



Paul Goldberger

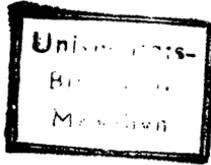
FESTSCHRIFT FÜR
PAUL BOCKELMANN

ZUM 70. GEBURTSTAG
AM 7. DEZEMBER 1978

HERAUSGEGEBEN VON
ARTHUR KAUFMANN · GÜNTER BEMMANN
DETLEF KRAUSS · KLAUS VOLK



C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
MÜNCHEN 1979



X P 721 6007

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

*Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. [siebzig-
sten] Geburtstag am 7. [siebten] Dezember 1978
[neunzehnhundertachtundsiebzig] / hrsg. von Arthur
Kaufmann... – München: Beck, 1979.*

ISBN 3-406-07140-6

NE: Kaufmann, Arthur [Hrsg.]; Bockelmann, Paul:
Festschrift

ISBN 3 406 07140 6

Gesamtherstellung: Passavia Druckerei GmbH Passau

Die Wiedergabe des Lichtbildes von Professor Bockelmann erfolgt mit
freundlicher Genehmigung des Foto-Ateliers Hilde Zemann, München

*Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978
dargebracht von*

KARL HEINRICH BAUER
GÜNTER BEMMANN
GUISEPPE BETTIOL
WERNER BRAUN
PETER CRAMER
CHRISTOS DEDES
EDUARD DREHER
KARL ENGISCH
WOLFGANG FRISCH
WILHELM GALLAS
GERD GEILEN
KARL HEINZ GÖSSEL
GERALD GRÜNWARD
WERNER HARDWIG
WINFRIED HASSEMER
HANS JOACHIM HIRSCH
RICHARD M. HONIG
JOACHIM HRUSCHKA
HANS-HEINRICH JESCHECK
GÜNTHER KAISER
ARTHUR KAUFMANN
DIETHELM KIENAPFEL
DETLEF KRAUSS
JUSTUS KRÜMPELMANN
HANS KUHLENDAHL
RICHARD LANGE
WOLFGANG LANKSCH
ERICH LIEBHARDT
KLAUS LÜDERSSEN
MANFRED MAIWALD

FRANK MARGUTH
WERNER MENDE
HEINZ MÜLLER-DIETZ
WOLFGANG NAUCKE
DIETRICH OEHLER
LOTHAR PHILIPPS
CLAUS ROXIN
HANS-JOACHIM RUDOLPHI
EBERHARD SCHMIDHÄUSER
GERHARD SCHMIDT
RUDOLF SCHMITT
FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER
HORST SCHÜLER-SPRINGORUM
HANS SCHULTZ
BERND SCHÜNEMANN
GEORG SCHWALM
WOLFGANG SPANN
GÜNTER SPENDEL
CURT FREIHERR v. STACKELBERG
GÜNTER STRATENWERTH
KLAUS TIEDEMANN
OTTO TRIFFTERER
KLAUS ULSENHEIMER
THEO VÖGLER
KLAUS VOLK
WERNER WACHSMUTH
JOHANNES WESSELS
RUDOLF ZENKER
HEINZ ZIPF

INHALT

RICHARD M. HONIG

Dr. jur., em. ordentlicher Professor an der Universität Göttingen
Schicksal und Gewissen 1

WERNER HARDWIG

Dr. jur., Professor i. R. an der Universität Hamburg
Wollen oder Nichtwollen, das ist die Frage – Ein Gespräch
zwischen Sokrates und seinen jungen Freunden Aristodemos
und Glaukon 7

HEINZ MÜLLER-DIETZ

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität des Saarlandes, Saar-
brücken
Alltagsmoral und Alltagskriminalität – Zur skeptischen Welt-
sicht Johann Nestroys 21

EDUARD DREHER

Dr. jur., bis 1969 Ministerialdirigent im Bundesministerium der Justiz
Das schlechte Gewissen des Strafrichters 45

ARTHUR KAUFMANN

Dr. jur., Dr. jur. h. c., ordentlicher Professor an der Universität München
Einige Bemerkungen zur Frage der Wissenschaftlichkeit der
Rechtswissenschaft 67

KLAUS VOLK

Dr. iur., Professor an der Universität Konstanz
Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit 75

HANS JOACHIM HIRSCH

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität Köln
Strafrecht und rechtsfreier Raum 89

BERND SCHÜNEMANN

Dr. iur., Professor an der Universität Mannheim
Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonde-
ren Teil des Strafrechts 117

HANS-HEINRICH JESCHECK

Dr. jur., Dres. jur. h. c., Professor an der Universität Freiburg, Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Richter am Oberlandesgericht a. D.

- Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Strafrechtsreform 133

WILHELM GALLAS

Dr. jur., em. ordentlicher Professor an der Universität Heidelberg

- Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs 155

KLAUS LÜDERSEN

Dr. jur., Professor an der Universität Frankfurt a. M.

- Erfolgzurechnung und „Kriminalisierung“ 181

OTTO TRIFFTERER

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität Gießen, Vizepräsident der Universität Gießen

- Die „objektive Voraussehbarkeit“ (des Erfolges und des Kausalverlaufs) – unverzichtbares Element im Begriff der Fahrlässigkeit oder allgemeines Verbrechenselement aller Erfolgsdelikte? 201

WINFRIED HASSEMER

Dr. jur., Professor an der Universität Frankfurt a. M.

- Die provozierte Provokation oder Über die Zukunft des Notwehrrechts 225

GÜNTER SPENDEL

Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Würzburg

- Gegen den „Verteidigungswillen“ als Notwehrrfordernis . . . 245

RICHARD LANGE

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität Köln

- Ist Schuld möglich? 261

CLAUS ROXIN

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität München

- Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht 279

WERNER MENDE

Dr. med., ordentlicher Professor an der Universität München, Abteilungsvorsteher, Abteilung für Forensische Psychiatrie der Psychiatrischen Klinik der Universität München

- Die „tiefgreifende Bewußtseinsstörung“ in der forensisch-psychiatrischen Diagnostik 311

FRANK MARGUTH

Dr. med., ordentlicher Professor für Neurochirurgie an der Universität München

WOLFGANG LANKSCH

Dr. med., Oberarzt der Neurochirurgischen Klinik der Universität München

- Die Bedeutung der Computer-Tomographie für die Prognose schwerer Hirnläsionen 323

GUISEPPE BETTIOL

professore ordinario Università Padua, Dr. h. c. der Universitäten Freiburg, Innsbruck, Sao Paulo

- Colpa d'autore e certezza del diritto 333

MANFRED MAIWALD

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität Göttingen

- Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung 343

HANS-JOACHIM RUDOLPHI

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität Bonn

- Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft 369

PETER CRAMER

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität Gießen

- Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme . 389

KLAUS ULSENHEIMER

Dr. jur., Dr. rer. pol., Rechtsanwalt in München, Privatdozent an der Universität München

- Zur Problematik des Rücktritts vom Versuch erfolgsqualifizierter Delikte 405

JOACHIM HRUSCHKA

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität Hamburg

- Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit 421

HANS-HEINRICH JESCHECK

Dr. jur., Dres. jur. h. c., Professor an der Universität Freiburg, Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Richter am Oberlandesgericht a. D.

- Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Strafrechtsreform 133

WILHELM GALLAS

Dr. jur., em. ordentlicher Professor an der Universität Heidelberg

- Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs 155

KLAUS LÜDERSSEN

Dr. jur., Professor an der Universität Frankfurt a. M.

- Erfolgzurechnung und „Kriminalisierung“ 181

OTTO TRIFFTERER

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität Gießen, Vizepräsident der Universität Gießen

- Die „objektive Voraussehbarkeit“ (des Erfolges und des Kausalverlaufs) – unverzichtbares Element im Begriff der Fahrlässigkeit oder allgemeines Verbrechenselement aller Erfolgsdelikte? 201

WINFRIED HASSEMER

Dr. jur., Professor an der Universität Frankfurt a. M.

- Die provozierte Provokation oder Über die Zukunft des Notwehrrechts 225

GÜNTER SPENDEL

Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Würzburg

- Gegen den „Verteidigungswillen“ als Notwehrenderfordernis . . 245

RICHARD LANGE

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität Köln

- Ist Schuld möglich? 261

CLAUS ROXIN

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität München

- Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht 279

WERNER MENDE

Dr. med., ordentlicher Professor an der Universität München, Abteilungsvorsteher, Abteilung für Forensische Psychiatrie der Psychiatrischen Klinik der Universität München

- Die „tiefgreifende Bewußtseinsstörung“ in der forensisch-psychiatrischen Diagnostik 311

FRANK MARGUTH

Dr. med., ordentlicher Professor für Neurochirurgie an der Universität München

WOLFGANG LANKSCH

Dr. med., Oberarzt der Neurochirurgischen Klinik der Universität München

- Die Bedeutung der Computer-Tomographie für die Prognose schwerer Hirnläsionen 323

GUISEPPE BETTIOL

professore ordinario Università Padua, Dr. h. c. der Universitäten Freiburg, Innsbruck, Sao Paulo

- Colpa d'autore e certezza del diritto 333

MANFRED MAIWALD

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität Göttingen

- Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung 343

HANS-JOACHIM RUDOLPHI

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität Bonn

- Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft 369

PETER CRAMER

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität Gießen

- Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme 389

KLAUS ULSENHEIMER

Dr. jur., Dr. rer. pol., Rechtsanwalt in München, Privatdozent an der Universität München

- Zur Problematik des Rücktritts vom Versuch erfolgsqualifizierter Delikte 405

JOACHIM HRUSCHKA

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität Hamburg

- Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit 421

CHRISTOS DEDES

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität Athen

Die Konkretisierung der Sorgfalt 437

JUSTUS KRÜPELMANN

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität Mainz

Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltspflicht 443

HANS KUHLENDahl

Dr. med., ordentlicher Professor an der Universität Düsseldorf

Ärztlicher Entscheidungsspielraum – Handlungszwänge . . . 465

WERNER WACHSMUTH

Dr. med., Dr. jur. h. c., em. ordentlicher Professor an der Universität Würzburg

Die chirurgische Indikation – Rechtsnorm und Realität . . . 473

RUDOLF ZENKER

Dr. med., Dr. med. h. c., em. ordentlicher Professor an der Universität München

Ethische und rechtliche Probleme der Organtransplantation . 481

WOLFGANG SPANN

Dr. med., ordentlicher Professor an der Universität München, Dekan des medizinischen Fachbereichs

ERICH LIEBHARDT

Dr. med., außerplanmäßiger Professor an der Universität München

WERNER BRAUN

Assessor

Ärztliche Hilfeleistungspflicht und Willensfreiheit des Patienten 487

KARL HEINRICH BAUER †

Dr. med., Dr. jur. h. c., Dr. med. h. c., em. Direktor der Chirurgischen Universitäts-Klinik Heidelberg, Stiftungsbevollmächtigter für die Baustufe des Deutschen Krebsforschungszentrums Heidelberg

Aufklärung und Sterbehilfe bei Krebs in medizinischer Sicht . 497

KARL ENGISCH

Dr. jur., Dr. med. h. c., em. ordentlicher Professor an der Universität München, Honorarprofessor an der Universität Heidelberg

Aufklärung und Sterbehilfe bei Krebs in rechtlicher Sicht . . 519

GEORG SCHWALM

Dr. jur., em. ordentlicher Professor an der Universität Erlangen-Nürnberg,
Honorarprofessor an der Universität Freiburg

Zum Begriff und Beweis des ärztlichen Kunstfehlers 539

DETLEF KRAUSS

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität des Saarlandes, Saar-
brücken

Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heil-
behandlung 557

HEINZ ZIPF

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität Salzburg

Probleme eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbe-
handlung (dargestellt an Hand von § 110 öStGB) 577

DIETHELM KIENAPFEL

Dr. iur., ordentlicher Universitätsprofessor an der Universität Linz

Die Hilfeleistungspflicht des Arztes nach deutschem und öster-
reichischem Strafrecht 591

HANS SCHULTZ

Dr. iur., Dr. iur. h. c., em. ordentlicher Professor an der Universität Bern

Der Arzt als Büttel der Polizei? 603

GERD GEILEN

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Ruhr-Universität Bochum

Das politische Attentat als „Mord“? – Tatbestandsprobleme des
§ 211 StGB im Spiegel des Terrorismus 613

WOLFGANG FRISCH

Dr. jur., Professor an der Universität Mannheim

Funktion und Inhalt des „Irrtums“ im Betrugstatbestand – Zur
dogmatischen Bedeutung des Opferverhaltens in § 263 StGB 647

JOHANNES WESSELS

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität Münster (Westf.)

Zur Reform der Geldfälschungsdelikte und zum Inverkehrbrin-
gen von Falschgeld – Ein kritischer Beitrag zur Reformgesetz-
gebung 669

EBERHARD SCHMIDHÄUSER

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität Hamburg
Über die Anzeigepflicht des Teilnehmers 613

WOLFGANG NAUCKE

Dr. jur., Professor an der Universität Frankfurt a. M.
Juristische Entwicklungen an den Promille-Grenzen zur Bewertung der Fahrtüchtigkeit von Kraftfahrern 659

THEO VOGLER

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität Gießen
Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit 715

GERALD GRÜNWARD

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität Bonn
Der Verbrauch der Strafklage bei Verurteilungen nach den §§ 129, 129a StGB 737

CURT FREIHERR V. STACKELBERG

Rechtsanwalt bei dem Bundesgerichtshof, Präsident der Rechtsanwaltskammer bei dem Bundesgerichtshof
Verjährung und Verwirkung des Rechts auf Strafverfolgung 759

DIETRICH OEHLER

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität Köln
Zur Rückwirkung des Begriffs des Deutschen im geltenden deutschen internationalen Strafrecht 771

FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität Regensburg, Direktor des Instituts für Ostrecht, München
Der zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze 785

KARL HEINZ GÖSSEL

Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität Erlangen-Nürnberg, Vorsitzender Richter am Landgericht Nürnberg-Fürth
Die Beweisverbote im Strafverfahren 801

KLAUS TIEDEMANN

- Dr. jur., Professor an der Universität Freiburg
 Privatdienstliche Ermittlungen im Ausland – strafprozessuales
 Verwertungsverbot? 819

LOTHAR PHILIPPS

- Dr. jur., Wissenschaftlicher Rat und Professor an der Universität München
 Wann beruht ein Strafurteil auf einem Verfahrensmangel? Drei
 Möglichkeiten des Argumentierens 831

GERHARD SCHMIDT

- Dr. jur., Oberstaatsanwalt, apl. Professor an der Universität Freiburg
 Die Stellung des Verletzten im schwedischen Strafprozeß . . . 847

RUDOLF SCHMITT

- Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg
 Auf der Grenze von Recht und Medizin: Die zwangsweise Un-
 terbringung von Trinkern 861

HORST SCHÜLER-SPRINGORUM

- Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität München
 Strafvollzug und Strafvollzugsgesetz – Über die Schwierigkeit,
 durch ein Gesetz eine Reform zu bewirken 869

GÜNTER BEMMANN

- Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität Augsburg
 Über das Ziel des Strafvollzugs 891

GÜNTER STRATENWERTH

- Dr. jur., ordentlicher Professor an der Universität Basel
 Strafrecht und Sozialtherapie 901

GÜNTHER KAISER

- Dr. jur., Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und inter-
 nationales Strafrecht in Freiburg, Professor an der Universität Freiburg
 Was wissen wir von der Strafe? – Zu den Aufgaben, Problemen
 und Grenzen pönologischer Forschung heute 923

- Auswahl aus dem Schriftenverzeichnis von Paul Bockelmann . . . 943

LOTHAR PHILIPPS

Wann beruht ein Strafurteil auf einem Verfahrensmangel?

Drei Möglichkeiten des Argumentierens

Nach § 337 StPO ist ein Urteil in der Revision dann aufzuheben, wenn es auf einer Verletzung des Gesetzes beruht. Diese Auskunft ist freilich erläuterungsbedürftig.

Man stelle sich vor, eine junge Dame, die verdächtig ist, mit Rauschgift zu handeln, wird festgenommen und von einem Kriminalbeamten bis auf die Haut durchsucht. Der Beamte findet unmittelbar an ihrem Körper versteckt einige Säckchen mit Heroin. – Die so eingehende Leibesvisitation durch einen männlichen Kriminalbeamten war vorschriftswidrig, da sie das Schamgefühl verletzen konnte. Man hätte sie entsprechend § 81 d StPO einer Frau oder einem Arzt überlassen müssen.¹

Angenommen weiterhin, das spätere Urteil stützt sich im wesentlichen auf die Auffindung des Heroins: Kann die Beschuldigte es dann mit Aussicht auf Erfolg anfechten?

Man hat wahrscheinlich Bedenken, daß ein Verstoß gegen das Prinzip, daß eine Frau nur von einer Frau oder einem Arzt körperlich durchsucht werden darf, dazu hinreichen soll, eine im übrigen fehlerfreie Verurteilung wegen Rauschgifthandels zu erschüttern, und vergleichbare Bedenken treten in vielen Fällen auf.

Die Rechtsprechung – schon vom Reichsgericht her – verwendet zur Einschränkung der Revisibilität die sog. Rechtskreistheorie: Bei jeder prozessualen Vorschrift sei zu prüfen, „ob ihre Verletzung den Rechtskreis des Beschwerdeführers wesentlich berühre oder ob sie für ihn nur von

¹ In § 81d ist zwar von einer „körperlichen Untersuchung“ die Rede; daß die Vorschrift aber auch auf Durchsuchungen der Person anzuwenden ist, wird ganz überwiegend als selbstverständlich anerkannt. Vgl. Meyer in Löwe-Rosenberg, 23. Aufl. 1976 ff., § 81d Rdnr. 2; abweichend allerdings Eb. Schmidt, Lehrkommentar Nachtragsband I (1967), § 81a Rdnr. 4, 5 und 12.

untergeordneter oder von gar keiner Bedeutung sei“.² Nur wenn der Rechtskreis des Verurteilten wesentlich berührt sei, rechtfertige dies die Aufhebung des Urteils.

Diese Argumentation führt in vielen Fällen zu vernünftigen Ergebnissen, aber nicht in allen. In unserem Falle wäre sie sicherlich nicht plausibel. Jene Dame – mag sie eine solche sein oder nicht – würde das Argument, daß die so eingehende Durchsuchung durch einen Mann nur von untergeordneter Bedeutung für sie gewesen sei und ihren Rechtskreis nicht wesentlich berührt habe, mit Entrüstung zurückweisen.³

Eine neuere Lehre, die in den letzten Jahren sehr an Boden gewonnen hat, argumentiert anders. Auch sie geht davon aus, daß es nicht genüge, daß eine Maßnahme erstens vorschriftswidrig gewesen und zweitens dem Urteil zugrundegelegt worden ist. Aber zur Einschränkung nimmt sie nicht das Kriterium, die Maßnahme müsse noch die dritte Eigenschaft gehabt haben, den Rechtskreis des Verurteilten zu berühren, sondern sie verlangt statt dessen eine besondere Relation zwischen der Vorschriftswidrigkeit und dem Urteil. Zwischen Normverletzung und Urteil müsse ein „Normwidrigkeitszusammenhang“ bestehen, die Normwidrigkeit müsse im Urteil nachwirken. Oder auch: es müsse im „Normzweck“ der übertretenen Vorschrift liegen, daß solch ein Urteil vermieden werde. Man trifft sich dabei mit Denkformen, die ursprünglich im Schadensersatzrecht entwickelt wurden, um Verantwortung und Haftung für die Folgen eines normwidrigen Verhaltens zu präzisieren und zu begrenzen.⁴

Am schärfsten ist diese Konzeption wohl vor einigen Jahren von *Rudolphi* formuliert worden; aber auch andere Untersuchungen, z. B. von *Grünwald* und *Jürgen Blomeyer* weisen in die gleiche Richtung.⁵ *Rudolphi* hat von diesem Standpunkt aus auch das prozessuale Verbot der Untersuchung einer Frau

² BGHSt 11, 213 ff. – Von der weiterhin einschränkenden These, manche Vorschriften der StPO seien keine eigentlichen Rechtsnormen, sondern bloße „Ordnungsvorschriften“ und als solche nicht reversibel, hat sich BGHSt 25, S. 325 abgewandt. Vgl. dazu *Seelmann*, JuS 1976, S. 157 ff.

³ Sicherlich würde ein Gericht andere Argumente finden, um die Aufhebung des Urteils abzulehnen, am ehesten Argumente aus dem Bereich der Kausalität (vgl. *Jürgen Blomeyer* JR 1971, S. 142); aber es bleibt doch festzuhalten: Die offensichtliche Verletzung eines Rechtskreises bei der Gewinnung eines Beweismittels braucht nicht zur Annahme von Revisibilität zu motivieren.

⁴ Vgl. dazu *Jürgen Blomeyers* geistvolle Analyse (a.a.O., S. 143 ff.) des Zusammenspiels von Verfahrensmangel und Haftung aus § 839 BGB.

⁵ *Grünwald* JZ 1966, S. 498; *Rudolphi* MDR 1970, S. 93; *Blomeyer* a.a.O. Vgl. im übrigen die Übersicht bei *Löwe-Rosenberg (Meyer)* § 337 Rdnr. 95, 96.

durch einen Mann gewürdigt:⁶ „Der Zweck dieser Bestimmung erschöpft sich darin, daß bei der körperlichen Untersuchung das Schamgefühl der zu untersuchenden Frau gewahrt wird. § 81 d will nicht die Erlangung eines bestimmten Urteils verhindern...“

Die neue Konzeption ist sichtlich eine bedeutende Verbesserung gegenüber der alten. Nur sind freilich Ausdrücke wie „Normzweck“ und „Normwidrigkeitszusammenhang“ noch ziemlich metaphorisch. Ein Vergleich der Aufsätze *Grünwalds* und *Rudolphs* zeigt auch, daß man bei ungefähr gleicher Begrifflichkeit zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen kann, die dabei keineswegs durch verschiedene Werthaltungen bestimmt sind. Offenbar ist also der analytische Apparat noch präzisierungsbedürftig, und eine solche Präzisierung sei hier nun versucht.

In einem zweiten Teil wird diese Konzeption mit einer ganz anderen verglichen, die vor allem von *James Goldschmidt* und *Eberhard Schmidt* entwickelt worden ist. Hiernach haben prozessuale Normen vor allen Einzelzwecken die Aufgabe, den Vorgang „Prozeß“ zu allererst zu definieren: daß gegen eine definierende Voraussetzung verstoßen wurde, macht ein Urteil anfechtbar.

Zum dritten wird dann die Frage erörtert, ob man der Revision noch einen anderen Sinn beilegen sollte als den der Beseitigung fehlerhafter Urteile, vor allem den, Verfahrensverstöße für die Zukunft zu verhindern.

I.

Zunächst also zum Prinzip des Normwidrigkeitszusammenhangs. Statt vom Normwidrigkeitszusammenhang zwischen einem Verfahrensverstoß und einem Urteil spreche ich im folgenden in einem mehr wissenschaftstheoretisch orientierten Sprachgebrauch davon, daß es im „normativen Gehalt“ der übertretenen Vorschrift liegt, ein solches Urteil auszuschließen.

Unter dem Gehalt eines Satzes versteht man die Klasse der Sachverhalte, die durch ihn ausgeschlossen werden.⁷ Man kann sich das so plausibel machen: Je mehr eine Aussage behauptet, je mehr Gehalt sie hat, desto größer ist die Klasse

⁶ a.a.O., S. 97.

⁷ Der Begriff des „Gehaltes“ ist bekanntlich vor allem von *Popper* in die Wissenschaftstheorie eingeführt worden. Die erste größere juristische Arbeit, die davon Gebrauch gemacht hat, ist *Podlechs* Schrift über „Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes“ (1971). Wesentlich ist der Begriff auch für meine Arbeit „Der Handlungsspielraum“ (1974).

der Sachverhalte, die mit der Aussage unverträglich sind. Und entsprechend bei Normen: Je mehr eine Norm verlangt, je größer *ibr* Gehalt ist, desto größer ist die Klasse der Verhaltensweisen, die mit der Norm unverträglich sind, die also ausgeschlossen sein sollen und durch die die Norm übertreten wird.

In unserem Falle geht es um die Frage, ob es im Gehalt einer prozessualen Vorschrift liegt, nicht nur bestimmte Maßnahmen, sondern auch das auf diese Maßnahmen folgende Urteil auszuschließen.

Es gibt mehrere Möglichkeiten, das zu entscheiden. Zunächst einmal gehe man so vor: Man ersetze in Gedanken das normwidrige Verhalten durch das normgemäße und vergleiche die unterschiedlichen Konsequenzen der Verhaltensweisen.

Daß es unterschiedliche Konsequenzen gibt, ist hier selbstverständlich; aber es ist nicht nötig, daß sie den Inhalt des Urteils berühren. Und dies ist der springende Punkt: Wenn bei vorschriftsmäßigem wie bei vorschriftswidrigem Verhalten keine unterschiedlichen Konsequenzen für das Urteil möglich sind, dann kann es auch nicht im Gehalt der Vorschrift liegen, Einwirkungen der fehlerhaften Maßnahme auf das Urteil auszuschließen.⁸

In unserem Beispiel ersetze man also den Vorgang: „Durchsuchung durch einen Mann“ durch den Vorgang „Durchsuchung durch eine Frau oder einen Arzt“, der normgemäß ist, und prüfe, ob sich daraus eine andere Prognose ergibt hinsichtlich der Chance, Beweismaterial aufzufinden – und damit auch hinsichtlich des Urteils, das auf solchem Beweismaterial aufbaut. Das ist sicherlich zu verneinen, und daraus folgt, daß es nicht im Gehalt des § 81 d liegt, ein bestimmtes Urteil auszuschließen.

Zur Kontrolle ist es ratsam, den Vorgang zu benennen, der – wenn es das

⁸ Es kommt wohlgerne auf den Gehalt der *Norm* an, und das angegebene Verfahren dient dazu ihn zu ermitteln, nicht etwa auf die Frage, ob man sich in der konkreten Situation hätte normgemäß verhalten können. Diesen zweiten Gesichtspunkt sieht freilich *Grünwald* als entscheidend an (a.a.O., S. 496): „Ist ein Polizist, der nicht Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft ist, eigenmächtig vorgegangen, indem er eine körperliche Untersuchung vorgenommen hat, dann kommt es darauf an, ob ein zur Anordnung Befugter *erreichbar* war.“ Sei das der Fall gewesen, dann mache die fehlerhafte Handlung das Urteil nicht anfechtbar. Ebenso, wenn ein Nichtarzt eine Blutprobe entnimmt, obwohl ein Arzt erreichbar ist. Also: Die vom Aufklärungszweck her notwendige, wenn auch von der Rechtsordnung nicht akzeptierte Maßnahme ist schädlich, die unnötige Normwidrigkeit dagegen unschädlich! Kann man wirklich erwarten, daß die Polizeibeamten, die über ihr Verhalten aussagen müssen, dies begreifen werden? Auf den Vergleich der individuellen Fähigkeiten des Beamten, der eine Durchsuchung vorgenommen hat, mit denen seines Kollegen, der sie sonst vorgenommen hätte, kommt es ebensowenig an: solche Abweichungen sind für die Norm zufällig.

Urteil nicht ist – nun tatsächlich durch die übertretene Vorschrift ausgeschlossen werden soll. Hierzu muß man oftmals über den Wortlaut der Vorschrift hinausgehen und die Wert- oder Zweckhypothese formulieren, von der man annimmt, daß sie der fraglichen Vorschrift als sog. *ratio legis* zugrundeliegt. Die Richtigkeit dieser Annahme ist wieder an ihren Konsequenzen zu überprüfen.⁹

Bei § 81 d liegt der Wertgesichtspunkt nahe, daß das weibliche Schamgefühl nicht unnötig verletzt werden soll. Im Hinblick auf diese Annahme ergibt sich nun freilich ein deutlicher Unterschied der Folgen zwischen der Untersuchung durch einen Mann und der durch eine Frau. Der Sache nach sind das wohl die gleichen Überlegungen, die auch *Rudolphi* anstellt, wenn auch etwas umständlicher und kontrollierter.¹⁰ Für zweifelhaftere Fälle wird diese Erschwerung aber von Nutzen sein.

Es sei noch ein anderes Beispiel dieser Art erörtert, dem größere praktische Bedeutung zukommt. Einem Autofahrer wird eine Blutprobe von einem Medizinalassistenten entnommen statt von einem Arzt – ein Verfahren, das zwar im Einklang mit einer weitverbreiteten Praxis steht, aber im Widerspruch zu § 81 a StPO. Man prüfe zunächst, ob die Qualität der Blutprobe und damit das Ergebnis des Urteils dadurch berührt wird, daß die Probe von einem nicht voll ausgebildeten Mediziner entnommen wird. Das dürfte zu verneinen sein. Nach dieser Prognose besteht folglich kein Normwidrigkeitszusammenhang zum Urteil hin. Als normative Hypothese wird man vielmehr anzunehmen haben, daß der Betroffene keinen unnötigen Risiken ausgesetzt werden soll: Angeblich geht jeder 20 000. Stich, der die Vene treffen soll, in die Arterie, und das ist nicht ungefährlich.¹¹

Wenn die Ersetzung des vorschriftswidrigen Verhaltens durch das vorschriftsgemäße ohne Einfluß auf das Urteil bleiben würde, ist es nicht im Gehalt der Vorschrift einbeschlossen, ein solches Urteil zu verhindern. Leider liegen die Dinge nicht so einfach, daß auch das Umgekehrte richtig wäre: daß stets wenn die Ersetzung des pflichtwidrigen Verhaltens durch das pflichtgemäße das Urteil beeinflussen könnte, seine Verhinderung im Normzweck liegt. Daß

⁹ Grundlegend für die wissenschaftstheoretische Klärung dieses Verfahrens: *Eike v. Savigny*, Die Überprüfbarkeit der Strafrechtssätze (1967).

¹⁰ Vgl. *Rudolphi* a.a.O., S. 97, und im übrigen auch *Meyer* in *Löwe-Rosenberg*, § 81 d Rdnr. 62.

¹¹ Eine Mitteilung aus Ärztekreisen, die ich nicht verifizieren konnte. Immerhin ist die angenommene Werthypothese auch ohne dies plausibel, und sie entspricht der ganz herrschenden Lehre. Vgl. BGHSt 24, 128; *Meyer* in *Löwe-Rosenberg*, § 81 a Rdnr. 77. Abweichend freilich *Blomeyer*, a.a.O., S. 147; *Eb. Schmidt* MDR 69, S. 461.

bestimmte Dinge im Urteil nicht berücksichtigt werden können, mag zuweilen ein durchaus ungewollter Nebeneffekt einer prozessualen Vorschrift sein, den der Gesetzgeber lediglich in Kauf genommen hat.

Indem ich lediglich das vorschriftswidrige durch das vorschriftsmäßige Verhalten ersetzt denke, erfasse ich nicht nur den normativen Gehalt der Vorschrift – ihren Sinn und Zweck – sondern auch den weitergehenden faktischen Gehalt, d. h. die Konsequenzen, die bei normgemäßem Verhalten aufgrund empirischer Zusammenhänge ausgeschlossen werden, obwohl sie nach dem Sinn der Vorschrift gar nicht ausgeschlossen zu sein brauchten. Ist die Vorschrift übertreten worden, so ist deshalb noch nicht gesagt, daß das Urteil selbst fehlerhaft sei und aufgehoben werden müsse.

Diese Fälle lassen sich nun mit folgendem zweiten Entscheidungsverfahren erfassen: Man formuliert zunächst als normative Hypothese den Wertgesichtspunkt, von dem man annimmt, daß er der übertretenen Vorschrift zugrundeliegt. Diesmal denkt man sich dann nicht den Verfahrensmangel, sondern das Urteil hinweg und prüft, ob damit auch die Beeinträchtigung des geschützten Interesses wegfällt oder doch wesentlich verringert wird. Ist das nicht der Fall, dann liegt es auch nicht im normativen Gehalt der Vorschrift, ein solches Urteil auszuschließen.

Ein Beispiel: Ein Beamter wird als Zeuge über Dienstgeschäfte vernommen, obwohl die Aussagegenehmigung durch seine Behörde fehlt: ein Verstoß gegen § 54 StPO. Die Aussage wird einem Urteil zugrundegelegt. Kann der Verurteilte oder der Staatsanwalt nun die Aufhebung des Urteils verlangen?

Wenn man sich nach dem zunächst angegebenen Verfahren das vorschriftswidrige durch das vorschriftsmäßige Verhalten ersetzt denkt, so kommt man zu dem Ergebnis, daß ein Einfluß auf das Urteil nicht auszuschließen ist. Immerhin mag man aber zweifeln, ob es im Zweck der Vorschrift liege, ein solches Urteil zu verhindern, oder ob dies nicht einfach eine faktische Nebenfolge vorschriftsmäßigen Verhaltens sein würde. Es liegt eine normative Hypothese nahe, die *Rudolphi* so formuliert¹²: „Der Gesetzgeber hat klar zum Ausdruck gebracht, daß er den Konflikt zwischen der Pflicht zur Wahrheitsermittlung und dem Schutz der Geheimsphäre des Staates zugunsten der letzteren löst.“ Das ist sicher richtig. Aber *Rudolphi* fährt dann fort: Daraus folgt, „daß der Gesetzgeber Urteile, die auf einer Verletzung des § 54 beruhen, nicht hinnehmen will; die Verletzung des § 54 also ein Verwertungsverbot und ein Revisionsrügerecht begründet“. Das folgt nun gar nicht daraus.

¹² a.a.O., S. 98.

Sobald die Aussage des Beamten unzulässigerweise in das öffentliche Verfahren eingebracht worden ist, ist das Geheimhaltungsinteresse des Staates unwiderruflich verletzt.¹³ Damit ist die Katze aus dem Sack, und sie schlüpft erst recht nicht wieder hinein, wenn man ihn hinterher zubindet: Bei einer erneuten Verhandlung würde die Sache nur noch breiter getreten. Revisibilität = Reversibilität.

Sicherheitshalber empfiehlt es sich wieder, Gegenproben zu machen. Man konstruiert versuchsweise normative Hypothesen, durch die tatsächlich das Urteil als solches betroffen würde, und prüft, ob sie sich halten lassen. Zum Beispiel ließe sich als *ratio legis* des § 54 in Erwägung ziehen, daß es der staatlichen Autorität schaden könnte, wenn man dem Strafurteil – einem Staatsakt – Aussagen über staatliche Interna zugrunde legen dürfte, die ohne den Willen des Staates ans Licht gekommen sind. Dann wäre es in der Tat konsequent, ein gleichwohl ergangenes Urteil in der Revision aufzuheben. Es ist nicht schwierig, sich eine Rechtsordnung vorzustellen, in die eine solche Werthypothese paßt; aber es ist sicher, daß dies nicht unsere Rechtsordnung, mit einem hochentwickelten Rechtsschutz auch gegen Maßnahmen des Staates, sein kann.

Nicht ganz so wie im Falle der Beamtenvernehmung verhält es sich, wenn ein Arzt oder ein Geistlicher durch falsche Hinweise des Gerichts über sein Zeugnisverweigerungsrecht getäuscht worden ist (§ 53). Auch hier wird man zweifellos annehmen, daß das Interesse an der Strafverfolgung hinter dem Schutz der Geheimnisse dieser Personen zurücktreten müsse, daß aber der Bruch des Geheimnisses durch eine Aufhebung des Urteils nicht aus der Welt geschafft werden kann. Aber hier kommt noch eine weitere Normhypothese hinzu. Es soll dem Zeugen, dessen institutionalisierte Aufgabe es gerade ist, Hilfe zu gewähren, nicht zugemutet werden, an der Verurteilung eines Schützlings mitzuwirken. Und dieser Wert Gesichtspunkt kann durch den Verzicht auf die Verwertung der unzulässigen Vernehmung im Urteil – und durch die Aufhebung des Urteils – noch berücksichtigt werden.¹⁴

¹³ So auch *Grünwald* JZ 1966, S. 498, der ebenfalls darauf abstellt, ob ein Fehler noch reparabel ist. Der hier vertretene Standpunkt entspricht im Ergebnis der h. L.; vgl. BGH NJW 1952, S. 151 und die Nachweise bei *Löwe-Rosenberg (Meyer)* § 54 Rdnr. 28. Aber die Frage ist doch überraschend streitig. Anderer Ansicht sind etwa *Müller-Sax* Rdnr. 6, *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar, Rdnr. 10.

¹⁴ H. L., vgl. *Meyer* in *Löwe-Rosenberg* § 53 Rdnr. 67. *Grünwald* (a.a.O. S. 498) fügt dem jedoch die zutreffende Differenzierung hinzu, daß dies nicht gilt, wenn der Zeuge nur über Geheimnisse Dritter Auskunft gegeben hat (ein Unterschied, den die h. L. im Falle der §§ 52 und 55 durchaus beachtet; vgl. hierzu den weiteren Text). Bei § 55 ist übrigens die Lehre vom Schutz des Rechtskreises des *Angeklagten* am wenigsten plausibel, worauf *Rudolphi* (a.a.O. S. 96) zutreffend hinweist.

Und nehmen wir doch den Fall, daß ein Zeuge ohne den vorgeschriebenen Hinweis vernommen wurde, er brauche sich selber oder einen Angehörigen nicht zu belasten (§§ 52, 55). Hier kommt m. E. nur die Hypothese in Betracht, daß niemand sich oder einen Angehörigen außer in freier und bewußter Entscheidung der Justiz auszuliefern braucht. Ist der Angehörige der Angeklagte, so ist deshalb das Urteil aufhebbar. Ist der Angehörige ein Dritter (§ 55), so ist freilich nicht einzusehen, wie der Normzweck dadurch erreicht werden kann, daß man darauf verzichtet, die Aussage dem Urteil über den *Angeklagten* zugrunde zu legen. Vielmehr ist allein auszuschließen, daß die fehlerhaft zustandegekommene Aussage in einem späteren Verfahren gegen den Angehörigen verwandt wird. *Hier* sollte sie also einem Verwertungsverbot unterliegen, und dabei durchaus mit Revisibilität.

Dieser Fall ist insofern bemerkenswert anders als der Fall des Beamten ohne Aussagegenehmigung, als der Fehler nicht irreparabel ist. Es läßt sich durchaus noch etwas machen, nur eben – darin wiederum anders als im Falle der getäuschten Vertrauenspersonen – nicht dadurch, daß man auf das Urteil verzichtet; und man sollte einer rationalen Rechtsordnung nicht zumuten, Versuche mit erkennbar untauglichen Mitteln zu begehcn.

Ich habe zwei Kriterien aufgestellt für das Fehlen des Normwidrigkeitszusammenhangs zwischen Verfahrensmangel und Urteil: Erstens die Möglichkeit, das vorschriftswidrige Verhalten durch das vorschriftsgemäße ersetzt zu denken, ohne daß sich daraus ein möglicher Einfluß auf das Urteil ergibt, und zweitens die Möglichkeit, sich das Urteil beseitigt zu denken, ohne daß der mit der Übertretung der Vorschrift eingetretene unerwünschte Zustand korrigiert würde. In welchem Verhältnis stehen diese beiden Kriterien?

Nun, die Klasse der Fälle, die sich nach dem ersten Kriterium entscheiden lassen, ist eine Teilklasse der Fälle, die sich nach dem zweiten Kriterium entscheiden lassen. Wenn nämlich die Normwidrigkeit den Inhalt des Urteils unberührt läßt, so kann man auch das Urteil hinwegdenken, ohne daß der normwidrige Zustand korrigiert würde. Probieren wir das gleich einmal an den beiden Fällen aus, die zu Anfang nach dem ersten Kriterium entschieden wur-

¹⁵ H. L., aber sehr streitig. Vgl. BGH JZ 58, S. 620 (GSSt) und zum Meinungsstand im übrigen *Löwe-Rosenberg (Meyer)* § 55 Rdnr. 22. Die abweichenden Meinungen stützen sich teils auf den grundsätzlichen Standpunkt, daß auch § 55 für die Justizförmigkeit des Verfahrens wesentlich sei (*Eb. Schmidt*, vor allem JZ 1966, S. 596), teils auf die Normhypothese, die Vorschrift solle die Gefahr von Falschaussagen der befangenen Zeugen mindern (so z. B. *Rudolphi* a.a.O. S. 98). Zu dieser Hypothese vgl. die für mich überzeugende Kritik bei *Grünwald*, a.a.O., S. 499.

den: Zweck des § 81 d ist es, das weibliche Schamgefühl zu schützen. Es liegt aber auf der Hand, daß man dies nicht dadurch vermag, daß man im Falle einer Zuwiderhandlung nachträglich auf ein Urteil verzichtet. Ebenso bei der Blutentnahme durch einen Nichtarzt: Das gesundheitliche Risiko läßt sich nicht dadurch ungeschehen machen, daß man ein Urteil aufhebt.

Grundsätzlich käme man also mit dem zweiten Kriterium aus. Trotzdem sollte man stets zunächst das erste versuchen, bevor man das allgemeinere anwendet, und zwar deshalb, weil es von einfacheren Voraussetzungen ausgeht. Man kommt im wesentlichen mit dem Wortlaut der übertretenen Vorschrift und allgemeinen empirischen Sätze aus. Man braucht also keine normativen Hypothesen über den Sinn der Vorschrift, und das ist wegen der geringeren intersubjektiven Sicherheit solcher Annahmen von Bedeutung für die Überzeugungskraft der juristischen Argumentation.

II.

Gegen die bislang skizzierte Konzeption ließe sich mit guten Gründen der Einwand erheben, daß sie Ausdruck einer ganz unprozessualen, materiellrechtlichen Betrachtungsweise sei. *Eberhard Schmidt* hat diesen Vorwurf gegen die Rechtskreistheorie der Rechtsprechung erhoben.¹⁶ Das war schon, bevor die neuen Aufsätze über den Normzweck prozessualer Vorschriften erschienen sind; aber auf die neue Konzeption könnte der Vorwurf genauso passen.

Das Wesentliche daran ist ja dies: Durch prozessuale Vorschriften sollen unerwünschte Einwirkungen auf schutzwürdige Interessen vermieden werden. Soweit solche Einwirkungen durch das Urteil vermittelt werden, ist es möglich, sie abzufangen, indem man das Urteil aufhebt. Der Sache nach handelt es sich um einen Fall des quasinegatorischen Beseitigungsanspruchs, ein durchaus materielles Rechtsprinzip. Daß sich dieser Anspruch mit prozessualen Mitteln gegen ein prozessuales Objekt richtet, spricht nicht dagegen: dies ist der Stoff, in dem er sich ausdrücken und durchsetzen muß.

Man kann die Beziehung zwischen Verfahrensmangel und Urteil aber auch ganz anders sehen, und für einen engagierten Prozessualisten liegt es vielleicht sogar nahe, sie anders zu sehen. Man kann die prozessualen Vorschriften auch als ein System von Sätzen auffassen, daß die Bedingungen umschreibt, unter

¹⁶ JZ 58, S. 596.

denen es dem Richter und den anderen Prozeßbeteiligten möglich ist, von einer Position des Prozesses zu einer anderen überzugehen – bis hin zum Urteil. Daß ein Urteil aufgrund eines Verfahrensmangels fehlerhaft ist, bedeutet so gesehen nicht, daß es unerwünschte Auswirkungen hätte, sondern daß es auf einer Position aufbaut, die nach den Regeln des Prozesses unter den gegebenen Umständen möglicherweise nicht erreicht worden wäre.

Diese Konzeption hat *James Goldschmidt* schon in den 20er Jahren ausgearbeitet; nach dem 2. Weltkrieg wurde sie von *Eberhard Schmidt* und *Niese* sehr in den Vordergrund gestellt; aber inzwischen hat sich der Wind wieder gedreht.¹⁷ Vermutlich hilft es der Diskussion weiter, wenn man sich klar macht, daß es hier um einen Unterschied geht, der inzwischen in der Wissenschaftstheorie, vor allem durch *Searle*, deutlich herausgearbeitet worden ist: nämlich um den Unterschied zwischen Normen und sogenannten „Spielregeln“ –, oder zwischen „regulativen“ und „konstitutiven“ Normen, um den Sprachgebrauch *Searles* zu übernehmen, der sich mittlerweile weitgehend durchgesetzt hat.¹⁸ Schon *Eberhard Schmidt* spricht von den „Spielregeln“ des Prozesses,¹⁹ im Unterschied zu den materiell-rechtlichen Normen. Aber er benutzt das Wort mehr erläuternd metaphorisch.

Es gibt zwei grundsätzlich verschiedene Möglichkeiten, Regelungen menschlichen Verhaltens zu konzipieren. Eine Regelung kann die Bedeutung haben, daß sie dem Adressaten ein bestimmtes Verhalten *vorschreibt*. Befolgt er sie nicht, dann verhält er sich nicht so, wie er sich verhalten *soll*. Man spricht dann von „regulativen“ Normen. Man kann eine Regelung aber auch als ein System von „konstitutiven“ Normen konzipieren. Dann schreibt sie dem Adressaten kein Verhalten vor, sondern *definiert* nur eine den Normen entsprechende Verhaltensweise, z. B. als „rochieren“ oder allgemeiner als „Schachspielen“, als „Beweisantragstellen“ oder allgemeiner als „Prozeßführen“. Wer sich nicht an die Regeln hält, tut nicht etwas Verbotenes, sondern spielt nicht das Spiel. Er tut etwas, was für das Spiel „nicht gilt“. Er erfüllt nicht die Definitionsvoraussetzungen des infrage stehenden Verhaltens. Solche Normen zwingen nicht, oder jedenfalls nicht unmittelbar. Die Verhaltenssteuerung er-

¹⁷ *Goldschmidt*, *Der Prozeß als Rechtslage* (1925); *Niese*, *Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen* (1950); *Eb. Schmidt*, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung I*, 1. Aufl. 1952.

¹⁸ *Searle*, *Speech Acts* (1969), dtsh: *Sprechakte*, vgl. hier insbesondere S. 54 ff. („Regeln“), S. 78 ff. („natürliche und institutionelle Tatsachen“), S. 100 ff. Vgl. auch: *von Wright*, *Norm and Action* (1963) S. 5 ff.

¹⁹ *Lehrkommentar I*, Rdnr. 41.

folgt dadurch, daß der Adressat von sich aus ein Interesse an der Erreichung bestimmter Ziele hat, denen im Normensystem formalisierte Positionen und Zwischenpositionen entsprechen: z. B. Urteile, Beweisbeschlüsse.

Versuchen wir, den Unterschied an einem unserer Beispiele zu verdeutlichen: Das Gericht, das die Aussage eines ohne Genehmigung vernommenen Beamten erhalten hat, hat damit nach der konstitutiven Betrachtungsweise eine Position gewonnen, die es bei normgemäßem Verhalten möglicherweise nicht erreicht hätte. Der Richter ist mit der Vernehmung gleichsam ins „Aus“ geraten. Wenn er von daher weiter prozediert, wird das Urteil fehlerhaft. Das ist nicht anders, als wenn man von außerhalb des Spielfelds ins Tor schießt.²⁰

Ganz anders bei der regulativen Betrachtungsweise: Der Richter hat etwas getan, was er nicht hätte tun sollen. Er ist jedoch nicht ins „Aus“ geraten, und deshalb durchaus nicht gehindert, die verbotenerweise gewonnene Position zum Urteil hin weiterzuführen. Trotzdem könnte das Urteil aufzuheben sein; aber das läge dann daran, daß die Übertretung der Norm noch im Urteil nachwirkt, was, wie wir gesehen haben, bei der unzulässigen Beamtenvernehmung nicht der Fall ist.

Interpretiert man prozessuale Vorschriften als konstitutive Normen, so kommt es auf einen besonderen Normzweck nicht an. *Eberhard Schmidt* schiebt deshalb in seiner Kommentierung des § 54 völlig konsequent die Frage nach der ratio legis ausdrücklich zur Seite²¹: „Gewiß soll mit § 54 auf die materiellen Interessen des Staates an Nichterörterung von Vorgängen aus dem Bereich des öffentlichen Dienstes Rücksicht genommen werden. Aber Beweisverbote haben prozeßrechtliche Bedeutung, und die entgegen einem Beweisverbot erfolgte Zeugenvernehmung ist eine prozeßordnungswidrige Maßnahme... Von der Frage der materiellen Interessenverletzung... ist die Frage des prozeßrechtlichen Interesses an justizförmiger Prozeßführung scharf zu unterscheiden.“

Auf die vorhergehende Frage, ob das Urteil bei normgemäßem Verhalten möglicherweise anders ausgefallen wäre, kommt es dagegen nach wie vor an.²² Normverstöße, bei denen dies zu verneinen ist – sie mögen noch so gravierend

²⁰ Das Verfahren der Feststellung – eines „Aus“ im Fußball bekanntlich durch Linienrichter und Schiedsrichter – kann wiederum konstitutiv (aber auch regulativ!) formalisiert sein: Das Phänomen „sekundärer“ Normen – zur Regelung des Falles, daß jemand primäre Normen nicht beachtet – gibt es bei konstitutiven Regelungen ebenso wie bei regulativen.

²¹ Rdnr. 10.

²² Vgl. *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar II, § 337 Rdnr. 16.

sein –, sind jedenfalls kein Schritt seitwärts vom Wege zum Urteil, und nur dies ist bei der konstitutiven Betrachtungsweise entscheidend.

Wir haben also zwei mögliche und sinnvolle Interpretationsweisen prozessualer Vorschriften. Es ist einerseits sehr zu vermuten, daß sich prozessuale Regeln in bestechend klarer Analogie wie Spielregeln beschreiben lassen – um den unter Philosophen bekanntesten Typ konstitutiver Normen zu nehmen. Z. B. kann man mit den Kategorien, die Goldschmidt und seine Nachfolger für Prozeßhandlungen entwickelt haben – die „Zulässigkeit“ eine Handlung, ihre „Wirksamkeit“ oder ihre „Beachtlichkeit“ (nämlich bei Aufforderungen an einen Mitspieler) – in ebenso zwangloser wie genauer Weise auch die Handlungen bei Gesellschaftsspielen wie Schach oder Skat erfassen.

Aber man kann es auch ebensogut so sehen: Der Strafprozeß ist ein Vorgang, der mit erheblichen Gefahren der Verletzung schutzwürdiger Interessen verbunden ist – für die unmittelbar Beteiligten selber wie für Außenstehende. Diese Gefahren sollen durch prozessuale Vorschriften soweit als möglich kontrolliert werden, und es ist nicht recht einzusehen, warum solche Vorschriften, nur weil sie prozessuale Vorgänge behandeln, grundsätzlich anders interpretiert und behandelt werden sollten als Schutzvorschriften in anderen gefährlichen Lebensbereichen, beispielsweise in der Verwaltung oder im Straßenverkehr.

Es ist auch ein begriffsjuristischer Fehler, wenn *Eberhard Schmidt* die Begriffe „Prozeßrecht“ und „Spielregeln“ identifiziert, und andererseits „materielles Recht“ und „Normen“. Ebenso wie auf das Prozeßrecht kann man auch beide Betrachtungsweisen auf das materielle Recht anwenden.²³ So dürfte sich auch das Recht der Handelsgesellschaften, das Wechselrecht oder das Grundbuchrecht – überhaupt alles Recht mit sog. Typenzwang – plausibel als System von konstitutiven Normen auffassen lassen.

Wenn beide Betrachtungsweisen sinnvoll sind, so fragt sich doch, welche

²³ Es kann auch ein und dieselbe Handlungsweise Gegenstand von konstitutiven und von regulativen Normen sein: „doppelfunktionale“ Handlungen. Für den Prozeß ist dies vor allem von *Niese* untersucht worden; aber bei Spielregeln im eigentlichen Sinne gibt es das Phänomen auch, z. B. bei Fouls im Fußball und viel weitergehend noch im Berufsfußball. Die beiden Normierungstechniken ergänzen sich aber nicht nur, sondern sie sind auch wechselseitig substituierbar. In Grenzen jedenfalls: Beispielsweise sollten die durch konstitutive Regeln geschaffenen „institutionellen Tatsachen“ (Searle) nicht mit der Anschaulichkeit und Faktizität der „natürlichen Tatsachen“ kollidieren. (Man kann z. B. nicht gut sagen: „Wer schneller als mit 50 km/st fährt, ist kein Teilnehmer am Stadtverkehr.“) Sonst ergeben sich gewaltsam-komische Effekte, die die Grundlage bekannter Juristenscherze bilden.

grundsätzlich den Vorzug verdient. Für das Revisionsrecht jedenfalls meine ich: die regulative.²⁴ Die Aufhebung eines Urteils, die Wiederholung eines Prozesses ist für alle Beteiligten eine sehr einschneidende Maßnahme, die man dann, aber auch nur dann durchführen sollte, wenn sie nach dem Zweck der übertretenen Vorschrift sinnvoll ist. Dies setzt aber eine Betrachtungsweise voraus, bei der einzelne Normzwecke überhaupt anerkannt und diskutiert werden können.

III.

Die beiden bisher beschriebenen Konzeptionen haben das eine gemeinsam, daß das vom Gesetz aufgestellte Erfordernis, das Urteil müsse auf dem Gesetzesvorstoß beruhen, ernst genommen wird. Es ist kein anderer normativer Satz im Spiel außer der übertretenen Vorschrift – eventuell ergänzt durch eine Hypothese über ihre ratio legis – und natürlich der pauschalen Anordnung des § 337 StPO, daß ein Urteil, das auf einer Gesetzesübertretung beruht, aufzuheben ist.

Es werden nun aber in Literatur und Rechtsprechung – zumindest als Argumente nebenher – noch andere normative Prämissen angeführt, durch die die Aufhebung eines Strafurteils gerechtfertigt sein könnte. Von diesen möglichen Gründen sei hier ein besonders wichtiger und interessanter erwähnt: der Gedanke, durch Aufhebung des Urteils nach einem Verfahrensmangel die Justiz und besonders die Verfolgungsbehörden dazu anzuhalten, Schutzvorschriften zu respektieren. In der amerikanischen Rechtsprechung wird dies Ziel ganz unverblümt ausgesprochen;²⁵ hierzulande ist man etwas zurückhaltender. Immerhin zieht auch der BGH einen besonderen „Anreiz zur künftigen Zuwiderhandlung“ als ein Argument für die Aufhebung eines Urteils in Betracht,²⁶ und wenn *Grünwald* fordert, daß ein *vorsätzlicher* Verstoß gegen Verfahrens-

²⁴ Freilich könnte man die Schmidtsche Position dahin modifizieren, daß nur eine Teilmenge der prozessualen Vorschriften als „wesentlich“ und damit konstitutiv für die normativ-soziale Gestalt des Strafprozesses anerkannt wird. § 54 fielen dann vermutlich nicht darunter. Aber „institutionelle Tatsachen“ sind viel weniger einfach und intersubjektiv abgrenzbar als einfache Interessen: solche Differenzierungsversuche würden zu unerfreulicher Unsicherheit führen.

²⁵ Vgl. z. B. *Honig*, Beweisverbote und Grundrechte im amerikanischen Strafprozeß (1967), S. 46.

²⁶ BGHSt. 24, 125 (130).

normen stets zur Aufhebung des Urteils führen müsse, hat er diesen Disziplinierungsgedanken im Auge.²⁷

Man muß anerkennen, daß dieser Gedanke eine ausgesprochen elegante Lösung eines Problems bietet. Man könnte von der „Selbstvereitelung übermäßiger Zweckverfolgung“ sprechen.

Das Verfahren beruht auf der – im Regelfall sicher zutreffenden – Voraussetzung, daß den Verfolgungsbehörden an einer Überführung des Verdächtigen, am Auffinden von Beweismaterial gelegen ist, und daß sie deshalb in Versuchung sind, Verfolgungsschranken zu durchbrechen, z. B. bei der Haussuchung, der Leibesvisitation oder der Vernehmung. Es ist einleuchtend, daß jemand von der Verwendung unzulässiger Mittel dann am ehesten absehen wird, wenn eben diese Verwendung dazu führt, daß er das damit angestrebte Ziel selber vereitelt. Es wäre eine Art negative Rückkoppelung in der Rechtsordnung.

Hinzu kommt, daß die Möglichkeit einer disziplinarischen Maßregelung des Beamten, der die Grenzen der erlaubten Amtsausübung überschritten hat, auf naheliegende sozialpsychologische Schranken stößt. Denn viel eher noch als der sprichwörtliche Zweck pflegt der Erfolg die Mittel zu heiligen, und hier ist es ein Erfolg gegen die Kriminalität und oft unter Bedingungen erreicht, die die Beachtung von Formalitäten als Lappalie erscheinen lassen können. Es ist dann viel wirkungsvoller, eine Reaktion anzuordnen, die neutral ist, die sich gegen eine Sache richtet und nicht gegen eine Person, gegen das Beweismittel und nicht gegen den, der es verschafft hat.

Aus dem Mechanismus der Selbstvereitelung übermäßiger Zweckverfolgung ergeben sich aber auch die Grenzen des Verfahrens. Der Mechanismus wirkt nur dann im Sinne der Rechtsordnung, wenn die Verfolgungsbehörden oder der Richter tatsächlich die Verurteilung des Beschuldigten anstreben. Ein Richter, dem es beispielsweise darum geht, einen Zeugen bloßzustellen oder Enthüllungen eines Beamten zu provozieren, und der die Zeugen deshalb bewußt nicht auf ihr Aussageverweigerungsrecht aufmerksam macht – beides in Prozessen mit politischem Hintergrund durchaus denkbar –, der würde durch die Tatsache, daß das Urteil nicht rechtsbeständig sein wird, keineswegs abgehalten. Schlimmer noch, wenn die Verfolgungsbehörden geradezu den entgegengesetzten Zweck verfolgen, Beweismaterial unschädlich zu machen – bei einer korrupten Polizei nicht ganz ausgeschlossen. Dann ist der Mechanismus nicht einfach unwirksam, sondern wirkt in die entgegengesetzte Richtung: er reizt zur Übertretung der Verfolgungsschranken an.

²⁷ a.a.O., S. 499.

Die Klasse der Revisionsmöglichkeiten nach dem Prinzip der Selbstvereitelung ist bei weitem die umfassendste: es kommt jetzt nur mehr auf die schlichte Kausalität an, daß dem Urteil das Ergebnis eines normwidrigen Verhaltens zugrunde gelegt wird, nicht mehr auf Reflexionen vom Normverstoß zum möglicherweise andern Urteil oder von der Urteilsaufhebung zur möglichen Korrektur des Normverstoßes. Das ist auch konsequent so: sonst wären wesentliche Normverstöße der disziplinierenden Kontrolle entzogen.

Man muß sich aber dabei bewußt sein, daß man – um prozessualen Schutzvorschriften Respekt zu verschaffen – Urteile aufopfert, die weder in regulativer noch in konstitutiver Betrachtungsweise fehlerhaft sind. Man opfert sie um des präventiven Schutzes anderer Interessen willen: des Hausrechts bei unerlaubten Untersuchungen, des Schamgefühls, der Vermeidung von Gesundheitsrisiken usw. Ob das gerechtfertigt ist, ist eine Frage, die sich nur durch den Vergleich mit den Alternativkosten entscheiden läßt, und dieser setzt vor allem soziologisches Wissen voraus.

Dabei kann schon eine einfache und vorläufige Plausibilitätsüberlegung einen davon zurückhalten, amerikanische Entscheidungsprinzipien nach bloßen Billigkeitsempfindungen zu übernehmen. Die amerikanische Praxis beruht auf ganz anderen justizsoziologischen Bedingungen: Parteiprozeß; der Staatsanwalt ist wählbar und daher für die Wiederwahl auf eine ansehnliche Erfolgsquote angewiesen; auch ist er bürokratischen Sanktionen aus einer übergeordneten Justizhierarchie weit weniger ausgesetzt als sein deutscher Kollege. Es wäre also plausibel, wenn unter *diesen* Umständen eine weit stärkere Gegenmotivation zum Schutz der durch die Strafverfolgung bedrohten Rechtsgüter notwendig ist.

Das Argument, man soll die Revision dazu verwenden, künftigen Verfahrensverstößen entgegenzuwirken, ist nur ein Beispiel für ein normatives Postulat, mit dem man über die Grenze des § 337, wonach das Urteil auf dem Verfahrensverstoß *beruhen* müsse, hinausgeht. Es gibt noch andere derartige Postulate, z. B. solche, die eine Art „Genugtuung“ für die Verletzung von Schutzvorschriften gewähren wollen. Wenn dies auch sehr viel weniger klar und diskutabel zu sein scheint, so ist doch die Struktur der erforderlichen Argumentation stets die gleiche: Man muß abwägen zwischen dem Interesse, ein an sich mangelfreies Urteil aufrechtzuerhalten, und anderen Wertaspekten. Es ist zu bezweifeln, daß es hierfür hinreichend genaue Entscheidungsmaßstäbe gibt.