sup>:

Das Landgericht hatte drei Angeklagte wegen Mordes an der 79-jährigen Aloisa S. in Tateinheit mit versuchtem Mord an deren 75-jährigem Ehemann Alfred S. zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Bei einem Angeklagten – dem C. – hat es in weiterer Tateinheit absichtliche schwere Körperverletzung (§ 226 Abs. 2 StGB) angenommen. Hinsichtlich dieses Angeklagten hat das Schwurgericht die besondere Schwere der Schuld festgestellt<sup>3</sup>. Hierfür hat es als ausschlaggebend angesehen, daß der Angeklagte – in der Form eines Mittäterexzesses – dadurch eine absichtliche schwere Körperverletzung begangen habe, daß er den Alfred S. „in besonders gefühlloser Weise geradezu durch das Zerdrücken des linken Augenkörpers geblendet“ habe.

Die Revision des Angeklagten C. richtete sich allein gegen die der Feststellung der besonderen Schuldschwere zugrunde liegende Verurteilung wegen absichtlicher schwerer Körperverletzung. Er rügte eine Verletzung des § 265 Abs. 1 StPO: Das Schwurgericht hätte ihn nur dann wegen absichtlicher schwerer Körperverletzung nach § 226 Abs. 2 StGB verurteilen dürfen, wenn es ihn ausdrücklich auf die gegenüber der Anklage und dem Eröffnungsbeschuß – die nur von schwerer Körperverletzung nach § 226 Abs. 1 StGB ausgegangen waren – veränderten rechtlichen Gesichtspunkte hingewiesen hätte. Ein solcher rechtlicher Hinweis war jedoch erfolgt.

Der BGH bejaht einen Verstoß gegen Verfahrensrecht: Da es sich bei § 226 Abs. 2 StGB nicht um eine Strafzumessungsvorschrift, sondern einen Qualifikationsstatbestand handele, wäre ein ausdrücklicher Hinweis des Gericht erforderlich gewesen.

Der 1. Strafsenat weicht nun allerdings von der „normalen“ revisionsrechtlichen Vorgehensweise ab, denn er weist die Sache nicht zu neuer Entscheidung an das Tagericht zurück, sondern entscheidet selbst in der Sache. Mit Zustimmung des Generalbundesanwalts nimmt er gemäß § 154a Abs. 2 StPO hinsichtlich der absichtlichen schweren Körperverletzung eine Verfahrensbeschränkung vor und hebt in der Folge den Anspruch über die besondere Schuldschwere auf.

Der BGH begründet diese Vorgehensweise damit, daß eine Zurückverweisung vermieden werden sollte, und er deshalb in der Sache selbst entscheide, um Rechtskraft herbeiführen. Maßgeblich dafür seien Gedanken des Opferschutzes:

---

1 Vgl. dazu *Nack* in diesem Band, S. 40.

2 BGH 1 StR 286/01; ich folge in der Darstellung – auch wenn dies nicht als Zitat kenntlich gemacht wird – weitgehend den Formulierungen des Strafsenats und stütze mich dabei auf die elektronische Datensammlung „BGH-Nack“.

3 Was eine Aussetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe nach 15 Jahren Haft zur Bewährung i. d. R. unmöglich macht; § 57 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

„Insbesondere mit Rücksicht auf das in Fällen der vorliegenden Art bedeutsame Interesse des Opferschutzes (...) erscheint unter diesen Umständen angesichts der hohen Belastung des überlebenden, inzwischen 77 Jahre alten, psychisch und physisch mit Dauerfolgen schwer geschädigten Tatopfers durch Zeugenaussagen eine neue tatrichterliche Hauptverhandlung nicht mehr verantwortbar“<sup>4</sup>.

Die revisionsgerichtliche Behandlung des Falles durch den BGH wurde auf der Tagung allseits begrüßt<sup>5</sup>. Bei rechtsfehlerfreier Verfahrensweise des Schwurgerichts wäre zwar die Feststellung der besonderen Schwere der Schuld beim Angeklagten richtig gewesen – mit der Folge, daß er dann auch eine längere Strafe zu verbüßen gehabt hätte –, aber aus Opferschutzgesichtspunkten sei die vom BGH vorgenommene Verfahrensweise vorbildlich. Auch aus der Sicht der ehrenamtlichen Opferhilfe besätigte *Eppenstein*, daß hier völlig zu Recht in Kauf genommen worden sei, daß der „Täter die an sich gebrechte und verdiente Strafe“ nicht erhalten hätte. Im Interesse des Opferschutzes habe der staatliche Strafanspruch zurückzutreten<sup>6</sup>.

So erfreulich diese Eummütigkeit ist – gerade auf einer Tagung, bei der Vertreter aus verschiedenen Wissenschaftsdisziplinen mit divergenten Interessen zusammen kamen –: Ist sie auch berechtigt? Ziel des nachfolgenden Beitrags ist es, zu prüfen, ob der vom BGH gewählten Vorgehensweise, Opferschutz zu gewährleisten, im konkreten Fall zuzustimmen ist. Hierzu soll – entsprechend dem Leitmotiv, das über der Tagung stand – das Konzept der Verfahrensgerechtigkeit noch einmal näher betrachtet werden, allerdings unter einem etwas veränderten Blickwinkel, als dieser den übrigen Tagungsbeiträgen zugrunde lag, nämlich unter Betonung der Bedeutung der Form für das Verfahrensrecht. Dies macht es unvermeidbar, wenn auch für die Nicht-Juristen unter den Lesern möglicherweise etwas anstrengend, einzelne rechtliche Feinheiten des Revisionsrechts anzusprechen. Berücksichtigt werden sollen zusätzlich weitere BGH-Entscheidungen, mit denen Opferschutz bezweckt wurde. Am Ende sollen Antworten nicht nur auf die Frage gegeben werden, ob die Ausgangsentscheidung wirklich ein fraglos gelücktes Beispiel praktizierter Verfahrensgerechtigkeit darstellt, sondern weiter auch dazu, ob der Revisionsrechtsprechung zum Opferschutz uneingeschränkt zuzustimmen ist. Dies macht es erforderlich, auf einen weiteren für die Tagung wichtigen Gesichtspunkt einzugehen, nämlich den Gedanken des „Nullsummenspiels“; hiermit möchte ich beginnen.

## II. Nullsummen- und Nicht-Nullsummenspiele

Ziel der Tagung sollte es sein, durch den Gedanken der Verfahrensgerechtigkeit für Opfer und Beschuldigte neue Perspektiven zu eröffnen. Eine fruchtlose Konfrontation zwischen den „Lagern“, die entweder „auf Seiten“ des Opferschutzes oder auf derjenigen der Strafverteidigung stehen, sollte vermieden werden. Statt dessen sollte danach gefragt werden, ob sich Strafverfahren so gestalten lassen, daß diese sowohl von den mit

4 BGH aaO.

5 Ausdrücklich ging beispielsweise *Hofmann* auf den Fall ein; vgl. den Beitrag in diesem Band, S. 45.

6 In diesem Band, S. 260: „Indem man letztlich darauf verzichtet hat, die gerechte Strafe formal korrekt auszuurteilen, hat man vermieden, dass das Opfer die ganze Prozedur der erneuten Vernehmung wieder über sich ergehen lassen muss. Hier erweist sich, dass man auch im Strafverfahren möglicherweise Dinge unterlassen muss, um die Rehabilitation des Opfers nicht zu gefährden.“

gegenseitlichen Standpunkten versehenen Beteiligten als fair erlebt werden können und, worauf später noch näher einzugehen sein wird, auch „aus objektive Sicht“ als gerecht anzusehen sind. In diesem Zusammenhang ist – nicht nur in der Einladung zu der Tagung – auf den Gedanken des „Strafverfahrens als Nullsummenspiel“ abgestellt worden. Was sich hinter dem Begriff des Nullsummenspiels verbirgt, beschreibt der Kommunikationsforscher *Watzlawick* wie folgt<sup>7</sup>:

Aus der Sicht der mathematischen Spieltheorie lassen sich „Nullsummen-“ und „Nicht-Nullsummenspiele“ unterscheiden. Bei einem Nullsummenspiel – etwa beim Würfeln oder Wetten – entspricht der Gewinn des einen dem Verlust des anderen Spielers. Bei einem Nicht-Nullsummenspiel ist dagegen die Summe von Gewinn oder Verlust nicht Null. Bei einem Nicht-Nullsummenspiel können Koalitionen und Zusammenarbeit die beste Strategie für die Spieler sein, auch wenn diese nur auf ihren eigenen Vorteil bedacht sind.

Übertragen auf das Strafverfahren heißt das: Spieler wären hier auf der einen Seite die Opfer (und deren etwaige „Mitspieler“, z.B. Nebenklägervertreter) und auf der anderen die Beschuldigten (und deren mögliche „Mitspieler“, insbesondere Verteidiger). Zu suchen wäre nach Lösungen, die nicht zwangsläufig auf Kosten des jeweils anderen gehen, sondern gemeinsame Gewinne ermöglichen.

Nur kurz sei erwähnt, daß jedenfalls die Mehrzahl der Opferschutzmaßnahmen des Gesetzgebers, auch wenn ihre Verfasser regelmäßig das Gegenteil beteuern<sup>8</sup>, dem Muster der Nullsummenspiele folgen, insofern als der Ausbau der Rechtsstellung von Zeugen, Opfern und Verletzten – auf den die Gesetzgebungen zielen – mit einer faktischen Schlechterstellung der Rechtsposition des Angeklagten verbunden ist<sup>9</sup>: In dem Maß, in dem Verletzten prozessuale Chancen eingeräumt werden, sinken spiegelbildlich diejenigen des Beschuldigten<sup>10</sup>.

7 *Watzlawick*, Menschliche Kommunikation, 4. Aufl., 1974, S. 209 f., am Beispiel des sog. „Gefangenendilemmas“.

8 Verwiesen sei hier nur auf den Beschluß der *Bundesregierung* (Stand 6. April 2001): „Eckpunkte einer Reform des Strafverfahrens“, StV 2001, S. 314: „Ziel ist es, die Verfahren ohne Einbußen an Rechtsstaatlichkeit bei der Wahrheitsfindung auf die jeweils entscheidenden Fragen zu konzentrieren“. Ähnlich *Däubler-Gmelin*, die fordert, daß „im Interesse der Verbesserung des Strafverfahrens ... die Stellung der übrigen Verfahrensbeteiligten ohne Einbußen an Rechtsstaatlichkeit optimiert werden“; *Däubler-Gmelin*, Überlegungen zur Reform der Strafprozesse; StV 2001, S. 359 ff. (360).

9 Vgl. dazu *Fischer*, Empfehlen sich gesetzliche Änderungen, um Zeugen und andere nicht beschuldigte Personen im Strafprozeß besser vor Nachteilen zu bewahren? JZ 1998, S. 816 ff.; *Hassemer*, Im Zweifel für das Opfer? Die Zeit Nr. 19 vom 3. Mai 2001, S. 9; *Kempff*, Opferschutzgesetz und Strafverfahrensänderungsgesetz 1987. Gegenreform durch Teilgesetze, StV 1987, S. 215 ff.; *Krauß*, Opfer und Täter im Rechtsstaat, in: Friedrich Ebert Stiftung (Hrsg.), Im Zweifel gegen das Opfer, 2002, S. 25 ff.; *Salditt*, Eckpunkte – Streitfragen des partizipatorischen Strafprozesses, StV 2001, S. 311 ff.; *Seelmann*, Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht, JZ 1989, S. 670 ff.; *Schünemann*, Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, NSZ 1986, S. 194 ff.; ders., Der deutsche Strafprozeß im Spannungsfeld von Zeugenschutz und materieller Wahrheit; StV 1998, S. 391 ff.; von *Galen*, Stärkung der Verletztenrechte – Gefahr für den rechtsstaatlichen Strafprozess oder grundrechtlich gebotene Emanzipation? www.strafverteidiger-berlin.de/forum/RefGalen.htm; *Maefjert*, Der Richter und sein Zeuge; www.strafverteidiger-berlin.de/forum/RefMaefjert.htm.

10 Ein Mißverständnis wäre es allerdings, wenn man dieser Formulierung entnehmen würde, daß die Strafprozessordnung von einem „Gegenüber“ von Beschuldigten und Verletzten ausginge. Das Gegenteil ist der Fall. Parteelemente kennt die StPO bezogen auf Staatsanwaltschaft und Verteidigung,

Bevor ein endgültiges Urteil über die Richtigkeit der Entscheidung des Falles durch den BGH abgegeben wird, soll die Perspektive erweitert werden. Zu fragen ist zum einen, ob die individuelle Zufriedenheit mit einem Urteil – verstanden als subjektiv empfundene Fairneß – der einzig relevante Maßstab zur Beurteilung der Richtigkeit des Ergebnisses ist. Diese Frage führt dazu, das Konzept der Verfahrensgerechtigkeit noch einmal näher zu betrachten (nachfolgend unter III). Zum anderen: Durfte das Revisionsgericht von *Rechts wegen* überhaupt in der gewählten Weise entscheiden? Erlaubt das Verfahrensbrech eine solche Vorgehensweise? Diese zweite Frage wird Anlaß geben, sich mit bestimmten Entwicklungslinien der Revisionsrechtsprechung näher zu befassen (unter IV).

### III. Verfahrensgerechtigkeit: Der Mehrwert von Fairneß und der Eigenwert der Form

Die vornehmlich von amerikanischen Forschern betriebene procedural justice-Forschung hat den „Mehrwert“ des Verfahrens<sup>11</sup> für die Gerechtigkeitsbeurteilungen der Betroffenen herausgestellt: Nicht das Verfahrensergebnis als solches („distributive Gerechtigkeit“) bilde den Gradmesser dafür, ob die Parteien das Verfahren als fair einschätzen und inwieweit sie mit seinem Ergebnis zufrieden sind, entscheidend seien vielmehr subjektive Faktoren:

„Die Parteien empfinden ein Verfahren dann als fair und sind mit seinem Ergebnis zufrieden, wenn bestimmte, für sie wichtige *Verfahrensstandards* eingehalten werden und der Ausgang des Verfahrens in etwa dem entspricht, was sie in ihrer subjektiven Vorstellung *erwartet* haben. Mit anderen Worten: Auch Verlierer können mit dem Verfahrensergebnis zufrieden sein, wenn sie das Verfahren selbst als fair empfinden“<sup>12</sup>.

Dabei wurde aber schon in dem Einleitungsreferat von *Bora* deutlich, daß die procedural justice-Forschung<sup>13</sup>, die allein auf die subjektiv erlebte Fairneß des Verfahrens abstellt, konzeptuelle Schwächen aufweist. Man könnte es auch anders formulieren: Diese Forschungsrichtung konzentriert sich nur auf einen Teil der möglichen Perspektiven von Verfahrensgerechtigkeit.

*Röhl* hat in seiner grundlegenden Untersuchung darauf hingewiesen, daß sich verschiedene Dimensionen der Verfahrensgerechtigkeit unterscheiden lassen<sup>14</sup>: Der Topos „Verfahrensgerechtigkeit“ halte nämlich ein ganzes Themenfeld zusammen. Man könne juristische Verfahrenslehren, sozialpsychologische, soziologische und normativ-philosophische Ansätze unterscheiden. Sie würden auf unterschiedlichen Ebenen ansetzen (zwischen Makro- und Mikroebene); deshalb sei es wichtig, aus allen Perspektiven zwei-

sowie Neben- und Privatklage. Aber Zeugen sind im Sinne des Prozeßrechts Beweismittel. Sie sollen kein „kontradiktorisches Potential“ entfalten. Deshalb ist auch der Ruf nach „Waffengleichheit“ zwischen Opferzeugen und Beschuldigten für unseren Strafprozeß gänzlich unpassend.

11 Begriff stammt von *Röhl*, Verfahrensgerechtigkeit (Procedural Justice). Einführung in den Themenbereich und Überblick; Zeitschrift für Rechtspsychologie 1993, S. 1 ff. Vgl. zu dieser Forschungsrichtung die Beiträge von *Bora* und *Machura* in diesem Band.

12 *Grotwald*, Der Beitrag der psychologischen Verfahrensforschung für die Ziviljustiz – Einige Fragen und Antworten, 1995, S. 73 ff. (79).

13 Vgl. *Boras Auseinandersetzung mit dem Group value model*, in diesem Tagungsband, S. 21.

14 *Röhl*, aaO., S. 5.

schen einerseits objektiver und subjektiver sowie andererseits interner und externer Verfahrensgerechtigkeit zu unterscheiden.

Die procedural justice-Forschung konzentrierte sich auf den subjektiv-internen Aspekt des Verfahrens; ihr gehe es in erster Linie um die individuell abgefragte Einschätzung des Verfahrens durch Beteiligte und Beobachter. Sowohl die externe (gemeint ist damit, ob die Verfahrensgerechtigkeit mit der „dienenden Funktion“ des Verfahrens korrespondiere<sup>15</sup> – eine Überlegung, die für den vorliegenden Beitrag vernachlässigt werden darf) als auch die objektive Dimension von Verfahrensgerechtigkeit treten dahinter zurück. Die objektive Dimension frage nicht nach subjektiver Zufriedenheit, sondern beziehe das Verfahren danach, ob es zur Wahrheitsfindung beitrage (externe Perspektive, die nachfolgend unberücksichtigt bleiben darf) bzw. ob die bei der konkreten Entscheidung zur Anwendung kommenden Regeln den normativ verbindlichen Standards entsprechen. Auf letzteres – die intern-objektive Dimension von Verfahrensgerechtigkeit – kommt es mir an. Auch wenn die damit verbundenen Fragen hier nicht umfassend behandelt werden können, sollen sie doch schlaglichtartig aus der Sicht der Prozeßrechtswissenschaft und der Rechtstheorie beleuchtet werden<sup>16</sup>.

#### 1. Verfahrensgerechtigkeit und Prozeßrechtswissenschaft

Die Juristen des 19. Jahrhunderts haben in eindrücklicher Weise die **Bedeutung der Form** für die Wahrung der **Freiheit** herausgestellt. Unnachahmlich und viel zitiert<sup>17</sup> hat von *Ihering* formuliert:

„Die Blüthezeit der Freiheit ist zugleich die Periode der peinlichsten Strenge in der Form ... Die Freiheit ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit ... Feste Formen ... – sie lassen sich nur brechen, nicht biegen – und wo ein Volk sich wahrhaft auf den Dienst der Freiheit verstand, da hat es instinctiv auch den Werth der Form herausgefühlt und geahnt, daß es in seinen Formen nicht etwas rein Äußerliches besitze und festhalte, sondern das Palladium seiner Freiheit“<sup>18</sup>.

Schon bei von *Ihering* klingt an, daß die Einhaltung der Form überdies auch **vor Willkür schützt**. In seinem Vortrag zur „Rechtsstaatsmündigkeit“<sup>19</sup> beschreibt *Stefan König* eine Befindlichkeit, die er täglich als Strafverteidiger bei Kollegen, bei Richtern und Staatsanwälten sowie in der Haltung der Öffentlichkeit zur Strafjustiz wahrnehme:

15 Sie sei gewährleistet, soweit das Verfahren geeignet wäre, distributive Gerechtigkeit herbeizuführen; *Röhl* aaO., S. 6.

16 In gleicher Weise liebe sich auch das Konzept der Formalisierung der sozialen Kontrolle, wie *Hassmer* es geprägt hat, heranziehen, um die Bedeutung der Form (der „Formalisierung“) für die interne objektive Verfahrensgerechtigkeit herauszutreten; vgl. *Hassmer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., 1990, S. 320 f.

17 Besonders empfehlenswert zum Nachlesen: *Jungfer*, Zurück zur Form; in: FS für Friebertshäuser, 1997, S. 21 ff.

18 von *Ihering*, Der Geist des Römischen Rechtes; 1898, Teil 2, Abtheilung 2, § 45, S. 47 f.; hier zitiert nach dem Reprint der 5. Aufl. 1998 (bei *Jungfer*, Strafverteidigung und Rechtskultur, AnwBl 1992, S. 510 (513)).

19 *König*, Rechtsstaatsmündigkeit? StV 2001, S. 471 ff.

„Es scheint mir, es habe sich ein Mehltau des Desinteresses für rechtsstaatliche Formlichkeiten über das Strafverfahren gelegt. Permanentes Krisenmanagement, business as usual dominieren“<sup>20</sup>.

Er schließt seinen Vortrag in der Hoffnung, daß zukünftig das „Haupt des Gesetzgebers mit einem Öltropfen defensorischer Tendenz gesalbt“ sein möge, und er versteht darunter, „daß die Vorstellungen der Anwaltschaft von Partizipation und Kommunikation und von der Notwendigkeit ihrer Formalisierung, damit ‚der gute Wille Gestalt gewinnen kann‘ (*Zachariä*) in die Reformüberlegungen des BMJ einfließen“<sup>21</sup>. Halten wir fest, da es sich nicht klarer formulieren läßt: Die Form dient also auch dazu, daß der **gute Wille Gestalt** annehmen kann. Auch wenn wir gestrotzt davon ausgehen dürfen, daß der Gesetzgeber und daß Justizpraktiker (überhaupt alle) nur das Beste wollen, garantiert der dahinter stehende gute Wille eben noch lange nicht eine gerechte – verfahrensgerechte – Entscheidung. Erst die Einhaltung der Form schließt willkürliche – prozedural unrichtig entstandene – Urteile aus.

## 2. *Verfahrensgerechtigkeit, Rechts- und Erkenntnistheorie*

Diese prozeßrechtliche Einsicht läßt sich auch rechtstheoretisch<sup>22</sup> untermauern. *Ulfried Neumann* unterscheidet verschiedene Formen der materialen und prozeduralen Gerechtigkeit im Strafverfahren. Nach einem Gerechtigkeitsmodell habe das Verfahren diejenige Funktion für die Findung einer wahren und gerechten Entscheidung; dieses Modell entspricht sicherlich dem Verfahrensbild der breiten Bevölkerung, aber nicht vollständig dem geltenden Prozeßrecht<sup>23</sup>. Das Gegenmodell wird von *Neumann* unter der Überschrift vom „Prozeß als Spiel“ entwickelt<sup>24</sup>. Hier hat das Verfahrensrecht keine dienende Funktion, sonder die Einhaltung der Regeln erfolgt um ihrer selbst willen. Er deutet Verfahrensregeln als **Spielregeln**. Der Prozeß bilde einen eigenen Raum, in dem nicht die Regeln der üblichen sozialen Welt gelten würden, sondern eigene Spielregeln. Zum prozessualen Raum gehöre nur, was für den „Spielstand“ im Verfahren Bedeutung habe:

„Fairneßregeln, die sich auf die Möglichkeit beziehen, diesen Spielstand zu beeinflussen, möchte ich als Regeln der prozeduralen Gerechtigkeit im engeren Sinne bezeichnen“<sup>25</sup>.

Auf der Grundlage des Spielmodells werden Gerechtigkeit und Wahrheit also rein prozedural verstanden. Ein solches Verständnis ist mit dem Modell unseres Strafprozesses gut vereinbar. An anderer Stelle wurde ausgeführt, daß die Strafprozeßordnung eine *forensische* Wahrheit anstrebe: „eine Wahrheit, die sich auf die unmittelbar und mündlich

<sup>20</sup> *König* aaO., S. 472.

<sup>21</sup> *König* aaO., S. 477; nur am Rande: Das Zitat stammt mit diesem Wortlaut in Wahrheit nicht von *Zachariä*. Aber es ist so schön, daß es in dieser Form trotzdem wiedergegeben werden soll.

<sup>22</sup> Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit vertieft aus rechtsphilosophischer und -theoretischer Sicht *A. Kaufmann*, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: Kaufmann/Hassemer (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 6. Aufl., 1994, S. 30 ff. (166 ff.); *ders.*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 1989.

<sup>23</sup> Wie sich schon an den Beweisverböten zeigt, die tendenziell die Findung materieller Wahrheit beeinträchtigen.

<sup>24</sup> *Neumann*, Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren, ZStW 1989, S. 52 ff (67).

<sup>25</sup> *Neumann*, aaO., S. 67.

erlebte Hauptverhandlung bezieht und deren Erkenntnisinteressen durch das Strafrechtsprogramm (die *rechtlich* relevanten Gesichtspunkte) gefiltert sind (= *rechtlich* bedingte Reduktion von Komplexität)<sup>26</sup>. Das Strafverfahren kann und muß damit leben, daß es mehr als nur eine Wahrheit und daß es divergente Wirklichkeitsauffassungen gibt. Das bedeutet allerdings alles andere als eine Entlastung der Rechtsprechung vom subjektiven Streben nach Wahrheit und Gerechtigkeit. Es ist genau umgekehrt: Die Aufklärungspflicht fordert die „Intention auf Wahrheit“. Das Strafprozeßrecht ist insofern „menschlich“ und „bescheiden“, als es keine erkenntnistheoretisch unerfüllbaren Ansprüche stellt, sondern die Überzeugung des Gerichts für ausreichend hält<sup>27</sup>. Das prozedurale Gerechtigkeitsmodell paßt aber nicht nur zum geltenden Strafprozeß, sondern ist auch mit modernen Erkenntnis- und Gesellschaftstheorien<sup>28</sup> gut vereinbar.

## 3. *Vom Eigenwert der Form für die prozedurale Gerechtigkeit*

Halten wir fest: Das Strafverfahren wird durch seine Form (rechtliche Verfahrensvorschriften) geprägt. Nicht nur dem Verfahren, sondern auch der Form kommt in diesem Sinn ein „Eigenwert“ zu. Die Formen sind ein Teil der Spielregeln, nach denen Menschen in konkreten Interaktionen im Gerichtssaal Wirklichkeit herstellen. Diese Spielregeln geben den Akteuren Orientierung; sie konkretisieren zugleich die Möglichkeiten, Einfluß auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens zu nehmen. In einer sozialen Welt, in der die Ergebnisse von Kommunikationen prinzipiell „offen“ und „prekär“ sind, in der die Wirklichkeit durch Interaktionen der Beteiligten hergestellt wird (auch durch Zuschreibungsprozesse und Attributionen), liefert die gesetzlich vorgeschriebene Form einen Beitrag zur Justierung des Archimedischen Punktes für die Konstituierung und Entscheidung des Strafrechtsfalles. Die grundsätzliche Offenheit der Wirklichkeitskonstruktionen wird so rechtlich gefiltert und reduziert. Ohne strikte Einhaltung von Formen verliert der Strafprozeß seine Orientierungspunkte. Formverlust geht einher mit dem Bruch von Spielregeln, beeinträchtigt die Fairneß des Verfahrens und führt insofern zu prozedural ungerechten Ergebnissen.

## IV. **Revisionsrechtsprechung: schützende Formen und Opferschutz**

### 1. *Bedeutungsverlust der prozeduralen Gerechtigkeit in der Revisionsrechtsprechung*

Bekanntlich ist das Revisionsrecht durch strenge Form- und Fristvorschriften geprägt<sup>29</sup>. Mit der Revision können nur Rechtsfehler (also grundsätzlich keine tatsächlichen Fragen) gerügt werden. Die Wahrung der Form spielt – wie insbesondere die absoluten Revisionsgründe (§ 338 StPO) zeigen – von Gesetzes wegen eine herausgehobene Rolle. Man könnte deshalb meinen, daß die Bedeutung prozeduraler Gerechtigkeit und Sensi-

<sup>26</sup> *Barton*, Fragwürdigkeiten des Zeugenbeweises. Aussagepsychologische Erkenntnisse und strafverfahrensrechtliche Konsequenzen; in: *ders.* (Hrsg.), Redlich aber falsch. Die Fragwürdigkeit des Zeugenbeweises, 1995, S. 23 ff. (45).

<sup>27</sup> *Barton* aaO.

<sup>28</sup> Vgl. dazu *Barton*, aaO., S. 26 ff.; das gilt etwa für die *Habermasche* Gesellschaftstheorie und die dahinter stehende „Korrespondenztheorie“ der Wahrheit wie insbesondere auch für die interpretativen Erkenntnistheorien, namentlich den „radikalen Konstruktivismus“.

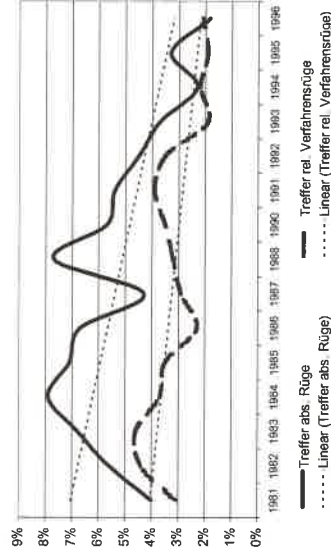
<sup>29</sup> *Dahs/Dahs*, Die Revision im Strafprozeß, 5. Aufl. 1993, Rdnr. 2.

bilität für die Wahrung der Form gerade in der praktizierten Revisionsrechtsprechung besonderes stark ausgeprägt ist.

Diese Hochschätzung der Form ist in der Praxis der Revisionssenate allerdings schon seit langem auf dem Rückzug.

Zwei Entwicklungen – die nur auf den ersten Blick widersprüchlich erscheinen – lassen sich in der Praxis feststellen: Auf der einen Seite erhöhen die Revisionssenate die Anforderungen an Formlichkeiten bei dem Vortrag von Revisionsrügen; das betrifft, um nur ein Beispiel zu nennen, etwa das Vorbringen sog. „Negativtatsachen“<sup>30</sup>. Dies führt dazu, daß Revisionsrügen, die ansonsten erfolgreich sein könnten, als unzulässig behandelt werden. Schon vor längerer Zeit wurde dieses Vorgehen von *Eb. Schmidt* treffend im Zusammenhang mit „Abblocken von Verteidigungsvorbringen“<sup>31</sup> behandelt. Auf der anderen Seite läßt sich ein auffälliger Rückgang erfolgreicher Verfahrensrügen feststellen, wie die nachfolgende Grafik demonstriert:

Grafik 1: Trefferquoten von Verfahrensrügen (Zeitreihe)<sup>32</sup>



Es nehmen sowohl die Quoten der Treffer (das sind die tragenden Aufhebungsgründe) bei absoluten Revisionsgründen (§ 338 StPO) als auch bei sonstigen Rügen der Verletzung von Verfahrensrecht („relative“ Verfahrensrügen) ab. Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß dieser Rückgang nicht nur relativ ist, sondern daß die erfolgreichen Verfahrensrügen auch absolut rückläufig sind. Absolute Revisionsgründe führen beispielsweise pro Jahr bei insgesamt etwa 4000 Revisionen zu durchschnittlich weniger als neun Aufhebungen<sup>33</sup> (in den letzten Jahren weiter zurückgehend). Überhaupt läßt sich bei den Entscheidungskriterien des BGH ein Bedeutungsverlust von Rechtsformlichkeiten verzeichnen. Formstrenges Recht wird allenthalben durch dehnbares „soft law“ ersetzt<sup>34</sup>.

30 Vgl. dazu nur die Beispiele bei *Weider*, Sinkende Verfahrenskontrolle und steigende Rügeanforderungen im Revisionsverfahren, *StraFo* 2000, S. 328 ff.

31 *Peters*, Justizgewährungspflicht und Abblocken von Verteidigungsvorbringen; in: FS für Dünnebler, 1982, S. 53 ff. (63).

32 *Barton*, Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen, 1999, S. 148, Grafik 64.

33 *Nack*, Aufhebungspraxis der Strafsenate des BGH, *NSiZ* 1997, S. 153 ff. (158), Grafik 18, bezogen auf die Jahre 1992 bis 1995.

34 *Barton*, aaO., S. 276 f.

Sowohl der statistisch meßbare Rückgang der Bedeutung von Verfahrensrecht bei Urteilsaufhebungen als auch der erstgenannte Befund des „Abblockens von Verteidigungsvorbringen“ durch überzogene Anforderungen an den Vortrag von Revisionsrügen belegen die Behauptung des Rückgangs prozeduraler Gerechtigkeit in der Revisionsrechtsprechung. Bei dem statistischen Befund bedarf dies – da der Bedeutungsverlust hier geradezu quantitativ meßbar wird – keiner weiteren Begründung. Aber auch die „Überstrapazierung“ von § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO trägt nicht zur Wahrung prozeduraler Gerechtigkeit bei, sondern führt zu deren Gegenteil, weil hier die Form nicht um ihrer selbst willen, sondern im Interesse materialer Gerechtigkeit herangezogen wird: Wenn „übertriebene Rügeforderungen“<sup>35</sup> aufgestellt werden, wird in Wahrheit die Form nur instrumentalisiert.

Was zeichnet nun materiale Gerechtigkeitsvorstellungen von Bundesrichtern inhaltlich aus? Ein ehemaliger Vorsitzender eines Strafsenats des BGH hat es einmal so auf den Punkt gebracht: „Goldrichtige Urteile“ verdienen keine Aufhebung<sup>36</sup>. An anderer Stelle wurden die Kriterien „goldrichtiger Urteile“ und damit zusammenhängenden Inhalte der materialen Gerechtigkeitsvorstellungen von Bundesrichtern unter dem Stichwort „apokrypher Entscheidungskriterien“ differenziert behandelt<sup>37</sup>. Es sind dies u.a. Tat- und Täterstereotype (tatrichterlich geprägte Leitbilder), kompensatorische und media-torische Erwägungen, gerichtsorganisatorische Zusammenhänge und personenspezifische Erwartungen und schließlich folgenreichere, ethisch-moralische sowie generalpräventive Gesichtspunkte<sup>38</sup>.

Ein wichtiges Instrument zur Durchsetzung materialer Gerechtigkeitskonzepte stellt dabei – wie im Ausgangsfall – die eigene Sachentscheidung durch das Revisionsgericht dar. Das sog. „Durchentscheiden“ führt dazu, daß der Senat die Entscheidung inhaltlich selbst trifft und nicht den Tatrichter – nach Zurückverweisung – das Urteil sprechen läßt. Die eigene Sachentscheidung hat in den letzten Jahren auch statistisch gesehen erheblich an Bedeutung zugenommen.

Bei der Mehrzahl der eigenen Sachentscheidungen handelt es sich dabei um solche, die keine gesetzlich kodifizierte Grundlage aufweisen, sondern aufgrund einer richterrechtlich geprägten sog. „analogen Anwendung“ von § 354 Abs. 1 StPO erfolgen. *Thomas Schwarz* hat dabei aufgrund eigener umfassender empirischer Untersuchungen herausgearbeitet, daß durch die eigene Sachentscheidung „praktisch alle nur denkbaren Kons-tellationen erfaßt“ werden, dem BGH so der Zugriff auf eigene Strafzumessungs-entscheidungen im Sinne eines „prozessualen Gestaltungsinstrumentis“ ermöglicht wird, und er sich damit als „faktischer Gesetzgeber“ erweist<sup>39</sup>. Neben anderen Instrumenten der Revisionsrechtsprechung (insbesondere der begründungslosen Verwerfung gemäß § 349 Abs. 2 StPO) ist die eigene Sachentscheidung die Gestaltungsform, die besonders geeignet ist, materiale Gerechtigkeitskriterien zu verwirklichen.

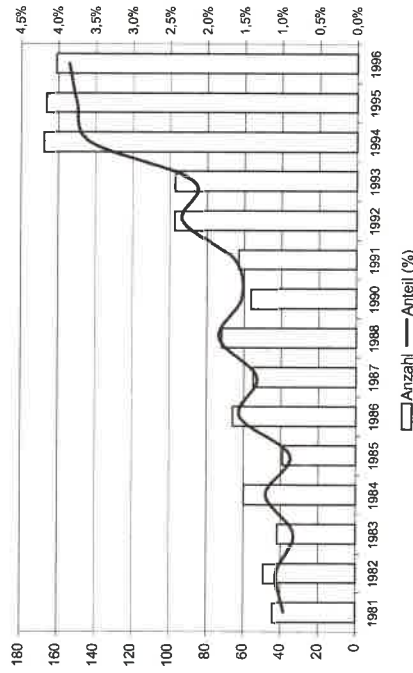
35 Hiervon spricht auch der Vorsitzende Richter des 3. Strafsenats des BGH bezogen auf einzelne Beispielen; *Kützer*, Sinkende Verfahrenskontrolle und steigende Rügeanforderungen im Revisionsverfahren; *StraFo* 2000, S. 325 (327).

36 *Barton*, Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen, 1999, S. 261.

37 *Barton*, aaO., S. 261 ff.

38 Im einzelnen dazu *Barton*, aaO.

39 *Schwarz*, Die eigene Sachentscheidung des BGH in Strafsachen (§ 354 Abs. 1 StPO), 2002, S. 152 ff.

Grafik 2: Häufigkeit eigener Sachentscheidungen (Zeitreihe)<sup>40</sup>

An dieser Stelle ist es mir ein wichtiges Anliegen, ausdrücklich zu betonen, daß Bundesrichtern damit keinesfalls manipulative Tendenzen unterstellt werden. Ganz im Gegenteil: Ich bin mir sicher, daß BGH-Richter stets nach bestem Wissen und Gewissen entscheiden, sich ihre Arbeit alles andere als leicht machen, und danach streben, Gerechtigkeit bestmöglich zu verwirklichen. Das gelingt ihnen sicherlich auch in den meisten Fällen. Bezugnehmend auf das *Zachariä-Zitat*<sup>41</sup> sei aber noch einmal an den Eigenwert der prozeduralen Gerechtigkeit und den Mehrwert der Form erinnert: Damit der gute Wille auch wirklich Gestalt gewinnen kann, bedarf es der „peinlichsten“ Wahrung der Form. Materiale Gerechtigkeitskriterien dürfen nicht an die Stelle prozeduraler treten.

## 2. Opferschutz

Eine wichtige Rolle innerhalb der materialen Gerechtigkeit spielt aus Richtersicht ganz sicher der Opferschutz. Das gilt nicht nur für die „offizielle“ Begründung von Entscheidungen, sondern mindestens in gleichem Maß auch für die „inoffizielle“ Herleitung von Entscheidungen. Soweit dies weder Beschuldigteninteressen berührt noch die Form verletzt, sind solche Tendenzen der Revisionsrechtsprechung zu begrüßen. Fraglich ist aber, ob sich wirklich alle BGH-Entscheidungen als „Nicht-Nullsummenspiele“ erweisen.

Betrachten wir dazu die veröffentlichte Revisionsrechtsprechung und fragen wir, wann sie ausdrücklich auf Opferschutz abstellt. Wir werden dann feststellen, daß es nicht nur Konstellationen wie im Ausgangsfall („zerdrücktes Auge“) gibt, sondern auch solche, in denen der Gedanke des Opferschutzes gegen die Förmlichkeiten des Verfahrens gewendet wird. Das ist etwa in BGH 5 StR 543/99 der Fall<sup>42</sup>. Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

<sup>40</sup> Barton, 1999, S. 224, Grafik 90.

<sup>41</sup> Genauer: das vermeintliche Zitat, vgl. oben Fußnote 21.

<sup>42</sup> StV 2000, 240 (hier zitiert nach der elektronischen Datei „BGH Nack“).

Der Angeklagte war wegen sexuellen Mißbrauchs (§ 176 StGB) zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt worden. Hiergegen hatte er Revision eingelegt und diese mit Verfahrensrechtsfehlern begründet. Er hatte dabei in dreifacher Hinsicht die Verletzung des absoluten Revisionsgrundes von § 338 Nr. 5 StPO gerügt, nämlich einzelne behauptete Rechtsfehler, die im Zusammenhang mit seinem Ausschluss aus dem Verfahren (§ 247 StPO) standen. Der 5. Strafsenat befand bei allen drei Rügen, daß der Revisionsführer den gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO erforderlichen Vortrag nicht geleistet hätte und dies die Rügen unzulässig mache. Das gelte auch für die dritte Rüge, in welcher der Beschwerdeführer bemängelte, daß die Verhandlung über die Entlassung des kindlichen Zeugen zu Unrecht in Abwesenheit des Angeklagten erfolgt sei. Auch diese Rüge hält der Senat für unzulässig, führt dazu aber weiter ergänzend aus, daß er diese auch – unternimmt, die Rüge wäre zulässig erhoben worden – in der Sache für unbegründet halte. Damit stellt sich der Senat gegen eine gefestigte Rechtsprechung<sup>43</sup>, wonach die Revision begründet sei, wenn der Angeklagte nicht zur Verhandlung über die Verteidigung wieder zugezogen wurde oder wenn – wie hier – über die Entlassung des Zeugen in seiner Abwesenheit verhandelt wurde. Der Senat begründet seine Auffassung damit, daß es sich bei dem Vorgang der Entlassung des Zeugen nicht um einen wesentlichen Teil der Hauptverhandlung handele<sup>44</sup>, denn dieser Vorgang habe eher „organisatorischen Charakter“<sup>45</sup>. Bedeutsam für unser Thema ist die weitere argumentative Einkleidung der vorgenommenen Gesetzesinterpretation. Der Senat führt hier aus:

„Allein diese Auslegung des Verfahrensrechts erscheint dem Senat angemessen als Lösung von Fällen der vorliegenden Art im Revisionsverfahren, die regelmäßig im Spannungsfeld zwischen gebotener Wahrung aktiver Mitwirkungsbefugnisse des Angeklagten einerseits sowie Zeugen- und Opferschutz im Strafverfahren andererseits stehen“, BGH StV 2000, S. 240 (241).

Der 5. Strafsenat des BGH zieht hier also explizit den Opferschutzgedanken heran, um eine restriktive Interpretation des Verfahrensrechts vorzunehmen. Er folgt damit seinem Senatsmitglied *Basdorf*:

„Der gleichwohl bestehende Wunsch nach einem Umdenken in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs orientiert sich am Opfer- und Zeugenschutz, auf dessen Belange die Strafrechtspflege in neuerer Zeit sensibler achtet: Der Bereich möglicher Anwendung des § 247 StPO erfaßt weitgehend Fälle, in denen die Vernehmung für den Zeugen, oft zugleich das Opfer der Straftat, besonders quälend ist. In solchen Fällen besteht aber ein gewichtiges Anliegen, über die Vermeidbarkeit von – sonst, insbesondere sachlichrechtlich nicht veranlaßten – Urteilsaufhe-

<sup>43</sup> BGH StV 2000, 239 spricht jedenfalls von einer solchen gefestigten Rechtsprechung.

<sup>44</sup> Nur am Rande: Schon das Abstellen auf die Frage, ob es sich um einen wesentlichen Teil der Hauptverhandlung handele, führt zu einer verfehlten Zurückdrängung der Bedeutung des geschriebenen Verfahrensrechts, da das Gesetz das Vorliegen eines Verstoßes gegen § 338 Nr. 5 nicht davon abhängig macht, ob sich ein Verstoß während eines wesentlichen oder unwesentlichen Teils der Hauptverhandlung ereignete; vgl. zu diesen restriktiven Tendenzen der Revisionsrechtsprechung bei der Auslegung der absoluten Revisionsgründe *Mehle*, *Einschränkende Tendenzen im Bereich der absoluten Revisionsgründe* (§ 338 StPO), Diss. jur. Bonn, 1981, S. 44 ff.

<sup>45</sup> Aus der Sicht der überwiegenden Kommentarliteratur ist dem Senat bei dieser Einschätzung nicht zuzustimmen; vgl. nur LR-*Gollwitzer* § 247 Rdnr. 53 mit Rechtsprechungsnachweis in Fußnote 141; KK-*Diemer*, § 247 Rdnr. 16 und Kleinknecht/*Meyer-Goffner* § 247 Rdnr. 19.

bungen, die zumeist eine Wiederholung jener Qual zur Folge haben werden, kritisch nachzudenken. Selbstverständlich dürfen auch in diesen Bereichen die rechtsstaatlichen Garantien für den Angeklagten nicht geschmälert werden. Deren Auswirkung sorgfältig zu überprüfen, besteht aber angesichts ebenfalls gewichtiger gegenläufiger Interessen besonderer Anlaß.<sup>46</sup>

Hierbei handelt es sich zweifellos um ein Nullsummenspiel: Schützende Formen (prozedurale Gerechtigkeit) werden gegen Opferschutzinteressen ausgespielt. Die Interessen des Beschuldigten an Wahrung der Form und an Geltung absoluter Revisionsgründe werden als weniger schutzwürdig angesehen als die des Opfers.

Der 2. Strafsenat sieht dagegen keine Veranlassung, von der gefestigten Rechtsprechung abzuweichen. Er würde hier nach wie vor einen revisiblen Rechtsfehler annehmen. Lakonisch stellt der Senat fest: „Der Gedanke des Zeugen- und Opferschutzes steht dieser Rechtsprechung und ihrer Beachtung durch den Tatrichter nicht entgegen.“<sup>47</sup> Aus dem Gesichtspunkt prozeduraler Gerechtigkeit ist nicht nur der Interpretation des 5. Strafsenats zu widersprechen, sondern kann auch die entgegengesetzte Stellungnahme des 2. Senats inhaltlich begründet werden: Die „Spielregeln“ werden in den zugrundeliegenden Fällen durch das Tatgericht verletzt – bei der Verfahrensweise des 5. Strafsenats auch durch das Revisionsgericht: § 247 Satz 1 StPO gestattet nur die Entfernung des Angeklagten „während einer Vernehmung“. Dazu gehören nach dem Wortlaut wie nach der gefestigten Rechtsprechung weder andere Beweisvorgänge noch die Verhandlungen über die Vereidigung oder die Entlassung des Zeugen. Die Entlassung des Zeugen in Abwesenheit begründet also einen tatrichterlichen Verstoß gegen § 247 Satz 1 StPO; das Revisionsgericht hat in diesem Fall keinen Entscheidungsspielraum. Da es sich um einen absoluten Revisionsgrund handelt, bei dem unwiderlegbar vermutet wird, daß das Urteil auf diesem Fehler beruht, hat es dieses aufzuheben und die Sache zu erneuter Entscheidung an das Tatgericht zurückzuverweisen.

## V. Wert der Verfahrensgerechtigkeit für den Opferschutz

Zurück zum Ausgangsfall und den daran anknüpfenden Fragen: Die Behandlung der Revision durch den BGH erweist sich bezogen auf die zwei „Spiele“ Verurteilter und Nebenkläger als ein gelungenes Nicht-Nullsummenspiel. Beide dürften mit der Entscheidung höchst zufrieden sein: Der Angeklagte hatte den gewünschten Revisionserfolg (die Feststellung der Schwere der Schuld ist entfallen); der betagte Nebenkläger muß nicht noch einmal als Zeuge in einem Prozeß auftreten. Aber auch aus der Sicht der „intern-objektiven“ Verfahrensgerechtigkeit gibt es an der Erledigung des Falles durch den BGH nichts zu kritisieren. Die eigene Sachentscheidung verstößt nicht gegen Verfahrensrrecht.

In anderen Fällen wird in der Revisionsrechtsprechung dagegen der Opferschutz gegen schützende Formen ausgespielt; man kann also dem BGH nicht bescheinigen, daß seine Entscheidungen stets zu Nicht-Nullsummenspielen führen. Überhaupt muß den Tendenzen der Revisionsgerichte widersprochen werden, die Garantien prozeduraler Gerechtigkeit zugunsten materieller Richtigkeit der Entscheidungen zurückzustellen.

46 *Basdorf*, Reformbedürftigkeit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 247 StPO, in: FS für Salger, 1995, S. 203 ff. (205).

47 BGH StV 2000, 239.

Abschließend sollen vier Thesen vorgestellt werden:

- Ein weiterer Ausbau der Opferorientierung im Strafverfahren (sei es durch gesetzgeberische oder durch praktische Maßnahmen) in der Form von „Nullsummenspielen“ muß zu rechtlichen Widersprüchen führen, die sich auch in der Praxis dysfunktional auszuwirken drohen. Eine solche Entwicklung würde zudem Einbußen an rechtsstaatlichen Garantien mit sich bringen.
- Die Betonung materieller auf Kosten der prozeduralen Gerechtigkeit in der Rechtspraxis führt zu einem Verlust an Berechenbarkeit der Revisionsrechtsprechung. Die Revisionsgerichte müssen, um ihrer Aufgabe, Orientierung zu geben, gerecht zu werden, wieder „zurück zur Form“<sup>48</sup> finden.
- Die Konzepte der Verfahrensgerechtigkeit (unter Einschluß derjenigen, welche die „objektiv-interne“ Dimension der Verfahrensgerechtigkeit betreffen) können neue Perspektiven für die Gesetzgebung, Wissenschaft und Praxis eröffnen.
- Auch für Zeugen und Opfer im Strafverfahren stellt prozedurale Gerechtigkeit einen Eigenwert dar: Ohne klare Formen und deren „peinlichste“ Wahrung durch die Gerichte werden weder Beschuldigte noch Opfer Rechtsfrieden finden können.

48 Vgl. *Jungfer*, aaO. (Fußnote 17).