

2. „Absolut bestimmte Strafe“ (§ 354 Abs. 1 Alt. 3 StPO).....	246
a) Lebenslange Freiheitsstrafe als „absolut bestimmte Strafe“?	246
aa) Die ältere Literatur und Rechtsprechung.....	247
bb) Die neuere Literatur und Rechtsprechung.....	249
cc) Stellungnahme	250
(1) Die erste Phase der Relativierung.....	250
(2) Die zweite Phase der Relativierung.....	251
(a) BGHSt 30, 105 (105 ff.).....	251
(b) Die Einführung des § 57 a StGB	253
(3) Die dritte Phase der Relativierung.....	254
(4) Synopse.....	256
(a) Dynamisierung und Flexibilisierung von Straftatbestand und Rechtsfolge.....	257
(b) Probleme der Entscheidungsvermittlung	259
(5) Revisibilität und Sachentscheidung im Rahmen der Schuldenschwerefeststellung.....	260
(a) Verfassungsgerichtliche Vorgaben	260
(b) Revisionsrechtliche Umsetzung.....	260
(c) Entscheidungsanalyse und Stellungnahme	262
(aa) Entscheidungsanalyse.....	262
(bb) Stellungnahme.....	264
b) Ergebnis.....	265
3. Gesetzlich niedrigste Strafe (§ 354 Abs. 1 Alt. 4 StPO).....	265
a) Auslegungsansätze.....	266
b) Entscheidungsmaterial	267
c) Bewertung	270
4. Absehen von Strafe (§ 354 Abs. 1 Alt. 5 StPO).....	271

	Inhaltsverzeichnis	13
a)	Auslegung.....	271
b)	Entscheidungsmaterial.....	271
c)	Würdigung.....	273
5.	Die „Rechtsfolgenauusspruchänderung“.....	275
a)	Die Fallgruppen.....	276
aa)	Neufestsetzung von Freiheitsstrafe oder Tagessatzzahl.....	276
(1)	Verstoß gegen das Schlechterstellungsverbot.....	277
(2)	Unterlassene (nachträgliche) Gesamtstrafenbildung.....	278
(3)	„Strafausspruchbestätigung“ beim Austausch von Konkurrenzformen.....	280
(a)	Annahme von Tateinheit statt -mehrheit.....	280
(b)	Annahme von Tatmehrheit statt -einheit.....	283
(4)	Überschreitung von Schuld- und Strafrahmen-grenze.....	284
(5)	Sachentscheidung im Rahmen der Sanktionsun-tergrenzen.....	287
bb)	Festsetzung der Tagessatzhöhe.....	289
cc)	Gewährung von Zahlungserleichterungen.....	291
dd)	(Nicht-)Anrechnung der Untersuchungshaft.....	293
ee)	(Versagung der) Strafaussetzung zur Bewährung	294
(1)	Struktur des Strafaussetzungsrechts und Über-prüfungsbasis.....	295
(2)	Entscheidungsanalyse.....	296
(3)	Bestimmung der Dauer der Bewährungszeit.....	298
(4)	Zwischenergebnis.....	299
ff)	Verwarnung mit Strafvorbehalt / Verurteilung zur vor-behaltenen Strafe.....	299

gg) (Wegfall der) Anordnung von Maßregeln der Besse- rung und Sicherung.....	301
(1) Stationäre Maßregeln.....	301
(2) Ambulante Maßregeln.....	303
hh) (Wegfall der) Anordnung des Verfalls.....	305
ii) (Wegfall der) Anordnung der Einziehung.....	305
(1) Obligatorische Einziehung.....	305
(2) Fakultative Einziehung.....	306
b) Zwischenfazit.....	307
c) Stellungnahme zur Praxis der „Rechtsfolgenaussprachän- derung“.....	308
aa) Ausführlichere Stellungnahmen in der Literatur.....	310
bb) Die Kernpunkte der aktuellen Auseinandersetzung....	313
(1) Prozeßrechtliche Schranken obergerichtlicher Rechtsfolgenentscheide.....	313
(2) Materiell-rechtliche Schranken obergerichtlicher Rechtsfolgenentscheide.....	315
6. Zusammenfassung.....	324
F. Rechtsmethodische Begründung erweiterter Entscheidungskompe- tenzen.....	327
I. Rechtsmethodische Begründung der Schuldspruchänderung.....	327
1. Die Behandlung der Frage in Judikatur und Literatur.....	327
a) Analogie.....	328
b) Argumentum a maiore ad minus.....	329
c) Bindung des Tatrichters.....	329
2. Nicht tragfähige Bedenken gegen eine Analogie zu § 354 Abs. 1 StPO.....	330
a) Allgemeines Analogieverbot im Strafverfahrensrecht?	331

Inhaltsverzeichnis	15
b) § 354 Abs. 1 StPO als nicht analogiefähige Ausnahmeverordnung?.....	332
c) Analogieverbot bei Analogie zuungunsten des Angeklagten?.....	334
3. Revisionsgerichtliche Sachentscheidungskompetenzen und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.....	335
a) Verfassungsrechtliche Basisaussagen.....	336
aa) Grundgedanke des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.....	336
bb) Verfassungsdogmatischer Aussagegehalt des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.....	337
cc) „Gesetzlichkeit“ des Richters.....	338
dd) „Entziehung“ des gesetzlichen Richters.....	339
b) Revisionsgerichtliche Sachentscheidung als „Richterentziehung“?.....	342
aa) Erster Ansatz: Verfassungsverstoß durch „Ausschaltung der Schöffen“?.....	342
bb) Zweiter Ansatz: Verfassungsrechtlich verankerte Kompetenzabgrenzung?.....	345
(1) Analyse der einschlägigen Judikatur.....	345
(2) Zwischenergebnis.....	352
(a) Schulterspruch und Richterentziehung	352
(b) Rechtsfolgenausspruch und Richterentziehung.....	353
c) „Gesetzlicher“ Richter und Analogiebildung.....	353
aa) Streitstand und erste Stellungnahme.....	353
bb) Bedeutung der sog. Wesentlichkeitsjudikatur?.....	357
cc) Zwischenergebnis.....	359
4. „Einfachrechtliche“ Bedenken gegen eine Analogie	360
a) Voraussetzungen und Grenzen der Analogie.....	360
b) Fallanwendung	363
5. Rechtsmethodischer Ertrag.....	375

II.	Rechtsmethodische Begründung der „Rechtsfolgenausspruchänderung“	376
1.	Auffassung von Batereau und Frisch.....	377
2.	Auffassung von Scheffler.....	380
III.	Zusammenfassung.....	383
G.	Reform der Sachentscheidungskompetenzen des Revisionsgerichts.....	385
I.	Die bisher erörterten Reformvorschläge.....	385
1.	Vorschlag von Kries'	385
2.	Entwurf einer Strafverfahrensordnung 1939 (EStVO 1939).....	386
3.	Vorschlag von Frisch.....	389
4.	Vorschlag von Batereau	391
5.	Diskussionsentwurf für ein Gesetz über die Rechtsmittel in Strafsachen.....	392
6.	Die Vorschläge des 52. Deutschen Juristentages 1978 (52. DJT).....	397
7.	Die Vorschläge des 60. Deutschen Juristentages 1994 (60. DJT).....	399
8.	(Vor-)Entwurf eines weiteren (Zweiten) Rechtspflegeentlastungsgesetzes.....	401
a)	Der Vorschlag der Arbeitsgruppe.....	401
b)	Stellungnahme der Strafrechtslehrer(innen).....	403
c)	Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer mit Gegenentwurf.....	404
d)	Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege.....	405
II.	Eigener Vorschlag.....	406
H.	Schlußbetrachtung.....	417
Literaturverzeichnis.....	429	
Sachregister	454	

Abkürzungsverzeichnis

ÄndGCPO	= CPO-Änderungsgesetz
AKStPO	= Alternativkommentar zur StPO
arg. e.	= Argument aus
BA	= Blutalkohol – Wissenschaftliche Zeitschrift für die medizinische und juristische Praxis; zit. nach Jahr und Seite (bei Jahreszahlen), bzw. Beschußausfertigung (bei Aktenzeichen)
BAK	= Blutalkoholkonzentration
BezG	= Bezirksgericht
BR-Drs.	= Bundesratsdrucksache; zit. nach Nummer und Jahr
BT-Drs.	= Bundestagsdrucksache; zit. nach Wahlperiode und Nummer
bzw.	= beziehungsweise
DAV	= Deutscher Anwaltverein
DE-RechtsmittelG	= Diskussionsentwurf für ein Gesetz über die Rechtsmittel in Strafsachen
dens.	= denselben
ders.	= derselbe
dies.	= dieselbe(n)
E	= Entwurf
Einl.	= Einleitung
EStVO	= Entwurf einer Strafverfahrensordnung
etc.	= etcetera
gem.	= gemäß
GS	= Gedächtnisschrift
Habil.	= Habilitationsschrift
h. A.	= herrschende Auffassung
Hrsg.	= Herausgeber
i. E.	= im Ergebnis
i. e.	= im einzelnen
i. F. (d.)	= im Falle (der / des)
i. S. (d.)	= im Sinne (der / des)
i. ü.	= im übrigen
Jura	= Juristische Ausbildung; zit. nach Jahr und Seite

KK	= Karlsruher Kommentar zur StPO
KKWiG	= Karlsruher Kommentar zum OWiG
Kl. / M.-G.	= Kleinknecht / Meyer-Goßner (Kommentar zur StPO)
KMR	= Kleinknecht / Müller / Reitberger (Kommentar zur StPO)
KRG Nr. 10	= Kontrollratsgesetz Nr. 10
KWKG	= Ausführungsgesetz zu Art. 26 Abs. 2 GG – Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen
lfd.	= laufend(e / r)
LK	= Leipziger Kommentar zum StGB
LR	= Löwe / Rosenberg (Großkommentar zur StPO)
L / R / H	= Leibholz / Rinck / Hesselberger (Kommentar zum GG)
m. a. W	= mit anderen Worten
M / D	= Maunz / Dürig (Kommentar zum GG)
MDR(eport)	= Monatsschrift für Deutsches Recht (Report) (mit Rechtsprechungsübersichten von Dallinger [D.] und Holtz [H.]; zit. nach Jahr und Seite)
m. E.	= meines Erachtens
MfS	= Ministerium für Staatssicherheit
n. F.	= neue Fassung (§§) bzw. neue Folge (OLGSt)
NKStGB	= Nomos Kommentar zum StGB
Nr(n).	= Nummer(n)
NStE	= Neue Entscheidungssammlung für Strafrecht, herausgegeben von Rebmann / Dahs / Miebach, zitiert nach § und lfd. Nr.
NStZ-RR	= Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungsreport; zit. nach Jahr und Seite
o. ä.	= oder ähnliche(s)
ÖstStPO	= Österreichische Strafprozeßordnung
o. g.	= obengenannt(e / r)
OG (DDR)	= Oberstes Gericht der DDR
OGH(BZ)	= Oberster Gerichtshof (für die britische Zone)
o. u.	= offensichtlich unbegründet
passim	= allenthalben
RAbgO	= Reichsabgabenordnung
R / R / H	= Rebmann / Roth / Herrmann (Kommentar zum OWiG)
(R)CPO	= (Reichs-)Civilprozeßordnung
RGRspr.	= Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts; herausgegeben von den Mitgliedern der Reichsanwaltschaft; zit. nach Band und Seite
RStGB	= Reichsstrafgesetzbuch
RStPO	= Reichsstrafprozeßordnung

RT-Drs.	= Reichstagsdrucksache; zit. nach Wahlperiode und Nummer
scil.	= scilicet; nämlich
SKStGB	= Systematischer Kommentar zum StGB
SKStPO	= Systematischer Kommentar zur StPO
sog.	= sogenannt(e / r)
StraFo	= Strafverteidiger Forum; zit. nach Jahr und Seite
Strauda	= Strafrechtsausschuß der Bundesrechtsanwaltskammer
StrK	= Strafkammer
u. a.	= unter anderem
UA	= Urteilsausfertigung
Univ.	= Universität
unveröff.	= unveröffentlicht
v.	= von / vom
ZAkD R	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht; zit. nach Jahr und Seite
z. B.	= zum Beispiel
zit.	= zitiert
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft; zit. nach Band, Jahr und Seite
z. T.	= zum Teil

Bezüglich aller weiteren nicht aus sich heraus verständlichen Abkürzungen wird verwiesen auf: Kirchner, Hildebert: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Aufl., Berlin u. a. 1993.

A. Einleitung

Erachtet das Revisionsgericht eine Revision als begründet, so hat es das angefochtene tatrichterliche Urteil gemäß §§ 353, 354 Abs. 2, 3¹ grundsätzlich einschließlich der diesem zugrunde liegenden Feststellungen aufzuheben und die Sache im Umfang der Aufhebung zu erneuter Verhandlung und Entscheidung an das zuständige Tatgericht zurückzuverweisen. Anders als das Berufungsgericht hat der Gesetzgeber das Revisionsgericht nur dann zu einer eigenen Sachentscheidung ermächtigt, wenn es auf der Tatsachengrundlage des angefochtenen Urteils ohne weitere tatsächliche Erörterungen zur Freisprechung, Einstellung, Festsetzung einer absolut bestimmten Strafe oder auf Antrag der StA zur Verhängung der gesetzlichen Mindeststrafe bzw. zum Absehen von Strafe gelangt (§ 354 Abs. 1). Die Rechtsprechung der Obergerichte sah sich jedoch schon bald nach Inkrafttreten der StPO nicht mehr an den Wortlaut dieser Vorschrift gebunden, sondern baute insbesondere hinsichtlich der in Betracht kommenden Entscheidungsinhalte ihren Einzugsbereich sowohl im Schuld spruchbereich, als auch auf dem Sektor der Rechtsfolgen Stück für Stück weiter aus. Sowohl die Voraussetzungen, als auch die möglichen Entscheidungsinhalte können jedem Standardkommentar entnommen werden²: Was den Bereich des Schuld spruchs angeht, so nehmen die Revisionsgerichte in großem Umfang Subsumtionsänderungen bis hin zu einer Verurteilung des in der oder den Tat sacheninstanz(en) freigesprochenen Angeklagten vor. Auch im Bereich des Rechtsfolgenausspruchs entscheiden die Obergerichte in einer Vielzahl von Fallgruppen selbst abschließend: Z. T. schließen sie insoweit den Einfluß der zuvor vorgenommenen Schuld spruchänderung auf den Strafausspruch aus, z. T. setzen sie unabhängig davon eine andere Rechtsfolge fest. Dies alles entspricht seit langem gefestigter Rechtsprechung. Wofür also eine neue und noch dazu derart umfangreiche Untersuchung? Die Rechtswissenschaft bemüht sich seit langer Zeit nicht mehr um ein auch dogmatisch tragbares Konzept für obere gerichtliche Sachentscheidungen. Im Vordergrund steht vielmehr die fast durchgehend zustimmende Rezipierung der Ergebnisse der Praxis und ihres oftmals

¹ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche der StPO.

² Genauso präzise wie knappe Ausführungen finden sich insoweit bei Kl. / M.-G., StPO, § 354, Rn. 1 - 32.

spärlichen dogmatischen Ertrags. Gelegentliche Korrekturversuche seitens der Wissenschaft beschränken sich auf Randfragen, zumal man gerade Subsumtionsänderungen im Schulterspruchbereich als besonders unproblematische und originär revisionsgerichtliche Tätigkeit ansehen mag. Alles in allem erscheint die Thematik als ein von der obergerichtlichen Praxis vollständig dominiertes, aus wissenschaftlicher Sicht äußerst karges Feld, daß es nicht lohnt, es erneut von Grund auf neu zu beackern. Auch der Titel der Arbeit wird beim fachkundigen Leser einen gewissen *déjà-vu*-Effekt hervorrufen, war die Problematik doch bereits in den Jahren 1958, 1970 und 1993 Gegenstand monographischer Aufbereitung: In der ersten Arbeit, einer Kölner Dissertation, beschäftigte sich Bode³ zum ersten Mal systematisch mit Voraussetzungen, Umfang und Grenzen eigener Sachentscheidungen des Revisionsgerichts. Hinsichtlich des Schulterspruchbereichs stimmte er methodisch mit den Obergerichten darin überein, daß § 354 Abs. 1 aus Gründen der Verfahrenswirtschaftlichkeit einer ausdehnenden Handhabung bedürfe. Von kleineren Kritikpunkten abgesehen sah er die Obergerichte in weitem Umfang zu allen Arten von Schulterspruchänderungen mit Ausnahme einer eigenen Verurteilung nach Freisprechung in der Tatsacheninstanz berechtigt an. Im Rechtsfolgenbereich habe demgegenüber die Prozeßökonomie für den Regelfall hinter dem Grundsatz zurückzustehen, daß die Strafzumessung grundsätzlich Aufgabe des Tatrichters sei. Nur in Ausnahmefällen dürfe das Revisionsgericht nach erfolgter Schulterspruchänderung das tatrichterliche Urteil im Strafausspruch bestätigen. Die eigene Festsetzung von Rechtsfolgen schließlich komme nur dann in Betracht, wenn es insoweit einer revisionsgerichtlichen Ermessensausübung nicht mehr bedürfe. Zu im *Schulterspruchbereich* überwiegend gleichen Ergebnissen kam 13 Jahre später Batereau⁴ in seiner wesentlich umfangreicheren Göttinger Dissertation, die in größerem Maße, als dies Bode möglich war, auch die Rechtsprechung des BGH miteinbezog. Weit über die heutige Praxis hinausgehend wollte Batereau Sachentscheide im *Rechtsfolgenbereich* inhaltlich unbegrenzt immer dann zulassen, wenn dem Revisionsgericht im tatrichterlichen Urteil ein vollständig ausermittelter Strafzumesungssachverhalt zur Verfügung stehe, ohne daß es insoweit einer Rechtsänderung bedürfe. Ganze 23 Jahre später lieferte sodann Walbaum⁵, eine Göttinger Doktorandin, erneut eine Monographie zum vorliegenden Themenkreis ab. Walbaum widmet

³ Die Entscheidung des Revisionsgerichts in der Sache selbst, Berlin 1958; siehe insbesondere aaO., 61 f.

⁴ Die Schulterspruchberichtigung, Göttingen 1971; siehe insbesondere aaO., 127.

⁵ Schulterspruch in der Revisionsinstanz nach freisprechendem Urteil des Tatgerichts, Frankfurt a. M. 1996; siehe insbesondere aaO., 137 ff., 141 f.

sich in erschöpfenden Ausführungen allen erdenklichen Kritikpunkten, die bislang gegen die Praxis der Obergerichte, entgegen freisprechenden Urteilen der Tatgerichte in der Revisionsinstanz zu verurteilen, vorgebracht wurden⁶, nachdem sie sich zuvor ausführlich auch mit den in der von ihr untersuchten Konstellation relevant werdenden Voraussetzungen einer eigenen Sachentscheidung des Revisionsgerichts beschäftigt hat, ohne insoweit wesentliche neue Erkenntnisse zu gewinnen. Sie selbst hält die geäußerten Bedenken für durchgreifend, als geltend gemacht wird, freisprechende Urteile enthielten keine ausreichende Tatsachenbasis für eine Verurteilung, und der Angeklagte habe mangels Beschwer keine Möglichkeit der Urteilsanfechtung. Existierte nur die letztgenannte Arbeit, so wäre angesichts ihres beschränkten Untersuchungsziels die Legitimation einer erneuten Auseinandersetzung mit den revisionsgerichtlichen Sachentscheidungskompetenzen schnell begründet, müßte eine solche Monographie doch zwar auch auf den von Walbaum umfassend aufbereiteten Themenkreis eingehen, könnte aber zunächst schon dort zu anderen Ergebnissen kommen und sich im übrigen auf die von Walbaum nicht erörterten oder nur gestreiften Problematiken konzentrieren. Bleiben immer noch die Dissertationen von Bode und Batereau. Aber auch sie fordern eine neue Ausarbeitung heraus: Soweit sie im Bereich der Voraussetzungen eigener Sachentscheidungen zu von der Rechtsprechung abweichenden Ansätzen gekommen sind, harren diese einer kritischen Auseinandersetzung. Nun wird man einwenden können, daß jedenfalls die Rechtsprechung einer solchen „argumentativen Schützenhilfe“ nicht bedarf, ist sie doch auch so ohne sichtbare Notiz an den Arbeiten von Bode und Batereau vorbeigegangen. Selbst wenn die Kritik an der herrschenden Meinung nicht überzeugt, sieht der Verfasser *eine wesentliche Aufgabe* dieser Abhandlung jedoch darin, insoweit auch *Begründungen zu geben*, was bislang im Hinblick auf die Bequemlichkeit der schlichten Berufung auf die überwiegende Auffassung zu oft unterblieb. Dies bedingt eine erneute Aufarbeitung zumindest auch der wesentlichen Voraussetzungen revisionsgerichtlicher Sachentscheidungskompetenzen. Ein *weiterer Schwerpunkt* dieser Untersuchung liegt in einer möglichst umfassenden *Bestandsaufnahme der revisionsgerichtlichen Praxis*, denn jede Kritik und jeder Versuch einer Dogmatisierung bedingen, daß man sich zuvor Klarheit über das einzuordnende Entscheidungsmaterial verschafft. Insbesondere im Bereich der Sachentscheidungen im Rechtsfolgenbereich lassen die Untersuchungen von Bode und Batereau insoweit noch viele Wünsche offen. Die reine Ordnung des Stoffs jedoch kann andererseits den Ansprüchen

⁶ Siehe zu dieser Konstellation und den damit verbundenen Fragestellungen ausführlich unten E. I. 4.