

Albin Eser / Walter Perron (Hrsg.)

Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit
und Sanktionierung in Europa

Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für
ausländisches und internationales Strafrecht

Strafrechtliche Forschungsberichte

Herausgegeben von Ulrich Sieber

Band S 152



Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Strafrecht

Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa

Zugleich ein Beitrag zur Theorie
der Strafrechtsvergleichung

Albin Eser • Walter Perron (Hrsg.)



Duncker & Humblot • Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

DOI <https://doi.org/10.30709/978-3-86113-802-0>

Alle Rechte vorbehalten

© 2015 Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V.
c/o Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht
Günterstalstraße 73, 79100 Freiburg i.Br.

<http://www.mpicc.de>

Vertrieb in Gemeinschaft mit Duncker & Humblot GmbH, Berlin
<http://www.duncker-humblot.de>

Umschlagbild: Quelle: <http://www.zeno.org> - Contumax GmbH & Co. KG


Druck: Stückle Druck und Verlag, Stückle-Straße 1, 77955 Ettenheim

Printed in Germany

ISSN 1860-0093

ISBN 978-3-86113-802-0 (Max-Planck-Institut)

ISBN 978-3-428-14898-1 (Duncker & Humblot)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Vorwort der Herausgeber

Gemessen an der wachsenden Zahl von Publikationen, die sich neuerdings der Rechtsvergleichung – und dabei nicht zuletzt auch der Strafrechtsvergleichung – widmen, scheint es dazu keiner weiteren Beiträge zu bedürfen – es sei denn, dass neue Wege eröffnet werden. Das ist mit diesem Forschungsprojekt der Fall: indem die Untersuchung nicht auf den segmentären Vergleich einzelner strafrechtlicher Normen und Verfahren beschränkt wird, sondern zudem in empirischer Exemplifizierung anhand eines Falles die verschiedenen Strukturen und Ebenen strafrechtlicher Zuschreibung von Verantwortung in den Blick genommen werden. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse werden eingebracht in einen Beitrag zur Geschichte, zu den Zielen und zu den Methoden der Strafrechtsvergleichung.

Was ein solcher „Allgemeiner strafrechtlicher Strukturvergleich“, wie diese normativ-empirische Untersuchung nach ihrem Arbeitstitel benannt war, im Einzelnen zu bedeuten hat, wird in der nachfolgenden Einführung zur Entwicklung des Projekts sowie zu seinen Zielen und Methoden näher aufzuzeigen sein. An dieser Stelle seien lediglich einige kurze Bemerkungen zum Inhalt und zur Gliederung dieses Bandes vorausgeschickt und obligate Dankesworte zum Ausdruck gebracht.

Den 1. Teil bildet die Einführung zur bereits angedeuteten Genese (*Albin Eser*) und zur Zielsetzung des Projekts (*Walter Perron*).

Im 2. Teil folgen die Landesberichte zu den nach bestimmten Kriterien ausgewählten Ländern: so zu Deutschland (*Helmut Gropengießer*), England und Wales (*Barbara Huber*), Frankreich (*Holger Barth*), Italien (*Konstanze Jarvers* nach Vorarbeit von *Susanne Hein*), Österreich (*Ursula Medigovic*), Portugal (*Peter Hünerfeld*), Schweden (*Karin Cornils*) und der Schweiz (*Hans Vest*). Diese Berichte sind nach dem gleichen Grundschema aufgebaut: Da der Rechtsvergleich nicht auf die abstrakte Gegenüberstellung von Einzelnormen beschränkt bleiben, sondern möglichst konkret auch die praktische Anwendung und Sanktionierung ermittelt werden sollten, wurden die Untersuchungen anhand verschiedener Varianten eines für alle Landesberichte gleichermaßen vorgegebenen Tötungsfalls durchgeführt und dementsprechend darüber berichtet. Dazu wird jeweils zunächst der rechtstatsächliche Hintergrund der landesspezifischen Tötungskriminalität und ihrer Sanktionierung beleuchtet. Dem folgt die Darstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen, beginnend mit den einschlägigen materiellrechtlichen strafbegründenden- wie auch möglicherweise straffreistellenden oder strafmildernden Regelungen, fortgesetzt mit den Wesenszügen des Strafverfahrensrechts und endend mit denen der Strafvoll-

streckung. Nach Erläuterungen zu Auswahl und Form der Befragung von Landesjuristen zu den verschiedenen Fallvarianten wird deren Beurteilung wiedergegeben.

Diese länderspezifischen Befunde zu analysieren, in querschnitthaftem Vergleich zusammenzufassen und aus rechtsvergleichender Perspektive zu bewerten, ist Aufgabe des zentralen 3. Teils (*Walter Perron*). Dabei sind sowohl mögliche Gemeinsamkeiten als auch Unterschiede zwischen den untersuchten Ländern offen zu legen, wobei das Augenmerk vor allem auf strukturbedingte Besonderheiten zu richten ist.

Im abschließenden 4. Teil wird versucht, die aus diesem Projekt zu ziehenden Erkenntnisse in einen darüber hinausgehenden Zusammenhang zu stellen und im Rückblick auf die Geschichte der Rechtsvergleichung mögliche Zukunftsperspektiven ihrer Zielsetzungen und Methoden aufzuzeigen, einschließlich eines Leitfadens für rechtsvergleichendes Arbeiten (*Albin Eser*).

Wenn die Konzipierung, die Durchführung und der Abschluss dieses Projekts weitaus mehr Zeit in Anspruch genommen haben, als dies ursprünglich erwartet war, so ist dies einerseits sicherlich zu bedauern. Nicht nur, dass bereits die Zielbestimmung des Projekts längeren Überlegens und seine Methodik immer wieder gewisser Korrekturen bedurften. Vielmehr standen auch berufliche Überlastungen, wie im Fall von *Albin Eser* durch zeitraubende Selbstverwaltungsämter in Senat und Präsidium der Deutschen Forschungsgemeinschaft und als Sektionsvorsitzender in der Max-Planck-Gesellschaft sowie als Richter am Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien beziehungsweise im Fall von *Walter Perron* durch Lehrverpflichtungen und Dekanatsfunktionen, einer kontinuierlichen Projektdurchführung im Wege. Gleichermaßen waren auch bei den Landesberichterstattern mannigfache Stellenwechsel und Zusatzbelastungen zu berücksichtigen.

Andererseits ist aber diesem langwierigen Projektverlauf auch Positives abzugewinnen. Nicht nur, dass auf diesem Wege bereits die Zielbestimmung und die Methodik immer wieder neu zu überdenken waren und damit reifen konnten. Auch ließ sich auf diese Weise die wachsende Bedeutung berücksichtigen, welche die Strafrechtsvergleichung in neuerer Zeit gewonnen hat. So sehr dies zu begrüßen ist, mag die Veröffentlichung der aus unserem Projekt gewonnenen Erkenntnisse doch gerade auch zur rechten Zeit kommen, um neuartige Ziele und Wege strafrechtsvergleichender Forschung aufzuzeigen.

Von den vielen, die zur Konzipierung und Durchführung des Projekts sowie schließlich zu seiner Veröffentlichung in irgendeiner Weise beigetragen haben, gilt unser Dank in erster Linie den Landesberichterstattern; und dies nicht nur dafür, dass sie ihre Berichte verfasst, sondern dass sie schon zuvor die empirischen Befragungen durchgeführt und zum Teil bereits an der Verfeinerung der Zielkonzeption und der Methodik anregend mitgewirkt haben. Letzteres gilt dankenswerterweise auch für die Kollegen aus der Kriminologie, die uns, wie namentlich

Hans-Jörg Albrecht und *Josef Kürzinger*, vor allem bei der Ausarbeitung des Interviewleitfadens nachhaltig unterstützt haben. Zu danken ist natürlich auch den Theoretikern und Praktikern, die sich alsdann für die teils recht zeitaufwendigen Befragungen zur Verfügung gestellt haben. Auch den Mitarbeiterinnen im Lektorat, namentlich Frau *Nina Stibbe*, Frau *Ines Hofmann* und Frau *Birgit Jacob* gebührt unser bester Dank für die sorgfältige Korrektur der Manuskripte samt der teils nicht einfachen Formatierung der Schemata. Nicht zuletzt ist Herrn *Ulrich Sieber* dafür zu danken, dass bei seiner Nachfolge im Direktorenamt der Abschluss des Projekts und seine Veröffentlichung Unterstützung bei ihm fanden.

Was die inhaltliche Verantwortung betrifft, so liegt diese letztlich bei dem jeweils genannten Autor. Damit sei nicht ausgeschlossen, dass in den Landesberichten dargestellte Fakten und Einschätzungen im rechtsvergleichenden Querschnitt oder in den theoretischen Perspektiven möglicherweise anders zu bewerten waren, als es sich der Berichtstatter vorgestellt hatte. Entsprechendes gilt auch im Verhältnis zwischen den beiden Herausgebern: Auch wenn wir unsere Texte jeweils gegengelesen und erforderlichenfalls aufeinander abgestimmt haben, bleibt im Fall von Abweichungen der angegebene Verfasser letztverantwortlich.

Freiburg, im Oktober 2015

Albin Eser, Walter Perron

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Teil 1 – Einführung	1
§ 1 Zur Genese des Projekts – Ein Werkstattbericht (<i>Albin Eser</i>)	3
§ 2 Ziel und Methode der Untersuchung (<i>Walter Perron</i>)	27
Teil 2 – Landesberichte	47
§ 3 Landesbericht Deutschland (<i>Helmut Gropengießer</i>)	49
§ 4 Landesbericht England und Wales (<i>Barbara Huber</i>)	111
§ 5 Landesbericht Frankreich (<i>Holger Barth</i>)	183
§ 6 Landesbericht Italien (<i>Konstanze Jarvers</i>)	291
§ 7 Landesbericht Österreich (<i>Ursula Medigovic</i>)	431
§ 8 Landesbericht Portugal (<i>Peter Hünerfeld</i>)	541
§ 9 Landesbericht Schweden (<i>Karin Cornils</i>)	621
§ 10 Landesbericht Schweiz (<i>Hans Vest</i>)	703
Teil 3 – Rechtsvergleichende Analyse der Untersuchungsergebnisse (<i>Walter Perron</i>)	761
§ 11 Einführung	767
§ 12 Tatbestandliche Einstufungen der Fallvarianten	770
§ 13 Straffreistellungen	821
§ 14 Straffestsetzung	838
§ 15 Einflüsse des Strafverfahrens	899
§ 16 Besonderheiten der Strafvollstreckung	909
§ 17 Wesentliche Gemeinsamkeiten und länderübergreifende Strukturen	915
§ 18 Perspektiven eines europäischen Strafrechts	923
Teil 4 – Strafrechtsvergleichung: Entwicklung – Ziele – Methoden (<i>Albin Eser</i>)	929
Anhang	
Auswertungsbogen zu den Experteninterviews	1137
Autoren und Herausgeber	1145

Teil 1

Einführung

§ 1

Zur Genese des Projekts – ein Werkstattbericht

Albin Eser

Inhaltsverzeichnis

I. „Rechtfertigung und Entschuldigung“ als Schlüssel zum Strukturvergleich des Verbrechensbegriffs	5
II. Erweiterung zu einem „Allgemeinen strafrechtlichen Strukturvergleich“	14
III. Weiterführung als fallorientiert normativ-empirische Strukturanalyse	19

„Habent sua fata libelli“. Diese Schicksalhaftigkeit von Büchern kann auch für Forschungsvorhaben gelten – so wie es bei dem hier vorzustellenden der Fall war. Daraus ist sowohl seine Entstehung aus einem rechtsvergleichenden Projekt zu „Rechtfertigung und Entschuldigung“ als Schlüssel zu einem „Allgemeinen strafrechtlichen Strukturvergleich“ wie schließlich auch seine Weiterführung zu einer normativ-empirischen Untersuchung der Strukturen strafrechtlicher Zuschreibung und Sanktionierung von Verantwortung zu verstehen.

I. „Rechtfertigung und Entschuldigung“ als Schlüssel zum Strukturvergleich des Verbrechensbegriffs

Ausgangspunkt war der aus der Beschäftigung mit dem angloamerikanischen Common law gewonnene Eindruck, dass sich dessen Verbrechensbegriff viel zu grundlegend vom deutschen Verständnis und Aufbau der Straftat zu unterscheiden scheint, um einen sinnvollen Rechtsvergleich zu ermöglichen. Dies vor allem deshalb, weil dem common law sowohl die Abstufung von Unrecht und Schuld wie dementsprechend auch die Unterscheidung von Rechtfertigung und Entschuldigung grundsätzlich fremd ist.¹ Auch ein Vergleich mit dem sozialistischen Verbrechensaufbau scheint bereits daran zu scheitern, dass dieser in viergliedriger Weise zwischen dem Objekt der Straftat (dem geschützten Rechtsgut), der objektiven Tatseite (wie Handlung, Erfolg, Kausalität und Gesellschaftsgefährlichkeit einschließlich Rechtswidrigkeit), dem Subjekt des Verbrechens (Täterqualität) und der subjektiven Tatseite (wie Vorsatz oder Fahrlässigkeit) unterscheidet,² ohne dass dies jedoch der deutschen Strukturierung von tatbestandsmäßigem Unrecht und Schuld und deren möglichem Ausschluss durch Rechtfertigung und Entschuldigung (sowie etwaigen weiteren Strafbarkeitsvoraussetzungen wie Strafantrag oder objektiven Strafbarkeitsbedingungen beziehungsweise Strafverfolgungshindernissen wie Verjährung) entspreche. Das soll nicht heißen, dass solche Strafbarkeitselemente in anderen Rechtsordnungen nicht vorhanden seien und gleiche dogmatische Probleme aufwerfen könnten;³ wohl aber können sie anders strukturiert und daher nicht

¹ Vgl. *Albin Eser*, Justification and Excuse, *The American Journal of Comparative Law* 24 (1976), S. 621–637 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3765

² Vgl. *S.G. Kelina*, Das sowjetische Strafrecht, in: Edmund Mezger/Adolf Schönke/Hans-Heinrich Jescheck (Hrsg.), *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*, Berlin 1982, S. 157–299 (192), sowie *Igor Andrejew*, Das polnische Strafrecht, in: Mezger/Schönke/Jescheck (ebenda), S. 7–155 (30).

³ Wie zutreffend zum polnischen Verbrechensaufbau festgestellt von *Ewa Weigend*, Entwicklung und gegenwärtiger Stand der Strafrechtsdogmatik in Polen, *ZStW* 90 (1978), S. 481–503 (483). Vgl. auch *Friedrich-Christian Schroeder*, Die Gliederung der Straftat in der Sowjetunion und in der DDR, in: Theo Vogler (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlin 1985, Band II, S. 1249–1264, sowie neuerdings *Ma-*

ohne Weiteres in die gleichen Begriffsschemata und Wertungsebenen einzubringen sein.

Gewiss war und ist damit die rechtsvergleichende Beschäftigung mit einzelnen Rechtsfiguren und besonderen Verbrechenstatbeständen nicht ausgeschlossen. Wollte man etwa alle Verbrechenstelemente und Tatbestände auflisten, die bereits Gegenstand eines Rechtsvergleichs waren, so würde vielleicht kein Paragraph des Strafgesetzbuchs und wohl auch keiner der üblichen Topoi eines Strafrechtslehrbuchs als noch nicht behandelt zurückbleiben. Sobald es jedoch um allgemein bedeutsame Elemente und Erscheinungsformen des Verbrechens wie Vorsatz und Irrtum, Fahrlässigkeit und Unterlassung, Versuch und Tatbeteiligung geht, stößt man auf strukturell erhebliche Unterschiede, ohne deren Berücksichtigung auch manche Einzelphänomene strafrechtlicher Verantwortlichkeit kaum zu erklären sind.

Wenn dieser Eindruck nicht dazu führen soll, von Verbrechensvergleichen zwischen Rechtssystemen, weil strukturell zu grundverschieden, völlig Abstand zu nehmen, ist nach neuen Wegen zu suchen. Wie bereits in meiner Einführung zum Programm des Zweiten deutsch-polnischen Strafrechtskolloquiums vom April 1984 angedeutet,⁴ könnte der Verbrechenbau verschiedener Rechtsfamilien deshalb so unterschiedlich erscheinen, weil man jeweils nur die positiv erforderlichen Verbrechenstelemente – und damit gleichsam nur die Vorderfassade der Straftat – in den Blick nimmt und sich aus dieser Perspektive sicherlich ein sehr unterschiedliches Erscheinungsbild ergibt: Während in dieser Sichtweise das Verbrechenbild des Common law durch Gleichordnung von *actus reus* und *mens rea* nahezu unstrukturiert erscheint, stellt sich der deutsche Verbrechenbegriff mindestens zweistufig in Unrecht und Schuld – oder durch Unterteilung des Mindests in Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit sogar dreistufig – dar. Deshalb musste sich der Verbrechenbegriff des Common law schon als „flat“ charakterisieren lassen, während dem im deutschsprachigen Rechtskreis vorherrschenden Begriff der Straftat Strukturiertheit attestiert werden konnte.⁵ Von diesen beiden Ansätzen hebt sich

nucmehr Kudratov, Die Straftatausschlussgründe nach tadschikischem Strafrecht. Eine Analyse aus deutscher Perspektive, Frankfurt/Main 2011, S. 17 ff.

⁴ *Albin Eser*, Eröffnungsansprache, in: Albin Eser/Günther Kaiser/Ewa Weigend (Hrsg.), Zweites deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie. Rechtfertigung und Entschuldigung – Schwangerschaftsabbruch – Gewaltkriminalität – Stellung des Verletzten. Baden-Baden 1986, S. 4.

⁵ Näher zu dieser Gegenüberstellung von „flat“ oder „holistic“ einerseits bzw. „structured“ oder hierarchisch gestuft andererseits vgl. den Disput zwischen *Albin Eser*, Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime (in dem u. Fn. 8 angeführten Band I, S. 17–65 (22 f.)), und *George P. Fletcher*, The Right and the Reasonable (ebenda S. 67–119 (72)).

wiederum die andersartige Vierstufigkeit im sozialistischen Verbrechenverständnis ab.⁶

Wie sich aber bei näherer Betrachtung zeigt, bleibt diese Blickbeschränkung auf die Vorderansicht des formalen Aufbaus der Straftat buchstäblich vordergründig. Will man nämlich inhaltlich erfassen, was eine Straftat material ausmacht und inwieweit dabei auch bestimmte Abstufungen vorgenommen werden, hat es sich als unzureichend herausgestellt, allein darauf zu schauen, welche Elemente mit welchem Aufbau für die Annahme einer Straftat positiv vorliegen müssen. Vielmehr wäre in die Betrachtung auch miteinzubeziehen, ob und inwieweit in einem Strafrechtssystem – neben den positiv erforderlichen Elementen – auch Gründe vorzufinden sind, bei deren Vorliegen die durch Erfüllung einer Verbotsnorm an sich gegebene Strafbarkeit letztlich denn doch wieder ausgeschlossen sein kann, und wenn ja, welche Ratio mit welchem Gewicht einem solchen Ausschluss zugrunde liegt. Statt sich also durch die „Vorderfront“ der für die Strafbarkeit wesentlichen Elemente Eingang in die verschiedenen Verbrechengebäude zu verschaffen, erschien es aussichtsreicher, den Zugang durch einen Vergleich der Straffreistellungsgründe – und damit gleichsam durch eine „dogmatische Hintertür“ – zu suchen.

Diese Überlegungen haben bei der Vorbereitung und Durchführung eines deutsch-angloamerikanischen Workshops zu „Basic Problems in Criminal Theory“ im Juli 1984 und eines deutsch-skandinavischen Strafrechtskolloquiums im Mai 1985 konkrete Gestalt angenommen. Obgleich auf beiden Symposien auch andere Themen – wie Kausalität, Irrtum, Tatbeteiligung, Versuch oder Neoklassizismus – zur Sprache kamen,⁷ standen im Mittelpunkt der Programmatik bereits Fragen zum Inhalt und zur Struktur von Rechtfertigung und Entschuldigung wie auch zu sonstigen Strafausschließungsgründen. Und dies selbst dort, wo es um Irrtum und Tatbeteiligung ging, sollte doch dabei – unter anderem – auch herausgefunden werden, inwieweit sich selbst bei solchen besonderen Phänomenen die etwaige Unterscheidung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung auswirken kann.

In meiner Einführung zu den beiden Sammelbänden, in denen ausgewählte Beiträge aus den beiden vorgenannten Kolloquien veröffentlicht sind,⁸ erschien es

⁶ Vgl. etwa zu den vier für den chinesischen Verbrechenbegriff „essential elements of crime“ *Shi-Zhou Wang*, The problem of justification and excuse in the Chinese criminal law, in: Eser/Nishihara (u. Fn. 19), S. 107–110, sowie zur weiteren Entwicklung *Chen Xingliang*, Die Wiedergeburt der chinesischen Strafrechtswissenschaft, ZStW 124 (2012), S. 807–828.

⁷ Vgl. im Einzelnen die im Anhang des nachfolgend genannten Sammelbandes II abgedruckten Programme.

⁸ *Albin Eser/George P. Fletcher* (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung – Rechtsvergleichende Perspektiven/Justification and Excuse – Comparative Perspectives, 2 Bände, Freiburg 1987/1988 (vgl. dazu auch die Rezension von *Kristian Kühn*, JZ 1989, S. 683–684). Ein Teil dieser Beiträge ist in Englisch veröffentlicht in Brigham Young University

noch geboten, dem Eindruck von Zufälligkeit oder Beliebigkeit vorzubeugen, der sich vielleicht infolge aus der Konzentrierung auf Rechtfertigung und Entschuldigung einstellen könnte.⁹ Vielmehr gehe es dabei um eine für die gesamte Strafrechtsdogmatik zentrale Problematik: nämlich um den in einem größeren Rahmen zu sehenden Versuch, die für die Strafbarkeit in verschiedenen Rechtsordnungen wesentlichen Elemente aufzudecken und miteinander zu vergleichen.

Während man nun normalerweise erwarten würde, dass Wesensgehalt und Struktur der Straftat am einfachsten durch einen positiven Vergleich des Deliktsaufbaus – also wie die Straftat mit ihren Elementen in verschiedenen Rechtsordnungen inhaltlich erfasst und strukturell aufgebaut ist – zu begreifen seien, mochte es überraschen, dass stattdessen gerade umgekehrt gleichsam negativ von der Frage nach Rechtfertigung und Entschuldigung auszugehen sei.

Zur Begründung dafür ist in meiner vorgenannten Einführung Folgendes ausgeführt: Die Ausrichtung an Rechtfertigung und Entschuldigung wird leicht erklärbar, wenn man sich bewusst macht, dass es eine dem deutschen Deliktsaufbau vergleichbare Strukturierung der Straftat in Form von Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld in vielen Rechtssystemen noch nicht gibt und deshalb ein Vergleich der Straftat anhand ihrer positiven Aufbauelemente jedenfalls vordergründig schon von vornherein zum Scheitern verurteilt scheint. Anlass zu solchen Befürchtungen besteht umso mehr, als selbst im deutschsprachigen Rechtskreis der Streit um einen dreistufigen Aufbau der vorgenannten Elemente – anstelle einer Zweistufigkeit von Unrecht (mit Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit als bloßen Unterstufen) und Schuld – keineswegs schon völlig ausgestanden ist und es selbst innerhalb eines nach dem einen oder anderen Konstruktionsprinzip errichteten Gebäudes teilweise noch durchaus offen ist, welche Einzelbestandteile (wie namentlich Vorsatz und Fahrlässigkeit) auf die eine oder die andere Ebene gehören. Auch soweit davon nur die „Innenarchitektur“ des Verbrechensgebäudes betroffen ist und somit seine „Außenfront“ zum Vergleich einlädt, kann die Hoffnung auf Erfolg leicht schwinden, wenn man sich ganz anders strukturierten Verbrechensgebäuden anderer Rechtsordnungen gegenüber sieht. So vor allem dort, wo sogar zweifelhaft erscheint, ob man – wie etwa hinsichtlich der im französischen Recht als bloße „analyse“ der Strafbarkeitsvoraussetzungen verstandenen Differenzierung zwischen den „*éléments légal, matériel et moral*“ oder hinsichtlich der gleichstufigen Erfassung aller Strafbarkeitselemente mittels *actus reus* und *mens rea* in der Common law-Tradition – überhaupt von einem „Aufbau“ der Straftat im Sinne einer sachlogischen Struktur sprechen kann.

Law Review 1986, S. 535–807; vgl. dazu auch *W. Cole Durham*, Notes on the Dialogue of German and American Criminal Theory, ebenda, S. 523–533.

⁹ *Albin Eser*, Einführung aus deutscher Sicht, in: Eser/Fletcher (o. Fn. 8), Band I, S. 1–8 (2–4) = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3903

Um sich durch solche Schwierigkeiten eines positiven Straftatvergleichs nicht von jeglicher rechtsvergleichenden Grundlagenarbeit im Bereich der allgemeinen Strafrechtsdogmatik abschrecken oder allenfalls auf Randfelder abdrängen zu lassen, hat sich zunächst rein forschungsstrategisch die Frage gestellt, ob dem Vergleichsproblem nicht auf anderem Wege – nämlich durch eine Struktur- und Inhaltsanalyse der für Rechtfertigung und Entschuldigung maßgeblichen Gründe – beizukommen wäre. Denn wie auch immer sich die „Vorderfront“ der für die Strafbarkeit wesentlichen Elemente darstellen mag, dürften in jeder Rechtsordnung bestimmte Gründe zu finden sein, bei deren Vorliegen die durch Erfüllung einer Verbotsnorm an sich gegebene Strafbarkeit letztlich dann doch wiederum ausgeschlossen sein kann. Statt also „vordergründig“ nach sonstigen (über die Verbotsnorm als solche hinaus erforderlichen) allgemeinen Strafbegründungsvoraussetzungen (wie Rechtswidrigkeit und Schuld) zu fragen und dabei in manchen Rechtsordnungen möglicherweise auf (tatsächliche oder vermeintliche) Fehlanzeige zu stoßen, wäre umgekehrt zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen trotz der an sich erfüllten Verbotsnorm die Strafbarkeit entfallen kann und welche Kriterien dafür maßgeblich sind. Von einer solchen „hintergründigen“ – weil an Strafausschließungsgründen orientierten – „Verbrechensdogmatik durch die Hintertür“ wurde vor allem Folgendes erhofft:

Zum einen, dass man sich nicht durch die unterschiedliche Fassade der verschiedenen Verbrechensgebäude irritieren lässt, sondern sich durch die Frage nach Strafausschließungsgründen und deren Rechtsnatur Zugang ins Gebäudeinnere und zu dessen möglichen Abteilungen oder gar abgestuften Ebenen verschafft. Denn ebenso wie sich vom Ausschluss eines Merkmals nur dann sinnvoll reden lässt, wenn dieses zuvor begründet worden war, setzt das Reden von Rechtfertigung und Entschuldigung dementsprechende Unrechts- und Schuldkategorien voraus, und sei es auch nur latent oder gar unbewusst. Und falls dabei der Rechtfertigung und Entschuldigung eine jeweils eigene Funktion und Wirkung beigemessen wird, muss solches konsequenterweise auch dem jeweiligen strafbegründenden Pendant in Gestalt von Unrecht und Schuld zugestanden werden. Entsprechendes muss dann natürlich ebenso für mögliche andere – außerhalb von Unrecht und Schuld lozierte – Strafausschließungsgründe gelten: wenn auch vielleicht nicht explizit, so doch jedenfalls modellhaft.¹⁰

Zudem eröffnet die Frage nach Rechtfertigung und Entschuldigung den Zugang zu anderen Grundlagenproblemen des Strafrechts: sei es zum Gesetzlichkeitsprinzip und zur richterlichen Rechtsschöpfung, zu Irrtum oder Tatbeteiligung, oder

¹⁰ Zu einer solchen Erforschung von Verbrechensgebäuden durch die „Hintertür“ vgl. auch *Walter Perron*, Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im System der Strafbarkeitsvoraussetzungen, in: Eser/Nishihara (u. Fn. 19, S. 67–92 (70 f.)); *ders.*, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im Völkerstrafrecht, in: Piotr Kardas/Tomasz Sroka/Włodzimierz Wróbel (Hrsg.), Państwo Prawa i Prawo Karne (Festschrift für Andrzej Zoll), Band II Warschau 2012, S. 683–700 (683).

auch zu rechtfertigungs- und entschuldigungsrelevanten Fragen einzelner Straftatbestände. Denn je nachdem, ob ein Rechtfertigungsgrund (wie etwa Notwehr) mit bestimmten Deliktstypen verhaftet (wie im Common law mit Tötung und Körperverletzung) oder (wie im deutschen Rechtskreis) generalisiert ist, lassen sich Rückschlüsse auf den Entwicklungsstand sowohl der allgemeinen Verbrechensdogmatik als auch des betroffenen Verbots- und Erlaubnisbereichs ziehen, ganz zu schweigen von bestimmten Einzelkriterien, die – wie etwa das Recht, wenn nicht sogar die Pflicht zur Notwehr zugunsten staatlicher Interessen – aufschlussreiche Gemeinsamkeiten oder Unterschiede im zugrunde liegenden Staatsverständnis offenbaren könnten. Solche Erwartungen gaben Anlass zu der Hoffnung, dass mit der Thematik von Rechtfertigung und Entschuldigung ein Schlüssel zu vielfältigen Fragen der Strafrechtsdogmatik gefunden sein könnte.

Um dieses Ziel zu verfolgen, wurde bei weiteren rechtsvergleichenden Kolloquien des Max-Planck-Instituts, selbst wenn sie schwerpunktmäßig anderen Themen gewidmet waren, jeweils Raum gelassen, um auch Fragen von Rechtfertigung und Entschuldigung zur Sprache zu bringen: so auf den bereits erwähnten bilateralen Kolloquien von 1984 zu deutsch-polnischen und 1985 zu deutsch-skandinavischen Vergleichen in Freiburg, wobei ersterenfalls neben dem polnischen Strafrecht¹¹ auch das schweizerische Recht Beachtung fand¹² beziehungsweise letzterenfalls selbst zwischen den nordischen Ländern gewisse Unterschiede sichtbar wurden,¹³ ferner auf dem Dritten deutsch-sowjetischen Kolloquium vom September 1985 auf Schloss Ringberg am Tegernsee¹⁴ sowie auf dem Dritten deutsch-polnischen Kolloquium vom Oktober 1986 in Krakau.¹⁵ Ähnlich wurden über diese teils schon

¹¹ Mit Beiträgen in *Eser/Kaiser/Weigend* (o. Fn. 4) zu den als „Konträrtypen“ verstandenen Rechtfertigungsgründen von *Andrzej Zoll* (S. 21–41) und *Andrzej Spotowski* (S. 43–64), zum erlaubten Risiko von *Kazimierz Buchala* (S. 65–98) und zu den Entschuldigungsgründen von *Ewa Weigend* (S. 99–120).

¹² Durch einen Beitrag von *Detlev Krauss* zu Prinzipien der Rechtfertigung und Entschuldigung, in: *Eser/Kaiser/Weigend* (o. Fn. 4, S. 11–20).

¹³ Wie bereits angedeutet, wurden die mit Straffreistellungsgründen befassten Beiträge dieses Kolloquiums in die beiden deutsch-angloamerikanisch-skandinavischen Sammelbände (o. Fn. 8) aufgenommen; vgl. dazu auch den Diskussionsbericht von *Johannes Klages* in Band II, S. 1557–1594. Die übrigen Beiträge dieses Kolloquiums sind veröffentlicht in *Albin Eser/Karin Cornils* (Hrsg.), *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik. Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtskolloquium*, Freiburg 1987.

¹⁴ *Albin Eser/Günther Kaiser* (Hrsg.), *Drittes deutsch-sowjetisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie. Rechtfertigung und Entschuldigung – Umweltstrafrecht – Jugendkriminalität*, Baden-Baden 1987, mit Beiträgen zu Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen sowie sonstigen straffausschließenden Umständen von *Friedrich-Christian Schroeder*, *Martin Fincke* und *S.G. Kelina*, die im Gesamtzusammenhang mit dem umfassenderen Rechtfertigungsprojekt zu sehen waren; vgl. den Tagungsbericht von *Walter Gropp*, ebenda, S. 311.

¹⁵ *Albin Eser/Günther Kaiser/Ewa Weigend* (Hrsg.), *Drittes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie. Täterschaft und ihre Erscheinungsformen – Vorverschulden – Jugendkriminalität und Jugendgerichtsbarkeit*, Baden-Baden 1988, mit Bei-

multilateralen Institutionskolloquien hinaus auch andere rechtsvergleichende Veranstaltungen dazu genutzt, um die strukturelle Schlüsselrolle von Rechtfertigung und Entschuldigung bewusst zu machen: wie namentlich auf dem finnischen Reformkolloquium vom September 1990 in Helsinki.¹⁶

Von zentraler Bedeutung waren jedoch jene multilateralen Kolloquien, die ganz auf die Vorstellung und Analyse von Inhalt und Struktur von Straffreistellungsgründen ausgerichtet waren: so nach dem dreiwöchigen deutsch-angloamerikanischen Workshop vom Juli 1984 (an dem neben britischen und amerikanischen Wissenschaftlern auch Strafrechtler aus Israel und Südafrika teilnahmen)¹⁷ das deutsch-romanische Kolloquium vom Juni 1990 in Freiburg (mit Fokus auf Italien, Portugal und Spanien)¹⁸ und das ostasiatisch-deutsche Kolloquium vom September 1993 in Tokio (wo übrigens zum ersten Mal Strafrechtler aus Japan, Korea und Taiwan mit Teilnehmern aus der Volksrepublik China ins Gespräch kamen).¹⁹

Neben den Kolloquien darf jedoch auch die Problemvertiefung in Form von Dissertationen nicht unerwähnt bleiben. Nachdem mit Tagungsbeiträgen oder vergleichbar kurzen Veröffentlichungen naturgemäß nur knappe Übersichten geboten oder lediglich Einzelfragen behandelt werden können, wurde von Promotionsvorhaben erhofft, durch monographische Behandlung grundlegende Einblicke in das Verständnis von Rechtfertigung und Entschuldigung und deren Rolle im Verbrechenssystem verschiedener Länder zu erhalten: so zum koreanischen Recht von *Ou-Chan Choi*²⁰ und *Yong-Sik Lee*,²¹ zum spanischen Recht von *Walter Perron*,²²

trägen zu Schuldunfähigkeits- und Notwehrproblemen von *Kasimierz Buchala* und *Justus Krümpelmann* bzw. *Lech Gardocki*.

¹⁶ *Albin Eser*, Die Unterscheidung von Rechtfertigung und Entschuldigung: Ein Schlüsselproblem des Verbrechensbegriffs, in: Raimo Lahti/Kimmo Nuotio (Hrsg.), *Criminal Law Theory in Transition. Finnish and Comparative Perspectives/Strafrechtstheorie im Umbruch. Finnische und vergleichende Perspektiven*, Helsinki 1992, S. 301–317 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3383.

¹⁷ Vgl. den Diskussionsbericht von *W. Cole Durham*, *Reminiscence of Dialogue. Beyond the Papers of the Freiburg Conference*, in: *Eser/Fletcher* (o. Fn. 8), Band II, S. 1489–1554.

¹⁸ *Albin Eser/Walter Perron* (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III. Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtsskolloquium 1990*, Freiburg 1991. Ein Teil dieser Beiträge ist auch in Spanisch veröffentlicht in *Albin Eser/Enrique Gimbernat/Walter Perron* (Hrsg.), *Justificación y Exculpación en Derecho Penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal)*, Madrid 1995.

¹⁹ *Albin Eser/Haruo Nishihara* (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung. IV. Ostasiatisch-deutsches Strafrechtsskolloquium Tokio 1993*, Freiburg 1995. Vgl. dazu auch *Albin Eser*, *Rechtfertigung und Entschuldigung im japanischen Recht aus deutscher Perspektive*, in: *Albin Eser* (Hrsg.), *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden 1998, S. 41–65 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3677.

²⁰ *Ou-Chan Choi*, *Notwehr und „gesellschaftliche Sitten“*. Ein deutsch-koreanischer Vergleich zu sozialetischen Implikationen von Rechtfertigungsgründen, Freiburg 1988.

²¹ *Yong-Sik Lee*, *Entschuldigungsgründe im deutschen und koreanischen Strafrecht*, Freiburg 1992.

zum angloamerikanischen Recht von *Jochen Etzel*²³ und *Jens Watzek*²⁴ sowie zum internationalen Strafrecht von *Christiane Nill-Theobald*²⁵ (während weitere schon weit fortgeschrittene Promotionsvorhaben zu Straffreistellungsgründen im damaligen DDR-Strafrecht wie auch zu den allgemeinen Prinzipien der Entschuldigungsgründe bedauerlicherweise nicht zum Abschluss kamen).

Erfreulicherweise hat der Versuch, trotz unterschiedlicher formaler Strukturen gleichsam verbrechensdogmatisch durch die Hintertür zu materiell gleichartigen Strafbarkeitselementen zu gelangen, auch im Fachbeirat und Kuratorium des Max-Planck-Instituts als dessen externen Beratungs- und Evaluierungsgremien von Anfang an wachsende Zustimmung gefunden.²⁶ Das zeigte sich bereits auf den Fachbeirats- und Kuratoriumssitzungen vom 3. Februar 1983, als ich erstmals nach Eintritt in die Institutsleitung – als eines unter anderen mittel- und längerfristigen gemeinschaftlichen Projekten – eine „Rechtsvergleichende Untersuchung zu den Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen sowie zu sonstigen Straffreistellungen“ vorstellen konnte. Über die aus einem solchen Systemvergleich zu erhoffenden Eindrücke von verschiedenartigen Strukturen des Verbrechenaufbaus hinaus waren auch Einblicke in sich daraus ergebende Auswirkungen auf einzelne Verbrechenselemente zu erwarten, ebenso wie sich daraus vielleicht auch Erkenntnisse zum besseren Verständnis von Straffreistellungen von bestimmten Straftaten – wie insbesondere zu dem parallel laufenden Rechtsvergleich zum Schwangerschaftsabbruch – gewinnen ließen. In einem derartigen Projekt zu „Straffreistellungsgründen im internationalen Vergleich“ sah man auch im Kuratorium bereits die Chance, dass „Forschung zum Verhältnis von Norm und Wirklichkeit durchaus strafrechtsvergleichend angegangen werden könne“. Das dafür erforderliche Material hoffte ich in ersten Schritten durch die bereits erwähnten bi- und multilateralen rechtsvergleichenden Kolloquien sowie durch monographische Promotionsvorhaben erschließen zu können. Dazu war bereits im Tätigkeitsbericht von 1984 und der dazugehörigen Fachbeirats- und Kuratoriumssitzung vom 24. Februar 1985 festzustellen, dass es sich bei der Erforschung von Rechtfertigung und Entschuldigung

²² *Walter Perron*, Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht. Ein Strukturvergleich strafrechtlicher Zurechnungssysteme, Baden-Baden 1988.

²³ *Jochen Etzel*, Notstand und Pflichtenkollision im amerikanischen Strafrecht, Freiburg 1993.

²⁴ *Jens Watzek*, Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht. Eine Strukturanalyse der allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen aus deutscher Perspektive, Freiburg 1997.

²⁵ *Christiane Nill-Theobald*, „Defences“ bei Kriegsverbrechen am Beispiel Deutschlands und der USA. Zugleich ein Beitrag zu einem Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts, Freiburg 1998.

²⁶ Die nachfolgenden Angaben stützen sich, soweit nicht anders angezeigt, auf die jeweiligen Tätigkeitsberichte des Max-Planck-Instituts, die Sitzungsprotokolle der regelmäßig darüber beratenden und dem MPG-Präsidenten berichtenden Gremien des Fachbeirats und des Kuratoriums sowie der strafrechtlichen Forschungsgruppe des MPI wie auch auf handschriftliche Notizen.

um eine langfristige Arbeit handele, wobei vor allem der deutsch-spanische Rechtsvergleich in der Dissertation von *Walter Perron* als Grundlagenforschung angelegt sei, um über den konkreten bilateralen Vergleich hinaus einen allgemeinen Ansatz zur Vergleichung strafrechtlicher Strukturen zu entwickeln. Dies wurde in den Gremien begrüßt.

Nachdem in der Zwischenzeit bereits mehrere der vorgenannten Kolloquien stattgefunden hatten und das Promotionsvorhaben von *Walter Perron* erste grundlegende Erkenntnisse erwarten ließ, konnte er diese am 13. Februar 1987 in einer der für Fachbeirats- und Kuratoriumssitzungen üblichen Vortragsveranstaltungen vorstellen.²⁷ In meiner Einführung dazu wie auch zur Eröffnung der sich dem Vortrag anschließenden Diskussion²⁸ wurde als Grundfrage der Strafrechtsdogmatik die Frage nach der Struktur und dem Wesensgehalt der Straftat hervorgehoben und das Problemfeld Rechtfertigung und Entschuldigung als „eine Art Schlüssel für ein tieferes Eindringen in den Begriff der Straftat“ bezeichnet; denn „da ein [Verbrechens-]Merkmal sinnvollerweise nur dann ausgeschlossen werden könne, wenn es zuvor überhaupt begründet worden sei, würden Rechtfertigung und Entschuldigung zwangsläufig entsprechende Unrechts- und Schuldkategorien voraussetzen“.²⁹ Diese Annahme fand *Perron* aus seiner Beschäftigung mit dem spanischen Strafrecht insoweit bestätigt, als „die Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe des deutschen Rechts bestimmte Zurechnungselemente sind, die in einer bestimmten Beziehung zu den vorgelagerten Wertungskategorien der Rechtswidrigkeit und der Schuld stehen und dementsprechend letztlich von bestimmten materiellen Tat-, Strafzweck- und Strafgrenzwertungen abhängen“;³⁰ dass jedoch darüber hinaus auf einer weiteren Wertungsebene noch weitere Strafbarkeitsvoraussetzungen, wie sie gewöhnlich nur sehr vage als solche der „Strafwürdigkeit“ oder „Kriminalpolitik“ umschrieben werden, zu berücksichtigen seien.³¹ Aus der sich seiner näheren Analyse des spanischen Strafrechts anschließenden Diskussion, in der es zunächst vor allem um innerspanische Abgrenzungsprobleme zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung ging (*José Cerezo Mir*), sind in grundsätzlicher Hinsicht folgende Beobachtungen bemerkenswert: Zum einen die Feststellung, „dass aus der Zweiteilung Rechtfertigung/Entschuldigung noch nicht unbedingt die Zweiteilung Rechtswidrigkeit/Schuld folge“, da die Kategorien Rechtfertigung und Entschuldigung weit über den Rechtsbereich hinaus auf allgemeine Wertungen zielten; des-

²⁷ *Walter Perron*, Rechtfertigung und Entschuldigung in rechtsvergleichender Sicht – unter besonderer Berücksichtigung des spanischen Strafrechts, ZStW 99 (1987), S. 902–923.

²⁸ Vgl. *Wolfgang Kapp*, Bericht über das Kolloquium „Rechtfertigung und Entschuldigung in rechtsvergleichender Sicht – unter besonderer Berücksichtigung des spanischen Strafrechts“, ZStW 99 (1987), S. 924–938.

²⁹ *Eser*, in: *Kapp* (o. Fn. 28), S. 925.

³⁰ *Perron* (o. Fn. 27), S. 907.

³¹ *Ebenda*, S. 905 f.

wegen sei es ein kluger Ansatz, die vergleichende Untersuchung auf diesen negativen Begriffen aufzubauen (*Manfred Burgstaller*). Zum anderen werfe das Phänomen von „Beinahe-Rechtfertigung“ und „Beinahe-Entschuldigung“ die Frage auf, inwieweit darin eine Tendenz zur Abschiebung ungelöster Probleme der Dogmatik in den Strafzumessungsbereich zu sehen sei (*Heinz Schöch*). Schwierigkeiten bereite ferner die Frage, inwieweit Rechtfertigung über den strafrechtlichen Bereich hinaus zu wirken habe und Schuldaspekte sich als solche der Kriminalpolitik erfassen ließen (*Hans Schultz*).³²

Wie im Tätigkeitsbericht von 1987 eingeräumt, war es in den bis dahin gesammelten Kolloquiumsbeiträgen lediglich darum gegangen, grundrissartig die jeweils eigene Rechtslage darzustellen, wobei die einen Vergleich erleichternden Vorgaben nur in recht unterschiedlichem Grade beachtet wurden; deshalb habe die eigentliche Vergleichsarbeit erst noch zu folgen. In diesem Sinne war auch nach Ansicht des Fachbeirats und Kuratoriums in der Sitzung vom 12./13. Februar 1988 das Projekt in Richtung eines, wenngleich als sehr schwierig einzuschätzenden, „Strukturvergleichs der Gesamtdogmatik des Strafrechts“ weiterzuentwickeln, wobei es unter „Strafrechtsdogmatik – ein internationaler Strukturvergleich“ firmieren könne (*Claus Roxin*).

II. Erweiterung zu einem „Allgemeinen strafrechtlichen Strukturvergleich“

Diese positiven Reaktionen ermutigten dazu, im Tätigkeitsbericht von 1988 auf der Grundlage der aus den bisherigen Arbeiten und Veranstaltungen gewonnenen Erkenntnisse eine Ausweitung des Projekts auf einen (nun erstmals so genannten) „Allgemeinen strafrechtlichen Strukturvergleich“ nahezulegen. Zur Begründung dafür ist ausgeführt, dass zwar einerseits „die verschiedenen Rechtssysteme in ihren einzelnen Institutionen einander so ähnlich sind, daß partielle Vergleiche ohne weiteres möglich erscheinen. Auf der anderen Seite haben sich aber an der für das deutsche Recht grundlegenden Differenzierung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung tiefgreifende Verständnisschwierigkeiten erwiesen – insbesondere mit den Vertretern des Common law-Systems. Eine rechtsvergleichende Analyse der Rechtfertigungs- und Entschuldigungsstrukturen kann deshalb nicht ohne Rückgriff auf die Gesamtstrukturen der verschiedenen Strafrechtssysteme erfolgen. Die längerfristige Forschungsperspektive muss daher darauf gerichtet sein, über den Rechtfertigungs- und Entschuldigungsbereich hinaus die grundlegenden Strukturen der Strafrechtssysteme in ihren (eher formellen) gesetzlichen oder richterrechtlichen Ausgestaltungen wie auch ihren materiellen Wertungen und systematischen

³² Vgl. *Kapp* (o. Fn. 28), S. 926 ff.

Wertkategorien zu untersuchen. Der methodische Weg soll sowohl über allgemeine Betrachtungen der rechtsgeschichtlichen, sozio-kulturellen, verfassungsrechtlichen und rechtssystematischen Grundlagen als auch die konkrete Analyse einzelner Institutionen führen. In diesem Sinne bilden die bisherigen Ansätze zur Rechtfertigung und Entschuldigung nurmehr eine erste von mehreren Spuren, die weiter verfolgt und mit den zukünftigen Arbeiten zu einer Gesamtuntersuchung zusammengebracht werden sollen.“

Zur weiteren Konkretisierung dieser Überlegungen wurde von *Walter Perron* – auf der Grundlage der aus seiner Dissertation gewonnenen Einsichten – im Dezember 1988 ein „Vorläufiger Entwurf“ zu den für einen allgemeinen strafrechtlichen Strukturvergleich wichtig erscheinenden Prüfungspunkten vorgelegt, und zwar in drei Teilen: (1) Unter Grundlagen und Rahmenbedingungen seien der rechtsgeschichtliche Hintergrund und die Stellung des Strafrechts innerhalb der verfassungsrechtlichen Ordnung sowie die konkreten Strafzwecke und die Struktur der Rechtsquellen darzustellen. (2) Zur gesetzlichen Nennung und Einteilung der Strafbarkeitselemente gehe es – unter anderem – um die Unterscheidung zwischen positiven (strafbarkeitsbegründenden) Elementen einerseits und negativen (strafbarkeitsausschließenden) Elementen andererseits, sowie weitere Strafbarkeitselemente. (3) Hinsichtlich materieller Wertungskategorien und der wissenschaftlichen Systematik gehe es um die Unterscheidung zwischen Ländern, die vom wissenschaftlichen deutschen Verbrechenaufbau beeinflusst worden sind, und solchen, bei denen ein derartiger Einfluss zu verneinen ist.

In der darüber in der Forschungsgruppensitzung vom 19. Dezember 1988 geführten Aussprache wurde – unter anderem – die mögliche Uferlosigkeit eines solchen Strukturvergleichs sowie die zu geringe Berücksichtigung des Prozessrechts zu bedenken gegeben. Stattdessen verdiene eine an bestimmten Institutionen ausgerichtete Rechtsvergleichung – als traditionell bewährt – den Vorzug.

Demgegenüber wurde in weiteren „Überlegungen zur Projektkonzeption eines Allgemeinen strafrechtlichen Strukturvergleichs“ (vom 10. Januar 1989) von *Perron* daran erinnert, dass das Projekt „Rechtfertigung und Entschuldigung“ von Beginn an mit der erklärten Absicht eingeleitet wurde, mehr über die Strukturen des materiellen Strafrechts in verschiedenen Ländern zu erfahren, wobei diese Straffreistellungsgründe lediglich eine „Hintertür“ zu den Verbrechenssystemen öffnen sollten. Auch wenn sie diese Funktion prinzipiell gut erfüllen könnten, sei gleichzeitig aber auch ein Rückgriff auf viele andere Institutionen des Allgemeinen Teils (wie Tatbestandslehre, Vorsatz und Irrtumslehre, Täterschaft und Teilnahme) erforderlich. Dazu sei das Strafrecht selbst jener Länder, deren Strafrechtswissenschaft sich vom deutschen dogmatischen System hat beeinflussen lassen, nicht ohne weitere Vorprüfung mit dem deutschen Recht vergleichbar, könnten doch gemeinsame Begrifflichkeiten gerade wichtige Unterschiede verdecken, weil gleichen Terminologien nicht notwendig gleiche Bedeutungen entsprechen müssen. Vielmehr sei davon auszugehen, dass die Rechtsordnung jedes Landes eine Einheit

bildet, die eigenen Entwicklungen unterworfen ist und sich von allen anderen Rechtsordnungen in bestimmten Punkten deutlich unterscheidet. In diesem Sinne anhand des zuvor beschriebenen Prüfungsschemas das allgemeine Vorverständnis für die verschiedenen Rechtsordnungen zu ermitteln, sei der erste von insgesamt drei Verwirklichungsschritten des Projekts.

Auch mit diesen (hier nur auszugsweise wiedergegebenen) Erläuterungen waren auf einer langen und lebhaften Forschungsgruppensitzung vom 27. Januar 1989 nicht alle Bedenken auszuräumen. Neben der mehr pragmatischen Befürchtung, dass einerseits durch einen derart weiten thematischen Anspruch die Bearbeiter überfordert würden, andererseits aber die bisher gewonnene Ausgangsbasis für einen weltweit angelegten Vergleich dieser Größenordnung viel zu schmal sei, wurde der Ansatz als zu gesetzpositivistisch moniert und die Ausrichtung am deutschen Strafrecht infrage gestellt. Auch sei erst über die anzuwendende Methode der Rechtsvergleichung Klarheit zu gewinnen, ebenso wie das strukturelle Fernziel die Formulierung und Erreichung kleinerer Etappenziele voraussetze, in deren begrenztem Rahmen auch die jeweiligen Schwierigkeiten besser zu erkennen seien.

Selbst unter Berücksichtigung der vorgetragenen Einwände erschienen mir in meiner abschließenden Stellungnahme die Ergebnisse der Diskussion nicht als entmutigend. Einerseits bestehe ein allgemeines Interesse an Grundlagenforschung dieser Art; andererseits könne damit wertvolle Hilfestellung für in- und ausländische Gesetzgebungsarbeiten geleistet werden. Auch ein mögliches Scheitern stelle keinen Hinderungsgrund dar; denn bekanntlich führe in der Wissenschaft bereits das Bemühen um neue Erkenntnisse häufig zu fruchtbaren Ergebnissen, und die Hoffnung auf Teilerfolge bestehe bei dem hier ins Auge gefassten Vorhaben unbestreitbar. Gegenüber einem bloßen Institutionenvergleich, der den Charakter einer musealen Ausstellung von Einzelteilen des Strafrechts habe, verdiene ein allgemeiner Strukturvergleich den Vorzug, weil er eine Gesamtschau ermögliche, die zur Einordnung der einzelnen Institutionen unerlässlich sei. Im Augenblick handele es sich um erste Vorüberlegungen, um den Ausgangspunkt zu finden und einen Überblick über eventuell relevante Fragestellungen zu gewinnen. Die Intensität des Eindringens wäre erst später festzulegen. Der gewählte Betrachtungswinkel aus der Sicht des deutschen Strafrechts sei psychologisch verständlich und wissenschaftlich nicht zu beanstanden. Schließlich müsse sich jeder Forscher bewusst sein, dass das Formulieren von Fragestellungen stets mitbeeinflusst werde von seiner eigenen Ausgangssituation und der damit verbundenen Blickrichtung sowie von einem bestimmten erkenntnisleitenden Interesse. Das deutsche Recht biete für uns einen natürlichen, naheliegenden Vergleichsmaßstab. Im Übrigen könne dieser Ansatzpunkt aufgrund späterer Erkenntnisse durchaus auch noch geändert werden.

Meiner Erläuterung dieser Ausweitung des Projekts zu einem „Allgemeinen strafrechtlichen Strukturvergleich“ in den Fachbeirats- und Kuratoriumssitzungen vom 17./18. Februar 1989 folgte eine lebhafte Diskussion. Einerseits wurde begrüßt, dass von einer solchen „Internationalen Grammatik der strafrechtsdogmati-

schen Systembildung“ – eine wohl erstmals hier so von *Roxin* gebrauchte³³ und mit gewissen Varianten später auch von anderen aufgegriffene Formulierung³⁴ – wichtige Ergebnisse für die Grundlagenforschung zu erhoffen wären; andererseits wurde befürchtet, dass trotz großen Arbeitsaufwands nur Ergebnisse von außerordentlicher Abstraktionshöhe zu gewinnen wären. Gleichwohl sei das Projekt weiter zu verfolgen und für eine kleinere Forschungsgruppe ein Arbeitsplan zu erstellen.

Nach einer dafür von *Perron* am 29. November 1989 vorgelegten Projektkonzeption sollte, wie im Tätigkeitsbericht von 1989 kurz zusammengefasst, der strukturelle Vergleich der strafrechtlichen Zurechnungssysteme von repräsentativ ausgewählten Ländern in zwei Stufen durchgeführt werden.

In der ersten – innerhalb des MPI zu realisierenden – Projektstufe sollten so viele allgemeine Kenntnisse über die beteiligten Rechtsordnungen vermittelt werden, dass der spätere Institutionenvergleich detailliert vorgeplant und zügig durchgeführt werden kann. Dazu seien zunächst für jedes Land die allgemeinen Grundlagen und Rahmenbedingungen des Strafrechtssystems transparent zu machen: so der rechtsgeschichtliche Hintergrund, die verfassungsrechtlichen Funktions- und Grenzbestimmungen für das staatliche Strafen, die Struktur der Rechtsquellen etc. Sodann sollen die einzelnen Zurechnungssysteme in ihrer äußeren positivrechtlichen Form, d.h. zunächst ohne Berücksichtigung einer übergreifenden wissenschaftlichen Systematik, analysiert werden. Aus der bisherigen Befassung mit verschiedenen Rechtsordnungen habe sich gezeigt, dass auf dieser positivrechtlichen Ebene auch dort große Übereinstimmungen bestehen, wo die übergeordneten wissenschaftlichen Konstruktionen erheblich differieren, während umgekehrt eng verwandte wissenschaftliche Systeme durchaus auch auf abweichenden positivrechtlichen Regelungen basieren können. Den wissenschaftlichen Systemen sei dementsprechend ein eigener, von der konkreten Gesetzes- und Rechtsprechungslage losgelöster Gliederungspunkt vorzubehalten. Hier soll für jedes Land ein Überblick über die wichtigsten Konstruktionen vermittelt werden, wobei naturgemäß besonderes Gewicht auf die in Deutschland diskutierten Fragen zu legen sei.

Über die zweite Stufe (Institutionenvergleich) seien derzeit nur wenige Aussagen möglich, da ihre Ausgestaltung maßgeblich von den Ergebnissen des allgemeinen Überblicks abhängen wird. Prinzipiell solle hier der eigentliche Strukturvergleich

³³ Vgl. *Eser* (o. Fn. 16), S. 315.

³⁴ So etwa von *Bernd Schünemann* in seiner Einleitung zur Grundsatzproblematik des deutsch-romanischen Rechtfertigungs-Kolloquiums von 1990 (vgl. Diskussionsbericht von *Matthias Siegmann*, in: *Eser/Perron* (o. Fn. 18), S. 283, wie auch von *Francisco Muñoz Conde*, Rechtsvergleichende Gesamtbetrachtung, in: *Eser/Perron* (ebenda), S. 375–381 (381). Erwartungen in diese Richtung sind allerdings auch schon bei *Franz v. Liszt*, Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung, I. Band, Berlin 1894, S. XX, XXI, XXV, zu finden (vgl. u. Teil 4, II.A.2(b) zu Fn. 176). Vgl. auch *Albin Eser*, Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung, in: Hans-Jörg Albrecht (Hrsg.), Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag, Band 2, Berlin 1998, S. 1499–1529 (1519 f.).

geleistet werden. So könnte etwa bei den Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen die Differenzierung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung theoretisch (etwa: Rechtfertigung als Einschränkung der tatbestandlichen Verbotsnormen, darüber hinausgehendes positives sozialetisches Werturteil oder bloß strafspezifischer Verzicht auf den Unrechtsvorwurf?) wie auch im Hinblick auf die praktischen Konsequenzen näher ausgeleuchtet und in den einzelnen Rechtsordnungen untersucht werden, und zwar auch dort, wo diese Differenzierungen nicht anerkannt werden.

In der zu dieser Projektkonzeption in der Forschungsgruppensitzung vom 1. Dezember 1989 geführten Aussprache sah ich mich gegenüber Einwänden, die einen traditionellen Institutionenvergleich favorisieren würden, einmal mehr veranlasst, darauf hinzuweisen, dass ein reiner Vergleich von Strafrechtsinstituten nur begrenzt weiterführen würde. Hier gehe es darum, das tiefere Fundament zu beleuchten, um herauszufinden, ob dort Verschiedenheiten angesiedelt sind oder nicht vielmehr universelle Zurechnungsstrukturen gefunden werden könnten, was eine Vereinheitlichung erleichtere.

Um die damals leitende Forschungsidee zu verdeutlichen, mag das Bild wiedergegeben sein, das ich der Vorstellung des Projekts in den Fachbeirats- und Kuratoriumssitzungen vom 17./18. Februar 1990 voranstellte: Bei einem Stadtrundgang erblickt der Beobachter zahlreiche Gebäude, die sich auf den ersten Blick ähneln. Würde man aber den Putz abklopfen, könnte sichtbar werden, dass möglicherweise Verschiedenes dahintersteckt: so etwa eine Holz- oder eine Stahlkonstruktion. Umgekehrt könnte man bei einem Stadtrundgang auch auf Häuser treffen, die auf den ersten Blick völlig unterschiedlich erscheinen. Würde man aber auch hier den Putz abklopfen, könnten möglicherweise identische Strukturen zutage treten. In vergleichbarer Weise sei auch bei unserem Projekt in einem ersten Schritt das Akzidentielle vom Wesentlichen zu unterscheiden, indem zunächst die allgemeinen Grundlagen und Rahmenbedingungen des jeweiligen Strafrechtssystems transparent gemacht und in ihrer äußeren positivrechtlichen Form analysiert werden. Erst im Rahmen der zweiten Stufe – bei der Analyse einzelner Institutionen – könne der eigentliche Strukturvergleich geleistet werden. Angesichts des dafür erforderlichen Arbeitsaufwands sei der Kreis der einzubeziehenden Länder einerseits möglichst klein und andererseits doch repräsentativ zu halten. Deshalb empfehle sich eine Beschränkung auf Deutschland, Frankreich, Italien und/oder Spanien, Großbritannien, USA, Schweden, Japan, UdSSR und Polen.³⁵ Ohne dass Fachbeirat und Kuratorium bereits eigene Anregungen zum eigentlichen Strukturvergleich meinten geben zu können, sei bei der praktischen Durchführung dieses als ehrgeizig und faszinierend bezeichneten Grundlagenprojekts mit größeren Schwierigkeiten zu

³⁵ Des ungeachtet war diese Beschränkung damals keineswegs als endgültig gedacht, stand doch das deutsch-ostasiatische Rechtfertigungs-Kolloquium von 1993 noch bevor (vgl. o. Fn. 19), um das davon erwartete Material für eine spätere Ausdehnung des Strukturvergleichs auf diese Länder nutzen zu können (vgl. Tätigkeitsbericht 1992/93).

rechnen; auf jeden Fall aber sei der Kreis der einbezogenen Länder auf repräsentative zu beschränken. Auch könne das parallele Projekt „Wiedergutmachung im Strafrecht“ im Hinblick auf Fragen nach Sinn und Zweck der Strafe fruchtbare Erkenntnisse abwerfen. Nicht zuletzt wurde für den Fall, dass *Perron* nach erfolgter Habilitation aus dem Institut ausscheide, Wert darauf gelegt, dass er als „gleichsam geistiger Inspirator“ aufgrund seiner Dissertation weiterhin am Projekt mitwirke.

Auch wenn bis dahin die erste Projektstufe noch nicht hatte realisiert werden können, wurden von *Perron* zum 15. Januar 1991 bereits Überlegungen zur zweiten Stufe – dem eigentlichen Strukturvergleich – vorgelegt. Danach liegt das Erkenntnisziel in einem besseren Verständnis der strafrechtlichen Systematik durch den Vergleich unterschiedlicher Rechtsordnungen. Als Arbeitshypothese wurde angenommen, dass alle in der Praxis angewandten Strafrechtssysteme dieselben grundlegenden formalen Strukturen aufweisen und weitgehend mit denselben und ähnlichen Sachfragen konfrontiert sind, während die konkreten Regelungen wie auch die übergeordneten wissenschaftlichen Systeme unterschiedlich seien: und das nicht nur im Verhältnis zwischen den einzelnen Rechtsordnungen, sondern auch innerhalb der landesintern geführten Diskussionen. Bei der Analyse soll strikt zwischen der Ebene der positiven Rechtssätze, wie sie in den konkreten Zurechnungselementen (in Tatbeständen, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen und dergleichen) Ausdruck finden, einerseits und der Ebene der übergeordneten Wertungen (wie der Existenz einer Verhaltensnorm, dem normverletzenden Verhalten des Täters und seiner Bestrafung) andererseits getrennt werden.

Von diesen, durch den Tätigkeitsbericht von 1990 in die Fachbeirats- und Kuratoriumssitzungen vom 22./23. Februar 1991 eingebrachten Überlegungen zeigte man sich wiederum fasziniert, da es sich dabei wohl um das wichtigste MPI-Projekt seit langer Zeit handele, auch wenn gleichzeitig zu besorgen sei, dass sich die Erweiterung der Erforschung von Rechtfertigung und Entschuldigung zu einem allgemeinen Strukturvergleich letztlich zu einer „Strukturermittlung“ fortentwickle, bei der man an die Grenzen der Realisierbarkeit stoße.

III. Weiterführung als fallorientiert normativ-empirische Strukturanalyse

In den Folgejahren hat sich das Vorschreiten des Projekts, wie aus den Tätigkeitsberichten von 1991 bis 1993 zu ersehen, aus verschiedenen Gründen verlangsamt: so vor allem mit Rücksicht auf die Habilitationspläne des primären Projektbetreuers *Walter Perron* wie auch wegen des nicht aufschiebbaren Vorziehens anderer gemeinschaftlicher Forschungsprojekte. Gleichwohl blieb das Interesse von Fachbeirat und Kuratorium an diesem Projekt weiterhin lebhaft. Vor allem aber ergab sich aus dieser Zwangspause Zeit und Muße, um über den ursprüngli-

chen Ansatz und das dafür reichlich aus vielen Ländern zusammengetragene Material zu reflektieren.

Bis dahin hatte es sich sicherlich als richtig herausgestellt, die Suche nach gemeinsamen oder unterschiedlichen Strukturen an der Unterscheidung von Unrecht und Schuld auszurichten, ist diese doch nicht allen Strafrechtssystemen geläufig und daher möglicherweise vergleichserheblich. So sehr es nun dazu zielführend ist, von der negativen Seite möglicher Straffreistellungsgründe – wie insbesondere von Rechtfertigung und Entschuldigung – her etwaige Gemeinsamkeiten und Unterschiede hinsichtlich ihres Gehalts, ihrer Ratio und ihrer verbrechenssystematischen Stellung zu erfragen, stößt man dabei bald auch an Grenzen: so vor allem auf das mit einem reinen Institutionenvergleich verbundene Problem, dass zwar einerseits der Norm nach praktisch in allen Strafrechtsordnungen „klassische“ Straffreistellungsgründe wie Notwehr oder Schuldunfähigkeit vorzufinden sind, sodass scheinbar nur noch zu ermitteln bleibt, welche üblichen Straffreistellungsgründe in einem Land nicht oder nur in anderer Form vorhanden sind. Gewiss kann schon dies des Erforschens wert sein, können doch beispielsweise bereits daraus, dass in einer Rechtsordnung dem Notstand allenfalls entschuldigende Kraft beigemessen wird oder einem Verbotsirrtum die Beachtlichkeit versagt bleibt, sowohl Rückschlüsse auf den Begriff der Straftat als auch auf das Verständnis von Gerechtigkeit und Fairness eines Rechts in der Rücksichtnahme auf menschliches Versagen gezogen werden. Was sich aber andererseits mit einem rein normativen Institutionenvergleich – gleich ob strafbegründender Elemente oder strafausschließender Natur – nicht voll aufklären lässt, ist ein Zweifaches:

Das ist zum einen die Frage, ob Zurechnungsnormen verschiedener Rechtsordnungen, obwohl wortgleich oder wortgetreu übersetzt, auch im gleichen Sinne interpretiert und in der Praxis gehandhabt werden, oder ob umgekehrt eine unterschiedliche Wortwahl letztlich doch zu gleicher Auslegung und Anwendung führt: wie etwa letzterenfalls bei Notwehr, wo die im Common law erforderliche „reasonableness“ der Verteidigung in der deutschen Notwehnorm keine Entsprechung hat, man aber praktisch gleichwohl zu gleichen Ergebnissen kommen kann, indem man ein „Verhältnismäßigkeitserfordernis“ in die Norm hineinliest oder für den Fall von „Missbräuchlichkeit“ Notwehr ausschließt.³⁶ Will man also über den vordergründigen Anschein hinauskommen, kann es mit einem Normenvergleich nicht getan sein, vielmehr wird dann erst anhand eines Falles, der für alle zu vergleichenden Rechtsordnungen gleich ist, herauszufinden sein, ob und inwieweit Normgleichheit zu gleichen Ergebnissen führt oder doch unterschiedliche Ergebnisse zeitigt, oder ob und inwieweit man trotz Normverschiedenheit zum gleichen Ergebnis kommt. Auch welche Gründe und interpretatorischen Techniken dabei

³⁶ Vgl. *Walter Perron*, Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Notwehr, in: Jörg Arnold/Björn Burkhardt u.a. (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München 2005, S. 1019–1039 (insbes. 1035 ff.).

eine Rolle spielen, könnte Licht auf das Selbstverständnis einer Strafrechtsordnung werfen. Für einen mehr als nur oberflächhaften Strukturvergleich war daraus als Erstes die Lehre zu ziehen, statt deduktiv vom Normensystem auszugehen, den Rechtsvergleich eher induktiv von bestimmten Fällen her in Angriff zu nehmen. Damit war ein fallorientiert-empirischer Ansatz angezeigt.

Zum anderen ist schon bei oberflächlicher Sichtung aus dem zu Straffreistellungsgründen zahlreicher Länder zusammengetragenen Material zu entnehmen, dass mit der Annahme oder Verneinung eines Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrundes noch keine endgültige Antwort auf die Zuschreibung und Form von strafrechtlicher Verantwortlichkeit gegeben ist, sondern auch noch auf anderen Ebenen Entscheidungen fallen können, die trotz gleicher materiellstrafrechtlicher Ausgangspunkte letztlich zu unterschiedlichen Enden führen, oder dass umgekehrt verschiedenartige Wege am gleichen Ort enden. Wenn etwa im Fall provozierter Notwehr in einem Land Rechtfertigung eingeräumt bleibt, in einem anderen hingegen abgelehnt wird, braucht dies selbst letzterenfalls nicht ohne Weiteres in Strafbarkeit zu münden, vielmehr kann diese auch noch durch einen Entschuldigungsgrund ausgeschlossen sein. Doch selbst wenn in einem Land einem Schuldspruch nichts entgegensteht und ein Strafsystem auf dieser Ebene von der Zuschreibung von Verantwortlichkeit in aller Härte keine Abstriche macht, kann auf der Ebene der Strafzumessung durchaus noch Raum für Strafmilderungen belassen sein. Und – einmal mehr – selbst wenn ein Land beim Schuld- und Strafausspruch wenig Flexibilität für die Berücksichtigung von individuellen Straffreistellungs- oder Strafmilderungsfaktoren lässt, kann solchen unter Umständen noch im Rahmen des Strafvollzugs Rechnung getragen werden. Will man sich also bei einem Strukturvergleich nicht mit segmentären Antworten zu einzelnen Strafbarkeitselementen begnügen, sondern den gesamten Verlauf der Zurechnung und Sanktionierung strafrechtlicher Verantwortlichkeit erfassen, dann kann man es nicht bei einer nur materiellrechtlichen Prüfung strafbegründender und straffreistellender Elemente belassen, vielmehr sind dann auch noch mögliche Milderungsfaktoren in der Strafzumessung bis in den Strafvollzug hinein in den Blick zu nehmen. Auch werden dann prozessuale Faktoren nicht zu vernachlässigen sein, die, wie etwa bestimmte Beweisregeln oder Auswirkungen von Laienbeteiligung, für die Annahme oder Verneinung von Strafbarkeitselementen oder Sanktionierungsaspekten eine Rolle spielen können. Daraus war für unser Projekt als Zweites die Lehre zu ziehen, dass der dem normativ-empirischen Vergleich zu unterziehende Fall für die verschiedenen Stadien strafrechtlicher Zurechnung und Sanktionierung durchzuspielen und somit nicht statisch, sondern prozesshaft zu beurteilen ist.

Vor diesem Hintergrund war es sehr erfreulich, dass *Perron*, obwohl er inzwischen als Professor nach Konstanz und dann nach Mainz berufen worden war, zur weiteren Betreuung unseres Institutsprojekts und zu einer Umorientierung der bisherigen Konzeption bereit war und dazu erste Überlegungen auf einem mir gewid-

meten Geburtstagskolloquium vom 27. Januar 1995 vorgetragen hat.³⁷ Zuvor war in dem (turnusgemäß kurzen) Zwischenjahres-Tätigkeitsbericht von 1994 zunächst lediglich darauf hingewiesen worden, dass nach weiteren Diskussionen in der Forschungsgruppe die ursprünglich als Vorbereitung des eigentlichen Strukturvergleichs geplante erste Projektstufe zu den allgemeinen Grundlagen und Rahmenbedingungen übersprungen werden sollte, um sogleich mit einer gezielten Strukturanalyse einzelner Sachbereiche zu beginnen, wobei es zuerst um die Berücksichtigung der subjektiven Tatseite gehe. Nachdem in der Forschungsgruppensitzung vom 15. November 1994 die Art der zugrunde liegenden Fallkonstellationen – klassische Tötungsdelikte oder auch moderne Umweltsdelikte – diskutiert und die Berücksichtigung prozessualer Aspekte hervorgehoben worden war und dabei auch die Ambivalenz des Strukturbegriffs zur Sprache kam, wurde im Folgejahr der im Tätigkeitsbericht von 1994/95 wiedergegebene Entwurf einer methodendualistisch normativ-empirischen Strukturanalyse erarbeitet. Dazu war in der Forschungsgruppensitzung vom 14. Juni 1995 vor allem der Wechsel von einem deduktiven zu einem induktiven Ansatz begrüßt und hinsichtlich der zu vergleichenden Fallkonstellationen für die erste Projektphase eine Beschränkung auf Tötungsdelikte beschlossen worden. Dementsprechend wurden im vorgenannten Tätigkeitsbericht beispielhaft drei Fallgruppen genannt: Straßenverkehrsunfall – Raubüberfall (mit jeweils tödlichem Ausgang, kombiniert mit Stufungen der subjektiven Tatseite) – sowie Tötung in einem Beziehungskonflikt (kombiniert mit Stufungen von Provokation). Bei gleichsam transportmäßiger Untersuchung dieser Ausgangsfälle durch das jeweilige Strafverfolgungssystem sollten – nach einem einführenden Überblick über empirische Forschung zur Tötungskriminalität und zu ihrer strafrechtlichen Bewältigung in den jeweiligen Ländern – zunächst die Tatbestände der Tötungsdelikte, dann mögliche Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sowie schließlich die Strafzumessung und Sanktionierung geprüft werden, wobei auch relevante Einflüsse des Strafverfahrensrechts zu berücksichtigen seien.

³⁷ *Walter Perron*, Überlegungen zum Erkenntnisziel und Untersuchungsgegenstand des Forschungsprojektes „Allgemeiner strafrechtlicher Strukturvergleich“, in: Jörg Arnold/Björn Burkardt/Walter Groppe/Hans-Georg Koch (Hrsg.), Grenzüberschreitungen. Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser, Freiburg 1995, S. 127–136. Zu ersten Andeutungen in diese induktiv-empirische Richtung im Hinblick auf die subjektive Tatseite vgl. bereits *ders.*, Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, in: Eser, Nishihara-FS (o. Fn. 19), S. 143–154 (143 ff.). Vgl. auch *ders.*, Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar? Überlegungen zu den strukturellen Voraussetzungen der Angleichung und Vereinheitlichung unterschiedlicher Strafrechtssysteme, ZStW 109 (1997), S. 281–301 (286 f.); ferner insbesondere zur Einbeziehung der prozessualen Dimension in den Strukturvergleich *ders.*, Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft?, in: Albin Eser/Ulrike Schittenhelm/Heribert Schumann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München 1998, S. 227–247 (244 f.), sowie neuestens speziell zur Berücksichtigung kulturbezogener Faktoren *ders.*, Operativ-funktionalistische oder kulturbezogene Strafrechtsvergleichung?, in: Susanne Beck/Christoph Burchard/Bijan Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, Baden-Baden 2011, S. 121–129 (125 ff.).

Auf der Grundlage dieser Projektkonzeption war auf der Forschungsgruppensitzung vom 25. Juli 1995 eine Gliederung für Vorberichte erarbeitet worden, um in einer Art Pilotstudie die zu untersuchenden Fälle sachgerecht formulieren zu können; denn um so tief wie möglich in die Funktionsweisen der zu untersuchenden Rechtsordnungen eindringen zu können, bilde eine möglichst präzise Überprüfung der theoretischen und praktischen Lösung dieser Fälle das Hauptinstrument des Forschungsprojekts. Da diese Vorgehensweise bislang noch ohne Beispiel ist, war man sich bewusst, den potentiellen Ertrag des Projekts insgesamt noch nicht hinreichend abschätzen zu können, weswegen das Projekt in jeder Hinsicht offenzuhalten und erforderlichenfalls zu modifizieren sei. Von da an wurden in die Besprechungen der Projektgruppe auch kriminologische Mitarbeiter des Instituts, namentlich Professor *Josef Kürzinger*, miteinbezogen, um einen korrekten Interviewleitfaden für eine empirische Befragung von Experten aus der Justizpraxis und Rechtslehre zu den zu formulierenden Fällen zu entwickeln. Nachdem in einer Besprechung vom 27. Oktober 1995 die zu erfassenden normativen Varianten – insbesondere durch Ausschließung von Versuchs- und Gefährdungselementen – eingeschränkt worden waren, wurden in einer weiteren Besprechung am 25. November 1995 die als praktisch bedeutsam erscheinenden Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe erörtert sowie die Aspekte der Strafzumessung und des Verfahrensrechts unterstrichen. Nicht zuletzt deshalb, weil diese Besprechungen eine enge Zusammenarbeit der Projektbeteiligten erforderten, wurde fortan die Wahl der zu vergleichenden Länder auf solche beschränkt, für die Institutsreferentinnen und -referenten zur Verfügung standen oder von wo aus man leicht anreisen konnte.³⁸

Die inzwischen vorgelegten Vorberichte bestätigten, wie von *Perron* nach einer ersten Sichtung in den „Vorläufigen Eindrücken“ vom 16. Februar 1996 festgestellt, im Wesentlichen die der Projektkonzeption zugrunde liegenden Annahmen, wobei vor allem zwei Bereiche hervorzuheben sind: Zum einen ließen die empirischen Befunde erkennen, dass in einer großen Anzahl von Fällen Tötungsdelikte innerhalb der Familie oder des sozialen Nahbereichs stattfinden, wobei der Tat häufig eine Provokation des Opfers vorausgeht, ohne dass diese jedoch für eine volle Rechtfertigung oder Entschuldigung ausreichen, immerhin aber Strafmilderung ermöglichen würde. Da somit diese Fallgruppe ergiebiger Erkenntnisse erwarten ließ, lag es nahe, die Unfall- und Raubvarianten fallen zu lassen. In normativer Hinsicht war aus den Vorberichten bereits ein ausgedehntes Instrumentarium an tatbestandlichen Differenzierungen und Abstufungen sowohl auf der objektiven wie auf der subjektiven Tatseite zu erkennen. Dies ließ den erfolversprechenden

³⁸ Daraus erklärt sich die Beschränkung auf Deutschland (mit *Helmut Gropengießer* als Landesberichterstatter), England und Wales (*Barbara Huber*), Frankreich (*Holger Barth*), Italien (begonnen von *Susanne Hein* und fortgeführt von *Konstanze Jarvers*), Österreich (*Ursula Medigovic*), Portugal (*Peter Hünerfeld*), Schweden (*Karin Cornils*) und die Schweiz (*Hans Vest*). Auch die zunächst dazugehörenden USA mussten wegen Überwechsels der Berichterstatterin (*Beate Weik*) in den Justizdienst schließlich fallen gelassen werden.

Schluss zu, kriminologisch relevante Fallgruppen mit strafrechtsdogmatisch interessanten Stufungen zu verbinden und in ein analysefähiges Vergleichskonzept einzubringen.

In den eingehenden Beratungen des Fachbeirats und Kuratoriums vom 23./24. Februar 1996 fand der Methodenwechsel volle Zustimmung. Kontrovers hingegen wurde die Auswahl der Vergleichsgruppen diskutiert. Zwar sei als erster Schritt die Beschränkung auf Tötungsdelikte sinnvoll, zumal bei diesen die zu vergleichenden Paradigmen besonders ausgeprägt und Verlagerungen in den Sanktionsbereich feststellbar seien. Gleichwohl sei damit der klassische Bereich der Strafrechtsdogmatik nicht voll abgedeckt; könnten sich doch beispielsweise bei Diebstahl und Betrug andere juristische Denkkategorien offenbaren, wie etwa hinsichtlich Versuch, Irrtum und Tatbeteiligung. Auch eine spätere Einbeziehung von Umwelt- und Wirtschaftsdelikten wurde zu erwägen gegeben.

Demgegenüber wurde in der Projektgruppensitzung vom 22. April 1996 Einigkeit darüber hergestellt, dass das Projekt vorerst allenfalls weiter begrenzt, keinesfalls aber ausgeweitet werden solle und dementsprechend die erste Projektphase auf die Tötungsdelikte zu beschränken sei. Auch solle die Problematik von Täterschaft und Teilnahme vorerst ausgeklammert bleiben. Zudem wurde in einer Projektbesprechung vom 22. Juni 1996 aus den drei Fallgruppen der Tötungsdelikte die sich im sozialen Nahbereich der Familie abspielende Tötungshandlung mit vier Varianten ausgewählt. In weiteren Projektbesprechungen, wie vor allem einer mehrtägigen Klausur vom 15. bis 17. September 1997, wurden sowohl der Forschungsplan wie auch der für die Expertenbefragung vorgesehene Interviewleitfaden weiterentwickelt und verfeinert. Gleiches gilt für den Gliederungsentwurf für die zu erstellenden Landesberichte.

Dies hat schließlich zu einem Arbeitsplan geführt, wie er im Tätigkeitsbericht von 1996/97 wiedergegeben ist.³⁹ Was dazu in weiteren Gruppenbesprechungen hinzugefügt oder daran verändert wurde und welche Erfahrungen bei der praktischen Durchführung des Forschungsvorhabens gemacht wurden, ist der zusammenfassenden Beschreibung der Zielsetzung und Methodik des Projekts von *Perron* in § 2 der nachfolgenden Einführung zu entnehmen.⁴⁰

Seitens des Fachbeirats und Kuratoriums ist die fallmäßige Beschränkung des Projekts auf „Gattenmord“ zwar gelegentlich für zu eng befunden und eine Erweiterung zur Diskussion gestellt worden, wie etwa auf den Sitzungen vom 1./2. März 2002 und 2./3. März 2004, ohne dass aber damit die grundsätzliche Zielsetzung und Methodik des Projekts infrage gestellt worden wäre.

³⁹ Vgl. dazu auch den als aktueller Forschungsschwerpunkt markierten Bericht über „Allgemeiner strafrechtlicher Strukturvergleich“ in: Max-Planck-Gesellschaft Jahrbuch 1997, S. 719–721.

⁴⁰ Ein kurzer Vorbericht dazu von *Perron* findet sich bereits in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (o. Fn. 37), S. 125 ff.

Nachdem bereits die Ausarbeitung eines allseits akzeptablen Forschungsplans recht viel Zeit in Anspruch genommen hatte, bedurfte es, wie in den jeweiligen Tätigkeitsberichten des Instituts dargestellt, auch für die weiteren Durchführungsschritte – angefangen bei der Befragung der Experten, fortgesetzt mit der Erstellung der Landesberichte, rechtsvergleichend analysiert durch einen Querschnitt und abgeschlossen mit forschungspolitischen Betrachtungen – aus den bereits im Vorwort genannten Gründen eines längeren Zeitraums als ursprünglich beabsichtigt.⁴¹ Doch da der erhoffte Mehrwert dieser neuartigen rechtsvergleichenden Konzeption keinesfalls zeitbedingten Fristverfall zu befürchten hat, kommt dieser Abschlussband zwar sicherlich spät, aber im Blick auf künftige Strafrechtsvergleichung gewiss nicht zu spät. Dazu wird in meinem abschließenden Rückblick und Ausblick noch mehr zu sagen sein.⁴²

⁴¹ Umso erfreulicher ist es, dass die Konzeption unseres Projekts, obgleich selbst bis dahin noch nicht veröffentlicht, auch schon außerhalb des Kreises der daran Mitwirkenden Interesse gefunden hat, wie namentlich bei *Heike Jung*, Wertende (Straf-) Rechtsvergleichung. Betrachtungen über einen elastischen Begriff, GA 2005, S. 2–10 (3); *ders.*, From structure to actor – Reflections on comparative law theory, in: Werner Meng/Georg Ress/Torsten Stein (Hrsg.), Europäische Integration und Globalisierung, Baden-Baden 2011, S. 299–307 (301 f.), und *Ursula Nelles*, Rechtsvergleichung per Internet? Einige Aspekte zum Generalthema „Zukunft der Strafrechtsvergleichung“, in: Eser-FS (o. Fn. 36), S. 1005–1018 (1009 f.).

⁴² Vgl. unten Teil 4, I., IV.

§ 2

Ziel und Methode der Untersuchung

Walter Perron

Inhaltsverzeichnis

I. Ziel und Gegenstand der Untersuchung	29
I.1. Allgemeine Beschreibung der Zielsetzung	29
I.2. Normativer Ansatzpunkt: Tötung des tyrannischen Ehegatten	30
I.3. Der Untersuchung zugrunde liegende Fallvarianten	32
I.4. Rechtstatsächlicher Ansatzpunkt: Prognose des erstinstanzlichen Urteils	33
II. Untersuchungsmethode	34
II.1. Allgemeine Beschreibung und Begründung der Vorgehensweise	34
II.2. Auswahl der in die Untersuchung einbezogenen Länder	37
II.3. Formulierung der Fallvarianten	37
II.4. Ablauf der Befragung	38
II.4.1. Auswahl der Gesprächspartner	38
II.4.2. Festlegung der Interviewleitfäden	39
II.4.3. Durchführung der Gespräche	40
II.5. Auswertung der Ergebnisse	40
II.5.1. Allgemeine Beschreibung der Vorgehensweise	40
II.5.2. Erstellung des EDV-Datensatzes als Basis für die Auswertung	41
Literaturverzeichnis	46

I. Ziel und Gegenstand der Untersuchung

I.1. Allgemeine Beschreibung der Zielsetzung

Ziel der Untersuchung ist es, anhand eines konkreten Fallbeispiels aus dem Bereich der Tötungsdelikte die *spezifische Verbindung von normativen Regelungen und praktischer Rechtsanwendung* in verschiedenen *europäischen Rechtsordnungen* zu erforschen. Auf diese Weise sollen rechtsvergleichende Erkenntnisse über das tatsächliche Funktionieren strafrechtlicher Regelungen gewonnen sowie Übereinstimmungen und Unterschiede zwischen den europäischen Rechtskulturen herausgearbeitet werden. Nicht die Inhalte einzelner Regelungen stehen im Vordergrund, sondern die strukturellen Beziehungen zwischen geschriebenem Recht und seiner praktischen Anwendung.¹

Strafrechtliche Rechtssätze, die wegen des fast überall vorherrschenden Grundsatzes „*nullum crimen sine lege*“ in aller Regel in Gesetzesform vorliegen, haben zwei verschiedene Aufgaben: zum einen wirken sie für die Rechtsanwender (Richter, Staatsanwälte etc.) als verbindlicher Maßstab, um vergangene Geschehen danach zu beurteilen, ob und in welchem Maß gegen die daran beteiligten Personen die Rechtsfolge „Strafe“ verhängt werden soll. Zum anderen richten sie sich auch direkt an den Bürger und geben diesem Orientierung darüber, welche Verhaltensweisen erlaubt bzw. verboten sind und welche Rechtsverstöße als besonders schwerwiegend angesehen werden. Insbesondere mit dieser letztgenannten Funktion verbindet der Gesetzgeber die Erwartung konkreten Rechtsgüterschutzes, der sich mittels der verschiedenen präventiven Wirkungen der Verhängung und Vollstreckung von Strafe entfalten soll.

Die tatsächlichen Wirkungen des Strafrechts hängen damit zuerst vom Inhalt der anzuwendenden strafrechtlichen Rechtssätze ab. Darüber hinaus werden sie in erheblichem Maß aber auch von den Bedingungen der Rechtsanwendung bestimmt, d.h. von der Ausgestaltung des Verfahrensrechts, der Gerichtsorganisation, den tatsächlichen Einstellungen der im Verfahren handelnden Personen, der finanziellen Ausstattung der Strafverfolgungsbehörden usw. Diese vielfältigen Bedingungen der Rechtsanwendung wirken nun ihrerseits auf den Inhalt der Strafgesetze zurück:² Gesetzgeber und Gerichte berücksichtigen bei deren Aufstellung, Konkretisierung und Weiterentwicklung zumindest unbewusst auch die Erfordernisse und Gegebenheiten der praktischen Umsetzung, insbesondere wie sich materiellrechtliche gesetzliche Vorgaben in einem konkreten Strafprozesssystem und dessen Beweisanforderungen realisieren lassen.

¹ Vgl. zum Folgenden auch *Perron*, in: Arnold u.a. (Hrsg.), *Grenzüberschreitungen*, S. 127 ff.

² Vgl. näher *Perron*, FS für Hanack, S. 473 ff.

Normative Inhalte von Strafgesetzen und praktische Rechtsanwendung stehen somit in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis und machen erst in ihrem Zusammenwirken das Spezifische eines konkreten Rechtssystems aus. Auf der innerstaatlichen Ebene kann die Wissenschaft diese Zusammenhänge zwar zumeist vernachlässigen, da die Bedingungen der Rechtsanwendung innerhalb eines einheitlichen Systems im Wesentlichen gleich sind und ihr systematischer Einfluss auf den Inhalt der normativen Regelungen nicht bei jeder einzelnen Rechtsfrage neu problematisiert werden muss. Bei einem Vergleich verschiedener Rechtsordnungen muss die rechtstatsächliche Seite allerdings ausdrücklich in die Analyse einbezogen werden. So weichen schon in Europa die verschiedenen Strafprozesssysteme derart voneinander ab,³ dass identisch formulierte materiellrechtliche Regelungen in verschiedenen Ländern durch die unterschiedliche Art der prozessualen Umsetzung ganz andere praktische Bedeutungen erlangen können. Da diese unterschiedlichen praktischen Umsetzungsbedingungen aber ihrerseits auf die Inhalte der rechtlichen Regelungen zurückwirken, weil der Gesetzgeber sie bereits bei der Formulierung der Gesetze zumindest implizit einkalkuliert, kann eine auf die traditionelle Strafrechtsdogmatik beschränkte Betrachtungsweise schon den normativen Bedeutungsgehalt verschiedener nationaler Regelungen nicht vollständig erfassen. Wesentliches Anliegen der Untersuchung war es daher, diese Zusammenhänge exemplarisch zu erforschen und offenzulegen.

1.2. Normativer Ansatzpunkt: Tötung des tyrannischen Ehegatten

Die Untersuchung wurde auf ein *Fallbeispiel* aus dem Bereich der *Tötungsdelikte* gestützt, das besondere Wertkonflikte enthält und deshalb für jede Rechtsordnung eine Herausforderung darstellt. Die Wahl dieses konkreten Untersuchungsgegenstands war aber in erheblichem Maß auch von methodischen Problemen beeinflusst.⁴ Die Projektgruppe konnte sich nicht auf in anderen Studien geleistete Vorarbeiten stützen, sondern musste sowohl theoretisch als auch methodisch weitgehend Neuland erschließen. Eine umfassendere Analyse größerer Regelungsgebiete und deren praktischer Bedeutung kam daher nicht infrage. Forschungen zur tatsächlichen Umsetzung rechtlicher Regelungen sind im Bereich des Strafrechts generell selten.⁵ Auch wird der systematische Zusammenhang zwischen

³ Zu den Unterschieden zwischen den Prozesssystemen vgl. etwa *Jung* (Hrsg.), *Der Strafprozess im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen*; *Perron* (Hrsg.), *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands*; *Vogler/Huber* (Hrsg.), *Criminal Procedure in Europe*.

⁴ Näher zu diesen unten II.1.

⁵ Rechtstatsachenforschung wird im Bereich des Strafrechts vornehmlich von Kriminologen betrieben, die dem normativen Inhalt von Rechtssätzen zumeist wenig Beachtung schenken. Vgl. etwa den Überblick bei *Albrecht* (Hrsg.), *Forschungen zu Kriminalität und Kriminalitätskontrolle*.

Strafrecht und Strafprozessrecht nur gelegentlich – zumeist im Rahmen von Gesetzgebungsverfahren oder allgemeinen kriminalpolitischen Überlegungen – angesprochen, aber kaum einmal zum Thema einer wissenschaftlichen Untersuchung gemacht.⁶ Arbeiten auf dem Gebiet der Rechtsvergleichung, die für die vorliegende Studie besonders bedeutsam sein könnten, nehmen angesichts der beschriebenen Notwendigkeiten zwar wesentlich häufiger Rücksicht auf die tatsächlichen Verhältnisse,⁷ stellen aber die gegenseitige Abhängigkeit von normativer Regelung und tatsächlicher Anwendung ebenfalls nur selten in den Vordergrund. Vor der Durchführung des Projekts bestanden daher unter den Mitarbeitern weder genauere Vorstellungen über die zu erwartenden Ergebnisse noch nähere Kenntnisse der methodischen Schwierigkeiten, die auf dem Weg dorthin zu überwinden sein würden.

Die Untersuchung musste sich somit auf einen kleineren, überschaubaren Bereich beschränken. Gewählt wurde eine induktive, an der Lösung konkreter Fälle orientierte Vorgehensweise. Dies hatte den Vorteil, dass mit verhältnismäßig geringem Aufwand das Zusammenspiel komplexer Regelungsmaterien erschlossen werden konnte. Zwar sind die Einblicke, die man durch eine solche Vorgehensweise in eine fremde Rechtsordnung erlangen kann, nur punktuell. Wählt man hierfür jedoch ein repräsentatives, einigermaßen aussagekräftiges Gebiet, so lassen sich – bei aller Vorsicht – durchaus verallgemeinernde Schlussfolgerungen in Bezug auf das Gesamtsystem ziehen.

Ausgewählt wurde eine Sachverhaltskonstellation aus dem Bereich der Tötungsdelikte, die sowohl ein tiefgreifendes strafrechtliches Wertungsproblem betrifft als auch in allen in die Untersuchung einbezogenen Ländern eine hinreichende praktische Relevanz hat: die Tötung des tyrannischen Ehemannes durch die Ehefrau. Tötungsdelikte bilden traditionell einen Schwerpunkt strafrechtswissenschaftlicher Betrachtung. Wegen der hohen Strafandrohungen und des starken öffentlichen Interesses wird in diesen Fällen auch in der Strafverfahrenspraxis mit großer Intensität ermittelt und abgeurteilt. Erfolgt die vorsätzliche Tötung durch eine vom Opfer wiederholt körperlich misshandelte und psychisch gedemütigte Täterin, die wegen ihrer engen Bindung an das Opfer keinen anderen Ausweg mehr sieht, so erweckt die Tat zudem noch unser Mitgefühl und Verständnis. Sowohl die gegen als auch die für die Täterin sprechenden Gesichtspunkte haben daher großes Gewicht, und je nach konkreter Sachverhaltskonstellation und rechtlicher Einstufung der einschlägigen Wertungsaspekte ist von einer hohen Strafe bis zu einem Freispruch – etwa wegen Notwehr – nahezu jedes Ergebnis denkbar. Auch ist aufgrund der gewandelten Einstellung zur Rolle der Frau in Gesellschaft, Ehe und Familie die Wahrscheinlichkeit nicht gering, dass die über die Täterin urteilenden Personen in dem einen oder anderen Land die gesetzlichen Vorgaben als ungerecht empfinden

⁶ Vgl. dazu *Perron*, FS für Hanack, S. 473 ff. mit weiteren Nachweisen.

⁷ Vgl. z.B. *Eser/Koch* (Hrsg.), Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Bände 1–3.

und sie in ihrer Entscheidung zu umgehen versuchen. Die Fallkonstellation der Ehegattentötung sollte daher tiefere Einblicke sowohl in bestimmte Wertungsstrukturen als auch in die betreffenden praktischen Mechanismen einer Rechtsordnung ermöglichen.

1.3. Der Untersuchung zugrunde liegende Fallvarianten

Für die konkrete Formulierung des *Falltextes* wurden vier Varianten gebildet, die auf der Basis einer einheitlichen Grundkonstellation *unterschiedliche Schwerestufen der Tatbewertung* repräsentieren sollten. Dabei wurde die erste Variante so formuliert, dass angesichts der Dominanz einzelner erschwerender Tatumstände (zuvor geplante, die Wehrlosigkeit des schlafenden Ehemannes gezielt auszunutzende Tatbegehung) die Verhängung der Höchststrafe jedenfalls in einzelnen Rechtsordnungen möglich erscheint. Die vierte Variante beinhaltet eine Notwehrsituation, die möglicherweise, aber nicht zwingend zum Freispruch führt, und die zweite und dritte Variante enthalten dazwischenliegende Sachverhalte. In allen vier Varianten ist der Tatbestand eines vorsätzlichen Tötungsdelikts zweifelsfrei verwirklicht; offen ist hingegen die Bewertung des Unwertgehalts der Tat, die je nach Gewichtung der Umstände von sehr hoch bis sehr niedrig reichen kann.

Im Zentrum der Untersuchung standen damit die verschiedenen Systeme der Graduierung des Tatumwerts, von der tatbestandlichen Einstufung über Strafrahmenverschiebungen aufgrund mildernder oder erschwerender Umstände bis hin zur tatrichterlichen Strafzumessung, während die Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe nur teilweise angesprochen und die allgemeinen Voraussetzungen der strafrechtlichen Zurechnung oder besondere Erscheinungsformen der Tatbegehung sowie der Einfluss der Täterpersönlichkeit auf die Strafzumessung bewusst ausgeblendet wurden. Auch sollte der Tötungsvorsatz als feststehend angesehen werden, sodass Beweisprobleme lediglich hinsichtlich der Schuldfähigkeit der Täterin und der unklaren Notwehrsituation eine Rolle spielen konnten.

Im Einzelnen wurde für alle in die Untersuchung einbezogenen Länder folgender Sachverhalt zugrunde gelegt:

- *Ausgangssituation*: Die Ehe von O und T ist zerrüttet, seit der O arbeitslos geworden ist und jeden Tag große Mengen Alkohol trinkt. Es kommt zu ständigen Streitereien, bei denen der O die T immer wieder heftig schlägt.
- *Variante 1*: T will die Misshandlungen nicht mehr länger erdulden und wartet nur noch auf einen günstigen Augenblick, um O umzubringen. Als sie eines Abends sieht, dass er eingeschlafen ist, erschlägt sie ihn mit einem bereitgestellten Beil.
- *Variante 2*: T ist aufgrund der desolaten Situation völlig verzweifelt. Eines Abends wird sie beim Anblick des nach starkem Alkoholkonsum eingeschlafenen

O plötzlich von ihren Gefühlen überwältigt, ergreift einen schweren Gegenstand und erschlägt ihn.

- *Variante 3:* Eines Abends ist T von O wieder schwer misshandelt worden. Als sie ihn etwa dreißig Minuten später schlafend vor sich sieht, ersticht sie ihn mit einem Messer.
- *Variante 4:* Als O bei einer erneuten schweren Auseinandersetzung auf T zugeht und ihr Schläge androht, flieht sie in die Küche, ergreift ein Messer und ersticht den ihr nacheilenden O.

I.4. Rechtstatsächlicher Ansatzpunkt: Prognose des erstinstanzlichen Urteils

Die praktische Umsetzung der materiellstrafrechtlichen Regelungen zu Strafbarkeit, Straffreistellung und Strafzumessung erfolgt vor allem in konkreten Strafverfahren. Zwar entfaltet das Strafrecht seine Wirkung auch darüber hinaus, insbesondere durch die Verbreitung relevanter Vorgänge aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Strafvollstreckung in den Medien. Dennoch wurde dieser Aspekt aus der vorliegenden Untersuchung ausgeklammert, weil die entsprechenden Effekte die Rechtsanwendung nur mittelbar beeinflussen und empirisch schwer zu messen sind und ihre Berücksichtigung den vorgegebenen zeitlichen und finanziellen Rahmen weit gesprengt hätte.

Das Strafverfahren selbst ist ein komplexer dynamischer Vorgang, dessen Ergebnis und Konsequenzen sich nicht allein an der Urteilsformel ablesen lassen. Neben den Belastungen, die für den Beschuldigten beispielsweise von Zwangsmaßnahmen oder einer medienwirksamen Publizität ausgehen und die in ihrer tatsächlichen Bedeutung die eigentliche Strafsanktion wesentlich verschärfen oder in bestimmten Fällen sogar in den Hintergrund treten lassen, sind insbesondere die vielfältigen Selektions- und Definitionsmechanismen zu beachten, aufgrund derer die Kennzeichnung und rechtliche Einstufung der Tat ständigen Veränderungen unterworfen ist und das Verfahren jederzeit vorzeitig abgebrochen werden kann.⁸ Um die Untersuchung nicht mit zu vielen Problemen zu belasten, wurden auch diese Bereiche weitgehend ausgeblendet und die in den Fallvarianten beschriebenen Sachverhalte als im Wesentlichen feststehend vorgegeben. Aufgrund der Schwere der Tat war nicht zu erwarten, dass eine vorzeitige oder informelle Verfahrenserledigung in einem der untersuchten Länder ernsthaft in Betracht kommen würde, sodass einheitlich von einem vollständigen, förmlich durch Urteil abgeschlossenen Verfahren auszugehen war.

⁸ Vgl. dazu z.B. *Sessar*, Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität; *Steinhilper*, Definitions- und Entscheidungsprozesse bei sexuell motivierten Gewaltdelikten.

Rechtstatsächlicher Ansatzpunkt der Untersuchung war damit die *Verfahrensbeendigung durch Urteilsspruch über Schuld und Strafe*, dessen Fällung und Verkündung den markantesten und für die Beteiligten regelmäßig auch wichtigsten Moment innerhalb des Strafverfahrens darstellt. Das der Urteilsfällung vorausgehende und das nachfolgende Verfahren können dabei zwar nicht völlig vernachlässigt werden, weil der Inhalt des Urteils wesentlich von der bis dahin erfolgten Sachverhaltsaufbereitung abhängt und die mit der Urteilsfindung befassten Personen bei ihrer Entscheidung auch die zu erwartende Rechtsmittelkontrolle sowie – in gewissem Maß – die Modalitäten der Strafvollstreckung berücksichtigen. Dennoch konzentrierte sich die Untersuchung vorrangig auf die Frage, wie in den vorgelegten Fallvarianten das Urteil aussehen würde, und berücksichtigte erst in zweiter Linie, welche Besonderheiten des dem Urteilsspruch vorausgehenden Ermittlungs- und des nachfolgenden Rechtsmittel- und Vollstreckungsverfahrens in den betreffenden Ländern die Entscheidung beeinflussen können.

II. Untersuchungsmethode

II.1. Allgemeine Beschreibung und Begründung der Vorgehensweise

Die Festlegung der Untersuchungsmethode war mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Da vergleichbare Forschungsarbeiten fehlten, die als Vorbild hätten dienen können, musste jeder einzelne Schritt genau überlegt, unter den Projektmitarbeitern ausführlich diskutiert und häufig auch während des weiteren Verlaufs korrigiert werden. Die Unsicherheit betraf nicht nur die Art und Weise des konkreten Vorgehens, sondern auch die zu erwartenden Ergebnisse. Deshalb waren immer wieder aufwendige Vorprüfungen und Abklärungen erforderlich, bevor der jeweils nächste große Schritt unternommen werden konnte. Auch musste die Methodik so offen angelegt werden, dass heterogene, von Land zu Land sehr unterschiedliche Ergebnisse verarbeitet und miteinander verglichen werden konnten.

Aufgrund dieser Schwierigkeiten wurde – wie bereits unter I.2. beschrieben – schnell klar, dass die Untersuchung sich aus normativer Sicht nur auf einen engen Verbrechensbereich beziehen und auch diesen nur punktuell erfassen konnte. Darüber hinaus musste auch hinsichtlich der rechtstatsächlichen Seite eine möglichst einfache, der Unbestimmtheit der zu erwartenden Ergebnisse Rechnung tragende Methode gewählt werden. Schließlich mussten beide Bereiche so aufeinander abgestimmt werden, dass die angestrebte Verbindung von normativer und empirischer Analyse bruchlos vonstatten gehen konnte. Gewählt wurde daher die Methode der *Lösung fiktiver Fälle*. Diese Fälle, die unter I.3. beschrieben sind, wurden zunächst von den Projektmitarbeitern selbst nach den landestypischen etablierten Standards der Gesetzesauslegung gelöst. Auf dieser Basis wurden sodann Landesjuristen befragt, um deren tatsächlichen Umgang mit den betreffenden Normen in

Erfahrung zu bringen. Diese Befragung, die in der Form halboffener Intensivinterviews mit bewusst ausgewählten Experten (Praktikern und Professoren) durchgeführt wurde, diente somit sowohl der Kontrolle der von den Projektmitarbeitern vorgenommenen normativen Analyse wie auch der Abklärung der rechtstat-sächlichen Seite, d.h. insbesondere der Frage, welches gerichtliche Urteil in den vorgetragenen Fällen zu erwarten wäre bzw. von den Gesprächspartnern als richtig angesehen würde.

Die Analyse verschiedener Rechtsordnungen anhand konkret formulierter Fälle ermöglicht es zumindest auf der normativen Ebene, mit verhältnismäßig geringem Aufwand tiefere Einblicke in die einzelnen Landesrechte zu gewinnen. Auch wenn bei der Präsentation der Ergebnisse nicht auf ergänzende allgemeine Darstellungen der betroffenen Rechtsgebiete verzichtet werden kann, um dem mit dem jeweiligen Landesrecht nicht vertrauten Leser das Verständnis zu erleichtern, beschränkt sich die eigentliche wissenschaftliche Analyse auf einige wenige abgrenzbare Fragestellungen. Zudem dient die Lösung des vorgegebenen Falls als roter Faden, anhand dessen der Vergleich auch sehr unterschiedlicher Rechtsordnungen herausgearbeitet werden kann.

In rechtstatsächlicher Hinsicht bilden fiktive Fälle zwar nur ein Mittel, um Meinungen und Einstellungen der betreffenden Landesjuristen zu erfragen, während man deren tatsächliches Handeln erst durch Beobachtung oder nachträgliche Analyse realer Strafverfahren feststellen kann. Angesichts der Ungewissheit über die zu erwartenden Ergebnisse erschien es aber nicht möglich, die maßgeblichen Fragestellungen *ex ante* so präzise zu formulieren und dementsprechend die Sachverhaltsmerkmale der auszuwählenden Fälle so zu begrenzen, dass etwa eine Analyse der Verfahrensakten einschlägiger tatsächlicher Fälle mit vertretbarem Aufwand durchzuführen gewesen wäre. Darüber hinaus eignet sich das durch die Verwendung fiktiver Fälle gewonnene Material auch aus empirischer Sicht besser zur Vergleichung. Tatsächliche Fälle, die den festgelegten Vorgaben entsprechen, unterscheiden sich – wenn sie überhaupt in hinreichender Zahl zu ermitteln sein sollten – bei aller grundsätzlichen Übereinstimmung doch zumeist in wichtigen Nuancen, sodass die Vergleichbarkeit letztlich zweifelhaft bleiben müsste.

Schließlich liefert die gewählte offene, d.h. nicht durch exakt festgelegte Fragen und vorformulierte Antwortmöglichkeiten standardisierte Intensivbefragung einer kleinen Zahl bewusst ausgewählter Gesprächspartner⁹ zwar schlechter vergleichbare und schwerer verallgemeinerbare Daten als etwa eine standardisierte, gleichförmige Befragung einer größeren Zahl nach dem Zufallsprinzip ausgewählter Personen. Gleichwohl konnte wegen des explorativen Charakters der Untersuchung nur diese weniger zuverlässige Befragungsform gewählt werden. Da zu geringe Vorkenntnisse zu den Spektren möglicher Antworten vorlagen und auch nicht hin-

⁹ Zur Verbreitung dieser Methode in der empirischen Sozialforschung vgl. z.B. *Blinkert*, in: Schirmer (Hrsg.), *Empirische Methoden der Sozialforschung*, S. 180 ff., 186 ff.

reichend bekannt war, welche konkreten Gesichtspunkte bei der praktischen Anwendung des jeweiligen Landesrechts beachtet werden müssen, hätten bei einer standardisierten Befragung zu viele verschiedene Fragen gestellt und die vorformulierten Antwortmöglichkeiten sehr breit gestreut werden müssen. Die offene Intensivbefragung hat demgegenüber den Vorteil, dass die gesprächsführenden Mitarbeiter flexibel auf die Antworten des jeweiligen Gesprächspartners reagieren und durch gezieltes Nachfragen auch bei von Gespräch zu Gespräch variierendem Verlauf die wesentlichen Aspekte ohne allzu großen Zeitaufwand in Erfahrung bringen können.

Damit musste freilich der Nachteil in Kauf genommen werden, dass die Antworten teilweise recht heterogen ausfielen und der angestrebte Vergleich dadurch erheblich erschwert wurde. Zwar wurden die als wichtig angesehenen Fragen und Kriterien vorher so einheitlich festgelegt, dass sie in jedem Gespräch in jedem Land hinreichend zur Sprache gebracht werden konnten. Dennoch konnten schon wegen der begrenzten Zeit nicht in jedem Interview alle vorgegebenen Fragen gestellt werden, und auch die Bedeutung der zuvor als wesentlich festgelegten Gesichtspunkte stellte sich von Land zu Land unterschiedlich dar. Bei der Auswertung der Gesprächsprotokolle zeigten sich daher teilweise erhebliche Lücken.

Um dennoch ein möglichst vollständiges Bild zu erhalten, wurden die für die einzelnen Länder zuständigen Projektmitarbeiter aufgefordert, den gemeinsamen Auswertungsbogen¹⁰ bzw. die darin aufgeführten Fragen auch einmal für sich selbst zu beantworten. Diese Fragebögen geben damit diejenige Lösung des Falls wieder, welche die Projektmitarbeiter aufgrund ihrer eigenen Kenntnis des jeweiligen Landesrechts und vor dem Hintergrund der von ihnen durchgeführten Befragungen als normativ richtig und/oder als tatsächlich zu erwarten ansehen.

Insgesamt konnten mit dieser Methode Ergebnisse gewonnen werden, die zwar nicht mit statistischen Verfahren verallgemeinert werden können, aber doch in teilweise beachtlichem Maß plausibel erscheinen und zumindest die Grundlage für weiter gehende, zuverlässigere empirische Forschungen bilden können. Vor allem aber war es möglich, die angestrebte Verbindung von normativer und empirischer Betrachtung herzustellen. Die mit den formulierten Fallvarianten thematisierten Regelungsgebiete konnten nicht nur auf der normativen Ebene angemessen erfasst werden, sondern es war auch möglich, für alle wesentlichen normativen Fragestellungen einen zumindest einigermaßen aussagekräftigen Eindruck der Rechtswirklichkeit zu erlangen.

¹⁰ Näher dazu unten II.5.2.

II.2. Auswahl der in die Untersuchung einbezogenen Länder

Auch die Auswahl der in die Untersuchung einzubeziehenden Länder wurde von den methodischen Erfordernissen bestimmt. Angesichts der zahlreichen Schwierigkeiten ergab sich sehr schnell, dass das Projekt auf eine verhältnismäßig kleine Zahl von Ländern beschränkt und die Auswahl dabei so getroffen werden musste, dass die zu erwartenden Ergebnisse sich in einem überschaubaren Rahmen bewegen würden. Darüber hinaus wurden nur solche Länder ausgewählt, für die Projektmitarbeiter zur Verfügung standen, die sowohl den teilweise sehr anspruchsvollen Aufgaben insbesondere bei der Praktikerbefragung gewachsen waren als auch an den zahlreichen, häufig kurzfristig angesetzten Projektbesprechungen teilnehmen konnten. Auf der anderen Seite musste aber dennoch ein einigermaßen breites Spektrum unterschiedlicher Rechtssysteme und -kulturen abgedeckt werden, damit die Untersuchungsergebnisse zumindest in gewissen Grenzen verallgemeinerungsfähig werden konnten.

Die Auswahl fiel daher auf die Länder *Deutschland, England und Wales, Frankreich, Italien, Österreich, Portugal, Schweden* und die *Schweiz*. Diese repräsentieren zwar nur den europäischen Rechtskreis ohne die vormals sozialistischen Staaten, werden aber von durchaus unterschiedlichen historischen, rechtlichen und kriminalpolitischen Strömungen bestimmt, die häufig auch in anderen Teilen der Welt Nachahmung gefunden haben. Dass bei dieser Auswahl überall eine ähnliche gesellschaftliche Bewertung der vorgegebenen Fallvarianten zu erwarten war, hat sich angesichts der praktischen Erfordernisse schnell als Vorteil erwiesen: Die festgestellten Unterschiede zwischen den Falllösungen der betreffenden Rechtsordnungen konnten dadurch zumeist direkt auf die Unterschiede in den Rechtssystemen selbst zurückgeführt werden, ohne dass dem jeweiligen soziokulturellen Hintergrund als intervenierender Variable allzu viel Beachtung geschenkt werden musste.

II.3. Formulierung der Fallvarianten

Der Wortlaut der den Gesprächspartnern in den genannten Ländern vorgelegten Fallvarianten wurde bereits unter I.3. wiedergegeben. Die konkreten Formulierungen wurden nach längeren Vorklärungen festgelegt. Ein Pre-Test im eigentlichen Sinne, d.h. eine Vorabbefragung einzelner Praktiker aus den betroffenen Ländern zur Erprobung der Methode, fand hingegen nicht statt. Angesichts der geringen Zahl der insgesamt geplanten Interviews wäre dieser kaum weniger aufwendig ausgefallen als die eigentliche Befragung. Die gesamte hier vorgestellte Untersuchung sollte ohnehin vorrangig der Entwicklung und Erprobung einer Untersuchungsmethode dienen, mit der in etwaigen späteren Projekten auch andere Themen und andere Rechtskreise bearbeitet werden können.

Gleichwohl gestaltete sich der Prozess, der zur Festlegung der Fallvarianten führte, sehr aufwendig. Nachdem sich zu Beginn der Bereich der Tötungsdelikte aus den unter I.2. genannten Gründen für die geplante Untersuchung als besonders geeignet herausgestellt hatte, wurden für alle ausgewählten Länder die einschlägigen Tötungstatbestände wie auch die kriminologische Literatur zu den tatsächlich vorkommenden Arten von Tötungsdelikten analysiert, um entsprechend geeignete Fallkonstellationen zu finden. Als Ergebnis wurden verschiedene typische Fallgruppen herausgefiltert, die in allen beteiligten Ländern rechtlich problematisch sind und tatsächlich häufig vorkommen und deshalb als Gegenstand der weiteren Untersuchung infrage kamen. Als wichtige Beispiele ergaben sich dabei:

- Tötung aus einem Beziehungskonflikt heraus, mit unterschiedlichen Abstufungen der Provokation des Täters durch das Opfer;
- Tötung in Verbindung mit einer anderen Straftat, etwa einem Raub, kombiniert mit unterschiedlichen Abstufungen der subjektiven Tatseite;
- Unfall im Straßenverkehr mit tödlichem Ausgang, ebenfalls kombiniert mit unterschiedlichen Abstufungen der subjektiven Tatseite.

Schon die ersten Versuche der Formulierung einzelner Fallvarianten zeigten jedoch, dass in der geplanten Expertenbefragung in einem ca. 90-minütigen Gespräch jeweils höchstens eine Fallgruppe mit einigen wenigen Varianten unterzubringen sein würde. Deshalb wurde die Tötung aus einem Beziehungskonflikt heraus als die erfolgversprechendste Sachverhaltskonstellation ausgewählt und in der vorgestellten Form der Tötung des tyrannischen Ehemannes durch die Ehefrau zur Grundlage der weiteren Untersuchung gemacht.

Der Text der Fallvarianten wurde schließlich nach längeren Diskussionen, in denen die Relevanz für die verschiedenen Länder erörtert und abgewogen wurde, in der unter I.3. abgedruckten Formulierung beschlossen und, soweit erforderlich, von den Projektmitarbeitern in die jeweilige Landessprache übersetzt.

II.4. Ablauf der Befragung

II.4.1. Auswahl der Gesprächspartner

Da die Intensivbefragung nur mit einer jeweils kleineren Zahl von Landesjuristen durchgeführt werden sollte, waren von vornherein keine Ergebnisse zu erwarten, die mittels der Methoden der schließenden Statistik verallgemeinert werden könnten. Deshalb wurde auf die Bildung von Zufallsstichproben verzichtet und stattdessen für jedes Land eine gezielte Auswahl von Praktikern unterschiedlicher Berufsgruppen vorgenommen.

Als allgemeine Vorgabe wurde erwartet, dass aus den Berufsgruppen der Richter, Anklagevertreter, Strafverteidiger und Hochschullehrer jeweils zwei bis drei

Personen ausgewählt und befragt würden, die zudem über eine gewisse Berufserfahrung verfügen sollten. Die Auswahl selbst erfolgte durch die für die einzelnen Länder zuständigen Projektmitarbeiter, wobei angesichts der Schwierigkeit, die Gesprächspartner für ein im Ausland durchgeführtes Forschungsprojekt zu gewinnen, auch persönliche Kontakte und Empfehlungen genutzt wurden.

Die Zahl der befragten Landesjuristen schwankt von Land zu Land zwischen 9 (Portugal) und 17 (Frankreich) und lag im Durchschnitt bei 12,6. Gleichwohl sind in allen Ländern die verschiedenen Berufsgruppen jeweils ausreichend vertreten. Nähere Angaben zur Zusammensetzung der Gesprächspartner finden sich in den einzelnen Landesberichten.

II.4.2. Festlegung der Interviewleitfäden

Die Festlegung der Interviewleitfäden war eine der wichtigsten und zugleich schwierigsten Aufgaben des Projekts. Auf der einen Seite sollten alle wesentlichen Besonderheiten des jeweiligen Landes erfasst werden. Auf der anderen Seite mussten die Befragungen für alle Länder in Inhalt und Form so einheitlich angelegt werden, dass die Ergebnisse möglichst gut miteinander vergleichbar sind.

Von den Mitarbeitern wurde deshalb zunächst für jedes Land zu jeder Fallvariante eine ausführliche Lösungsskizze erstellt, die alle rechtlich und tatsächlich problematisch erscheinenden Punkte herausstellen sollte. Darüber hinaus wurde ein für alle Länder geltender Katalog von Kriterien festgelegt, zu denen auch dann die einschlägigen Informationen erfragt oder zumindest vom jeweiligen Mitarbeiter sicher festgestellt werden sollten, wenn sie in dem betreffenden Land als unproblematisch anzusehen waren. Schließlich mussten auch die praktischen Notwendigkeiten der Gesprächsführung und insbesondere die begrenzte Gesprächszeit in Rechnung gestellt werden. Auf der Basis der Lösungsskizzen, des Kriterienkatalogs und der praktischen Erwägungen wurde sodann für jedes Land ein konkreter Interviewleitfaden erarbeitet und gemeinsam diskutiert.

Der für jedes Land einheitliche Kriterienkatalog enthielt folgende Gesichtspunkte:

- Materiellrechtliche Einstufung der Tat: anzuwendender Straftatbestand, etwaige Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- und sonstige Straffreistellungsgründe, benannte und unbenannte Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe.
- Strafzumessung: relevante Faktoren, konkrete Prognose, Einfluss der Vollzugsmodalitäten.
- Konkrete Gewichtung folgender Wertungsgesichtspunkte: Vorbedacht (in Variante 1), überlegte Vorgehensweise, Ausnutzung der Wehrlosigkeit des schlafenden Opfers, Tötung des Ehegatten, präventive Zielrichtung der Tat (Vermeidung weiterer Misshandlungen), seelische Belastung der Täterin, Tatprovokation durch das Opfer, akute Bedrängnis der Täterin (in Variante 4).

- Strafverfahren: Spruchkörper und Verfahrensart, Anforderungen an die Entscheidungsbegründung und Rechtsmittelkontrolle, Beweisprobleme bei verschiedenen Verteidigungseinreden (Sachverständigengutachten zur seelischen Verfassung der Täterin, Beweislast u.a. bei Notwehr), *plea bargaining* oder Absprachen, Verteidigungsstrategie und etwaige Gegenstrategie der Anklagevertretung oder des Gerichts.
- Strafvollstreckung: zu erwartende tatsächliche Verbüßungsdauer, substanzielle Vollzugslockerungen (offener Vollzug etc.).

II.4.3. Durchführung der Gespräche

Sämtliche Gespräche wurden 1996/97 persönlich von den Autoren der Landesberichte durchgeführt, die auch die Interviewleitfäden entwickelt hatten. Den Gesprächspartnern war durchweg der Text der Fallvarianten vorab zur Verfügung gestellt worden, sodass die Gesprächszeit besser ausgenutzt werden konnte. Die Gespräche wurden, wie bereits beschrieben, in der Form halbstandardisierter Intensivinterviews geführt. Die Projektmitarbeiter stellten ihre Fragen – häufig in spontaner Formulierung – anhand des Interviewleitfadens, konnten bei Bedarf aber auch davon abweichen. Für die Antworten wurden den Gesprächspartnern grundsätzlich keine näheren Vorgaben gemacht, sodass sie in freier Formulierung erfolgten. Zu einzelnen Punkten, etwa der Prognose der gegen die Täterin zu verhängenden Strafe, wurde freilich verabredet, dass die Projektmitarbeiter auf einer möglichst konkreten Antwort bestehen sollten. Die Dauer der Gespräche betrug im Durchschnitt etwa 90 Minuten; die kürzesten endeten nach etwa 60 Minuten, die längsten erst nach über zwei Stunden. Alle Gespräche wurden mit einem Tonbandgerät aufgezeichnet.

In allen in die Untersuchung einbezogenen Ländern standen die Gesprächspartner unserem Forschungsprojekt sehr aufgeschlossen gegenüber und waren durchweg zu der erforderlichen Kooperation, d.h. insbesondere auch zu offenen Antworten, bereit.

II.5. Auswertung der Ergebnisse

II.5.1. Allgemeine Beschreibung der Vorgehensweise

Ziel der Auswertung der Befragungsergebnisse war es, das bei der Untersuchung gewonnene Material in einer möglichst gleichförmigen und damit vergleichbaren Weise aufzubereiten, ohne dass dabei wichtige Informationen verloren gehen oder verfälscht werden. Die Auswertung erfolgte deshalb in mehreren Schritten. Zunächst wurden von allen Tonbandaufzeichnungen wörtliche Transkripte in der Originalsprache erstellt. Deren Inhalt wurde anschließend von den einzelnen Mitarbei-

tern stichwortartig erfasst und innerhalb jedes Landes für die einzelnen Gesprächspartner synoptisch nebeneinandergestellt. Von diesen Synopsen ausgehend wurde sodann ein für alle Länder einheitlicher Auswertungsbogen entwickelt, mit dessen Hilfe die Antworten der Gesprächspartner in der Form von Zahlenwerten erfasst und einer Weiterbearbeitung durch EDV zugänglich gemacht wurden.¹¹ Darüber hinaus wurden alle Projektmitarbeiter aufgefordert, den Auswertungsbogen einmal mit den Werten auszufüllen, die sie selbst aufgrund ihrer eigenen Kenntnis des betreffenden Landesrechts sowie auf der Basis der in den Interviews gemachten Erfahrungen als die richtige Lösung ansehen.

Auf der Basis der Wortprotokolle sowie der mithilfe des allgemeinen Auswertungsbogens daraus gewonnenen EDV-Datensätze wurden anschließend die einzelnen Landesberichte erstellt. Darin werden neben einer Erläuterung der rechtlichen Rahmenbedingungen und einer allgemeinen Beschreibung des Verlaufs der Befragungen insbesondere die Antworten der Gesprächspartner näher dargestellt und erläutert. Die – für alle Länder einheitliche – Gliederung der Landesberichte ist im Anhang abgedruckt.

Die vergleichende Auswertung aller in die Untersuchung einbezogenen Länder erfolgte schließlich anhand der ausformulierten Landesberichte sowie der EDV-Datensätze zu den Befragungsergebnissen und den eigenen Einschätzungen der Landesberichtersteller. Alle Ergebnisse und ihre Interpretation wurden zwischen den Projektmitarbeitern ausführlich diskutiert, um Fehlschlüsse möglichst auszuschalten. Auch die vergleichende Darstellung der Projektergebnisse bildet daher ein Gemeinschaftswerk sämtlicher Projektmitarbeiter.

II.5.2. Erstellung des EDV-Datensatzes als Basis für die Auswertung

Ein wesentlicher Teil der Auswertung beruht somit auf der Aufbereitung der Gesprächsergebnisse in einem für alle Länder einheitlichen EDV-Datensatz. Die größte Schwierigkeit bestand darin, das sich aus den Gesprächsprotokollen ergebende heterogene Material in eine Form zu überführen, die deskriptiven statistischen Analysen zugänglich ist.¹² Hierzu wurde zunächst eine Ordinalskala¹³ formuliert, die auf die meisten Antworten der Gesprächspartner zu den einzelnen Fragen angewandt werden konnte. Sie enthält folgende Werte:

- 1 = Eindeutig ja
- 2 = Tendenziell ja

¹¹ Näher dazu sogleich unter II.5.2. Der Auswertungsbogen ist im Anhang abgedruckt.

¹² Zu diesen vgl. z.B. *Kopp/Lois*, Sozialwissenschaftliche Datenanalyse, S. 45 ff.; *Kubinger* u.a., Statistik in der Psychologie, S. 63 ff. Verwendet wurde das Programm SPSS.

¹³ Eine „Ordinalskala“ drückt die Rangfolge der vorhandenen Merkmalsausprägungen aus, ohne die Größe des Abstandes zwischen diesen Ausprägungen anzugeben. Vgl. dazu sowie zu anderen Skalenniveaus *Kubinger* u.a., Statistik in der Psychologie, S. 55 ff.

- 3 = Unentschieden
- 4 = Tendenziell nein
- 5 = Eindeutig nein

Darüber hinaus wurden außerhalb dieser Skala folgende Eintragungsmöglichkeiten festgelegt:

- 6 = Frage erübrigt sich wegen vorangegangener Antwort
- 7 = Aus rechtlichen Gründen unbeachtlich
- 8 = Frage nicht oder nicht ausreichend beantwortet
- 9 = Gesprächsprotokoll enthält keine Angaben

Anschließend wurden alle wesentlichen Gesichtspunkte, die in den einzelnen Gesprächen zur Sprache gekommen waren, in die Form von Fragen gebracht, deren Beantwortung mit dieser Skala erfasst werden konnte. Dabei spielte es keine Rolle, ob diese Fragen tatsächlich in der vorgegebenen Weise den Gesprächspartnern gestellt oder die betreffenden Gesichtspunkte in anderer Form zur Sprache gebracht worden waren. Die Fragen des Auswertungsbogens sind vielmehr als Fragen der Projektleitung an die Projektmitarbeiter aufzufassen, wie diese die Stellungnahmen der einzelnen Gesprächspartner zu den verschiedenen erfragten Gesichtspunkten interpretieren.

Um zwei Beispiele zu geben:

- (1) Bei der vierten Variante stand in allen Ländern die Frage im Vordergrund, ob die T sich auf Notwehr berufen kann, und auch bei der dritten Variante spielte sie gelegentlich eine Rolle. Wie die verschiedenen Aspekte aber im Einzelnen zu erörtern waren und ob etwa auch die Rechtsfiguren des Notwehrexzesses und der Putativnotwehr dabei Bedeutung erlangen, variierte jedoch von Land zu Land erheblich. Der allgemeine Auswertungsbogen musste deshalb alle möglichen Variationen in einer einheitlichen Form zusammenfassen, die sich für die Notwehr (für Notwehrexzess und Putativnotwehr wurden ähnliche Fragen formuliert) folgendermaßen darstellt:

3.1.1 Kommt Notwehr in Betracht?

3.1.2 Wird den Anforderungen an die Strafbefreiung genügt

– insgesamt?

– hinsichtlich der Notwehrsituation?

– hinsichtlich der Intensität der Verteidigungshandlung?

– hinsichtlich des Nichteingreifens besonderer Notwehrein-schränkungen?

3.1.3 Wird die Anklagebehörde wegen der Notwehr bereits auf die Erhebung der Anklage verzichten?

3.1.4 Wird das Gericht die T wegen Notwehr freisprechen?

Wenn beispielsweise bei der dritten Variante das mögliche Eingreifen einer Notwehrregelung strikt verneint wurde, dann war für die Frage 3.1.1 der Wert

„5“ zu codieren, und für alle weiteren Fragen musste der Wert „6“ eingetragen werden. Ließ sich der Gesprächspartner hingegen auf eine nähere Notwehrprüfung ein, so mussten zumindest zur ersten Teilfrage zu 3.1.2 (eigentlich auch zur zweiten und dritten) Antworten mit Werten zwischen „1“ und „5“ eingetragen werden. Ob zusätzlich zu der unter 3.1.2 abgefragten Einschätzung des Gesprächspartners auch Prognosen zur Anklageentscheidung der Staatsanwaltschaft (3.1.3) und zur Entscheidung des Gerichts (3.1.4) abgegeben wurden, hing hingegen von den Besonderheiten des Landesrechts, der Frage-technik des jeweiligen Projektmitarbeiters, spontanen Äußerungen des Gesprächspartners usw. ab. In den Interviewleitfäden waren diese speziellen Fragen nicht erwähnt worden, sodass sie in vielen Interviews nicht zur Sprache kamen und deshalb in den Auswertungsbogen der Wert „9“ eingetragen werden musste. Dennoch wurden diese Fragen erfasst, damit die betreffenden Informationen der Auswertung zugänglich gemacht werden konnten.

- (2) Nach der Formulierung des Falltextes hatte die T in sämtlichen Varianten Tötungsvorsatz, d.h., sie wollte den O in den Varianten 1–3 gezielt töten und in Variante 4 war ihr zumindest bewusst, dass sie ihn töten würde. Die Projektmitarbeiter waren angehalten worden, bei Bedarf noch einmal ausdrücklich auf diesen Sachverhalt hinzuweisen. Dennoch bezweifelten in mehreren Ländern viele Gesprächspartner bei der vierten Variante den Tötungsvorsatz. Eine gezielte Frage nach dem Tötungsvorsatz war in den Interviewleitfäden nicht vorgesehen gewesen, sodass die Befragungsergebnisse insoweit nur schwer verallgemeinert werden können. Um die mitgeteilten Informationen aber nicht völlig untergehen zu lassen, wurde folgende Frage in den Auswertungsbogen aufgenommen:

„2.3 Subjektiver Tatbestand: Wird vom Gesprächspartner der Tötungsvorsatz problematisiert?“

Sollte das Vorliegen des Tötungsvorsatzes im Interview in irgendeiner Weise tatsächlich angesprochen oder angedeutet worden sein, so war danach in den Auswertungsbogen ein Wert zwischen „1“ und „5“ einzutragen. Eine Äußerung beispielsweise, dass in dem betreffenden Strafverfahren zweifellos nähere Feststellungen zum Vorsatz erforderlich seien, musste danach mit dem Wert „1“ codiert werden, während etwa die Angabe, dass der Vorsatz möglicherweise problematisiert, wegen des gezielten Zusteichens ggf. aber auch unproblematisch unterstellt würde, mit dem Wert „3“ zu codieren war. Kam die Möglichkeit eines fehlenden Tötungsvorsatzes überhaupt nicht zur Sprache, so war hingegen der Wert „9“ einzutragen.

Die Zuordnung der Angaben der Gesprächspartner zu den einzelnen Punkten des Auswertungsbogens war somit vielfach unproblematisch, erforderte manchmal aber auch einen nicht unerheblichen Interpretationsaufwand. Um hierbei eine möglichst große Einheitlichkeit herzustellen, wurden alle Zweifelsfragen ausführlich unter den Projektmitarbeitern diskutiert und jeweils einer gemeinsamen Handhabung zugeführt.

Ein wichtiges, immer wiederkehrendes Problem bestand auch darin, dass nicht in allen Interviews deutlich genug zwischen der Ansicht des jeweiligen Gesprächspartners, welche Lösung er im Hinblick auf die gestellte Frage für richtig halte, einerseits, und der Prognose, welche Entscheidung das zuständige Gericht treffen würde, andererseits, unterschieden wurde. Es stand daher infrage, ob die betreffenden Antworten überhaupt als vergleichbar angesehen werden können. Nach längeren Analysen der Gesprächssituationen stimmte man jedoch überein, dass eine Differenzierung zwischen der Ansicht des Gesprächspartners und derjenigen des erkennenden Gerichts nur dann bedeutsam ist, wenn sich der Gesprächspartner ausdrücklich von der zu erwartenden gerichtlichen Entscheidung distanzieren wollte. Wurde eine solche Differenzierung hingegen weder erfragt noch spontan vom Gesprächspartner selbst vorgenommen, dann kann davon ausgegangen werden, dass der Gesprächspartner seine Einschätzung entweder auf die von ihm erwartete gerichtliche Entscheidung bezog oder jedenfalls den Unterschied zwischen der eigenen Ansicht und der erwarteten gerichtlichen Entscheidung nicht als gravierend ansah. Diese Einschätzung bestätigte sich in den Fällen, in denen ausdrücklich nach beiden Möglichkeiten gefragt wurde: Die Unterschiede waren dort im Allgemeinen eher gering und nahmen nur in besonderen Fällen wie Geschworenenverfahren, bei denen die Haltung der Laienrichter nur schwer vorausgesagt werden kann, oder bei Verteidigern, die ausdrücklich nicht mit der gängigen Haltung von Staatsanwaltschaft und Gericht einverstanden waren, erheblichere Ausmaße an. In allen Fällen, in denen entweder nur die eigene Einschätzung oder nur die Prognose der gerichtlichen Entscheidung erfragt wurde und auch der Gesprächspartner selbst keine entsprechende Differenzierung vornahm, wurde deshalb die eigene Einschätzung mit der Prognose der gerichtlichen Entscheidung gleichgesetzt.

Bei der Erarbeitung des gemeinsamen Auswertungsbogens wurde freilich deutlich, dass die Interviewleitfäden zwar alle wichtigen Punkte erfassen, zugleich aber den einzelnen Projektmitarbeitern bei der konkreten Formulierung der Fragen wie auch den Gesprächspartnern bei der Formulierung der Antworten große Spielräume lassen. Um allen Ländern gerecht zu werden, mussten daher viele Gesichtspunkte und Fragen in den Auswertungsbogen aufgenommen werden, die nur bei einem Teil der untersuchten Länder oder einem Teil der Gespräche eine Rolle spielten. Der Anteil der Fragen, bei denen der Wert „9 = Protokoll enthält keine Angaben“ in den Auswertungsbogen eingetragen werden musste, war deshalb für die meisten der durchgeführten Interviews hoch. Dies ist jedoch kein Fehler der Untersuchungskonzeption, sondern war angesichts der explorativen Methode unvermeidlich. Auf der Basis der hierbei gewonnenen Ergebnisse wäre es jetzt ohne Weiteres möglich, präzise standardisierte Fragebogen zu entwerfen, die zu einzelnen Aspekten Daten von wesentlich höherer Reliabilität und Validität¹⁴ erbringen könnten.

¹⁴ „Reliabilität“ bezeichnet die Reproduzierbarkeit des Messergebnisses, „Validität“ die Genauigkeit der Messung (vgl. z.B. Häder, Empirische Sozialforschung, S. 109 ff.).

Um die vorhandenen Lücken gleichwohl wenigstens etwas zu schließen, wurden, wie bereits beschrieben, alle Projektmitarbeiter aufgefordert, den Auswertungsbogen einmal auch mit den Werten auszufüllen, die sie aufgrund ihrer eigenen Kenntnis des betreffenden Landesrechts sowie auf der Basis der in den Interviews gemachten Erfahrungen als die richtige Lösung ansehen. Der daraus entstandene Datensatz wurde bei der rechtsvergleichenden Gesamtauswertung ebenfalls berücksichtigt.

Literaturverzeichnis

- Albrecht, Hans-Jörg* (Hrsg.), *Forschungen zu Kriminalität und Kriminalitätskontrolle am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*. Freiburg 1999.
- Blinkert, Baldo*, *Untersuchungsgegenstände, Erhebungsverfahren und Analyseinstrumente*. In: Dominique Schirmer (Hrsg.), *Empirische Methoden der Sozialforschung*. Paderborn 2009, S. 143–270.
- Eser, Albin/Koch, Hans-Georg* (Hrsg.), *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich*. Bände 1–3. Baden-Baden 1988–1999.
- Häder, Michael*, *Empirische Sozialforschung*. 2. Aufl. Wiesbaden 2010.
- Jung, Heike* (Hrsg.), *Der Strafprozess im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen*. Berlin u.a. 1989.
- Kopp, Johannes/Lois, Daniel*, *Sozialwissenschaftliche Datenanalyse*. Wiesbaden 2012.
- Kubinger, Klaus D./Rasch, Dieter/Yanagida, Takuya*, *Statistik in der Psychologie*. Göttingen u.a. 2011.
- Perron, Walter*, *Überlegungen zum Erkenntnisziel und Untersuchungsgegenstand des Forschungsprojekts „Allgemeiner strafrechtlicher Strukturvergleich“*. In: Jörg Arnold/Björn Burkhardt/Walter Gropp/Hans-Georg Koch (Hrsg.), *Grenzüberschreitungen*. Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser. Freiburg 1995, S. 127–136.
- (Hrsg.), *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands*. Rechtsvergleichendes Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz. Freiburg 1995.
 - *Überlegungen zum Verhältnis von Strafrecht und Strafprozessrecht*. In: Udo Ebert/Peter Rieß/Claus Roxin/Eberhard Wahle (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag*. Berlin, New York 1999, S. 473–485.
- Sessar, Klaus*, *Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität*. Freiburg 1981.
- Steinhilper, Udo*, *Definitions- und Entscheidungsprozesse bei sexuell motivierten Gewaltdelikten*. 2. Aufl. Konstanz 1998.
- Vogler, Richard/Huber, Barbara* (Hrsg.), *Criminal Procedure in Europe*. Berlin 2008.

Teil 2
Landesberichte

§ 3

Landesbericht Deutschland

Helmut Gropengießer

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	53
I. Vorbemerkung	55
II. Befragung der Juristen	55
II.1. Bildung der Stichprobe	55
II.2. Verlauf der Gespräche	56
III. Beurteilung der Fallvarianten	57
III.1. Fallvariante 1	57
III.1.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung	57
III.1.1.1. Tatbestandliche Einstufung	57
III.1.1.1.1. Rechtliche Vorgaben	57
III.1.1.1.2. Ergebnisse der Befragung	58
III.1.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen	59
III.1.1.2.1. Rechtliche Vorgaben	59
III.1.1.2.2. Ergebnisse der Befragung	59
III.1.1.3. Strafraahmenbestimmung und konkrete Strafzumessung	59
III.1.1.3.1. Konkret anzuwendender Strafraahmen	59
III.1.1.3.1.1. Rechtliche Vorgaben	59
III.1.1.3.1.2. Ergebnisse der Befragung	60
III.1.1.3.2. Konkrete Strafzumessung	62
III.1.1.3.2.1. Rechtliche Vorgaben	62
III.1.1.3.2.2. Ergebnisse der Befragung	62
III.1.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte	66
III.1.1.4.1. Vorbedacht bzw. überlegte Begehungsweise ...	66
III.1.1.4.2. Ausnutzung der Wehrlosigkeit des schlafenden O	66
III.1.1.4.3. Tötung des Ehegatten	66
III.1.1.4.4. Beeinträchtigung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit	66
III.1.1.4.5. Gefahr weiterer Misshandlungen	67
III.1.1.4.6. Tatprovokation durch O	67
III.1.2. Einflüsse des Strafverfahrens	68
III.1.2.1. Einflussnahme der Anklagebehörde auf Spruchkörper und Verfahrensart	68
III.1.2.2. Besonderheiten des Beweisverfahrens	68
III.1.2.2.1. Beweisschwierigkeiten	68
III.1.2.2.2. Beweislastverteilung bei Verteidigungs- einreden	69
III.1.2.2.3. Beauftragung von Sachverständigen	70

III.1.2.2.3.1. Rechtliche Vorgaben	70
III.1.2.3. Anforderungen an die Entscheidungsbegründung	71
III.1.2.4. Verteidigungsstrategie und Absprachen	71
III.1.2.4.1. Verteidigungsstrategie	71
III.1.3. Einflüsse der Strafvollstreckung	73
III.1.3.1. Tatsächliche Haftdauer	73
III.1.3.1.1. Aussetzung des Strafrests bei zeitiger Freiheitsstrafe (§ 57 StGB)	73
III.1.3.1.2. Aussetzung des Strafrests bei lebenslanger Freiheitsstrafe (§ 57a StGB)	74
III.1.3.1.3. Ergebnisse der Befragung	75
III.1.3.2. Vollzugslockerungen	76
III.2. Fallvariante 2	77
III.2.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung	77
III.2.1.1. Tatbestandliche Einstufung	77
III.2.1.1.1. Rechtliche Vorgaben	77
III.2.1.1.1.1. Totschlag (§ 212 StGB)	77
III.2.1.1.1.2. Ergebnisse der Befragung	77
III.2.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen	78
III.2.1.3. Straffrahmenbestimmung und konkrete Strafzumessung	79
III.2.1.3.1. Konkret anzuwendender Straffrahmen	79
III.2.1.3.1.1. Rechtliche Vorgaben	79
III.2.1.3.1.2. Ergebnisse der Befragung	79
III.2.1.3.2. Konkrete Strafzumessung	81
III.2.1.3.2.1. Rechtliche Vorgaben	81
III.2.1.3.2.2. Ergebnisse der Befragung	82
III.2.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte	83
III.2.1.4.1. Ausnutzung der Wehrlosigkeit des schlafenden O	83
III.2.1.4.2. Beeinträchtigung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit	84
III.2.2. Einflüsse des Strafverfahrens	84
III.2.3. Einflüsse der Strafvollstreckung	85
III.3. Fallvariante 3	86
III.3.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung	86
III.3.1.1. Tatbestandliche Einstufung	86
III.3.1.1.1. Rechtliche Vorgaben	86
III.3.1.1.1.1. Totschlag (§ 212 StGB)	86
III.3.1.1.1.2. Mord (§ 211 StGB)	87
III.3.1.1.1.3. Minder schwerer Fall des Totschlags (§ 213 StGB)	88
III.3.1.1.2. Ergebnisse der Befragung	89
III.3.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen	90

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BGH	Bundesgerichtshof
BGH-GSSt	Bundesgerichtshof, Großer Senat; amtliche Sammlung der Entscheidungen in Strafsachen (zit. nach Band und Seite)
BGHSt	Bundesgerichtshof; amtliche Sammlung der Entscheidungen in Strafsachen (zit. nach Band und Seite)
BT	Besonderer Teil
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
f., ff.	folgende/fortfolgende
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
JR	Juristische Rundschau
LG	Landgericht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungsreport

OGHSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen
OLG	Oberlandesgericht
RiStBV	Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren
RGSt	Reichsgericht; amtliche Sammlung der Entscheidungen in Strafsachen (zit. nach Band und Seite)
Rn.	Randnummer
S.	Seite
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StV	Strafverteidiger
StVollzG	Strafvollzugsgesetz
u.a.	und andere/unter anderem
vgl.	vergleiche
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
z.B.	zum Beispiel
zit.	zitiert
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

I. Vorbemerkung*

Der folgende Landesbericht ist ein Auszug aus dem 2008 veröffentlichten Werk *Helmut Gropengießer, Der Haustyranenmord. Eine Untersuchung zur rechtlichen Behandlung von Tötungskriminalität in normativer und tatsächlicher Hinsicht, Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht Band S 115, Berlin: Duncker & Humblot, 2008*. Es wurden nur diejenigen Teile der Darstellung der Befragungsergebnisse übernommen, die für die länderübergreifende Auswertung erforderlich sind und dem Leser deshalb auch innerhalb dieser Gesamtdarstellung nicht vorenthalten werden sollen. Für alle näheren Erläuterungen der Rechtslage wie auch alle weitergehenden Interpretationen der Untersuchungsergebnisse sei auf das getrennt veröffentlichte Werk verwiesen.

II. Befragung der Juristen

II.1. Bildung der Stichprobe

Für die Befragung wurden insgesamt zwölf Experten ausgewählt: drei Strafrichter, zwei Staatsanwälte, vier Strafverteidiger und drei Strafrechtsprofessoren. Ein Strafrichter ist als Revisionsrichter am Bundesgerichtshof tätig, die beiden anderen, darunter die einzige Frau unter den Interviewpartnern, leiteten über lange Zeit eine Schwurgerichtskammer bzw. tun dies noch heute. Die beiden Staatsanwälte¹ sind auf die Strafverfolgung von Kapitalverbrechen spezialisiert und agieren in der einzigen Tatsacheninstanz, die im deutschen Recht für solche Fälle vorgesehen ist. Von den vier interviewten Strafverteidigern hat einer seinen Schwerpunkt auf die Verteidigung in Schwurgerichtsfällen gesetzt, ein weiterer tritt vor allem in Revisionsverfahren vor dem Bundesgerichtshof auf. Die drei Strafrechtsprofessoren schließlich sind – unter anderem – durch wichtige Publikationen in Bereichen hervorgetreten, die für das Projekt besonders relevant sind: Allgemeiner Teil des Strafrechts, Tötungsdelikte und Strafprozessrecht.

Alle Experten sind seit mindestens 15 Jahren in ihrem Beruf tätig; ein Strafverteidiger kann sogar auf 43 Jahre Berufserfahrung zurückschauen. Überwiegend zählen sie zu den besonders renommierten Vertretern ihres Fachs; zudem sind auch die befragten Praktiker mehrheitlich mit wissenschaftlichen Publikationen an die Öffentlichkeit getreten. Auf diese Weise wurde angestrebt, die geringe Quantität der interviewten Personen durch besondere fachliche Qualität auszugleichen.

* Stand: 2008.

¹ In einem dritten Interview wurden drei Staatsanwältinnen befragt; jedoch ließen sich im Nachhinein die aufgezeichneten Antworten nicht mehr eindeutig einer Person zuordnen, sodass auf eine Auswertung verzichtet wurde.

Was den Tätigkeitsort betrifft, sollten regionale Besonderheiten möglichst nivelliert werden, weshalb Experten aus verschiedenen Bundesländern aufgesucht wurden. Im Einzelnen verteilen sich die Interviewpartner auf folgende Bundesländer: Baden-Württemberg (6), Bayern (1), Hessen (2) und Nordrhein-Westfalen (3). Wenn damit genau die Hälfte aller Interviewpartner aus Baden-Württemberg kommt, so liegt dies auch daran, dass das oberste deutsche Strafgericht, der Bundesgerichtshof, in diesem Bundesland, nämlich in Karlsruhe, seinen Sitz hat.

Schließlich floss auch ein subjektives Element in die Auswahl mit ein: Viele Gesprächspartner stehen mit dem Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in persönlichem Kontakt. Durch Empfehlungen dieser Gesprächspartner konnten wir zudem in einer Art Schneeballsystem weitere Experten gewinnen. Trotz der großen Sorgfalt, mit der die Experten ausgesucht wurden, bleibt ihre geringe Anzahl – dies soll hier nicht verhehlt werden – unter methodischen Gesichtspunkten problematisch.

II.2. Verlauf der Gespräche

Ohne Ausnahme erklärten sich sämtliche Experten auf Anhieb bereit, an dem Projekt mitzuwirken. Zu ihrer Vorbereitung auf die Gespräche erhielten sie lediglich den rudimentären Sachverhalt in seinen verschiedenen Varianten sowie eine kurze Erläuterung der mit dem Projekt verfolgten Ziele. Die Interviews fanden zwischen November 1996 und März 1997 statt und dauerten zwischen eineinviertel und sechs Stunden, im Durchschnitt etwa zwei Stunden. Alle Experten nahmen sich trotz ihres sicherlich meist übervollen Terminkalenders die notwendige Zeit, um sich mit dem Fall eingehend auseinanderzusetzen; auch der vorher angekündigte Mitschnitt des Gesprächs wurde allgemein ohne Bedenken akzeptiert. Unvergesslich wird mir der Besuch bei einem deutschen Strafrechtsprofessor bleiben, der die einzelnen Fallvarianten am Stück in druckreifem Deutsch unter das Strafgesetzbuch subsumierte und sich dabei, ohne innezuhalten, durch einen Blick in die amtlichen Entscheidungssammlungen des Bundesgerichtshofs noch einmal der Richtigkeit seines Rechtsprechungszitats vergewisserte. Oder auch der Strafverteidiger, der während der sechs Stunden unseres Beisammenseins nicht nur den Fall unter allen rechtlichen Aspekten analysierte, sondern mir darüber hinausgehend einen umfassenden, an Anekdoten reichen Einblick in seine Arbeit gewährte, um – nach Mitternacht – das Interview mit einer Einladung zu einem Abendessen ausklingen zu lassen. Diese beiden Beispiele mögen genügen, meine allgemeine Erfahrung zu belegen: Alle Gesprächspartner zeigten großes Interesse an dem Projekt und waren mit beispielhaftem Engagement bereit, ihre außerordentliche fachliche Kompetenz – selbstverständlich kostenlos – in das Projekt einzubringen. Ihnen allen soll an dieser Stelle noch einmal herzlich gedankt werden.

III. Beurteilung der Fallvarianten

III.1. Fallvariante 1

Die Ehe von O und T ist zerrüttet, seit der O arbeitslos geworden ist und jeden Tag große Mengen Alkohol trinkt. Es kommt zu ständigen Streitereien, bei denen der O die T immer wieder heftig schlägt.

T will die Misshandlungen nicht mehr länger erdulden und wartet nur noch auf einen günstigen Augenblick, um O umzubringen. Als sie eines Abends sieht, dass er eingeschlafen ist, erschlägt sie ihn mit einem bereitgestellten Beil.

III.1.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.1.1.1. Tatbestandliche Einstufung

III.1.1.1.1. Rechtliche Vorgaben

T hat vorsätzlich ihren Ehemann getötet und damit den (objektiven und subjektiven) Tatbestand des Totschlags (§ 212 StGB) erfüllt.

Weitaus schwieriger ist die Frage, ob T auch einen Mord (§ 211 StGB) begangen hat. Von allen im Gesetz aufgezählten Mordmerkmalen kommt hier nur die Heimtücke in Betracht. Nach der Rechtsprechung handelt heimtückisch, wer in feindseliger Willensrichtung² die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt.³ Arglos ist, wer im Zeitpunkt der Tat nicht mit einem gegen seine körperliche Unversehrtheit gerichteten erheblichen, geschweige denn mit einem lebensbedrohlichen Angriff rechnet;⁴ wehrlos ist, wer infolge seiner Arglosigkeit zur Verteidigung außerstande oder in seiner Verteidigung stark eingeschränkt ist. Alle diese Voraussetzungen sind nach der Rechtsprechung im Fall der Tötung eines Schlafenden gegeben, denn der Schlafende nehme – anders als der Bewusstlose – seine Arglosigkeit mit in den Schlaf.⁵ Der BGH erblickt in dieser Fallgruppe sogar das geradezu klassische Beispiel für Heimtücke.⁶

² Dieses ist die einzige Einschränkung, die der BGH bezüglich des Heimtückebegriffs akzeptiert; siehe etwa die Leitentscheidung BGH-GSS 9, 385 (390), und aus neuerer Zeit BGHSt 37, 376.

³ So die Formel des BGH, zit. nach *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT-1, Rn. 107; siehe aus der neueren Rechtsprechung etwa BGH NStZ 1995, 230; BGH NStZ-RR 1996, 322; BGH NStZ-RR 1997, 168; BGH StV 1998, 544; BGH NStZ 2002, 368; BGH NStZ 2005, 688; BGH NStZ 2005, 691 (692); BGH StV 2006, 468 (469); BGHSt 50, 16 (28); BGH NStZ 2008, 273 (274).

⁴ BGHSt 48, 207 (210) = NJW 2003, 1955 (1956).

⁵ So die Leitentscheidung BGHSt 23, 119 (121); siehe aus neuerer Zeit etwa BGH NJW 1996, 2044; BGHSt 48, 255 (256) = NJW 2003, 2464 (2466); BGH NStZ-RR 2004, 139 f.; BGH NStZ 2006, 338 (339); NStZ 2007, 523 (524); NStZ 2008, 93 (94), sowie weitere Rechtsprechungsnachweise bei *Eser*, in: Schönke/Schröder, § 211 Rn. 24; *Schneider*, in:

III.1.1.1.2. Ergebnisse der Befragung

Die Antworten der Gesprächspartner weisen ebenfalls in die Richtung, das Verhalten der T tatbestandlich als Mord einzustufen; doch gibt es auch drei Stimmen, die eine solche Bewertung ablehnen und stattdessen Totschlag bzw. einen minder schweren Fall desselben annehmen.

Frage: Welchen Tatbestand würden Sie auf die Fallvariante 1 anwenden?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
„Mord“ – § 211 (Qualifikation)	6	3	–	1	2	–	12
„Totschlag“ – § 212 (Ausgangstatbestand)	1	1	–	3	7	–	12
§ 213 (Privilegierung)	1	–	–	1	10	–	12

Tabelle 3: Tatbestandliche Einstufung – Gesprächspartner (Fallvariante 1)

Ein klareres Bild zeichnen die Antworten auf die Frage nach der gerichtlichen Entscheidung:

Frage: Wie lautet Ihre Prognose hinsichtlich der gerichtlichen Einstufung im Urteil bei Fallvariante 1?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
„Mord“ – § 211 (Qualifikation)	8	4	–	–	–	–	12
„Totschlag“ – § 212 (Ausgangstatbestand)	–	–	–	4	8	–	12
§ 213 (Privilegierung)	–	–	–	–	12	–	12

Tabelle 4: Tatbestandliche Einstufung – Gericht (Fallvariante 1)

Erklären lässt sich diese Divergenz zwischen beiden Tabellen aus der sehr umstrittenen, aber ständigen Rechtsprechung des BGH zu den Mordmerkmalen. Drei Experten (zwei Hochschullehrer und ein ehemaliger Assistent) äußerten, nach ihrer persönlichen Meinung gefragt, ihre Kritik am BGH und reichten sich erst bei der zweiten Frage nach der Prognose der gerichtlichen Entscheidung unter die sich in

Münchener Kommentar, § 211 Rn. 136. Siehe zur Kritik an der Rechtsprechung zu § 211 StGB im Allgemeinen Gropengießer, *Haustyrannenmord*, S. 30 ff.

⁶ BGHSt 23, 119 (121).

ihrer Bewertung des Falls wohl von vornherein an der Rechtsprechung orientierenden anderen Interviewpartner ein.

III.1.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen

III.1.1.2.1. Rechtliche Vorgaben

Mehrere Straffreistellungsgründe des deutschen Rechts betreffen Taten, die aus einer Notlage heraus bzw. in einer psychischen Ausnahmesituation begangen wurden. In der konkreten Fallvariante ist allerdings lediglich der entschuldigende Notstand (§ 35 StGB) ernsthaft in Erwägung zu ziehen, dürfte letztlich aber ebenfalls zu verneinen sein.⁷

III.1.1.2.2. Ergebnisse der Befragung

Die befragten Experten lehnten im Ergebnis einhellig eine Straffreistellung der T – gleichgültig aus welchem Grunde – ab. Rechtfertigender Notstand und Irrtumfragen wurden in den Gesprächen überhaupt nicht erwähnt. Notwehr, entschuldigender Notstand und Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen wurden zwar verschiedentlich angesprochen, ihr Vorliegen jedoch mit äußerst knappen Worten verneint,⁸ sodass es konkreter Nachfragen bedurfte, um eine genaue Subsumtion unter einzelne Normen wie insbesondere unter § 35 StGB zu erhalten. Lediglich ein Professor gab die durchaus differenzierte Rechtsprechung der obersten deutschen Gerichte zum entschuldigenden Notstand wieder, verneinte aber dessen Anwendbarkeit im konkreten Fall, weil die Gefahr für T „anders abwendbar“ gewesen sei.

III.1.1.3. Straffrahmenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.1.1.3.1. Konkret anzuwendender Straffrahmen

III.1.1.3.1.1. Rechtliche Vorgaben

Aus der großen Vielfalt denkbarer Straffrahmen bei vorsätzlichen Tötungsdelikten⁹ kommen in Fallvariante 1 nur zwei ernsthaft in Betracht: lebenslange Freiheitsstrafe mit Möglichkeit der Aussetzung des Strafrests nach 15 Jahren („Nor-

⁷ Ebenso die Einschätzung von *Rengier*, NStZ 2004, 233 (239), der einen Freispruch in Haustyranenfällen auf der Basis der Rechtsprechung regelmäßig für aussichtslos hält.

⁸ Siehe auch unten Tabelle 5 zur Frage der Schuldunfähigkeit.

⁹ Siehe die bei *Gropengießer*, Haustyranenmord, S. 50 f. aufgezählten Straffrahmenoptionen. Sämtliche auf der Basis eines Totschlags aufbauenden Straffrahmen (Nr. 3, 5, 6 und 7) sind aus dogmatischen, der „besonders schwere Fall“ des Mordes (Nr. 1) aus tatsächlichen Gründen nicht anwendbar.

malfall“ des Mordes)¹⁰ oder aber ein nach § 49 Abs. 1 StGB herabgesetzter Strafrahmen von drei bis 15 Jahren (Mord + Eingreifen eines Strafmilderungsgrundes).¹¹ Die Strafmilderung kann auf drei unterschiedlichen Gründen beruhen: verminderter Schuldfähigkeit (§ 21 StGB), dem vermeidbaren Irrtum über den entschuldigenden Notstand (§ 35 Abs. 2 StGB) und den „außergewöhnlichen Umständen“ im Sinne der von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsfolgenlösung.

Im Ergebnis dürfte das Gericht somit zumindest mit großer Wahrscheinlichkeit zu einer Strafmilderung kommen. Unterstellt man dies, tritt nach § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB an die Stelle lebenslanger Freiheitsstrafe ein Strafrahmen von drei bis 15 Jahren, aus dem der konkrete Strafausspruch zu entnehmen ist.

III.1.1.3.1.2. Ergebnisse der Befragung

Interessanterweise erörterte keiner der Experten die Möglichkeit einer Strafmilderung nach § 35 Abs. 2 StGB. Vielmehr konzentrierten sich die Antworten auf die beiden anderen möglichen Strafmilderungsgründe: § 21 StGB und die Rechtsfolgenlösung.

Frage: Welche Bedeutung hat eine mögliche Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der T?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Ist naheliegend	1	5	–	4	2	–	12
Führt zu Strafmilderung	–	4	1	4	3	–	12
Führt zu Straffreiheit	–	–	–	–	12	–	12

Tabelle 5: Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit (Fallvariante 1)

Während die Experten einstimmig eine Anwendung des zur Straffreiheit führenden § 20 StGB ablehnten, ergab die Befragung zum Vorliegen der verminderten Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) ein uneinheitliches Bild. Gegen eine Strafmilderung wegen Störung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit sprach sich dabei aus, wer – wie insbesondere die befragten Professoren – den Sachverhalt beim Wort nahm. Wenn Experten dagegen eine Anwendung des § 21 StGB – zum Teil unter Hinweis auf den Grundsatz *in dubio pro reo* – gleichwohl befürworteten, dann geschah dies in der Regel einerseits aus einer grundsätzlichen Skepsis gegenüber der denkbaren Alternative, nämlich der Rechtsfolgenlösung, und andererseits aus dem Wunsch heraus, den konkreten Strafausspruch flexibel aus einem Strafrahmen auswählen zu

¹⁰ Siehe Gropengießer, Haustyranenmord, S. 51, Option Nr. 2.

¹¹ Siehe Gropengießer, Haustyranenmord, S. 51, Option Nr. 4.

können. Bezeichnend war insoweit die Äußerung des Vorsitzenden Richters eines Schwurgerichts, der die praktische Bedeutung des § 21 StGB, immerhin einer Norm des Allgemeinen Teils, darauf reduzierte, im speziellen Fall des Mordes (§ 211 StGB) die absolute Strafandrohung umgehen zu können. Wenn der Gesetzgeber bei § 211 StGB einen Strafrahmen einführen würde, könne man sich nach Ansicht dieses Experten viel Unehrllichkeit bei Gutachten zur Frage der Schuldfähigkeit ersparen und die dahinter stehende Sachfrage wie bei anderen Straftaten auch im Rahmen der Strafzumessung behandeln.

Frage: Liegen außergewöhnliche Umstände im Sinn der Rechtsfolgenlösung vor, sodass die Strafe gemildert werden kann?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig Nein	Keine Angaben	Summe
	1	3	1	2	5	–	12

Tabelle 6: Rechtsfolgenlösung (Fallvariante 1)

Wiederum sind die Antworten breit gestreut: Ein Drittel der Experten, vor allem aus der Professorenschaft, befürwortete eine Anwendung der Rechtsfolgenlösung, die anderen zwei Drittel standen ihr dagegen mehr oder weniger skeptisch gegenüber. Auffallenderweise sind in der Gruppe der negativen Stimmen zwei im Ergebnis gegenläufige Richtungen vereint: Die einen lehnten jegliche Strafmilderung ab, weil die tatsächlichen Voraussetzungen für die nach dem Willen des BGH nur sehr restriktiv anzuwendende Rechtsfolgenlösung nicht gegeben seien, mit der Konsequenz, dass als Rechtsfolge lebenslange Freiheitsstrafe zu verhängen wäre. Die anderen sprachen sich dagegen sehr wohl für eine Strafmilderung aus, allerdings aufgrund von § 21 StGB, sodass aus dogmatischen Gründen kein Raum für die nur subsidiär zum Zuge kommende Rechtsfolgenlösung bleibt.

Ein wenig klarer wird das Bild, wenn man den Akzent auf das Ergebnis und nicht die Begründung desselben legt: Trotz aller Schwierigkeiten glaubten immerhin drei Viertel der Experten daran, dass das Gericht der absoluten Strafandrohung, wie sie eigentlich durch § 211 StGB vorgesehen ist, entgehen könnte und an deren Stelle den gemilderten Strafrahmen von drei bis fünfzehn Jahren setzen würde. Einer der befragten Strafverteidiger kommentierte dies folgendermaßen: „Die deutschen Gerichte haben in solchen Fällen eigentlich ein weiches Herz.“

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
lebenslange Freiheitsstrafe (d.h. keine Strafmilderung)	2	1	–	6	3	–	12

Freiheitsstrafe von 3 bis 15 Jahren)	3	6	–	1	2	–	12
--------------------------------------	---	---	---	---	---	---	----

Tabelle 7: Strafmilderung insgesamt (Fallvariante 1)

III.1.1.3.2. Konkrete Strafzumessung

III.1.1.3.2.1. Rechtliche Vorgaben

Bei der Gesamtwürdigung nach § 46 StGB wird sich das Gericht auf die Umstände der eigentlichen Tat sowie ihre Vorgeschichte konzentrieren; daneben können eventuell spezialpräventive Gesichtspunkte in die Strafzumessung einfließen. Generalpräventive Aspekte spielen dagegen im speziellen Fall keine Rolle, weil sich Täter bei Konflikttaten sowieso nicht durch höhere oder geringere Strafen beeindrucken lassen.¹²

III.1.1.3.2.2. Ergebnisse der Befragung

Gedanken über die Strafzumessung hätten sich eigentlich nur die Experten machen müssen, die sich für einen Strafrahmen ausgesprochen hatten. Doch auch die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe erweist sich nur scheinbar als absoluter Strafausspruch. Wegen der nach § 57a StGB möglichen Aussetzung des Strafrests muss vielmehr auch in diesem Fall entschieden werden, ob die „besondere Schwere der Schuld“ die weitere Vollstreckung gebietet, womit Strafzumessungserwägungen in anderem Kleide wiederkehren.

Schließlich sei im Rahmen dieser Vorbemerkungen noch die Einschätzung eines der befragten Professoren wiedergegeben: Gerade bei aus Konfliktsituationen heraus begangenen Tötungsdelikten sei die alte Idee eines Täterstrafrechts mit seiner Lebensführungsschuld noch recht lebendig. In der Sache käme es damit auch zu einer Renaissance des im Scheidungsrecht abgeschafften Verschuldensprinzips; die Gerichte würden sich letztlich, vereinfacht ausgedrückt, fragen, ob die T ein guter oder ein schlechter Mensch sei. In der Sache ergaben sich auch in anderen Interviews Anhaltspunkte in diese Richtung: Eine Richterin legte Wert darauf, die „lange Dauer“ der Vorgeschichte zu ermitteln, wie die Ehe war und ob die T dem O beigegeben hatte, als er arbeitslos geworden war. Und ein Strafverteidiger hätte sich in diesem Fall von T zur Vorbereitung der Hauptverhandlung ihre Biographie und die sittlichen Grundsätze, an denen sie ihr Leben orientiert, genau schildern lassen.

¹² BGH, JR 1969, 187, mit zustimmender Anm. *Koffka*, JR 1969, 187; ebenso *Gribohm*, in: Leipziger Kommentar, 11. Aufl., § 46 Rn. 32; *Theune*, in: Leipziger Kommentar, 12. Aufl., § 46 Rn. 24, und tendenziell auch *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Praxis der Strafzumessung, Rn. 467.

– *Belastende Faktoren*

Von allen denkbaren belastenden Faktoren erörterten die Experten lediglich den Vorbedacht eingehend. Einige Experten schlossen sich dabei der Rechtsprechung an, welche diesen Punkt zulasten der oder des Angeklagten bewertet; andere äußerten sich durchaus kritisch und sprachen sich dafür aus, den Vorbedacht, wenn überhaupt, jedenfalls nicht dramatisch ins Gewicht fallen zu lassen. Zwei Praktiker wiesen schließlich darauf hin, dass schon das Tatbestandsmerkmal „Heimtücke“ typischerweise ein planvolles Vorgehen verlange, und sahen konsequenterweise in einer nochmaligen Berücksichtigung des Vorbedachts einen Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot.

Die Ehegatteneigenschaft des Opfers wurde von allen Experten erst auf eine spezielle Nachfrage hin angesprochen. Einigkeit bestand darin, dass jedenfalls bei einer zerbrochenen Lebensgemeinschaft wie derjenigen zwischen T und O bereits im Vorfeld der Tat das die Grundlage der Gemeinschaft bildende gegenseitige Vertrauen enttäuscht worden sei und dieser Faktor deshalb nicht zulasten der T Eingang in die Strafzumessung finden dürfe.

Ein Experte erwähnte die strafscharfende Wirkung des Rückfalls, um gleich hinzuzufügen, dass er in einem solchen Fall davon ausginge, dass T nicht vorbestraft sei. Schließlich beschäftigte sich ein anderer Experte noch mit der Art der Tatausführung und sah darin – je nach den genauen Umständen des Falls – einen denkbaren Strafschärfungsgrund. Die anderen angesprochenen Tatumstände¹³ wurden in den Gesprächen überhaupt nicht thematisiert.

– *Entlastende Faktoren*

Von den entlastenden Faktoren spielten viele schon im Vorfeld der Strafzumessung eine Rolle, insbesondere bei der Frage, ob der T ein Strafmilderungsgrund zugute kommt. Die Experten gingen deshalb bei der Strafzumessung meist nicht mehr eingehend auf Fragen des Affekts (vgl. § 21 StGB) und der notstandsähnlichen Lage der T (vgl. Rechtsfolgenlösung) ein, bewerteten diese aber einhellig als deutlich entlastend. Entsprechendes gilt auch für den Gedanken des Mitverschuldens des Opfers.

Allenfalls vereinzelt wurden weitere entlastende Kriterien angesprochen: Ein Strafverteidiger glaubte vor Gericht eine deutliche Strafminderung für T erreichen zu können, wenn diese minderjährige Kinder hätte. Deutsche Gerichte wollten nämlich den Kindern so weit wie möglich ein Leben in einem Waisenhaus ersparen und umgekehrt der T die Gelegenheit geben zu beweisen, dass sie wenigstens eine gute Mutter sei. Schließlich wies ein Richter auf allgemeine Strafzumessungskrite-

¹³ Gropengießer, *Haustyrannenmord*, S. 98 ff.

rien hin wie das Alter der T und ihre – ggf. in der Untersuchungshaft gezeigte – Haftempfindlichkeit.

Meist erst auf konkrete Nachfrage setzten sich die Experten mit den Auswirkungen eines Geständnisses auseinander. Alle Experten maßen dem Geständnis prinzipiell entlastende Wirkung bei. Wenn die Meinungen über das Ausmaß seiner Bedeutung divergierten, dann dürfte dies eher darauf zurückzuführen sein, dass die einzelnen Experten von einer unterschiedlichen Tatsachenbasis ausgingen, als dass sie in der rechtlichen Bewertung voneinander abwichen.

Insofern ist zunächst nach dem „prozessualen Wert“ eines Geständnisses zu differenzieren. Macht die Täterin etwa schon gegenüber der Polizei eine umfassende Aussage, dann wird sie dies in wesentlich höherem Umfang entlasten, als wenn sie erst in der Hauptverhandlung nach der Beweisaufnahme einräumt, was zu diesem Zeitpunkt ohnehin nicht mehr zu bezweifeln war. Ein Richter wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass sich der Nachweis des Mordmerkmals „heimtückisch“ möglicherweise nur durch das Geständnis der T führen lasse, und befürwortete unter diesen Umständen eine deutliche Strafminderung.

Ein Geständnis kann aber auch Indikator dafür sein, wie T im Nachhinein mit ihrer eigenen Tat umgeht. So wird ihm sicherlich große Bedeutung zukommen, wenn es den Rückschluss zulässt, dass T ihre Tat bereut und ihre Schuld einsieht. Damit eröffnet sich hier ein wichtiges Feld für eine erfolgreiche Verteidigungsstrategie. Mit den Worten eines Strafverteidigers: „Der Fall ruft nach einem Geständnis.“

– *Konkrete Sanktion*

Allgemein beklagten die Experten die knappe Schilderung des Falls, der ihnen im Sachverhalt als „Knochen ohne Fleisch“ präsentiert würde, wie es ein Experte nannte. Nicht selten bedurfte es ermutigender Nachfragen, um sie zu einer wenigstens einigermaßen konkreten Aussage zu bewegen, mit welcher Sanktion die T zu rechnen habe. Nicht alle Praktiker differenzierten dabei hinsichtlich einer Prognose der gerichtlichen Entscheidung und ihrer eigenen Meinung; in diesen Fällen wurde davon ausgegangen, dass die Experten die (vermutete) Auffassung der Gerichte teilten.

Insgesamt spiegelt Tabelle 8 in Begründung wie Ergebnis die große dogmatische Unsicherheit wider, die im Bereich der Tötungsdelikte besteht. Wenn die Experten allerdings einen Weg fanden, die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe zu vermeiden, dann lagen die Aussagen über den vermuteten Strafausspruch relativ nahe beieinander. Größere Ausreißer unter den Zahlenwerten sind eigentlich nur innerhalb der Gruppe der Professoren festzustellen, die aber über keine praktischen Erfahrungen im Bereich der Strafzumessung verfügen. Sie legten aus diesem Grund selbst Wert darauf, ihren diesbezüglichen Angaben kein zu großes Gewicht beizumessen.

Bei der Prognose der gerichtlichen Entscheidung lag der Durchschnittswert innerhalb der Gruppe der neun Experten, die sich für eine zeitige Freiheitsstrafe aussprachen, bei 7,89 Jahren,¹⁴ bereinigt man diese Zahl um die Angaben der Professoren, dann erhöht sich der Wert auf 8,5 Jahre. Angesichts der drei Experten, die eine Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe annahmen, hat diese Berechnung selbstverständlich nur eine sehr begrenzte Aussagekraft.

Frage: Welche konkrete Sanktion hat T zu erwarten?

	Ansicht des Gesprächspartners		Prognose der gerichtlichen Entscheidung	
	Tatbestand + Strafmilderung	Sanktion	Tatbestand + Strafmilderung	Sanktion
Strafrechtslehrer	Minder schwerer Fall des Totschlags	1 Jahr auf Bewährung	Mord + Rechtsfolgenlösung	3 Jahre
Strafrechtslehrer	Mord + Rechtsfolgenlösung	–	Mord + Rechtsfolgenlösung	3–9 Jahre
Strafrechtslehrer	Totschlag	–	Mord + § 21 oder Rechtsfolgenlösung	10–12 Jahre
Richter	Mord + § 21	6–9 Jahre	Mord + § 21	6–9 Jahre
Richter	Mord + Rechtsfolgenlösung	3–10 Jahre	Mord + Rechtsfolgenlösung	3–10 Jahre
Richter	Mord	lebenslang	Mord	lebenslang
Staatsanwalt	Mord + § 21	8–10 Jahre	Mord + § 21	8–10 Jahre
Staatsanwalt	Mord + § 21	9–10 Jahre	Mord + § 21	9–10 Jahre
Strafverteidiger	Mord + Rechtsfolgenlösung	7–10 Jahre	Mord + Rechtsfolgenlösung	7–10 Jahre
Strafverteidiger	Mord	lebenslang	Mord	lebenslang
Strafverteidiger	Totschlag	–	Mord + § 21	>10 Jahre
Strafverteidiger	Mord	nicht lebenslang	Mord	lebenslang

Tabelle 8: Sanktionsprognose (Fallvariante 1)

¹⁴ Hatten die Experten für die Sanktionsprognose einen Zeitraum angegeben, wurde der Mittelwert als Grundlage für die weitere Berechnung genommen; im Fall des Experten, der sich für eine Freiheitsstrafe von mehr als 10 Jahren aussprach, wurde die im Gesetz (§ 38 Abs. 2 StGB) vorgesehene Obergrenze für zeitige Freiheitsstrafen von 15 Jahren übernommen und seine Prognose mit 12,5 Jahren in die Rechnung einbezogen.

III.1.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte

III.1.1.4.1. Vorbedacht bzw. überlegte Begehungsweise

Wenn der Täter die Tötung „mit Überlegung“ ausgeführt hatte, qualifizierte dies bis zur Reform von 1941 den vorsätzlichen Totschlag zum Mord.¹⁵ Heute dagegen ist das Handeln mit Vorbedacht reiner Strafzumessungsgesichtspunkt, der sich in der Regel strafscharfend auswirken wird. Allerdings divergierten die Ansichten der Experten darüber, ob und wie stark dieser Punkt ins Gewicht fällt. Daneben dürfte eine nicht zu unterschätzende Bedeutung des Vorbedachts darin liegen, dass er ein Indiz *gegen* ein Handeln aus einem Affekt heraus und damit gegen eine Strafmilderung liefert.

III.1.1.4.2. Ausnutzung der Wehrlosigkeit des schlafenden O

Die Ausnutzung der Wehrlosigkeit eines Schlafenden subsumiert die Rechtsprechung unter das Mordmerkmal „Heimtücke“. Da diese Art der Tatbegehung somit bereits auf der Tatbestandsebene strafscharfend wirkt, darf sie wegen des Doppelverwertungsverbots nicht noch ein weiteres Mal bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.

III.1.1.4.3. Tötung des Ehegatten

Das formale Band der Ehe zwischen Täter(in) und Opfer spielt heute im Bereich der Tötungsdelikte fast keine Rolle mehr. Um einen Tatbestand zu finden, der speziell in der Tötung des Ehegatten gesteigertes Unrecht sieht, muss man weit in die Rechtsgeschichte zurückgehen.¹⁶ Aber auch auf der Ebene der Strafzumessung waren sich die Experten einig, dass die Ehe als solche keine Strafschärfung rechtfertigen kann. Allenfalls ließe sich aus der Ehe auf ein materielles Vertrauensverhältnis zwischen Täter und Opfer schließen; in Haustyrannenfällen ist dieses jedoch zerstört und damit eine eventuelle Indizwirkung der Ehe entkräftet.

III.1.1.4.4. Beeinträchtigung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit

Eine Beeinträchtigung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit kann zu einer Strafmilderung (§ 21 StGB) bzw. in Extremfällen sogar zur Strafflosigkeit (§ 20 StGB) führen. Wenn auch die missliche Situation, in der sich T befindet, eine große seelische Belastung darstellen dürfte, so fehlen doch konkrete Anhaltspunkte für

¹⁵ Siehe näher *Gropengießer*, Haustyrannenmord, S. 28. Auch heute noch dürfte diese frühere gesetzliche Wertung im Bewusstsein der Bevölkerung lebendig geblieben sein.

¹⁶ Siehe näher *Gropengießer*, Haustyrannenmord, S. 28.

das Vorliegen eines die Schuld mindernden Affekts; im Gegenteil deutet das geplante Vorgehen sogar auf ungeschmälerte Schuldfähigkeit der T hin. Gleichwohl hat sich fast die Hälfte der Experten für eine Strafmilderung aufgrund verminderter Schuldfähigkeit nach § 21 StGB ausgesprochen. Dies dürfte sich in hohem Maß damit erklären lassen, dass § 21 StGB eine Lückenbüßerfunktion einnimmt für die *de lege lata* grundsätzlich fehlende Möglichkeit, bei Mord eine zeitige Freiheitsstrafe auszusprechen.

III.1.1.4.5. Gefahr weiterer Misshandlungen

Handeln aus einer Notlage heraus, wie sie die Gefahr weiterer Misshandlungen darstellt, kann im deutschen Recht nach mehreren Vorschriften (§§ 32 ff. StGB) zur Straffreiheit führen. Allerdings dürften die Umstände in Fallvariante 1 für eine Anwendung dieser Normen mit ihrer weitgehenden Rechtsfolge kaum ausreichen. Anders als bei der Frage der Schuldfähigkeit kennt das Gesetz keine Strafmilderungsnorm für Fälle, die zwar nicht den strengen Anforderungen der Straffreistellungsnorm genügen, ihnen aber nahekommen. Allerdings kann sich das gleiche Ergebnis über den (in der Regel vermeidbaren) Irrtum über den entschuldigenden Notstand (§ 35 Abs. 2 StGB) erreichen lassen. Ansonsten bleibt die Möglichkeit, die Gefahr weiterer Misshandlungen auf der Ebene der Strafzumessung entlastend zu berücksichtigen. Weil dieser Weg im speziellen Fall des § 211 StGB wegen dessen absoluter Strafandrohung verbaut ist, hat sich der BGH mit der Schaffung eines außergesetzlichen Strafmilderungsgrundes (Rechtsfolgenlösung) beholfen und als Beispiel für dessen Anwendbarkeit ausdrücklich „die durch eine notstandsnahe, ausweglos erscheinende Situation motivierte“ Tat genannt.¹⁷ Wer – wie viele der Experten – diese Konstruktion ablehnt, wird, wenn er über § 21 StGB überhaupt zu einem Strafraum gelangt, die Gefahr weiterer Misshandlungen ebenfalls deutlich zugunsten der T in die Strafzumessung einfließen lassen.

III.1.1.4.6. Tatprovokation durch O

Für das Kriterium der Tatprovokation durch O gilt Entsprechendes: Die Voraussetzungen der Notwehr (§ 32 StGB) sind nicht erfüllt; ein Strafmilderungsgrund für einen solchen Fall, der unter dem Stichwort „Präventivnotwehr“ in der Literatur diskutiert wird,¹⁸ ist im Gesetz nicht vorgesehen. Damit ist wieder auf das Feld der Strafzumessung verwiesen, soweit es denn überhaupt eröffnet ist. Entweder kann das Gericht nun wieder auf die Rechtsfolgenlösung des BGH zurückgreifen, die auch für Taten aus „einem vom Opfer verursachten und ständig neu angefachten,

¹⁷ BGH-GSSt 30, 105 (119).

¹⁸ Näher *Roxin*, Strafrecht AT I, § 16 Rn. 84 ff. m.w.N.

zermürbenden Konflikt“ greifen soll,¹⁹ oder aber – bei Bejahung des § 21 StGB – den konkreten Strafausspruch wegen der Tatprovokation durch O deutlich senken.

III.1.2. Einflüsse des Strafverfahrens

III.1.2.1. Einflussnahme der Anklagebehörde auf Spruchkörper und Verfahrensart

Nach § 74 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GVG ist für Strafverfahren wegen Mordes (§ 211 StGB) eine große Strafkammer des Landgerichts als Schwurgericht zuständig; sie ist mit drei Berufsrichtern und zwei Schöffen besetzt (§ 76 Abs. 1 GVG). Die Staatsanwaltschaft als Anklagebehörde kann auf den Spruchkörper und seine Besetzung keinerlei Einfluss nehmen, schon weil die Verfassung das Recht auf den *gesetzlichen* Richter garantiert (Art. 101 GG). Versuche seitens der Staatsanwaltschaft, den Fall rechtlich niedriger einzustufen, um dadurch zu einem anderen Spruchkörper zu gelangen, entbehren eines nachvollziehbaren Grundes und wären zudem aussichtslos: Auch einfacher Totschlag (§ 212 StGB)²⁰ und (vorsätzliche) Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) sind im Katalog der Straftaten enthalten, die eine Zuständigkeit des Schwurgerichts begründen (§ 74 Abs. 2 Nr. 5 und 8 GVG).

Ebenso wenig hat die Staatsanwaltschaft eine Möglichkeit, die Auswahl der Verfahrensart zu steuern. Für schwere Straftaten wie insbesondere vorsätzliche Tötungsdelikte ist per Gesetz das ordentliche Strafverfahren zwingend vorgesehen. Sämtliche Alternativen wie Einstellung (ggf. mit Auflage) im Ermittlungsverfahren (§§ 153 ff. StPO), Strafbefehl (§§ 407 ff. StPO) oder beschleunigtes Verfahren (§§ 417 ff. StPO) können nur bei leichter oder allenfalls mittlerer Kriminalität Anwendung finden.

III.1.2.2. Besonderheiten des Beweisverfahrens

III.1.2.2.1. Beweisschwierigkeiten

Bei einem Haustyrannenmord dürfte die Feststellung der Täterschaft keinerlei Probleme aufwerfen, wohl aber – zumindest teilweise – die Klärung der genauen Tatumstände.

Viele Experten vermuteten, dass die T schon bei der ersten polizeilichen Vernehmung die Tat als solche gestehen würde. Aber auch für den Fall, dass T schweigen oder ihre Tat leugnen sollte, werden sich durch Zeugenaussagen und Tatortuntersuchung Zweifel an ihrer Täterschaft sicherlich unschwer und schnell aus dem Weg räumen lassen.

¹⁹ BGH-GSSt 30, 105 (119).

²⁰ Als bloße Strafzumessungsregel ist der minder schwere Fall eines Totschlags (§ 213 StGB) für die hier zu entscheidende Frage der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts bedeutungslos (RGSt 59, 23 [24]).

Wesentlich weniger klar liegen die Dinge hinsichtlich der Tatumstände. Der Nachweis der Voraussetzungen der Heimtücke, insbesondere also, dass O zur Tatzeit schlief, dürfte angesichts des heutigen Standes der Kriminalistik noch leicht zu führen sein. Wie aber wollen die Ermittlungsbehörden feststellen, dass die T die Tat geplant hat? Denkbar ist, dass sie sich einer Freundin anvertraut hat; auch kann ein Kassenzettel für das Beil gefunden werden. In vielen Fällen wird aber ohne ein entsprechendes Geständnis die Beweisführung der Justiz scheitern. Von der sonstigen Vorgeschichte der Tat, insbesondere dem Verhältnis zwischen T und O, wird sich das Gericht durch Vernehmung von Verwandten, Freunden und Nachbarn einen recht guten, nicht aber vollkommenen Eindruck verschaffen können; letztlich bleibt die Beziehung zwischen Mann und Frau für die Außenstehenden doch immer ein (mehr oder weniger großes) Geheimnis. Nur die T kann dieses lüften; mit entsprechendem Geschick wird sie die diesbezügliche Beweisaufnahme zu ihren Gunsten gestalten können. Eine Richterin wies in diesem Zusammenhang ausdrücklich darauf hin, dass das Schlimmste für eine Täterin in der Lage der T sei, wenn das Opfer überlebe und die Situation aus seiner Sicht schildern könne.

Schließlich wird das Gericht zu klären haben, in welcher geistigen und seelischen Verfassung die T den O erschlagen hat. Weil diese Frage das Hauptproblem der Beweisaufnahme und -würdigung darstellt, soll darauf unten gesondert eingegangen werden.²¹

III.1.2.2.2. Beweislastverteilung bei Verteidigungseinreden

Unter Beweislastgesichtspunkten weist der Fall keinerlei Besonderheit auf.²² Das Gericht wird von Amts wegen und mit großem Aufwand an Beweismitteln versuchen, den Sachverhalt umfassend aufzuklären, und dabei insbesondere auch der Vorgeschichte der Tat sein Augenmerk zuwenden. Was die Beweiswürdigung betrifft, gilt der elementare rechtsstaatliche Grundsatz *in dubio pro reo* ohne Ausnahme und damit auch für solche Umstände, welche die T entlasten und ggf. erst durch die Verteidigung in den Prozess eingebracht wurden, wie eine Bewusstseinsstörung im Sinn des § 21 StGB.²³

²¹ Siehe *Gropengießer*, Haustyranenmord, S. 111 ff.

²² Näher *Gropengießer*, Haustyranenmord, S. 70.

²³ BGHSt 8, 113 (124).

III.1.2.2.3. Beauftragung von Sachverständigen

III.1.2.2.3.1. Rechtliche Vorgaben

– *Medizinische Sachverständige für die Obduktion*

Ist auch nach der sogenannten Leichenschau (§ 87 Abs. 1 StPO) der Verdacht nicht ausgeräumt, dass der Tod auf eine Straftat zurückzuführen ist, so soll der Staatsanwalt grundsätzlich²⁴ eine Leichenöffnung veranlassen (Nr. 33 Abs. 2 RiStBV). Diese wird von zwei Ärzten in der Funktion von Sachverständigen²⁵ vorgenommen, von denen einer besonders qualifiziert sein muss (näher § 87 Abs. 2 StPO). Im konkreten Fall dürften zwar wenige Zweifel an der Todesursache bestehen, doch wird die Staatsanwalt gleichwohl routinemäßig eine Obduktion beim zuständigen Richter (§ 87 Abs. 4 StPO) beantragen.

– *Psychowissenschaftliche Sachverständige*

Um den anderen im Prozess gegen T zu hörenden Gutachter, den psychowissenschaftlichen Sachverständigen, ranken sich, wie gleich zu zeigen sein wird, eine große Zahl tatsächlicher wie rechtlicher Probleme.²⁶

Auf einen Sachverständigen zurückzugreifen hat das Gericht, wenn die von ihm nach § 244 Abs. 2 StPO geforderte Aufklärung des Sachverhalts eine besondere Sachkunde verlangt, die dem Gericht fehlt. Soweit es um die Schuldfähigkeit geht, sollen nach der Rechtsprechung die Gerichte regelmäßig selbst befähigt sein, sich aufgrund der Beobachtung in der Hauptverhandlung in Verbindung mit medizinischem Allgemeinwissen ein Bild von der Schuldfähigkeit des Angeklagten zu machen. Nur dann, wenn besondere Anzeichen dafür existieren, dass der Angeklagte in geistiger oder psychischer Hinsicht von der Norm abweicht, sind die Grenzen der eigenen Sachkunde des Gerichts überschritten, und es bedarf eines Sachverständigen.²⁷

– *Ergebnisse der Befragung*

Die Einschaltung der Gerichtsmedizin war für die Experten wohl so selbstverständlich, dass sie regelmäßig gar nicht erwähnt wurde. Dagegen setzten sich die

²⁴ Zwingend vorgeschrieben ist die Leichenöffnung nicht (*Senge*, in: *Karlsruher Kommentar zur StPO*, § 87 Rn. 2).

²⁵ *Roxin*, *Strafverfahrensrecht*, § 27 Rn. 10.

²⁶ Siehe zusammenfassend zum Sachverständigen im Strafverfahren etwa *Detter*, *NStZ* 1998, 57.

²⁷ Siehe aus der Rechtsprechung etwa BGH, VRS 39, 101; BGH, StV 1994, 634; BGH, NStZ 1997, 296; aus der Literatur *Eisenberg*, *Beweisrecht der StPO*, Rn. 1522; *Meyer-Gößner*, *Strafprozessordnung*, § 244 Rn. 74b; *Roxin*, *Strafverfahrensrecht*, § 27 Rn. 9; *Zwiehoff*, *Recht auf den Sachverständigen*, S. 189 ff.

Gesprächspartner mit der Frage eines psychowissenschaftlichen Sachverständigen meist eingehend auseinander. Seine Hinzuziehung hielten fast alle Experten auch schon in Fallvariante 1 für notwendig. Lediglich ein Professor und ein Richter sprachen sich dagegen aus, fügten aber gleichzeitig hinzu, dass die Praxis anders vorgehe.

Unisono gingen die Experten, soweit sie sich überhaupt zu diesem Punkt äußerten, davon aus, dass der Sachverständige bereits im Ermittlungsverfahren bestellt wird, und zwar durch die Staatsanwaltschaft. Während der eine Staatsanwalt betonte, dass er stets eine Konsenslösung mit dem Verteidiger suche, beklagte ein Verteidiger, dass er meist zu spät komme, um Einfluss auf die Person des Sachverständigen nehmen zu können.

Bezüglich des Berufsstands des Sachverständigen ergab sich ein recht buntes Bild: Fünf Experten wollten sich nicht näher festlegen; drei befürworteten die Einschaltung eines Psychiaters, einer die eines Psychologen. Drei Experten hielten schließlich eine Doppelbegutachtung durch Psychologen und Psychiater für möglich. Verschiedentlich gaben die Experten dabei ihren Eindruck wieder, dass die Rechtsprechung Psychiater bevorzuge. Vor allem aus der Gruppe der Verteidiger kamen schließlich die Stimmen, welche den Schulenstreit bei Schuldfähigkeitsgutachten thematisierten und herausstrichen, wie viel von der individuellen Person des Sachverständigen für den Ausgang des Prozesses abhinge.

III.1.2.3. Anforderungen an die Entscheidungsbegründung

Jedenfalls dann, wenn die Angeklagte Revision eingelegt hat, wird das Schwurgericht sein Urteil in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht äußerst sorgfältig begründen. Der Fall selbst weist insoweit keine Besonderheiten auf, sodass auf die allgemeinen Ausführungen verwiesen werden kann.²⁸

III.1.2.4. Verteidigungsstrategie und Absprachen

III.1.2.4.1. Verteidigungsstrategie

Keiner der befragten Experten sah eine Chance, in Fallvariante 1 einen Freispruch zu erreichen; die Verteidigung muss sich folglich darauf beschränken, einen für T möglichst günstigen Strafausspruch anzustreben. Drei Verteidiger sahen die Möglichkeit, gegen den Vorwurf der Planung der Tat vorzugehen. Vor allem aber wollten sich die Verteidiger darauf konzentrieren, die „entlastenden Umstände dramatisch und wirkungsvoll zu servieren,“ wie es ein Experte formulierte. Der (ansonsten unbescholtene) Lebensweg der T sei nachzuzeichnen, ihr Martyrium in der Ehe und insbesondere die letzten Misshandlungen vor dem Mord genauestens

²⁸ Siehe *Gropengießer*, *Haustyrannenmord*, S. 71 ff.

zu schildern und auch aufzuzeigen, wie sich die T im Vorfeld der Tat vergeblich um anderweitige Hilfe bemüht hatte. Gleichwohl schätzten die Experten allgemein den Einfluss der Verteidigung auf den Ausgang des Strafverfahrens als nicht sehr groß ein.

Zur Frage, wie die Verteidigung die Hinzuziehung eines „§ 21-freundlichen“ psychowissenschaftlichen Sachverständigen erreichen kann, waren die Ausführungen der Experten recht dürftig, sodass hier nur einzelne Äußerungen wiedergegeben werden können. Die beiden Staatsanwälte berichteten, dass sie immer (so der eine) oder doch zumindest manchmal (so der andere) den psychowissenschaftlichen Sachverständigen in Absprache mit dem Verteidiger auswählten, schon um spätere Befangenheitsanträge zu vermeiden.

Ein Verteidiger hielt es für denkbar, der T zu empfehlen, ihre Mitwirkung zu verweigern. Ein anderer Verteidiger schilderte einen Fall, in dem er erfolglos versucht hatte, einen zweiten Sachverständigen durchzusetzen: Der Ablehnungsantrag gegen den Gerichtssachverständigen wurde negativ beschieden; für die Beauftragung eines privaten Gutachters (vgl. § 245 StPO) fehlte dem Mandanten das Geld. Auch § 244 StPO stelle in der Praxis keinen geeigneten Weg dar, gegen den Willen des Gerichts einen neuen Gutachter zu präsentieren. Wenn er als Verteidiger überhaupt auf die Person des Sachverständigen Einfluss nehmen könne, dann nur auf informellem Weg im persönlichen Kontakt mit der Staatsanwaltschaft.

Frage: Welche Bedeutung hat die Verteidigungseinrede der Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Geltendmachung erwartbar	–	–	–	–	–	12	12
Beweisaufwand erwartbar	11	–	–	1	–	–	12
Beziehung eines Sachverständigen erwartbar	11	–	–	1	–	–	12

Tabelle 9: Verteidigungseinrede der Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit im Strafverfahren (Fallvariante 1)

Im deutschen Recht müssen Staatsanwaltschaft und Gericht schon von Amts wegen entlastende Umstände berücksichtigen. So werden auch in Fallvariante 1 – darin waren sich fast²⁹ alle Experten einig – Staatsanwaltschaft und Gericht der Frage der Störung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit mit großem Ermittlungs-

²⁹ Die abweichende Ansicht kam aus dem Kreis der befragten Professoren.

aufwand nachgehen und zu diesem Zweck einen psychowissenschaftlichen Sachverständigen hinzuziehen.³⁰

Angesichts dieser klaren Rechtslage bzw. -praxis erübrigt sich jegliche diesbezügliche Aktivität der Verteidigung, wie etwa die Geltendmachung der Einrede der Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit. Aus diesem Grund wurde in den Expertengesprächen auf die entsprechende Frage verzichtet.

III.1.3. Einflüsse der Strafvollstreckung

III.1.3.1. Tatsächliche Haftdauer

Angesichts der Höhe der zu erwartenden Strafe, die aller Voraussicht nach jenseits der nach § 56 Abs. 2 StGB maßgeblichen Grenze von zwei Jahren liegt, ist eine vollständige Aussetzung der Strafe zur Bewährung schon aus Rechtsgründen ausgeschlossen.³¹

So gut wie sicher dürfte dagegen sein, dass T einen Teil der gegen sie verhängten Freiheitsstrafe nicht verbüßen muss. Unter welchen Voraussetzungen ein Strafreist zur Bewährung ausgesetzt werden kann und insbesondere zu welchem Zeitpunkt, ist im deutschen Recht unterschiedlich normiert, je nachdem, ob die T zu einer zeitigen (unten b) oder zu einer lebenslangen (unten c) Freiheitsstrafe verurteilt wird.

Beiden Regelungen ist freilich gemeinsam, dass Kriterien eine Rolle spielen, über die der Sachverhalt vollkommen schweigt, während in der Praxis der zuständigen Strafvollstreckungskammer diesbezüglich präzise Informationen vorliegen werden. Dies betrifft insbesondere die Fragen eventueller Vorstrafen der T sowie ihr Verhalten im Vollzug. Insoweit lassen sich nur – freilich auf Erfahrungen aufbauende – Vermutungen wiedergeben: T dürfte bisher keine bzw. wenigstens keine einschlägigen oder gravierenden Straftaten begangen und sich im Vollzug sehr ordentlich verhalten haben. Dies nahmen jedenfalls alle Experten an, und so soll auch im Folgenden davon ausgegangen werden.

III.1.3.1.1. Aussetzung des Strafreists bei zeitiger Freiheitsstrafe (§ 57 StGB)

Für eine Aussetzung des Strafreists spätestens nach der Verbüßung von *zwei Dritteln* der verhängten Strafe (§ 57 Abs. 1 StGB) spricht schon ganz eindeutig die Statistik.³² T kann aber darüber hinaus mit mehreren Kriterien aufwarten, die sie deut-

³⁰ Siehe zu den Ergebnissen der Befragung auch *Gropengießer*, Haustyranenmord, S. 116.

³¹ Anders freilich im Fall LG Offenburg, StV 2003, 672, in dem die Freiheitsstrafe von zwei Jahren sofort zur Bewährung ausgesetzt wurde (a.a.O., 675).

³² Die Wahrscheinlichkeit einer vorzeitigen Entlassung liegt bei solch langen Freiheitsstrafen im Bereich von 90 %; vgl. *Gropengießer*, Haustyranenmord, S. 74.

lich positiv vom Durchschnitt der Gefangenen abheben: Von den fehlenden Vorstrafen und ihrem beanstandungsfreien Vollzugsverhalten war schon die Rede; zudem dürfte bei Konflikttätern wie der T die Wiederholungsgefahr wegen der grundsätzlichen Einmaligkeit der Tatumstände als sehr gering einzuschätzen sein.³³ Eine Rolle kann unter Umständen auch spielen, dass – ihre Existenz einmal unterstellt – die Kinder möglichst schnell wieder von ihrer leiblichen Mutter erzogen werden sollen, insbesondere, wenn T mit dem Mord an O nicht nur sich selbst, sondern auch ihre Kinder von dem Joch des Haustyranen befreit hat. Auch alle befragten Experten waren sich einig, dass T die Vollstreckung des letzten Drittels der verhängten Strafe erspart bleiben werde oder doch zumindest ihre Chancen in dieser Hinsicht als sehr gut zu beurteilen seien.

Selbst eine Anwendung der *Halbstrafenregelung* des § 57 Abs. 2 Nr. 2³⁴ StGB erscheint nicht ausgeschlossen. Die soeben erwähnten positiven Charakteristika, die den Fall der T auszeichnen, dürften sowohl in ihrer Quantität³⁵ als auch in ihrer Qualität ein solches Gewicht erreichen, dass man trotz der üblicherweise sehr restriktiven Praxis³⁶ ernsthaft in Erwägung ziehen kann, hier das Vorliegen von „besonderen Umständen“, wie das Gesetz sie verlangt, anzunehmen. T könnte so möglicherweise bereits nach Verbüßung der Hälfte der gegen sie verhängten Strafe die Freiheit wiedererlangen. Auch die Antworten der Experten machen eine Prognose nicht verlässlicher: Sieben Experten schwankten in ihrer Einschätzung; je einer sprach sich eindeutig für bzw. gegen eine Anwendung des § 57 Abs. 2 StGB im konkreten Fall aus.³⁷ Ein Staatsanwalt wies schließlich für den – keineswegs ganz unwahrscheinlichen – Fall, dass es sich bei T um eine Ausländerin handelt, darauf hin, dass ihre Chancen, von der Halbstrafenregelung zu profitieren, deutlich höher seien, allerdings zum Preis einer Ausweisung aus der Bundesrepublik Deutschland (vgl. § 456a StPO).

III.1.3.1.2. Aussetzung des Strafrests bei lebenslanger Freiheitsstrafe (§ 57a StGB)

Im Fall einer Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe schreibt § 57a Abs. 1 Nr. 1 StGB vor, dass die T *mindestens 15 Jahre* tatsächlich verbüßen muss. Ist diese Frist erst einmal abgelaufen, dürften ihrer Entlassung trotz der in der Praxis all-

³³ Entsprechend die Prognose von *Rode/Scheld*, Sozialprognose bei Tötungsdelikten, S. 27, im Fall eines typischen Haustyranenmordes.

³⁴ Nr. 1 betrifft nur den Bereich von Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren, der im konkreten Fall aller Wahrscheinlichkeit nach überschritten werden wird.

³⁵ Vgl. OLG Bamberg StV 1994, 252.

³⁶ Aussetzungsquoten nur im Bereich von 1 %; vgl. *Gropengießer*, Haustyranenmord S. 73.

³⁷ Zu dieser Frage konnten sich konsequenterweise nur die neun Experten äußern, welche annahmen, dass T in Fallvariante 1 zu einer zeitigen Freiheitsstrafe verurteilt werden würde.

gemein nicht großzügigen Handhabung dieser Norm keine Hindernisse mehr entgegenstehen. So ist ihre Tat keinesfalls durch eine „besondere Schwere der Schuld“ (Nr. 2) charakterisiert; vielmehr drängt das Maß ihrer Schuld geradezu danach, auf der Ebene des Vollstreckungsrechts die nur schwer mit dem Schuldprinzip zu vereinbarende Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe in ihren Auswirkungen nach unten zu korrigieren. Schließlich sprechen auch wiederum die soeben zu § 57 StGB erörterten Kriterien wie die nahezu fehlende Wiederholungsgefahr, die Nichtexistenz von Vorstrafen und ihr Verhalten im Vollzug (vgl. Nr. 3) eine deutliche Sprache zugunsten der T. Auch die drei Experten, die davon ausgingen, dass die Strafgerichte zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilen würden, meinten, dass T nach 15 Jahren ihre Freiheit wiedererlangen würde. Ein Experte hielt eine „kleine kosmetische Überschreitung“ für möglich, um den gesetzlichen Mindestfall zu vermeiden.

III.1.3.1.3. Ergebnisse der Befragung

Frage: Mit welcher tatsächlichen Haftdauer hat T zu rechnen?

	Prognose der gerichtlichen Entscheidung	Prognose der tatsächlichen Haftdauer
Strafrechtslehrer	3 Jahre	1,5–2 Jahre*
Strafrechtslehrer	3–9 Jahre	1,5–6 Jahre*
Strafrechtslehrer	10–12 Jahre	5–6 Jahre
Richter	6–9 Jahre	3–6 Jahre*
Richter	3–10 Jahre	1,5–6 2/3 Jahre*
Richter	Lebenslang	15 Jahre
Staatsanwalt	8–10 Jahre	4–6 2/3 Jahre*
Staatsanwalt	9–10 Jahre	5 Jahre
Strafverteidiger	7–10 Jahre	3,5–6 2/3 Jahre*
Strafverteidiger	Lebenslang	15–16 Jahre
Strafverteidiger	>10 Jahre	6 2/3 Jahre
Strafverteidiger	Lebenslang	15 Jahre

Tabelle 10: Tatsächliche Haftdauer; * die Zahlen wurden nicht ausdrücklich von den Experten genannt, sondern aus ihren Angaben zur Sanktionsprognose und zum Zeitpunkt der vorzeitigen Haftentlassung errechnet.

Das Ergebnis der Befragung ist auffallend – und wenig befriedigend: Einerseits decken die Antworten einen extrem großen Zeitraum ab, nämlich von 1,5 bis 16 Jahren. Die höchste Prognose liegt damit um mehr als zehn Mal höher als die niedrigste, ein unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit und -sicherheit schwer erträgliches Resultat. Andererseits verteilen sich die Antworten innerhalb dieses

Rahmens höchst ungleichmäßig. Unten häufen sich neun Prognosen im Zeitraum zwischen 1,5 und 6 2/3 Jahren. Danach klafft eine gewaltige Lücke von immerhin 8 1/4 Jahren. Und ganz oben liegen die Prognosen der drei Experten, welche meinten, die T werde zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt, sehr eng beieinander, und zwar direkt auf oder dicht an der nach § 57a StGB zulässigen Untergrenze von 15 Jahren. Es dürfte nicht allzu gewagt sein zu vermuten, dass auch diese drei Experten eigentlich eine niedrigere Haftdauer für gerecht hielten, sich aber durch das Gesetz an einer solchen Lösung gehindert sahen. Symptomatisch und mit aller Deutlichkeit zeigt sich an dieser Stelle somit die Reformbedürftigkeit des § 211 StGB, der in Fällen wie diesem zu kaum mit der Gerechtigkeit zu vereinbarenden Ergebnissen führt.

III.1.3.2. Vollzugslockerungen

Über mögliche Vollzugslockerungen lassen sich nur sehr eingeschränkt Aussagen treffen. Dies liegt zum einen wiederum daran, dass das Verhalten der T im Vollzug nur vermutet werden kann, zum anderen daran, dass die diesbezügliche Praxis in den einzelnen Bundesländern deutlich voneinander abweicht.³⁸

Insgesamt gesehen kennzeichnet den Fall der T, dass die Wiederholungsgefahr und damit die potentielle Gefährdung der Allgemeinheit als sehr gering einzustufen ist. Da die T aber doch eine beträchtliche Zeit in der Haft zu verbüßen hat, ist bei sehr frühzeitigen Vollzugslockerungen die Versuchung für T, diese zur Flucht zu nutzen, nicht von der Hand zu weisen.

Im Ergebnis dürften die Vollzugsbehörden innerhalb des ihnen durch das Gesetz und die jeweiligen Verwaltungsvorschriften bzw. die Verwaltungspraxis eröffneten Spielraums der T relativ großzügig entgegenkommen. So wird in manchen, aber keineswegs allen Bundesländern der offene Vollzug (§ 10 StVollzG) auch tatsächlich im größeren Umfang praktiziert,³⁹ und zwar zum Teil sofort ab Haftantritt (sogenanntes Direkteinweisungsverfahren).⁴⁰ Auch von möglichen Vollzugslockerungen (§ 11 StVollzG) wie dem Freigang wird die T in vergleichsweise hohem Maß profitieren; doch werden die Vollzugsbehörden von ihrer üblichen Praxis, allgemein erst im letzten Abschnitt der Haft, also vielleicht frühestens ab den letzten zwei Jahren vor dem möglichen Entlassungszeitpunkt, mit Vollzugslockerungen zu beginnen,⁴¹ auch im Fall der T kaum abweichen.

³⁸ Übersicht bei *Ullenbruch*, in: Schwind u.a. (Hrsg.), StVollzG, § 11 Rn. 6.

³⁹ Statistische Angaben zu den einzelnen Bundesländern bei *Wirth*, in: Schwind u.a. (Hrsg.), StVollzG, § 141 Rn. 19 f.

⁴⁰ Näher dazu *Lesting*, in: Alternativkommentar zum StVollzG, § 10 Rn. 4; *K.-H. Schäfer*, in: Böhm-FS, S. 165 ff.

⁴¹ Siehe näher *Gropengießer*, *Haustyrannenmord*, S. 78.

Die befragten Experten waren wegen weitgehend fehlender eigener Erfahrungen in ihren Aussagen sehr vorsichtig, meinten der Tendenz nach aber ebenfalls, dass die Justiz versuchen würde, der T im Rahmen des Möglichen den Vollzug zu erleichtern. Eine Richterin wies darauf hin, dass T im Bundesland Hessen wohl sofort in den offenen Vollzug kommen könne; für Baden-Württemberg gab ein Staatsanwalt die Auskunft, dass Vollzugslockerungen wie insbesondere der Freigang wohl erst ein Jahr vor der Entlassung in Betracht kämen.

III.2. Fallvariante 2

Die Ehe von O und T ist zerrüttet, seit der O arbeitslos geworden ist und jeden Tag große Mengen Alkohol trinkt. Es kommt zu ständigen Streitereien, bei denen der O die T immer wieder heftig schlägt.

T ist aufgrund der desolaten Situation völlig verzweifelt. Eines Abends wird sie beim Anblick des nach starkem Alkoholkonsum eingeschlafenen O plötzlich von ihren Gefühlen überwältigt, ergreift einen schweren Gegenstand und erschlägt ihn.

III.2.1. Materielle rechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.2.1.1. Tatbestandliche Einstufung

III.2.1.1.1. Rechtliche Vorgaben

III.2.1.1.1.1. Totschlag (§ 212 StGB)

T hat vorsätzlich ihren Ehemann erschlagen und damit wie in Fallvariante 1 den (objektiven und subjektiven) Tatbestand des Totschlags (§ 212 StGB) erfüllt.

Die genaue Einordnung in das dreistufige Modell der Tötungsdelikte bereitet allerdings einige Schwierigkeiten. Die Besonderheit der Variante mit ihrem erschwerenden Umstand (Tötung eines Schlafenden) und mehreren schuld mindernden Umständen (insbesondere dem Affekt) führt zu dem zumindest auf den ersten Blick überraschenden Ergebnis, dass einerseits eine Höherstufung des Falls zum Mord nicht ausgeschlossen (dazu gleich), andererseits aber eine Herabstufung zum minder schweren Fall des Totschlags gut vertretbar erscheint (dazu unten). Allerdings kann es auch bei der Einstufung auf der mittleren Ebene, also beim Grundtatbestand des Totschlags, sein Bewenden haben.

III.2.1.1.2. Ergebnisse der Befragung

Die Antworten der Gesprächspartner verteilen sich fast gleichmäßig auf alle drei Stufen der vorsätzlichen Tötungsdelikte mit nur einem leichten Schwergewicht beim minder schweren Fall des Totschlags.

Frage: Welchen Tatbestand würden Sie auf die Fallvariante 2 anwenden?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
„Mord“ – § 211 (Qualifikation)	2	1	–	6	3	–	12
„Totschlag“ – § 212 (Ausgangstatbestand)	–	3	1	3	5	–	12
§ 213 (Privilegierung)	3	2	1	2	4	–	12

Tabelle 11: Tatbestandliche Einstufung – Gesprächspartner (Fallvariante 2)

Bei der Frage nach der gerichtlichen Entscheidung gab lediglich ein Professor eine andere Antwort, indem er vom minder schweren Fall des Totschlags (eigene Meinung) zum Mord (Gericht) überging. Die Praktiker orientierten sich dagegen offensichtlich auch schon bei der Wiedergabe ihrer eigenen Meinung an der Auffassung der Rechtsprechung.

Frage: Wie lautet Ihre Prognose hinsichtlich der gerichtlichen Einstufung im Urteil bei Fallvariante 2?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschied.	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
„Mord“ – § 211 (Qualifikation)	3	1	–	6	2	–	12
„Totschlag“ – § 212 (Ausgangstatbestand)	–	3	1	3	5	–	12
§ 213 (Privilegierung)	2	2	1	2	5	–	12

Tabelle 12: Tatbestandliche Einstufung – Gericht (Fallvariante 2)

Das bunte Bild, das die Antworten hier ergeben, sollte nicht zu vorschnellen Schlüssen über entsprechend weit auseinanderklaffende Überzeugungen hinsichtlich des konkreten Strafausspruchs verleiten. Durch die Anwendung eines oder im Extremfall sogar mehrerer strafrahmenverschiebender Milderungsgründe können auch die Befürworter einer Einstufung als Totschlag oder Mord die besondere psychische Situation der T berücksichtigen und zu einem Strafrahmen kommen, der sich mit dem des § 213 StGB überschneidet.

III.2.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Auch in Fallvariante 2 ist nach der übereinstimmenden Ansicht aller Experten keiner der in Betracht kommenden Straffrei-

stellungsgründe einschlägig. Zur Begründung kann im Wesentlichen auf die entsprechenden Ausführungen zu Fallvariante 1 verwiesen werden.

Allerdings ist T in Fallvariante 2 „plötzlich von ihren Gefühlen überwältigt“ worden. Dies gibt der Annahme eines sich auf die Schuld auswirkenden Affekts eine konkrete Basis im Sachverhalt. Doch reichen diese Angaben keinesfalls aus, um daraus ein solch extremes und außergewöhnliches Ausmaß eines Affekts abzuleiten, wie es die Rechtsprechung für einen Schuldausschluss wegen seelischer Störungen (§ 20 StGB) verlangt.⁴²

III.2.1.3. Strafraumenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.2.1.3.1. Konkret anzuwendender Strafraumen

III.2.1.3.1.1. Rechtliche Vorgaben

Die Suche nach dem anzuwendenden Strafraumen erweist sich in Fallvariante 2 als ein diffiziles Unternehmen. Zu jeder der drei verschiedenen Ausgangsnormen (§§ 211, 212, 213 StGB) kann ein Strafmilderungsgrund, typischerweise § 21 StGB, treten oder auch nicht. Auf die mathematische Formel $3 \times 2 = 6$ gebracht, bedeutet dies, dass insgesamt sechs verschiedene und damit fast alle der oben erwähnten⁴³ denkbaren Strafraumen bei Tötungsdelikten zumindest theoretisch in Betracht kommen.

Die Komplexität bezüglich der Anzahl möglicher Strafraumen setzt sich bei der Begründung fort: Von einer Strafmilderung kann abgesehen werden,

1. weil die tatbestandlichen Voraussetzungen des Strafmilderungsgrundes nicht vorliegen,
2. weil die Strafmilderung nur fakultativ ist oder
3. weil ein Strafmilderungsgrund hinter einen anderen zurücktritt (Konkurrenzproblem).

III.2.1.3.1.2. Ergebnisse der Befragung

Frage: Welche Bedeutung hat eine mögliche Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der T?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Ist naheliegend	9	2	–	1	–	–	12

⁴² Vgl. *Gropengießer*, *Haustyrannenmord*, S. 88.

⁴³ Siehe *Gropengießer*, *Haustyrannenmord*, S. 50 f.

Führt zu Strafmilderung	3	7	1	–	1	–	12
Führt zu Straffreiheit	–	–	–	–	12	–	12

Tabelle 13: Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit (Fallvariante 2)

Wiederum lehnten die Experten *unisono* eine Straffreiheit nach § 20 StGB ab. Dagegen zeichnet sich in Fallvariante 2 eindeutig eine Tendenz zur Bejahung einer Strafmilderung nach § 21 StGB ab. Der einzige „Ausreißer“, nämlich das „eindeutig nein“, stammt von einem Professor ohne eigene praktische Prozessenerfahrung.

Frage: Liegen außergewöhnliche Umstände im Sinn der Rechtsfolgenlösung vor, sodass die Strafe gemildert werden kann?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
	1	1	–	1	–	9	12

Tabelle 14: Rechtsfolgenlösung (Fallvariante 2)

Obige Frage mussten sich aus dogmatischen Gründen nur die vier Experten stellen, die auch in Fallvariante 2 den Tatbestand des Mordes für gegeben hielten. Einig waren sie sich, dass dies kein Fall für die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe sei. In Begründung und Ausmaß der Strafmilderung divergierten die Ansichten freilich erheblich: Eine Richterin sprach sich dafür aus, die Strafe nach § 21 StGB zu mildern, ohne auch nur mit einem Wort auf Alternativen einzugehen. Die drei anderen Experten bevorzugten den Weg über die Rechtsfolgenlösung, davon interessanterweise zwei in Kombination mit § 21 StGB. Trotz eingehender Diskussion in den Interviews sahen beide in der einschlägigen Rechtsprechung des BGH kein dogmatisches Hindernis für eine solche Doppelmilderung. Ein Experte fügte jedoch hinzu, er habe insoweit nur seine persönliche Meinung wiedergegeben; was die Gerichte betreffe, würde er bezweifeln, dass diese tatsächlich eine doppelte Strafmilderung gewähren würden. Aus diesem Grund erscheint seine Antwort in obiger Tabelle unter der Rubrik „tendenziell nein“.

Mehr noch als in Fallvariante 1 erscheint angesichts der in hohem Maß divergierenden Meinungen eine zusammenfassende Tabelle notwendig:

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Freiheitsstrafe von 5 bis 15 Jahren	–	–	–	1	11	–	12
Freiheitsstrafe von 3 bis 15 Jahren	1	2	–	6	3	–	12

Freiheitsstrafe von 2 Jahren bis 11 Jahren und 3 Monaten	-	3	1	2	6	-	12
Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis 11 Jahren und 3 Monaten	-	1	-	1	10	-	12
Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis 5 Jahren	2	2	1	2	5	-	12
Freiheitsstrafe von 1 Monat bis 3 Jahren und 9 Monaten	-	-	-	-	12	-	12

Tabelle 15: Strafmilderung insgesamt (Fallvariante 2)

Die Tabelle spiegelt deutlich die Unsicherheit der Experten wider: Nur drei von ihnen wollten sich eindeutig festlegen, acht lediglich der Tendenz nach, und einer schwankte zwischen zwei Lösungen, ohne sich zu entscheiden. Auffallend ist auch noch ein weiteres Ergebnis: Obwohl nur acht Experten mit „tendenziell ja“ antworteten, sind in die Spalte „tendenziell nein“ zwölf Daten eingetragen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass von diesen acht Experten zwei eine dritte Möglichkeit ins Auge fassten, einer sogar vier verschiedene Strafrahmen für nicht ausgeschlossen hielt!

III.2.1.3.2. Konkrete Strafzumessung

III.2.1.3.2.1. Rechtliche Vorgaben

Im Unterschied zu Fallvariante 1 ist das in beträchtlichem Umfang belastende Kriterium der Tatplanung entfallen. Auf der anderen Seite kann nun die Tatsache, dass T einen Schlafenden, also objektiv heimtückisch getötet hat, zu ihren Lasten ins Gewicht fallen.⁴⁴ Wenn nämlich in Fallvariante 2 die Tat lediglich als Totschlag und nicht mehr als Mord eingestuft wird, steht einem solchen Vorgehen das Doppelverwertungsverbot (§ 46 Abs. 3 StGB) nicht mehr entgegen.

Zudem enthält der Sachverhalt nun deutliche Angaben zu einem Affekt, sodass auf dessen Vorliegen nicht nur aus den allgemeinen Tatumständen geschlossen werden muss. Damit gewinnt dieses entlastende Kriterium noch größeres Gewicht für die Strafzumessung. Allerdings bleibt zu bedenken, dass der Affekt insoweit nicht berücksichtigt werden darf, als er schon in eine Strafmilderung, sei es nach § 21 StGB, nach § 213 StGB, 2. Alt., oder nach der Rechtsfolgenlösung, miteingeflossen ist. Bezüglich der anderen Kriterien, die für die Strafzumessung eine Rolle

⁴⁴ So allgemein zur strafscharfenden Berücksichtigung *nur objektiv* verwirklichter Mordmerkmale BGH NSZ 1993, 385.

spielen, hat sich im Vergleich zu Fallvariante 1 nichts geändert, sodass darauf verwiesen werden kann.

Zu welchem Ergebnis die nach § 46 StGB erforderliche Gesamtwertung führt, lässt sich selbstverständlich nicht vorhersagen. Immerhin dürfte die Prognose nicht fehlgehen, dass der konkrete Strafausspruch deutlich unter demjenigen in Variante 1 liegen wird.

III.2.1.3.2.2. Ergebnisse der Befragung

Auch die Experten sahen außer in den genannten Punkten keine Unterschiede zu Fallvariante 1. Die Frage nach der konkreten Strafhöhe führte zu folgendem Resultat:

Frage: Welche konkrete Sanktion hat T zu erwarten?

	Tatbestand + Strafmilderung	Strafrahmen	Sanktion
Strafrechtslehrer	Mord + § 21	Freiheitsstrafe von 3 bis 15 Jahren	3 Jahre
Strafrechtslehrer	Mord + Rechtsfolgenlösung	Freiheitsstrafe von 3 bis 15 Jahren	3–7 Jahre
Strafrechtslehrer	minder schwerer Fall des Totschlags	Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis 5 Jahren	6 Monate – 2 Jahre auf Bewährung
Richter	minder schwerer Fall des Totschlags	Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis 5 Jahren	3,5–4 Jahre
Richter	Mord + § 21	Freiheitsstrafe von 3 bis 15 Jahren	4–6 Jahre
Richter	Totschlag + § 21	Freiheitsstrafe von 2 Jahren bis 11 Jahren und 3 Monaten	7–8 Jahre
Staatsanwalt	minder schwerer Fall des Totschlags	Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis 5 Jahren	2 Jahre 1 Monat – 3 Jahre 3 Monate
Staatsanwalt	Totschlag + § 21	Freiheitsstrafe von 2 Jahren bis 11 Jahren und 3 Monaten	6 Jahre
Strafverteidiger	Totschlag + § 21	Freiheitsstrafe von 2 Jahren bis 11 Jahren und 3 Monaten	5–9 Jahre
Strafverteidiger	Mord + § 21 + Rechtsfolgenlösung	Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis 11 Jahren und 3 Monaten	7–9 Jahre
Strafverteidiger	minder schwerer Fall des Totschlags	Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis 5 Jahren	4 Jahre

Strafverteidiger	Totschlag + § 21 oder minder schwerer Fall des Totschlags	Freiheitsstrafe von 2 Jahren bis 11 Jahren und 3 Monaten oder Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis 5 Jahren	4–7 Jahre
------------------	--	---	-----------

Tabelle 16: Sanktionsprognose (Fallvariante 2)

Im Ergebnis lagen die Prognosen hinsichtlich der Strafhöhe deutlich niedriger als in Fallvariante 1. Der Durchschnittswert betrug dabei 4,89 Jahre, wobei die Angaben allerdings wieder gewaltig divergierten. Ein Professor hielt sogar eine von vornherein zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe für ausreichend. Wiedergegeben sei auch der Kommentar eines der befragten Strafverteidiger: In Fallvariante 2 könne angesichts der vielen entlastenden Gesichtspunkte jeder Richter sagen: „Ich verstehe die Frau.“

Aufschlussreich ist schließlich ein Vergleich der Sanktionsprognose mit der Einstufung in das dreistufige Tötungsmodell. Es wäre zu vermuten gewesen, dass die vier Experten, welche den Tatbestand des Mordes als erfüllt ansahen, sich auch für die schärfsten Strafen ausgesprochen hätten. Ordnet man die Zahlen der Höhe nach, so stammt Platz Nr. 1 tatsächlich aus dem Kreis dieser Experten. Die drei anderen Angaben belegen jedoch nicht die zu erwartenden Plätze 2, 3 und 4, sondern liegen mit den Plätzen 6 bzw. 7⁴⁵ und 10 sogar in der unteren Hälfte des Tableaus! Die Einstufung als Mord oder als Totschlag hat anscheinend, wenn erst einmal über einen Strafmilderungsgrund der Weg zu einem Strafraum gefunden ist, nur eine begrenzte Auswirkung auf das konkrete Strafmaß. Dagegen präjudiziert die Einstufung eines Totschlags als minder schwerer Fall (§ 213 StGB) tatsächlich eine gegenüber dem Ausgangstatbestand niedrigere Strafe, wie die Plätze 8, 9, 11 und 12 in der Skala belegen.

III.2.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte

Angesprochen werden sollen im Folgenden nur noch solche Wertungsgesichtspunkte, bei denen sich Unterschiede zu Fallvariante 1 ergeben.

III.2.1.4.1. Ausnutzung der Wehrlosigkeit des schlafenden O

Nach der hier vertretenen Auffassung stellt die Tötung des schlafenden O nur noch in objektiver Hinsicht eine heimtückische Tötung dar. Dies hat folgende Konsequenzen: In dogmatischer Hinsicht rückt dieser Umstand nun von der Ebene des

⁴⁵ Der Mittelwert der Angaben des zweiten und fünften Experten ist identisch.

Tatbestands (Mord) auf diejenige der Strafzumessung. Damit einher geht unweigerlich eine inhaltliche Abschwächung: Als bloßer Strafzumessungsgesichtspunkt kann sich die Wehrlosigkeit des Opfers schon rechnerisch nicht im gleichen Maß belastend wie ein Mordmerkmal auswirken, das die Strafe aus dem Bereich zeitiger in denjenigen lebenslanger Freiheitsstrafen katapultiert.

III.2.1.4.2. Beeinträchtigung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit

Fallvariante 2 enthält von allen Fallvarianten die eindeutigsten Anhaltspunkte im Sachverhalt für das Vorliegen einer affektbedingten Beeinträchtigung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit. Freilich wird sie auch hier kaum zum Schuldausschluss nach § 20 StGB führen, mit großer Sicherheit aber immerhin zu einer Verschiebung der Strafrahmen. Diese muss nicht notwendigerweise oder allein nach der eigentlich für solche Fälle prädestinierten Norm des § 21 StGB erfolgen. Der Affekt spielt vielmehr schon vorher auf der Ebene des Tatbestands eine entscheidende Rolle, indem er die Basis dafür bildet, den objektiv gegebenen Mord wegen fehlenden Ausnutzungsbewusstseins zum Totschlag herabzustufen. Zudem kann der Affekt mehr oder weniger „versteckt“ in eine Gesamtwürdigung einfließen, wie sie die Rechtsfolgenlösung beim Mord einerseits und vor allem der unbenannte minder schwere Fall des Totschlags nach § 213 StGB, 2. Alt., andererseits verlangen.

Es sollen an dieser Stelle nicht noch einmal alle denkbaren, zum Teil recht verästelten Lösungsmöglichkeiten wiederholt werden. Festzuhalten ist aber, dass die Beeinträchtigung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit an verschiedenen Stellen und aller Wahrscheinlichkeit nach mehrere Male bei der Subsumtion berücksichtigt und im Ergebnis zu einer deutlichen Strafminderung im Vergleich zu Fallvariante 1 führen wird.

III.2.2. Einflüsse des Strafverfahrens

Fallvariante 2 ruft mehr noch als Variante 1 nach der Hinzuziehung eines psychowissenschaftlichen Sachverständigen. Folglich sprachen sich nun alle Experten ohne Ausnahme für die Beauftragung eines Gutachters aus. Im Übrigen weist Fallvariante 2 keine prozessualen Besonderheiten auf.

Frage: Welche Bedeutung hat die Verteidigungseinrede der Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Geltendmachung erwartbar	–	–	–	–	–	12	12
Beweisaufwand erwartbar	12	–	–	–	–	–	12
Beziehung eines Sachverständigen erwartbar	12	–	–	–	–	–	12

Tabelle 17: Verteidigungseinrede der Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit im Strafverfahren (Fallvariante 2)

III.2.3. Einflüsse der Strafvollstreckung

Da sich alle Experten einig waren, dass das Gericht die T in Fallvariante 2 nicht zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilen würde, richtet sich die Frage einer vorzeitigen Haftentlassung allein nach § 57 StGB. Wiederum ist mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zu vermuten, dass die T spätestens nach Verbüßung von zwei Dritteln der verhängten Strafe (§ 57 Abs. 1 StGB) die Freiheit wiedererlangt. Auch eine Entlassung bereits nach der Hälfte der im Urteil festgelegten Strafe (§ 57 Abs. 2 Nr. 2 StGB) liegt durchaus im Bereich des Möglichen. Während die Mehrheit der Experten eine solche Entscheidung für genauso wahrscheinlich wie in Variante 1 hielt, glaubten einige, dass die diesbezüglichen Chancen der T in Variante 2 ein wenig besser seien.

Frage: Mit welcher tatsächlichen Haftdauer hat T zu rechnen?

Gesprächspartner	Prognose der gerichtlichen Entscheidung	Prognose der tatsächlichen Haftdauer
Strafrechtslehrer	3 Jahre	1,5 Jahre*
Strafrechtslehrer	3–7 Jahre	1,5–4 2/3 Jahre*
Strafrechtslehrer	6 Monate–2 Jahre auf Bewährung	–
Richter	3,5–4 Jahre	2–3 Jahre
Richter	4–6 Jahre	2–4 Jahre*
Richter	7–8 Jahre	3,5–5 1/3 Jahre*
Staatsanwalt	2 Jahre 1 Monat – 3 Jahre 3 Monate	1,5–2 Jahre
Staatsanwalt	6 Jahre	3 Jahre

Strafverteidiger	5–9 Jahre	2,5–6 Jahre*
Strafverteidiger	7–9 Jahre	3,5–6 Jahre*
Strafverteidiger	4 Jahre	2–2 2/3 Jahre*
Strafverteidiger	4–7 Jahre	2–4 Jahre

Tabelle 18: Tatsächliche Haftdauer (Fallvariante 2); * die Zahlen wurden nicht ausdrücklich von den Experten genannt, sondern aus ihren Angaben zur Sanktionsprognose und zum Zeitpunkt der vorzeitigen Haftentlassung errechnet.

Die Zahlen liegen in Variante 2 wesentlich enger beieinander als in Fallvariante 1. Lediglich die Antwort eines Professors fällt aus dem Rahmen, wenn er meinte, T werde Straffast völlig erspart bleiben; ansonsten bewegen sich die Prognosen in einem Bereich zwischen 1,5 und 6 Jahren Haftdauer. Geht man allein von den Angaben der Praktiker aus und legt zudem bei den Experten, die einen Zeitraum nannten, dessen Mittelwert zugrunde, dann verringert sich die Spanne noch einmal auf einen Zeitraum von 1,75 bis 4,75 Jahren. Ein solches Ergebnis spricht angesichts des rudimentären und damit offenen Sachverhaltes, der Interpretationen in verschiedene Richtungen zulässt, für ein relativ hohes Maß an Homogenität der Gerechtigkeitsüberzeugungen. Die dogmatischen „Wogen“, wie sie sich in Tabelle 18 widerspiegeln, scheinen sich also auf der Ebene der Strafzumessung im Weg einer Gesamtwürdigung des Falls recht weitgehend glätten zu lassen.

III.3. Fallvariante 3

Die Ehe von O und T ist zerrüttet, seit der O arbeitslos geworden ist und jeden Tag große Mengen Alkohol trinkt. Es kommt zu ständigen Streitereien, bei denen der O die T immer wieder heftig schlägt.

Eines Abends ist T von O wieder schwer misshandelt worden. Als sie ihn etwa dreißig Minuten später schlafend vor sich sieht, ersticht sie ihn mit einem Messer.

III.3.1. Materielle rechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.3.1.1. Tatbestandliche Einstufung

III.3.1.1.1. Rechtliche Vorgaben

III.3.1.1.1.1. Totschlag (§ 212 StGB)

T hat wiederum den (objektiven und subjektiven) Tatbestand des Totschlags (§ 212 StGB) verwirklicht. Alle weiteren Aussagen hinsichtlich der Einordnung in das dreistufige Modell der Tötungsdelikte sind dagegen mit einem großen Unsicherheitsfaktor behaftet. Dies beruht darauf, dass das deutsche Recht entscheidend

auf subjektive Kriterien abstellt, zu denen der Sachverhalt schweigt. So bleibt es dem Interpreten überlassen, aus den objektiven Gegebenheiten auf die Vorstellungswelt der T sowie Art und Intensität ihres Gemütszustands zu schließen. Je nachdem, zu welchem Ergebnis man dabei kommt, kann die Tat – genauso wie in Fallvariante 2 – als Mord (dazu gleich), als minder schwerer Fall des Totschlags (dazu unten) oder, falls die Voraussetzungen beider Spezialnormen zu verneinen sind, als Totschlag einzuordnen sein.

III.3.1.1.1.2. Mord (§ 211 StGB)

Wie in den vorangegangenen Varianten hat T einen Schlafenden getötet und damit objektiv heimtückisch gehandelt. An diesem Ergebnis ist auch nicht deswegen zu zweifeln, weil O noch kurze Zeit zuvor in offener Aggression seiner Frau gegenübergetreten war. Denn maßgeblich ist der Zeitpunkt der Tat, und zu diesem war O bereits eingeschlafen und hatte so seine Arglosigkeit wiedergewonnen.⁴⁶

Damit konzentriert sich die eigentliche Problematik wie schon in Fallvariante 2 auf die Frage des Heimtückevorsatzes bzw., genauer gesagt, auf diejenige des (Fehlens des) Ausnutzungsbewusstseins.⁴⁷ Ob T in Variante 3 die hilflose Lage des O erfasst hat, sich also bewusst gewesen ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber ihrem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen, ist Tatfrage und hängt letztlich vom Ergebnis des Sachverständigengutachtens ab, das zu dieser Frage einzuholen ist.

Immerhin gibt es Anhaltspunkte: Für einen Außenstehenden erscheint es ohne Weiteres nachvollziehbar, dass eine Frau dreißig Minuten nach schweren Misshandlungen noch unter Schock steht und sich die genaueren Umstände ihres Handelns nicht klar macht. Auch der BGH hat in einem Haustyrannenfall die „Vorgeschichte der Tat“⁴⁸ neben anderen Kriterien als ein Beweisanzeichen für fehlendes Ausnutzungsbewusstsein gedeutet. Somit dürfte es – ggf. *in dubio pro reo* – durchaus wahrscheinlich sein, dass ein Gericht den Heimtückevorsatz und damit den Tatbestand des Mordes ablehnen würde.

⁴⁶ Vgl. BGHSt 7, 218 (221); BGHSt 28, 210 (211); BGH NSTZ-RR 1997, 168.

⁴⁷ Siehe eingehend *Gropengießer*, Haustyrannenmord, S. 130.

⁴⁸ BGH NSTZ 1984, 20 (21); ebenso die Entscheidung BGHR § 211 Abs. 2 Heimtücke Nr. 26, die ebenfalls eine Tötung des Ehemanns durch seine Frau betrifft. Siehe schließlich den eine andere Konstellation betreffenden Fall BGH NSTZ 1987, 554 (555), in dem der gegen 8 Uhr morgens begangenen Tat eine Auseinandersetzung am Vorabend vorangegangen war.

III.3.1.1.1.3. Minder schwerer Fall des Totschlags (§ 213 StGB)

Wer obige Ansicht, dass T keinen Mord begangen hat, teilt, kann in die Prüfung des § 213 StGB einsteigen. Anders als in der vorausgegangenen Fallvariante steht nun die 1. Alternative im Mittelpunkt der Überlegungen, der sogenannte provozierte Totschlag.⁴⁹

T wurde von dem später getöteten O misshandelt, und zwar, ohne dass sie eigene Schuld daran traf. Ob die T dadurch auch „zum Zorn gereizt“ wurde, wie es im Gesetzestext heißt, ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Sachverhalt. Angesichts der kurzen Zeitspanne zwischen Provokation und Tat erscheint dies aber zumindest gut möglich, wenn nicht sogar naheliegend. Auch ist die Rechtsprechung insoweit recht großzügig und lässt jeden sthenischen Affekt genügen, also nicht nur Zorn im engeren Sinn, sondern etwa auch Wut oder Empörung.⁵⁰

Daran, dass die Misshandlungen tatauflösend wirkten, dürfte kaum zu zweifeln sein. Schließlich müsste die T „auf der Stelle zur Tat hingerissen“ worden sein. Nach der Rechtsprechung muss der Provozierte dabei nicht unbedingt in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang im Sinn einer Spontantat reagieren.⁵¹ Entscheidend ist vielmehr allein, ob die durch die Misshandlung ausgelöste Gefühlslage noch im Zeitpunkt der Tat fortwirkt, ob also ein „motivationspsychologischer Zusammenhang“⁵² zwischen beiden besteht. Dabei dürfte dem Maß der dazwischen liegenden Zeit eine Indizwirkung zukommen: Je kürzer dieser Zeitraum ist, um so eher dürfte zu vermuten sein, dass die vortatbedingte Erregung fort dauert. Doch selbst ein zeitlicher Abstand von einer oder mehreren Stunden steht der Bejahung dieses Merkmals keineswegs von vornherein entgegen.⁵³ Die Zeitspanne von rund dreißig Minuten im Fall der T könnte somit vielleicht sogar eher für ein „Auf-der-Stelle-Hingerissenwerden“ sprechen als dagegen. Letztlich bleibt aber auch dies Tatfrage, zu deren Klärung einmal mehr der psychowissenschaftliche Sachverständige zu Wort kommen wird. Somit erscheint es – ggf. wieder unter Berücksichtigung des Grundsatzes *in dubio pro reo* – durchaus möglich, die Voraussetzungen des § 213 StGB, 1. Alt., zu bejahen.

Sollten die Ermittlungen jedoch ergeben, dass die 1. Alternative zu verneinen ist, kann als Auffangtatbestand immer noch die 2. Alternative (sonstiger unbenannter minder schwerer Fall) greifen.⁵⁴

⁴⁹ Siehe näher dazu neben den Kommentierungen insbesondere *Deckers*, in: Rieß-FS, S. 651 ff.; *Zwiehoff*, Die provozierte Tötung.

⁵⁰ *Eser*, in: Schönke/Schröder, § 213 Rn. 8 m.w.N.

⁵¹ *Fischer*, StGB, § 213 Rn. 9a m.w.N.

⁵² BGH NJW 1991, 1963 (1964); BGH NSTZ 1995, 83; BGH NSTZ-RR 1996, 259; so der Sache nach schon OGHSt 1, 369 (372).

⁵³ BGH NSTZ 1995, 83.

⁵⁴ Siehe zu den einzelnen Voraussetzungen *Gropengießer*, Haustyranenmord, S. 131.

III.3.1.1.2. Ergebnisse der Befragung

Die Gesprächspartner tendierten deutlich zum minder schweren Fall des Totschlags; allerdings fanden sich auch einige Stimmen, die sich für Mord aussprachen oder eine entsprechende Subsumtion zumindest für möglich hielten. Obwohl sich somit für beide Extreme Anhänger fanden, lehnten die Experten auffallenderweise fast einhellig den Mittelweg, nämlich eine Einstufung als Totschlag ab.

Frage: Welchen Tatbestand würden Sie auf die Fallvariante 3 anwenden?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
„Mord“ – § 211 (Qualifikation)	2	–	2	3	5	–	12
„Totschlag“ – § 212 (Ausgangstatbestand)	–	–	1	1	10	–	12
§ 213 (Privilegierung)	4	4	1	–	3	–	12

Tabelle 19: Tatbestandliche Einstufung – Gesprächspartner (Fallvariante 3)

Bei der Frage nach der gerichtlichen Entscheidung meinten alle drei Professoren, dass der Bundesgerichtshof strenger urteilen würde. Was die Einschätzung des Falls seitens der Praktiker betrifft, so wiederholte sich das schon aus den beiden ersten Fallvarianten bekannte Phänomen, dass sie von vornherein versuchten, sich in die Denkweise des Bundesgerichtshofs als oberstem Strafgericht zu versetzen, und ihre Antworten auf beide Fragen deshalb identisch ausfielen.

Frage: Wie lautet Ihre Prognose hinsichtlich der gerichtlichen Einstufung im Urteil bei Fallvariante 3?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
„Mord“ – § 211 (Qualifikation)	2	1	3	4	2	–	12
„Totschlag“ – § 212 (Ausgangstatbestand)	–	–	1	1	10	–	12
§ 213 (Privilegierung)	1	5	2	1	3	–	12

Tabelle 20: Tatbestandliche Einstufung – Gericht (Fallvariante 3)

Bezeichnend ist die hohe Zahl der sich nicht eindeutig festlegenden Experten, immerhin neun von zwölf. Dies spiegelt die Offenheit des Sachverhalts wider, der einer sicheren Subsumtion entgegensteht. Im Übrigen schwanken die Antworten wieder zwischen den beiden Extremen mit einem Übergewicht auf § 213 StGB,

und zwar fast ausnahmslos für seine 1. Alternative. Wiederum soll aber darauf hingewiesen werden, dass über Strafmilderungsgründe die hinsichtlich der Sanktion bestehenden Diskrepanzen (einerseits lebenslange Freiheitsstrafe bei § 211 StGB, andererseits Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bei § 213 StGB a.F.) deutlich gemildert werden können.

III.3.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen

Wie in den beiden Fallvarianten zuvor wird die T nicht straffrei ausgehen. So ist insbesondere auch in dieser Fallvariante kein Raum für eine Anwendung des § 20 StGB (Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen). Immerhin lässt die zeitliche Nähe der vorausgegangenen Misshandlungen eher an Straffreistellungsgründe denken, die an eine Notsituation anknüpfen:

Der Rechtfertigungsgrund der Notwehr (§ 32 StGB) setzt einen gegenwärtigen Angriff voraus. Daran fehlt es ganz offensichtlich rund dreißig Minuten nach dem Ende der Misshandlungen; auch ist das Einschlafen des O ein untrügliches Indiz dafür, dass der T momentan keine Angriffe von seiner Seite drohen.

Der Entschuldigungsgrund des Notwehrexzesses (§ 33 StGB) umfasst ebenfalls keine Fälle wie den hier zu beurteilenden. Nach h.M.⁵⁵ ist sein Anwendungsbereich nämlich auf den sogenannten *intensiven* Notwehrexzess beschränkt, setzt also genauso wie die Notwehr einen gegenwärtigen Angriff seitens des späteren Opfers voraus, an dem es hier gerade fehlt. Auch Vertreter der Mindermeinung wie *Roxin*,⁵⁶ die den *extensiven* Notwehrexzess in den Anwendungsbereich des § 33 StGB miteinbeziehen wollen, dürften im konkreten Fall zu keinem anderen Ergebnis kommen. Denn auch sie ziehen ein enges zeitliches Limit: Im Zuge eines fließenden Übergangs müsse ein fast noch *gegenwärtiger* Angriff vorliegen. Davon kann dreißig Minuten nach der Tat und in Anbetracht der Tatsache, dass der Angreifer bereits eingeschlafen war, keine Rede mehr sein.

Auch die Experten sahen, soweit sie denn überhaupt auf Straffreistellungsgründe näher eingingen, in der Subsumtion keinerlei Problem und lehnten eine Straffreistellung *unisono* ab.

⁵⁵ BGH NStZ 1987, 20; BGH NStZ 2002, 141; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, § 45 II 4; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, § 33 Rn. 2; jeweils m.w.N.

⁵⁶ *Roxin*, Strafrecht AT I, § 22 Rn. 88 ff.

III.3.1.3. Strafrahenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.3.1.3.1. Konkret anzuwendender Strafrahen

III.3.1.3.1.1. Rechtliche Vorgaben

Die große Ähnlichkeit zwischen den Fallvarianten 2 und 3 zeigt sich auch auf der Ebene der Strafrahenbestimmung. Wiederum ergeben sich aus den drei verschiedenen Ausgangsnormen (§§ 211, 212, 213 StGB), jeweils ggf. in Kombination mit Strafmilderungsgründen, typischerweise § 21 StGB, eine große Zahl denkbarer Strafrahen.

III.3.1.3.1.2. Ergebnisse der Befragung

Frage: Welche Bedeutung hat eine mögliche Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der T?

	Eindeutig Ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Ist naheliegend	9	1	–	1	1	–	12
Führt zu Strafmilderung	2	8	–	1	1	–	12
Führt zu Straffreiheit	–	–	–	–	12	–	12

Tabelle 21: Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit (Fallvariante 3)

Aus der Tabelle ergibt sich ein klares Votum für eine Strafmilderung. Dieses Bild wird sogar noch eindeutiger, wenn man bedenkt, dass *alle* neun befragten Praktiker eine Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit als naheliegend einschätzten und sich zumindest tendenziell für eine Anwendung des § 21 StGB aussprachen; lediglich zwei Professoren sahen sich an den Sachverhalt gebunden, der keine Angaben über einen Affekt der T enthält. Eine völlige Straffreistellung, wie sie § 20 StGB ermöglicht, würde nach übereinstimmender Ansicht aller Experten dem Fall nicht gerecht.

Frage: Liegen außergewöhnliche Umstände im Sinne der Rechtsfolgenlösung vor, sodass die Strafe gemildert werden kann?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
	3	1	–	1	–	7	12

Tabelle 22: Rechtsfolgenlösung (Fallvariante 3)

Für die obiger Tabelle zugrunde liegende Frage wurde unterstellt, dass ein Gericht den Tatbestand des Mordes bejaht. Unter dieser Prämisse fand sich eine beträchtliche Zahl von Befürwortern der Rechtsfolgenlösung; allerdings darf die große Zahl der Eintragungen in der Spalte „keine Angaben“ nicht übersehen werden, die wohl wegen der vorrangigen und damit die Rechtsfolgenlösung prinzipiell ausschließenden Anwendung des § 21 StGB, als „eindeutig nein“ zu interpretieren sein dürften. Im Ergebnis waren sich jedenfalls wiederum alle Experten einig, dass zumindest *ein* Strafmilderungsgrund, sei es nun § 21 StGB oder sei es die Rechtsfolgenlösung, eingreifen und damit die T unter keinen Umständen zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt würde.

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Freiheitsstrafe von 5 bis 15 Jahren	–	–	–	–	12	–	12
Freiheitsstrafe von 3 bis 15 Jahren	2	–	3	5	2	–	12
Freiheitsstrafe von 2 Jahren bis 11 Jahren 3 Monaten	–	–	1	1	10	–	12
Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis 11 Jahren und 3 Monaten	–	1	–	–	11	–	12
Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis 5 Jahren	–	2	2	3	5	–	12
Freiheitsstrafe von 1 Monat bis 3 Jahren und 9 Monaten	–	4	–	3	5	–	12

Tabelle 23: Strafmilderung insgesamt (Fallvariante 3)

Wiederum war es offensichtlich für die Experten schwierig, sich hinsichtlich des Strafrahmens eindeutig festzulegen. Erklären lässt sich dieses unbefriedigende Resultat mit der bereits bekannten Begründung: Die Bestimmung des Strafrahmens ist stark von subjektiven Kriterien abhängig, über die sich auf einer solch knappen Sachverhaltsgrundlage nur sehr vage Aussagen treffen lassen.

III.3.1.3.2. Konkrete Strafzumessung

III.3.1.3.2.1. Rechtliche Vorgaben

Die große Ähnlichkeit zwischen den Fallvarianten 2 und 3 lässt es zu, im Wesentlichen auf die dortigen Ausführungen zu verweisen⁵⁷ und nur auf die Beson-

⁵⁷ Siehe Gropengießer, *Haustyrannenmord*, S. 140.

derheiten einzugehen, die sich durch das Charakteristikum von Variante 3, die nur rund 30 Minuten zurückliegende letzte schwere Misshandlung der T durch O, ergeben. Dieser Tatumstand dürfte sich in zweifacher Hinsicht zugunsten der T auswirken: Zum einen rückt er die Tat noch näher als in den vorausgegangenen Fallvarianten an den anerkannten Rechtfertigungsgrund der Notwehr (§ 32 StGB)⁵⁸ heran. Und zum anderen legt er die Existenz eines Affekts nahe, der sogar noch stärker als in Variante 2 in die Strafzumessung miteinfließen dürfte.

Letztere These beruht auf der Erwägung, dass die Gesichtspunkte, welche in Fallvariante 2 die schuld mindernde Wirkung des Affekts noch hätten schmälern können, nun ganz oder teilweise weggefallen sind: Das Gericht kann bei dieser Vorgeschichte die außergewöhnliche psychische Verfassung der T leichter nachvollziehen und sich somit von seinen (eventuell vorhandenen) Zweifeln an der Intensität des Affekts befreien.⁵⁹ Und T ist noch mehr als in der vorausgegangenen Fallvariante über den Vorwurf erhaben, sie habe den Affekt verschuldet, weil sie ihre Gefühle nicht besser im Griff gehabt habe.⁶⁰

Je nach Einstufung auf der Ebene des Tatbestands bzw. nach der Anwendung von Strafmilderungsgründen muss ein Gericht wiederum darauf achten, das Doppelverwertungsverbot, sei es nun zulasten oder sei es zugunsten der T, nicht zu verletzen. Bezüglich des konkreten Strafausspruchs sei folgende Vorhersage gewagt: Die gegen T zu verhängende Strafe wird geringer ausfallen als in Fallvariante 2, aber wohl doch mit ziemlicher Sicherheit über zwei Jahren liegen, sodass aus Rechtsgründen die Strafe nicht von vornherein zur Bewährung ausgesetzt werden kann.

⁵⁸ Vgl. allgemein zur Rechtfertigungsnähe als Strafzumessungsgrund *Günther*, in: Göpinger-FS, S. 453 (460 ff.); *Fischer*, StGB, § 46 Rn. 57, und zum speziellen Fall der Notwehrtätersnähe *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, S. 287, sowie eingehend *Hillenkamp*, Vorsatztat und Opferverhalten, S. 269 ff.

⁵⁹ Auch wenn die dahinter stehende These, dass ein Gericht tatmildernde Umstände umso stärker zugunsten des Angeklagten berücksichtigt, je geringer seine diesbezüglichen tatsächlichen Zweifel sind, offensichtlich gegen das fundamentale Rechtsprinzip *in dubio pro reo* verstößt, heißt dies nicht, dass sie nicht vielleicht doch die Wirklichkeit zutreffend beschreibt. Siehe zur Psychologie der Strafzumessung *Bohne*, ZStW 47 (1927), 439 (448).

⁶⁰ Siehe zum verschuldeten Affekt BGHSt 35, 143 mit Anm. *Blau*, JR 1988, 514 ff.; *Frisch*, NStZ 1989, 263 ff.; *Krümpelmann*, Affekt und Schuldfähigkeit, S. 235 ff., und allgemein zu einem die Schuld minderung ganz oder teilweise wieder aufhebenden „Vorverschulden“ *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 21 Rn. 20 m.w.N.

III.3.1.3.2.2. Ergebnisse der Befragung

Frage: Welche konkrete Sanktion hat T zu erwarten?

	Tatbestand + Strafmilderung	Strafrahmen	Sanktion
Strafrechtslehrer	Mord + Rechtsfolgenlösung	Freiheitsstrafe von 3 bis 15 Jahren	3 Jahre
Strafrechtslehrer	minder schwerer Fall des Totschlags + § 21	Freiheitsstrafe von 1 Monat bis 3 Jahren und 9 Monaten	2 Jahre, möglicherweise sofort auf Bewährung
Strafrechtslehrer	Mord + Rechtsfolgenlösung oder minder schwerer Fall des Totschlags	Freiheitsstrafe von 3 bis 15 Jahren oder Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis 5 Jahren	4 Jahre
Richter	Mord + § 21 oder minder schwerer Fall des Totschlags	Freiheitsstrafe von 3 bis 15 Jahren oder Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis 5 Jahren	3–4 Jahre
Richter	Mord + § 21	Freiheitsstrafe von 3 bis 15 Jahren	3–6 Jahre
Richter	minder schwerer Fall des Totschlags	Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis 5 Jahren	3,5 Jahre
Staatsanwalt	minder schwerer Fall des Totschlags + § 21	Freiheitsstrafe von 1 Monat bis 3 Jahren und 9 Monaten	1–2 Jahre zur Bewährung
Staatsanwalt	minder schwerer Fall des Totschlags + § 21	Freiheitsstrafe von 1 Monat bis 3 Jahren und 9 Monaten	3,5 Jahre
Strafverteidiger	minder schwerer Fall des Totschlags	Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis 5 Jahren	3–4 Jahre
Strafverteidiger	Mord + § 21 + Rechts- folgenlösung	Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis 11 Jahren 3 Monaten	5–8 Jahre
Strafverteidiger	Mord + § 21 oder Totschlag + § 21	Freiheitsstrafe von 3 bis 15 Jahren oder Freiheitsstrafe von 2 Jahren bis 11 Jahren und 3 Monaten	6 Jahre
Strafverteidiger	minder schwerer Fall des Totschlags + § 21	Freiheitsstrafe von 1 Monat bis 3 Jahren und 9 Monaten	2,5–3 Jahre

Tabelle 24: Sanktionsprognose (Fallvariante 3)

Die Prognosen hinsichtlich der Strafhöhe lagen im Bereich derjenigen für Fallvariante 2 (Durchschnittswert 4,89 Jahre), fielen jedoch tendenziell mit durchschnittlich 3,69 Jahren etwas niedriger aus. Insgesamt neun Experten sahen die Schuld der T in Fallvariante 3 als geringer an als in Fallvariante 2; jedoch nur einer von ihnen wollte die gegen T zu verhängende Freiheitsstrafe von vornherein zur Bewährung aussetzen, ein weiterer hielt eine solche Entscheidung immerhin für möglich.⁶¹ Um den drei übrigen Experten, darunter zwei Professoren, welche das konkrete Strafmaß höher ansiedelten, gerecht zu werden, muss man wiederum berücksichtigen, dass der Sachverhalt Interpretationsspielräume eröffnet und auch dahingehend verstanden werden kann, dass T ohne besondere affektive Beteiligung gehandelt hatte.

III.3.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte

Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, beschränken sich die folgenden Ausführungen wiederum auf das charakteristische Kriterium der Fallvariante: die dreißig Minuten vor der Tat erfolgte Misshandlung durch das spätere Opfer.

Sedes materiae ist insoweit zunächst § 213 StGB, 1. Alt. Im Gesetzestext heißt es in der hier interessierenden Variante ausdrücklich „durch eine ihm ... [von dem getöteten Menschen] zugefügte Mißhandlung“. Allerdings reicht der objektive Umstand der (nicht mehr gegenwärtigen) Provokation als solcher noch nicht für eine Strafmilderung. Hinzu kommen muss vielmehr ein darauf beruhender sthenischer Affekt; liegt dieses subjektive Merkmal nicht vor, bleibt die Provokation durch O grundsätzlich bloßer unbenannter Strafzumessungsgesichtspunkt.

Weit zentralere Bedeutung entfaltet die Provokation allerdings auf einem anderen Gebiet, nämlich als kaum widerlegbares Anzeichen für einen psychischen Ausnahmezustand, in dem T gehandelt hat, also als Indiz für das Vorliegen eines subjektiven Merkmals. Dies rückt Fallvariante 3 ganz nahe an Variante 2 heran. Im Ergebnis kann sich damit die Provokation wie dort an verschiedenen Stellen auswirken. Nur stichwortartig seien die Punkte hier aufgeführt: fehlendes Ausnutzungsbewusstsein beim Mord, verminderte Schuldfähigkeit nach § 21 StGB, sthenischer Affekt nach § 213 StGB, 1. Alt.

Beide beschriebenen Wirkungsweisen können schließlich auch gemeinsam auftreten: Soweit es um Gesamtwürdigungen geht, wird die Provokation sowohl als objektive Gegebenheit als auch als Indiz für den subjektiven Zustand der T miteinfließen, sei es nun bei der Rechtsfolgenlösung bei Mord, der Frage des sonstigen minder schweren Falls nach § 213 StGB, 2. Alt., oder bei der Strafzumessung im engeren Sinn nach § 46 StGB.

⁶¹ So auch das Schwurgericht in dem bei *Rode/Scheld*, Sozialprognose bei Tötungsdelikten, S. 26 f., geschilderten Fall eines Haustyranenmordes: zwei Jahre Freiheitsstrafe auf Bewährung. Allerdings entschied die Kammer in einer zweiten Hauptverhandlung, nachdem der BGH das erste Urteil über sechs Jahre Freiheitsstrafe aufgehoben hatte.

III.3.2. Einflüsse des Strafverfahrens

In prozessualer Hinsicht entsprechen sich die Fallvarianten 2 und 3 vollkommen; insbesondere ist auch in Variante 3 die Hinzuziehung eines psychowissenschaftlichen Sachverständigen unerlässlich. Dies entsprach auch der fast einhelligen Ansicht der Experten; lediglich ein Professor wollte eine Entscheidung in dieser Frage vom weiteren Gang der Ermittlungen zum psychischen Zustand der T abhängig machen.

Frage: Welche Bedeutung hat die Verteidigungseinrede der Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Geltendmachung erwartbar	–	–	–	–	–	12	12
Beweisaufwand erwartbar	11	–	1	–	–	–	12
Beiziehung eines Sachverständigen erwartbar	11	–	1	–	–	–	12

Tabelle 25: Einrede der Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit im Strafverfahren (Fallvariante 3)

III.3.3. Einflüsse der Strafvollstreckung

Was die Strafvollstreckung betrifft, ist nach der Höhe des konkreten Strafausspruchs zu unterscheiden: Wer, wie die ganz überwiegende Mehrheit der Experten, einen Strafausspruch *jenseits* der maßgeblichen Grenze von zwei Jahren Freiheitsstrafe vermutet, kann nicht verhindern, dass T die gegen sie verhängte Freiheitsstrafe zumindest teilweise auch tatsächlich verbüßen muss. Allerdings wird sie mit fast an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit spätestens nach Verbüßung von zwei Dritteln der verhängten Strafe (§ 57 Abs. 1 StGB), möglicherweise aber auch schon nach der Hälfte (§ 57 Abs. 2 Nr. 2 StGB) vorzeitig entlassen werden. Ein Experte sah sogar die Möglichkeit, dass T nach dem Urteil sofort den Status einer Freigängerin erhält.

Bei einer niedrigeren Freiheitsstrafe, also einer solchen bis zu zwei Jahren, ist dagegen eine sofortige Aussetzung der Strafe zur Bewährung rechtlich zulässig (§ 56 Abs. 2 StGB) und, sollte das Gericht mit dem Strafmaß tatsächlich so niedrig gehen, im Fall der T auch wahrscheinlich.⁶² Gleichwohl würde der T der Freiheitsentzug wohl auch dann nicht ganz erspart bleiben, weil bei Tötungsdelikten, wenn

⁶² Vgl. das Urteil des LG Wiesbaden (geschildert in BGH NJW 1984, 986) in einem Haustyranenfall: zwei Jahre Freiheitsstrafe auf Bewährung.

ein dringender Tatverdacht vorliegt, regelmäßig⁶³ Untersuchungshaft angeordnet wird (vgl. § 112 Abs. 3 StPO).⁶⁴

Frage: Mit welcher tatsächlichen Haftdauer hat T zu rechnen?

Gesprächspartner	Prognose der gerichtlichen Entscheidung	Prognose der tatsächlichen Haftdauer
Strafrechtslehrer	3 Jahre	1,5 Jahre*
Strafrechtslehrer	2 Jahre, möglicherweise sofort auf Bewährung	0–1 1/3 Jahre,* möglicherweise Untersuchungshaft
Strafrechtslehrer	4 Jahre	2 Jahre
Richter	3–4 Jahre	1,5–2 Jahre*
Richter	3–6 Jahre	1,5–4 Jahre*
Richter	3,5 Jahre	1,75 Jahre
Staatsanwalt	1–2 Jahre auf Bewährung	2–3 Monate Untersuchungshaft
Staatsanwalt	3,5 Jahre	1,75 Jahre
Strafverteidiger	3–4 Jahre	1,5–2 2/3 Jahre*
Strafverteidiger	5–8 Jahre	2,5–4 Jahre*
Strafverteidiger	6 Jahre	4 Jahre*
Strafverteidiger	2,5–3 Jahre	1,25–1,5 Jahre*

Tabelle 26: Tatsächliche Haftdauer (Fallvariante 3); * die Zahlen wurden nicht ausdrücklich von den Experten genannt, sondern aus ihren Angaben zur Sanktionsprognose und zum Zeitpunkt der vorzeitigen Haftentlassung errechnet.

Tabelle 26 belegt einmal mehr die große Ähnlichkeit der Fallvarianten 2 und 3. Die Zahlen bewegen sich zwischen 0 und 4 Jahren, wobei sich die sechs mittleren Antworten auf den vergleichsweise engen Bereich von 1,5 bis 2 Jahren Freiheitsentzug konzentrieren. Drei der Experten hatten einen minder schweren Fall des Totschlags angenommen, einer einen Mord, und die beiden restlichen hatten zwischen beiden Lösungen geschwankt. Wie lange T tatsächlich ihre Freiheit verliert, scheint also in Variante 3 wiederum weitgehend unabhängig von der dogmatischen Einordnung in das System der Tötungsdelikte beantwortet zu werden.⁶⁵

⁶³ Nach *Dünkel*, StV 1994, 610 (614), wurden 73,4 % aller wegen Mordes oder Totschlags im Jahr 1991 Verurteilten vorher in Untersuchungshaft genommen.

⁶⁴ Das BVerfG hat in einer Grundsatzentscheidung zum Haftgrund der Schwere der Tat (BVerfGE 19, 342 ff.) die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angemahnt und damit den Anwendungsbereich dieser Vorschrift rechtsstaatlich begrenzt.

⁶⁵ Es dürfte freilich große Vorsicht geboten sein, diese Aussage zu verallgemeinern. Jedenfalls dann, wenn kein Strafmilderungsgrund eingreift, hat die Einstufung des Falls als Mord oder Totschlag elementare Bedeutung für das konkrete Strafmaß.

III.4. Fallvariante 4

Die Ehe von O und T ist zerrüttet, seit der O arbeitslos geworden ist und jeden Tag große Mengen Alkohol trinkt. Es kommt zu ständigen Streitereien, bei denen der O die T immer wieder heftig schlägt.

Als O bei einer erneuten schweren Auseinandersetzung auf T zugeht und ihr Schläge androht, flieht sie in die Küche, ergreift ein Messer und ersticht den ihr nacheilenden O.

III.4.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.4.1.1. Tatbestandliche Einstufung

III.4.1.1.1. Rechtliche Vorgaben

Unterstellt man in Fallvariante 4 den Tötungsvorsatz,⁶⁶ dann hat T wie in den vorausgegangenen Varianten den (objektiven und subjektiven) Tatbestand des Totschlags (§ 212 StGB) erfüllt. Für das Vorliegen von Mordmerkmalen gibt es nun, nachdem das Opfer im Gegensatz zu den ersten drei Fallvarianten nicht im Schlaf überrascht wird, keinerlei Anhaltspunkte. Stattdessen drängt der Sachverhalt geradezu danach, innerhalb des Systems der Tötungsdelikte auf die niedrigste Ebene zu gehen, also zum minder schweren Fall des Totschlags (§ 213 StGB). Sollte die T nicht bereits wegen Vorliegens eines Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrundes straffrei ausgehen – womit sich sämtliche Erwägungen über die bloße Strafzumessungsregel des § 213 StGB erübrigen würden –, dann ist Fallvariante 4 doch im näheren Umfeld eines solchen Straffreistellungsgrundes anzusiedeln, mit der Konsequenz, dass wenigstens im Rahmen der Gesamtwürdigung nach § 213 StGB, 2. Alt., zugunsten der T ein minder schwerer Fall anzunehmen wäre.

III.4.1.1.2. Ergebnisse der Befragung

Da sich zwischen der eigenen Einschätzung des Falls und der vermuteten gerichtlichen Prognose keinerlei Unterschiede ergaben, wurden beide Tabellen zu einer zusammengefasst:

⁶⁶ Die Vorsatzproblematik soll an dieser Stelle nicht problematisiert werden, obwohl sich in einer solchen Fallkonstellation mit guten Gründen am Tötungsvorsatz der T zweifeln ließe. So hat das Schwurgericht im ähnlich gelagerten Fall BGH NStZ 1994, 581, die Ehefrau nur wegen Körperverletzung mit Todesfolge verurteilt.

Frage: Welchen Tatbestand würden Sie bzw. die Gerichte auf die Fallvariante 4 anwenden?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
„Mord“ – § 211 (Qualifikation)	–	–	–	–	4	8	12
„Totschlag“ – § 212 (Ausgangstatbestand)	–	–	–	–	2	10	12
§ 213 (Privilegierung)	2	–	–	–	–	10	12

Tabelle 27: Tatbestandliche Einstufung – Gesprächspartner/Gericht (Fallvariante 3)

Die Antworten der Gesprächspartner fielen äußerst dürftig aus. Dies kann beim näheren Hinsehen nicht verwundern: Der Mordparagraph ist so offensichtlich nicht einschlägig, dass die meisten Experten auf die Feststellung dieser Selbstverständlichkeit verzichteten. Und in Bezug auf § 213 StGB spielt die besondere dogmatische Stellung dieser Norm nun doch noch eine Rolle: Weil es sich insoweit um eine bloße Strafzumessungsregel handelt,⁶⁷ wird sich ein deutscher Jurist mit den Merkmalen dieser Norm üblicherweise erst auseinandersetzen und insbesondere die nach der 2. Alt. erforderliche Gesamtwürdigung erst dann vornehmen, wenn er die prinzipiellen Voraussetzungen für eine Strafbarkeit bejaht hat. Wie noch zu zeigen sein wird, spricht aber in Fallvariante 4 vieles dafür, das Verhalten der T zu rechtfertigen oder doch wenigstens zu entschuldigen, sie also nicht zu bestrafen. Unter dieser Prämisse werden damit alle Ausführungen zur Strafzumessung überflüssig.

Dementsprechend äußerten sich auch überhaupt nur die zwei Experten, die eine Strafbarkeit der T mit mindestens 50 % Wahrscheinlichkeit annahmen, zu der Frage des § 213 StGB und bejahten beide eindeutig seine Anwendbarkeit. Wenn somit sogar die beiden „strengsten“ Interviewpartner für eine Einordnung des Falls auf der untersten Stufe der Tötungsdelikte plädierten, dann dürfte es im Wege eines Erst-recht-Schlusses naheliegen zu vermuten, dass die übrigen Experten nicht anders entschieden hätten.

III.4.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen

III.4.1.2.1. Rechtliche Vorgaben

Waren in den bisherigen Fallvarianten Straffreistellungsgründe im Ergebnis stets und in der Begründung meist ohne tieferschürfende Argumentation abzulehnen, so

⁶⁷ So schon RGSt 59, 23 (24); BGHSt 4, 226 (228); st. Rspr.; siehe auch *Gropengießler*, *Haustyrannenmord*, S. 26.

rückt dieses Thema bei Fallvariante 4 nun in den Mittelpunkt der Überlegungen. T kann möglicherweise durch Notwehr gerechtfertigt wegen Überschreitung der Notwehr entschuldigt sein oder doch zumindest nicht wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts bestraft werden.

III.4.1.2.2. Ergebnisse der Befragung

Frage: Welche Bedeutung hat eine mögliche Notwehr der T ?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tend. nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Kommt in Betracht	12	–	–	–	–	–	12
Führt zur Straffreiheit	4	5	1	1	1	–	12

Tabelle 28: Notwehr, § 32 StGB (Fallvariante 3)

Drei Viertel der Experten hielten § 32 StGB wenigstens der Tendenz nach für einschlägig, eine klare Mehrheit, der allerdings auch zwei Gegenstimmen gegenüberstehen. In der Begründung gingen alle Experten davon aus, dass der Angriff des O noch fort dauerte, als er der T in die Küche nacheilte. Somit konzentrierte sich die Problematik für die Gesprächspartner allein auf die Frage der Erforderlichkeit der Verteidigung. Mehrere Experten wiesen darauf hin, dass die Beurteilung der Erforderlichkeit von den genauen Tatumständen abhängt und schon Kleinigkeiten das Ergebnis beeinflussen könnten.

So interessierte sich ein Professor für die Frage, ob in der Küche ein Fleischklopper vorhanden war, den er für ein milderes geeignetes Verteidigungsmittel hielt. Ein Strafverteidiger schilderte einen Fall aus seiner Praxis, in dem das Gericht den sofortigen Einsatz eines Klappmessers deshalb nicht für erforderlich gehalten hatte, weil der Angeklagte, wenn ihm offensichtlich noch die Zeit verblieben war, dieses Messer aus der Tasche zu holen und aufzuklappen, diese Zeit auch zur vorherigen Warnung des Angreifers hätte nutzen können. Ein aufschlussreiches Detail dürfte schließlich sein, dass die einzige Frau unter den Experten, die im Allgemeinen dazu neigte, sich vergleichsweise vorsichtig zu äußern, sich in diesem Fall mit großer Deutlichkeit für die Zulässigkeit der Verteidigungshandlung der T aussprach. Ähnlich argumentierte ein Staatsanwalt, der alle Überlegungen zu alternativen Verteidigungshandlungen in einer solchen Situation als „praxisfremd“ abtat.

Was die Gebotenheit der Verteidigung betrifft, waren sich alle Experten, soweit sie sich zu diesem Punkt äußerten, einig, dass jedenfalls bei einer solch zerrütteten Ehe O keine besondere Rücksichtnahme seitens seiner Ehefrau erwarten darf, das Notwehrrecht der T also unter diesem Gesichtspunkt keine Einschränkungen erfährt.

III.4.1.2.2.1. Überschreitung der Notwehr (§ 33 StGB)

Die Befragung zu § 33 StGB lieferte nur wenige aussagekräftige Ergebnisse: Diejenigen Experten, welche den Messerstich der T bereits als durch Notwehr gerechtfertigt ansahen, brauchten sich mit dem Entschuldigungsgrund des Notwehr-exzesses nicht mehr inhaltlich auseinanderzusetzen und streiften deshalb diese Fragestellung bestenfalls. Und für die anderen Experten tat sich die Schwierigkeit auf, dass der Sachverhalt keine konkreten Angaben zu der im Rahmen des § 33 StGB maßgeblichen Frage des asthenischen Affekts enthielt. So mussten sie sich mit Vermutungen begnügen, wobei sich drei Experten tendenziell für eine Entschuldigung der T, einer tendenziell dagegen aussprach und ein fünfter zwischen beiden Lösungen schwankte.

III.4.1.2.2.2. Putativnotwehr (§ 16 StGB analog)

Wie bereits erwähnt, nahmen alle Experten an, dass O die T tatsächlich angreifen wollte, als er ihr in die Küche nacheilte, und zwar elf ohne jegliches Zögern und einer nach kurzem Nachdenken. So bedurfte es der expliziten Nachfrage, fast im Sinn einer fünften Fallvariante, wie sich Rechtslage und -praxis darstellen würden, wenn T sich nur irrtümlich angegriffen gewähnt hätte.

Im Ergebnis führte dies gleichwohl kaum zu Abweichungen: Alle neun Experten, die sich bei der Prüfung der Notwehr für die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung ausgesprochen hatten, bejahten nun einen Erlaubnistatbestandsirrtum und wollten – mit einer Ausnahme⁶⁸ – die T auch nicht wegen fahrlässiger Tötung bestrafen. Einer der Staatsanwälte fasste seine Stellungnahme mit folgenden Worten zusammen: „Wenn T ehrlich die tatsächlichen Voraussetzungen einer Notwehrlage annimmt, dann ist das im Ergebnis dasselbe, als ob diese Notwehrlage wirklich besteht.“ Ein Strafrechtsprofessor, der bei der Notwehr noch die Grenzen der Erforderlichkeit tendenziell für überschritten gehalten und erst über § 33 StGB den Weg zur Straflosigkeit gefunden hatte, schloss sich nun der Mehrheitsmeinung an, was sich nur mit eigenen Zweifeln an seiner früheren Einschätzung des Falls erklären lassen dürfte.

Dogmatisch konsequent äußerten sich dagegen die beiden verbleibenden Experten, die sich wiederum für eine Bestrafung der T nach § 213 StGB aussprachen bzw. dies für möglich hielten. Freilich spürten auch sie – gegen Ende des mehrstündigen Interviews – nicht mehr allen dogmatischen Verästelungen des Falls nach.

⁶⁸ Ein Strafrechtsprofessor wollte diese Frage erst noch näher aufklären.

III.4.1.2.2.3. Zwischenergebnis

Für die Experten kamen nur die Konstellationen Nr. 1 und Nr. 2⁶⁹ ernsthaft in Betracht; die beiden anderen Konstellationen zur Putativnotwehr kommentierte ein Strafverteidiger mit den Worten: „Wir geraten ein wenig ins Akademische.“

Zehn Experten sprachen sich im Ergebnis für eine Strafflosigkeit der T aus, wobei neun den Weg über eine Rechtfertigung nach § 32 StGB wählten, einer über eine Entschuldigung nach § 33 StGB. Demgegenüber stehen nur eine Stimme für eine Strafbarkeit nach § 213 StGB sowie eine „Enthaltung“. Insgesamt gesehen fällt das Votum für eine Nichtbestrafung der T in Fallvariante 4 also sehr klar aus.

III.4.1.3. Strafraumenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.4.1.3.1. Rechtliche Vorgaben

Auch wer T weder nach § 32 StGB rechtfertigt noch sie nach § 33 StGB entschuldigt – im Fall der gegenteiligen Ansicht erübrigen sich selbstverständlich alle Strafzumessungsüberlegungen –, wird nicht umhin kommen, die große Nähe des Falls zu diesen beiden gesetzlichen Straffreistellungsgründen zu konstatieren. Dieser Umstand wird zunächst maßgeblich in die nach § 213 StGB, 2. Alt. StGB, erforderliche Gesamtwürdigung des Falls miteinfließen und schon als solcher den von T begangenen Totschlag zum minder schweren Fall herabstufen. § 50 StGB stünde damit nicht mehr im Weg, den Strafraumen noch ein zweites Mal nach § 21 StGB zu mildern, falls das Gericht in der Hauptverhandlung die verminderte Schuldfähigkeit der T feststellen oder jedenfalls nicht imstande sein sollte, diese auszuschließen. Darüber hinaus sind die Rechtfertigungs- bzw. Entschuldigungsnähe und die verminderte Schuldfähigkeit, soweit sie nicht bereits durch einen Strafmilderungsgrund „verbraucht“ sind, ein weiteres Mal bei der konkreten Strafzumessung zu berücksichtigen. Wichtig ist dabei wiederum vor allem die Grenze von zwei Jahren: Überschreitet das Gericht diese nicht, eröffnet § 56 StGB die Möglichkeit, die Vollstreckung der gegen T zu verhängenden Freiheitsstrafe sofort zur Bewährung auszusetzen. Schließlich ist selbst bei Tötungsdelikten ein Absehen von Strafe nach § 60 StGB nicht prinzipiell ausgeschlossen.⁷⁰ Allerdings dürfte der Fall kaum genügend Anhaltspunkte dafür bieten, dass „die Folgen der Tat, die den Täter getroffen haben, so schwer sind, daß die Verhängung einer Strafe offensichtlich verfehlt wäre“, wie es im Gesetzestext heißt.

⁶⁹ Siehe *Gropengießer*, *Haustyrannenmord*, S. 166.

⁷⁰ BGHSt 27, 298.

III.4.1.3.2. Ergebnisse der Befragung

Aussagen zur Strafzumessung ließen sich verständlicherweise überhaupt nur von den beiden Experten gewinnen, die eine Verurteilung der T mit mindestens 50 %iger Wahrscheinlichkeit annahmen. Beide wollten die Sanktion dem Strafrahmen des § 213 StGB entnehmen, ohne auf die Möglichkeit einer weiteren Strafmilderung nach § 21 StGB einzugehen. Während der eine, zwischen Strafbar- und Strafflosigkeit schwankende Experte eine eventuelle Strafe „sehr niedrig“ ansiedeln oder gar von Strafe absehen wollte, lag das vermutete Strafmaß beim anderen, von der Strafbarkeit der T überzeugten Experten deutlich höher. Beide nahmen aber gleichermaßen an, dass eine eventuelle Freiheitsstrafe sofort zur Bewährung ausgesetzt würde. Damit ergibt sich folgendes Bild:

Frage: Welche konkrete Sanktion hat T zu erwarten?

	Tatbestand + Strafmilderung	Strafrahmen	Sanktion
Strafrechtslehrer	–	–	Freispruch
Strafrechtslehrer	–	–	Freispruch
Strafrechtslehrer	–	–	Freispruch
Richter	– oder minder schwerer Fall des Totschlags	– oder Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis 5 Jahren	Freispruch oder Freiheitsstrafe auf Bewährung
Richter	–	–	Freispruch
Richter	–	–	Freispruch
Staatsanwalt	–	–	Freispruch
Staatsanwalt	–	–	Freispruch
Strafverteidiger	minder schwerer Fall des Totschlags	Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis 5 Jahren	1,5–2 Jahre auf Bewährung
Strafverteidiger	–	–	Freispruch
Strafverteidiger	–	–	Freispruch
Strafverteidiger	–	–	Freispruch

Tabelle 29: Sanktionsprognose (Fallvariante 3)

III.4.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte

Charakteristikum von Fallvariante 4 ist der Angriff bzw. Scheinangriff seitens O, gegen den sich T mit ihrer Tat zur Wehr setzt. Dabei ist die Wahrscheinlichkeit

hoch, dass T im Ergebnis straffrei ausgehen wird. Sollte es der T gleichwohl nicht gelingen, einen Freispruch zu erzielen, so dürfte die gegen sie verhängte Strafe für ein Tötungsdelikt extrem niedrig ausfallen und sofort zur Bewährung ausgesetzt werden. In dogmatischer Hinsicht ist jedoch scharf danach zu trennen, ob O seine Ehefrau wirklich misshandeln will oder T dies nur irrtümlicherweise annimmt:

Die Verteidigung gegen einen *tatsächlichen Angriff* ist notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung für Notwehr (§ 32 StGB). Hinzukommen für eine Rechtfertigung nach dieser Norm muss vor allem, dass sich der Messerstich im Rahmen des Erforderlichen hält. Sollte die Hauptverhandlung diesbezüglich, was keineswegs auszuschließen ist, zu einem negativen Ergebnis führen, kann das Gericht T immer noch nach § 33 StGB entschuldigen, wenn die Ursache für den unter dieser Prämisse anzunehmenden Notwehrexzess in „Verwirrung, Furcht oder Schrecken“ zu suchen ist. Erst wenn auch eine Subsumtion unter diesen zweiten Straffreistellungsgrund scheitert, ist T zu bestrafen. Allerdings wird sich die Nähe zu diesen beiden anerkannten Rechtfertigungs- bzw. Entschuldigungsgründen in der Strafzumessung, und zwar sowohl im Bereich der Strafraumenbestimmung (§ 213 StGB, 2. Alt.) als auch bei der Bestimmung des konkreten Strafmaßes deutlich zugunsten der T auswirken. Gut möglich ist zudem, dass das Gericht in den objektiven entlastenden Umständen wie schon in Fallvariante 3 ein Indiz für die Annahme verminderter Schuldfähigkeit im Sinn des § 21 StGB sehen wird, mit der Folge, dass der Strafraumen des § 213 StGB noch weiter gemildert werden kann.

Der Messerstich als Reaktion auf einen *Scheinangriff* ist auf jeden Fall rechtswidrig. Doch kann gemäß § 16 Abs. 1 StGB (analog) der Vorsatz entfallen, wenn diese Handlung, einen tatsächlichen Angriff unterstellt, erforderlich gewesen wäre. Im Fall eines solchen Erlaubnistatbestandsirrtums bleibt zwar eine Strafbarkeit wegen eines Fahrlässigkeitsdelikts grundsätzlich möglich, doch dürfte T im konkreten Fall keine Schuld an ihrem Irrtum treffen. Sollte der Messerstich dagegen die Grenze des hypothetisch Erforderlichen überschreiten, ist eine Bestrafung der T unumgänglich. Allerdings dürfte das Gericht wiederum Strafmilderungsgründe (§ 213 StGB, 2. Alt., und eventuell § 21 StGB) heranziehen und auch innerhalb der Strafzumessung die Nähe des Falls zur anerkannten Rechtsfigur des Erlaubnistatbestandsirrtums zugunsten der T würdigen.

III.4.2. Einflüsse des Strafverfahrens

III.4.2.1. Anklageerhebung und Untersuchungshaft

Anklage hat die Staatsanwaltschaft gemäß § 170 Abs. 1 StPO zu erheben, wenn die Ermittlungen „genügenden Anlass“ für einen solchen Schritt bieten. Der notwendige Grad der Überzeugung hinsichtlich einer Straftat ist damit im Vergleich zu einer Verurteilung erheblich gesenkt. Ausreichend ist ein sogenannter hinrei-

chender Tatverdacht: Der Staatsanwalt muss bei vorläufiger Tatbewertung⁷¹ eine Verurteilung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht lediglich als wahrscheinlich ansehen. Der Grundsatz *in dubio pro reo* gilt insoweit nicht, kann aber mittelbar die Prognose der Staatsanwaltschaft beeinflussen.⁷²

Da die Wahrscheinlichkeitsprognose auch das Fehlen von Rechtfertigungs- und anderen Straffreistellungsgründen umfasst,⁷³ wäre nach der von der ganz überwiegenden Mehrheit der Experten diesbezüglich vertretenen Meinung eine Anklage eigentlich unzulässig. So weit wollten aber nicht alle Befürworter eines Freispruchs gehen: Viele Staatsanwälte würden sich wohl dem (vermuteten) Druck der öffentlichen Meinung beugen und sich – möglicherweise auch in (vorausgehendem) Gehorsam gegenüber Vorgesetzten⁷⁴ – dazu entschließen, in solchen Fällen eine Anklage zu erheben. Auf diesem Weg könnten sie die Verantwortung für die Nichtbestrafung einer Frau, die immerhin ihren Ehemann getötet hat, auf das Gericht abschieben. Bezeichnend ist in dieser Hinsicht der Kommentar eines Staatsanwalts: „Ich habe mal in der Vergangenheit den Mut gehabt, so ein Verfahren [nach § 170 Abs. 2 StPO] einzustellen.“

In noch gesteigerter Form taucht dieses Problem hinsichtlich der Anordnung von Untersuchungshaft auf: Zwar liefert bei vorsätzlichen Tötungsdelikten § 112 Abs. 3 StPO einen Haftgrund wohlfeil ins Haus. § 112 Abs. 1 StPO verlangt aber zusätzlich einen – wiederum das Fehlen von Straffreistellungsgründen mitumfassenden⁷⁵ – dringenden Tatverdacht und damit einen im Vergleich zur Anklageerhebung höheren Grad an Wahrscheinlichkeit einer Strafbarkeit.⁷⁶ Daran fehlt es aber nun erst recht, wenn man mit der Mehrheit der Experten in Fallvariante 4 im Endergebnis zumindest tendenziell einen Freispruch annimmt. Die Anordnung von Untersuchungshaft ist auf dieser Basis damit unzulässig. Gleichwohl vermuteten zwei dieser Experten wiederum, dass der T Untersuchungshaft nicht erspart bliebe.⁷⁷ Einer von ihnen, ein Staatsanwalt, wollte das Dilemma, entweder T ihrer Freiheit zu berauben oder aber der Erwartungshaltung in der Öffentlichkeit nicht entsprechen zu können, auf folgende Weise lösen: Der Richter solle zunächst einen Haft-

⁷¹ BGHSt 23, 304 (306).

⁷² Siehe näher *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, § 170 Rn. 1 f.; *Schmid*, in: *Karlsruher Kommentar zur StPO*, § 170 Rn. 2 ff.

⁷³ *Rieß*, in: *Löwe/Rosenberg*, 25. Aufl., § 203 Rn. 15; *Stuckenberg*, in: *Löwe/Rosenberg*, 26. Aufl., § 203 Rn. 16.

⁷⁴ Siehe zur „Unabhängigkeit“ der Staatsanwälte allgemein *W. Maier*, ZRP 2003, 387 ff.

⁷⁵ *Schlothauer*, StV 1996, 391 (393 f.) m.w.N.

⁷⁶ Siehe näher *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, § 112 Rn. 5 f.; *Boujong*, in: *Karlsruher Kommentar zur StPO*, § 112 Rn. 6.

⁷⁷ Vgl. auch *Preusker*, in: *Egg* (Hrsg.), *Tötungsdelikte*, S. 241: „Mordverdächtigen ist die Untersuchungshaft sicher“; tendenziell ebenso *Rostek*, *Verteidigung in Kapitalstrafsachen*, S. 43.

befehl gegen T verkünden, wovon die Medien gebührend Notiz nehmen könnten, und anschließend könne dieser wieder ohne größeres öffentliches Aufsehen außer Vollzug⁷⁸ gesetzt werden.

III.4.2.2. Besonderheiten des Beweisverfahrens

III.4.2.2.1. Beweis von Straffreistellungsgründen

Das deutsche Recht kennt für den Beweis von Straffreistellungsgründen wie z.B. der Notwehr keine Sonderregelungen. Von Amts wegen ist zu ermitteln, ob ihre Voraussetzungen vorliegen oder nicht; einer besonderen Geltendmachung durch die Verteidigung bedarf es nicht, was die fehlenden Angaben in der ersten Zeile von Tabelle 30 erklärt.

Frage: Welche Bedeutung hat die Verteidigungseinrede der Notwehr?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Geltendmachung erwartbar	–	–	–	–	–	12	12
Beweisaufwand erwartbar	12	–	–	–	–	–	12

Tabelle 30: Einrede der Notwehr im Strafverfahren (Fallvariante 3)

Die *materielle Beweislast* trifft in Bezug auf Straffreistellungsgründe wie auch sonst im Bereich der Schuld- und Straffrage den Staat.⁷⁹ Sind also die tatsächlichen Voraussetzungen eines Straffreistellungsgrundes zweifelhaft, hat das Gericht den Angeklagten *in dubio pro reo* freizusprechen.⁸⁰ Allerdings zwingt der Zweifelsgrundsatz das Gericht nicht, jeden nur rein theoretisch denkbaren Umstand zugunsten der oder des Angeklagten zu berücksichtigen.⁸¹

Ein Strafverteidiger stellte fest, dass die Praxis gegen diese Regel verstoße und dem Angeklagten die Beweislast auferlege. Für die Verteidigung bestehe deshalb

⁷⁸ Auch wenn der Gesetzestext des § 116 StPO diese Möglichkeit bei Tötungsdelikten eigentlich nicht vorsieht, ist die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens doch ein Gebot des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (*Meyer-Göfner*, Strafprozessordnung, § 116 Rn. 18). Der BGH hat diese Möglichkeit im Fall einer wegen Mordes angeklagten Frau ausdrücklich befürwortet. Allerdings wies dieser Fall u.a. die Besonderheit auf, dass die Tat bereits 26 Jahre zurücklag (BGH, StV 2008, 84 f.).

⁷⁹ Siehe *Gropengießer*, Haustyrannenmord, S. 70.

⁸⁰ So in aller Deutlichkeit BGHSt 10, 373 (374), zu § 32 StGB: „Eine Notwehrlage braucht nicht erwiesen zu sein. Wenn sich der Richter nicht davon überzeugen kann, dass sie nicht bestand, muß er den Angeklagten sogar freisprechen.“

⁸¹ BGHR, StGB § 213 Beweismwürdigung Nr. 1; *Stern*, Verteidigung in Mord- und Totschlagsverfahren, Rn. 258 f.

in viel höherem Maß die Notwendigkeit, die genauen Umstände des Straffreistellungsgrundes darzulegen.

III.4.2.2.2. Hinzuziehung eines psychowissenschaftlichen Sachverständigen

Sollte die T durch Notwehr gerechtfertigt sein, scheint ein psychowissenschaftliches Gutachten entbehrlich. Doch ob der Prozess zu diesem Ergebnis führen wird, ist wie gezeigt unsicher: Mehrere Alternativen sind denkbar, und bei den meisten, wie etwa einer Entschuldigung wegen Notwehrexzesses nach § 33 StGB, gewinnt der Affekt wieder seine aus den vorherigen Varianten bekannte zentrale Bedeutung für die Lösung des Falls. Schon um gegen alle Eventualitäten gewappnet zu sein, wird deshalb ein Gericht kaum auf die Hinzuziehung eines psychowissenschaftlichen Sachverständigen verzichten.

III.4.3. Einflüsse der Strafvollstreckung

Nach Ansicht der Experten ist T entweder freizusprechen oder zu einer Freiheitsstrafe zu verurteilen, die sofort zur Bewährung ausgesetzt werden soll. Kommt es somit zu keiner Strafvollstreckung, so hielten es doch manche Experten für möglich, dass gegen T *Untersuchungshaft* angeordnet wird. Im Einzelnen ergab sich folgendes Bild:

Frage: Mit welcher tatsächlichen Haftdauer hat T zu rechnen?

	Prognose der gerichtlichen Entscheidung	Prognose der tatsächlichen Haftdauer
Strafrechtslehrer	Freispruch	– (keine Angaben zur Untersuchungshaft)
Strafrechtslehrer	Freispruch	–
Strafrechtslehrer	Freispruch	– (keine Angaben zur Untersuchungshaft)
Richter	Freispruch oder Freiheitsstrafe auf Bewährung	möglicherweise Untersuchungshaft
Richter	Freispruch	– (keine Angaben zur Untersuchungshaft)
Richter	Freispruch	– (keine Angaben zur Untersuchungshaft)
Staatsanwalt	Freispruch	–
Staatsanwalt	Freispruch	kurzfristige Untersuchungshaft (Haftbefehl, der bald wieder außer Vollzug gesetzt wird)

Strafverteidiger	1,5–2 Jahre auf Bewährung	– (keine Angaben zur Untersuchungshaft)
Strafverteidiger	Freispruch	– (keine Angaben zur Untersuchungshaft)
Strafverteidiger	Freispruch	Untersuchungshaft
Strafverteidiger	Freispruch	– (keine Angaben zur Untersuchungshaft)

Tabelle 31: Tatsächliche Haftdauer (Fallvariante 3)

Eine solche Anordnung von Untersuchungshaft ist eigentlich mit der Rechtsordnung nicht vereinbar, denn ein dringender Tatverdacht im Sinn des § 112 Abs. 1 StPO lässt sich nach der ganz überwiegenden Ansicht der Experten nicht begründen. Deshalb sind die Stimmen für eine Untersuchungshaft wohl als Zugeständnis an die öffentliche Meinung zu verstehen, die – jedenfalls im Zeitraum unmittelbar nach der Tat – schwerlich akzeptieren würde, dass T in Freiheit weiterleben darf, obwohl sie ihren Ehemann vorsätzlich getötet hat.

Literaturverzeichnis

- Alternativkommentar zum Strafvollzugsgesetz. Hrsg. von Rudolf Wassermann. 3. Aufl. Neuwied, Darmstadt 1990.
- Blau, Günter*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 15.12.1987 – 1 StR 498/87 (= BGHSt 35, 143). JR 1988, 514–516.
- Bohne, Gotthold*, Psychoanalyse und Strafrecht. ZStW 47 (1927), 439–459.
- Deckers, Rüdiger*, Die Provokationsalternative des § 213 StGB, insbesondere unter Betrachtung der Anwendung auf Körperverletzungsdelikte. In: Ernst-Walter Hanack/Hans Hilger/Volkmar Mehle/Gunter Widmeier (Hrsg.), Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag. Berlin, New York 2002, S. 651–676.
- Detter, Klaus*, Der Sachverständige im Strafverfahren – eine Bestandsaufnahme. NStZ 1998, 57–61.
- Dünkel, Frieder*, Praxis der Untersuchungshaft in den 90er Jahren – Instrumentalisierung strafprozessualer Zwangsmittel für kriminal- und ausländerpolitische Zwecke? StV 1994, 610–621.
- Eisenberg, Ulrich*, Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar. 6. Aufl. München 2008.
- Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze. 55. Aufl. München 2008.
- Frisch, Wolfgang*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 15.12.1987 – 1 StR 498/87 (= BGHSt 35, 143 ff.). NStZ 1989, 263–265.
- Gropengießer, Helmut*, Der Haustyrannenmord. Eine Untersuchung zur rechtlichen Behandlung von Tötungskriminalität in normativer und tatsächlicher Hinsicht. Berlin 2008.
- Günther, Hans-Ludwig*, Grade des Unrechts und der Strafzumessung. In: Hans-Jürgen Kerner/Günther Kaiser (Hrsg.), Kriminalität, Persönlichkeit, Lebensgeschichte und Verhalten. Festschrift für Hans Göppinger zum 70. Geburtstag. Berlin u.a. 1990, S. 453–462.
- Hillenkamp, Thomas*, Vorsatztat und Opferverhalten. Göttingen 1981.
- Hörnle, Tatjana*, Tatproportionale Strafzumessung. Berlin 1999.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Berlin 1996.
- Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz. Hrsg. von Gerd Pfeiffer. 5. Aufl. München 2003.
- Koffka, Else*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 22.10.1968 – 5 StR 547/68 (= BGH, JR 1969, 187–188).
- Krümpelmann, Justus*, Affekt und Schuldfähigkeit. Freiburger rechtswissenschaftliche Habilitationsschrift 1972. Unveränderte Wiedergabe Wiesbaden 1988.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian*, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen. 26. Aufl. München 2007.
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. Großkommentar.
- Hrsg. von Burkhard Jähnke u.a. 11. Aufl. Berlin 1992 ff.
 - Hrsg. von Heinrich-Wilhelm Laufhütte u.a. 12. Aufl. Berlin 2006 ff.

- Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar.
- Hrsg. von Peter Rieß. 25. Aufl. Berlin/New York 1997 ff.
- Hrsg. von Volker Erb u.a. 26. Aufl. Berlin 2006 ff.
- Maier, Winfried, Wie unabhängig sind Staatsanwälte in Deutschland? ZRP 2003, 387–391.
- Meyer-Goßner, Lutz, Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen. 50. Aufl. München 2007.
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Hrsg. von Wolfgang Joecks/Klaus Mießbach. München 2003 ff.
- Preusker, Harald, Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe und vorzeitige Entlassung gemäß § 57a StGB. In: Rudolf Egg (Hrsg.), Tötungsdelikte – mediale Wahrnehmung, kriminologische Erkenntnisse, juristische Aufarbeitung. Wiesbaden 2002, S. 241–253.
- Rengier, Rudolf, Totschlag oder Mord und Freispruch aussichtslos? – Zur Tötung von (schlafenden) Familientyrannen. NSTZ 2004, 233–240.
- Rode, Irmgard/Scheld, Siegfried, Sozialprognose bei Tötungsdelikten. Berlin 1986.
- Rostek, Holger, Verteidigung in Kapitalstrafsachen. Baden-Baden 2002.
- Roxin, Claus, Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch. 25. Aufl. München 1998.
- Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Aufl. München 2006.
- Schäfer Gerhard/Sander, Günther M./van Gemmeren, Gerhard, Praxis der Strafzumessung. 4. Aufl. München 2008.
- Schäfer, Karl Heinrich, Offener Strafvollzug als Normalität – das Direkteinweisungsverfahren im hessischen Justizvollzug. In: Wolfgang Feuerhelm/Hans-Dieter Schwind/Michael Bock (Hrsg.), Festschrift für Alexander Böhm zum 70. Geburtstag. Berlin, New York 1999, S. 165–176.
- Schlothauer, Reinhold, Die Bedeutung des materiellen Strafrechts für die Verteidigung in Untersuchungshaftfällen. StV 1996, 391–396.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch. Kommentar. 27. Aufl. München 2006.
- Schwind, Hans-Dieter/Böhm, Alexander/Jehle, Jörg-Martin (Hrsg.), Strafvollzugsgesetz (StVollzG). Kommentar. 4. Aufl. Berlin 2005.
- Stern, Steffen, Verteidigung in Mord- und Totschlagsverfahren. Heidelberg 1999.
- Wessels, Johannes/Hettinger, Michael, Strafrecht Besonderer Teil I: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte. 32. Aufl. Heidelberg 2008.
- Zwiehoff, Gabriele, Das Recht auf den Sachverständigen. Baden-Baden 2000.
- Die provozierte Tötung. Zur Tatbestandsqualität der Provokationsvariante des § 213 StGB. Baden-Baden 2001.

§ 4

Landesbericht England und Wales

Barbara Huber

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	114
I. Rechtstatsächlicher Hintergrund	116
I.1. Angaben zur allgemeinen Tötungskriminalität	116
I.2. Angaben zur Sanktionspraxis	120
I.3. Gesellschaftliche Diskussion und rechtliche Initiativen in Bezug auf Gewalt gegen Frauen	124
II. Rechtliche Rahmenbedingungen und allgemeiner Verlauf der Befragung	125
II.1. Rechtlicher Rahmen	125
II.1.1. Einschlägige materiellrechtliche Regelungen	125
II.1.1.1. Überblick über den systematischen Aufbau der Strafbarkeitsmerkmale	125
II.1.1.2. Tötungstatbestände	126
II.1.1.3. Verteidigungseinreden, die zu Straffreiheit oder Herab- stufung des Tatbestands führen	132
II.1.1.3.1. Allgemeine Einreden	133
II.1.1.3.2. Spezifische Einreden	135
II.1.1.4. Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe, Strafzumessung	139
II.1.2. Wesenszüge des Strafverfahrensrechts	141
II.1.2.1. Generelle Charakterisierung der Verfahrensstruktur	141
II.1.2.2. Zuständige Spruchkörper und einschlägige Verfahrensarten	142
II.1.2.3. Besonderheiten des Beweisverfahrens	144
II.1.2.3.1. Beweislastprobleme	144
II.1.2.3.2. Fragen im Zusammenhang mit Sach- verständigengutachten	146
II.1.2.4. Anforderungen an die schriftliche Entscheidungs- begründung	150
II.1.3. Äußerer Rahmen der Strafvollstreckung	152
II.1.3.1. Verkürzung des Vollzugs von Freiheitsstrafen (Aussetzung zur Bewährung; Strafnachlass gegen Arbeit etc.)	154
II.1.3.2. Substanzielle Vollzugslockerungen (Freigang, offener Vollzug)	156
II.2. Befragung der Landesjuristen	157
II.2.1. Bildung der Stichproben	157
II.2.2. Verlauf der Gespräche	158
III. Beurteilung der Fallvarianten	158
III.1. Fallvariante 1	158
III.1.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung	159

III.1.1.1. Tatbestandliche Einstufung	159
III.1.1.2. Verteidigungseinreden	160
III.1.1.3. Strafraumenbestimmung und konkrete Strafzumessung	161
III.1.2. Einflüsse des Strafverfahrens	162
III.1.2.1. Einflussnahme der Verfahrensbeteiligten auf Spruchkörper und Verfahrensart	162
III.1.2.2. Besonderheiten des Beweisverfahrens	162
III.1.2.3. Anforderungen an die Entscheidungsbegründung	163
III.1.2.4. Verteidigungsstrategie und Absprachen	163
III.1.3. Einflüsse der Strafvollstreckung	164
III.1.3.1. Tatsächliche Haftdauer	165
III.1.3.2. Vollzugslockerungen	166
III.2. Fallvariante 2	166
III.2.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung	166
III.2.1.1. Tatbestandliche Einstufung	166
III.2.1.2. Eingreifen von Verteidigungseinreden	168
III.2.1.3. Strafraumenbestimmung und konkrete Strafzumessung	168
III.2.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte	170
III.2.2. Einflüsse des Strafverfahrens	170
III.2.3. Einflüsse der Strafvollstreckung	170
III.3. Fallvariante 3	171
III.3.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung	171
III.3.1.1. Tatbestandliche Einstufung	171
III.3.1.2. Eingreifen von Verteidigungseinreden	172
III.3.1.3. Strafraumenbestimmungen und konkrete Strafzumessung	173
III.3.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte	174
III.3.2. Einflüsse des Strafverfahrens	174
III.3.3. Einflüsse der Strafvollstreckung	175
III.4. Fallvariante 4	175
III.4.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung	175
III.4.1.1. Tatbestandliche Einstufung	175
III.4.1.2. Eingreifen von Verteidigungseinreden	176
III.4.1.3. Strafraumenbestimmungen und konkrete Strafzumessung	177
III.4.2. Einflüsse des Strafverfahrens	178
III.4.3. Einflüsse der Strafvollstreckung	178
Literaturverzeichnis	179

Abkürzungsverzeichnis

AC	Appeal Court
All ER	All England Law Reports
Aufl.	Auflage
BCS	British Crime Survey
CA	Court of Appeal
chap.	chapter
CLRC	Criminal Law Revision Committee
Cm	Command Paper
CP	Consultation Paper
CP(R)	Responses to Consultation Paper
Cr App R	Criminal Appeal Reports
Cr App R (S)	Criminal Appeal Reports (Sentencing)
Crim LR	Criminal Law Review
C(S)A	Crime (Sentencing) Act
d.h.	das heißt
DPP	Director of Public Prosecutions
EHRR	European Human Rights Reports
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
f., ff.	folgende, fortfolgende
HMSO	Her Majesty's Stationary Office
Hrsg.	Herausgeber
J.	Jahr
No.	Number
PCC(S)A	Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act
QB	Queen's Bench
R.	Rex; Regina
r.	rule
Rn.	Randnummer

S.	Seite
s., ss.	section, sections
Sched.	Schedule
SI	Statutory Instrument
sog.	sogenannt
v.	versus
vol.	volume
WLR	Weekly Law Reports
z.B.	zum Beispiel
ZfStrVo	Zeitschrift für Strafvollzug

I. Rechtstatsächlicher Hintergrund*

Die folgenden statistischen Daten zu Verfahren wegen Totschlags und Mordes beziehen sich auf England und Wales.¹ Delikte wie Straßenverkehrsgefährdung mit Todesfolge sind darin nicht enthalten. Handelt der Täter mit Tötungsvorsatz oder will er dem Opfer eine gefährliche Körperverletzung zufügen, wird er des Mordes beschuldigt und bei entsprechender Verurteilung mit der obligatorischen Sanktion der lebenslangen Freiheitsstrafe belegt. Soweit sich der Täter im Anwendungsbereich des Homicide Act 1957 bewegt, kann er unter bestimmten Umständen als Totschläger statt als Mörder verurteilt werden und so der lebenslangen Freiheitsstrafe entgehen. Bei Erhebungen über Totschlag unterscheidet die Statistik häufig zwischen verminderter Zurechnungsfähigkeit (section 2) und sonstigen Umständen (Provokation, gemeinsamer Selbstmord).

I.1. Angaben zur allgemeinen Tötungskriminalität

Entwicklung der als Tötungsdelikte registrierten Taten

Jahr	Von der Polizei als Tötungsdelikte registrierte Taten	Als Tötungsdelikte registrierte Taten ² (9.10.2006)	Anzahl pro 1 Mio. Einwohner
1977	484	418	8,5
1978	535	471	9,6
1979	629	546	11,1
1980	621	549	11,1
1981	556	499	10,1
1982	618	557	11,2
1983	552	482	9,7
1984	619	537	10,8
1985	625	536	10,7
1986	660	563	11,2
1987	686	599	11,9
1988	645	547	10,9
1989	622	521	10,4

* Stand: 2008/2009 (Korrekturen Dezember 2010).

¹ Quellen (soweit nicht anders angegeben): Home Office, Criminal Statistics England and Wales (jährlich erscheinend; in diesem Bericht zuletzt Criminal Statistics England and Wales 2005/06); Home Office, Statistical Bulletin 03/08; Daten sind auf dem Stand vom 9.10.2006.

² Nicht enthalten sind die Taten, die mit Freispruch oder Verurteilung wegen eines anderen Delikts endeten.

1990	661	555	10,9
1991	725	623	12,3
1992	681	581	11,4
1993	673	565	11,1
1994	727	632	12,4
1995	752	662	13,0
1996	678	585	11,4
1997	734	609	11,9
1997/98	729	608	11,8
1998/99	745	646	12,5
1999/00	763	675	13,0
2000/01 ³	849	771	14,9
2001/02	861	803	15,4
2002/03 ⁴	1.046	952	18,2
2003/04 ⁵	856	788	14,9
2004/05	838	793	14,9
2005/06 ⁶	766	746	14,0

Quelle: Home Office, Statistical Bulletin 03/08, table 1.01

Seit etwa 1979 ist insgesamt ein Anstieg der Tötungsdelikte im Verhältnis zur Bevölkerung zu verzeichnen, der durchschnittlich jährlich 2,1 % beträgt. Im selben Zeitraum hat sich allerdings die Zahl aller schwerwiegenden gewaltsamen Straftaten gegen die Person weit stärker erhöht. Seit 1979 liegt die Totschlagsrate ständig über 10 pro 1 Mio. Einwohner, während in den Jahren zuvor diese Marke nur einmal erreicht wurde; seit 1991 stieg die Rate wiederholt auf 12, seit 1995 steigt sie ständig bis auf 15. Allerdings schwankt die Anzahl der gemeldeten Tötungen von Jahr zu Jahr, sodass nur ein genereller Trend und keine linear ansteigende Totschlagsrate zu beobachten ist.

Von den anfänglich von der Polizei als Tötungsdelikte registrierten Straftaten wird ein schwankender Prozentsatz (durchschnittlich etwa 14 %) später anders eingestuft. Auch vermindert sich die ursprüngliche Zahl der Fälle, weil Verfahren

³ In dieser Zahl sind 58 Todesfälle illegaler chinesischer Immigranten enthalten, die in einem Lastwagen erstickten.

⁴ Die Zahlen enthalten 172 Opfer des Massenmörders *Shipman*.

⁵ In dieser Zahl sind die Todesfälle von 20 Muschelsuchern enthalten, die unter strafrechtlich relevanten Umständen vor der Küste von Cornwall ertranken.

⁶ Die Zahlen enthalten 52 Opfer des Bombenanschlags vom 7.7.2006 in London; zudem waren die Verfahren gegen 394 Angeklagte zum Stichtag noch nicht abgeschlossen.

nicht eingeleitet werden, ein Freispruch erfolgt oder das Verfahren ohne Verurteilung endet, weil der Verdächtige nicht schuldig war oder gestorben ist oder das Verfahren aus sonstigen Gründen abgebrochen wurde.

Anklagen und Verurteilungen wegen Tötungsdelikten (1995–2005/06)

Jahr	Anklagen wegen Tötungsdelikten (homicide)	Verurteilungen insgesamt	Davon wegen Mordes	Wegen Totschlags (s. 2)	Wegen sonstigen Totschlags	Kindesmord
1995	748	558 74,6 %	278 49,8 %	53 9,5 %	224 40,1 %	3
1996	726	533 73,4 %	260 48,7 %	50 9,4 %	219 41 %	4
1997	708	509 71,8 %	250 49,1 %	47 9,2 %	209 41,6 %	3
1997/98	705	519 73,6 %	235 45,2 %	49 9,4 %	231 44,5 %	4
1998/99	748	527 70,5 %	254 48,2 %	41 7,8 %	225 42,7 %	7
1999/00	773	529 68,4 %	278 52,5 %	26 5 %	224 42,3 %	1
2000/01	788	572 72,6 %	286 50 %	20 3,5 %	261 45,6 %	5
2001/02	780	630 80,8 %	308 48,9 %	17 2,7 %	304 48,2 %	1
2002/03	792	588 74,2 %	323 54,9 %	14 2,4 %	251 42,7 %	0
2003/04	819	606 74 %	339 55,9 %	21 3,5 %	246 40,6 %	0
2004/05	730	565 77,4 %	326 57,7 %	19 3,4 %	219 38,8 %	1
2005/06 ⁷	244	199 81,5 %	127 63,8 %	3 1,5 %	68 34,2 %	1

Quelle: Home Office, Statistical Bulletin 03/08, table 1.08

Von den Anklagen wegen Tötungsdelikten führen jährlich zwischen 70 und 80 % zu einem Schuldspruch. Die Anklage lautet überwiegend auf Mord, aber nur etwa die Hälfte der Angeklagten wird wegen Mordes verurteilt. In über 40 % endet die Mordanklage in einer Verurteilung wegen *manslaughter* (Totschlag), weil Verteidigungseinreden anerkannt wurden. Die Berücksichtigung der Verteidigungseinrede der verminderten Zurechnungsfähigkeit nach s. 2 Homicide Act 1957 wirkte sich vor 10 Jahren noch in etwa 9 % der Verurteilungen aus, scheint aber nach den

⁷ Diese und die folgenden Tabellen zeigen den Stand am 9.10.2006, nicht den endgültigen Stand; die Zahl der am Stichtag nicht abgeschlossenen Verfahren war für 2005/06: 393; für 2004/05: 167; für 2003/04: 104; für 2002/03: 64.

vorliegenden Zahlen rückläufig zu sein; dieser Eindruck kann damit zusammenhängen, dass für die letzten Jahren nur vorläufige Zahlen vorliegen.

Unterschiede ergeben sich, wenn man die Verurteilungen nach Männern und Frauen trennt:

Anklagen und Verurteilungen von Männern und Frauen 1995–2005/06

Anklagen wegen:

Jahr	1995	1996	1997	1997/ 98	1998/ 99	1999/ 00	2000/ 01	2001/ 02	2002/ 03	2003/ 04	2004/ 05	2005/ 06
Mordes												
Männer	601	550	533	507	549	599	568	606	604	623	546	184
Frauen	65	67	57	57	78	57	65	54	64	71	44	7
Totschlags												
Männer	71	97	99	112	101	106	127	105	101	109	117	46
Frauen	10	10	19	28	16	11	24	13	22	16	22	6
Insgesamt												
Männer	672	647	632	619	650	705	695	711	705	732	663	230
Frauen	75	77	76	85	94	68	89	67	86	87	66	13

Quelle: Home Office, Statistical Bulletin 03/08, table 1.09

Verurteilungen wegen:

Jahr	1995	1996	1997	1997/ 98	1998/ 99	1999/ 00	2000/ 01	2001/ 02	2002/ 03	2003/ 04	2004/ 05	2005/ 06
Mordes												
Männer	269	246	239	224	238	266	268	294	301	316	305	123
Frauen	9	14	11	11	16	12	18	14	22	23	21	4
Totschlags (s. 2)												
Männer	43	41	35	38	35	2	17	13	12	19	17	3
Frauen	10	9	12	11	6	6	3	4	2	2	2	–
Sonstigen Totschlags												
Männer	196	194	179	198	202	201	225	270	217	213	196	62
Frauen	28	25	30	35	23	23	36	33	34	33	23	6

Quelle: Home Office, Statistical Bulletin 03/08, table 1.09

Das Ergebnis der Strafverfahren wegen Tötungsdelikten zeigt, dass Männer im Vergleich zu Frauen weit häufiger wegen Mordes verurteilt werden: Während es bei Männern um 40 % sind, sind es bei Frauen zwischen 12 und 17 %. Bei diesen ist der Anteil der Verurteilungen wegen Totschlags weit höher: Er liegt in manchen

Jahren über 50 %, selten unter 40 %. Bei den Männern bewegt sich der Anteil der Herabstufungen zu Totschlag eher zwischen 30 und 40 %.

Die meisten Opfer werden von Personen getötet, die sie kennen (1997 bei Männern 54 %, bei Frauen 79 %; 2005/06 bei Männern 38 %, bei Frauen 54 %). Frauen werden sehr häufig von ihrem Partner, früheren Partner oder früheren Liebhaber getötet (für das Jahr 1997 werden 47 %, für 2005/06 61 % angegeben), während Männer weitaus seltener von ihrer Partnerin, früheren Partnerin oder früheren Liebhaberin getötet werden (8 % für 1997, 12 % für 2005/06).⁸

Ein Täter aus dem Bekanntenkreis des Opfers ist häufig emotional motiviert: Die Tat erfolgt anlässlich eines Streits, aus Rache oder weil der Täter die Beherrschung verliert (2005/06: 48 %). Fremde sind zwar auch durch diese Umstände motiviert, doch macht der Anteil hier nur 17 % aus.⁹

1.2. Angaben zur Sanktionspraxis

Wer wegen Mordes schuldig gesprochen wird, erhält obligatorisch lebenslange Freiheitsstrafe. Nur bei Verurteilung wegen *manslaughter* ist der Richter in der Lage, eine individualisierte Strafe oder Maßnahme auszusprechen. Er hat die Wahl zwischen fakultativer lebenslanger oder zeitiger Freiheitsstrafe bis hin zur Einweisung in eine psychiatrische Klinik (*hospital order* oder *hospital restriction order*) oder einer Bewährungsstrafe (*probation* oder *supervision*). Englische Gerichte unterscheiden bei der Festlegung des Strafmaßes deutlich zwischen Tätern mit verminderter Zurechnungsfähigkeit und Tätern, deren Schuldspruch aus sonstigen Gründen von Mord auf Totschlag reduziert wurde.

Aus der Statistik wird deutlich, wie selten die Anerkennung des Zustands der verminderten Zurechnungsfähigkeit erfolgt. Im Zeitraum 1995 bis 2005/06 waren es bei Männern nie mehr als 43 Fälle (d.h. 1995: 6,4 % der wegen Tötungsdelikten Angeklagten), meist erheblich weniger. Bei Frauen betrug die Höchstzahl in diesem Zeitraum 12 (das sind 15,7 % der wegen Tötungsdelikten Angeklagten), meist waren es aber unter 10. Männer erhalten unter diesen Umständen seltener eine stationäre Einweisung in eine psychiatrische Klinik, vielmehr wird für sie offenbar eine zeitige Freiheitsstrafe bis zu 4 Jahren oder eine *restriction order* vorgezogen, weil keine allgemeine Gefährlichkeit vorliegt. Bei Frauen ist die am häufigsten unter diesen Umständen verhängte Strafe die Bewährung (*probation*) (33 %, gelegentlich auch 50 % der wegen *manslaughter* nach s. 2 Verurteilten) oder die *hospital restriction order* (1996: 77 %; 1997/98: 54 %); fakultative lebenslange oder zeitige Freiheitsstrafe wird in diesen Fällen nur vereinzelt eingesetzt.

⁸ Home Office, Statistical Bulletin 03/08, S. 9.

⁹ Home Office, Statistical Bulletin 03/08, S. 11.

Sonstige manslaughter												
Lebenslange Freiheitsstrafe	7	3	7	7	8	15	8	16	6	10	11	5
Über 10 Jahren	7	5	5	6	7	4	6	11	7	6	10	1
4–10 Jahre	89	112	93	87	85	89	102	122	105	100	75	15
Unter 4 Jahren	84	63	61	80	85	77	93	85	68	75	84	37
Ausgesetzte Freiheitsstrafe	3	3	4	7	5	1	6	5	2	1	4	1
Psychiatrische Klinik/ restriction order	1	2	1	1	5	6	3	6	11	10	9	2
Psychiatrische Klinik	1	2	1	2	1	2	5	12	13	10	3	–
Bewährung/ Aufsicht	4	4	6	5	4	7	2	9	5	1	–	1
Sonstige Sanktion	–	–	1	1	2	–	–	4	–	–	–	–

Frauen	1995	1996	1997	1997/ 98	1998/ 99	1999/ 00	2000/ 01	2001/ 02	2002/ 03	2003/ 04	2004/ 05	2005/ 06
Manslaughter Sect. 2												
Lebenslange Freiheitsstrafe	–	1	–	–	1	1	–	1	–	1	–	–
Über 10 Jahre	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
4 bis 10 Jahre	1	–	1	1	–	–	1	–	–	–	1	–
Bis zu 4 Jahre	–	–	–	–	1	1	1	2	1	1	–	–
Ausgesetzte Freiheitsstrafe	1	–	1	–	–	–	–	–	–	–	1	–
Psychiatrische Klinik/ restriction order	2	7	5	6	2	–	–	–	–	–	–	–
Psychiatrische Klinik	3	–	1	1	–	1	–	1	–	–	–	–
Bewährung/ Aufsicht	3	1	4	3	2	3	1	–	1	–	–	–
Sonstige Sanktion	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–

Sonstige manslaughter												
Lebenslange Freiheitsstrafe	–	–	1	1	1	2	–	1	1	–	1	–
Über 10 Jahre	–	1	–	–	–	–	1	1	–	1	–	–
4–10 Jahre	8	7	7	9	5	–	10	12	9	14	9	2
Unter 4 Jahre	10	12	12	14	7	12	16	10	15	11	8	3
Ausgesetzte Freiheitsstrafe	–	2	1	1	2	–	1	1	1	4	1	–

Psychiatrische Klinik/ restriction order	-	-	-	-	1	1	1	-	2	2	1	-
Psychiatrische Klinik	2	-	-	-	-	-	3	3	2	-	-	-
Bewährung/Aufsicht	2	3	9	10	7	8	4	5	4	1	2	-
Sonstige Sanktion	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	1

Quelle: Home Office, Statistical Bulletin, 03/08, table 1.10

Aus der Haft Entlassene, die zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt worden waren (1988–2006) (Männer)

Jahr der Freilassung	Mörder (Zahl)	Dauer	Andere (Zahl)	Dauer	Insgesamt (Zahl)
1988	55	10	11	11	66
1989	71	11	5	15	76
1990	57	12	17	15	74
1991	58	11	14	12	72
1992	67	12	23	15	90
1993	66	14	60	14	126
1994	77	15	29	13	106
1995	60	14	32	13	92
1996	69	13	14	17	83
1997	78	14	11	14	89
1998	86	13	8	14	94
1999	110	13	10	16	120
2000	101	13	12	11	113
2001	111	13	11	9	122
2002	117	14	27	9	144
2003	185	15	38	12	223
2004	152	14	53	9	205
2005	156	14	44	6	200
2006	100	14	35	7	135

Quelle: Home Office, Prison Statistics England and Wales 2002, table 5.8; Home Office, Statistical Bulletin, Offender Management Statistics 2006, table 10.5

Die Tabelle zeigt die Zahl der Strafgefangenen, die zwischen 1988 und 2006 bedingt (*on licence*) aus der lebenslangen Haft entlassen wurden, und die durchschnittlich verbüßte Haftdauer. Entlassungsgründe können neben der *release on licence* auch erfolgreiche Rechtsmittel oder die Überstellung in einen anderen Zuständigkeitsbereich des Vollzugs bzw. in eine psychiatrische Institution sein. Für die Strafgefangenen, die eine obligatorische lebenslange Freiheitsstrafe verbüßten, ist die tatsächliche Haftdauer von 10 im Jahr 1988 auf 14 Jahre im Jahr 2006 angestiegen; zwischendurch lag sie zwar einmal bei 15,4, ist aber seit 1993 relativ

stabil. Bei den fakultativ zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilten Strafgefangenen ist die Dauer ebenfalls angestiegen, erreichte mit 17 (1996) einen höheren Stand als bei der anderen Gruppe, scheint sich seit 2000 aber zu verkürzen. Die geringe Zahl der Betroffenen verursacht allerdings eine starke Fluktuation der durchschnittlichen Werte.

Die Verbüßungsdauern für Frauen werden in der Vollzugsstatistik nicht gesondert ausgewiesen.

I.3. Gesellschaftliche Diskussion und rechtliche Initiativen in Bezug auf Gewalt gegen Frauen

Die Tötung eines Partners, der lange Zeit hindurch die Täterin bedroht, sexuell, emotional oder finanziell missbraucht oder gewalttätig behandelt hat, ist nur der letzte Akt eines häuslichen Gewaltszenarios.¹⁰ Mittlerweile sind häusliche Gewalt und sexuelle Angriffe als großes Problem des staatlichen Gesundheitswesens und der Strafjustiz erkannt worden; sie werden als schwere Kriminalität zum Gegenstand von Kriminalstrategien und vorbeugenden Maßnahmen gemacht.¹¹ Die Maßnahmen, die die Regierung in den letzten 10 Jahren eingeführt hat, bezwecken die frühe Intervention und Prävention, indem das Strafverfahren verbessert und vermehrt für den Schutz der Opfer gesorgt wird. Zu nennen sind als neue gesetzgeberische Aktionen in diesem Zusammenhang der Erlass des Domestic Violence, Crime and Victims Act 2004 und der des Sexual Offenders Act 2003. Als flankierende Bemühungen entwickelte die Regierung Aktionspläne, um häuslicher und sexueller Gewalt zu begegnen: Der National Domestic Violence Delivery Plan, der 2005 zum ersten Mal aufgestellt wurde, enthält Vorschläge, um häusliche Gewalt und die damit verbundenen Tötungshandlungen zu reduzieren und gleichzeitig das Anzeigeverhalten zu verbessern, damit mehr Straftaten aufgedeckt und abgeurteilt werden können, sowie das Opfer zu schützen. Die Auswertung des *British Crime Survey* (BCS) seit 2004 zeigt, dass Frauen eher als Männer Opfer intimer Gewalt in jeder Form werden. 28 % der 16- bis 59-Jährigen erlitten seit dem Alter von 16 Jahren Akte häuslicher Gewalt durch den Partner oder die Familie; rein sexuelle Gewalttaten hatten 3 % dieser Gruppe erfahren.¹² Die Tötung des Partners durch die bedrängte Frau bildet – soweit ersichtlich – kein gesondert behandeltes Problem

¹⁰ Die sog. intime Gewalt (*intimate violence*) umfasst den nicht sexuellen Missbrauch durch den gegenwärtigen oder früheren Partner bzw. durch ein anderes Familienmitglied, den sexuellen Angriff (*sexual assault*), der Handlungen bis zur Vergewaltigung umfasst, und das sog. *stalking*, siehe zu Einzelheiten *Hoare/Jansson*, in: Home Office, Statistical Bulletin 03/08, S. 58 ff.

¹¹ Siehe Home Office, Public Service Agreement 23, Priority Action 1 (Okt. 2007); Home Office, Crime Strategy 2008/2011 (2007).

¹² Zu weiteren Einzelheiten siehe *Hoare/Jansson*, in: Home Office, Statistical Bulletin 03/08, S. 60 ff.

der statistischen Auswertungen, des BCS oder der neueren staatlichen Maßnahmen gegen häusliche Gewalt. Die Zahl der Tötungsfälle ist statistisch offenbar zu wenig signifikant, um in den genannten Papieren Aufmerksamkeit zu gewinnen. Auch die *Statistics on women and the criminal justice system*¹³ des Justizministeriums greifen diese Taten nicht ausdrücklich auf. Beachtung hat hingegen die Bedeutung von Alkohol in diesem Kriminalitätsbereich gefunden, da viele Vorfälle, besonders gegen Frauen, unter dem Einfluss von Alkohol geschehen. Da dieses zusätzliche Problem in der Untersuchung keine Rolle spielt, braucht hier jedoch nicht vertieft darauf eingegangen zu werden.¹⁴

II. Rechtliche Rahmenbedingungen und allgemeiner Verlauf der Befragung

II.1. Rechtlicher Rahmen

II.1.1. Einschlägige materiellrechtliche Regelungen

II.1.1.1. Überblick über den systematischen Aufbau der Strafbarkeitsmerkmale

Das englische Strafrecht geht traditionell in Praxis und auch Lehre von einem zweigliedrigen Verbrechensaufbau aus. Die für die Strafbarkeit vorausgesetzten Elemente einer Straftat werden unterteilt in *actus reus*,¹⁵ nämlich die verbotene Handlung bzw. die Unterlassung, die Tatfolge oder Sachlage (*state-of-affairs*) und das Schulselement (*mens rea*),¹⁶ den für die Handlung notwendigen subjektiven Zustand in Form von Vorsatz (*intent*) oder bewusster Fahrlässigkeit (*recklessness*). Der *actus reus* enthält alle in der Definition des Delikts aufgeführten Elemente mit Ausnahme der „inneren Tatseite“ des Täters, des *mental element*. Der Schuldgrundsatz findet sich in der Maxime *actus non facit reum nisi mens sit rea* wieder und besagt, dass die Handlung nur dann, wenn sie von einer Schuldform begleitet wird, eine kriminelle Handlung ist. Dieses Schulselement muss zur Zeit der Tatbegehung vorhanden sein und sich auf die äußere Handlung beziehen. Die genaue Art und der Inhalt der *mens rea* hängen von der Definition des speziellen Delikts

¹³ Ministry of Justice, *Statistics on Women and the Criminal Justice System 2005/06*. Hierin wird nur mittels Weblinks auf andere Veröffentlichungen verwiesen.

¹⁴ Siehe dazu *Finney*, *Alcohol and intimate partner violence*.

¹⁵ Ausführlich dazu u.a. *Smith/Hogan/Ormerod*, *Criminal Law*, chap. 4; *Simester/Sullivan*, *Criminal Law*, chap. 4. Siehe auch *Paul*, in: Mansdörfer (Hrsg.), *Die allgemeine Straftatlehre*, S. 22 ff.

¹⁶ *Smith/Hogan/Ormerod*, *Criminal Law*, chap. 5; *Simester/Sullivan*, *Criminal Law* chap. 5. Siehe auch *Bräutigam-Ernst*, in: Mansdörfer (Hrsg.), *Die allgemeine Straftatlehre*, S. 49 ff.

ab; manche Tatbestände erfordern Vorsatz, andere können auch bedingt vorsätzlich/bewusst fahrlässig (*recklessly*) begangen werden, gelegentlich reicht auch unbewusste Fahrlässigkeit (*negligence*) aus oder es kann sogar vollständig auf das Schulselement verzichtet werden (*strict liability offences*).

Unter *intent*¹⁷ versteht man zunächst den Willen zur Herbeiführung eines bestimmten gewünschten Erfolgs (*direct intent*), der Begriff umfasst jedoch auch ungewünschte Folgen, deren Eintreten der Täter aber kennt (*indirect intent*). Ob die Vorhersehbarkeit nicht gewünschter Tatfolgen als *intent* zu bewerten ist, hängt von der Auffassung der Jury ab, die über diese Frage zu entscheiden hat. Die Möglichkeit des Eintritts von Folgen kann zusammen mit der Bewertung anderer Beweise jedoch dazu führen, dass Vorhersehbarkeit von Folgen diese auch als gewollt, also als mit Vorsatz begangen einstuft.

*Recklessness*¹⁸ ist ein in seiner Abgrenzung von *intent* ungesicherter Begriff, der aber auch inhaltlich nicht eindeutig bestimmbar ist; er kann grob mit der im deutschen Recht als bedingter Vorsatz angewandten subjektiven Haltung des Täters gegenüber den Tatfolgen beschrieben werden, enthält aber auch Facetten der bewussten – und teilweise auch der unbewussten – groben Fahrlässigkeit. Jedenfalls steht im Zentrum die Übernahme eines gewissen Risikos, das entweder erkannt und trotz der Bewertung als „unvernünftig“ eingegangen wurde (*subjective recklessness*) oder nicht erkannt wurde, aber hätte erkannt werden müssen (*objective recklessness*).

Weitere Begriffe im Zusammenhang mit subjektiven Beurteilungen sind *malice*, *wilfully*, *knowledge*, *belief* und *negligence*, auf die aber im Hinblick auf die konkrete Fallstudie an dieser Stelle nicht näher eingegangen zu werden braucht.

II.1.1.2. Tötungstatbestände

Die Straftaten gegen die Person werden in England aufgeteilt in solche mit tödlichem Ergebnis (*homicide* bzw. *fatal offences*) und solche, die keine tödlichen Folgen haben (*non-fatal offences*). Die folgende Untersuchung behandelt lediglich die *homicide*-Straftaten.

Die Tötungsdelikte haben in der Vergangenheit wiederholt die Aufmerksamkeit von Reformgremien auf sich gezogen. Viele Aspekte der Tötungsdelikte werden als reformbedürftig beurteilt.¹⁹ So hat ein Komitee des House of Lords, das Nathan Committee,²⁰ die

¹⁷ *Smith/Hogan/Ormerod*, Criminal Law, S. 93 ff.; *Simester/Sullivan*, Criminal Law, S. 120 ff.; Blackstone's Criminal Practice 2008, Rn. A2.2.

¹⁸ *Smith/Hogan/Ormerod*, Criminal Law, S. 102 ff.; *Simester/Sullivan*, Criminal Law, S. 134 ff.; Blackstone's Criminal Practice 2008, Rn. A2.3 ff.

¹⁹ So ausdrücklich die Law Commission in ihrem Consultation Paper No. 122, Ziff. 2.10, S. 5; besonders nachdrücklich die Beiträge führender akademischer Autoren in *Ashworth/Mitchell*, in: dies. (Hrsg.), *Rethinking*.

strafrechtlichen Regelungen zum Mordtatbestand überprüft und sich bei seinen Empfehlungen weitgehend auf die Vorschläge gestützt, die 1980 vom Criminal Law Revision Committee (CLRC)²¹ zum Komplex der Straftaten gegen die Person erarbeitet wurden. Auch die Law Commission, die 1985 ihren Bericht zur Kodifizierung des Strafrechts vorlegte, greift bei der Behandlung der Tötungs- und Körperverletzungsstraftaten auf den 14. Bericht des CLRC zurück und übernimmt weitgehend dessen Vorschläge.²²

Die Bemühungen der Reformorgane um die Kodifizierung der vorsätzlichen Tötungsdelikte fanden bisher kein Echo bei Regierung oder Parlament. Die Law Commission hatte deshalb diesen Komplex zunächst aus ihrer weiteren Arbeit ausgeklammert und trieb die Reform – letztlich resigniert – lediglich in Bezug auf die Körperverletzungsdelikte voran. In ihrem Bericht *Partial Defences to Murder*²³ bezeichnete sie nicht nur das Recht der Tötungsdelikte als ein „Durcheinander“, sondern empfahl auch eine gründliche und tiefgehende Überprüfung der Tatbestandsmerkmale und der Rechtsfolgen für Mord. Im Vordergrund standen die Unklarheit der Definition des Vorsatzbegriffs, die *grievous bodily harm rule* und schließlich die obligatorische lebenslange Freiheitsstrafe bei Mord. Im November 2006 veröffentlichte die Kommission dann ihren Bericht *Murder, Manslaughter and Infanticide*,²⁴ der eine neue Strukturierung der Tötungsdelikte vorsieht. Vorgeschlagen wird die Einteilung des Mordes nach amerikanischem Vorbild in *first* und *second degree murder*, die sich durch den Vorsatz unterscheiden. Tötung mit direktem Vorsatz oder mit dem Vorsatz schwerer Körperverletzung und dem Erkennen des großen Risikos der Todesfolge zieht als *first degree murder* die obligatorische lebenslange Freiheitsstrafe nach sich; handelt der Täter mit dem Vorsatz schwerer Körperverletzung und erkennt er die hohe Gefahr der Todesfolge nicht oder hatte er nur einen gewöhnlichen Körperverletzungsvorsatz, erkannte aber die große Gefahr der Todesfolge, begeht er einen *second degree murder*, der mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder einer anderen Strafe bestraft werden kann. Auch bei der erfolgreichen Einrede der Provokation, der verminderten Schuldfähigkeit oder der Tötung im Rahmen eines Selbsttötungspakts wird der *first degree murder* in einen *second degree murder* umgewandelt. Als *manslaughter* mit fakultativer lebenslanger Freiheitsstrafandrohung wird die grobe Fahrlässigkeit hinsichtlich der Verursachung des Todes oder die Herbeiführung des Todes durch eine strafbare Handlung, die eine Körperverletzung verursachen sollte, bezeichnet.

Nach dem Entwurf sollen die Einreden nur gegen *first degree murder* zur Verfügung stehen, nicht aber gegen *second degree murder*. Auch soll die Einrede der Provokation dahin gehend geändert werden, dass nicht mehr der Verlust der Selbstbeherrschung als Begründung für die Provokation gilt, sondern die Furcht vor weiteren Gewalttätigkeiten des Partners ausreicht. Auf diese Weise würden die Fälle der häuslichen Tötungen nach langer Leidenszeit der Täterin zu *second degree murder* herabgestuft, ohne dass ein plötzlich aufbrausender Stimmungsumschwung gefordert werde.

Die Regierung reagierte auf die umfassenden Reformvorschläge der Law Commission, die das Recht der Tötungsdelikte für das 21. Jahrhundert strukturieren sollten, im Juli 2008 mit dem *Consultation Paper Murder, manslaughter and infanticide: proposals for reform of the law*,²⁵ das lediglich einen kleinen Teilaspekt des Gesamtproblems „Tötungsdelikte“

²⁰ House of Lords, Select Committee on Murder and Life Imprisonment, vol. 1, Report.

²¹ Criminal Law Revision Committee, 14th Report.

²² Law Commission, Consultation Paper No. 122.

²³ Law Commission, Report No. 290.

²⁴ Law Commission, Report No. 304. Siehe dazu *Ashworth*, [2007] Crim LR, 333 mit weiteren Nachweisen.

²⁵ Ministry of Justice, Consultation Paper CP 19/08.

herausgreift, indem es (nur) die Ungleichbehandlung der Geschlechter bei Gewaltstraftaten im häuslichen Bereich durch das geltende Recht aufheben will. Frauen, die mit einem geplanten Angriff ihren Partner nach langer Misshandlung töten, sollen sich auf die Verteidigungseinrede der *fear of serious violence* berufen können, ohne dass ein spontaner Akt wie bei der Provokationseinrede vorausgesetzt wird, aber dennoch ein Verlust der Selbstkontrolle. Männer, die nach jahrelangem Ertragen von schwerwiegenden Sticheleien, Äußerungen der Verachtung, Beleidigungen, Drohungen mit Beendigung der Beziehung oder Untreue der Partnerin gewalttätig reagieren, sollen nunmehr die Verteidigungseinrede haben, dass sie in Reaktion auf extreme *words and conduct* handelten, und zwar ebenfalls unter Verlust der Selbstkontrolle. Damit wird die Einrede der Provokation abgeschafft werden.

Zudem soll die Einrede der verminderten Zurechnungsfähigkeit gemäß den heutigen psychiatrischen Erkenntnissen neu definiert werden. Nicht wegen Mordes soll verurteilt werden, wer zur Zeit der Tötungshandlung unter einer *relevant mental impairment* (geistigen Beeinträchtigung) leidet; hierunter wird eine Abnormität der geistigen Funktionen verstanden, die von einem anerkannten medizinischen Zustand herrührt und die Fähigkeit des Betroffenen, die Natur seiner Handlung zu verstehen, rational zu urteilen oder sich selbst zu kontrollieren, wesentlich beeinträchtigt (clause 1.1).

Mit diesen Vorschlägen greift das Justizministerium lediglich einen kleinen Teilaspekt der Mängel des Tötungsrechts auf, was zu starker Kritik geführt hat.²⁶ Die Regierung beabsichtigt, die Neufassung der Verteidigungseinreden im Coroners and Justice Act 2009 unterzubringen, wo zahlreiche Einzelthemen geregelt werden.

Im englischen Strafrecht ist der Tatbestand des Mordes noch immer ein *common law*-Delikt. Er ist der Grundtatbestand, zu dem die übrigen Straftaten mit tödlichem Erfolg entweder selbstständige Alternativtatbestände darstellen oder unselfständige abgemilderte Formen bilden. Zur ersten Gruppe gehören

- die Unterstützung des Selbstmords (Suicide Act 1961, s. 2(2)),
- die Tötung eines lebensfähigen Fötus (Infant Life (Preservation) Act 1929, s.2(2) sowie
- die Kindstötung im ersten Lebensjahr (Infanticide Act 1938 s. 2(2)).

Zur zweiten Gruppe gehören die Delikte

- Totschlag (*manslaughter*),
- vorsätzliche Körperverletzung (*wounding with intent* – Criminal Law Act 1967, s. 6(2)(a)) sowie
- Beihilfe zu einem und Versuch eines dieser Delikte (Criminal Law Act 1967 s. 4(1)).

Die Unterscheidung ist weniger dogmatisch bedeutsam als prozessual wichtig: Wegen der selbstständigen Delikte kann alternativ angeklagt und verurteilt werden. Anders bei *manslaughter*. Dieses Delikt ist in seiner modernen Ausgestaltung²⁷ ein

²⁶ Siehe Ministry of Justice, Murder, manslaughter and infanticide – Summary of responses. Besonders kritisch: *Spencer*, Archbold News 8 (2008), 5; *ders.*, Response to Ministry of Justice.

²⁷ Historisch umfasste *manslaughter* – wie Totschlag im deutschen Recht – die weniger schwerwiegenden rechtswidrigen Tötungshandlungen; bis ins 19. Jahrhundert hinein war

Tatbestand von großer Reichweite und kann mit unterschiedlichen Schuldformen begangen werden. Unterschieden wird zwischen *voluntary* und *involuntary manslaughter*. *Voluntary manslaughter* ist eine Tötung, die wie Mord mit Tötungs- oder schwerem Körperverletzungsvorsatz begangen worden ist für die keine Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe gegeben sind, aber bei der doch rechtlich anerkannte mildernde Umstände²⁸ vorliegen, die, im Rahmen der Hauptverhandlung festgestellt und von der Jury anerkannt, eine sonst als Mord geltende Tat zu *manslaughter* abmildern. Fehlt der Tötungs- oder schwere Körperverletzungsvorsatz, handelt es sich um *involuntary manslaughter*: Hierunter fallen die mit *recklessness* (bedingtem Vorsatz) oder grober Fahrlässigkeit begangenen Tötungen.

Die rechtlich anerkannten Umstände, die erlauben, bei einer Anklage wegen Mordes die Verurteilung in *manslaughter* abzumildern, sind eng beschränkt. Es sind Provokation, verminderte Zurechnungsfähigkeit im Sinne von s. 2 Homicide Act 1957 und die Tötungshandlung im Rahmen eines Selbstmordpakts. Lässt sich der für Mord notwendige Vorsatz nicht nachweisen, werden Provokation, verminderte Zurechnungsfähigkeit und Selbstmordpakt nur für die Strafzumessung nach der Verurteilung wegen *manslaughter* berücksichtigt. Als *rechtlicher* Milderungsgrund wirken die drei Gründe aber nur bei voll nachgewiesenem Mord.²⁹

Zu einem Urteil wegen *manslaughter* gelangt das Gericht erst nach einem Abwägungsprozess – die Anklage lautet fast ausnahmslos auf *murder*.

Die geltende *common law*-Definition des Mordes³⁰ lautet:

– Murder is when a (person) [...] unlawfully killeth [...] any reasonable creature in rerum natura under the Queen's peace, with malice aforethought [...] so as the party wounded or hurt etc. die of the wound or hurt etc. within a year and a day after the same.

Die Elemente der Tatbestandsbeschreibung bedeuten:

Killeth oder *kills* bedeutet das Verursachen des Todes. Mord ist ein Erfolgsdelikt. Mit dem Begriff *unlawfully* werden die rechtmäßigen Tötungshandlungen von der Strafbarkeit ausgeschlossen, also auch die gerechtfertigten aus Gründen etwa der Notwehr oder des Hinrichtungsbefehls.³¹

Any reasonable creature in rerum natura bezeichnet ein menschliches Wesen, und zwar nach Beendigung des Geburtsvorgangs, wenn ein von der Mutter unabhängiges Leben begonnen hat. Vor diesem Zeitpunkt greift der Tatbestand der Tötung des lebensfähigen Fötus (*child destruction*) ein.³²

es eher ein Auffangtatbestand für Tötungen, die nicht gerechtfertigt oder entschuldigt waren oder nicht als Mord angesehen wurden, siehe *Turner*, *Outlines*, S. 139 f.

²⁸ Siehe im Einzelnen unten II.1.1.3.

²⁹ Einzelheiten bei *Simester/Sullivan*, *Criminal Law*, S. 350 f.

³⁰ *Coke's Institutes*, 3 Co Inst 47 – zitiert nach *Blackstone's Criminal Practice 2008* Rn. B1.1.

³¹ *Blackstone's Criminal Practice 2008*, Rn. B1.7.

³² *Blackstone's Criminal Practice 2008*, Rn. B1.8.

Under the Queen's peace hat Bedeutung für die Zuständigkeit der englischen Gerichte und ist heute überholt durch die Bestimmungen des Offences against the Person Act 1961 ss. 9 und 10. Hiernach kann jede Tötung, die von einem britischen Staatsbürger irgendwo auf der Welt begangen wird, in England abgeurteilt werden, wie auch die Tötung eines Menschen durch einen anderweitigen Staatsbürger in England verhandelt werden kann, wenn zumindest die Handlung des Angeklagten innerhalb der Grenzen der englischen Zuständigkeit stattgefunden hat. Der Tod muss nicht auch dort eingetreten sein.³³

Die sogenannte Ein-Jahr-und-ein-Tag-Regel (*death between a year and a day*) hatte Bedeutung für die Beweisführung,³⁴ ist heute aber überholt und wurde 1996 durch den Law Reform (Year and a Day Rule) Act abgeschafft. Sie sollte verhindern, dass der Täter, der einen anderen schwer verletzt hatte, ständig unter dem Druck stand, dass seine Handlung kausal für den Erfolg sein könnte.

Weniger klar sind die subjektiven Elemente des Mordtatbetands. Die Entwicklung ist kompliziert und seit Langem unstetig.³⁵ Nach dem gegenwärtigen Stand, der von der Rechtsprechung in den Fällen *Moloney*, *Hancock* und *Nedrick*³⁶ entwickelt worden ist, setzt Mord *malice aforethought* voraus. Entgegen dem Wortlaut bedeutet dies jedoch nicht eine niedrige Gesinnung oder böswilligen Vorbedacht; es umschreibt lediglich die subjektiven Voraussetzungen, also *mens rea*, die im Tötungsvorsatz (*intention to kill*) oder im Vorsatz der Verursachung eines schweren körperlichen Schadens (*intention to cause serious bodily harm*) bestehen können.

Intention bedeutet Vorsatz, und zwar handelt es sich hier um einen *specific intent*.³⁷

Unter *specific intent* wird ein Vorsatz verstanden, der für nur vorsätzlich begehbare Straftaten gefordert wird und dessen Existenz der Angeklagte dann bestreiten kann, wenn er sich freiwillig in einen Rauschzustand versetzt hat (*voluntary intoxication*). Zu den Delikten, die *specific intent* voraussetzen, gehören neben Mord auch Raub, Diebstahl, vorsätzliche Körperverletzung, Einbruch und alle Versuchstaten dieser Delikte.

Die *constructive malice rule*, die die Absicht, eine andere Straftat zu fördern, bedeutete (*felony-murder-rule*), gilt seit dem Homicide Act 1957 nicht mehr. Problematisch ist heute allein die Frage, inwieweit die Voraussicht, dass der Tod als sichere oder mögliche Folge der Tat eintreten wird, dem Tötungsvorsatz gleichgesetzt werden kann. Es ist nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung davon auszugehen, dass die Vorhersehbarkeit der Möglichkeit der Todesfolge ledig-

³³ Blackstone's Criminal Practice 2008, Rn. B1.9.

³⁴ Blackstone's Criminal Practice 2008, Rn. B1.10.

³⁵ Eine sehr kurze Übersicht bietet House of Lords, Select Committee on Murder and Life Imprisonment, vol. 1, Report, § 46 f., S. 18 f.

³⁶ *Moloney* [1985] AC 905; *Hancock* [1986] AC 455; *Nedrick* [1986] 1 WLR 1025.

³⁷ Zum Unterschied zwischen *basic* und *specific intent* siehe House of Lords in *Moloney* [1985] AC 905; *Hancock* [1986] AC 455; weiterhin *Kingston* [1994] 3 WLR 519, 530; Blackstone's Criminal Practice 2008, Rn. A3.10.

lich als Beweis für einen Tötungsvorsatz benutzt werden kann, nicht aber den Tötungsvorsatz ersetzt:

[...] if the jury are satisfied that at the material time the defendant recognized that death or serious harm would be virtually certain to result from his voluntary act, then that is a fact from which they may find it easy to infer that he intended to kill or to do serious bodily harm, even though he may not have had any desire to achieve that result.³⁸

Die zweite Säule, auf der die subjektive Seite des Mordtatbestands ruht, ist der Vorsatz der schweren Körperverletzung. Hier muss eine wirklich schwere Verletzung beabsichtigt sein, allerdings muss sie nicht notwendigerweise lebensgefährlich sein.³⁹

Probleme wirft in diesem Zusammenhang die Nachweisbarkeit der notwendigen subjektiven Voraussetzungen auf. Nach langjährigen Versuchen der Rechtsprechung, eine befriedigende Regel für die Beweisbarkeit von Vorsatz besonders in Tötungsfällen aufzustellen, enthält das englische Recht zur Vereinfachung dieses Vorgangs seit dem Criminal Justice Act 1967 eine gesetzliche Richtlinie. S. 8 dieses Gesetzes schreibt vor:

A Court or jury, in determining whether a person has committed an offence,

(a) shall not be bound in law to infer that he intended or foresaw a result of his actions by reason only of it being a natural or probable consequence of those actions;

(b) shall decide whether he did intend or foresee that result by reference to all the evidence, drawing such inferences from the evidence as appear proper in the circumstances.

Dem Gericht stehen somit bei der Entscheidung über die *mens rea* des Angeklagten, der eine Handlung begangen hat, deren natürliche und wahrscheinliche Folge Tod oder schwere Körperverletzung ist, folgende Wege offen:

- es kann, muss aber nicht, aus dem gefährlichen Verhalten auf den Tötungs- oder Körperverletzungsvorsatz des Täters schließen;
- es kann, muss aber nicht, zu dem Ergebnis kommen, dass Tod oder schwere Körperverletzung vorhergesehen wurden; dieser Schluss kann – muss aber nicht – weiterhin zu dem Schluss führen, dass die Tötung oder die schwere Körperverletzung beabsichtigt waren. Dies ergibt sich aus den Entscheidungen *Moloney*, *Hancock* und *Nedrick*.⁴⁰
- Schließlich kann es unter Würdigung der Beweise auch zu der Entscheidung gelangen, gar keine Schlussfolgerungen dieser Art zu ziehen, und keinen Tötungsvorsatz annehmen.

³⁸ *Nedrick* [1986] 3 All ER 1.

³⁹ *DPP v. Smith* [1961] AC 290; *Cunningham* [1982] AC 566.

⁴⁰ Siehe oben Anm. 36.

II.1.1.3. Verteidigungseinreden, die zu Straffreiheit oder Herabstufung des Tatbestands führen⁴¹

Verteidigungseinreden in Form von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen behandelt das englische Recht als *defences*, die ihre Wirksamkeit in erster Linie im Prozess entfalten. Es unterscheidet zwischen allgemeinen (*general defences*), die für alle Delikte gelten, und spezifischen (*special defences*), die nur in Tötungsfällen eingreifen. Letztere sind Teileinreden, weil sie nicht zum Freispruch, sondern nur zur vermindert schweren Verurteilung wegen Totschlags führen. Benötigt werden sie, weil die obligatorisch verwirkte lebenslange Freiheitsstrafe für *murder* keinen richterlichen Zumessungsspielraum lässt, um bestimmte täter- oder tatspezifische Faktoren im Strafmaß zu berücksichtigen.

Die Unterscheidung zwischen Rechtfertigungs- und Schuldausschlussgründen wird zwar terminologisch durch die Begriffe *justification* und *excuse* gemacht, doch sind die dogmatischen und die praktischen Auswirkungen nicht so gravierend wie nach deutschem Recht. Letztlich sind *defences* all diejenigen Umstände, die die Strafbarkeit des Angeklagten ausschließen. Die Rechtsprechung jedenfalls geht fallorientiert vor, ohne sich an eine bestimmte Systematik zu halten.⁴² Dogmatische Feinheiten, die ansatzweise in der Lehre auszumachen sind,⁴³ sollen hier außer Betracht bleiben, da sie für die Fallstudie nicht relevant sind.

Die *general defences*, die bei Mord ebenfalls eingreifen können, lassen sich einteilen nach solchen, die ein Grundelement der *mens rea* oder die Freiwilligkeit des Handelns betreffen (also Einwendung von Irrtum oder willenlosem Handeln, d.h. *automatism*), und solchen, die auf anderen rechtfertigenden oder entschuldigenden Umständen beruhen, wie es beim Nötigungsnotstand, dem Notstand oder der Notwehr der Fall ist. Wegen der Relevanz in diesem Projekt soll von den allgemeinen Einreden nur auf die Notwehr (*self-defence*), von den speziellen auf die der verminderten Zurechnungsfähigkeit (*diminished responsibility*) und der Provokation (*provocation*) eingegangen werden, und zwar nur soweit sie für die Fallkonstellationen von Bedeutung sind. Die mit dem Coroners and Justice Act 2009 eingeführten Reformen der Einreden⁴⁴ haben auf die Beurteilung der Fallbeispiele keinen Einfluss und können daher außer Betracht bleiben.

⁴¹ Zu Einzelheiten siehe *Watzek*, Rechtfertigung; siehe auch *Mansdörfer*, in: ders. (Hrsg.), *Unrecht und Schuld*, S. 89 ff.

⁴² *Watzek*, Rechtfertigung, S. 59 ff.

⁴³ Siehe *Ashworth*, *Principles*, S. 135 f.

⁴⁴ Siehe dazu oben II.1.1.2. am Ende.

II.1.1.3.1. Allgemeine Einreden

– *Notwehr (self-defence)*⁴⁵

Die Voraussetzungen der Einrede der Notwehr sind – wie auch die der Sachverteidigung und der Verteidigung einer anderen Person – parlamentsgesetzlich nicht geregelt und richten sich somit nach wie vor nach common law.⁴⁶ Lediglich das Recht auf Verhinderung einer Straftat (*prevention of crime*) mittels Gewaltanwendung ist im Criminal Law Act 1967 s. 3(1) geregelt: “A person may use such force as is reasonable in the circumstances for the prevention of crime [...]” Obwohl sich beide Einreden überlappen, da die Notwehrhandlung gleichfalls der Verhinderung einer Straftat dient, hat diese Vorschrift die *common law*-Regeln der *self-defence* nicht ausdrücklich abgelöst; diese werden vielmehr von der Rechtsprechung weiter entwickelt.⁴⁷ Dennoch ist heute gängige Praxis und allgemeine Ansicht der meisten Autoren, die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Verteidigungshandlung auf die Voraussetzungen von s. 3(1) Criminal Law Act zu stützen: “[...] the test to be applied for self-defence is that a person may use such force as is reasonable in the circumstances as he honestly believes them to be in the defence of himself or another.”⁴⁸

In objektiver Hinsicht wird nach *common law* eine Handlung gegen eine andere gewaltsame Tat nur dann als strafbefreiende Einrede anerkannt, wenn a) die angewandte Gewalt unter den bestehenden Umständen vernünftig war und b) die Handlung notwendig war. Das zweite Element der Verteidigungseinrede nach *common law*,⁴⁹ dass nämlich die Gewalt *necessary* sein müsse, ist (offenbar) mittlerweile in Anlehnung an den Wortlaut von s. 3(1) aus der Definition der Notwehr verschwunden. Damit ist auch die Pflicht zum Rückzug aus der Gefahrenzone hinfällig geworden, der als Alternative die Selbstverteidigungshandlung als nicht mehr notwendig erscheinen ließ.⁵⁰ Somit kann jemand zur eigenen Verteidigung (oder der eines anderen bzw. von Sachen) solche Gewalt anwenden, die unter den Umständen vernünftig ist. Über die Vernünftigkeit der Verteidigungshandlung entscheidet die Jury, da es sich um eine Tatsachenfrage handelt. Bei der Beurteilung der Vernünftigkeit werden allerdings auch Aspekte der Notwendigkeit (einschließlich der Frage der Rückzugsmöglichkeit)⁵¹ sowie der Verhältnismäßigkeit (*proportionality*) geprüft. Ist z.B. die Verteidigungshandlung offensichtlich nicht notwendig, weil

⁴⁵ Siehe auch *Perron*, in: Arnold u.a. (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafen*, S. 1025 ff.

⁴⁶ *Ashworth*, *Principles*, S. 139; *Blackstone’s Criminal Practice 2008*, Rn. A3.30.

⁴⁷ *Ashworth*, *Principles*, S. 139.

⁴⁸ *Beckford v. The Queen* [1988] AC 130; *Blackstone’s Criminal Practice 2008*, Rn. A3.30.

⁴⁹ Siehe *Ashworth*, *Principles*, S. 139.

⁵⁰ *Julien* [1969] 1 WLR 839 (CA).

⁵¹ *Simester/Sullivan*, *Criminal Law*, S. 706.

der Angreifer sich bereits zurückzieht, ist es nicht vernünftig, unter diesen Umständen Gewalt zur Verteidigung einzusetzen.⁵²

Die Einrede der Selbstverteidigung ist subjektiv konstruiert. Grundsätzlich wird für die Beurteilung der Vernünftigkeit der Verteidigungshandlung auf die Einschätzung des sich Verteidigenden abgestellt. Es wird nicht die objektive Lage, sondern der Glaube des Täters über die Annahme einer Notwehrlage als maßgeblich angesehen. Das Gleiche gilt für die Beurteilung der Notwehrhandlung. Das Maß der Gewalt, die angewendet wird, hängt direkt von der eigenen Einschätzung des Angegriffenen ab: Was dieser für notwendig hält, ist das vernünftige Maß. Auch der sich irrtümlich angegriffen Fühlende kann sich auf Notwehr berufen, solange er die seiner Ansicht nach für die angenommene Situation notwendige Verteidigung einsetzt. Notwehr und Putativnotwehr werden somit gleichgesetzt.⁵³

Der Angegriffene braucht nicht zu warten, bis der Angreifer zuschlägt oder schießt; einem unmittelbar bevorstehenden Angriff kann er durchaus mit Gewalt zuvorkommen.⁵⁴

– *Zurechnungsunfähigkeit (insanity)*

Zweifel an der Schuldfähigkeit des verhandlungsfähigen⁵⁵ Angeklagten können durch die Verteidigungseinreden der geistig-seelischen Störung (*insanity*) und der verminderten Schuldfähigkeit (*diminished responsibility*) geltend gemacht werden.⁵⁶ Die Einrede der insanity ist eine sogenannte allgemeine Einrede, d.h., sie kann gegen jede Anklage erhoben werden. Sie wird auch heute noch von den Regeln bestimmt, die 1843 im *M'Naghten's-Fall*⁵⁷ niedergelegt wurden. Die Voraussetzungen der Einrede, die der Angeklagte mit hinreichender Wahrscheinlichkeit beweisen muss, sind:

[...] it must be clearly proved that, at the time of committing the act, the party accused was labouring under such a defect of reason, from disease of mind, as not to know the nature and quality of the act he was doing; or if he did know it, that he did not know he was doing what was wrong.

⁵² *Priestnall v. Cornish* [1979] Crim LR 310.

⁵³ Zur Kritik vgl. *Ashworth*, Principles, S. 231.

⁵⁴ *Beckford v. The Queen* [1988] AC 130.

⁵⁵ Die Verhandlungsunfähigkeit eines Angeklagten wird durch die Verteidigungseinrede der *unfitness to plead* erfasst. Wird der Angeklagte für verhandlungsunfähig erklärt, wird zunächst durch eine Jury die Frage der Tatbegehung geprüft. Wird die Tat nicht bewiesen, ist der Angeklagte freizusprechen; andernfalls verhängt der Richter die Maßnahmen, die für seelisch gestörte Personen vorgesehen sind und von Einweisung in eine Anstalt bis zur Einstellung des Verfahrens ohne weitere Auflagen (*absolute discharge*) reichen. Siehe dazu Criminal Procedure (Insanity) Act 1964; Criminal Procedure (Insanity and Unfitness to Plead) Act 1991; Blackstone's Criminal Practice 2008, Rn. D12.2 ff.

⁵⁶ Zur unbefriedigenden Rechtslage und zu Reformvorschlägen siehe *Mackay*, in: *Ashworth/Mitchell* (Hrsg.), Homicide Law, S. 55 ff.

⁵⁷ [1843] 10 Cl and Fin 200.

Die Einzelheiten der komplizierten Ausgestaltung der Regeldefinitionen und ihrer Anwendung sowie weitgehend unbefriedigender Rechtsfolgen sind Gegenstand weitreichender Kritik und mehrerer Reformbemühungen.⁵⁸ Sie brauchen hier nicht ausgeführt zu werden, da die Fallgestaltungen keinen Anlass dazu geben, von einer geistig-seelisch gestörten Täterin auszugehen. In der Praxis wird diese Einrede heute nur relativ selten erhoben,⁵⁹ weil sie nicht zu einem klaren Freispruch, sondern zu dem besonderen Urteilsspruch „not guilty by reasons of insanity“ führt – mit der Folge, dass zumindest bis zur Einführung des Criminal Procedure (Insanity and Unfitness to Plead) Act 1991 der Täter obligatorisch auf unbestimmte Zeit in eine Anstalt eingewiesen wurde. Für einen wegen Mordes Angeklagten wurde erst 2004 die freie richterliche Wahl der Maßnahme eingeführt.⁶⁰

II.1.1.3.2. Spezifische Einreden

– Einrede der verminderten Zurechnungsfähigkeit (*diminished responsibility*)

Die Verteidigungseinrede der verminderten Verantwortlichkeit gehört neben den Einreden der Provokation und der Tötung im Rahmen einer Selbsttötungsabsprache zu den Teileinreden gegen eine Mordanklage. Sie führt nicht zum Freispruch, sondern zur Verurteilung wegen vorsätzlichen Totschlags (*manslaughter*). 1957 eingeführt, ist sie jüngeren Datums und hat keine Wurzeln im *common law*; ihre Voraussetzungen enthält s. 2 Homicide Act 1957:

Where a person kills another, he shall not be convicted of murder if he was suffering from such an abnormality of mind (whether arising from a condition of arrested or retarded development of mind or any inherent causes or induced by disease or injury) as substantially impaired his mental responsibility for his acts [...] in doing [...] the killing.

On a charge of murder, it shall be for the defence to prove that the person charged is by virtue of this section not liable to be convicted of murder.

Diese Einrede dient dazu, die in Mordfällen bis vor Kurzem obligatorische Einweisung des geistesgestörten Täters in eine psychiatrische Anstalt zu verhindern. Aus diesem Grund ist sie weitgehend an die Stelle der Unzurechnungsfähigkeitseinrede (*defence of insanity*) getreten und wird von der Rechtsprechung recht flexibel eingesetzt, um Mordanklagen zu Verurteilungen wegen (*voluntary*) *manslaughter* zu mindern, wenn zwingende mildernde Umstände gegeben sind.⁶¹

⁵⁸ Siehe Blackstone's Criminal Practice 2008, Rn. A3.13 ff.; *Ashworth*, Principles, S. 206 ff. mit weiteren Nachweisen; *Mansdörfer*, in: ders. (Hrsg.), Unrecht und Schuld, S. 125 ff.

⁵⁹ Nach 1991 sind die Einreden wegen *insanity* um das Dreifache angestiegen: von durchschnittlich vier Fällen in den 1980er Jahren auf 12 bzw. 13 in den Jahren 1995 und 1996, siehe *Ashworth*, Principles, S. 209, mit Hinweis auf *Mackay/Kearns*, More Fact(s) about the Insanity Defence.

⁶⁰ Siehe Domestic Violence, Crime, and Victims Act 2004 s. 24, der s. 5 des Gesetzes von 1991 abändert.

⁶¹ Blackstone's Criminal Practice 2008, Rn. B1.15.

Voraussetzung hierfür sind ein ärztliches Gutachten zur Unterstützung der Einrede und bestimmte andere Bedingungen:

- *abnormality of mind* (geistige Abnormität): ein von dem des normalen menschlichen Wesens abweichender Geisteszustand, den ein vernünftiger Mensch als abnormal bezeichnen würde.⁶² Hierüber zu entscheiden ist die Aufgabe der Jury.
- Zu der geistigen Abnormität muss die „wesentliche Beeinträchtigung der geistigen Verantwortlichkeit“ treten. Auch hierüber entscheidet die Jury auf der Grundlage von ärztlichen Gutachten, aber nach eigenen Maßstäben. Beispiele für anerkannte Gründe, die die Verantwortlichkeit beeinträchtigen, sind krankhafte Eifersucht („Othello-Syndrom“), nachgeburtliche Depressionen und prämenstruelle Spannungen.⁶³ Auch das *battered women*-Syndrom wird in diesem Zusammenhang anerkannt.⁶⁴

Grundsätzlich wird die Einrede der verminderten Zurechnungsfähigkeit erst in der Hauptverhandlung wegen des Mordes erörtert. Die Anklage lautet stets auf Mord und die Tötungshandlung muss zunächst in objektiver wie in subjektiver Hinsicht vom Ankläger bewiesen werden. Es gibt keinen anklagbaren besonderen Tatbestand der vorsätzlichen *Tötung*, sondern nur einen Schuldspruch auf *manslaughter* aufgrund der Anerkennung der verminderten Zurechnungsfähigkeit durch die Jury. Nur in engsten Ausnahmefällen kann der Ankläger die Einrede gegen eine Anklage wegen Mordes bereits im Ermittlungsverfahren anerkennen und so die Verhandlung wegen dieses Delikts vermeiden.

Voraussetzung hierfür ist, dass der Angeklagte eindeutig die Kriterien des s. 2 Homicide Act 1957 erfüllt und die ärztlichen Gutachten dies bestätigen.⁶⁵ Die Beweislast liegt bei der Verteidigung, jedoch nur dahin gehend, dass die Wahrscheinlichkeit einer verminderten Zurechnungsfähigkeit dargetan werden muss.⁶⁶

Erkennt die Jury aufgrund der Einrede auf *manslaughter* statt auf *murder*, stehen dem Richter für die Rechtsfolgenentscheidung alle Sanktionen von lebenslanger oder zeitiger Freiheitsstrafe über die Einweisungsanordnung bis hin zur ambulanten psychiatrischen Behandlung offen.⁶⁷ Die Wahl der Sanktion hängt von den psychiatrischen Gutachten und anderen Beweismitteln ab.⁶⁸

⁶² *Byrne* [1960] 2 QB 396.

⁶³ *Reynolds* [1988] Crim LR 679.

⁶⁴ *Ahluwalia* [1992] 4 All ER 898; *Hobson* [1998] 1 Cr App R 31.

⁶⁵ *Z.B. Cox* [1968] 1 WLR 308.

⁶⁶ Siehe auch unten II.1.2.3.

⁶⁷ Siehe dazu unten II.1.1.4.

⁶⁸ Zu Einzelheiten siehe Blackstone's Criminal Practice 2008, Rn. B1.37: Sentencing Guidelines.

– *Provokation (provocation)*

Heute wird auch die bereits vom *common law* gegen die Mordanklage anerkannte Verteidigungseinrede der Provokation⁶⁹ durch den Homicide Act 1957 s. 3 geregelt. Im Gegensatz zur Einrede der verminderten Zurechnungsfähigkeit liegt hier die Beweislast nicht bei der Verteidigung.⁷⁰ Vielmehr muss die Anklage bei bestimmten Tatsachen, die die Provokation nahelegen, beweisen, dass der Angeklagte nicht provoziert worden ist.

S. 3 Homicide Act 1957 enthält keine umfassende Definition der Provokationsvoraussetzungen; er lautet:

Where on a charge of murder there is evidence on which a jury can find that the person charged was provoked (whether by things done or by things said or by both together) to lose his self-control, the question whether the provocation was enough to make a reasonable man do as he did shall be left to be determined by the jury; and in determining that question the jury shall take into account everything done and said according to the effect which, in their opinion, it would have on a reasonable man.

Notwendige Voraussetzung der erfolgreichen Erhebung der Einrede ist somit, dass subjektiv der Angeklagte so provoziert wurde, dass er seine Selbstbeherrschung verlor, und in objektiver Hinsicht, dass der vernünftige Mensch sie ebenfalls verloren hätte. Zu entscheiden hat hierüber die Jury, sobald irgendwelche Anhaltspunkte entweder von der Verteidigung vorgetragen werden oder sich anderweitig im Lauf der Verhandlung ergeben. Die Einrede steht somit nicht zur Disposition der Verteidigung, sondern muss vielmehr stets – unter Umständen auch vom Richter oder von der Anklage gegen die Verteidigungsstrategie – der Jury vorgelegt werden.

Die Voraussetzungen im Einzelnen sind: (i) eine Handlung oder auch nur Worte, die den Angeklagten erregt haben. (ii) Diese brauchen nicht notwendigerweise gegen den Angeklagten gerichtet zu sein; auch gegen Dritte gerichtete Worte oder Handlungen können die Wirkung auf den Angeklagten gehabt haben.

Besonders wichtig im Zusammenhang mit den Fallkonstellationen des Projekts ist die Frage, ob die in der früheren *common law*-Definition der Provokation⁷¹ enthaltene Bedingung des „sudden and temporary loss of self-control“ durch die ge-

⁶⁹ Zu Reformüberlegungen siehe Law Commission, Report No. 290, part 3; jüngst: Ministry of Justice, Murder, manslaughter and infanticide: proposals for reform of the law, sowie die Zusammenfassung der Diskussion zu den einzelnen Vorschlägen in Ministry of Justice, Murder, manslaughter and infanticide: proposals for reform of the law – Summary of responses and Government position. Die Abschaffung der Einrede erfolgte durch Coroners and Justice Act 2009, wo auch die neuen Verteidigungseinreden geregelt sind; kritisch zum bisherigen Rechtszustand u.a. *Wells*, in: Ashworth/Mitchell (Hrsg.), Rethinking English Homicide Law, S. 85 ff.

⁷⁰ Siehe oben II.1.1.3.2. und unten II.1.2.3.

⁷¹ Siehe *Devlin J in Duffy* [1949] 1 All ER 932n, wo es heißt: “Provocation is some act, or series of acts, done by the dead man to the accused which would cause in any reasonable person, and actually causes in the accused, a sudden and temporary loss of self-control ...”

setzliche Regelung modifiziert worden ist. Erinstanzliche Gerichte haben in Fällen häuslicher Gewalt gelegentlich die Entscheidung über die Frage zugelassen, ob auch die verzögerte Auslösung der Tötungshandlung, die erst einige Zeit nach dem die Provokationsgefühle hervorrufenden Ereignis stattfand, die Provokation einrede begründet.⁷² Das Rechtsmittelgericht hat zunächst erstinstanzliche Entscheidungen, die davon ausgingen, dass die Zeitspanne zu groß war, um die Provokationswirkung hervorzurufen, generell nicht abgeändert und die alte Regel der Entscheidung *Duffy* gelten lassen. Nachdem die Problematik im Fall *Ahluwalia* und in weiteren Fällen häuslicher Tötungen nach häufigen und langjährigen Misshandlungen der Frauen, die in den letzten Jahren den Court of Appeal erreichten, immer dringlicher wurde, verlangt die Rechtsprechung auch in den Fällen verzögerter Reaktion weiterhin den „sudden and temporary loss of self-control“, damit sich die Grenze zwischen provozierte Gewalttätigkeit und dem Wunsch nach Vergeltung nicht verwische. Der Impuls muss die Täterin nach wie vor plötzlich überkommen und dann auch rasch nach der Tat wieder abklingen, jedoch muss sich diese Erregung nicht mehr unmittelbar an die letzte provozierende Handlung anschließen, sondern kann sich erst später einstellen.⁷³

Diese letzte, die Reaktion auslösende Handlung muss nach einer langen Kette häuslicher Gewaltvorfälle nicht notwendig ein schwerer Anlass gewesen sein. Auch eine geringfügige Reizung kann dann der Auslöser werden, obwohl wegen einer derartigen Handlung allein gesehen ein vernünftiger Mensch die Selbstkontrolle nicht hätte verlieren dürfen.⁷⁴ Es muss die gesamte Langzeitsituation bewertet werden, nicht der letzte Einzelaspekt isoliert.⁷⁵ Der Nachweis des Verlusts der Selbstkontrolle grenzt diese Fälle von denen ab, in denen aus der gleichen Misshandlungssituation heraus ohne diesen Impuls gehandelt wurde.⁷⁶ Derartige Fälle von geplanter Tötung nach einer Reihe provokativer Vorfälle sind von denen nach kumulativer Provokation streng zu unterscheiden.

Über die objektive Voraussetzung der fiktiven Reaktion des vernünftigen Menschen in einer derartigen Situation hat die Jury zu entscheiden. Beweis wird zu dieser Frage nicht erhoben. Der *reasonable man* ist eine Person, die die Fähigkeit zur Selbstkontrolle besitzt, die von einem gewöhnlichen Menschen im Alter und vom Geschlecht der Angeklagten erwartet werden kann, im Übrigen aber die Besonderheiten der Angeklagten aufweist, soweit die Geschworenen meinen, dass sie die

⁷² Siehe z.B. *Pearson* [1992] Crim LR 193.

⁷³ *Ahluwalia* [1992] 4 All ER 889.

⁷⁴ *Humphreys* [1995] 4 All ER 1008.

⁷⁵ *Pearson* [1992] Crim LR 193.

⁷⁶ Siehe dazu ausführlich *Thornton* [1992] 1 All ER 306 und die Wiederaufnahmeverhandlungsentscheidung *Thornton* (No. 2) [1996] 1 WLR 1174.

Bedeutung der Provokation berühren. Zwischen den Besonderheiten und dem Inhalt der Provokation muss ein Zusammenhang bestehen.⁷⁷

Weitgehend aufgegeben wurde die Regel, dass zwischen der Art der Provokation und dem Ausmaß der Handlung des Provozierten eine Beziehung bestehen muss. Die Jury kann die Proportionalität in ihre Bewertung einbeziehen, ist dazu aber nicht verpflichtet.⁷⁸

II.1.1.4. Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe, Strafzumessung⁷⁹

Die Rechtsfolgen für *murder* sind durch Gesetz festgeschrieben, nämlich: obligatorische lebenslange Gefängnisstrafe für Personen über 21 Jahre;⁸⁰ für Heranwachsende zwischen 18 und 20 Jahren: obligatorische lebenslange Haftstrafe (*custody*).⁸¹ Für Jugendliche unter 18 Jahren: Haftstrafe (*detention*), deren Dauer im Ermessen der Königin bzw. des Innenministers steht.⁸²

Der Richter muss im Regelfall bei erwachsenen und heranwachsenden Verurteilten eine Empfehlung über die Dauer der abzuleistenden Mindeststrafe aussprechen;⁸³ erst nach Ablauf dieser Frist darf der Strafgefangene unter bestimmten Bedingungen freigelassen werden.⁸⁴ Bis 2003 waren diese Empfehlungen für den Innenminister, der in Mordfällen noch immer über die Freilassung zu entscheiden hatte, weder bindend, noch waren sie anfechtbar. Die Mindestverbüßungsdauer sollte nicht unter 12 Jahren liegen.⁸⁵ Seit der Entscheidung des *House of Lords* in

⁷⁷ Diskussion der schwankenden Rechtsprechung zu diesem Punkt bei Blackstone's Criminal Practice 2008, Rn. B1.26–1.28. Siehe auch die kritische Analyse bei *Ashworth, Principles*, S. 263 ff.

⁷⁸ Dazu Blackstone's Criminal Practice 2008, Rn. B.1.29.

⁷⁹ Einen kritischen Überblick über das Strafzumessungsrecht bei Tötungsdelikten nach dem Stand im Jahr 2000 bietet *Wasik*, in: *Ashworth/Mitchell* (Hrsg.), *Homicide Law*, S. 167 ff.

⁸⁰ *Murder (Abolition of Death Penalty) Act 1968* s. 1(1).

⁸¹ *Criminal Justice Act 1982* s. 8(1); seit 2000: *Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000* s. 93.

⁸² *Children and Young Persons Act 1933* s. 53(1); seit 2000: *Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000* s. 90.

⁸³ Seit Inkrafttreten des *Criminal Justice Act 2003* hat der *Court of Appeal* in zahlreichen Entscheidungen Kriterien für die Bemessung der Mindestverbüßungszeiten niedergelegt, siehe dazu mit Nachweisen *Blackstone's Criminal Practice 2008*, Rn. E4.5.

⁸⁴ *Murder (Abolition of Death Penalty) Act 1968* s. 1(2), aufgehoben durch *Criminal Justice Act 2003*, sched. 37 part 8. Die Regelung für die Bestimmung der Mindestverbüßungszeit ist seit 2003 für alle Altersgruppen enthalten im *Criminal Justice Act 2003* ss. 269–277. Die in s. 29 *Crime (Sentencing) Act 1997* geregelte Befugnis des Innenministers in dieser Phase wurde ebenfalls durch den *Criminal Justice Act 2003* aufgehoben. Siehe Einzelheiten der neuen Regelung bei *Blackstone's Criminal Practice 2008*, Rn. E4.1–4.7.

⁸⁵ *Fleming* [1973] 2 All ER 401. Zu Einzelheiten siehe *Blackstone's Criminal Practice 1999*, Rn. E1.21.

*R (Anderson) v. Secretary of State for the Home Department*⁸⁶ hat der Innenminister diese Aufgabe verloren, da seine Mitwirkung bei der Bestimmung der Strafe gegen Art. 6 EMRK verstieß.⁸⁷

Die obligatorische lebenslange Freiheitsstrafe besteht aus drei Abschnitten: Der erste Abschnitt (sogenannte *tariff period*, heute als *minimum term* bezeichnet) ist die Dauer, die in jedem Fall zu verbüßen ist; sie entspricht der Schwere der begangenen Tat.⁸⁸ Der zweite Abschnitt hängt von der Gefährlichkeit des Verurteilten ab und dient dem Schutz der Gesellschaft. Die Freilassung aus diesem Abschnitt erfolgt aufgrund einer Entscheidung des Parole Board. Der dritte Abschnitt ist die Zeit nach der Entlassung aus dem Vollzug, die unter lebenslanger Aufsicht erfolgt.

Ermessen in der Strafzumessung hat der Richter nur, wenn statt der Verurteilung wegen *murder* die Herabstufung auf *manslaughter* erfolgt. Dies gibt ihm die Möglichkeit, die Strafe nach den individuellen Faktoren des Falls festzusetzen. Hierbei ist er nicht gebunden, sondern kann vielmehr von der geringsten bis zu lebenslanger Freiheitsstrafe, ggf. auch mit entsprechender Aussetzung zur Bewährung, wählen. Er kann aber auch eine nicht freiheitsentziehende Strafe – wie *probation* – mit der Auflage, die zur verminderten Zurechnung führende Krankheit zu behandeln, festsetzen.

Im Einzelnen hängt die Strafwahl von der Art der zur Herabstufung führenden Verteidigungseinrede ab. Bei verminderter Zurechnungsfähigkeit als *defence* hängt sie von Faktoren wie der Gefährlichkeit des Täters für die Allgemeinheit, der Dauer des krankhaften Zustands, dem Ausmaß der Beeinträchtigung der Verantwortlichkeit des Täters sowie der Gefahr einer Wiederholung der Gewalttat ab. Hier können je nach Ergebnis des ärztlichen Gutachtens kurze Freiheitsstrafen oder *probation order* mit oder ohne Behandlungsaufgabe oder Aufsicht angebracht sein.⁸⁹

Auch im Fall der Herabstufung aufgrund der erfolgreichen Provokationseinrede kann als Höchststrafe lebenslange Freiheitsstrafe verhängt werden.⁹⁰ Aber in der Regel werden Strafen zwischen drei und sieben Jahren ausgesprochen, bei Gebrauch von Waffen liegt die Dauer eher bei zwölf Jahren. Das Strafmaß hängt letztlich vom Maß der Provokation sowie von der „Abkühlungszeit“ zwischen Vorfall

⁸⁶ [2003] 1 AC 837.

⁸⁷ Siehe zu diesem Problem *Huber*, ZfStrVo 5/04, 259 ff.

⁸⁸ Bei Festsetzung dieser Mindestverbüßungsdauer in Mordfällen hat das Gericht nach Criminal Justice Act 2003 s. 269 die Grundsätze und Kriterien von sched. 21 des Gesetzes anzuwenden: lebenslange Verbüßung in besonders schweren Fällen der Tötung; 30 Jahre für schwere Mordfälle (Polizistenmord, Mord mit Waffengebrauch, Sexualmord etc.); 15 Jahre für Fälle, die in keine der beiden Kategorien fallen. Erschwerende und mildernde Umstände können bei allen Entscheidungen einfließen. Siehe zu Einzelheiten *Ashworth*, Principles, S. 252 ff.

⁸⁹ Siehe *Sangha* [1997] 1 Cr App R (S) 262.

⁹⁰ Offences against the Person Act 1861 s. 5.

und Reaktion, der Beteiligung des Täters an der Entstehung der Situation und dem Tötungswerkzeug ab. Ein Beispiel für das Strafmaß im Fall einer Frau, die unter dem *battered women*-Syndrom nach jahrelanger Misshandlung litt: Die Freiheitsstrafe von fünf Jahren wurde vom Court of Appeal in eine *probation order* abgeändert, weil die Frau keine gesellschaftliche Gefahr mehr darstellte und bereits einige Monate ihrer Freiheitsstrafe verbüßt hatte.⁹¹

Seit längerer Zeit war die obligatorische lebenslange Freiheitsstrafe für *murder* Gegenstand kritischer Auseinandersetzung sowohl hinsichtlich ihres Fortbestands⁹² wie hinsichtlich des Verfahrens der Freilassung nach Verbüßung einer bestimmten Dauer. Mehrere Gremien und die Parlamente haben sich mit diesem Problem befasst.⁹³ Im Zentrum der Kritik stand die Zuständigkeit des Innenministers für die Entscheidung über die zu verbüßende Zeit vor einer bedingten Freilassung. Für andere lebenslange freiheitsentziehende Sanktionen war diese exekutive Zuständigkeit nach dem Urteil des EGHR in der Sache *Thynne* u.a. aus dem Jahr 1991⁹⁴ mit dem Criminal Justice Act 1991 s. 34 abgeschafft worden. Zuvor hatte das House of Lords auf Empfehlung seines Select Committee für die Vereinheitlichung der Freilassungsregelungen für obligatorische und zeitige Freiheitsstrafen gestimmt, doch war der Gesetzgeber dieser Entschließung nicht gefolgt. Bereits 1995 hat das Home Affairs Committee des House of Commons eine vorläufige Empfehlung dahin gehend ausgesprochen, dass die Entscheidung über die vorzeitige Freilassung dem Innenminister aus den Händen genommen werden solle.⁹⁵ Dies ist nunmehr durch Aufhebung von s. 29 Crime (Sentencing) Act 1997 durch den Criminal Justice Act 2003 erfolgt.⁹⁶

II.1.2. Wesenszüge des Strafverfahrensrechts

II.1.2.1. Generelle Charakterisierung der Verfahrensstruktur⁹⁷

Dem Hauptverfahren geht zunächst ein Ermittlungsverfahren voraus, das allein von der Polizei geleitet wird. Es ist inquisitorisch sowie geheim und unterliegt nicht der Kontrolle durch einen Untersuchungsrichter oder die Staatsanwaltschaft. Letztere hat lediglich Anklagefunktion, die erst beginnt, wenn die Polizei den Fall abgeschlossen hat. Dem Hauptverfahren, das ein Anklageverfahren ist, in dem der Angeklagte und die anklagende Krone als Parteien die Wahrheit zu ermitteln versuchen und dazu Beweise beibringen, ging bis 1998 ein Vorverfahren (*committal proceedings*) vor dem unteren Eingangsgericht, dem Magistrates' Court, voraus, in

⁹¹ *Gardner* [1993] 14 Cr App R (S) 364.

⁹² Die Beibehaltung des obligatorischen Charakters dieser Sanktion wurde bestätigt durch den Bericht des House of Commons, *Murder: The Mandatory Life Sentence*.

⁹³ House of Lords, the Select Committee on Murder and Life Imprisonment; Prison Reform Trust Independent Committee, Report; House of Commons, *Murder: The Mandatory Life Sentence*, § 102; siehe dazu auch Lord *Windlesham*, [1996] Crim LR 250.

⁹⁴ *Thynne, Wilson and Gunnell v. The UK* (1991) 13 EHRR 666.

⁹⁵ House of Commons, *Murder: The Mandatory Life Sentence*, § 103.

⁹⁶ Siehe oben und Anm. 84.

⁹⁷ Siehe dazu *Darbyshire*, in: Vogler/Huber (Hrsg.), *Criminal Procedure*, S. 92 ff.

dem der Ankläger anhand von Beweisen darlegen musste, dass die Anklage begründet zu sein scheint und Aussicht auf Erfolg hat. Alsdann wurde die Sache an den zuständigen Crown Court verwiesen, vor dem die Hauptverhandlung unter Mitwirkung einer Geschworenenbank stattfand. Seit dem Crime and Disorder Act 1998 entfällt dieses Vorverfahren in Strafsachen, für die der Crown Court die alleinige Zuständigkeit besitzt (sogenannte *indictable offences*), und der Fall wird nach dem ersten Erscheinen des Beschuldigten vor dem Magistrates' Court an den zuständigen Crown Court verwiesen (s. 51).⁹⁸

II.1.2.2. Zuständige Spruchkörper und einschlägige Verfahrensarten

Die Tötungsdelikte gehören zu den schwersten Straftaten, den *indictable offences*, die nur im formellen Verfahren abgeurteilt werden. Das zuständige Gericht ist der Crown Court, ein 12-köpfiges Geschworenengericht unter Vorsitz eines Berufsrichters. Dieser ist in Fällen von Tötungskriminalität ein High Court Judge. Bekennt sich der Angeklagte schuldig, entfällt die Verhandlung zur Sache, die Jury tritt nicht zusammen und der Richter entscheidet über die Strafe. Bestreitet der Angeklagte den Tatvorwurf, was bei Tötungsdelikten die Regel ist, entscheidet die Jury über die Schuld und der Richter über die Strafe. Die Strafzumessungsentscheidung muss – insbesondere, wenn es sich um eine lebenslange Freiheitsstrafe handelt, die bei Mord obligatorisch ist – eine Empfehlung über die zu verbüßende Mindestdauer enthalten. Wenn der Schuldspruch nicht auf Mord, sondern auf Totschlag lautet, ist der Richter in der Wahl der Strafe und der Strafdauer relativ frei: Unter Umständen kann er auch eine nicht freiheitsentziehende Strafe, die Behandlung psychischer Zustände oder die Aufsicht mit Bewährungsanordnung verfügen. Eine Freiheitsstrafe kann von einem Tag bis zu lebenslänglich lauten.

Das erstinstanzliche Urteil des Crown Court ist anfechtbar zum Court of Appeal, wobei der Schuldspruch⁹⁹ wie die Strafentscheidung¹⁰⁰ (sofern es sich nicht um die obligatorisch zu verhängende lebenslange Freiheitsstrafe nach einem Mordschuldspruch handelt) oder beides angefochten werden. Anfechtungsberechtigt sind nur verurteilte Personen, nicht der Ankläger. Jedes Rechtsmittel bedarf der Zulassung; diese erfolgt entweder durch den Tatrichter, der bescheinigt, dass der Fall für eine Anfechtung geeignet ist, oder durch den Court of Appeal. Über die Zulassung entscheidet beim Court of Appeal gewöhnlich ein Einzelrichter ohne mündliche Verhandlung; die Nichtzulassungsentscheidung ist anfechtbar. In außergewöhnlichen Fällen kann auch die Zulassung einer Anfechtung des Schuldurteils nach einer *guilty plea* gewährt werden.¹⁰¹

⁹⁸ Zu Einzelheiten siehe Blackstone's Criminal Practice 2008, Rn. D10.1 ff.

⁹⁹ Rechtsgrundlage ist der Criminal Appeal Act 1968 s. 1.

¹⁰⁰ Criminal Appeal Act 1968 s. 9(1).

¹⁰¹ Ausführlich dazu Blackstone's Criminal Practice 2001, Rn. D22.12, S. 1614 ff.; Blackstone's Criminal Practice 2008, Rn. D25.9.

Dem Rechtsmittel muss stattgegeben werden, wenn der Schuldspruch unsicher (*unsafe*) ist. Darunter versteht die Rechtsprechung nicht nur offensichtliche Zweifel an der Korrektheit des Urteilsspruchs, sondern auch sogenannte *lurking doubts as to whether an injustice may have been done*.¹⁰² Grundlage derartiger offensichtlicher oder verborgener Zweifel können sein: fehlerhafte Zulassung von Beweisen, irrtümliche Ermessensentscheidungen, Fehler oder Irrtümer des Anwalts im Rahmen seiner Verteidigungshandlungen, Mängel der Anklage, widersprüchliche Schuldurteile der Jury im selben Verfahren, eine fehlerhafte Verfahrensführung des Richters und Irrtümer bei der richterlichen Instruktion der Jury.

Die Folge einer erfolgreichen Anfechtung des Schuldspruchs ist die Aufhebung des Urteils und der Freispruch des Angeklagten.¹⁰³ Eine erneute Sachverhandlung darf nur angeordnet werden, wenn dies im Interesse der Justiz erforderlich ist.¹⁰⁴ Beweisschwierigkeiten nach Ablauf einer gewissen Zeit und die psychische Belastung des Angeklagten durch die erste Hauptverhandlung, das Rechtsmittelverfahren und ein weiteres Hauptverfahren sind Gründe für die seltene Anordnung einer neuen Hauptverhandlung.

Ist eine Anfechtung der Strafzumessungsentscheidung erfolgreich, kann der Court of Appeal die erstinstanzliche Sanktionsfestsetzung aufheben und durch ein eigenes Urteil ersetzen, sofern unter Betrachtung des Falls als Ganzem keine *reformatio in peius* vorgenommen wird.¹⁰⁵ Das Gesetz macht keine Vorgaben darüber, wann eine Strafentscheidung aufzuheben oder abzuändern ist, doch hat die Rechtsprechung hierzu ein breites Spektrum an Gründen geschaffen: rechtliche Unmöglichkeit der Auferlegung der Strafe, offensichtliche Disproportionalität der Sanktion, verfahrensrechtliche Irrtümer, fehlerhafte Verwendung bestimmter Faktoren bei der Straffestsetzung, Überbelastung des Verurteilten durch den Strafausspruch unter Berücksichtigung von Ereignissen, die dem Strafausspruch vorangingen, Disparität der Strafzumessung bei mehreren Angeklagten.¹⁰⁶

Dokumentarische Grundlage der Beurteilung des erstinstanzlichen Verfahrens sind die Aufzeichnungen (*records*), die in Kurzschrift oder mechanisch von der Hauptverhandlung angefertigt werden und als lesbare Kopien dem Rechtsmittelgericht und den Parteien zur Verfügung gestellt werden.¹⁰⁷

¹⁰² *Cooper* [1969] 1 QB 267; *Stafford v. DPP* [1974] AC 879, 912; siehe auch *R. v. F.* Anm. von *J.C. Smith*, [1999] Crim LR 306. Zu weiteren Einzelheiten Blackstone's Criminal Practice 2001, Rn. D22.15 ff.; Blackstone's Criminal Practice 2008, Rn. D25.15 ff.

¹⁰³ Criminal Appeal Act 1968 s. 2.

¹⁰⁴ Criminal Appeal Act 1968 s. 7: "... it appears to the court that the interests of justice so require ..."

¹⁰⁵ Criminal Appeal Act 1968 s. 11(3).

¹⁰⁶ Siehe dazu ausführliche Rechtsprechung bei Blackstone's Criminal Practice 2001, Rn. D22.41 ff.; Blackstone's Criminal Practice 2001, Rn. D25.40.

¹⁰⁷ Siehe dazu Criminal Appeal Rules 1968.

Obwohl der Ankläger kein Rechtsmittel gegen ein freisprechendes oder verurteilendes Urteil einlegen kann, hat er seit dem Criminal Justice Act 1972 dennoch die Möglichkeit, nach Abschluss des mit einem Freispruch endenden Verfahrens dem Court of Appeal eine im Verlauf des Verfahrens aufgetauchte Rechtsfrage zur Begutachtung vorzulegen (s. 36). Der Freispruch wird durch dieses Verfahren nicht angetastet; es dient lediglich der Klärung von Rechtsfragen. Zur Beurteilung von erfolgten und als zu milde angesehenen Strafzumessungsentscheidungen kann der Ankläger gleichfalls den Court of Appeal anrufen.¹⁰⁸ Nach Zulassung dieser sogenannten *reference for review* kann der Court of Appeal die Strafsentscheidung des erstinstanzlichen Gerichts aufheben und durch eine eigene – zumeist erschwerte – Strafe ersetzen.

Das Urteil des Rechtsmittelgerichts kann im Übrigen von beiden Parteien durch Rechtsmittel zum House of Lords angefochten werden, wenn eine Rechtsfrage von allgemeiner öffentlicher Bedeutung betroffen ist, die das Oberste Gericht für England und Wales klären sollte.¹⁰⁹

II.1.2.3. Besonderheiten des Beweisverfahrens

Sofern der Angeklagte sich nicht der Tat für schuldig erklärt, muss der Ankläger die Elemente der Straftat beweisen, welche die Schuld des Angeklagten begründen. Zum Nachweis der Tatsachen sind all die Beweise zulässig, die hinreichend relevant sind; gleichwohl verhindern bestimmte Ausschlussregeln, dass die Jury Kenntnis von Beweisen erhält, die keine direkten Beweise sind (*hearsay evidence*) oder deren Erlangung Anlass zum Ausschluss gibt.

II.1.2.3.1. Beweislastprobleme

Nur in einzelnen Ausnahmefällen hat der Angeklagte die Beweislast für seine Verteidigungseinreden. Diese sind: der Fall der Unzurechnungsfähigkeit, Fälle, die ausdrücklich im Gesetz vorgesehen sind, und indirekte, d.h. aus dem Gesetz abgeleitete Ausnahmen.

- Erhebt der Angeklagte die Einrede der Unzurechnungsfähigkeit (*insanity*), so hat er die Last des Beweises für seinen Zustand. Der Standard ist jedoch nur der der Glaubhaftmachung, dass der Grund für die Existenz der Entlastungseinrede im Verhältnis zu deren Nichtexistenz überwiegt (*on the balance of probabilities*); die klassische Definition hierfür lautet: “If the evidence is such that the tribunal can say: We think it more probable than not, the burden is discharged, but, if the possibilities are equal, it is not.” Der Nachweis muss somit nicht jeden vernünft-

¹⁰⁸ Criminal Justice Act 1988 ss. 35 f.

¹⁰⁹ Criminal Appeal Act 1968 ss. 33 f.

tigen Zweifel beseitigen (*beyond reasonable doubt*), wie es sonst generell für Beweise der Anklage die Regel ist.

- Zu den Einzelfällen, in denen die Pflicht zum Nachweis bestimmter relevanter Tatsachen durch gesetzliche Regelungen festgelegt ist, gehört auch die Einrede der verminderten Zurechnungsfähigkeit. So schreibt der Homicide Act 1957 s. 2 vor, dass im Fall der Anklage wegen Mordes die Verteidigung zu beweisen hat, dass die Verantwortlichkeit des Angeklagten vermindert war und er deshalb nicht wegen Mordes schuldig zu sprechen ist. Auch hier muss der Nachweis nur *on the balance of probabilities* geschehen. Die Erhebung der Verteidigungseinrede der verminderten Zurechnungsfähigkeit steht zur Disposition des Angeklagten. Erhebt die Verteidigung sie nicht, kann der Richter trotz Vorliegens von Anhaltspunkten diesen Punkt der Jury nicht zur Entscheidung vorlegen.

Die Verteidigung muss hinreichende Fakten für die mögliche Existenz der Verteidigungseinrede vorlegen; in Fällen der Unzurechnungsfähigkeit oder sonstiger Beeinträchtigung der Verantwortlichkeit geschieht dies durch Vorlage eines ärztlichen Gutachtens.

Hat die Verteidigung sich dieser Pflicht hinreichend wirksam entledigt – oder haben sich stichhaltige Anhaltspunkte in der Verhandlung ergeben, dass das Bestehen der Einrede nicht von der Hand zu weisen ist – kann die Frage der Jury zur Beurteilung vorgelegt werden; die Anklage hat die Beweise der Gegenseite zu entkräften. Sie hat somit die (Gegen-)Beweislast gegen die Einreden, um die Schuld des Angeklagten nachzuweisen.

Diese Grundsätze gelten für die Einrede der Provokation¹¹⁰ und der Notwehr¹¹¹ (wie für eine Reihe anderer Verteidigungen, die in diesem Projekt weniger relevant sind: Nötigungsnotstand, Notstand, unbewusstes Handeln, Trunkenheit, Alibi, Irrtum über die Einwilligung).

Besonders in Mordanklagen soll der Richter jedoch jeden Hinweis auf eine Provokationssituation aufgreifen und der Jury vorlegen, selbst wenn der Angeklagte oder die Verteidigung etwa Notwehr einwenden oder einen Unfall behaupten oder die Abwesenheit des Angeklagten vom Tatort bzw. die Begehung der Tat durch einen anderen vortragen. Die Einrede der Provokation ist somit von Amts wegen zu prüfen und die Verletzung dieser Pflicht ist ein Grund zur Anfechtung der Verurteilung.¹¹²

Bei Notwehr gilt diese richterliche Pflicht nicht. Hier scheint jedoch ein qualitativer Unterschied zwischen einer zur Rechtfertigung der Gewalthandlung vorgetra-

¹¹⁰ Blackstone's Criminal Practice 2001, Rn. F3.7; Blackstone's Criminal Practice 2008, Rn. F3.29.

¹¹¹ Blackstone's Criminal Practice 2001, Rn. F3.8; Blackstone's Criminal Practice 2008, Rn. F3.30.

¹¹² Blackstone's Criminal Practice 2001, Rn. F3.7 mit Rechtsprechungsnachweisen.

genen Einlassung der Verteidigung und der formell erhobenen Einrede mit Beweispflicht zu bestehen. Diesen Unterschied muss der Richter der Jury verdeutlichen, denn bei der informellen Verteidigung hat die Anklage die volle Beweislast, muss aber auch die Verteidigungsargumente entkäften.¹¹³

II.1.2.3.2. Fragen im Zusammenhang mit Sachverständigengutachten

Sachverständigenbeweis ist nach englischem Verständnis eine Durchbrechung des verfahrensrechtlichen Grundsatzes, dass Zeugen nur über solche Tatsachen Zeugnis ablegen dürfen, die sie selbst wahrgenommen haben. Beweis über Rückschlüsse aus derartigen Tatsachen ist nicht zulässig. Eine Aussage, deren Inhalt eine Meinung ist, darf nur bezüglich solcher relevanter Angelegenheiten erfolgen, die einer Expertise durch einen Sachverständigen bedürfen. Hiermit sollen Richter oder Geschworene mit den notwendigen wissenschaftlichen Kriterien vertraut gemacht werden, um die Genauigkeit ihrer Schlussfolgerungen zu überprüfen, damit sie sich durch Anwendung dieser Kriterien ihre eigene Meinung über die vorgelegten Beweise bilden können.¹¹⁴ Die Jury ist nicht durch die Meinung des Sachverständigen gebunden, sondern wird darüber belehrt, dass sie sich ihre eigene Meinung bilden müsse.

Im adversarischen System sind beide Parteien berechtigt, Sachverständigengutachten einzuholen; sie suchen den Sachverständigen aus und bezahlen ihn. Dadurch werden gewisse Gefahren wie z.B. bewusste oder unbewusste Parteilichkeit begründet; das englische Verfahren versucht deshalb, mit möglichst wenig Sachverständigenbeweis auszukommen. Nur wenn sich das Gericht für inkompetent hält, wird auf Sachverständigengutachten zurückgegriffen.

Hinsichtlich der Möglichkeiten, forensische Beweise vorzulegen, ist zudem der Zugang der Parteien zu den wissenschaftlichen Instituten höchst unterschiedlich: Es sind immer die Mitarbeiter der polizeilichen wissenschaftlichen Untersuchungseinrichtungen, die als Erste am Tatort sein können und deshalb entsprechend frühen Zugang zu dem Material haben und die ersten Untersuchungen durchführen. Wissenschaftliche Einrichtungen, die die Verteidigung beauftragt, sind oft nicht in der Lage, die ersten gesicherten Spuren unabhängig und befriedigend zu untersuchen. So bleibt der Verteidigung häufig nur die Möglichkeit, theoretische Zweifel an den Gutachten zu artikulieren, was angesichts der Rolle der Jury einen bedeutenden Nachteil gegenüber dem Ankläger bedeutet. Hinzu kommt der Nachteil, dass die polizeilichen wissenschaftlichen Labors und Untersuchungseinrichtungen die besten im Lande sind, sodass schon qualitativ ein Unterschied zwischen staatlichen

¹¹³ Blackstone's Criminal Practice 2008, Rn. F3.30.

¹¹⁴ Siehe Blackstone's Criminal Practice 2001, Rn. F10.13 mit Rechtsprechungsnachweisen; Blackstone's Criminal Practice 2008, Rn. F10.24.

und privaten Einrichtungen besteht.¹¹⁵ Auch der Kostenfaktor für eine Untersuchung spielt eine Rolle. Nicht zuletzt bedeutet die Aufgabe der Verteidigung, den Sachverständigenbeweis des Anklägers zu erschüttern, eine gewisse Umschichtung der Beweislast.

Diese Nachteile der Verteidigung werden auch nicht durch eine Kontrolle der Gerichte über Bestellung und Auswahl von Sachverständigen ausgeglichen. Allerdings muss deren Qualifikation und Erfahrung vom Gericht festgestellt werden, das sich hierbei durch deren Zugehörigkeit zu einer Berufsvereinigung, ihre Diplome oder Zeugnisse leiten lässt. Auch kann das Tatgericht nicht seinerseits Untersuchungen anordnen oder einen dritten unabhängigen Sachverständigen hinzuziehen.

Das Gebiet des forensischen Sachverständigenbeweises ist weitgehend unregelt. Immerhin gibt es die Pflicht, dass beide Parteien sich vor Beginn des Verfahrens gegenseitig über den Inhalt von Sachverständigengutachten unterrichten müssen.¹¹⁶ Dadurch soll verhindert werden, dass die Parteien durch Sachverständigenbeweise, deren Inhalt sie nicht kennen, in der Hauptverhandlung überrascht werden. Im Übrigen wird der Sachverständige im Hauptverfahren wie jeder andere Zeuge behandelt: Sollten Meinungsverschiedenheiten über den Inhalt oder die Schlussfolgerungen des Gutachtens bestehen, wird er im Kreuzverhör zum wissenschaftlichen Inhalt befragt.

In der Praxis wird forensischer Sachverständigenbeweis selten eingesetzt: nämlich nur in 1,7 % der registrierten Straftaten.¹¹⁷ Die Mehrzahl der einer leichten oder mittleren Straftat Verdächtigten legt ein Geständnis ab und bekennt sich schuldig. Bei den schweren Delikten jedoch, die vor dem Crown Court verhandelt werden, sind in 30 bis 40 % Sachverständige beteiligt. In Tötungsfällen werden fast automatisch forensische Untersuchungen durchgeführt; zur Feststellung der Todesursache oder sonstiger Einzelheiten ist der forensische Pathologe unumgänglich.¹¹⁸ Allerdings wird hier der Sachverständigenbeweis nicht zur Entdeckung des Täters, sondern eher zur Bestätigung des Verdachts benutzt.

Ein weiteres Problem ist die Qualität des Sachverständigenbeweises und dessen eventueller Ausschluss durch das Gericht. Die Ausschlussregel des *Police and*

¹¹⁵ Zur Organisation der forensischen wissenschaftlichen Dienste siehe *Redmayne*, *Expert Evidence*, S. 18 f. Weiterhin ausführlich *Royal Commission on Criminal Justice*, Report, S. 145 ff. §§ 6 ff.

¹¹⁶ *Police and Criminal Evidence Act 1984*; *Crown Court (Advance Notice of Expert Evidence) Rules 1987*, r. 3; ersetzt durch *Criminal Procedure Rules 2005* (SI 2005 No. 384) part 24. Zu Grundsätzen und zur Praxis der Vorausinformation ausführlich *R. v. Ward* [1993] 1 WLR 619.

¹¹⁷ Zu Einzelheiten siehe *Redmayne*, *Expert Evidence*, S. 17 f.

¹¹⁸ Zur Gewährleistung des Fortbestehens und der Arbeitsqualität der forensischen Pathologie siehe *Royal Commission on Criminal Justice*, Report, S. 152 § 38.

Criminal Evidence Act 1984 s. 78 betrifft nur Beweise der Anklage und ist auch nicht für den Ausschluss von Sachverständigenbeweisen konzipiert. Hiernach kann der Beweis ausgeschlossen werden, “if it appears to the court that the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it.” Gegen Gutachten der Verteidigung kann die Vorschrift überhaupt nicht eingesetzt werden. Die Einführung einer Regelung, die bei unzuverlässigem Sachverständigenbeweis den Ausschluss ermöglicht, wird daher befürwortet.¹¹⁹

Weitgehend anerkannt ist nunmehr auch die Bedeutung der Gutachten forensischer Psychiater und – wenn auch weit weniger – Psychologen über den Geisteszustand des Angeklagten.¹²⁰ Vom Beginn der Ermittlungen an kann psychiatrische Expertise benutzt werden: bezüglich des Haftortes einer geistig abnormen Person, ihrer Verhandlungsfähigkeit sowie ihrer Verantwortlichkeit für die Tat und der zu verhängenden Sanktion. Über den geistigen Zustand einer Person zur Tatzeit soll Sachverständigenbeweis nur erhoben werden, wenn behauptet wird, der geistige Zustand sei anormal gewesen.¹²¹ Grundsätzlich wird die Jury als befähigt angesehen, den Geisteszustand aufgrund ihrer menschlichen Erfahrung selbst zu beurteilen. Dies gilt besonders für Kriterien der Provokation, insbesondere wenn es um die *reasonableness* geht, über die ohnehin die Jury allein zu urteilen hat. Wird somit ein Beschuldigter im Rahmen der Untersuchungshaft durch Gefängnispsychiater untersucht, sollte das Ergebnis den Parteien nur bekannt gemacht werden, wenn es Anzeichen für Geisteskrankheit oder Anomalien enthält.¹²² Es hängt vom Einzelfall ab, ob das Gericht Sachverständigenbeweis zulässt. Festgelegte Kriterien gibt es hierfür nicht.¹²³

Für den Sachverständigen ist es nicht immer leicht, keine endgültige Meinung über einen Punkt zu äußern, der zum Entscheidungsbereich der Jury gehört. Das Ergebnis des Gutachtens kann für den Angeklagten eine Verteidigungseinrede begründen oder sogar das gerichtliche Urteil vorwegnehmen (*murder* oder *manslaughter*). Immerhin erlaubt die moderne Praxis dem Gutachter, aufgrund hypothetischer Tatsachen darüber zu spekulieren, ob das Verhalten des Angeklagten zur Tatzeit die geistige Anomalie zeigt, die die Verteidigung behauptet. Die Praxis ist heute liberaler als frühere Entscheidungen in dieser Hinsicht.

In der vorliegenden Untersuchung spielt insbesondere die Einrede der verminderten Zurechnungsfähigkeit und des sogenannten *battered women*-Syndroms eine Rolle, das in mehreren Tötungsfällen von (Ehe-)Partnern als Einrede gegen den

¹¹⁹ Siehe *Redmayne*, *Expert Evidence*, S. 125 ff., 137 f.

¹²⁰ Zum Gesamtkomplex *R. v. Turner* [1975] 1 QB 835. Siehe ausführlich *Redmayne*, *Expert Evidence*, S. 140 ff.

¹²¹ *R. v. Chard* (1971) 56 Cr App R 268 (CA).

¹²² Siehe z.B. *R. v. Turner* [1975] 1 QB 835.

¹²³ *Hodgkinson*, *Expert Evidence*, S. 230 f.

Mordvorwurf eingeführt wurde.¹²⁴ Psychiatrischer Beweis kann für das Vorliegen der drei Voraussetzungen der verminderten Zurechnungsfähigkeit bei Tötungsdelikten gemäß Homicide Act 1957 s. 2(1) vorgelegt werden, die die Verteidigung zu beweisen hat: (a) geistige Abnormität, die (b) auf einer abgebrochenen oder verzögerten geistigen Entwicklung oder angeborenen Ursachen beruht oder durch Krankheit oder Verletzung ausgelöst wird und (c) die geistige Verantwortlichkeit des Täters für seine Tötungshandlung wesentlich minderte.¹²⁵

Das *battered women*-Syndrom kann zunächst im Zusammenhang mit der Einrede der Provokation eine Rolle spielen.¹²⁶ Einmal kann es den wichtigen Hintergrund dafür bilden, was die Tat ausgelöst hat. Wenn ein geringfügiger Anlass den Verlust der Selbstbeherrschung auslöst, kann dies mit dem Erdulden von gewaltsamer Behandlung über einen längeren Zeitraum hinweg erklärt werden; zudem kann der medizinische Sachverständige dartun, dass das Syndrom die Persönlichkeit der Angeklagten beeinflusst haben kann. Eine Persönlichkeitsveränderung (geringes Selbstwertgefühl, Hilflosigkeit) kann ein bedeutsames Merkmal für die zweite Frage sein, welche die Jury zu entscheiden hat: nämlich ob eine vernünftige Person, die die Merkmale der Angeklagten aufweist (d.h. unter dem *battered women*-Syndrom leidet) ebenso reagiert hätte wie die Angeklagte.¹²⁷

Die Jury kann die Schlussfolgerungen des Sachverständigen akzeptieren oder zurückweisen, soll dies ohne zwingende Beweise für die gegenteilige Auffassung aber nicht tun. Bei widersprüchlichen Meinungen mehrerer Sachverständiger kann die Jury sich für eine Meinung entscheiden.¹²⁸

Das Syndrom kann aber auch bei der Einrede der verminderten Verantwortlichkeit Bedeutung gewinnen, weil ein depressiver Zustand oder extreme Stressbelastung Faktoren für die Tatbegehung waren.¹²⁹

¹²⁴ Z.B. *R. v. Emery* (1993) 14 Cr App R (S) 394; *R. v. Howell* [1988] 1 Cr App R (S) 229; *R. v. Grainger* [1997] 1 Cr App R (S) 369; *R. v. Hobson* [1998] 1 Cr App R 31; *R. v. Thornton* (No. 2) [1996] 2 All ER 1023. Siehe *Hodgkinson*, Expert Evidence, S. 229 ff.; zur kritischen Diskussion siehe *Redmayne*, Expert Evidence, S. 178 ff. mit weiteren Nachweisen.

¹²⁵ Siehe *R. v. Byrne* [1960] 44 Cr App R 246.

¹²⁶ *R. v. Thornton* (No. 2) [1996] 2 All ER 1023; zur Frage, welche Merkmale der *reasonable person* zuerkannt werden, siehe *R. v. Smith* [2000] 3 WLR 654.

¹²⁷ Zur Analyse des umstrittenen Beweises des *battered women*-Syndroms und zu dessen Wirkungsweise siehe ausführlich *Redmayne*, Expert Evidence, S. 178 ff.

¹²⁸ Siehe dazu *Hodgkinson*, Expert Evidence, S. 236 ff. mit Rechtsprechungsnachweisen.

¹²⁹ Siehe die Entscheidungen *Ahluwalia* [1992] 4 All ER 889; *Hobson* [1998] 1 Cr App R 31; *Sangha* [1997] 1 Cr App R (S) 262.

II.1.2.4. Anforderungen an die schriftliche Entscheidungsbegründung

Die Aufgaben der Urteilsfindung sind im englischen Strafverfahren zwischen dem Richter und den Geschworenen aufgeteilt: Für die Beurteilung der Schuldfrage ist die Jury zuständig; nach erfolgtem Schuldspruch ist es Aufgabe des Richters, die Strafe festzusetzen.

Bevor sich die Jury zur Beratung zurückzieht, wird sie über die rechtlichen Definitionen in Bezug auf die Tatsachen, die sie als bewiesen ansehen muss, um zu einem Schuldspruch kommen zu können, vom Richter belehrt. Er fasst die Ergebnisse der Hauptverhandlung zusammen und erklärt die rechtlichen Voraussetzungen, die für einen Schuldspruch erfüllt sein müssen.

Das Ergebnis der Jury-Beratungen – der Schuld- oder Freispruch – wird nicht begründet. Anforderungen an eine schriftliche Entscheidungsbegründung bestehen insoweit nicht.

Das Gleiche gilt für die Strafentscheidung des Richters, der grundsätzlich weder zur mündlichen noch zur schriftlichen Begründung seiner Strafentscheidung verpflichtet ist.¹³⁰ In der Mehrzahl der Fälle reicht der Hinweis aus, es handle sich um die normale Strafe für derartige Straftaten. Nur in einzelnen, gesetzlich bestimmten Fällen muss der Richter die Wahl bzw. Dauer einer freiheitsentziehenden Sanktion erklären, so z.B. wenn das Gesetz eine freiheitsentziehende Strafe gegen Jugendliche grundsätzlich untersagt und nur unter ganz bestimmten Ausnahmeumständen zulässt, die Strafe infolge der *guilty plea* gemildert wird, die schuldangemessene Strafdauer wegen des Schutzes der Öffentlichkeit überschritten wird (Gewalt- oder Sexualtaten) oder die Auferlegung einer Freiheitsstrafe anstatt einer Wiedergutmachungsanordnung erfolgt.¹³¹ Schriftliche Gründe sind nicht zu verfassen; es reicht eine mündliche Begründung aus, die protokolliert wird.

Zusätzlich ist der Richter verpflichtet, dem zu einer Freiheitsstrafe Verurteilten die praktischen Auswirkungen der verhängten Strafe zu erläutern. Zweck dieser vom Court of Appeal begründeten richterlichen Pflicht¹³² ist es, der Öffentlichkeit die Bedeutung des Urteils zu erklären, die unter Umständen die komplizierte Regelung der vorzeitigen Entlassung aus dem Strafvollzug nicht verstehen kann.

¹³⁰ Zur Begründungspflicht für Strafzumessungsentscheidungen finden sich nur wenige Hinweise in der Literatur; aufgegriffen wurde der Punkt häufiger von *Walker*, *Sentencing*, S. 7; siehe bereits zuvor *ders.*, *Sentencing in a Rational Society*, "There seems therefore a strong case for requiring sentencers to state reasons for their choices ...", S. 157 f., unter Hinweis auf *Thomas*, [1963] *Crim LR*, 243 ff.

¹³¹ Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 ss. 79(4), 80(3), 119(1) und (2), 130(3), 152(2).

¹³² Practice Direction (Custodial Sentences: Explanations) [1998] 1 *WLR* 278. Beispiele empfehlen den Wortlaut für die einzelnen Strafdauern.

Ebenso wenig wie die Verhängung der zeitigen Freiheitsstrafe bedarf die Verhängung der obligatorischen lebenslangen Freiheitsstrafe nach einer Verurteilung wegen Mordes einer Begründung.

In diesem Fall legt der Richter in einem internen Akt nur die Dauer der Mindestverbüßungszeit¹³³ fest, die begründet sein muss, aber nicht öffentlich vorzutragen ist. Sie soll nicht unter 12 Jahren betragen.

Weiterhin muss der Richter in jedem Fall einer lebenslangen Freiheitsstrafe¹³⁴ nach Anhörung der Verteidigung darlegen und begründen, welche Zeit er zur Erfüllung der retributiven und abschreckenden Erfordernisse der Strafe für notwendig erachtet (*tariff period*).¹³⁵ Diese Frist ist unabhängig von den Bedürfnissen des Schutzes der Gesellschaft und bedeutet, dass der Verurteilte nicht vor ihrem Ablauf für die vorzeitige Freilassung in Betracht kommt.

Nachdem der Lord Chief Justice zu diesem Punkt ebenfalls seine Meinung geäußert hat, geht der Bericht an den Innenminister, der jedoch weder an die Empfehlung noch an die sogenannte *tariff*-Dauer gebunden ist und seinerseits eine längere oder kürzere Dauer festlegen kann. Sobald er allerdings die Sache dem Parole Board zur Begutachtung der Freilassungschancen vorgelegt hat, kann er von seiner früheren Festlegung nicht mehr abrücken.

Nach Durchführung der Befragung in diesem Projekt ist dieses Verfahren geändert worden.¹³⁶ Die Mitwirkung des Innenministers wurde abgeschafft, sodass die Festlegung der Dauer der einzelnen Abschnitte der Freiheitsstrafe nach Verurteilung wegen Mordes vollständig in der Hand des Richters liegt. Er hat die Mindestdauer der Verbüßung (*minimum term*; früher *tariff*), die sich an der Schwere der begangenen Tat und der Schuld orientiert,¹³⁷ festzulegen und in der Verhandlung öffentlich zu begründen. Nach Ablauf dieser Mindestdauer kommt ggf. die vorzeitige Entlassung nach dem Crime (Sentences) Act 1997 s. 28(5)–(8) in Betracht.¹³⁸ Wie lange der Verurteilte nach Ablauf der Mindestverbüßungsdauer noch in Haft bleiben muss, unterliegt der Prüfung und Entscheidung des Parole

¹³³ Murder (Abolition of Death Penalty) Act 1965 s. 1(2).

¹³⁴ Für die fakultative lebenslange Freiheitsstrafe gelten die Bedingungen des Crime (Sentencing) Act 1997 s. 28: "... (3) A part of a sentence specified in an order under subs. (2)(b) shall be such part as the court considers appropriate, taking into account (a) the seriousness of the offence and (b) the effect of any direction which it would have given under s. 87 of the Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 if it had sentenced him to a term of imprisonment and ..."

¹³⁵ Blackstone's Criminal Practice 2001, Rn. E1.21 und E1.27 zu Einzelheiten des Verfahrens; Blackstone's Criminal Practice 2008, Rn. E4.1 ff. zur Rechtslage für die Zeit nach 2003.

¹³⁶ Siehe oben II.1.1.4. Für die obligatorische lebenslange Freiheitsstrafe, die lebenslange Haftstrafe für Heranwachsende und die unbefristete Haft für Jugendliche gemäß PCC(S)A 2000 s. 90 gilt nunmehr Criminal Justice Act 2003 ss. 269–277 und sched. 21 und 22.

¹³⁷ Hierbei sind die allgemeinen Grundsätze für die Festlegung der Mindestverbüßungsdauer nach Criminal Justice Act 2003 sched. 21 zu beachten.

¹³⁸ Der Richter kann bei erwachsenen Tätern die Bestimmungen für eine vorzeitige Entlassung als nicht anwendbar erklären, sodass der Verurteilte für die Zeit seines natürlichen Lebens inhaftiert bleibt (s. 269(4) C(S)A 1997).

Board, der hierfür die Gefährlichkeit des Täters und die Schutzbedürfnisse der Gesellschaft als Kriterium zugrunde zu legen hat.

Auch für Verurteilung wegen *manslaughter* kann eine fakultive lebenslange Freiheitsstrafe verhängt werden.¹³⁹ Die Voraussetzungen für die Wahl dieser Strafe für ein Tötungsdelikt sind die gleichen wie für schwere andere Gewalt- oder Sexualdelikte: Der Täter muss voraussichtlich für einen längeren Zeitraum eine Gefahr für die Allgemeinheit darstellen. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Wahl einer freiheitsentziehenden Strafe und deren Dauer müssen auch bei Verhängung der Freiheitsstrafe für *manslaughter* erfüllt sein.

II.1.3. Äußerer Rahmen der Strafvollstreckung

Die Sanktionen, die Frauen für die in diesem Projekt behandelten Straftaten zu erwarten haben, sind lebenslange oder zeitige Freiheitsstrafe von unterschiedlicher Dauer, zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe (*suspended sentence*) oder Bewährungsanordnung (*probation*) mit stationärer oder ambulanter psychiatrischer Behandlung.

Der freiheitsentziehende Strafvollzug ist, wie das gesamte System der Strafrechtsanwendung, in erster Linie auf Männer bezogen. Die Tatsache, dass Kriminalität trotz steigenden Anteils von Frauen immer noch Männersache ist,¹⁴⁰ schlägt sich in der gesetzlichen und organisatorischen Ausgestaltung des Strafvollzugs nieder.

Die Unterbringung von Frauen im Vollzug muss von der der Männer getrennt erfolgen;¹⁴¹ es gibt 15 Einrichtungen für weibliche Verurteilte, von denen jedoch nur zwei speziell für den Frauenvollzug errichtet wurden. Die übrigen sind kleinere Abteilungen in Anstalten für Männer oder Gebäude, die für den Strafvollzug für Frauen umgestaltet wurden. Dies bedeutet, dass Frauen ihre Strafe häufig weit entfernt von ihren Familien verbüßen müssen und wegen der wenigen Sicherheitsgefängnisse für Frauen auch nur selten während langer Verbüßungszeiten die Anstalt wechseln können.

Die gesetzlichen Grundlagen des Vollzugs beziehen sich in erster Linie auf beide Geschlechter, obwohl die Regeln sich nur an Männer („he“) richten; besondere Regeln für Frauen existieren nur hinsichtlich der getrennten Vollzugsgebäude (rule 9), der Haartracht und Kleidung (rule 26) sowie der körperlichen Durchsuchung (rule 39(3)). Auch für schwangere Häftlinge bestehen Sonderregelungen.¹⁴²

¹³⁹ Offences against The Person Act 1861 s. 5.

¹⁴⁰ 4 % der Gefängnispopulation waren 1996 Frauen; die Statistik weist die Zahl der Frauen mit 2.262 gegenüber 55.281 männlichen Strafgefangenen aus, Home Office, Prison Statistics 1996.

¹⁴¹ Prison Rules r. 9(1).

¹⁴² Siehe zu Einzelheiten *Livingstone/Owen*, Prison Law, chap. 11, Rn. 11.11 ff.

Allerdings ist die Anwendung derselben Regeln in der Praxis für Männer und Frauen unterschiedlich. Ein Beispiel hierfür ist die unterschiedliche Qualität der Ausbildungs- und Arbeitsmöglichkeiten.¹⁴³

Da die Einschätzung weiblicher Straftäter ambivalent ist, findet sich auch keine einheitliche Behandlungsstrategie. Frauen werden einerseits als weniger bedrohlich als Männer angesehen, andererseits ist die Gesellschaft über ihre die gesellschaftlichen Normen verletzenden Taten stärker entrüstet. Gleichgültig, ob Frauen strenger oder milder bestraft werden als Männer, bestehen Unterschiede in den verhängten Rechtsfolgen: Frauen werden eher verwarnt als mit einer Geldstrafe belegt und erhalten häufiger eine Bewährungsanordnung und seltener eine Dienstleistungs- oder eine Freiheitsstrafe. Andererseits trifft sie die Vollstreckung der Freiheitsstrafe stärker, da sie den für den Männervollzug konzipierten Regeln und Verhältnissen unterworfen sind, wegen der Entfernung von ihren Familien die Beziehungen nur unter erschwerten Umständen aufrechtzuerhalten sind und die Arbeits- und Ausbildungsmöglichkeiten im Vollzug noch immer die traditionelle Frauenrolle fördern, anstatt modernen Berufsbedürfnissen entgegenzukommen.

Zum Ende des letzten Jahrhunderts geriet der Strafvollzug für Frauen stärker in das Blickfeld der Öffentlichkeit. Die steigende Anzahl von inhaftierten Frauen, mehrere Vorfälle in den Anstalten – Frauen wurden während des Geburtsvorgangs gefesselt – und die generell nicht zufriedenstellende Situation von Frauen im Vollzug führten zu kritischen Untersuchungen und schließlich zu einigen Verbesserungen in der Praxis.¹⁴⁴ Gleichwohl bleiben die Hauptprobleme ungelöst: eine geringe Zahl von Anstalten für Frauen, viel zu wenige Plätze in besonderen Abteilungen für Mütter mit Kindern sowie eine ungenügende Vorbereitung auf die Entlassung aus dem Vollzug. Neuere Untersuchungen und Berichte fordern daher ein grundsätzliches Umdenken bezüglich des Umgangs mit Frauen in der Strafrechtspflege einschließlich des Vollzugs.¹⁴⁵

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang auch die Tendenz, Straftäterinnen eher als geistig gestört denn als schlecht zu beurteilen, sodass sie als behandlungsbedürftig gelten. Eine Angeklagte wird doppelt so häufig wie ein männlicher Delinquent mit einer psychiatrischen statt einer regulären strafenden Rechtsfolge belegt. Rechtliche Grundsätze und Gerechtigkeitsmodelle werden zugunsten von Behandlung zurückgestellt. Eine Änderung dieser Einstellung kann in der Zukunft als Folge der Tatsache eintreten, dass Frauen mittlerweile verstärkt auch schwere

¹⁴³ Zu Einzelheiten siehe *Livingstone/Owen*, Prison Law, chap. 11 mit weiteren Nachweisen.

¹⁴⁴ Siehe den Untersuchungsbericht des *Chief Inspector of Prisons*, Women in Prison.

¹⁴⁵ Siehe dazu: *Chief Inspector of Prisons*, Follow-up to Women in Prison; *ders.*, Women in Prison: A Literature Review; Corston Report; *Sandler/Coles*, Dying on the Inside. Zum Thema Frauenvollzug in jüngster Zeit: *Livingstone/Owen/MacDonald*, Prison Law, chap. 11.

Straftaten begehen und die Zahl der weiblichen Strafgefangenen ansteigt. So kann es sein, dass auch Frauen für ihr Tun für voll verantwortlich gehalten und verstärkt nach Grundsätzen des *just desert* behandelt werden.¹⁴⁶

II.1.3.1. Verkürzung des Vollzugs von Freiheitsstrafen (Aussetzung zur Bewährung; Strafnachlass gegen Arbeit etc.).

Das englische Strafvollzugsrecht (in seiner Geltung zur Zeit der Projektentwicklung) kennt kein einheitliches, für alle Modalitäten von Freiheitsstrafen geltendes Modell der Verkürzung des Strafvollzugs. Aber für alle Formen der Freiheitsstrafe gilt, dass der Verurteilte in der Regel nicht die gesamte Dauer der auferlegten Strafe in der Anstalt zubringen muss. Seit dem Criminal Justice Act 1991, der das System der vorzeitigen und bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug neu regelte,¹⁴⁷ hängen Form und Voraussetzungen der Entlassung von der Dauer der verhängten Freiheitsstrafe ab. Eine erste Zäsur liegt bei Freiheitsstrafen von vier Jahren Dauer.

- Zu Freiheitsstrafen bis zu vier Jahren Dauer Verurteilte werden nach Verbüßung der Hälfte ihrer Strafe automatisch aus der Strafhaft entlassen (*automatic conditional release*). Mit Ausnahme der zu unter zwölf Monaten Verurteilten stehen sie nach der Entlassung unter Aufsicht des Bewährungsdienstes (*probation service*), bis drei Viertel der Strafe abgelaufen sind. Für beide Gruppen wird der Zeitpunkt der Entlassung aufgeschoben, sofern für die Verletzung der Gefängnisordnung nicht weitere Tage verbüßt werden müssen. Werden bedingt Entlassene während der Bewährungszeit erneut straffällig, haben sie die nicht verbüßte Zeit im Gefängnis zu verbringen.
- Für die Entscheidung über die vorzeitige Freilassung von Häftlingen, die zu zeitiger Freiheitsstrafe von mehr als vier Jahren verurteilt sind, ist der Parole Board zuständig (*discretionary release scheme*).¹⁴⁸ Erst nach Verbüßung von mindestens der Hälfte ihrer Haftzeit können Strafgefangene in den Auswahlprozess für diese sogenannte *discretionary conditional release* gelangen. Wer als nicht geeignet für die Entlassung eingestuft wird, wird nach Verbüßung von zwei Dritteln seiner Strafe entlassen. Beide Gruppen unterliegen der Aufsicht durch den Bewährungsdienst bis zu dem Zeitpunkt, in dem drei Viertel der Strafe abgelaufen sind. Bei erneuter Verurteilung ist der verbleibende Teil der Strafe im Gefängnis zu verbüßen. Bezüglich des Freilassungsverfahrens hat der Innenminister die Befugnis, die Verfahrensregeln zu erlassen und Anweisungen zu geben. Für die Entscheidung spielen als Kriterien der Schutz der Gesellschaft vor schweren

¹⁴⁶ Zu diesem Komplex ausführlich und mit Literaturnachweisen *Crow*, Treatment, S. 11 ff.

¹⁴⁷ Siehe zur früheren Regelung (vor 1991) *Huber*, Freiheitsstrafe, S. 131 ff.; einen Überblick über die Regelung von 1991 (am 1.10.1992 in Kraft getreten) bieten *Livingstone/Owen*, Prison Law, chap. 12, S. 341 ff.

¹⁴⁸ Ausführliche Darstellung in *Livingstone/Owen*, Prison Law, chap. 12, S. 350 ff.

Schäden durch den Straftäter und die mögliche Verhinderung weiterer Straftaten sowie die Gewährleistung der Rehabilitation eine bestimmende Rolle.¹⁴⁹ Zur Vorbereitung der Auswahlentscheidung wird der Häftling interviewt; er hat seit der Reform 1991 auch Anspruch auf Einsicht der Akten, die über ihn geführt werden, und auf eine schriftliche Begründung der Entscheidung des Parole Board. Für Straftäter, deren Strafe weniger als 15 Jahre beträgt, kann der Parole Board die endgültige Entscheidung über die Freilassung treffen, bei Strafen von mehr als 15 Jahren ist er nur zur Abgabe einer Empfehlung an den Innenminister befugt, der dann seinerseits entscheidet.

Die zweite Zäsur liegt zwischen zeitiger und lebenslänglicher Freiheitsstrafe. Hierbei ist nochmals zwischen der obligatorischen und der im Ermessen des Richters stehenden lebenslänglichen Freiheitsstrafe zu unterscheiden. Auffällig ist in diesem Bereich die starke ministerielle Beteiligung am Entscheidungsprozess: So wurden 1997/98 monatlich 53 Fälle hinsichtlich der Festlegung des *tariff*, der Verlegung in den offenen Vollzug und der vorzeitigen Freilassung bearbeitet.

- Die Mindestdauer der Verbüßung einer obligatorisch für Mord zu verhängenden Freiheitsstrafe richtet sich nach dem vom Tatrichter und vom Lord Chief Justice dem Innenminister empfohlenen *tariff*, der die Schwere der Straftat markiert.¹⁵⁰ Etwa 3½ Jahre bevor diese *tariff*-Periode ausläuft wird der Fall des Häftlings dem Parole Board vorgelegt. Dieser prüft, ob die erzielten Fortschritte (*good progress*) die Verlegung in den offenen Vollzug und in etwa ein bis zwei Jahren danach eine Prüfung der Eignung für die vorzeitige Entlassung rechtfertigen. In seiner Empfehlung für die Verlegung muss der Parole Board die Entwicklung des Häftlings und das Risiko für die Gesellschaft beurteilen. Wenn die Fortschritte gut sind und das Risiko minimal ist, kann der Staatssekretär über die Verlegung bzw. der Innenminister über die Entlassung entscheiden.¹⁵¹
- Strafgefangenen, die zu einer fakultativen lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt wurden, ist die Mindestdauer der Verbüßungszeit (*relevant part*) bei Verkündung des Urteils bereits mitgeteilt worden. Die Überprüfung ihrer Haftzeit erfolgt durch den Parole Board in derselben Weise wie bei der obligatorischen lebenslangen Strafe. Die Verlegung in den offenen Vollzug findet auf Empfehlung des Parole Board durch ministerielle Entscheidung statt. Wird sie versagt, beurteilt der Parole Board nach Ablauf der Mindestverbüßungsdauer die Möglichkeit der vorzeitigen Entlassung. In dieser Sitzung des Discretionary Lifer Panel kann der Häftling anwesend und durch einen Rechtsbeistand vertreten sein.

¹⁴⁹ Criminal Justice Act 1991 s. 32(6); siehe auch Directions for the Release and Recall of Determinate Sentence Prisoners, 1992 und 1996. Zu Einzelheiten siehe den Bericht des Carlisle Committee, Parole System; Hood/Shute, Parole System.

¹⁵⁰ Siehe zum *tariff* oben II.1.1.4. und II.1.2.4.

¹⁵¹ Zu Einzelheiten des Verfahrens siehe Livingstone/Owen, Prison Law, chap. 13.

Vorzeitige Entlassung aus dem Strafvollzug kann jederzeit durch den Innenminister verfügt werden, wenn ein besonderer Härtefall wegen sogenannter *compassionate grounds* vorliegt.¹⁵²

Die Regelung von 1991 wurde durch den Criminal Justice Act 2003 part 6 neu strukturiert. Die Unterscheidung zwischen Langzeit- und Kurzzeitstrafgefangenen wurde aufgehoben. Alle Strafgefangenen werden seit 2003 automatisch nach Verbüßung der Hälfte ihrer Strafe unter Auflagen freigelassen. Die Aufgabe des Parole Board konzentriert sich auf die Täter, die wegen gefährlicher oder sexueller Straftaten zu verlängerter Freiheitsstrafe verurteilt wurden; außer wenn der Parole Board ihre frühere Freilassung empfiehlt, müssen sie die gesamte Zeit ihrer Freiheitsstrafe verbüßen. Nach Freilassung unterliegen sie der Aufsicht.¹⁵³

Im Rahmen des Themas dieser Untersuchung ist weiterhin auf den Vollzug von Rechtsfolgen hinzuweisen, die der Behandlung psychischer Krankheiten dienen. Nach s. 37 Mental Health Act 1983 kann eine Einweisung in ein Krankenhaus (*hospital order*) erfolgen, sofern die Krankheit behandelbar ist. Die Entlassung erfolgt nach Heilung. Zusätzlich zur Einweisungsanordnung kann eine *restriction order* ergehen, die für die Verlegung oder Entlassung der Patientin die Zustimmung des Ministers oder des Mental Health Review Tribunal voraussetzt. Die Entlassung kann auch bedingt erfolgen, wobei die ambulante Weiterbehandlung sowie Aufsicht in der Gesellschaft gewährleistet wird. Seit dem Crime (Sentences) Act 1997 gibt es zudem die *hospital and limitation direction* für Personen, die unter einer behandelbaren psychopathischen Störung leiden. Sie werden zu einer Freiheitsstrafe verurteilt, jedoch zunächst zur Behandlung in ein Krankenhaus eingewiesen. Falls die Behandlung nicht anschlügt oder die Patientin nicht kooperativ ist, wird diese ins Gefängnis überstellt, um die Strafe dort zu verbüßen.

II.1.3.2. Substanzielle Vollzugslockerungen (Freigang, offener Vollzug)

Während des Strafvollzugs durchläuft jeder Häftling je nach Art seiner Strafe mehrere Stationen.¹⁵⁴

- Lebenslange Freiheitsstrafe: Nach der Verurteilung werden Häftlinge in einem *main centre* auf den Vollzug vorbereitet, d.h., sie werden in das Vollzugsleben eingeführt, eingestuft (je nach Gefährlichkeitsgrad in A-, B- und C-Häftlinge) und erhalten einen Vollzugsplan. Sie verbleiben in diesen Zentren etwa drei Jahre. Frauen werden mit Ausnahme der gefährlichen, die zur Kategorie A gehören,

¹⁵² Criminal Justice Act 1991 s. 36 und Crime (Sentences) Act 1997 s. 30.

¹⁵³ Siehe zu Einzelheiten *Taylor/Wasik/Leng*, Guide to The Criminal Justice Act 2003, S. 259 ff.; *Livingstone/Owen/MacDonald*, Prison Law, chaps. 13 und 14. Die vorzeitige Freilassung aus lebenslanger Freiheitsstrafe richtet sich nach dem Crime (Sentences) Act 1997 part 2.

¹⁵⁴ Geregelt ist der Vollzugsgang durch das Lifer Manual 1996 der Parole and Lifer Review Group des Gefängnisdienstes. – A Guide for members of the prison and probation services working with life sentence prisoners.

als entweder für offene oder für geschlossene Anstalten geeignet klassifiziert. Sie bleiben bis etwa zur Hälfte der Vollzugsdauer in dem *main centre* und werden dann in eine weitere geschlossene Anstalt verbracht. In dieser zweiten Station des Vollzugs ändert sich der Vollzugsstil insofern, als jetzt alle Maßnahmen auf die erste Überprüfung durch den Parole Board ausgerichtet werden sollen. Bisher erreicht die Praxis dieses angestrebte Ziel jedoch nicht, da die physischen und psychischen Bedürfnisse weiblicher Häftlinge kaum bekannt sind bzw. nicht berücksichtigt werden. In diesem Stadium sollen die Häftlinge auf die Vor-Entlassungsphase in einer offenen Einrichtung vorbereitet werden, sobald der Parole Board bestätigt hat, dass die bisherigen Vollzugsphasen befriedigende Fortschritte gebracht haben. In diesen Einrichtungen der Kategorie D sollen die Häftlinge stärkeren Herausforderungen ausgesetzt werden, bevor sie am sogenannten *pre-release employment scheme* teilnehmen oder in Einrichtungen zur Wiedereingliederung (*resettlement prison*) untergebracht werden, um auf das Leben in Freiheit vorbereitet zu werden. Der Parole Board prüft alsdann die Möglichkeiten für eine Entlassung aus dem Vollzug. Sie findet immer „on licence“ statt, d.h. unter bestimmten Bedingungen, die von Bewährungshelfern begleitet und überwacht werden.¹⁵⁵

- Der Vollzug der zeitigen Freiheitsstufe ist weniger eingehend auf die Vorbereitung der Entlassung ausgerichtet. Einen Einschnitt bildet auch hier die Überprüfung der Geeignetheit zur Entlassung durch den Parole Board.

II.2. Befragung der Landesjuristen

II.2.1. Bildung der Stichproben

Die zu befragenden Personen wurden unter beratender Mitwirkung englischer Praktiker und akademischer Kollegen ausgewählt, die auch bei der Kontaktaufnahme behilflich waren. Es wurden insgesamt 13 Interviews mit Richtern (4), Strafverteidigern (2), Staatsanwälten (3), Angehörigen der Polizei (2) und Strafrechtsprofessoren (2) durchgeführt. Alle Gesprächspartner hatten langjährige Berufserfahrung in der strafrechtlichen Praxis (als Anklagevertreter und Verteidiger sowie z.T. danach als Richter) und Lehre. Von den Richtern waren zwei in der Rechtsmittelinstanz (Court of Appeal) und zwei in der Tatsacheninstanz (Crown Court) tätig. Die Staatsanwälte und Polizeibeamten gehörten den Staatsanwaltschaften bzw. den Polizeibehörden der Metropole London sowie zweier kleinerer Städte im Süden Englands an. Die Strafverteidiger waren Partner zweier Londoner Kanzleien; einer von ihnen war *solicitor*, also im Vorfeld des gerichtlichen Straf-

¹⁵⁵ Zu Einzelheiten der Arbeit des Lifer Review Board siehe *Livingstone/Owen*, *Prison Law*, chap. 13, S. 396 ff., und chap. 14, S. 401 ff., bezüglich der Freilassung der zu einer nicht obligatorischen lebenslangen Freiheitsstrafe Verurteilten.

verfahrens tätig, der andere war als *barrister* für die forensischen Strafverteidigungsaufgaben vor Gericht zuständig. Von den Strafrechtsprofessoren war einer führender Strafrechtstheoretiker, der andere Spezialist für Strafzumessung; beide lehrten Strafrecht an einer der führenden Universitäten des Landes.

II.2.2. Verlauf der Gespräche

Die Befragung fand in der Zeit vom 15. bis 30.1.1997 in London, Cambridge, Brighton und Lewes statt. Zur Vorbereitung der Interviews waren jedem Gesprächspartner die Fallvarianten zuvor in englischer Sprache mitgeteilt worden, dennoch waren die Befragten unterschiedlich vertraut mit den Fällen. Die Interviews selbst fanden auf Englisch statt; sie dauerten zwischen einer und zwei Stunden und wurden auf Tonband aufgezeichnet. Bereits in der Vorbereitungsphase der Befragungen zeigten die ausgewählten Personen freundliches Interesse an dem Projekt und widmeten sich dann mit Geduld und großer Sachkenntnis der Beantwortung der Fragen, obwohl sich diese inhaltlich stark am kontinentalen Rechtsdenken orientierten. Aus diesem Grund wurden die nach einem einheitlichen Interviewfragebogen gestellten Fragen gelegentlich nicht gleich verstanden und mussten erklärt werden. Im Verlauf der Befragung ergaben sich bestimmte Antworten aus dem, was bereits zuvor erläutert worden war; manche Fragen wurden nach der ersten Fallvariante nicht wiederholt. Bei Sachfragen, über die zu entscheiden der Jury obliegt oder deren Beurteilung von einem Sachverständigengutachten abhängt, war die Beantwortung eher zögernd und vage. Für bestimmte Teilbereiche – wie etwa die Praxis des Strafvollzugs – fühlten sich die Befragten nicht zuständig und wussten wenig dazu zu sagen.

III. Beurteilung der Fallvarianten

III.1. Fallvariante 1

Die Ehe von O und T ist zerrüttet, seit der O arbeitslos geworden ist und jeden Tag große Mengen Alkohol trinkt. Es kommt zu ständigen Streitereien, bei denen der O die T immer wieder heftig schlägt.

T will die Misshandlungen nicht mehr länger erdulden und wartet nur noch auf einen günstigen Augenblick, um O umzubringen. Als sie eines Abends sieht, dass er eingeschlafen ist, erschlägt sie ihn mit einem bereitgestellten Beil.

III.1.1. Materielle rechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.1.1.1. Tatbestandliche Einstufung

Die rechtlichen Vorgaben im Bereich der vorsätzlichen Tötungsdelikte sind relativ einfach: Grundsätzlich ist jede Tötung zunächst *murder*. Nur wenn bestimmte Umstände vorliegen, kann die Tat von Mord zu Totschlag (*manslaughter*) herabgestuft und mit einer anderen als der obligatorischen lebenslangen Freiheitsstrafe geahndet werden. Qualifikationen kennt das englische Recht nicht. Der Ausgangstatbestand ist daher auch für die Strafverfolgungsbehörden und die Anklageerhebung in der Regel *murder*. Die Herabstufung erfolgt (abgesehen von ganz eindeutigen Fällen oder nach Absprache) erst im Hauptverfahren und letztlich durch die Entscheidung der Jury. Dieser darf und will die Anklage nicht vorgeifen. Somit stellt sich ihr die Frage letztlich auch nicht.

In der Fallvariante 1 ordneten die Gesprächspartner den Fall ganz überwiegend dem Ausgangstatbestand *murder* zu: 10 Befragte taten dies ohne jeden Zweifel, letztlich waren auch die 3 übrigen entschieden dieser Meinung, wiesen jedoch kurz auf das Bestehen einer möglichen Ausnahme im Fall offensichtlich verminderter Verantwortlichkeit oder eindeutiger Provokation hin.

Noch eindeutiger war die Prognose bezüglich der Anklage: Niemand zweifelte daran, dass nur wegen *murder* angeklagt werden würde.

Frage: Would *murder* be the appropriate or likely charge in the case? (Wäre *murder* der richtige oder wahrscheinliche Beschuldigungstatbestand bei Fallvariante 1?)

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Murder	12	1	–	–	–	–	13
Manslaughter (Privilegierung)	–	–	–	1	12	–	13

Tabelle 1-1.1: Tatbestandliche Einstufung (Anklage)

Hinsichtlich der Prognoseentscheidung des Gerichts zeigte sich in den Antworten bereits ein Grundzug des englischen Strafverfahrens: Der Ausgang eines Verfahrens ist letztlich wegen der Unberechenbarkeit der Geschworenen kaum vorherzusagen. Er hängt in diesem Fall von der Beweislage, dem Inhalt des psychiatrischen Gutachtens, dem Verhalten der Angeklagten in der Hauptverhandlung und der emotionalen Beeindruckbarkeit der Jury ab. Dennoch wiederholte sich hinsichtlich des Schuldspruchs die Einschätzung der allgemeinen Zuordnung: 4 Befragte waren eindeutig der Ansicht, das Gericht werde wegen *murder* verurteilen, 6 teilten tendenziell diese Meinung. Die Polizeikommissare schienen unentschieden und gaben zu bedenken, dass der Ausgang des Verfahrens vom Eindruck der Angeklagten in der Hauptverhandlung abhänge, besonders weil das Thema der ge-

schlagenen Frau emotional belegt sei; einer gab einer Verurteilung wegen *manslaughter* eine gewisse Chance.

Frage: Do you think that the defendant will (indeed be prosecuted and) found guilty of murder? (Glauben Sie, die Frau wird wegen *murder* [angeklagt und] schuldig gesprochen werden bei Fallvariante 1?)

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Murder	4	6	2	1	–	–	13
Manslaughter	–	1	2	6	4	–	13

Tabelle 1-1.2: Tatbestandliche Einstufung (Gericht)

Es wurde auch von niemandem angenommen, dass die Frage des Vorsatzes in der Fallvariante 1 ein Problem werden könnte, zumal nach englischem Recht der Vorsatz der schweren Körperverletzung für die Verurteilung wegen *murder* ausreicht. Da T auf die Gelegenheit gewartet hatte, O umzubringen, und auch ein Werkzeug bereitgestellt hatte, wurde nicht bezweifelt, dass sie ihn entweder schwer verletzen oder töten wollte.

III.1.1.2. Verteidigungseinreden

Als Verteidigungseinrede kommen im Zusammenhang mit Mord die allgemeine Einrede der Notwehr sowie die strafmildernden besonderen Einreden der verminderten Zurechnungsfähigkeit und der Provokation in Betracht. Bei Fallvariante 1 scheiden Notwehr und Notwehrexzess aus und wurden auch in der Befragung ebenso wenig wie Notstand erörtert.

Naheliegend ist eher die Störung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit durch *verminderte Zurechnungsfähigkeit (diminished responsibility)*. Diese müsste sich auf das *battered women*-Syndrom oder auf *Depression* stützen. Der ständige Angstzustand, in dem sich die T wegen der bereits länger dauernden Gewalttaten des O befand, könnte die Grundlage für ein Maß an seelischer Störung bilden, das zur Anerkennung dieser Einrede durch die Jury führen könnte. Voraussetzung ist allerdings ein ärztliches Gutachten, das diese seelische Störung bejaht.

Die Antworten der Befragten zeigten, dass man in dieser Fallvariante über das Vorliegen einer Störung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit ganz unterschiedlicher Meinung sein kann. Jedenfalls war klar zu erkennen, dass eine gewisse Chance für die Einrede der *diminished responsibility* aufgrund des *battered women*-Syndroms oder von Depression nur mithilfe eines überzeugenden Gutachtens gegeben wäre. Letztlich gingen 11 Befragte von einer Verurteilung wegen Mordes aus, 4 von ihnen glaubten nicht an das Eingreifen der Einrede.

Die Einrede der *Provokation* setzt einen plötzlichen Verlust der Selbstbeherrschung voraus, der allerdings nach neuerer Rechtsprechung nicht mehr durch eine unmittelbar vorhergehende Handlung ausgelöst sein muss, sondern auch durch Dauerbelastung ohne direkte Provozierhandlung aufbrechen kann.

Für die Fallvariante 1 waren die Befragten aber sehr skeptisch, dass die sorgfältig geplante Tat als eine Provokationsreaktion anerkannt werden würde.

III.1.1.3. Strafraumenbestimmung und konkrete Strafzumessung

Die Verurteilung wegen *murder* zieht notwendigerweise lebenslange Freiheitsstrafe nach sich. Für Strafschärfungs- oder Milderungsgründe ist hier kein Platz, dem Richter ist jedes Ermessen in dieser Entscheidung entzogen. Individuelle Umstände würden nur in die richterliche Empfehlung an den Innenminister einfließen, der über die Dauer der tatsächlichen Verbüßung zu entscheiden hat.

Wenn eine der *defences* durchgreifen und eine Verurteilung wegen *manslaughter* stattfinden würde, könnte der Richter zwar ebenfalls die lebenslange Freiheitsstrafe wählen, hätte aber auch die Möglichkeit, eine zeitige Freiheitsstrafe in beliebiger Höhe sowie jede andere Rechtsfolge zu verhängen, die er unter Berücksichtigung der Schwere und der Umstände der Tat, der Rückfallneigung, der künftigen Gefährlichkeit der Schuldigen, ihrer seelischen Belastung bei der Tat und ihrer psychischen Behandlungsbedürftigkeit sowie ihrer familiären Umstände für angemessen hält.

Die Gesprächspartner hatten wenig Anlass, zu Milderungs- oder Erschwerungsgründen in dieser Fallvariante Aussagen zu machen, weil hierfür allenfalls hypothetisch Gelegenheit war.

Gesprächspartner	Prognose des Beschuldigungstatbestands	Prognose der gerichtlichen Entscheidung	Prognose der Sanktion
Strafrechtslehrer (1)	Murder	Murder	Lebenslang – wenn manslaughter: 2 oder 3 Jahre; ggf. keine Freiheitsstrafe
Strafrechtslehrer (2)	Murder	Murder – Gutachten ggf. manslaughter	Lebenslang – wenn manslaughter: 4–5 Jahre; ggf. keine Freiheitsstrafe
Richter (1. Inst.) (3)	Murder	Voraussichtlich murder, ggf. manslaughter	Lebenslang – wenn manslaughter: 2 oder 3 Jahre; ggf. Einweisung zur Behandlung
Richter (1. Inst.) (4)	Murder	Murder	Lebenslang – wenn manslaughter: 8 Jahre

Richter (Rm.Inst.) (5)	Murder	Murder	Lebenslang – wenn manslaughter: 7 Jahre
Richter (Rm.inst.) (6)	Murder	Murder	Keine Aussage hierzu
Staatsanwalt (7)	Murder	Murder, bei Mitleid manslaughter	Lebenslang – wenn manslaughter: 0–15 Jahre; ggf. Unterbringung bei Gefahr; keine Gefahr – ggf. Bewährung
Staatsanwalt (8)	Murder	Murder, bei Gutachten ggf. manslaughter	Lebenslang – wenn manslaughter: 5 Jahre; verminderte Zurechnungsfähigkeit; Bewährung – 7 Jahre
Staatsanwalt (9).	Murder	Murder, ggf. manslaughter	Lebenslang – wenn manslaughter: breite Spanne, ggf. Bewährung
Strafverteidiger (barrister) (10)	Murder	Murder, ggf. manslaughter (60 zu 40 %)	Lebenslang – wenn manslaughter: 3 Jahre
Strafverteidiger (solicitor) (11)	Murder	Unentschieden, ggf. manslaughter	Lebenslang – wenn manslaughter: 5 Jahre
Polizeibeamter (12)	Murder	Murder – manslaughter (50 zu 50 %)	Lebenslang – wenn manslaughter: 2–4 Jahre
Polizeibeamter (13)	Murder	Ggf. manslaughter	Lebenslang – manslaughter: 0–2,5 (ggf. wegen U-Haft-Anrechnung)

Tabelle 1-1.3 Prognose der befragten Berufsgruppen

III.1.2. Einflüsse des Strafverfahrens

III.1.2.1. Einflussnahme der Verfahrensbeteiligten auf Spruchkörper und Verfahrensart

Auf Spruchkörper und Verfahrensart kann weder die Anklagebehörde noch die Verteidigung bei Tötungsdelikten Einfluss nehmen. Für Tötungsdelikte als schwerste Deliktsart überhaupt ist das Geschworenengericht im formellen Verfahren zuständig; ein anderes Gericht kommt nicht in Betracht. Das Schuldurteil fällt die Jury, die Strafmaßentscheidung liegt in der Hand des Berufsrichters, sofern nicht auf *murder* erkannt wird.

III.1.2.2. Besonderheiten des Beweisverfahrens

Das englische Verfahrensrecht sieht ein Parteienverfahrensmodell vor, in dem die Beweisführung durch Anklage und Verteidigung bei weitgehend passivem Ge-

richt erfolgt. Die Regeln der Beweisführung und des Ausschlusses von Beweisen sind geprägt von der Tatsache, dass ein Laiengremium das entscheidende Organ ist. Die Grundsätze der Unmittelbarkeit und der Mündlichkeit genießen daher Vorrang vor anderen Beweisführungsmodalitäten. Die Beweislastverteilung wird bei Einreden gegen den Anklagevorwurf abgeändert: Im Fall der Geltendmachung der verminderten Zurechnungsfähigkeit hat die Verteidigung Tatsachen vorzutragen und nachzuweisen, die diesen Zustand als wahrscheinlich erscheinen lassen (*on the balance of probabilities*). Die Anklage muss die Tatsachen durch andere Beweise entkräften, um die Schuld *beyond reasonable doubt* zu beweisen.

Beide Parteien bedienen sich für ihre Beweisführung über den Geisteszustand von Angeklagten der Gutachten von Sachverständigen. Dies ist zwar gesetzlich nicht vorgeschrieben, doch geht die gerichtliche Praxis davon aus, dass ein derartiges Gutachten in Strafsachen wegen Mordes obligatorisch ist.

Bei Einreden der Provokation und der Notwehr sind Gutachten von Sachverständigen nicht notwendig, weil davon ausgegangen wird, dass die in diesem Zusammenhang auftretenden psychischen Gegebenheiten von der Jury aufgrund ihrer Erfahrung ohne Sachverständigenbeistand beurteilt werden können.

Die Befragung bestätigt die rechtlichen und tatsächlichen Erfordernisse: Die wesentliche Bedeutung eines psychiatrischen Gutachtens wurde von allen, denen die Frage nach den Aussichten der Erhebung einer Einrede der verminderten Zurechnungsfähigkeit in der ersten Fallvariante gestellt wurde, bejaht. Vom Ergebnis der Begutachtung hängt ab, ob die Einrede der *diminished responsibility* überhaupt erhoben wird. Wie einer der Verteidiger unter den Befragten bemerkte, bedeutet es einen gewissen Aufwand für die Verteidigung, einen solchen Spezialisten zu finden. Auch die Erhebung der Tatsachen durch Befragung von Familienmitgliedern, Freunden und Kollegen der Angeklagten über deren äußere und seelische Verhältnisse bedeutet einen gewissen Aufwand für die Verteidigung.

III.1.2.3. Anforderungen an die Entscheidungsbegründung

Der Schuldspruch wird nicht begründet, da die Jury hierzu nicht verpflichtet ist. Die Strafzumessungsentscheidung wird mündlich begründet und stenografisch mitgeschrieben. Sie entfällt im Fall der obligatorischen lebenslangen Freiheitsstrafe, die keiner Begründung bedarf, da sie gesetzlich vorgeschrieben ist.

III.1.2.4. Verteidigungsstrategie und Absprachen

Als *Verteidigungsstrategie* liegt in Fällen der langanhaltenden Misshandlung die Erhebung der Einreden der verminderten Zurechnungsfähigkeit und der Provokation nahe. Die Gesprächspartner erörterten diese Möglichkeiten fast alle und befügworteten sie.

Absprachen in der Form eines Schuldanerkenntnisses für *manslaughter* sind in der Praxis durchaus üblich, besonders wenn es sich um die Einrede der verminderten Zurechnungsfähigkeit handelt. Weniger wohl bei Provokationsverteidigung. Je nach dem Gewicht der Gutachten, die von Verteidigung und Anklage vorliegen, kann in Ausnahmefällen der Mordvorwurf in *manslaughter* umgewandelt werden. Aber selbst wenn die Angeklagte im Ermittlungsverfahren zu verstehen gibt, dass sie sich des Mordes für unschuldig hält, aber des Totschlags für schuldig bekennen würde, kann die Anklage die Mordanklage aufrechterhalten. Sie kann jedoch in der Hauptverhandlung das Schuldanerkenntnis annehmen. Allerdings kann der Richter auf der Durchführung der Hauptverhandlung wegen Mordes bestehen. Allgemeine Strategien lassen sich nicht ableiten; es kommt auf die Situation des Einzelfalls, die Beweislage, die Gutachteninhalte und die Einschätzung der Juryentscheidung an.

Als Ergebnis der Befragung zur Zweckmäßigkeit und zur Aussicht der Einrede der verminderten Zurechnungsfähigkeit in Fallvariante 1 äußerten sich 12 Gesprächspartner (vorsichtig) positiv, nur einer hatte Bedenken. Aber auch die Geltendmachung der Provokationseinrede wurde von 10 Befragten in die Erwägung einbezogen, 2 waren dagegen, 1 unentschieden. Es wurde aber stets auf die Stärke und Übereinstimmung der Gutachten von Verteidigung und Anklage sowie die Prognose der Auswirkungen dieser Gutachten auf die Jury hingewiesen. Aber wie ein befragter Verteidiger anmerkte, verurteilt die Jury in Fällen wie dem vorliegenden nicht gerne wegen *murder*, weil die Folge dann die obligatorische lebenslange Freiheitsstrafe ist. Die Scheu der Jury, diese Verantwortung zu übernehmen, könnten die Verteidiger für ihre Strategie nutzen.

III.1.3. Einflüsse der Strafvollstreckung

Bei der richterlichen Sanktionsverhängung im Fall eines Schuldspruchs wegen Mordes gibt es keinen Einfluss, denn der Richter ist gezwungen, die lebenslange Freiheitsstrafe auszusprechen. Allenfalls in die Empfehlung an den Innenminister über die aus Schuldangemessenheit und Gründen der Generalprävention für zweckmäßig gehaltene Mindestverbüßungsdauer könnten Erwägungen über die Strafvollstreckungsverhältnisse einfließen. Wieweit dies tatsächlich geschieht, wurde in den Interviews nicht berührt. Es scheint vielmehr so zu sein, dass – wie ein Tatrichter vom Central Criminal Court ausführte – täterrelevante Faktoren bei der Empfehlung eine Rolle spielen können: Vorstrafen, Schwere der erlittenen Misshandlungen, Verhältnis Täter – Opfer, Nachtatverhalten, Reue.

Ob im Fall der Verurteilung wegen *manslaughter*, die dem Richter die volle Ermessensfreiheit über die Rechtsfolge bis hin zur fakultativen lebenslangen Freiheitsstrafe eröffnet, die Auswirkungen der guten Führung oder der gesetzlich bestimmten vorzeitigen Entlassung nach Verbüßung der Hälfte oder von zwei Dritteln bei zeitiger Freiheitsstrafe in das Strafmaß einfließen, wurde in den Befragungen ebenfalls nicht berührt.

III.1.3.1. Tatsächliche Haftdauer

Der tatsächlichen Haftdauer liegt bei obligatorischer lebenslanger Freiheitsstrafe eine Entscheidung des Parole Board und des Innenministers zugrunde. Die in der tatrichterlichen Empfehlung enthaltene Mindestverbüßungsdauer kann dabei berücksichtigt werden, muss aber nicht. Sie darf allerdings nicht unterschritten werden, wohl aber überschritten, wenn den beiden Organen, die über die vorzeitige Entlassung entscheiden, das Vollzugsziel nicht erreicht erscheint, die Führung im Strafvollzug als nicht hinreichend gut beurteilt oder eine Gefährdung der Gesellschaft befürchtet wird.

Das Gleiche gilt bei fakultativer lebenslanger Freiheitsstrafe, da auch in diesem Fall eine Empfehlung des Richters und des Lord Chief Justice die Entscheidung des Parole Board und des Innenministers beeinflussen kann. Der Parole Board entscheidet über die Freilassung nach Ablauf der empfohlenen Mindestverbüßungsdauer.

Bei zeitiger Freiheitsstrafe bis zu zwölf Monaten erfolgt die Entlassung automatisch nach Verbüßung der Hälfte der Strafzeit, das Gleiche gilt für Strafen von einem bis zu vier Jahren Dauer, doch wird der Entlassene in diesem Fall unter Bewährungsaufsicht gestellt. Längere zeitige Freiheitsstrafen werden vom Parole Board nach Verbüßung der Hälfte der Zeit überprüft. Nach Ablauf von zwei Dritteln kann die Freilassung erfolgen; längere Aufsicht ist vorgesehen.¹⁵⁶

Befragt nach der voraussichtlichen Verbüßungsdauer im Anschluss an einen Schuldspruch wegen Mordes, also der obligatorischen Freiheitsstrafe, zeigten sich die Befragten mit den Voraussetzungen der Freilassung und den Einzelheiten der Regelung der richterlichen Empfehlungspflicht nicht sehr vertraut. Sie nannten als voraussichtliche Höhe der *tariff*-Dauer dreimal 10 bzw. 10 bis 12 Jahre, einmal 8 bis 10 Jahre, einmal 4 bis 5 Jahre; die Übrigen äußerten keine Vorhersage. Im Fall guter Führung rechneten sie der T aber gute Chancen aus, bei der ersten Prüfung des Parole Board freigelassen zu werden.

Schätzungen der ausgeworfenen Freiheitsstrafe nach einer Verurteilung wegen *manslaughter* variierten entsprechend dem Grund der Herabstufung. Bei verminderter Zurechnungsfähigkeit reichte die Skala je nach der Gefährlichkeit des Zustands von unbegrenzter Unterbringung in einer Heilanstalt bis zu Anordnung einer Bewährungsstrafe oder von Bewährungsstrafe bis etwa 7 bzw. 8 Jahre Freiheitsentzug; aber es wurden auch Zeiten zwischen 2 und 4 Jahren genannt. Ein einheitliches Bild konnte sich nicht ergeben, weil die Befragten ihrer Ansicht nach zu wenig relevante Kriterien kannten, wie etwa: Rückfallgefahr, Vorstrafen, Schwere und Dauer der psychischen Störung, Familienverhältnisse, Kinder oder die Dauer einer Untersuchungshaft.

¹⁵⁶ Rechtsgrundlage der Entlassungsregelung ist der Criminal Justice Act 1991, Teil II.

Im Fall der Herabstufung wegen Provokation wurden 3, 5 und 7 Jahre Freiheitsstrafe genannt. Auf die Freilassungsregelungen und deren Auswirkungen auf die ausgeworfenen Freiheitsstrafen bzw. die tatsächliche Haftdauer wurde nicht eingegangen.

III.1.3.2. Vollzugslockerungen

Diese Frage wurde im Interview nicht angesprochen, es ergaben sich auch im Lauf des Gesprächs keine beiläufigen Stellungnahmen hierzu.

III.2. Fallvariante 2

Die Ausgangssituation ist unverändert.

T ist aufgrund der desolaten Situation völlig verzweifelt. Eines Abends wird sie beim Anblick des nach starkem Alkoholkonsum eingeschlafenen O plötzlich von ihren Gefühlen überwältigt, ergreift einen schweren Gegenstand und erschlägt ihn.

III.2.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.2.1.1. Tatbestandliche Einstufung

Die Gesprächspartner wurden nicht nach ihrer Einschätzung der Einordnung dieser Fallvariante befragt. Da das englische Recht nicht von einem eigenständigen Totschlagstatbestand ausgeht, liegt eine derartige Einschätzung eher fern. Immerhin äußerte aber mehr als die Hälfte der Befragten (7) im Gespräch beiläufig die Ansicht, dass der Ausgangstatbestand, also *murder*, erfüllt sei; 4 waren unentschieden und 2 hielten tendenziell einen Privilegierungsgrund für gegeben.

Ganz eindeutig war die Stellungnahme zur *Form der Anklage*: 12 Befragte waren überzeugt, dass auch in dieser Variante die Staatsanwaltschaft nur wegen *murder* anklagen kann. Dies ist kaum anders zu erwarten, da die Staatsanwaltschaft nicht die Privilegierung infolge einer Provokation, die bei dieser Sachlage wohl naheliegen könnte, vorwegnehmen darf. Dies ist Aufgabe der Jury, der die Frage vorgelegt werden muss.

Frage: Would *murder* be the appropriate or likely charge in this case? (Wäre *murder* der geeignete oder wahrscheinliche Beschuldigungstatbestand in Fallvariante 2?)

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Murder	11	1	–	–	–	1	13
Manslaughter (Privilegierung)	–	–	–	1	11	1	13

Tabelle 2-2.1: Tatbestandliche Einstufung (Anklage)

Bei der Vorhersage der gerichtlichen Einstufung neigten alle Befragten zu Zweifeln, dass wegen *murder* verurteilt werde, und sahen eher die Chance der Anerkennung einer Privilegierung gegeben, die zur Totschlagsverurteilung führen könnte. Es wurden die Einreden verminderte Zurechnungsfähigkeit und Provokation erörtert. Der ersten räumten die Gesprächspartner gewissen Erfolg bei Vorlage der entsprechenden Gutachten ein; hinsichtlich der Provokationseinrede sahen einige eine größere Chance als in Fallvariante 1. Indirekt kann daraus geschlossen werden, dass sie im Gegensatz zum Ausgangstatbestand über den Tatbestand des Schuldspruchs keine sichere Prognose abzugeben wagten. Man könnte die Meinungen auch als „unentschieden“ einordnen.

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Murder				11	–	2	13
Manslaughter	–	11				2	13

Tabelle 2-2.2: Tatbestandliche Einstufung (Gericht)

Hinsichtlich der subjektiven Voraussetzungen waren die Meinungen geteilt: 6 der Befragten hielten den Vorsatz für gegeben, da eine Leiche vorhanden ist und ein schwerer Gegenstand benutzt wurde, sodass zumindest schwerer Verletzungsvorsatz, der ebenfalls für die Verurteilung wegen *murder* ausreicht, geschlossen werden kann. Bei den 6 einschränkenden Meinungen waren die Abwägungen eher zögernd und fantasievoll; es wurde z.T. nach weiteren interpretierenden Sachverhaltsfakten (wie der angegriffenen Körperstelle: Brustkorb oder Kopf; Absicht, nur zu erschrecken oder aufzuwecken, oder nicht schwerer Verletzungsvorsatz) gesucht. Überzeugt schienen die Gesprächspartner von diesen Argumenten jedoch selbst nicht zu sein.

III.2.1.2. Eingreifen von Verteidigungseinreden

Der Sachverhalt gibt nach überwiegender Meinung Anlass zur Geltendmachung der Einreden der Provokation (7) und der verminderten Zurechnungsfähigkeit (8). Einige Befragte gaben beiden Einreden eine Chance.

Die Antworten auf die Frage nach einer *Provokationssituation* in Fallvariante 2 ergaben, dass für 7 Befragte eine derartige Situation eher vorliegen könne als in Fallvariante 1. Erörtert wurden die einzelnen Voraussetzungen für die Anerkennung von Provokation: Dass der Verlust der Selbstbeherrschung ohne konkreten unmittelbar vorhergehenden Vorfall erfolgte, wurde als Problem gesehen. Die Tatsache des Einschlafens nach Alkoholkonsum wurde nicht als ausreichender Anlass für den Verlust bewertet. Das Konzept der *slow burning fuse*, der sich langsam entwickelnden und unabhängig von einem konkreten Provokationsgrund entladenden inneren Drucksituation aufgrund langzeitiger Misshandlungen, wurde als mögliche Grundlage einer sogenannten kumulativen Provokation wohl gesehen, aber für die Jury ohne eine unmittelbar auslösende kleinste provokative Handlung mehrheitlich (10) als weniger überzeugend eingestuft.

Die Chancen, *diminished responsibility* gegen den Anklagevorwurf vorzubringen, wurden von allen Befragten als eher größer als in Fallvariante 1 eingestuft. Allerdings hängt auch hier alles vom Inhalt der Sachverständigengutachten ab.

III.2.1.3. Strafraumenbestimmung und konkrete Strafzumessung

Die Strafraumenbestimmung entspricht dem zu III.1.1.3. Ausgeführten. Wenn wegen *murder* verurteilt wird, ist die lebenslange Freiheitsstrafe obligatorisch. Bei der richterlichen Empfehlung über die Dauer der Tatverbüßung wurde erwähnt, dass die fehlende Tatplanung (2) oder die lang andauernde Misshandlungssituation (1) mildernd berücksichtigt werden könnten. Letztlich herrscht aber wenig genaue Kenntnis über die Kriterien, die in die Empfehlungen einfließen.

Gesprächspartner	Prognose des Beschuldigungstatbestands	Prognose der gerichtlichen Entscheidung	Prognose der Sanktion
Strafrechtslehrer (1)	Murder	Manslaughter wg. verminderter Zurechnungsfähigkeit möglich	Murder: lebenslang; manslaughter: etwa 2 Jahre, ggf. keine Freiheitsstrafe
Strafrechtslehrer (2)	Murder	Manslaughter wg. verminderter Zurechnungsfähigkeit möglich	Murder: lebenslang; manslaughter: 2–4 Jahre
Richter (1. Inst.) (3)	Murder	Manslaughter wg. Provokation möglich	Murder: lebenslang; manslaughter: nicht unter 2 Jahren

Richter (1: Inst.) (4)	Murder	Manslaughter wg. Provokation möglich	Murder: lebenslang; manslaughter: 4–6 Jahre
Richter (RmInst.) (5)	Murder	Manslaughter wg. Provokation fraglich	Murder: lebenslang; manslaughter: 4–5 Jahre
Richter (RmInst.) (6)	Murder	Manslaughter wg. Mitleid	Murder: lebenslang; manslaughter: 3–5 Jahre; ggf. Bewährung
Staatsanwalt (7)	Murder	Manslaughter wg. verminderter Zurechnungsfähigkeit möglich	Murder: lebenslang; manslaughter: über 5–9 Jahre; ggf. Bewährung
Staatsanwalt (8)	Murder	Manslaughter wg. Provokation/verminderter Zurechnungsfähigkeit möglich	Murder: lebenslang; manslaughter: 2–7 Jahre
Staatsanwalt (9)	Murder	Manslaughter wg. Provokation/verminderter Zurechnungsfähigkeit möglich	Murder: lebenslang; manslaughter 5–6 Jahre
Strafverteidiger (barrister) (10)	Murder	Manslaughter wg. Provokation/verminderter Zurechnungsfähigkeit Chance	Murder: lebenslang; manslaughter bis 12 Monate
Strafverteidiger (solicitor) (11)	Murder	Manslaughter wg. verminderter Zurechnungsfähigkeit möglich	Murder: lebenslang; manslaughter: keine oder kurze Freiheitsstrafe, je nach Zustand
Polizeibeamter (12)	Murder	Manslaughter wg. Provokation möglich/ verminderter Zurechnungsfähigkeit besser	Murder: lebenslang; manslaughter: 3 Jahre
Polizeibeamter (13)	–	–	–

Tabelle 2-2.3: Prognose der befragten Berufsgruppen

Anders ist die Situation, wenn entweder die Einrede der verminderten Schuldfähigkeit oder die der Provokation anerkannt würde und wegen *manslaughter* schuldig gesprochen würde. Hier könnten erschwerende gegen mildernde Faktoren abgewogen werden. Konkret wurde zwischen Bewährungsstrafe mit Behandlung der seelischen Störungen und Freiheitsstrafe bis etwa 9 Jahren für Totschlag erwartet. Für den Fall, dass *diminished responsibility* anerkannt wird, wurden die Zeiten mitunter etwas niedriger angesetzt als bei Provokation: zwischen 2 und 5 Jahren im ersteren Fall, etwa 4 bis 5 Jahre im letzteren. Aber es wurde auch die Zeit von 12 Monaten bzw. von 9 Jahren genannt. Eine einheitliche Prognose der Strafzumessung lässt sich den Antworten nicht entnehmen. Dass die Vorhersagen so unterschiedlich ausgefallen sind, hängt wohl einmal mit der großen Spannweite der

möglichen Entscheidungen der Richter in diesem Punkt zusammen, zum anderen mit den nur wenigen griffigen Faktoren, die der Sachverhalt enthält. Da es in England keine Strafrahmen für Tötungsdelikte gibt und für diesen Bereich auch keine Richtlinienentscheidungen vom Court of Appeal formuliert sind, hätten die englischen Juristen hier mehr Details benötigt, um die Spanne der Freiheitsstrafe oder die Ausgestaltung einer Bewährungsstrafe abschätzen zu können.

Bei der Sanktionsprognose macht es einen Unterschied, ob die Herabstufung wegen Provokation oder wegen verminderter Zurechnungsfähigkeit erfolgt. Provokation zieht höhere Strafe nach sich, verminderte Zurechnungsfähigkeit kann bei nicht gefährlichem Zustand zu einer ambulanten Behandlung oder geringerer Freiheitsstrafe führen.

III.2.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte

Die Wertungsgesichtspunkte wurden eher aus der Sphäre der Täterin genommen als aus den Umständen der Tat oder der Tatsache der Wehrlosigkeit des Opfers bzw. dessen ehelicher Verbundenheit. Im Vordergrund standen die seelische Lage der Täterin, die Intensität und die Dauer der Misshandlungen, aber auch die spontanere, weniger geplante Durchführung der Tat als in Fallvariante 1 und der plötzliche Verlust der Selbstbeherrschung. Es lässt sich daraus wohl schließen, dass die Vermeidung der obligatorischen lebenslangen Freiheitsstrafe das wichtigste Anliegen aller Beteiligten war; ihre Überlegungen liefen überwiegend sofort in diese Richtung.

III.2.2. Einflüsse des Strafverfahrens

Hier gilt zu den Punkten III.2.2.1. bis 2.2.4. weitgehend das oben bei Erörterung der Fallvariante 1 Gesagte. Die Notwendigkeit einer gründlichen Sachverständigenevaluation stellt sich auch in dieser Variante und wurde von 6 Befragten bejaht. Besonders für die Einrede der verminderten Verantwortlichkeit wurde ein größerer Beweisaufwand von 8 der Befragten erwartet, bei der Provokationseinrede nur von 4 der Befragten. Die Fragen wurden für diese Variante nicht so eingehend gestellt wie in Fallvariante 1, weil sich die Situationen ähneln.

III.2.3. Einflüsse der Strafvollstreckung

Auch hier ergeben sich keine anderen Gesichtspunkte als zu Fallvariante 1. Im Fall der Verurteilung wegen *murder* wurde die richterliche Empfehlungszeit als Höchstdauer für eine tatsächliche Haftzeit beurteilt; es wurde angenommen, der Parole Board würde der T bei der ersten Überprüfung Freilassung gewähren. Die

Chancen einer vorzeitigen Entlassung aus dem zeitigen Vollzug wurden als etwas besser als in Fallvariante 1 eingestuft.

Über weitere Probleme des Vollzugs wurde nicht gesprochen, da die Befragten auf diesem Gebiet wenig Erfahrung besaßen.

III.3. Fallvariante 3

Die Ausgangssituation ist unverändert.

Eines Abends ist T von O wieder schwer misshandelt worden. Als sie ihn etwa dreißig Minuten später schlafend vor sich sieht, ersticht sie ihn mit einem Messer.

III.3.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.3.1.1. Tatbestandliche Einstufung

Auch in dieser dritten Fallvariante zeigt sich wieder die Diskrepanz bezüglich der Zuordnung des Falls zwischen den Gesprächspartnern, der voraussichtlichen Zuordnung des Gerichts und der Anklagebehörde: Während die Gesprächspartner – obwohl nicht direkt nach ihrer eigenen Zuordnung befragt – doch eher der Privilegierung zuneigten (9, davon allerdings 7 nur tendenziell) und 2 tendenziell den Ausgangstatbestand bejahten, gingen für die formelle Anklage 12 eher vom Ausgangstatbestand aus, nur einer (ein Staatsanwalt) setzte zögernd hinzu, man könnte auch an Privilegierung in diesem Stadium des Verfahrens denken.

Frage: Would *murder* be the appropriate or likely charge in this case? (Wäre *murder* der geeignete oder wahrscheinliche Beschuldigungstatbestand in Fallvariante 3?)

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Murder	9	3	–	–	–	1	13
Manslaughter (Privilegierung)	–	–	–	3	9	1	13

Tabelle 3-3.1: Tatbestandliche Einstufung (Anklage)

Obwohl jeder der Befragten gleichzeitig eine Provokationssituation mitbedachte, kamen doch alle letztendlich auf Mord als Anklagetatbestand. Zweifel hieran auszuräumen sei Aufgabe der Jury.

Die Frage: „Do you think that the defendant will (indeed be prosecuted and) found guilty of murder? (Glauben Sie, die Angeklagte wird wegen *murder* [angeklagt und] schuldig gesprochen werden?)“ wurde im Zusammenhang mit dieser

Variante nicht ausdrücklich gestellt. Gleichwohl sahen 11 der Befragten die gerichtliche Entscheidung im Rahmen einer Privilegierung, also als Totschlag, wobei die Mehrzahl aber nur tendenziell zu diesem Ausgang neigte. Einer sah *murder* als Schuldspruch der Jury voraus. Erörtert wurden die Einreden verminderte Zurechnungsfähigkeit und Provokation. Wiederum räumten die Gesprächspartner der ersten Einrede Erfolg bei Vorlage der entsprechenden Gutachten ein. Auf die Frage, ob die Einrede der Provokation erfolgreich sein könnte, sahen einige gute Chancen, andere eher wahrscheinlichen Erfolg. Indirekt kann daraus geschlossen werden, dass sie im Gegensatz zu dem Ausgangstatbestand auch diesmal über den Tatbestand des Schuldspruchs keine sichere Prognose abzugeben wagten, aber trotz der Verzögerung der Reaktion von einer halben Stunde annahmen, dass die Jury durchaus zu einem Schuldspruch wegen *manslaughter* aufgrund von Provokation kommen könnte.

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Murder		1		7	4	1	13
Manslaughter (wg. Provokation)	4	7		1		1	13

Tabelle 3-3.2: Tatbestandliche Einstufung (Gericht)

Den subjektiven Tatbestand empfanden nur 2 Befragte als problematisch, 10 sahen ihn eher als gegeben an, da die T mit einem Messer zusticht und schwerer Körperverletzungsvorsatz ausreicht. Vielleicht komme es auf die Stelle der Stichwunde an, aber grundsätzlich wurde hier nicht gezweifelt, sofern man nicht Provokation, verminderte Zurechnungsfähigkeit oder *battered women*-Syndrom annehme – wie der Verteidiger zu bedenken gab.

III.3.1.2. Eingreifen von Verteidigungseinreden

Die Einreden müssen auch in dieser Variante der Jury zur Entscheidung vorgelegt werden. Gute Aussichten hat die Einrede der *Provokation*, die 11 der Befragten trotz der halbstündigen zeitlichen Spanne zwischen Misshandlung und tödlichem Stich für die mögliche Grundlage der Herabstufung der Mordanklage zu einer Totschlagsverurteilung ansahen. Diese Periode erscheint den meisten Befragten zwar relativ lang für eine Gefühlsaufwallung mit Verlust der Selbstkontrolle, aber nach der gegenwärtigen Rechtsprechung sollte es möglich sein, die Jury zu überzeugen.

Allerdings wurde in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass hier auch andere Faktoren zu berücksichtigen seien: Wo musste das Messer geholt werden, wie schwer waren frühere Misshandlungen, war als mögliche Alternative das Verlassen des Partners unter derartigen Umständen gegeben?

Bezüglich der Einrede der *verminderten Zurechnungsfähigkeit*, die durchaus zusammen mit der Einrede der Provokation erhoben werden könnte, hängt der Erfolg nach Ansicht aller befragten Personen vom Ergebnis der Sachverständigengutachten ab.

III.3.1.3. Strafraumenbestimmungen und konkrete Strafzumessung

Die Strafraumenbestimmung entspricht dem zu III.1.1.3. Ausgeführten. Wenn wegen *murder* verurteilt wird, ist die lebenslange Freiheitsstrafe obligatorisch. Andernfalls stehen alle Rechtsfolgen im Ermessen des Richters. Ein verständnisvoller Richter könnte Bewährung geben, falls verminderte Zurechnungsfähigkeit zur Zeit der Tat und darüber hinaus gegeben war, zudem könnte eine psychiatrische Behandlung als Bedingung der ausgesetzten Freiheitsstrafe festgesetzt werden (5 hielten dies für möglich). Für den Fall, dass eine Herabstufung aufgrund von Anerkennung einer Provokationssituation erfolgt, wurden auch Gefängnisstrafen unter 5 Jahren, unter 3 Jahren und sogar von weniger als 2 Jahren genannt. Jedenfalls waren die Befragten der Ansicht, das Strafmaß fiel weniger hoch aus als in Fallvariante 1 und Fallvariante 2. Aber ohne weitere Kriterien zu kennen (Vorstrafen, Gewaltbereitschaft, Stärke und Dauer der Misshandlungen) konnte niemand dezierte Aussagen zur Strafhöhe machen.

	Prognose des Beschuldigungstatbestands	Prognose der gerichtlichen Entscheidung	Prognose der Sanktion
Strafrechtslehrer (1)	(Wahrscheinl.) Murder	Ms wg. Provokation	Bewährung (probation), keine Freiheitsstrafe
Strafrechtslehrer (2)	Murder	Manslaughter wg. Provokation	Von Bewährung (probation) bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe
Richter (1. Inst.) (3)	Murder	Manslaughter wg. Provokation wahrscheinlich	Manslaughter: 2–3 Jahre Freiheitsstrafe, bei Gewaltneigung ggf. 7 Jahre
Richter (1: Inst.) (4)	Murder	Manslaughter wg. Provokation wahrscheinlich	Manslaughter: 4–5 Jahre, ggf. weniger
Richter (RmInst.) (5)	(Wahrscheinlich) Murder	Manslaughter wg. Provokation sehr wahrscheinlich	Manslaughter: 4–5 Jahre, ggf. weniger
Richter (RmInst.) (6)	Murder	Manslaughter wg. Provokation möglich (aus Mitleid)	Manslaughter: entweder keine oder nur kurze Freiheitsstrafe; ggf. ausgesetzt.
Staatsanwalt (7)	Murder	Manslaughter wg. Provokation	Manslaughter: ggf. Bewährung (probation)

Staatsanwalt (8)	Murder	Manslaughter wg. Provokation	Manslaughter: <5 Jahre Freiheitsstrafe bei Provokation; 4 Jahre bei verminderter Zurechnungsfähigkeit
Staatsanwalt (9)	Murder	Manslaughter wg. Provokation möglich	Keine Antwort
Strafverteidiger (barrister) (10)	Murder	Manslaughter wg. Provokation wahrscheinlich	Manslaughter: ggf. keine Freiheitsstrafe oder <2 Jahre
Strafverteidiger (solicitor) (11)	(Wahrscheinlich) Murder	Manslaughter wg. Provokation wahrscheinlich	Manslaughter: ggf. keine Freiheitsstrafe; eher Bewährung (probation)
Polizist (12)	Murder	Manslaughter wg. Provokation eher verneint	Manslaughter: kurze Freiheitsstrafe oder ausgesetzte Freiheitsstrafe (suspended)
Polizist (13)	Keine Antwort	Keine Antwort	Keine Antwort

Tabelle 3-3.3: Prognose der befragten Berufsgruppen

Generell wurde erwartet, dass in diesem Szenario geringere Strafen ausgesprochen werden würden als in den Fällen 1 und 2.

III.3.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte

Auch bei dieser Variante standen die täterbezogenen Faktoren im Vordergrund. Obwohl der Sachverhalt im Gegensatz zur Fallvariante 2 nicht vom Verlust der Selbstbeherrschung, von Wutausbruch oder Ähnlichem spricht, stand die Provokationseinrede bei den Überlegungen im Vordergrund. Das *battered women*-Syndrom wurde nur auf eine ausdrückliche Frage hin diskutiert. Die Antworten (6) zeigten tendenziell, dass dieser Zustand auch für die Frage der Schwächung der Selbstkontrolle relevant sein könnte. Die unsichere Rechtslage aufgrund der noch nicht eindeutigen Rechtsprechung ließ aber zwei Personen diese Frage verneinen; sie sahen das *battered women*-Syndrom nur für die Frage der *diminished responsibility* als relevant an.

III.3.2. Einflüsse des Strafverfahrens

Hierzu wurden nicht erneut Fragen gestellt.

III.3.3. Einflüsse der Strafvollstreckung

Auch diesbezügliche Fragen wurden nicht wiederholt.

III.4. Fallvariante 4

Die Ausgangssituation ist unverändert.

Als O bei einer erneuten schweren Auseinandersetzung auf T zugeht und ihr Schläge androht, flieht sie in die Küche, ergreift ein Messer und ersticht den ihr nacheilenden O.

III.4.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.4.1.1. Tatbestandliche Einstufung

11 Befragte (8 von ihnen eindeutig) stufen – wenn auch nicht ausdrücklich nach ihrer eigenen Beurteilung befragt – diese Tat nicht als *murder* ein, sondern sahen vielmehr eine Privilegierung als gegeben an.

Hinsichtlich der Anklage bestehen die Alternativen einer formellen Anklage wegen Mordes, einer Anklage wegen *manslaughter*, wenn das Ermittlungsergebnis in diese Richtung weist, oder gar keiner Anklage, weil die Rechtslage in Bezug auf die Notwehr nach Meinung der Staatsanwaltschaft eindeutig ist. Wenn also die Staatsanwaltschaft nicht von der Eindeutigkeit der Notwehrlage überzeugt ist, klagt sie wegen Mordes an.

Immerhin wurde das Problem der Notwehr von 9 Personen in diesem Zusammenhang sofort angesprochen. Nur wenn die Notwehrsituation nach Meinung der Anklagebehörde völlig zweifelsfrei gegeben ist, könnte der Fall ohne formelle Anklage eingestellt werden. Grundsätzlich ist aber die Frage der Notwehr von der Jury zu beurteilen, deshalb wird zunächst wegen *murder* angeklagt, was auch 11 der Befragten als zumindest wahrscheinlich angaben, 2 davon ohne auf die nur in Ausnahmefällen praktizierte Einstellungsmöglichkeit durch den Ankläger hinzuweisen.

Frage: Would *murder* be the appropriate or likely charge in this case? (Wäre *murder* der geeignete oder wahrscheinliche Beschuldigungstatbestand in Fallvariante 4)?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Murder		11	1	–	–	1	13
Manslaughter (Privilegierung)	–	–	1	11		1	13

Tabelle 4-4.1: Tatbestandliche Einstufung (Anklage)

Die Frage: „Do you think that the defendant will (indeed be prosecuted and) found guilty of murder? (Glauben Sie, die Angeklagte wird wegen murder [angeklagt und] schuldig gesprochen werden?)“ wurde im Zusammenhang mit dieser Variante nicht mehr ausdrücklich gestellt. Vielmehr wurden die Einreden verminderte Zurechnungsfähigkeit, Provokation und besonders Notwehr erörtert. Einer Notwehreinrede wurden gute Chancen eingeräumt, aber als Alternative könnte auch Provokation angewendet werden. Aus taktischen Gründen sollte der Jury nicht auch noch die Einrede der verminderten Zurechnung zugemutet werden. Eine eindeutige Aussage über den Schuldspruch bzw. Freispruch bei Notwehr wurde nicht gemacht, doch gingen die Befragten überwiegend (11) davon aus, dass das Gericht nicht auf *murder* erkennen, sondern wohl wegen der Notwehrsituation freisprechen würde.

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Freispruch wg. Notwehr		11				2	13
Manslaughter wg. Provokation (sekundäre Alternative)		10				3	13

Tabelle 4-4.2: Tatbestandliche Einstufung (Gericht)

Den subjektiven Tatbestand für *murder* sahen 9 Befragte (4 eindeutig, 5 tendenziell) als problematisch an, insbesondere wenn Notwehr vorliegt (6). Aber auch unter anderen Gesichtspunkten sei nicht sicher, ob der T überhaupt ein Verletzungs- oder Tötungsvorsatz nachzuweisen wäre, da eingewandt werden könne, sie habe den Angreifer nur fernhalten wollen, O sei in das nur hingehaltene Messer gelaufen etc. Hier fehlten den Befragten zum Teil weitere Fakten, um die Frage hinreichend genau zu beantworten.

III.4.1.2. Eingreifen von Verteidigungseinreden

Im Vordergrund stand hier die Straffreistellung aus Notwehrgründen, der von 11 Personen gute Aussicht auf Erfolg eingeräumt wurde. Die Kriterien „Notwendigkeit“ und „Vernünftigkeit unter den Umständen“ wurden von 10 Personen als erfüllt angesehen (4 eindeutig, 6 tendenziell). Aber für eine genaue Beurteilung fehlten die Fakten. Wegen Putativnotwehr scheidet diese Verteidigungseinrede nach Ansicht von 10 Befragten eindeutig, von 1 tendenziell nicht. Das englische Recht geht von der subjektiven Einschätzung der Gefahrensituation durch die Bedrohte aus und beurteilt danach die objektive Vernünftigkeit und Notwendigkeit der Verteidigungshandlung. Die Folge der Notwehranerkennung ist tendenziell Freispruch (11).

Auch die Verteidigungseinrede der *Provokation* wurde angesprochen, allerdings nur alternativ zur Notwehr. Sie wurde eher als Auffangeinrede dargestellt, falls etwa Notwehrexzess vorläge, der die Notwehreinrede scheitern lassen würde, so dass auf *murder* erkannt werden müsste, wenn man nicht Provokation anerkennt. Für diese Alternative sprachen sich tendenziell 10 Befragte aus und räumten ihr auch eine gute Chance ein.

Weiterhin kommt als Einrede *diminished responsibility* in Betracht, was 5 Befragte als tendenziell naheliegend erachteten, während 2 sie eindeutig, einer tendenziell ablehnte und einer unentschieden war. Aber Voraussetzung ist wieder das eindeutige Sachverständigengutachten.

III.4.1.3. Strafraumenbestimmungen und konkrete Strafzumessung

Für den Fall der Anerkennung der Notwehrhandlung als rechtmäßig würde ein Freispruch ergehen, was 11 Befragte tendenziell annahmen. Sollte die Alternativ-einrede der Provokation oder der *diminished responsibility* zum Zuge kommen, läge *manslaughter* vor – mit den bereits erörterten Strafzumessungskonsequenzen. Auch hier gab es Schätzungen (5) zwischen Bewährung und Freiheitsstrafe von 1 bis 2 bzw. 4 Jahren. Jedenfalls würde die Strafe geringer als in Fallvariante 1 und 2 ausfallen.

Gesprächspartner	Prognose des Beschuldigungstatbestands	Prognose der gerichtlichen Entscheidung	Prognose der Sanktion
Strafrechtslehrer (1)	Wenn Anklage, dann murder	Voraussichtlich Freispruch wg. Notwehr	Keine
Strafrechtslehrer (2)	Wenn Anklage, dann murder	Voraussichtlich Freispruch wg. Notwehr; alternativ manslaughter wg. Provokation	Keine; wenn manslaughter: 2 Jahre Freiheitsstrafe
Richter (1. Inst.) (3)	Murder	Voraussichtlich Freispruch wg. Notwehr, hilfsw. manslaughter wg. Provokation	Keine
Richter (1. Inst.) (4)	Murder	Voraussichtlich Freispruch wg. Notwehr; alternativ manslaughter wg. Provokation	Keine; wenn manslaughter: Strafen niedriger als in Fallvariante 1 und 2
Richter (RmInst.) (5)	Murder	Voraussichtl. Freispruch wg. Notwehr, hilfsw. manslaughter wg. Provokation oder verminderte Zurechnungsfähigkeit	Keine; wenn manslaughter: höchstens 1–2 Jahre
Richter (RmInst.) (6)	(Wahrscheinlich) murder	Voraussichtlich Freispruch wg. Notwehr; manslaughter wg. Provokation möglich als Alternative	Keine; zu manslaughter keine Angaben

Staatsanwalt (7)	Wenn Anklage, dann murder	Freispruch wg. Notwehr; sonst manslaughter wg. Provokation	Keine; wenn manslaughter: ausgesetzte Freiheitsstrafe mit Bewährung
Staatsanwalt (8)	Wenn Anklage, dann murder	Voraussichtlich Freispruch wg. Notwehr; alternativ manslaughter wg. Provokation	Keine; bei manslaughter 4 Jahre Freiheitsstrafe
Staatsanwalt (9)	Wenn Anklage, dann murder	Keine Angaben wg. technischen Defekts	.I.
Strafverteidiger (barrister) (10)	Murder	Voraussichtlich Freispruch wg. Notwehr; manslaughter wg. Provokation wahrscheinlich	Keine; zu manslaughter keine Angaben
Strafverteidiger (solicitor) (11)	(Wahrscheinlich) murder	Voraussichtlich Freispruch wg. Notwehr; manslaughter wg. Provokation wahrscheinlich	Keine; zu manslaughter keine Angaben
Polizist (12)	murder	Voraussichtlich Freispruch wg. Notwehr; manslaughter wg. Provokation oder verminderter Zurechnungsfähigkeit möglich	Keine; bei manslaughter wg. Provokation ausgesetzte Freiheitsstrafe mit Bewährung
Polizist (13)	Keine Antwort	Keine Antwort	.I.

Tabelle 4-4.3 Prognose der befragten Berufsgruppen

In diesem Durchgang stand die Diskussion der Voraussetzungen der Notwehr im Vordergrund. Nach den Sanktionen für den Fall der Verurteilung wegen *manslaughter* wurde nicht ausdrücklich gefragt. Äußerungen dazu fielen aber bei der Frage nach der Strafe für Notwehrexzess, der zur Verurteilung wegen Mordes führen würde; in diesem Zusammenhang wurden ebenfalls die alternativen *defences* (insbesondere Provokation) angeführt und dafür auch Schätzungen der Strafe abgegeben.

III.4.2. Einflüsse des Strafverfahrens

Hierzu gab es keine besonderen Fragen bzw. Ausführungen.

III.4.3. Einflüsse der Strafvollstreckung

Auch zu diesem Komplex wurden keine Fragen gestellt.

Literaturverzeichnis

Ashworth, A., Principles of Criminal Law. 5. Aufl. Oxford 2006.

- Principles, Pragmatism and the Law Commission's Recommendations on Homicide Law Reform. [2007] Crim LR, 333–344.

Ashworth, A./Mitchell, B. (Hrsg.), Rethinking English Homicide Law. Oxford 2000.

Bräutigam-Ernst, S., Die subjektive Tatseite – insbesondere mens rea und mistake of facts. In: M. Mansdörfer (Hrsg.), Die allgemeine Straftatlehre des common law. Heidelberg 2005, S. 49–88.

Carlisle Committee, The Parole System in England and Wales, Report of the Review Committee, Cm 532. London 1988.

Chief Inspector of Prisons, Women in Prison: A Thematic Review. London 1997.

- Follow-up to Women in Prison: A Thematic Review. London 2000.
- Women in Prison: A Literature Review. London 2005.

Corston Report: A Report by Baroness Jean Corston of a review of women with particular vulnerabilities in the criminal justice system. London 2007.

Criminal Law Revision Committee, 14th Report, Offences against the Person, Cm 7844. London 1980.

Crow, I., The Treatment and Rehabilitation of Offenders. London 2001.

Darbyshire, P., Criminal Procedure in England und Wales. In: R. Vogler/B. Huber (Hrsg.), Criminal Procedure in Europe. Freiburg 2008, S. 39–170.

Finney, A., Alcohol and intimate partner violence: key findings from the research. Home Office Findings 216. London 2004, abrufbar unter <http://rds.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs04/r216.pdf> [Stand: 16.2.2011].

Hoare J./Jansson, K., Extent of intimate violence, nature of partner abuse and serious assault, 2004/05, 2005/06 and 2006/07 British Crime Survey. In: Home Office, Homicides, firearm offences and intimate violence. Supplementary Volume 2 to Crime in England and Wales. London 2008.

Hodgkinson, T., Expert Evidence, Law and Practice. London 1990.

Home Office, Cutting Crime – a new partnership – the Home Office's crime strategy 2008/2011. London 2007, abrufbar unter <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100528142817/http://homeoffice.gov.uk/-documents/crime-strategy-07/crime-strategy-072835.pdf?view=Binary> [Stand: 17.2.2011].

- Criminal Statistics England and Wales 2005/06. London 2007.
- Homicides, firearm offences and intimate violence. Supplementary Volume 2 to Crime in England and Wales. London 2008, abrufbar unter <http://rds.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs08/hosb0308.pdf> [Stand: 22.11.2010] [zit. als Home Office, Statistical Bulletin 03/08].
- Prison Statistics England and Wales 1996 und 2002. London 1997/2003.

- Home Office, Statistical Bulletin, Offender Management Caseload Statistics England and Wales 2006. London 2007.
- Home Office/National Audit Office, Public Service Agreement 23: Make communities safer. London 2007, abrufbar unter <http://www.nao.org.uk/publications.aspx> (psa23.pdf) [Stand: 17.2.2011].
- Hood, R./Shute, S.*, Home Office Research Study 202. The parole system at work: a study of risk based decision-making. Oxford 2000, abrufbar unter <http://rds.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/hors202.pdf> [Stand: 17.2.2011].
- Hooper, Lord Justice/Ormerod, David/Murphy, Peter* (Hrsg.), Blackstone's Criminal Practice 2008. Oxford 2007 [zit. als Blackstone's Criminal Practice 2008].
- House of Commons, Home Affairs Committee, First Report, Murder: The Mandatory Life Sentence. Session 1995–96, HC 111. London 1995.
- House of Lords, Select Committee on Murder and Life Imprisonment, vol. 1, Report (HL-Paper 78-I). London 1989.
- Huber, B.*, Die Freiheitsstrafe in England und Wales. Köln 1983.
- Die Rolle der Exekutive im englischen Strafzumessungsverfahren auf dem Prüfstand des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. *ZfStrVo* 5/04, 259–263.
- Law Commission, Consultation Paper No. 122, Legislating the Criminal Code: Offences against the Person and General Principles. London 1992.
- Report No. 290, Partial Defences to Murder, Cm 6301. London 2004.
 - Report No. 304, Murder, Manslaughter and Infanticide. London 2006.
- Livingstone, S./Owen, T.*, Prison Law. 2. Aufl. Oxford 1999.
- Livingstone, S./Owen, T./MacDonald, A.*, Prison Law. 4. Aufl. London 2008.
- Mackay, R.D./Kearns, G.*, More Facts about the Insanity Defence, [1999] *Crim LR*, 714–725.
- Mackay, R.D.*, Diminished Responsibility and Mentally Disordered Killers. In: A. Ashworth/ B. Mitchell (Hrsg.), *Rethinking English Homicide Law*. Oxford 2000, S. 55–84.
- Mansdörfer, M.*, Unrecht und Schuld – das Konzept der Verteidigungseinreden. In: M. Mansdörfer (Hrsg.), *Die allgemeine Straftatlehre des common law*. Heidelberg 2005, S. 89–135.
- (Hrsg.), *Die allgemeine Straftatlehre des common law*. Heidelberg 2005.
- Ministry of Justice (zuvor: Home Office), Statistical Bulletin, Offender Management Caseload Statistics 2006. London 2007, abrufbar unter www.justice.gov.uk/docs/omcs2006.pdf [Stand: 17.2.2011].
- Statistics on Women and the Criminal Justice System 2005/06. London 2008, abrufbar unter <http://www.justice.gov.uk/docs/women-criminal-justice-system-2005-06.pdf> [Stand: 17.2.2011].
- Ministry of Justice, Murder, manslaughter and infanticide: proposals for reform of the law. Consultation Paper. CP 19/08. London 2008, abrufbar unter <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.justice.gov.uk/docs/murder-manslaughter-infanticide-consultation.pdf> [Stand: 17.2.2011].

- Murder, manslaughter and infanticide: proposals for reform of the law – Summary of responses and Government position. CP(R) 19/08. London 2009, abrufbar unter <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.justice.gov.uk/docs/murder-review-response.pdf> [Stand: 17.2.2011].
- Murphy, P./Stockdale, E.* (Hrsg.), *Blackstone's Criminal Practice* 1999. London 1999 [zit. als *Blackstone's Criminal Practice* 1999].
- *Blackstone's Criminal Practice* 2001. London 2001 [zit. als *Blackstone's Criminal Practice* 2001].
- Paul, T.*, Actus reus – die objektive Tatseite einschließlich des Unterlassens. In: M. Mansdörfer (Hrsg.), *Die allgemeine Straftatlehre des common law*. Heidelberg 2005, S. 22–48.
- Perron, W.*, Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Notwehr. In: J. Arnold/B. Burkhardt/W. Gropf/H.-G. Koch/G. Heine/O. Lagodny/W. Perron/S. Walther (Hrsg.), *Menschenrechtliches Strafen*. München 2005.
- Prison Reform Trust Independent Committee on the Penalty for Homicide, Report. London 1993.
- Redmayne, M.*, *Expert Evidence and Criminal Justice*. Oxford 2001.
- Royal Commission on Criminal Justice, Report, HMSO Cm 2263. London 1993.
- Sandler, M., Coles, D.*, *Dying on the inside. Examining women's deaths in prison*. London 2008.
- Simester, A.P./Sullivan, G.R.*, *Criminal Law Theory and Doctrine*. 3. Aufl. Oxford 2007.
- Smith, J.C./Hogan, B./Ormerod, D.*, *Criminal Law*. 11. Aufl. Oxford 2005.
- Spencer, J.*, Messing up Murder. *Archbold News* 8 (2008), 5.
- Response to Ministry of Justice Consultation Paper Murder, manslaughter and infanticide, abrufbar unter www.law.cam.ac.uk/faculty-resources/summary/response-to-government-consultation-paper-on-murder-and-manslaughter/5373 [Stand: 17.2.2011].
- Taylor, R./Wasik, M./Leng, R.*, *Blackstone's Guide to The Criminal Justice Act* 2003. Oxford 2004.
- Thomas, D.*, Sentencing – the Case for Reasoned Decisions. [1963] *Crim LR*, 243–253.
- Turner, J.W.C.* (Hrsg.), *Kenny's Outlines of Criminal Law*. 16. Aufl. Cambridge 1952.
- Walker, N.*, *Sentencing in a Rational Society*. London 1969.
- *Sentencing – Theory, Law and Practice*. London 1985.
- Wasik, M.*, Sentencing in Homicide. In: A. Ashworth/B. Mitchell (Hrsg.), *Rethinking English Homicide Law*. Oxford 2000, S. 167–192.
- Watzek, J.*, *Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht*. Freiburg 1997.
- Wells, C.*, Provocation: The Case for Abolition. In: A. Ashworth/B. Mitchell (Hrsg.), *Rethinking English Homicide Law*. Oxford 2000, S. 85–106.
- Windlesham, Lord*, Life Sentences: The Case for Assimilation. [1996] *Crim LR*, 250–254.

§ 5

Landesbericht Frankreich

Holger Barth

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	187
I. Einleitung	189
I.1. Empirische Erkenntnisse zur allgemeinen Tötungskriminalität	189
I.2. Angaben zur Sanktionspraxis	190
I.3. Gesellschaftliche Diskussion und rechtliche Initiativen zur Gewalt gegen Frauen	191
II. Rechtliche Rahmenbedingungen und allgemeiner Verlauf der Befragung	197
II.1. Rechtlicher Rahmen	197
II.1.1. Einschlägige materiellrechtliche Regelungen	197
II.1.1.0. Vorbemerkung	197
II.1.1.1. Überblick über den systematischen Aufbau der Strafbarkeitsmerkmale	199
II.1.1.2. Tötungstatbestände	204
II.1.1.2.1. Die vorsätzlichen Tötungsverbrechen	205
II.1.1.2.1.1. Der Totschlag	205
II.1.1.2.1.2. Qualifizierte vorsätzliche Tötungsverbrechen	208
II.1.1.2.2. Durch den Todeserfolg qualifizierte Straftaten ..	209
II.1.1.2.3. Die fahrlässige Tötung	210
II.1.1.2.4. Die bewusste Personengefährdung	212
II.1.1.3. Straffreistellungen	212
II.1.1.3.1. Objektive Straffreistellungen	213
II.1.1.3.1.1. Notwehr	213
II.1.1.3.1.2. Notstand	218
II.1.1.3.2. Subjektive Straffreistellungen oder -milderungen	221
II.1.1.3.2.1. Die psychische oder neuro- psychische Störung	221
II.1.1.3.2.2. Der unwiderstehliche Zwang	224
II.1.1.4. Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe, Strafzumessung	227
II.1.2. Wesenszüge des Strafverfahrensrechts	232
II.1.2.1. Generelle Charakterisierung der Verfahrensstruktur	232
II.1.2.2. Zuständige Spruchkörper und einschlägige Verfahrens- arten	233
II.1.2.3. Besonderheiten des Beweisverfahrens	234
II.1.2.4. Anforderungen an die schriftliche Entscheidungs- begründung	236
II.1.3. Äußerer Rahmen der Strafvollstreckung	237
II.1.3.1. Verschärfungen des Vollzugs von Freiheitsstrafen	237

II.1.3.2. Verkürzungen des Vollzugs von Freiheitsstrafen	238
II.1.3.2.1. Die Strafaussetzung zur Bewährung	239
II.1.3.2.2. Die Strafnachlässe (réductions de peines)	240
II.1.3.2.3. Die bedingte Entlassung (libération conditionnelle)	241
II.2. Befragung der Landesjuristen	243
II.2.1. Bildung der Stichprobe	243
II.2.2. Verlauf der Gespräche	243
III. Beurteilung der Fallvarianten	244
III.1. Fallvariante 1	244
III.1.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung	244
III.1.1.1. Tatbestandliche Einstufung	244
III.1.1.1.1. Rechtliche Vorgaben	244
III.1.1.1.2. Ergebnisse der Befragung	246
III.1.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen	248
III.1.1.2.1. Rechtliche Vorgaben	248
III.1.1.2.2. Ergebnisse der Befragung	249
III.1.1.3. Straffrahmenbestimmung und konkrete Strafzumessung	250
III.1.1.3.1. Rechtliche Vorgaben	250
III.1.1.3.2. Ergebnisse der Befragung	251
III.1.2. Einflüsse des Strafverfahrens	257
III.1.2.1. Einflussnahme der Anklagebehörde auf Spruchkörper und Verfahrensart	257
III.1.2.2. Besonderheiten des Beweisverfahrens	257
III.1.2.3. Anforderungen an die Entscheidungsbegründung	258
III.1.2.4. Verteidigungsstrategie und Absprachen	258
III.1.3. Einflüsse der Strafvollstreckung	259
III.1.3.1. Rechtlicher Rahmen	259
III.1.3.2. Ergebnisse der Befragung	261
III.2. Fallvariante 2	261
III.2.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung	262
III.2.1.1. Tatbestandliche Einstufung	262
III.2.1.1.1. Rechtliche Vorgaben	262
III.2.1.1.2. Ergebnisse der Befragung	262
III.2.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen	265
III.2.1.2.1. Rechtliche Vorgaben	265
III.2.1.2.2. Ergebnisse der Befragung	265
III.2.1.3. Straffrahmenbestimmung und konkrete Strafzumessung	266
III.2.1.3.1. Rechtliche Vorgaben	266
III.2.1.3.2. Ergebnisse der Befragung	266
III.3. Fallvariante 3	270
III.3.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung	270
III.3.1.1. Tatbestandliche Einstufung	270

III.3.1.1.1. Rechtliche Vorgaben	270
III.3.1.1.2. Ergebnisse der Befragung	271
III.3.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen	273
III.3.1.2.1. Rechtliche Vorgaben	273
III.3.1.2.2. Ergebnisse der Befragung	273
III.3.1.3. Strafraumenbestimmung und konkrete Strafzumessung	274
III.3.1.3.1. Rechtliche Vorgaben	274
III.3.1.3.2. Ergebnisse der Befragung	274
III.4. Fallvariante 4	277
III.4.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung	278
III.4.1.1. Tatbestandliche Einstufung	278
III.4.1.1.1. Rechtliche Vorgaben	278
III.4.1.1.2. Ergebnisse der Befragung	278
III.4.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen	280
III.4.1.2.1. Rechtliche Vorgaben	280
III.4.1.2.2. Ergebnisse der Befragung	282
III.4.1.3. Strafraumenbestimmung und konkrete Strafzumessung	284
III.4.1.3.1. Rechtliche Vorgaben	284
III.4.1.3.2. Ergebnisse der Befragung	284
Literaturverzeichnis	288

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
ACP	Ancien Code pénal
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Aufl.	Auflage
bspw.	beispielsweise
Btm	Betäubungsmittel
Bull.	Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
Cass. Crim.	Cour de Cassation (Chambre criminelle) – Entscheidungen unter http://www.legifrance.gouv.fr/initRechJuriJudi.do
CP	Code pénal
CPP	Code de procédure pénale
D.	Recueil Dalloz (zit. nach Jahr, Band/Rubrik und Seite)
d.h.	das heißt
DPG	Droit pénal général
Droit pénal	Revue Droit pénal (zit. nach Jahr, Rubrik und Nummer)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht (zit. nach Jahr und Seite)
Hrsg.	Herausgeber
IHESI	Institut des Hautes Études de la Sécurité Intérieure
i.V.m.	in Verbindung mit
J.-Cl. pén.	Juris-Classeur, Pénal Code (zit. nach Autor, Artikel, und Nr.)
J.-Cl. proc. pén.	Juris-Classeur de Procédure pénale (zit. nach Autor, Artikel und Nr.)
JCP G	Juris-Classeur périodique – La semaine périodique, édition générale (zit. nach Nr. und Jahr)

J.O.	Journal Officiel
m.N./m.w.N.	mit Nachweisen/mit weiteren Nachweisen
Rn.	Randnummer
R.S.	Recueil Sirey (zit. nach Jahr und Seite)
RSC	Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé (zit. nach Jahr und Seite)
S.	Seite
Trib. Pol.	Tribunal de Police
unveröff.	unveröffentlicht
u.U.	unter Umständen
Var.	Variante
vgl.	vergleiche
zit.	zitiert
ZStW	Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft (zit. nach Band und Seite)

I. Einleitung*

I.1. Empirische Erkenntnisse zur allgemeinen Tötungskriminalität

In einer statistischen Untersuchung aus dem Jahr 1994¹ wurden sämtliche Strafsachen wegen vorsätzlicher Tötung zwischen 1986 und 1990 ausgewertet, die bei den Gerichten in Frankreich anhängig waren. Grundlage waren die den Staatsanwaltschaften übermittelten Strafanzeigen des Opfers (*plaintes*) und von Dritten (*dénonciations*) sowie die polizeilichen Protokolle, die diese Bewertung der Taten enthielten und zu einer entsprechenden Anklage führten. Aufgeschlüsselt wurden die Ergebnisse unter anderem nach den verschiedenen Berufungshöfen (*Cours d'appel*). Für die Fallkonstellationen, die vorliegender Arbeit zugrunde liegen, sind die Erkenntnisse dieser Untersuchung begrenzt. Immerhin lässt sich aus ihnen erkennen, dass 20% der Opfer vorsätzlicher Tötungen mit dem Tatverdächtigen verheiratet waren, in der Altersklasse der 35- bis 45-Jährigen sogar 26%.² Soweit die Tatverdächtigen mit ihrem Opfer verheiratet waren, werden für 85% von ihnen Eifersucht und vor allem Streitigkeiten als Tatmotiv angegeben.³ Bereits hieraus kann man schließen, dass auch in Frankreich der Tyrannenmord unter Ehegatten kein unbekanntes Phänomen sein dürfte.

Ansonsten können Daten nur den offiziellen Polizei- und Justizstatistiken entnommen werden. Nach der polizeilichen Kriminalstatistik⁴ wurden 1992 in Frankreich⁵ 3.830.996 Straftaten⁶ polizeilich⁷ registriert. Hiervon entfielen auf vorsätzliche Tötungen 2.702 Fälle (1.342 vollendete und 1.360 versuchte Taten)⁸ Die entsprechende Zahl der Tatverdächtigen liegt für die vorsätzlich vollendete Tötung bei 1.113 und die versuchte Tötung bei 1.049, insgesamt mithin bei 2.162.⁹ Weiterhin wurden 230 Körperverletzungen mit Todesfolge¹⁰ mit 247 Tatverdächtigen¹¹

* Stand 2001.

¹ Laroche, Les homicides volontaires.

² Laroche, Les homicides volontaires, S. 19 f. mit Balkendiagramm 3.

³ Laroche, Les homicides volontaires, S. 15.

⁴ Aspects 1992; obwohl die entsprechenden polizeilichen Daten für 1993 bereits zur Verfügung stehen, wurde für die Darstellung der Jahrgang 1992 ausgewählt, weil sich die aktuellste Statistik über die Verurteilungen in Frankreich ebenfalls auf das Jahr 1992 bezog.

⁵ Bei einer Bevölkerungszahl von 57.217.577; vgl. Aspects 1992, S. 32.

⁶ Aspects 1992, S. 8.

⁷ Von den Dienststellen der *Police nationale* und der *Gendarmerie*.

⁸ Aspects 1992, S. 9.

⁹ Aspects 1992, S. 107.

¹⁰ Aspects 1992, S. 9.

¹¹ Aspects 1992, S. 107.

registriert. Die fahrlässigen Tötungen werden in der polizeilichen Statistik nicht spezifisch erfasst.¹²

1992 sind nach der gerichtlichen Urteilsstatistik 539 Verurteilungen wegen vorsätzlicher Tötung¹³ erfolgt.¹⁴ Dem stehen 187 Verurteilungen wegen Körperverletzung mit Todesfolge¹⁵ und 2.978 Verurteilungen wegen fahrlässiger Tötung¹⁶ gegenüber.

Bei einem Vergleich dieser Angaben der polizeilichen und der gerichtlichen Statistik ist auffällig, dass der Anteil der wegen vorsätzlicher Tötung Verurteilten an der Zahl der entsprechend Verdächtigen lediglich etwa ein Viertel beträgt.¹⁷ Schon bei der Polizei wurde etwa ein Drittel der wegen vorsätzlicher Tötungsdelikte Verdächtigen wieder auf freien Fuß gesetzt.¹⁸ Aber auch darüber hinaus scheint noch eine erhebliche Selektion stattzufinden, bevor eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Tötung erfolgt.

1.2. Angaben zur Sanktionspraxis

1995 wurden insgesamt 401 Verurteilungen für *homicides volontaires* (vorsätzliche Tötung), davon 246 für *meurtre* (entspricht Totschlag) sowie 147 für *assassinat* (entspricht Mord) zu Zuchthaus nebst Festungshaft ausgesprochen. Die verhängten Strafen waren 286 mal Freiheitsstrafe von 10 bis 20 Jahren, 88 mal Freiheitsstrafe von 20 bis 30 Jahren und 27 mal Freiheitsstrafe von lebenslanger Dauer.¹⁹ Mehr als 70% der zur Verurteilung gelangten vorsätzlichen Tötungen wurden danach mit einer Verbrechensstrafe zwischen 10 und 20 Jahren geahndet, mehr als 20% immerhin noch mit 20 bis 30 Jahren.

¹² Bei den Delikten gegen die Person werden hier generell nur Vorsatzdelikte berücksichtigt; vgl. *Aspects* 1992, S. 32.

¹³ Eine Differenzierung zwischen Vollendung und Versuch findet sich hier nicht.

¹⁴ *Annuaire* 1988–1992, S. 119.

¹⁵ *Annuaire* 1988–1992, S. 119.

¹⁶ *Annuaire* 1988–1992, S. 123.

¹⁷ Selbstverständlich muss von den verglichenen Zahlen wegen u.U. langer Verfahrensdauer bis zur Anklage und Verurteilung nicht durchwegs derselbe Personenkreis betroffen sein.

¹⁸ Vgl. die Zahlen in *Aspects* 1992, S. 107.

¹⁹ *Annuaire* 1995, S. 231.

1.3. Gesellschaftliche Diskussion und rechtliche Initiativen zur Gewalt gegen Frauen

In Frankreich gelangte das Problem der Gewalt innerhalb der Ehe oder Partnerschaft erst in den 1980er Jahren ins Bewusstsein der Öffentlichkeit;²⁰ dementsprechend „verspätet und unzusammenhängend“²¹ reagierte der Gesetzgeber darauf, und dementsprechend langsam änderte sich die Praxis der Verwaltung und der Strafverfolgungsorgane.

Ursächlich für den Bewusstseinswandel dürfte einerseits die Arbeit der Frauenbewegung seit den 1970er Jahren gewesen sein,²² andererseits zwangen auch Veränderungen der französischen und internationalen Rechtslage Behörden und Gesetzgeber dazu, sich des Problems anzunehmen. Wichtige Impulse für die Gesetzgebung gingen von der UN-Konvention über die Abschaffung aller Formen der Diskriminierung von Frauen von 1980 aus (von Frankreich 1984 ratifiziert), außerdem von der Erklärung der Vereinten Nationen über die Ausrottung der Gewalt gegen Frauen vom 20.12.1989.²³ Die Polizei wurde für die spezifische Gefährdung von Frauen innerhalb der Partnerschaft sensibilisiert, als 1980 der Vergewaltigungstatbestand reformiert²⁴ und daraufhin durch die Cour de cassation in mehreren Entscheidungen²⁵ die uneingeschränkte Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Ehe anerkannt wurde. Zur Vorbereitung der Weltfrauenkonferenz in Peking wurde eigens eine Arbeitsgruppe der Nationalpolizei eingerichtet.²⁶

Vor allem verlagert die neue öffentliche Aufmerksamkeit für das Thema Gewalt in der Partnerschaft den allgemeinen Prozess verstärkter staatlicher Intervention in den früher rein privaten Raum der Familie.²⁷ Hervorgerufen durch die Betonung der individuellen Rechte jedes Familienmitglieds und das Bedürfnis nach staatlichem Schutz vor allem in Krisensituationen wie Scheidungen, konzentrierte sich dieser Prozess zunächst auf den Schutz Minderjähriger. Seit den 1970er Jahren²⁸

²⁰ *Plaisant*, La police, S. 113.

²¹ *Alvarez*, Violences intra-familiales, S. 115.

²² *Plaisant*, La police, S. 118; *Alvarez*, Violences intra-familiales, S. 114.

²³ *Alvarez*, Violences intra-familiales, S. 115.

²⁴ *Plaisant*, La police, S. 118.

²⁵ Aus den Jahren 1984, 1990 und 1992; siehe zu dieser Entwicklung m.w.N. *Portelli*, Crimes et délits de famille, S. 87 f.

²⁶ *Plaisant*, La police, S. 119.

²⁷ *Faget*, Conflits privés, pudeurs publics, S. 102 f.; *Portelli*, Crimes et délits de famille, S. 76 f.; *Commaile*, Violences intra-familiales, S. 12; Beitrag des Abgeordneten *Colcombet* zu den Qualifikationen des neuen code pénal, Sitzung vom 20.6.1991, J.O., Assemblée nationale, Débats, S. 3435.

²⁸ 1975 wurde etwa das Scheidungsrecht liberalisiert, was zur „Prekarisierung“ (*Faget*, Conflits privés, pudeurs publics, S. 103) der Institution Familie führte. Beispielhaft auch die Abschaffung des Art. 324 Abs. 2 des damaligen code pénal, der einen gesetzlichen

wird aber auch hinsichtlich Gewalthandlungen unter (Ehe-)Partnern „keine Immunität mehr, weder rechtlich²⁹ noch tatsächlich“³⁰ anerkannt.

Statistisch lässt sich das Ausmaß der (körperlichen) Gewalt innerhalb der Partnerschaft schlecht ermitteln. In den Kriminalitätsstatistiken werden derartige Delikte nicht gesondert ausgewiesen. Zudem ist die Dunkelziffer besonders hoch.³¹ Vor allem verheiratete, wirtschaftlich abhängige Frauen mit Kindern scheinen allenfalls einen Arzt einzuschalten.³²

Gemeinhin wird geschätzt, dass jede dritte Frau einmal mit häuslicher Gewalt konfrontiert wird, in 90 % der Fälle durch ihren Partner.³³ Es wird von über 2 Millionen³⁴ bzw. von 2 bis 4 Millionen³⁵ misshandelten Frauen gesprochen. Dagegen erklären in einer Viktimisierungsstudie von 1990³⁶ nur 1,3 % der Befragten, Opfer von Gewalt in der Familie geworden zu sein, ein Drittel davon Männer.

Am 3.10.2000 wurden die Ergebnisse einer medizinsoziologischen Umfrage über Erfahrungen mit physischer (auch sexueller) Gewalt im Allgemeinen vorgestellt.³⁷ Hiernach haben unter 13.000 befragten Personen (zwischen 12 und 75 Jahren) 4,4 % der Männer und 2,6 % der Frauen angegeben, im Lauf der letzten

Entschuldigungsgrund für den Ehemann vorsah, der seine in flagranti beim Ehebruch ertappte Frau oder deren Geliebten tötete, im Jahr 1975.

²⁹ Rechtlich geregelte Strafausschließungsgründe für Straftaten innerhalb des engeren Familienkreises (*immunités familiales*) existieren bis heute im Bereich der Eigentums- und Vermögensdelikte sowie bei bestimmten Straftaten gegen die Rechtspflege, nicht aber bei den Körperverletzungsdelikten (siehe *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 706, S. 571).

³⁰ *Portelli*, Crimes et délits de famille, S. 98.

³¹ *Hugon de Scoeux/Schmitt/Duguet*, Les violences intra-familiales, S. 147: 70 % der Frauen wollen nur ihre Verletzungen feststellen lassen, nicht aber die Justiz einschalten. Nach der Viktimisierungsstudie von *Zauberman*, *Déviance et Société* 15 (1991), 36 schalten nur 34,1 % der Opfer familiärer Gewalt die Polizei ein, gegenüber 43,3 % der anderen Gewaltopfer.

³² *Blin/Giffo-Levasseur*, *Violences conjugales*, 85 und 87. Die Autorinnen haben die Anrufe bei einem Telefonnotdienst für Opfer von Gewalt durch den Partner („Violence Conjugale Femmes Info Service“) zwischen Februar 1995 und August 1997 ausgewertet. Nach einer früheren Studie der Anrufe bei diesem Informationsdienst von 1992 bis 1997 (*Monnier*, *Violences conjugales*, S. 69 ff.) besorgen sich 36 % der Opfer ein ärztliches Attest, während nur 30 % die Polizei oder Gendarmerie kontaktieren.

³³ *Hugon de Scoeux/Schmitt/Duguet*, *Les violences intra-familiales*, S. 147

³⁴ So der Senator *Jolibois* 1991 in seinem Bericht über die Gesetzesvorlage des nouveau code pénal, der eine Qualifikation für Gewaltdelikte gegen den Partner einführt (J.O., Sénat, Rapports et documents, 1990/91, n° 295).

³⁵ *Alvarez*, *Violences intra-familiales*, S. 116, Fn. 15.

³⁶ *Zauberman*, *Déviance et Société* 15 (1991), 30.

³⁷ Es handelt sich um den von dem *Comité français d'éducation pour la santé* (CFES) organisierten fünften *baromètre sur la santé des Français* 2000 (siehe *Benkimoun*, *Le Monde*, 4.10.2000).

12 Monate geschlagen oder verletzt worden zu sein. Physische Gewalt,³⁸ die vor allem bei Heranwachsenden und jungen Erwachsenen vergleichsweise häufiger anzutreffen sei, sei damit gegenüber dem Vorjahr leicht rückgängig. In 70% der Fälle sei die Gewalt von ein und derselben Person ausgegangen. Mit der oben erwähnten Studie zur Gewalt in der Familie sind diese allgemeinen Zahlen zwar schlecht vergleichbar. Immerhin ist aber jenes Phänomen hierin enthalten und zahlenmäßig wahrscheinlich eher höher zu bewerten als in der Untersuchung aus dem Jahr 1990.

Eine Studie speziell über die Behandlung von Anzeigen wegen Gewalt gegen Frauen durch ihren Partner im Département *Charente-Maritime* vom 1.7.1994 bis zum 30.6.1995 behandelt 180 Fälle.³⁹ Eine neuere Studie im Département *Hérault* schätzt den Anteil der Familienkonflikte an den 28.000 von der Polizei in Montpellier behandelten Fällen auf 30 bis 50%.⁴⁰ Die von Polizei oder Gendarmerie behandelten Gewaltdelikte innerhalb der Partnerschaft nahmen von 1994 (346 Fälle) bis 1996 (475) um 37% zu.⁴¹ 1998 wurden in den ersten 9 Monaten 148 solche Gewaltdelikte von den Opfern zur Anzeige gebracht und 155 (lediglich) im Polizeitagebuch (*main courante*) vermerkt (von 204 bzw. 294 Fällen von Beziehungskonflikten insgesamt).⁴² In dieser Studie waren 99% der Opfer Frauen.⁴³

Was die Gründe für die Taten angeht, werden zwar immer noch einzelne individuelle Faktoren, vor allem Alkoholabhängigkeit,⁴⁴ niedriges Einkommen bzw. Arbeitslosigkeit junger Paare⁴⁵ sowie Trennungssituationen⁴⁶ hervorgehoben. Mitt-

³⁸ Opfer erzwungener *sexueller* Beziehungen geworden zu sein, geben übrigens 4,6% der befragten Mädchen und Frauen (bei diesen 15,9% der Fälle im Alter unter zehn Jahren) und 0,6% der Jungen und Männer an.

³⁹ *Faget*, *Conflits privés, pudeurs publics*, S. 104.

⁴⁰ *Alvarez*, *Violences intra-familiales*, S. 123.

⁴¹ *Alvarez*, *Violences intra-familiales*, S. 117.

⁴² *Alvarez*, *Violences intra-familiales*, S. 123, Fn. 27; bei dem Vermerk in der *main courante* handelt es sich um die praeter legem geduldete faktische Opportunitätseinstellung des Verfahrens durch die Polizei, nachdem sie dem Anzeigsteller – etwa unter Hinweis auf die ohnehin hohe Wahrscheinlichkeit der Einstellung durch die Staatsanwaltschaft – davon abgeraten hat, die Angelegenheit weiterzuverfolgen (vgl. hierzu *Schönknecht*, *Opportunitätsprinzip*, S. 146–148).

⁴³ *Alvarez*, *Violences intra-familiales*, S. 123.

⁴⁴ *Hugon de Scoeux/Schmitt/Duguet*, *Les violences intra-familiales*, S. 147; *Godenzi/De Puy*, *La prévention primaire* S. 63; unter den dort ausgewerteten Studien findet sich allerdings keine französische.

⁴⁵ *Godenzi/De Puy*, *La prévention primaire*, S. 63; *Faget*, *Conflits privés, pudeurs publics*, S. 107, für die *Charente-Maritime*.

⁴⁶ *Godenzi/De Puy*, *La prévention primaire*, S. 63; *Faget*, *Conflits privés, pudeurs publics*, S. 106.

lerweile herrschen jedoch Erklärungen aus der Gesellschaftsstruktur⁴⁷ und aus der Familiengeschichte von Tätern und Opfern⁴⁸ vor.

Der Staat reagierte im letzten Jahrzehnt auf zweierlei Weise auf diese weit verbreitete Gewalt: einerseits durch eine prozessuale und materiellrechtliche Verschärfung der Strafverfolgung von Körperverletzung durch den eigenen Partner. Zunächst wurden Vereine, deren satzungsmäßiges Ziel die Bekämpfung der Gewalt gegen Familienmitglieder ist, durch ein Gesetz vom 12.7.1990 befähigt, unter anderem bei Körperverletzungsdelikten mit Einwilligung des Opfers als Nebenkläger aufzutreten (Art. 2-2 CPP). Damit können solche Vereinigungen insbesondere die Strafverfolgung auch gegen die Staatsanwaltschaft erzwingen. Derartige Nebenklagerechte werden zur effektiveren Bekämpfung von Straftaten geschaffen, die der Gesetzgeber als besonders schädlich für die Rechtsordnung ansieht.⁴⁹

Weiterhin führt im neuen Code pénal der Umstand, dass ein Körperverletzungsdelikt durch den Ehepartner oder Lebensgefährten des Opfers begangen wurde, zu einer Erschwerung der Strafbarkeit, so in Art. 222-3 Abs. 1 Nr. 6 (Folter und brutale Misshandlung), 222-8 Abs. 1 Nr. 6 (Gewalttätigkeiten mit Todesfolge ohne Tötungsvorsatz), 222-10 Abs. 1 Nr. 6 (Gewalttätigkeiten mit Folge der Verstümmelung oder bleibenden Behinderung) und 222-12 Abs. 1 Nr. 6 (Gewalttätigkeiten mit Folge einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als acht Tagen). Hat die Körperverletzung keine Arbeitsunfähigkeit oder nur eine solche bis zu acht Tagen zur Folge, handelt es sich grundsätzlich um eine Übertretung (Art. R. 625-1 CP) – anders (Vergehen) dagegen, wenn der Täter der Ehepartner oder Lebensgefährte war (Art. 222-13 Abs. 1 Nr. 6 CP). Grund dafür, die Verletzung des Partners als besonders schwerwiegend zu beurteilen, war zum einen das besondere Schutzbedürfnis des Opfers gegenüber dem mit ihm zusammenlebenden Täter,⁵⁰ zum anderen die Verletzung der ehelichen oder partnerschaftlichen Solidarität;⁵¹ auch das Ausmaß dieses Aspekts der Gewalt vor allem gegen Frauen⁵² wird in den Gesetzgebungsarbeiten an-

⁴⁷ Aus soziologischer Sicht *Séverac*, in: IHESI (Hrsg.), *Violences en famille*, S. 59 ff.; aus kriminologischer *Alvarez*, *Violences intra-familiales*, S. 126.

⁴⁸ *Hugon de Scoeux/Schmitt/Duguet*, *Les violences intra-familiales*, S. 147; *Monnier*, *Violences conjugales*, S. 71; *Godenzi/De Puy*, *La prévention primaire*, S. 62.

⁴⁹ *Guinchard/Buisson*, *Procédure pénale*, Rn. 640.

⁵⁰ Vertreter des Justizministeriums *Kiejman*, J.O., Sénat, Débats, Sitzung vom 22.4.1991; Abgeordneter *Colcombet*, Sitzung vom 20.6.1991, J.O., Assemblée Nationale, Débats, S. 3435.

⁵¹ *Kiejman*, a.a.O.; Abgeordnete *Lienemann*, Sitzung der Assemblée Nationale vom 20.6.1991, J.O., Assemblée Nationale, Débats, S. 3431.

⁵² Die verschärfte Strafdrohung betrifft auch Täterinnen, vgl. J.O., Assemblée Nationale, Débats, 20.6.1991, S. 3432. Jedoch sind Frauen so überwiegend die Opfer, dass die Neuregelung auch als Fortschritt für die Gleichberechtigung dargestellt wird: Abg. *Lienemann*, a.a.O.; *Colcombet*, a.a.O.

geführt.⁵³ Vor einer rein strafrechtlichen Behandlung dieses Gewaltphänomens wird allerdings in neuerer Zeit auch gewarnt.⁵⁴

Andererseits sind in den 1980er und 1990er Jahren soziale Institutionen geschaffen worden, die zur Bekämpfung der Gewalt gegen Frauen beitragen sollen. Auf Departementebene wurden aufgrund von ministeriellen Rundschreiben seit 1989⁵⁵ Kommissionen zu „Frauen als Opfer von Gewalt“ geschaffen, die sowohl für Aufklärungsarbeit als auch für Hilfsangebote, insbesondere Notunterkünfte, zuständig sind. Sie setzen sich aus Vertretern aus Behörden und Vereinen zusammen und stehen unter dem Vorsitz des Präfekten. 1980 eröffnete das erste Frauenhaus in Montpellier;⁵⁶ insgesamt gibt es über 150 staatlich unterstützte Anlauf- und Beratungsstellen.⁵⁷ 1992 wurde außerdem ein staatlicher Telefondienst für Gewaltprobleme in der Partnerschaft eingerichtet.⁵⁸

Trotz der vorgenannten Ansätze zur Verstärkung der strafrechtlichen wie sozialen Kontrolle scheint auch in den 1990er Jahren noch ein Hindernis für die Strafverfolgung der Täter darin zu liegen, dass die Polizei Anzeigen nicht annimmt bzw. ihnen nicht nachgeht.⁵⁹ Dies lässt sich nicht nur damit erklären, dass Opfer oft ihre Anzeige zurückziehen; neben der Arbeitsüberlastung und dem Widerwillen der Beamten, sich in „Familienangelegenheiten“ einzumischen, erscheint vor allem auch die Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften als ursächlich.⁶⁰ So führen geschätzte 80% der an die Staatsanwaltschaft weitergeleiteten Anzeigen im *Hérault* zu einer Einstellung;⁶¹ die Studie über die *Charente-Maritime* ermittelte 1994/95

⁵³ Berichterstatter *Jolibois* im Senat (J.O., Senat, Rapports, 199091, n°295).

⁵⁴ Vgl. *Commaille*, *Violences intra-familiales*, S. 14, 15. Zu dieser Kontroverse siehe auch *Alvarez*, *Violences intra-familiales*, S. 111, 112. Vgl. dort, S. 124, und bei *Plaisant*, *La police*, S. 120 f., zu Lösungsansätzen außerhalb einer Strafverfolgung.

⁵⁵ Erstes Rundschreiben vom 12.10.1989, weitere von 1992, 1994, 1996 (vgl. *Alvarez*, *Violences intra-familiales*, S. 114 und 117). Schließlich sollte ein weiteres, gemeinsames Rundschreiben vom 8.3.1999 der Minister für Arbeit und Solidarität, Justiz, Inneres und Verteidigung die Arbeit dieser Kommissionen speziell zu Gewalt innerhalb der Partnerschaft verstärken.

⁵⁶ *Alvarez*, *Violences intra-familiales*, S. 117, Fn. 16.

⁵⁷ Antwort der Staatssekretärin für die Rechte der Frauen auf eine Anfrage des Senators *Maman*, J.O., Sénat, 10.8.2000, S. 2817.

⁵⁸ A.a.O.

⁵⁹ *Alvarez*, *Violences intra-familiales*, S. 123, insbes. Fn. 27: im untersuchten Departement wurden in den ersten 3 Monaten des Jahres 1998 204 Anzeigen wegen Partnerschaftskonflikten regelgerecht aufgenommen (davon betrafen 72% Gewaltdelikte), 294 jedoch nur im Polizeitagebuch vermerkt (davon 52% wegen Gewaltdelikten), was einer Einstellung des Verfahrens durch die dazu eigentlich nicht befugte Polizei gleichkommt.

⁶⁰ *Alvarez*, *Violences intra-familiales*, S. 123. Diese schlägt deshalb (S. 124) als pragmatische Verbesserung vor, der gegenwärtigen Polizeipraxis, die Anzeige zwar nur im Tagebuch zu vermerken, aber auf Bitte des Opfers den Täter durch eine Bestellung zur Wache oder einen Hausbesuch zu „verwarnen“, einen legalen Rahmen zu geben.

⁶¹ *Alvarez*, *Violences intra-familiales*, S. 122. Dies sei die Einschätzung sowohl der Frauenorganisationen als auch der Polizei.

73,3 % Einstellungen mit deutlichen Unterschieden je nach Gerichtsbezirk.⁶² Hier- von ist auch die Verfolgung schwerer Verletzungen betroffen; lediglich bei frischen Taten (*délits flagrants*) und bei vorbestraften Tätern scheint die Abneigung, Verfahren wegen Körperverletzung an der Partnerin weiterzuverfolgen, schwächer zu sein.⁶³

Diese Widerstände relativieren den oben dargestellten Bewusstseinswandel. Wo es nicht um den Schutz Minderjähriger geht, sondern um die Beziehungen zwischen Erwachsenen, scheuen sich die Institutionen immer noch vor Interventionen, die ihnen gleichsam von den Betroffenen aufgezwungen werden,⁶⁴ denn diese Art der Regulierung von Privatbeziehungen entspricht nicht den traditionellen staatlichen Prioritäten. Zudem ist es angesichts unklarer Definition und ambivalenter Situation der Opfer schwierig, die neue Vorgabe des Schutzes vor Gewalt in der Partnerschaft durchzusetzen, solange diese sich nicht für das Beenden der Beziehung entschieden haben.⁶⁵

Auffällig auch an der jüngsten Befassung mit dem Thema „Gewalt innerhalb von Paarbeziehungen“ ist schließlich, dass die Frau zwar verstärkt als Opfer männlicher Gewalt wahrgenommen, der umgekehrte Fall der Frau als Täterin jedoch außer Acht gelassen wird. So ist auch keine Diskussion darüber ersichtlich, ob und inwieweit der Einsatz von abwehrender oder präventiver Gegengewalt innerhalb der Partnerschaft legitim oder im Hinblick auf die ständige Traumatisierung durch den gewalttätigen Partner wenigstens verständlich und nachvollziehbar sein kann und damit eine mildere strafrechtliche Beurteilung entsprechender Fälle zulässt.

⁶² *Faget*, *Conflits privés, pudeurs publiques*, S. 108 f.

⁶³ *Faget*, *Conflits privés, pudeurs publiques*, S. 109 f.; die Strafverfolgung in flagrante entdeckter Täter durch Polizei und Staatsanwaltschaft verläuft deutlich schneller (vgl. *Alvarez*, *Violences intra-familiales*, S. 123).

⁶⁴ *Faget*, *Conflits privés, pudeurs publiques*, S. 103.

⁶⁵ Frauen, die in einer gefestigten Beziehung zum Täter stehen und mit ihm zusammenleben, wenden sich nicht nur nach der Erfahrungsstudie von *Blin/Giffo-Levasseur*, *Violences conjugales*, S. 85 f., besonders selten an die Polizeibehörden; es scheint auch eine Korrelation zwischen dem Zusammenleben und der Häufigkeit, mit der Anzeigen zurückgezogen werden, zu geben: *Faget*, *Conflits privés, pudeurs publiques*, S. 109. *Plaisant*, *La police*, S. 118, spricht aus Sicht der Polizei von „oft befremdlichem Verhalten des Opfers“.

II. Rechtliche Rahmenbedingungen und allgemeiner Verlauf der Befragung

II.1. Rechtlicher Rahmen

II.1.1. Einschlägige materiellrechtliche Regelungen

II.1.1.0. Vorbemerkung

Im Jahr 1992 wurde das Napoleonische Strafgesetzbuch von 1810 mit der Schaffung eines neuen Code pénal (CP) in vier Teilgesetzen umfassend reformiert.⁶⁶ Dieses Reformwerk trat am 1.3.1994 in Kraft und war somit bereits für den Untersuchungszeitraum der 1980er und 1990er Jahre maßgeblich. Den Praktikern war es allerdings aufgrund der bis dahin naturgemäß nicht weit fortgeschrittenen Rechtsprechung zu den neuen Regelungen sicherlich noch nicht in allen Einzelheiten vertraut. Für die Kernfragen des Projekts, soweit sie im Allgemeinen Teil des Strafrechts die Strafausschließungsgründe und im Besonderen Teil vor allem die vorsätzliche Tötung und ihre Qualifikationen betreffen, ergaben sich allerdings durch den zu einem großen Teil von sachlicher Kontinuität geprägten neuen Code pénal keine wesentlichen Änderungen. So wurden zwar manche auch für das Projekt relevanten Regelungen des Allgemeinen Teils – etwa diejenigen zur Notwehr und zur Schuldfähigkeit – im Gesetzestext modernisiert. Jedoch kodifiziert der neue Text häufig lediglich die Rechtsprechung, die sich entweder zu den entsprechenden Vorgängerregelungen oder aufgrund Richterrechts entwickelt hatte. So stellt auch die neue Regelung der subjektiven Tatseite in Art. 121-13 CP nur teilweise ein echtes Novum dar, welches namentlich die neue Kategorie der vorsätzlichen Gefährdung eines anderen (*mise en danger de la personne d'autrui*) betrifft, jedoch für das Projekt allenfalls zur besseren Ausleuchtung der Grenzen des rechtlichen Rahmens von Interesse ist. Lediglich für die Strafzumessung ist – durch die Abschaffung der Strafuntergrenzen im Besonderen Teil und, damit verbunden, der früher den Strafrahmen erweiternden respektive verschiebenden mildernden Umstände (*circonstances atténuantes*) und formalisierten Strafmilderungsgründe (*excuses atténuantes*) – eine nicht unerhebliche Änderung zugunsten eines noch weiteren und noch weniger kontrollierbaren Spielraums der Tatgerichte zu verzeichnen, der auch die Analyse der praktischen Behandlung der Projektfälle beeinflusst.⁶⁷

Zu den Kontinuitäten des neuen Code pénal gehört die klassische Dreiteilung der Straftaten in Verbrechen (*crimes*), Vergehen (*délits*) und Übertretungen (*contraventions*), die sich exakt aus der zugehörigen Abstufung der im Allgemeinen Teil

⁶⁶ Siehe hierzu in einem ersten Überblick *Mérigeau*, in: Eser/Huber (Hrsg.), Strafrechtsentwicklung, S. 474 ff.

⁶⁷ Siehe zu den Änderungen des Allgemeinen Teils mit Schwerpunkt auf dem Sanktionensystem aus deutscher Sicht *Zieschang*, ZStW 106 (1994), 647 ff.

(Erstes Buch) klassifizierten und im Besonderen Teil (Zweites bis Sechstes Buch) entsprechend angedrohten Sanktionen ergibt.⁶⁸ Auch orientiert sich die Eingangszuständigkeit der Gerichte daran, in welche Kategorie der Trias das abzuurteilende Delikt⁶⁹ fällt. Diese Einordnung wiederum bestimmt sich nach der angedrohten Strafe und nicht etwa nach der Straferwartung im Einzelfall.

Die zur untersten Kategorie gehörenden *Übertretungen* stellen echtes Kriminalunrecht dar, auch wenn sie zu einem beachtlichen Teil Handlungen inkriminieren, deren Sanktionierung etwa in Deutschland in das Recht der Ordnungswidrigkeiten ausgelagert ist. Die Übertretungen werden von der Exekutive in Form von Dekreten nach Anhörung des Staatsrats geregelt und sind für das Kernstrafrecht im Verordnungsteil (*partie réglementaire*) des Code pénal (Sechstes Buch) niedergelegt. Das der jeweiligen Artikelnummer⁷⁰ dort vorangestellte R. bedeutet dementsprechend *Règlement*.⁷¹ Im Zuge der Strafrechtsreform wurde 1992 die Freiheitsstrafe als Sanktion für die fünfte – und gewichtigste – Klasse der Übertretungen abgeschafft. Hauptsanktion für Letztere ist nunmehr die Geldstrafe bis zu 10.000 Francs oder im Wiederholungsfall 20.000 Francs (Art. 131-12 Abs. 1 Nr. 1, 131-13 Nr. 5 CP).⁷² Ein Teil der – leichten, nicht nur fahrlässigen – Körperverletzungsdelikte ist im Sechsten Buch als Übertretungen ausgestaltet geregelt.

Für die mittlere Kategorie der *Vergehen* ist neben anderen hier nicht zu erörternden Strafarten vor allem die Gefängnisstrafe (*emprisonnement*) vorgesehen (Art. 131-3 Nr. 1 CP), die nach der jeweils angedrohten Höchststrafe siebenfach abgestuft ist (Art. 131-4 CP). Die höchste Androhung innerhalb dieser Strafmaßabstufung (*échelle des peines*) liegt bei 10 Jahren Gefängnis (Art. 131-4 Nr. 1 CP).⁷³

Die *Verbrechen* definieren sich schließlich dadurch, dass für diese als Freiheitsstrafe das Zuchthaus (*réclusion*) oder – hinsichtlich politischer Straftaten – die Festungshaft (*détention*) angedroht ist, und zwar gemäß Art. 131-1 Abs. 1 Nr. 1 bis 4

⁶⁸ Art. 111-1 CP, wonach die Straftaten „nach ihrer Schwere“ in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen eingeteilt werden, stellt demgegenüber einen eher rechtspolitischen oder auch symbolisch erklärenden Programmsatz dar, der nichts an der formalen Bestimmung der Einteilung ändert.

⁶⁹ Der Begriff „Delikt“ wird im Folgenden als Oberbegriff für alle Straftaten (*infractions*) verwendet, während der Begriff „Vergehen“ (*délit*) der mittleren Straftatenkategorie vorbehalten ist.

⁷⁰ Der Code pénal ist in Bücher, Titel, Kapitel und Artikel unterteilt. Die Nummerierung der Artikel folgt dem System der Dezimalklassifizierung: so bedeutet etwa Art. 132-4 Erstes Buch, Dritter Titel, Zweites Kapitel, Viertes Artikel.

⁷¹ Das Sechste Buch beginnt (im Ersten Titel, noch vor dem Ersten Kapitel) mit Art. R. 610-1 CP; für den Gesetzesteil stellen manche Gesetzbücher jeder Artikelnummer das Kürzel L. (*Loi*) voran, so etwa der Code de la route, nicht aber der Code pénal.

⁷² Zu den alternativ verhängbaren rechtsentziehenden oder -beschränkenden sowie zu den Zusatzstrafen siehe Art. 131-12 Abs. 1 Nr. 2, 131-14, 131-16 CP.

⁷³ Sie kann sich für Rückfalltäter auf 20 Jahre verdoppeln (Art. 132-9 CP).

in 4 Stufen: lebenslang (*à perpétuité*), maximal 15 Jahre, 20 Jahre sowie 30 Jahre Zuchthaus (respektive Festungshaft). Die Begriffe *emprisonnement* für die angeordnete Freiheitsstrafe bei Vergehen und *réclusion* (respektive *détention*) für diejenige bei Verbrechen sind historisch begründet und heute nicht mehr mit erheblichen Unterschieden in der Ausgestaltung des Strafvollzugs verbunden.⁷⁴ Man kann aber an diesen auch in den Tatbeständen des Besonderen Teils verwendeten Begriffen – wie auch an der Höhe der angedrohten Freiheitsstrafe – sofort erkennen, ob man es mit einem Verbrechen oder lediglich mit einem Vergehen zu tun hat.

Im Rahmen der Bewertung der Projektfälle werden nahezu ausschließlich Tatbestände⁷⁵ erörtert werden, die eine – lebenslange oder zumindest langjährige – Zuchthausstrafe (*réclusion criminelle*) androhen. Gleichwohl ist für die Projektfälle auch die Gefängnisstrafe (*emprisonnement*) von Bedeutung, da die Möglichkeiten der Strafmilderung bei abzuurteilenden Verbrechen diese Vergehensstrafe in weiten Teilen einschließen.⁷⁶

II.1.1.1. Überblick über den systematischen Aufbau der Strafbarkeitsmerkmale

Der Aufbau der Strafbarkeitsmerkmale wird in Frankreich im Vergleich zu der an verschiedenen Wertstufen orientierten systematischen Gliederung der Straftat nach der deutschen Lehre eher pragmatisch und überdies sehr uneinheitlich gehandhabt. Gleichwohl lassen sich dort zumeist dieselben oder ähnliche Wertungen ausmachen, wie sie auch innerhalb der stärker rechtstheoretisch und rechtsphilosophisch ausgerichteten deutschen Strafrechtsdogmatik hervortreten.

Dies gilt zunächst für den Grundsatz *nullum crimen sine lege*, wie er in dem von einem Teil der Lehre vertretenen „legalen Element“⁷⁷ der Straftat (*élément légal*) seinen Niederschlag gefunden hat. Hierbei handelt es sich freilich eher um eine (verfassungsrechtliche) Vorbedingung (*condition préalable*) staatlichen Strafens – namentlich das gleichsam als ständige Mahnung an den Rechtsanwender tatbezogen formulierte Gesetzlichkeitsprinzip – denn um einen Bestandteil der Straftat.⁷⁸ Auch die Methode der Subsumtion des Sachverhalts unter die Strafnorm wird in

⁷⁴ Abgesehen von unterschiedlichen Sicherheitsstufen bei Anstalten für den Vollzug von Freiheitsstrafen unterschiedlicher Dauer an unterschiedlich gefährlichen Tätern, die aber nicht ausschließlich der formalen Einteilung der Straftaten folgen dürfte.

⁷⁵ Aus dem Zweiten Buch: „Verbrechen und Vergehen gegen Personen“.

⁷⁶ Siehe hierzu unten II.1.1.4.

⁷⁷ Siehe zur Geschichte der Elementenlehre *Robert*, RSC 1977, 269 ff.

⁷⁸ Vgl. *Rassat*, DPG, Nr. 90, S. 111 ff., Nr. 198, S. 273 ff. m.w.N. zum Streitstand; sprachlich vermittelnd und überzeugend *Conte/Maistre du Chambon*, Nr. 218 f., S. 121 f., die das *élément légal* als ein die Straftat begründendes Element (*élément constituant*) und nicht als wesentlichen Bestandteil derselben (*élément constitutif*) ansehen; symphatisierend mit der Einbindung des *élément légal* in die strafrechtliche Systembildung *Tiedemann*, Lenckner-FS, S. 423.

diesem Zusammenhang erörtert, was nicht verwundert, da der hierfür verwandte Begriff *qualification des faits* – im Gegensatz zur deutschen Perspektive der Unterordnung – die rechtlich zu würdigenden Tatsachen von der höheren Werte des Gesetzes aus beleuchtet.⁷⁹ Weiterhin werden in der Lehre die als *faits justificatifs* bezeichneten Rechtfertigungsgründe – im Sinne einer ausnahmsweise möglichen Negation desselben – teilweise bei dem *élément légal* angesiedelt, soweit sie nicht ähnlich der deutschen Rechtswidrigkeit einem besonderen *élément injuste*⁸⁰ oder auch *élément illicite*⁸¹ zugewiesen werden.⁸² Unabhängig von der genauen dogmatischen Einordnung werden die Rechtfertigungsgründe häufig pragmatisch unter der Kategorie der objektiven, die strafrechtliche Verantwortung (*responsabilité*) ausschließenden Gründe behandelt.⁸³

Weiterhin wird in der Lehre einhellig anerkannt, dass eine Straftat (*infraction*) immer ein objektives Tatelement (*élément matériel*) enthält, was schlicht bedeutet, dass – im Sinne eines teilweise auch so bezeichneten Materialitätsprinzips – über den bloßen Gedanken hinaus ein nach außen erkennbares Handeln⁸⁴ vorliegen muss (*pas d'infraction sans activité matérielle*).⁸⁵ Demgemäß dient das materielle Tatelement auch als ein Sammelbecken für Themen außerhalb des Straftataufbaus im engeren Sinne wie etwa die Unterlassungsdelikte, die Konkurrenzlehre oder den Versuchsbeginn.

Wie sich aus der Gegenüberstellung von Legalität und Materialität als Prinzipien oder auch Elemente der Straftat erhellt, bezeichnet der objektive Tatbestand im deutschen Sinne, dessen Prüfung ja eine Subsumtion erfordert, eine abstrakte Wertungsstufe, die eine gedankliche Verbindung des *élément matériel* mit dem *élément*

⁷⁹ Entsprechend souverän und dezisionistisch geht die „majestätsgleiche“ (so *Tiedemann*, *Lenckner-FS*, S. 422) Cour de cassation mit diesem Thema in der Praxis um, während der hohe methodische Begründungsaufwand, den der Bundesgerichtshof (wie auch die deutsche Lehre) vergleichsweise betreibt, wohl ein Ausdruck unterschiedlicher Rechtskultur ist und mehr Gewissenszweifel darüber zum Ausdruck bringt, ob die Unterwerfung des jeweiligen Sachverhalts unter die Strafnorm noch zu rechtfertigen ist.

⁸⁰ So *Rassat*, DPG, Nr. 276 ff., S. 388 ff., die in dem *élément injuste* ein (in der Abwesenheit von Rechtfertigungsgründen bestehendes) negatives Tatelement sieht.

⁸¹ Dieser Sprachgebrauch wird bevorzugt von *Merle/Vitu*, DPG, Nr. 435, S. 560 m.w.N., wohl um Anklänge an das von ihnen abgelehnte deutsche Konzept der formellen und (vor allem) der materiellen Rechtswidrigkeit zu vermeiden: „Ces conceptions, qui relèvent de la philosophie du droit bien plus que de la technique juridique, sont pour les criminalistes français d'une utilisation difficile.“

⁸² Daneben existieren dominant subjektive Auffassungen von den Rechtfertigungsgründen, die hiervon das *élément moral* betroffen sehen (siehe unten).

⁸³ So etwa *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 693 ff., S. 559 ff.

⁸⁴ Oder das (gesetzlich sanktionierte) Unterlassen einer solchen Veränderung der Außenwelt (anerkannt sind in Frankreich bis heute nur echte Unerlassungsdelikte).

⁸⁵ Siehe *Merle/Vitu*, DPG, Nr. 479, S. 604–606; *Stefani/Levasseur/Bouloc*, DPG, Nr. 211, S. 185.

légal respektive mit der dem Aufbau der Straftat vorgelagerten Gesetzlichkeitsbedingung erfordert.

Keine Einigkeit besteht im Rahmen des Aufbaus der Straftat darüber, ob auch die subjektiven Merkmale eines Geschehens unter den Begriff der Straftat fallen oder nicht vielmehr ausschließlich der Persönlichkeit des Täters zuzuordnen sind. So spalten die „Objektivisten“ alle subjektiven Faktoren von der Straftat ab und erörtern sie unter aus ihrer Sicht rein täterorientierten Begriffen wie denjenigen der Schuldhaftigkeit (*culpabilité*) und der Zurechnungsfähigkeit (*imputabilité*) oder auch der Verantwortlichkeit (*responsabilité*).⁸⁶ Hingegen wird von den „Subjektivisten“ anerkannt, dass zu einer Straftat neben dem *élément matériel* zumindest noch ein subjektives Tatelelement (*élément moral*) gehört, das nicht erst im Rahmen der Persönlichkeit des Täters relevant ist.⁸⁷ Letztlich ist aber diese unterschiedliche Systematisierung für die pragmatische Lösung von Rechtsfällen jedenfalls insoweit nicht von entscheidender Bedeutung, als das *élément moral* auch von den „Objektivisten“ nicht geignert, sondern lediglich an anderer Stelle behandelt wird.

Das subjektive Tatelelement umfasst in seiner von einem Teil der Lehre vertretenen engeren Bedeutung, die auch hier zugrunde gelegt werden soll, den Vorsatz (*intention*) und die Fahrlässigkeit (*faute*)⁸⁸ einschließlich der in den Code pénal⁸⁹ von 1994 neu eingeführten vorsätzlichen Gefährdung einer anderen Person (*mise en danger délibérée de la personne d'autrui*) und wird nach dieser Auffassung unter Ausschluss der Zurechnungsfähigkeit (*imputabilité*) mit dem strafrechtlichen Verschulden (*culpabilité*) gleichgesetzt.⁹⁰

Die neue Kategorie der vorsätzlichen Personengefährdung ist zwischen der Fahrlässigkeit und dem Vorsatz angesiedelt und wird von der Lehre mit dem Begriff des *dol éventuel* identifiziert, welcher nach französischem Verständnis entgegen dem aus dem Wortlaut

⁸⁶ Siehe *Merle/Vitu*, DPG, Nr. 383, 521, 572 ff., S. 503–505, 657, 718 ff., die damit (neben dem gesetzlichen) nur ein objektives Element als Bestandteil der Straftat anerkennen; siehe weiterhin *Jeandidier*, DPG, Nr. 209–212, S. 237–241 sowie *Pradel*, DPG, Nr. 395, 493 ff., S. 357, 436 ff.: nur ein objektives Tatelelement.

⁸⁷ Siehe etwa *Conte/Maistre de Chambon*, DPG, Nr. 349 ff., S. 187 ff.; *Decocq*, DPG, S. 151 ff.; *Rassat*, DPG, Nr. 247 ff., S. 347 ff.; *Stefani/Levasseur/Bouloc*, DPG, Nr. 253 ff., S. 211 ff.

⁸⁸ Im engeren Sinne (*faute ordinaire*); teilweise wird *faute* auch als Oberbegriff für Vorsatz- und Fahrlässigkeitsschuld gebraucht.

⁸⁹ Art. 121–3 Abs. 2 CP (siehe hierzu unten).

⁹⁰ Siehe etwa *Stefani/Levasseur/Bouloc*, DPG, Nr. 369, S. 292 f.: die *culpabilité* ist mit dem *élément moral* identisch und bezeichnet die Beziehung zwischen dem Subjekt und seinem Verhalten, während die (insbesondere durch eine seelische Störung gemäß Art. 122-1 CP und durch Zwang gemäß Art. 122-2 CP ausgeschlossene) *imputabilité* die „Fähigkeit (des Subjekts) zu verstehen und zu wollen“ betrifft, welche es erst erlaubt, diesem seine Schuld zuzurechnen; anders *Conte/Maistre de Chambon*, DPG, Nr. 349, S. 187, die – mit der allerdings merkwürdigen Begründung, bei abweichender Auffassung sei die strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht mehr notwendig an den Tatzeitpunkt gebunden (a.a.O., Nr. 351, S. 189) – zum *élément moral* das Verschulden und die Zurechnungsfähigkeit zählen.

(*dol*) folgenden Anschein Konstellationen der groben (weil bewussten) Fahrlässigkeit charakterisiert.⁹¹

Der Vorsatz (*intention*) wird nach der klassischen Auffassung zweigeteilt in den handlungs- wie unrechtsbezogenen *dol général* und den erfolgsbezogenen *dol spécial*. Hiernach besteht der allgemeine Vorsatz in dem „Willen eine strafbare Handlung zu begehen, wie sie vom Gesetz beschrieben wird“ sowie im „Bewusstsein des Täters, die gesetzlichen Verbote zu verletzen“.⁹² Der *dol spécial* ist hingegen „der Wille, den gesetzlich verbotenen Erfolg herbeizuführen“⁹³ wie etwa der spezifische Tötungsvorsatz beim Totschlag oder der Verletzungswille⁹⁴ bei der Körperverletzung. An dieser begrifflichen Zweiteilung wird heute nur noch eingeschränkt festgehalten. So wird der *dol spécial* teilweise auf besondere subjektive Merkmale ohne objektive Entsprechung beschränkt,⁹⁵ sodass der Erfolgsbezug bereits beim generellen Vorsatz zum Tragen kommt.⁹⁶

Jedenfalls wird schon aufgrund der obigen Definition des *dol général* mitunter festgehalten, dass der Vorsatz – je auch tatbezogen – ein Wissens- (*conscience*) und ein Willenselement (*volonté*) aufweist. Die Bezeichnung des Vorsatzes mit dem finalen Begriff *intention*, den man rein semantisch betrachtet mit „Absicht“ übersetzen könnte, droht hierbei in die Irre zu führen. So lassen sich der Sache nach auch in Frankreich verschiedene Vorsatzformen mit unterschiedlicher Gewichtung beider Elemente absichten, die zunächst eindeutig neben dem gezielten Willen (*dol direct*) das – auch als *dol indirect* bezeichnete – Bewusstsein (*conscience*) des als sicher erwarteten Erfolgseintritts zum Vorsatz rechnen.⁹⁷ Berücksichtigt man weiterhin von der Literatur gebilligte Formeln der Rechtsprechung wie etwa diejenige, wonach der Täter, der eine gefährliche Waffe gegen einen lebenswichtigen Körperteil des Opfers einsetzte, „dachte, voraussah und notwendigerweise akzeptierte, dass der Tod eintreten konnte oder musste“,⁹⁸ so sind vom Vorsatz auch Fälle umfasst, in welchen von den Tatsachen auf das bloße Wissen um das Risiko des Erfolgseintritts und von hier auf das Willenselement geschlossen

⁹¹ Siehe *Stefani/Levasseur/Bouloc*, DPG, Nr. 269 f., S. 222 f.; es wäre mithin falsch, den *dol éventuel* mit dem deutschen Eventualvorsatz gleichzusetzen.

⁹² Die Definition geht auf *Garçon* zurück (siehe *Merle/Vitu*, DPG, Nr. 579, S. 729 m.w.N.).

⁹³ Siehe *Merle/Vitu*, DPG, Nr. 595 ff., S. 749 ff.

⁹⁴ Der Vorsatz bei der vorsätzlichen Körperverletzung (*violence*) bezieht sich aber nur auf die unmittelbare Einwirkung der Handlung auf das Opfer und ist zu unterscheiden von den besonderen Verletzungsfolgen, die als praeterintentional angesehen werden (siehe hierzu näher unten II.1.1.2.2.).

⁹⁵ So *Conte/Maistre de Chambon*, DPG, Nr. 384 f., S. 207 f.

⁹⁶ Ähnlich *Pradel*, der den Tötungsvorsatz im Rahmen des *dol général* behandelt (DPG, Nr. 498, S. 440 f.) und gleichwohl den *dol spécial* als Teilaspekt von jenem (*le dol général renforcé dans sa précision*) nochmals gesondert diskutiert (a.a.O., Nr. 504, S. 445 f.).

⁹⁷ Siehe hierzu und zu Folgendem *Pradel*, DPG, Nr. 498, S. 440, 441 mit Fn. 3.

⁹⁸ Siehe Cass. crim., 2.4.1979, Bull. Nr. 131.

wird. Derartige Formeln sind nicht zu trennen von prozessualen Erwägungen, die den Schluss des Vorsatzes aus den objektiven Umständen zulassen und diesen Schluss der kassationsrechtlich kaum kontrollierten freien Würdigung des Tatrichters anheimstellen. Es handelt sich hierbei um eine Art faktische (widerlegbare) Vorsatzvermutungen, die je nach Deliktsbereich variieren können und bezeichnenderweise eher in Darstellungen des Besonderen Teils erörtert werden.⁹⁹ Mit dieser Schwerpunktverlagerung der Sichtweise auf die weitgehend freie prozessuale Feststellung des Vorsatzes durch den Tatrichter, die in Rechtsprechung und Lehre durchwegs betont wird, mag es auch zusammenhängen, dass sich in materiellrechtlicher Hinsicht in Frankreich keine der deutschen vergleichbare dogmatische Diskussion zur schwächsten Vorsatzform und deren Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit herausgebildet hat.¹⁰⁰ Es existiert nicht einmal eine eigene Bezeichnung dafür.¹⁰¹

Aus der tat- wie unrechtsbezogenen Definition des Vorsatzes folgt, dass sowohl der Tatirrtum als auch der Rechtsirrtum hier als relevant eingeordnet wird. Letzterer wird aber auch – unbeschadet seiner Relevanz im Rahmen des Vorsatzes – pragmatisch als einer der subjektiven, die strafrechtliche Verantwortung (*responsabilité*) ausschließenden Gründe behandelt.¹⁰² Weitere subjektive Gründe des Verantwortungsausschlusses sind etwa die fehlende Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit wegen einer Geistesstörung (*trouble mental*).¹⁰³

Als kleinster gemeinsamer – pragmatischer – Nenner der französischen Lehre kann festgehalten werden, dass die Verurteilung einer Person wegen der Begehung einer Straftat Folgendes voraussetzt: Einerseits muss ein objektives Tatelement (*élément matériel*) gegeben sein, andererseits ein subjektives (je nach Auffassung Tat- oder persönliches) Element (*élément moral*), wobei der etwaige Ausschluss der Verantwortlichkeit aus objektiven oder subjektiven Gründen die strafrechtliche Zurechnung¹⁰⁴ ausnahmsweise hindert. Der in Deutschland betonten Trennung zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld wird hierbei keine systembildende Bedeu-

⁹⁹ Siehe etwa für die Tötungsdelikte *Merle/Vitu*, DPS, Nr. 1709, S. 1372 f.; kritisch hierzu *Véron*, DPS, S. 23.

¹⁰⁰ Vielfach diskutiert wird hingegen die neue Zwitterfigur der vorsätzlichen Gefährdung (Art. 121-3 Abs. 2 CP) eines anderen, die aber abgesehen von der Vertypung im Tatbestand des Art. 223-1 CP nur als Erschwerungsgrund einiger Fahrlässigkeitsdelikte vornehmlich aus dem Bereich der Straftaten gegen Leib und Leben eine Rolle spielt (vgl. hierzu *Conte/Maistre de Chambon*, DPG, Nr. 390 f., S. 211 f.).

¹⁰¹ Diejenige des *dol éventuel* ist Fällen der bewussten Fahrlässigkeit vorbehalten.

¹⁰² Siehe nur *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 473, S. 388 einerseits und Nr. 673 ff., S. 544 ff. andererseits.

¹⁰³ Siehe hierzu unten II.1.1.3.2.1.

¹⁰⁴ In einem weiten Sinne ohne dogmatische Festlegung.

tung beigemessen.¹⁰⁵ Eher verläuft die Trennlinie zwischen den (objektiven und subjektiven) konstitutiven Elementen der Straftat einerseits und den (objektiven und subjektiven) Nichtzurechnungsgründen im weiten Sinne¹⁰⁶ andererseits.¹⁰⁷

Hieraus ergibt sich folgendes Aufbau- oder Prüfungsschema, wie es auch den Befragungen zugrunde gelegt wurde:

objektives Tatelelement	<i>(élément matériel)</i>
subjektives Tatelelement	<i>(élément moral)</i>
objektive Nichtzurechnungsgründe	<i>(causes objectives d'exclusion de la responsabilité = faits justificatifs)</i>
subjektive Nichtzurechnungsgründe	<i>(causes subjectives d'exclusion de la responsabilité)</i>

II.1.1.2. Tötungstatbestände

Die Tötungstatbestände sind im Zweiten Buch des am 1.3.1994 in Kraft getretenen neuen Code pénal geregelt, welches die „Verbrechen und Vergehen gegen die Person“ zum Gegenstand hat. Der Zweite Titel des Zweiten Buches enthält in seinem Ersten Kapitel (Art. 221-1 bis 221-11 CP) die „Angriffe gegen das Leben der Person“. Der erste Abschnitt ist den vorsätzlichen Angriffen auf das Leben (Art. 221-1 bis 221-5 CP) gewidmet, während der zweite Abschnitt (Art. 221-6 bis 221-7) die fahrlässige Tötung behandelt. Sodann sind einige durch den tödlichen Erfolg qualifizierte Delikte zu verzeichnen, von denen vor allem dasjenige der Körperverletzung oder besser „Gewalttätigkeiten“¹⁰⁸ mit Todesfolge (Art. 222-7 und 222-8 CP) Erwähnung verdient. Der Vollständigkeit halber wird schließlich noch der neu geschaffene Tatbestand der vorsätzlichen Leibes- oder Lebensgefährdung (Art. 223-1 CP) angeführt.

¹⁰⁵ Vgl. hierzu kritisch aus deutscher Sicht *Jescheck*, ZStW 98 (1986), 7 f.; *Hünerfeld*, ZStW 93 (1981), 993 ff.; hingegen verhalten zustimmend in einer gemeinwesteuropäischen Perspektive *Vogel*, GA 1998, 148.

¹⁰⁶ Der Begriff „Nichtzurechnungsgründe“ wird hier der Kürze wegen synonym mit den Gründen der Nichtverantwortlichkeit (*causes de non-responsabilité*) verwendet und darf nicht mit dem wesentlich engeren deutschen Begriff der Zurechnung zum Tatbestand verwechselt werden.

¹⁰⁷ So auch *Vogel*, GA 1998, 149, der allerdings hierin ein gemeinwesteuropäisches Straftatsystem erkennt.

¹⁰⁸ Der Begriff *violences* kommt dem Gewaltbegriff des § 240 dStGB nahe, weshalb die Übersetzung mit „Körperverletzung“ zu falschen Assoziationen führen kann.

II.1.1.2.1. Die vorsätzlichen Tötungsverbrechen

Die französische Regelung entspricht dem sogenannten qualifikationsbezogenen zweistufigen Modell.¹⁰⁹ Ausgangstatbestand ist hierbei derjenige des Totschlags (Art. 221-1 CP), der vom Gesetz als *meurtre* und in der Literatur häufig als *homicide intentionnel* bezeichnet wird¹¹⁰ und mit einer Zuchthausstrafe von (bis zu) 30 Jahren bedroht ist.¹¹¹ Hiervon werden verschiedene Erschwerungsformen der vorsätzlichen Tötung abgeschichtet, die alle mit der lebenslangen Zuchthausstrafe bedroht sind.¹¹² Systematisch gehören die im Besonderen Teil gesetzlich benannten erschwerenden Umstände (*circonstances aggravantes spéciales*) nach allgemeiner Auffassung eigentlich zur Strafbemessung. Sie werden aber in Theorie und vor allem Praxis – wie die deutschen Qualifikationsmerkmale – der Sache nach als Tatbestandsmerkmale (*éléments constitutifs de l'infraction*) behandelt.¹¹³ Insbesondere müssen diese Merkmale auch vom Vorsatz erfasst sein, soweit ein Vorsatztatbestand infrage steht.

II.1.1.2.1.1. Der Totschlag

Art. 221-1 Die vorsätzliche Tötung eines anderen ist Totschlag. Dieser wird mit 30 Jahren Zuchthaus bestraft.

Die objektive Tatseite (*élément matériel*) des Totschlags besteht in einer aktiven körperlichen Gewalthandlung (*un acte positif de violence physique*), die gegen einen anderen verübt wird und dessen Tod verursacht. Es muss sich hierbei zu-

¹⁰⁹ Siehe zu den verschiedenen Modellen *Albin Eser*, Empfiehlt es sich, die Tatbestände des Mordes, Totschlags und der Kindestötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen? Gutachten D für den 53. Deutschen Juristentag, Berlin 1980, S. D 74 ff. (Frankreich war nicht Gegenstand des Gutachtens).

¹¹⁰ Hierbei bezeichnet *homicide* das (etwa auch für die fahrlässige Tötung vorausgesetzte) *élément matériel* und *intentionnel* das *élément moral*, welches die Tat erst zum Totschlag qualifiziert; der Begriff (*homicide*) *volontaire* wird in der Literatur teilweise abgelehnt, weil eine willentliche Handlung nicht notwendig auch (auf den Erfolg bezogen) intentional sei (vgl. *Conte/Maistre du Chambon*, DPG, Nr. 381, S. 205 f.); demgegenüber hat sich die Charakterisierung eines erfolgsbezogenen vorsätzlichen Handelns als *volontairement* auch im Gesetz eingebürgert.

¹¹¹ Die Strafandrohungen des Besonderen Teils bezeichnen entgegen dem durch den Gesetzeswortlaut vermittelten Anschein lediglich die Höchststrafe und werden durch die Strafbemessungsregeln des Allgemeinen Teils (Erstes Buch) weitestgehend relativiert (siehe hierzu unten II.1.1.4.).

¹¹² Sie ziehen überdies – anders als der einfache Totschlag – kraft gesetzlicher Verweisung auf Art. 132-23 Abs. 1 und 2 CP grundsätzlich den automatischen Eintritt einer Sicherheitsperiode nach sich (siehe zu dieser unten II.1.3.1.).

¹¹³ Siehe *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 888, S. 701 f. mit dem Hinweis, dass die *circonstances aggravantes spéciales* bereits zu Beginn des Strafprozesses bei der Subsumtion des anzuklagenden Sachverhalts zu prüfen und nicht erst der Strafbemessung im Hauptverfahren vorbehalten sind.

nächst um ein *aktives* Tun handeln, da im französischen Strafrecht unechte Unterlassungsdelikte generell nicht anerkannt werden.¹¹⁴

Aus diesem Grund wird etwa die als ein Unterlassen angesehene Tötung durch Nahrungsentzug des zuvor eingesperrten Opfers nicht als Totschlag angesehen, sondern von dem speziellen (erfolgsqualifizierten) Verbrechen der Freiheitsberaubung mit Todesfolge (Art. 224-1, 224-2 Abs. 2 CP) erfasst, das mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht ist.¹¹⁵

Schließlich wird eine *körperliche* Gewalthandlung gefordert, sodass seelische Misshandlungen aus dem Tötungsbegriff ausgeschieden werden. In den Projektfällen, denen durchwegs eine aktive körperliche Gewalthandlung zugrunde liegt, bereiten diese Einschränkungen keine Probleme.

Hinsichtlich der subjektiven Tatseite (*élément moral*) setzt das Gesetz voraus, dass die Tötungshandlung vorsätzlich erfolgt. Im Gegensatz zur Rechtsprechung beim Totschlag (Art. 295 CP a.F.) vor dem Gesetz vom 18.4.1832, mit welchem erstmals die Körperverletzung mit Todesfolge in den Code pénal eingefügt wurde, genügt es seither nicht mehr, wenn nur die Gewalthandlung (*violence*) vom Vorsatz umfasst ist (*dol général*) und der Erfolg unabhängig hiervon eintritt.¹¹⁶ Vielmehr muss sich der Vorsatz auch auf den Tötungserfolg beziehen (*dol spécial*).¹¹⁷ Für diesen auch als *animus necandi* bezeichneten Vorsatz, der ausschließlich zum Zeitpunkt der Handlung vorliegen muss und deshalb nicht mit dem qualifizierenden Vorbedacht (*préméditation*)¹¹⁸ zu verwechseln ist, kann trotz der Bezeichnung als *intention* auch eine Handlung genügen, die im Bewusstsein des als sicher oder möglich prognostizierten Erfolgseintritts vorgenommen wurde, ohne dass der Täter

¹¹⁴ Siehe *Merle/Vitu*, DPS, Nr. 1703, S. 1367 f.; die hieraus resultierenden Strafbarkeitslücken werden aber teilweise durch die Regelung *echter* Unterlassungsdelikte (mit Todesfolge) im Besonderen Teil kompensiert, so etwa wenn das Verlassen einer Person in hilfloser Lage mit Todesfolge 20 Jahre Zuchthaus (Art. 223-3 f. CP) und das Vorenthalten von Pflege oder Nahrung für unter 15-jährige Schutzbefohlene mit Todesfolge (Art. 227-15 f. CP) 30 Jahre Zuchthaus gesetzlich nach sich zieht.

¹¹⁵ Siehe hierzu *Angevin*, J.-Cl. pén., Atteintes volontaires à la vie, Art. 221-1 à 221-5 (2, 1995), Nr. 28–32, der auch die Alternative der „Unterwerfung unter Lebensbedingungen, die geeignet sind, die Gruppe vollständig oder teilweise zu vernichten“ in dem neuen Tatbestand des Völkermords (Art. 211-1 CP) als gesetzlich geregelten Fall einer Tötung durch Unterlassen ansieht. Unklar bleibt im zitierten Fall, ob nicht bereits das Einsperren mit entsprechendem Vorsatz als aktive Tötungshandlung angesehen werden kann, oder ob stattdessen gleichwohl schwerpunktmäßig auf das sich anschließende (tatbestandslose) Unterlassen der Nahrungszufuhr abgestellt wird; immerhin erwähnen *Pradel/Danti-Juan* (DPS, Nr. 19, S. 32 f.) in diesem Zusammenhang eine Rechtsprechung, die eine Anknüpfung an Handlungen ermöglicht, die der Unterlassung vorgelagert sind – so etwa im Fall eines Schwimmlehrers, der sein Opfer wissentlich dazu veranlasst, an einen Ort zu schwimmen, wo es ertrinken muss, um es dann seinem Schicksal zu überlassen.

¹¹⁶ Siehe aber Cass. crim. 12.2.1812, Bull Nr. 31: „il n'est pas nécessaire, en effet, pour constituer ce crime, que l'auteur qui a porté les coups ou fait des blessures qui ont donné la mort, ait eu le dessein de tuer, qu'il suffit que les coups aient été portés volontairement“.

¹¹⁷ Siehe *Angevin*, J.-Cl. pén., Atteintes volontaires à la vie, Art. 221-1 à 221-5 (2, 1995), Nr. 47-49.

¹¹⁸ Siehe hierzu sogleich unten II.1.1.2.1.2.

den Erfolg gezielt anstrebte.¹¹⁹ Hierzu stellt die Rechtsprechung – ausdrücklich als solche bezeichnete – faktische Vermutungen (*présomptions de fait*)¹²⁰ auf, die im Rahmen der freien tatrichterlichen Würdigung der Umstände des Vorsatzes angewandt werden und *in praxi* eher selten widerlegbar sein dürften. Zu den Umständen, die auf den Tötungsvorsatz (induktiv)¹²¹ schließen lassen, gehören etwa der Gebrauch einer gefährlichen Waffe, bestimmte (vor allem sthenische) Affekte des Handelnden in der Tatsituation, die Verletzung besonders empfindlicher oder vitaler Körperregionen und das Vor- und Nachtatverhalten des Handelnden. Teilweise wird in derartigen Fällen formuliert, dass der Täter die dramatischen Konsequenzen seiner Tat absehen musste oder hätte absehen müssen und dass deren Vorhersehbarkeit die seelische Einstellung (*psychologie*) des Täters „färbte“. ¹²² Wiederum wird hierbei deutlich, dass der Tötungsvorsatz in Frankreich wohl eine ähnliche Bandbreite an Fällen abdeckt, wie sie unter Einschluss der Figur des bedingten Vorsatzes auch in der deutschen Rechtsprechung noch hierunter subsumiert werden.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat bei den nicht zu begründenden Urteilen der Schwurgerichte keine Möglichkeit, die Annahme oder Ablehnung des Tötungsvorsatzes im Einzelfall zu kontrollieren. Insofern sind die Schwurgerichte als Ausdruck der Volkssouveränität noch „majestätsgleicher“ als der Kassationshof. Allerdings kassiert die Cour de cassation die Verweisungsurteile der Anklagekammer, welche die gerichtliche Voruntersuchung gegebenenfalls im Sinne einer Anklage zum Schwurgericht abschließen, wenn sie der Ansicht ist, dass die von der Anklagekammer festgestellten und ihrer Entscheidung zugrunde gelegten Tatsachen aufgrund von Lücken oder Widersprüchen den rechtlichen Schluss auf den Tötungsvorsatz nicht zulassen. Umgekehrt bestätigt der Kassationshof diese Verweisungsentscheidungen, wenn der Beschuldigte im Vorverfahren die Vorsatzvermutung nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit entkräften konnte, also beispielsweise nicht plausibel machen konnte, dass er nur versehentlich die vitale Stelle des Opfers traf. Aus demselben Grund werden die Urteile der Berufungsgerichte in Korrektonalverfahren wegen vorsätzlicher Körperverletzung oder auch fahrlässiger Tötung¹²³ aufgehoben, wenn die Umstände die Vermutung des Tötungsvorsatzes begründen.¹²⁴ Diese Kassationsentscheide am Ende der gerichtlichen Voruntersuchung oder nach Abschluss des Hauptverfahrens in Vergehenssachen scheinen zwar in nicht unproblematischer Weise die Unschuldvermutung infrage zu stellen. Die Bedeutung der faktischen Vorsatzvermutung darf jedoch nicht überschätzt werden: Funktional betrachtet wird mit diesen Entscheidungen lediglich ein für die Verweisung des Rechtsstreits an das zuständige Schwurgericht hinreichender Tatverdacht bekräftigt, der die Hauptsache nicht vorwegnimmt. Die Cour de

¹¹⁹ Siehe hierzu bereits oben II.1.1.1.

¹²⁰ Mangels (und in Abschichtung hiervon) gesetzlicher Vermutungen (*présomptions légales*).

¹²¹ Cass. crim., 5.2.1957, Bull. Nr. 110: „L'intention homicide s'induit de ces circonstances.“

¹²² Siehe hierzu *Angevin, J.-Cl. pén., Atteintes volontaires à la vie*, Art. 221-1 à 221-5 (2, 1995), Nr. 61–63; *Merle/Vitu, DPS*, Nr. 1709, S. 1372 f. m.w.N.

¹²³ Die Körperverletzung mit Todesfolge hingegen ist ein Verbrechen und wird vor dem Schwurgericht abgeurteilt.

¹²⁴ Vgl. zu Vorstehendem *Angevin, J.-Cl. pén., Atteintes volontaires à la vie*, Art. 221-1 à 221-5 (2, 1995), Nr. 67; *Merle/Vitu, DPS*, Nr. 1709, S. 1372 f. jeweils m.w.N.

cassation hat im Gegensatz zum deutschen Bundesgerichtshof mithin keine prozessuale Möglichkeit, in einem Verfahren definitiv zum Vorliegen oder Nichtvorliegen des Tötungsvorsatzes Stellung zu nehmen oder auch nur verbindliche Vorgaben hierzu zu machen.¹²⁵

II.1.1.2.1.2. Qualifizierte vorsätzliche Tötungsverbrechen

Von besonderem Interesse im Rahmen der Projektfälle ist neben dem Totschlag die als Mord (*assassinat*) bezeichnete Tötung mit Vorbedacht (*préméditation*).

Art. 221-3 Der mit Vorbedacht begangene Totschlag ist Mord. Er wird mit lebenslangem Zuchthaus bestraft.

Die beiden ersten Absätze des Art. 132-23 über die Sicherheitsperiode sind auf die im vorliegenden Artikel genannte Straftat anwendbar.

Das subjektive Merkmal des Vorbedachts (*préméditation*) ist hier alleiniger Erschwerungsgrund des Totschlags und nach der Legaldefinition des Art. 132-72 CP „der vor der Handlung gefasste Plan, ein bestimmtes Verbrechen oder Vergehen zu begehen“. Neben dem zeitlichen Aspekt der *vorherigen* Planung ist für dieses Merkmal von Bedeutung, in welcher emotionalen Verfassung sich der Täter im Zeitraum von der Planung bis zur Ausführung der Tat befand. So kann die *préméditation*, für die nach der Auslegung in Lehre und Praxis vor allem die kaltblütige Ausführung der reiflich überlegten Tötungsentscheidung (*une décision prise après mûre réflexion et exécutée de sang-froid*) charakteristisch ist, im Affekt ausgeschlossen sein.¹²⁶

Weitere – hier nicht einschlägige – Erschwerungsformen der vorsätzlichen Tötung betreffen das gleichzeitige oder doch zeitlich nahe Zusammentreffen (*concomitance*) mit einem anderen Verbrechen (Art. 221-2 Abs. 1 CP) und die Korrelation zwischen der Tötungshandlung einerseits und der Vorbereitung oder Erleichterung eines Vergehens oder auch bestimmten Strafvereitelungseffekten andererseits (Art. 221-2 Abs. 2 CP).

Die ebenfalls mit lebenslangem Zuchthaus bewehrten Erschwerungsgründe des Art. 221-4 CP schließlich knüpfen an besondere Opferqualitäten an. Aspekte sind unter diesen etwa das Alter, die Verwandtschaftsbeziehung zum Täter in auf- und absteigender Linie, besonders wichtige öffentliche Funktionen sowie die besondere Verletzbarkeit des Opfers. Letzterer Erschwerungsgrund des Art. 221-4 Abs. 1 Nr. 3 CP ist erfüllt, wenn sich die Tat gegen eine Person richtet, „deren besondere, durch Alter, Krankheit, Behinderung, körperliches oder seelisches Gebrechen oder

¹²⁵ Die Antworten des Schwurgerichts auf die (im sachlichen Rahmen des Verweisungsurteils der Anklagekammer) vom Präsidenten gestellten Fragen zum Schuldspruch mit ja oder nein sind für sich betrachtet unanfechtbar (Art. 365 CPP); nur in seltenen Fällen enthält die Fragestellung selbst Fehler, die eine Aufhebung des Verdikts rechtfertigen.

¹²⁶ Siehe *Garçon*, Code pénal annoté, Art. 296 à 298, Nr. 7 ff., S. 26 f.

Schwangerschaft bedingte Verletzbarkeit (*vulnérabilité*) offenkundig oder dem Täter bekannt ist“.¹²⁷ Anders als bei den ansonsten teilweise übereinstimmend geregelten *circonstances aggravantes* der Körperverletzung mit Todesfolge ist die Begehung der Tat durch den Ehepartner (*conjoint*) oder den Lebensgefährten (*concubin*) des Opfers kein Erschwerungsgrund des Totschlags.¹²⁸

II.1.1.2.2. Durch den Todeserfolg qualifizierte Straftaten

Straftatbestände, die im Hinblick auf die nichtvorsätzliche Verursachung des Todes durch die inkriminierte Handlung eine gegenüber dem entsprechenden Grundtatbestand schwerere Strafe nach sich ziehen, sind im Code pénal in verschiedenen Zusammenhängen geregelt. Der wichtigste unter ihnen ist die wie folgt formulierte (vorsätzliche) Körperverletzung mit Todesfolge:

Art. 222-7 Gewalttätigkeiten, die zum Tod des Opfers geführt haben, ohne dass Tötungsvorsatz vorlag, werden mit 15 Jahren Zuchthaus bestraft.

Dieser Verbrechenstatbestand steht nach der gesetzlichen Regelung nicht in der zweistufigen Systematik der vorsätzlichen Tötungen, scheint allerdings, wie noch zu zeigen sein wird, in der Praxis der Schwurgerichte mitunter als eine faktisch privilegierte Form des Totschlags behandelt zu werden. Gesetzliche Erschwerungsgründe der Körperverletzung mit Todesfolge, die mit denjenigen der vorsätzlichen Tötung in Art. 221-3 und 221-4 CP teilweise deckungsgleich sind, finden sich in Art. 222-8 CP. Als Besonderheiten unter diesen, welche beim Totschlag gerade nicht als Erschwerungsgründe wirken, seien aufgeführt: die Tatbegehung durch den Ehepartner oder Lebensgefährten sowie der Gebrauch einer Waffe¹²⁹ oder die Drohung hiermit (Art. 222-8 Abs. 1 Nr. 6 und 10 CP). Diese Merkmale sind wegen ihres typischen Auftretens wohl bewusst aus den Erschwerungsgründen der Tötungsdelikte ausgeklammert worden.

Für die schwere Körperverletzung mit Todesfolge ist in Art. 222-8 CP eine Zuchthausstrafe von bis zu 20 Jahren vorgesehen. Damit ist die angedrohte Strafe konsequenterweise immer noch milder als beim einfachen Totschlag (30 Jahre).

Die Körperverletzung mit Todesfolge gilt bei einigen Tatbeständen des Besonderen Teils als eigenständiger Erschwerungsgrund, wenn sie den entsprechenden Taten vorausgeht, mit ihnen zusammenfällt oder ihnen nachfolgt. Dies ist für den

¹²⁷ Der Erschwerungsgrund der besonderen Verletzbarkeit ist ein Motiv, das in dieser konkreten Form mit dem neuen Code pénal eingeführt wurde und sich durch zahlreiche Delikte gegen die Person zieht, wie etwa bei den Körperverletzungs-, Tötungs- und Sexualdelikten (siehe *Rassat*, DPS, Nr. 45, S. 40 f.); auch findet es sich am Rande des Betrugsstrafrechts wieder (Art. 313-4 CP).

¹²⁸ Siehe hierzu Art. 222-8 Abs. 1 Nr. 6 CP sowie unten II.1.1.2.2.

¹²⁹ Die zugehörige Legaldefinition in Art. 132-75 CP umfasst Waffen im technischen (Abs. 1) wie im untechnischen (Abs. 2) Sinne.

Diebstahl (Art. 311-10 CP) und die (räuberische) Erpressung (Art. 312-7) der Fall, die insoweit mit dem Tatbestand des Art. 222-7 CP kombiniert werden. Bei anderen Tatbeständen knüpft allein die Todesfolge als Erschwerungsgrund unmittelbar an den Grundtatbestand an, so etwa bei Folter und schwerer Misshandlung (Art. 222-6 CP), gewohnheitsmäßig begangenen Gewalttätigkeiten an besonders verletzbaren Personen (Art. 222-14 CP), Vergewaltigung (Art. 222-25 CP) etc.

II.1.1.2.3. Die fahrlässige Tötung

Art. 221-6 Wer aus Ungeschicklichkeit, Unvorsichtigkeit, Unaufmerksamkeit, Nachlässigkeit oder Verletzung einer durch Gesetz oder Vorschriften auferlegten Sicherheits- oder Sorgfaltspflicht einen anderen tötet, begeht fahrlässige Tötung und wird mit drei Jahren Gefängnis und mit 300.000 FF Geldstrafe bestraft.

Liegt eine bewusste Verletzung der durch Gesetz oder Vorschriften auferlegten Sicherheits- oder Sorgfaltspflicht vor, erhöhen sich die Strafen auf fünf Jahre Gefängnis und 500.000 FF Geldstrafe.

Negative Voraussetzung des Vergehens der fahrlässigen Tötung ist zunächst, dass dem tatbestandlichen Erfolg keine *vorsätzliche* Gewalthandlung (*violence*) zugrunde liegt, die zur Einordnung der Tat als ein Verbrechen der Körperverletzung mit Todesfolge führen würde. Weiterhin wird bereits aus den Begriffen „Unaufmerksamkeit“ (*inattention*) und „Nachlässigkeit“ (*négligence*) ersichtlich, dass nicht nur aktives Verhalten, sondern auch ein bloßes Unterlassen sorgfaltsgemäßen Tuns die strafrechtliche Fahrlässigkeitshaftung auslösen kann.¹³⁰ Auf diesem Weg können Strafbarkeitslücken aufgrund der fehlenden Anerkennung vorsätzlicher unechter Unterlassungsdelikte teilweise kompensiert werden. Die phänomenologisch orientierten Begriffe für die Fahrlässigkeit werden in der Lehre unterschiedlich gruppiert,¹³¹ teilweise aber auch verdichtet. Entsprechend erwähnt auch die Fahrlässigkeitsdefinition des Art. 121-3 Abs. 3 CP neben der Verletzung einer gesetzlich oder in sonstigen Vorschriften vorgesehenen Sicherungs- oder Sorgfaltspflicht lediglich die abstrakteren Begriffe der Unvorsichtigkeit (*imprudence*) und der Nachlässigkeit.

Die Lehre anerkennt ein objektives Adäquanzkriterium vor allem zur Einschränkung der Kausalität. Die Rechtsprechung vernachlässigt diesen Aspekt jedoch und neigt zu einer strengen Folgenzurechnung im Sinne der Äquivalenztheorie. Hiernach muss zwischen der pflichtwidrigen Handlung und dem eingetretenen Erfolg lediglich eine „sichere“ Kausalverbindung bestehen, die in klaren Fällen anderwei-

¹³⁰ Vgl. *Véron*, DPS, S. 68 f.

¹³¹ Siehe etwa *Véron*, DPS, S. 68 f. einerseits und *Rassat*, DPS, Nr. 291 f., S. 278 ff. andererseits.

tiger ausschlaggebender Ursachen verneint wird, davon abgesehen aber kaum normative Einschränkungen erfährt.¹³²

Eine immer noch nicht überwundene Besonderheit der französischen Rechtsprechung ist der unstrittene Grundsatz der Einheit von straf- und zivilrechtlichem Verschulden, der mit der Tatsache korrespondiert, dass die Opfer einer Straftat – oder auch stellvertretend für diese eigens zu diesem Zweck anerkannte Organisationen – üblicherweise die zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche durch eine *action civile* im Strafprozess geltend machen.¹³³ Dies hat unter anderem zur Folge, dass die strafrechtlichen Maßstäbe der Fahrlässigkeit wegen der ansonsten zu befürchtenden negativen Auswirkungen auf die Schadensersatzansprüche der *partie civile* weitgehend objektiv bestimmt werden, mithin keine Individualisierung erfahren.¹³⁴

Der *dol éventuel* – der Sache nach die bewusste Fahrlässigkeit – wurde früher der *faute d'imprudence ou de négligence* gleichgestellt und hat seit dem neuen Code pénal von 1992 (in Kraft seit dem 1.3.1994) mit der Kategorie der *bewussten* Gefährdung (*mise en danger délibéré*) eines anderen in Art. 121-3 Abs. 2 CP eine gesetzliche Anerkennung gefunden, die im Besonderen Teil unter anderem in Form von erschwerenden Umständen bei den Fahrlässigkeitsdelikten gegen Leib und Leben konkretisiert ist.¹³⁵ Entsprechend ist *circonstance aggravante* der fahrlässigen Tötung (Art. 221-6 Abs. 2 CP) die „bewusste Verletzung der durch Gesetz oder Vorschriften¹³⁶ auferlegten Sicherheits- oder Sorgfaltspflicht“.¹³⁷ Weiterhin wird die Personengefährdung durch die „offensichtlich bewusste Verletzung“ (*violation manifestement délibérée*) qualifizierter Sicherheits- und Sorgfaltspflichten in Art. 223-1 CP zu einem eigenen Straftatbestand erhoben, auf den im Folgenden eingegangen wird.

¹³² Vgl. hierzu *Merle/Vitu*, DPG, Nr. 569 ff., S. 711 ff.; *Véron*, DPS, S. 71 ff.; siehe auch zur strengen Folgenzurechnung bei der Körperverletzung mit Todesfolge oben unter II.1.1.2.2.

¹³³ Siehe hierzu *Schönknecht*, Opportunitätsprinzip, S. 149 ff.

¹³⁴ Siehe hierzu kritisch *Merle/Vitu*, DPG, Nr. 607 ff., S. 761 ff.; der Rechtsprechung zustimmend hingegen *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 491, S. 407 ff.

¹³⁵ Vgl. Art. 221-6, 222-19, 222-20, R. 625-2, R. 625-3 und aus dem Bereich der fahrlässigen personengefährlichen Sachbeschädigung Art. 322-5 CP; mitunter gehört die *bewusste* Gefährdung bereits zum Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts und stellt nicht erst einen erschwerenden Umstand dar.

¹³⁶ *Les règlements* wird im Hinblick auf den verwendeten Plural weit ausgelegt und nicht auf Rechtsverordnungen beschränkt.

¹³⁷ Siehe zum Vorstehenden *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 492 ff., 496, S. 409 ff., 412 f.; allerdings ist die neue Zwitterkategorie der bewussten Gefährdung nach dem Gesetzestext auf solche Fälle beschränkt, welchen eine – durch Normierung entsprechender Sorgfaltsanforderungen – *qualifizierte* Pflichtwidrigkeit zugrunde liegt (so etwa im Straßenverkehr oder im Bereich arbeitsschutzrechtlicher Bestimmungen).

II.1.1.2.4. Die bewusste Personengefährdung

Art. 223-1 Wer einen anderen unmittelbar gegenwärtiger Lebensgefahr oder der Gefahr einer Verletzung aussetzt, die zu einer Verstümmelung oder dauerhaften Behinderung führen kann, indem er offensichtlich bewusst eine besondere, durch Gesetz oder Rechtsverordnung auferlegte Sicherheits- oder Sorgfaltspflicht verletzt, wird mit einem Jahr Gefängnis und mit 100.000 FF Geldstrafe bestraft.

Eine der markantesten Neuerungen des Code pénal 1994 ist der Tatbestand der bewussten Verletzung einer besonderen gesetzlichen oder verordnungsrechtlichen Sicherheits- oder Sorgfaltspflicht, verbunden mit der hieraus resultierenden unmittelbaren Gefährdung von Leib und Leben eines anderen. Es handelt sich um das einzige nicht intentionale Delikt im Code pénal, für welches trotz des fehlenden Erfordernisses eines Erfolgeintritts die Gefängnisstrafe vorgesehen ist. Wegen des systematischen Zusammenhangs mit Art. 121-3 Abs. 2 CP, der explizit die Verschuldenskategorie der *bewussten* Gefährdung eines anderen (*mise en danger délibéré de la personne d'autrui*) enthält, muss sich der Täter nicht nur der Pflichtverletzung, sondern auch der hieraus folgenden Schaffung der qualifizierten Gefahr bewusst sein.¹³⁸ Hieraus wird besonders deutlich, dass sich das Delikt im Grenzbereich zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz bewegt.¹³⁹ Da der Tatbestand nur auf besonders normierte Regelungsbereiche wie etwa den Straßenverkehr zugeschnitten ist, erscheint er allerdings in den Projektfällen nicht als relevant.

II.1.1.3. Straffreistellungen

In Frankreich existiert keine systembildende Dogmatik der Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe. Dennoch sind beide Kategorien der Sache nach bekannt: So wird etwa einerseits nach den objektiven Gründen der Nichtverantwortlichkeit (*non-responsabilité*), die eher situativ und unabhängig von der Person des Handelnden begründet sind, unterschieden, andererseits nach den subjektiven Gründen der Nichtverantwortlichkeit, die eher an dessen innerer Einstellung und Fähigkeiten anknüpfen. Diese mit den deutschen Rechtfertigungs-¹⁴⁰ und Entschuldigungsgründen¹⁴¹ vergleichbaren Straffreistellungen werden im Folgenden auch als (objektive und subjektive) Nichtzurechnungsgründe bezeichnet.

¹³⁸ Vgl. hierzu *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 497, S. 413 f.; *Dumont*, J.-Cl. pén., *Risques causés à autrui*, Art. 223-1 et 223-2 (8, 1998), Nr. 74 m.w.N.

¹³⁹ Zum *dol éventuel* nach französischem Verständnis siehe schon oben II.1.1.1. sowie II.1.1.2.3.

¹⁴⁰ So teilweise auch der französische Sprachgebrauch: *faits justificatifs* (wörtlich: rechtfertigende Tatsachen).

¹⁴¹ Hier im weiten, die Schuldaußschließung umfassenden Sinne (siehe zur Differenzierung *Jescheck/Weigend*, AT, S. 476 f.); eine knappe Entsprechung im französischen Sprachgebrauch ist schwer auszumachen; in Betracht kommt der von *Pradel* verwendete Begriff „Gründe der (subjektiven) Nichtzurechenbarkeit“ (*causes de non-imputabilité*); der Begriff *excuses* ist hingegen nicht sachgerecht, da er entweder die (nur unter der Geltung des alten Code pénal existierenden) formalisierten Strafmilderungsgründe (*excuses atténu-*

Im Gesetz sind sie gemeinsam im Ersten Buch, Zweiter Titel, Zweites Kapitel des Code pénal unter der Überschrift „Gründe für die fehlende oder verminderte Verantwortlichkeit“ (*Des causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité*) geregelt. Die objektiven und subjektiven Nichtzurechnungsgründe werden ohne Unterschied eingeleitet mit der gesetzlichen Formulierung „Strafrechtlich nicht verantwortlich ist, wer [...]“ (*N'est pas pénalement responsable la personne qui [...]*). Zu den gesetzlich geregelten objektiven Nichtzurechnungsgründen gehören neben dem Handeln auf gesetzliche Anordnung (oder Erlaubnis) und auf Befehl der rechtmäßigen Autorität (Art. 122-4 CP) die Notwehr (Art. 122-5 und 122-6 CP) und der Notstand (Art. 122-7 CP). Als subjektive Nichtzurechnungsgründe¹⁴² sind die psychische oder neuropsychische Störung (Art. 122-1 CP), der unwiderstehliche Zwang¹⁴³ (Art. 122-2 CP) und der Rechtsirrtum (Art. 122-3 CP) geregelt. Auch die Verweisungsregelung auf das für Minderjährige unter 13 Jahren geltende Recht (Art. 122-8 CP) gehört noch in diesen Zusammenhang.

Das Vorliegen eines objektiven Nichtzurechnungsgrundes schließt grundsätzlich¹⁴⁴ die zivilrechtliche Verantwortung des Handelnden aus, während die subjektiven Nichtzurechnungsgründe diese grundsätzlich unberührt lassen.

II.1.1.3.1. Objektive Straffreistellungen

Unter den objektiven Nichtzurechnungsgründen sind hier vor allem die Notwehr und am Rande auch der Notstand von Interesse.

II.1.1.3.1.1. Notwehr

Art. 122-5 Strafrechtlich nicht verantwortlich ist, wer angesichts eines ungerechtfertigten Angriffs gegen sich selbst oder einen anderen zum selben Zeitpunkt eine Handlung vornimmt, die durch Notwehr oder Nothilfe geboten ist, außer wenn ein Missverhältnis zwischen den eingesetzten Verteidigungsmitteln und der Schwere des Angriffs besteht.

Strafrechtlich nicht verantwortlich ist, wer, um die (weitere) Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens gegen eine Sache abzuwenden, eine Verteidigungshandlung vornimmt, die keine vorsätzliche Tötung ist, soweit diese Handlung für die Erreichung des verfolgten Zwecks unbedingt notwendig ist und die eingesetzten Mittel zur Schwere der Straftat verhältnismäßig sind.

antes) oder spezielle Strafausschließungsgründe (*excuses absolutoires*) wie etwa diverse Regeln zur tätigen Reue kennzeichnet.

¹⁴² Bzw. subjektive Gründe eingeschränkter (Art. 122-1 Abs. 2, 122-8-Abs. 2) Zurechnung.

¹⁴³ Die Einordnung der vielschichtigen *contrainte* als subjektiver Straffreistellungsgrund versteht sich aus der Perspektive des in seiner Willensfreiheit beeinträchtigten Handelnden; erfasst werden von ihr allerdings auch Aspekte, die bis zum vollständigen Ausschluss der Handlungsqualität bzw. -fähigkeit reichen und damit objektiver Natur sind (siehe hierzu unten II.1.3.1.2.2.).

¹⁴⁴ Ausnahmen dürften beispielsweise für den Aggressivnotstand gelten (siehe unten II.1.1.3.1.2.).

Die Notwehr ist seit der 1994 in Kraft getretenen Reform nicht mehr im Besonderen,¹⁴⁵ sondern im Allgemeinen Teil des Code pénal geregelt. Sie schließt als *fait justificatif* nicht nur die strafrechtliche, sondern ganz unbestritten auch die zivilrechtliche Verantwortung aus.¹⁴⁶

Hinsichtlich der sachlichen Anforderungen an die Rechtfertigung durch Notwehr ist zu unterscheiden zwischen der Verteidigung von Personen (Abs. 1) und von Sach- und Vermögensgütern (Abs. 2). Im letzteren Fall sind die Anforderungen an die Notwendigkeit der Verteidigung und die Verhältnismäßigkeit zwischen den eingesetzten Verteidigungsmitteln und der Schwere des Angriffs strenger. Insbesondere eine vorsätzliche Tötung zur Verteidigung einer Sache kann, anders als im deutschen Recht, nie als gerechtfertigt angesehen werden. Im Rahmen des Projekts ist allein auf die Voraussetzungen der Verteidigung gegen Angriffe auf Personen näher einzugehen, bezüglich derer, wie bereits der Gegenschluss aus Abs. 2 nahelegt, grundsätzlich auch eine vorsätzliche Tötung gerechtfertigt sein kann.

Die *Notwehrsituation* besteht, ähnlich wie im deutschen Recht, in einem gegenwärtigen ungerechtfertigten Angriff gegen den Verteidiger oder einen anderen.

Der Angriff muss gegenwärtig sein, was im Gesetzestext durch das Erfordernis der Gleichzeitigkeit von Verteidigungshandlung und Angriff zum Ausdruck gebracht wird. Hierbei genügt es entsprechend der herkömmlichen Formel der *agression actuelle ou imminente* auch, wenn der Angriff noch nicht begonnen hat, jedoch unmittelbar bevorsteht. Eine weiter vorverlagerte präventive Verteidigungshandlung ist hingegen ebenso wenig zulässig wie die nachträgliche Verletzung des Angreifers auf der Flucht, was als bloße Rache anzusehen wäre.¹⁴⁷

Der Angriff darf seinerseits nicht gerechtfertigt sein (*atteinte injustifiée*). Somit ist etwa der Widerstand gegen die rechtmäßige Festnahme durch einen Polizisten oder durch eine Privatperson nicht zulässig.¹⁴⁸ Ob Notwehr gegen rechtswidrige Handlungen von Hoheitsträgern geübt werden darf, wurde traditionell von der Rechtsprechung verneint und ist nach wie vor umstritten. Heute orientiert sich die Lehre diesbezüglich an Art. 122-4 CP (Handeln nach gesetzlicher Vorschrift oder

¹⁴⁵ Art. 328 Code pénal a.F. lautete: „Es liegt weder ein Verbrechen noch ein Vergehen vor, wenn die Tötung, die Verletzungen und die Schläge durch die aktuelle Notwendigkeit der gerechtfertigten Verteidigung seiner selbst oder eines anderen geboten waren.“

¹⁴⁶ Siehe *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 726, S. 586 f.; *Merle/Vitu*, DPG, Nr. 432, S. 574 f. m.w.N.; heute nicht mehr vertreten werden demgegenüber extrem subjektive Notwehrkonzepte, welche die Notwehr als einen Unterfall des seelischen Zwangs (*contrainte morale*) ansehen (in diesem Sinne noch *Adrien-Charles Dana*, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Paris 1982, S. 216 ff.: Sein nicht leicht nachvollziehbarer Grundgedanke ist, die Willensfreiheit des Angegriffenen sei ausgeschlossen, weil ihm neben der Hinnahme der drohenden Rechtsgutverletzung allein die Alternative verbliebe, zur Neutralisierung des Angriffs eine Tat zu begehen, die normalerweise strafbar wäre).

¹⁴⁷ Siehe *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 732, S. 589.

¹⁴⁸ Siehe *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 729, S. 588 f.

Erlaubnis) und lässt die Notwehr bei offensichtlich rechtswidrigem Handeln des Hoheitsträgers grundsätzlich zu.¹⁴⁹ Weiterhin bleibt ein Angriff auch dann unrechtmäßig, wenn er von einem Schuldunfähigen ausgeführt wird.¹⁵⁰

Ferner muss der Angriff einen gewissen Intensitätsgrad erreichen und in der Regel eine Gefahr für die körperliche Unversehrtheit darstellen, weshalb eine bloße Ehrverletzung nicht notwehrfähig ist.¹⁵¹ Nicht erforderlich ist es jedoch, dass Lebensgefahr besteht.¹⁵² Bei drohenden erheblichen Körperverletzungen steht vielmehr die hinreichende Intensität des Angriffs außer Zweifel. Als notwehrfähig anerkannt wird außerdem auch ein Angriff, der die Moral und Sittlichkeit eines Individuums nachhaltig bedroht.¹⁵³

Die Notwehrsituation darf schließlich nicht nur in der Vorstellung des Täters existiert haben; sie muss aber auch nicht im Sinne einer nachträglichen Beurteilung des historischen Vorgangs rein objektiv vorgelegen haben. Vielmehr genügt es, wenn der Verteidiger aufgrund konkreter Anhaltspunkte für die *wahrscheinliche* Gefährlichkeit seines Gegenübers – wie etwa Gesten, Wortwechsel, äußeres Erscheinungsbild etc. – vernünftigerweise glauben (*raisonnablement croire*) konnte, dass ein unrechtmäßiger Angriff unmittelbar bevorstehe. In Fällen, die sich nachträglich als Scheinangriff entpuppen, kann mithin gleichwohl die objektive Wahrscheinlichkeit eines Angriffs (*aggression objectivement vraisemblable*), die aus Sicht des Angegriffenen – genauer: eines vernünftigen Dritten in dessen Lage – zu bestimmen ist, rechtfertigende Wirkung entfalten.¹⁵⁴ Damit wird in Frankreich – ähnlich der in Deutschland hierzu vertretenen Mindermeinung¹⁵⁵ – bereits die Notwehrsituation nach einer objektiven *Ex-ante*-Betrachtung bestimmt.¹⁵⁶

Für die Putativnotwehr im engeren Sinne bleibt demgemäß in Frankreich nur noch bei objektiv nicht mehr nachvollziehbaren Irrtümern Spielraum. Diesbezüglich wird der sich – (nur) *subjektiv* plausibel – Irrrende mitunter wegen guten Glau-

¹⁴⁹ Siehe hierzu näher *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 729, S. 588 f.; *Merle/Vitu*, DPG, Nr. 458, S. 580 f.

¹⁵⁰ *Pradel*, DPG, Nr. 361, S. 332; *Stefani/Levasseur/Bouloc*, DPG, Nr. 395, S. 309; Cass. crim., 11.1.1896, D. 1896, I, 368.

¹⁵¹ Cass. crim., 24.11.1899, D. 1901, I, 373; *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 729, S. 588 f.

¹⁵² Cass. crim., 22.5.1959, Bull. Nr. 268; 28.12.1959, Bull. Nr. 576; 19.6.1990, Bull. Nr. 250.

¹⁵³ So erklärte ein Gericht eine Mutter für gerechtfertigt, die einer jungen Frau eine Ohrfeige erteilt hatte, da diese die sexuellen Handlungen ihres 16-jährigen Sohnes gefördert hatte (*Trib. pol. Valence*, 19.5.1960, R.S. 1960, S. 270 f. mit Anm. *Huguency*).

¹⁵⁴ Siehe hierzu *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 730, S. 589; *Merle/Vitu*, DPG, Nr. 455, S. 577 f.

¹⁵⁵ Nachweise hierzu bei Schönke/Schröder-Lenckner, vor § 32, Rn. 9.

¹⁵⁶ Siehe Cass. crim., 5.6.1984, Bull. Nr. 209: Rechtfertigung des Schusses eines Vaters auf einen Dritten, der im – *ex ante* nicht erkennbaren – Spiel seinen Sohn mit einer Pistole bedroht hatte.

bens (*bonne foi*) freigesprochen, was der Sache nach auf einen (nicht näher definierten) Ausschluss des *élément moral* wegen Irrtums hinausläuft.¹⁵⁷

Die Verteidigungshandlung muss notwendig sein (*[un acte] commandé par la nécessité de la légitime défense*). Aus diesem eher grob gehandhabten Maßstab folgt nicht, dass die Verteidigungshandlung das einzige Mittel zur Abwehr des Angriffs sein muss. Allerdings tendiert die Rechtsprechung zu einer Ablehnung der *défense nécessaire*, wenn polizeiliche oder die Hilfe Dritter erreichbar und zur Abwehr ausreichend ist.¹⁵⁸ Grundsätzlich verneint wird hingegen der Verweis des sich Verteidigenden auf die mögliche Flucht. Insoweit wird auch in Frankreich darauf abgehoben, dass das Recht dem Unrecht nicht zu weichen brauche und die Flucht keine gesetzliche Verpflichtung sein könne.¹⁵⁹ Ausnahmen von diesem Prinzip werden aber etwa für Angriffe von Schuldunfähigen oder im Verhältnis zwischen Kind und Elternteil gemacht. Hier überlässt es die Rechtsprechung dem Tatrichter, im Rahmen einer Würdigung aller Umstände zu entscheiden, ob die Möglichkeit zur Flucht ohne erhebliche Gefährdung ausnahmsweise die Rechtfertigung einer vorsätzlichen Tötung oder Körperverletzung ausschließt.¹⁶⁰ Eine Beschränkung auf Schutzwehr könnte deshalb im Einzelfall auch im Verhältnis von Ehegatten zueinander greifen.¹⁶¹

Feinabstufungen wie im deutschen Recht dahingehend, ob die Notwehrhandlung das mildeste und gleichzeitig zur sicheren Abwehr des Angriffs geeignete Mittel war, werden zu dem Merkmal der *nécessité* nicht getroffen. Dafür ist weiterhin eine umfassende Abwägung der Verhältnismäßigkeit zwischen den eingesetzten Verteidigungsmitteln und der Schwere des Angriffs (*défense mesurée*) Voraussetzung für die Rechtfertigung, wobei ein Teil der Literatur diesbezüglich aus der Formulierung der für Angriffe gegen Personen geltenden Regelung „sauf s’il y a disproportion [...]“ schließt, dass die Beweislast für die fehlende Verhältnismäßigkeit auf Seiten der Strafverfolgung anzusiedeln sei.¹⁶² Das bereits vor dem neuen Code pénal von der Rechtsprechung entwickelte Erfordernis der Verhältnismäßigkeit steht in engem Zusammenhang mit dem oben diskutierten Merkmal der Notwendigkeit und bezieht sich neben der Schwere des Angriffs traditionell einerseits auf die Verteidigungshandlung selbst und andererseits auf die dem Angreifer hier-

¹⁵⁷ Siehe Cass. crim., 21.12.1954, Bull. Nr. 423; *Delmas Saint-Hilaire*, J.-Cl. pén., Faits justificatifs – Légitime défense, Art. 122-5 und 122-6 (2, 1996), Nr. 47 m.w.N.

¹⁵⁸ Siehe *Delmas Saint-Hilaire*, J.-Cl. pén., Faits justificatifs – Légitime défense, Art. 122-5 und 122-6 (2, 1996), Nr. 81 m.N.

¹⁵⁹ Siehe *Garçon*, Code pénal annoté, Art. 328, Nr. 26 S. 158; *Merle/Vitu*, DPG, Nr. 461, S. 583 m.w.N.

¹⁶⁰ Siehe *Delmas Saint-Hilaire*, J.-Cl. pén., Faits justificatifs – Légitime défense, Art. 122-5 und 122-6 (2, 1996), Nr. 82.

¹⁶¹ Rechtsprechung ist hierzu nicht ersichtlich.

¹⁶² Siehe *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 737, S. 594; zum Beweis der Notwehr siehe außerdem unten II.1.2.3.

durch zugefügte Rechtsgutverletzung. Ausgeschieden werden auf diesem Weg vor allem Fälle eines offensichtlichen, nicht aber notwendig krassen Missverhältnisses.¹⁶³ So ist etwa ein Revolverschuss als Reaktion auf eine Ohrfeige sicher nicht verhältnismäßig.¹⁶⁴ Ebenso kann die Verwendung einer Waffe gegen einen unbewaffneten Angreifer unverhältnismäßig sein.¹⁶⁵ Andererseits bedeutet dies aber nicht, dass das Unrecht der Verteidigungshandlung nie größer sein dürfte als dasjenige des Angriffs. So kann bei erheblichen Angriffen auf Leib oder Leben des Bedrohten wie auch zur Abwehr einer Vergewaltigung durchaus die vorsätzliche Tötung des Angreifers durch Notwehr gerechtfertigt sein. Die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit obliegt den erkennenden Richtern.¹⁶⁶

Wenn die Verteidigung nicht verhältnismäßig ist, liegt ein Notwehrexzess vor. Für dessen Behandlung existiert weder eine gesetzliche Regelung noch eine einheitliche Linie in der Rechtsprechung. Teilweise wird in derartigen Fällen die Strafe lediglich gemildert, wenn nicht ausnahmsweise wegen seelischen Zwangs (*contrainte*)¹⁶⁷ gemäß Art. 122-2 CP die subjektive Zurechnung ausgeschlossen wird. In eher seltenen Fällen stuften die Gerichte früher, was man als pragmatische Kompromisslösung bezeichnen könnte, die Verteidigungshandlung zur entsprechenden Fahrlässigkeitstat herab.¹⁶⁸ Die keiner Begründungspflicht unterliegenden Schwurgerichte können im Fall eines Notwehrexzesses ohne Probleme auf alle genannten Lösungen zurückgreifen. Insbesondere können sie eine vorsätzliche Tötung, wenn sie einen Freispruch nicht für opportun halten, zu einem Vergehen der fahrlässigen Tötung oder auch weniger weitgehend zu einem Verbrechen der Körperverletzung mit Todesfolge herabstufen. Wegen des immensen Spielraums bei der Strafbemessung sind sie aber andererseits zur Erzielung eines adäquaten Ergebnisses keineswegs auf eine Änderung der Einstufung der Tat angewiesen.

¹⁶³ In den Fällen einer unverhältnismäßigen Abwehrhandlung dürfte nach deutschem Verständnis häufig bereits die Erforderlichkeit der Verteidigung zu verneinen sein.

¹⁶⁴ Cass. crim., 4.8.1949, RSC 1950, S. 47 mit Anm. *Magnol*.

¹⁶⁵ Cass. crim., 3.7.1989 (Rechtsbehelf-Nr. 88-80948): Der von 3 unbewaffneten Personen mit objektiv wahrscheinlicher Körperverletzungsabsicht Verfolgte benutzte ein geladenes und entschertes Jagdgewehr, um die Verfolger hiermit zurückzustoßen, wobei sich ein Schuss mit der Folge der Verletzung eines der Verfolger löste; das vom Kassationshof bestätigte Urteil der Cour d'appel lautete auf *vorsätzliche* Körperverletzung mit einer Waffe und der Folge einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als acht Tagen (Fall des hinreichenden Risikobewusstseins nebst etwaiger Praeterintentionalität hinsichtlich der eingetretenen Folge), während Notwehr wegen des im Vergleich zum Angriff der Verfolger unverhältnismäßigen Verletzungsrisikos durch den Waffengebrauch abgelehnt wurde.

¹⁶⁶ Vgl. zu Vorstehendem *Delmas Saint-Hilaire*, J.-Cl. pén., Faits justificatifs – Légitime défense, Art. 122-5 und 122-6 (2, 1996), Nr. 83–91 m.w.N.; *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 733, S. 590.

¹⁶⁷ Genauer handelt es sich um die Unterkategorie des (durch den Angriff ausgelösten) äußeren seelischen Zwangs (*contrainte morale externe*); siehe hierzu unten II.1.1.3.2.2.

¹⁶⁸ Siehe zu Vorstehendem jeweils m.w.N. *Pradel*, DPG, Nr. 365, S. 334; *Stefani/Levasseur/Boulloc*, DPG, Nr. 396, S. 310 f., die mit der neueren Rechtsprechung letztere Lösung ablehnen.

Wohl wegen der herrschenden objektiven Auffassung von der Begründung der Notwehr¹⁶⁹ wird die gesonderte Feststellung eines Verteidigungswillens nicht verlangt. Allerdings impliziert die oben erörterte Bestimmung der Notwehrsituation aus der – wenn auch objektivierten – *Ex-ante*-Sicht des Betroffenen dessen Kenntnis der zugrunde liegenden Tatsachen. Weiterhin geht die ständige Rechtsprechung entgegen der Lehre¹⁷⁰ davon aus, dass nur Vorsatzdelikte durch Notwehr gerechtfertigt werden können und insbesondere die fahrlässige Tötung und die fahrlässige Körperverletzung mangels *willentlicher* Verteidigung von dieser Einschränkung betroffen sind.¹⁷¹ Allgemein durchgesetzt hat sich hingegen auch in der Rechtsprechung die Möglichkeit der Rechtfertigung von praeterintentionalen Straftaten wie der Körperverletzung mit Todesfolge.¹⁷²

II.1.1.3.1.2. Notstand

Art. 122-7 Strafrechtlich nicht verantwortlich ist, wer angesichts einer gegenwärtigen oder drohenden Gefahr für sich selbst, einen anderen oder eine Sache eine Handlung vornimmt, die zum Schutz der Person oder der Sache notwendig ist, außer wenn ein Missverhältnis zwischen den eingesetzten Mitteln und der Schwere der Bedrohung besteht.

Der Notstand wurde von der Rechtsprechung erst in den 1950er Jahren als Rechtfertigungsgrund anerkannt¹⁷³ und mit Art. 122-7 CP erstmals gesetzlich geregelt. Vor der Anerkennung des Notstands von den Gerichten wurden entsprechende Konstellationen – wie etwa der Nahrungsmitteldiebstahl aus Gründen der Not – vorzugsweise subjektiv über die *contrainte*¹⁷⁴ oder fehlende Vorsatzschuld (*intention coupable*) gelöst.¹⁷⁵ Die Frage der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit im Fall der Rechtfertigung durch Notstand ist in der Lehre und wohl auch in der Rechtsprechung dogmatisch nicht geklärt.¹⁷⁶ Vorwiegend geht man davon aus, dass die zivilrechtliche Haftung jedenfalls in solchen Konstellationen nicht entfallen kann,

¹⁶⁹ Insbesondere ihre Anknüpfung an das *élément légal* oder ein eigenes *élément injuste* der Straftat respektive an die Vorbedingung der Gesetzlichkeit (siehe hierzu oben II.1.1.1.).

¹⁷⁰ Siehe *Pradel*, DPG, Nr. 363, S. 332 f.; *Rassat*, DPG, Nr. 286, S. 401 f.; *Vitu*, RSC 1987, S. 865 ff.

¹⁷¹ Cass. crim., 16.2.1967, Bull. Nr. 70, JCP G 1967 Nr. 15034 mit Anm. *Combaldieu*, RSC 1967, S. 659 mit Anm. *Levasseur* und S. 854 mit Anm. *Légal*; 28.11.1991; Bull. Nr. 446, RSC 1992, S. 751 mit Anm. *Levasseur*.

¹⁷² Siehe hierzu Cass. crim., 21.2.1996, D. 1997, jurisprudence S. 234 mit Anm. *Paulin*, zweifelnd, ob die Entscheidung nicht auch eine Kehrtwende hinsichtlich der Rechtfertigung von Fahrlässigkeitstaten durch Notwehr bedeutet.

¹⁷³ Siehe Cass. crim., 25.6.1958, D. 1958, jurisprudence S. 693 mit Anm. *M.R.M.P.*; JCP G 1959, II, Nr. 10941 mit Anm. *Larguier*.

¹⁷⁴ Siehe hierzu unten II.1.1.3.2.2.

¹⁷⁵ Siehe *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 743, S. 597 m.N.

¹⁷⁶ Siehe *Delmas Saint-Hilaire*, J.-Cl. pén., Faits justificatifs – État de nécessité, Art. 122-7 (2, 1996), Nr. 58 ff.

in denen durch die Abwehr der Gefahr in Rechtsgüter eines Unbeteiligten eingegriffen wird.¹⁷⁷

Zu der damit angesprochenen Unterscheidung zwischen Aggressiv- und Defensivnotstand existiert im französischen Recht weder eine gesetzliche Regelung noch eine eigene Terminologie. Demgemäß findet sich, soweit ersichtlich (von der zaghaften Diskussion zivilrechtlicher Konsequenzen abgesehen), in der Lehre auch keine Erörterung darüber, ob die Abwägung der Verhältnismäßigkeit¹⁷⁸ differenziert nach dieser Unterscheidung erfolgen könnte. Vielmehr befasst sich die Lehre wie auch die Rechtsprechung in aller Regel mit Konstellationen des Aggressivnotstands, auf den einige Autoren die Anwendung der richterrechtlichen respektive heute gesetzlichen Notstandsregelung denn auch beschränken wollen.¹⁷⁹ In der Konsequenz dieser Ansicht steht die Notwehr zum Notstand im Verhältnis der Alternativität, während andere Autoren Letzteren gegenüber Ersterer als *lex generalis* ansehen.¹⁸⁰ Soweit die Möglichkeit einer Überschneidung beider Nichtzurechnungsgründe anerkannt ist, wird das genaue Konkurrenzverhältnis zwischen diesen kaum diskutiert. Insbesondere sind weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur Versuche ersichtlich, Konstellationen der mangels gegenwärtiger Gefahr nicht nach Art. 122-5 CP zu rechtfertigenden „Präventivnotwehr“ über den Notstand gemäß Art. 122-7 CP zu lösen.

Erste Voraussetzung des Notstands ist eine gegenwärtige oder drohende (unmittelbar bevorstehende) Gefahr (*danger actuel ou imminent*).¹⁸¹ Diese muss wirklich existiert haben, was bei unklarer Rechtsprechung hierzu strenger als bei der Notwehr¹⁸² gesehen wird, sodass auch plausible Fälle des Putativnotstands nicht von Art. 122-7 CP erfasst sein sollen.¹⁸³ Das Erfordernis der Gegenwartigkeit der Gefahr wird von der Rechtsprechung auf ein momentanes Ereignis (*fait accidentel et imprévu*) zugespitzt, weshalb insbesondere eine länger andauernde Situation nicht als *danger actuel* angesehen wird; gleichzeitig zieht man eine Parallele zur Gegenwartigkeit des Angriffs bei der Notwehr und lässt ein erst zukünftig drohendes Geschehen nicht als Notstandssituation ausreichen.¹⁸⁴

¹⁷⁷ Siehe *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 750, S. 602 f.; die Begründung stützt sich nach diesen auf ungerechtfertigte Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag und stellt somit auf den durch die Notstandshandlung Begünstigten ab (zum Notstand existiert im französischen Zivilrecht keine gesetzliche Regelung).

¹⁷⁸ Hierzu sogleich unten.

¹⁷⁹ Siehe *Chevallier*, in: Ancel (Hrsg.), *Mélanges Bouzat*, S. 119; ohne Festlegung *Conte/Maistre du Chambon*, DPG, Nr. 269, S. 145 f.

¹⁸⁰ Siehe *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 744, S. 598.

¹⁸¹ Die Tautologie ist auch in der französischen Sprache vorhanden; denn „aktuell“ ist eine Gefahr selbstverständlich auch dann, wenn der Eintritt eines Schadens „imminent“ ist (siehe *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 745, S. 599: „[...] un danger imminent constituant par définition une menace actuelle“).

¹⁸² Siehe hierzu oben II.1.1.3.1.1.

¹⁸³ So die Einschätzung von *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 745, S. 599 mit der Bemerkung, dass der Notstand ein *fait justificatif totalement objectif* sei.

¹⁸⁴ Siehe *Delmas Saint-Hilaire*, J.-Cl. pén., *Faits justificatifs – État de nécessité*, Art. 122-7 (2, 1996), Nr. 30 f. m.N.: Zur (abgelehnten) Dauergefahr werden vornehmlich Fälle dauerhaft bedrohter Unternehmensinteressen (schlechte Finanzsituation etc.) diskutiert.

Unter dem von einem Teil der Literatur verwendeten Merkmal der Unrechtmäßigkeit (*injustice*) der Gefahr wird im Einklang mit der Rechtsprechung darauf hingewiesen, dass keine gesetzliche Pflicht zur Hinnahme der Gefahr bestehen darf,¹⁸⁵ und dass ein vorangegangenes Verschulden der Notstandssituation durch den Handelnden dessen Rechtfertigung ausschließt.¹⁸⁶

Hinsichtlich der Abwehrhandlung ist zunächst zu beachten, dass diese zum Schutz des bedrohten Guts notwendig (*nécessaire*) sein muss. So muss nach der Rechtsprechung die begangene Straftat das einzige Mittel gewesen sein, um der Gefahr unter Ausschluss jeglichen milderen Mittels zu entgehen.¹⁸⁷ Die demgegenüber bisweilen verwendete frühere Formel, eine Straftat könne notwendig sein, wenn sie „das beste Mittel“ (*le meilleur moyen*) sei, um ans Ziel zu gelangen, modifiziert diesen Grundsatz dahingehend, dass ein möglichst effektives, mithin risikofreies Mittel gewählt werden darf.¹⁸⁸ Da die hiermit der Sache nach angesprochene Erforderlichkeit der Abwehrhandlung im deutschen (empirischen) Sinne, soweit ersichtlich, von der Rechtsprechung heute nicht mehr über die zuletzt genannte Formel (eher grob) gelöst wird, dürfte sie in die *condition cardinale*¹⁸⁹ des Notstands, namentlich in das Erfordernis der Proportionalität miteinfließen. Hiernach darf das eingesetzte Mittel – entsprechend der Regelung zur Notwehr – nicht außer Verhältnis zur Schwere der Bedrohung stehen. Zu dieser Bedingung wird vor allem das jeweilige Gewicht der drohenden und der zur Abwehr der Gefahr realisierten Rechtsgüterverletzung in die Abwägung einbezogen. Wenn das zu schützende und das geopfert Interesse gleichwertig sind, scheint nach der heutigen gesetzlichen Formel (*sauf s'il y a disproportion*) die Verhältnismäßigkeit noch gewahrt zu sein, was jedoch nicht der richterrechtlich entwickelten Rechtslage entspricht und in der Literatur hierzu umstritten war.¹⁹⁰ Nach ständiger Rechtsprechung muss vielmehr das geschützte Interesse das beeinträchtigte überwiegen,¹⁹¹ wobei es insbesondere unmöglich ist, das Überwiegen eines der Interessen fest-

¹⁸⁵ Dies ist allgemein anerkannt.

¹⁸⁶ Siehe *Jeandidier*, DPG, Nr. 271, S. 296–298 m.N.

¹⁸⁷ Dies ist Linie der Rechtsprechung und in der Lehre umstritten; siehe zum Ganzen näher *Delmas Saint-Hilaire*, J.-Cl. pén., Faits justificatifs – État de nécessité, Art. 122-7 (2, 1996), Nr. 42–44 m.N.

¹⁸⁸ Siehe *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 748, S. 600 f.; *Merle/Vitu*, DPG, Nr. 470, S. 593; beide m.N. zu einer Rechtsprechung aus Kriegszeiten, wonach die Verwendung gefälschter amtlicher Dokumente zu Fluchtzwecken durch verfolgte Juden als „bestes“ (gemeint: sicherstes) Mittel gerechtfertigt war.

¹⁸⁹ So *Merle/Vitu*, DPG, Nr. 470, S. 593.

¹⁹⁰ Dafür *Merle/Vitu*, DPG, Nr. 470, S. 594; *Donnesdieu de Vabres*, Traité, Nr. 387, S. 225, der bei gleichwertigen Interessen konsequent dem Notstandsoffer ebenfalls die Berufung auf (rechtfertigenden!) Notstand (nicht aber auf Notwehr!) zubilligen will (a.a.O., Nr. 388, S. 226); dagegen *Bouzat/Pinatel*, DPG, Nr. 299, S. 371 f.

¹⁹¹ Siehe schon die Leitentscheidung Cass. crim., 25.6.1958, D. 1958, jurisprudence S. 693 mit Anm. *M.R.M.P.*; JCP G 1959, II, Nr. 10941 mit Anm. *Larguier*.

zustellen, wenn der Rettung von Menschenleben auf der einen Seite die Opferung von Menschenleben auf der anderen Seite gegenübersteht.¹⁹² Es erscheint unwahrscheinlich, dass sich jedenfalls zu letzterem besonderen Problem nach dem neuen Code pénal eine Änderung der Rechtsprechung ergeben wird, zumal das noch speziellere Problem der „Präventivnotwehr“ nicht in diesen Zusammenhang gestellt wird.

Schließlich sei darauf hingewiesen, dass eine gesetzliche Regelung des entschuldigenden Notstands in Frankreich nicht existiert, wenn auch die ursprüngliche subjektivistische Rechtsprechung Konstellationen und Aspekte desselben qua Richterrecht erfasst haben mag.

II.1.1.3.2. Subjektive Straffreistellungen oder -milderungen

Unter den subjektiven Nichtzurechnungsgründen werden hier die psychische oder neuropsychische Störung (Art. 122-1 CP) sowie der unwiderstehliche Zwang (Art. 122-2 CP) erörtert. Für das Projekt nicht relevant ist hingegen der Rechtsirrtum (Art. 122-3 CP), dessen gesetzliche Regelung im neuen Code pénal ein Novum darstellt.¹⁹³ Ebenso wenig wird hier auf die Regeln zum Umgang mit minderjährigen Straffälligen eingegangen.

II.1.1.3.2.1. Die psychische oder neuropsychische Störung

Art. 122-1 Strafrechtlich nicht verantwortlich ist, wer zum Tatzeitpunkt unter einer psychischen oder neuropsychischen Störung litt, die seine Einsichtsfähigkeit oder die Kontrolle über seine Handlungen aufhob.

Wer zum Tatzeitpunkt unter einer psychischen oder neuropsychischen Störung litt, die seine Einsichtsfähigkeit oder die Kontrolle über seine Handlungen beeinträchtigte, bleibt strafbar; das Gericht berücksichtigt diesen Umstand jedoch bei der Festsetzung der Strafe und ihrer Vollzugsmodalitäten.

Nach Art. 122-1 Abs. 1 CP ist strafrechtlich nicht verantwortlich (*n'est pas pénalement responsable*), wer zum Tatzeitpunkt unter einer psychischen oder neuropsychischen Störung (*trouble psychique ou neuropsychique*) litt, die seine Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit (*son discernement ou le contrôle de ses actes*) aufhob. Ähnlich wie im Fall der Schuldunfähigkeit des deutschen Rechts wird hierdurch allein die subjektive strafrechtliche Verantwortlichkeit des Täters ausgeschlossen. Die Tat bleibt mithin objektiv eine (nicht gerechtfertigte) Straftat, weshalb insbesondere die Teilnahme hieran möglich ist. Art. 122-1 Abs. 2 CP behandelt die bloße Veränderung der Einsichts- oder Behinderung der Steuerungs-

¹⁹² So explizit im Fall *Touvier* Cass. crim., 21.10.1993, Bull. Nr. 307; siehe zum Ganzen m.w.N. *Delmas Saint-Hilaire*, J.-Cl. pén., Faits justificatifs – Etat de nécessité, Art. 122-7 (2, 1996), Nr. 49–54.

¹⁹³ Siehe hierzu *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 673 ff., S. 544 ff.

fähigkeit aufgrund einer solchen geistigen Störung (*trouble mental*)¹⁹⁴. Dieser der Sache nach verminderten Schuldfähigkeit trägt das Tatgericht bei der Festsetzung der Strafe und ihrer Vollzugsmodalitäten Rechnung (*tient compte*), was allerdings nicht bedeutet, dass hieraus zwangsläufig eine Strafmilderung folgt. Bedingt der festgestellte pathologische Zustand – etwa gerade wegen der verminderten Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit – eine Erhöhung der Gefährlichkeit des Täters, kommt auch – nicht zuletzt im Hinblick auf die Möglichkeit psychiatrischer Behandlung im Strafvollzug – eine Strafschärfung, begleitet von der etwaigen Anordnung einer Sicherheitsperiode,¹⁹⁵ in Betracht.¹⁹⁶ Diese Besonderheit einer möglichen Strafschärfung trotz verminderter Schuldfähigkeit fällt mit der Tatsache zusammen, dass das französische Strafrecht kein eigenständiges System der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung bereithält.

Sachlich werden unter dem *trouble mental* unabhängig von Krankheitswert und Ursache alle Formen der geistigen oder seelischen Störungen verstanden, welche erheblich genug sind, um die freie Willensbestimmung (*libre arbitre*) zu beeinträchtigen oder auszuschließen, was der extensiven Auslegung von Art. 64 Alt. 1 ACP entspricht.¹⁹⁷

Zum Beweis des *trouble mental* ist die Einholung eines Sachverständigengutachtens unerlässlich, an dessen Ausführungen das Tatgericht allerdings nicht gebunden ist.¹⁹⁸ Hierbei wird das Vorliegen der Voraussetzungen eines *trouble mental* von der Rechtsprechung generell als reine Tatfrage angesehen, die der Kassationskontrolle grundsätzlich entzogen ist. Soweit eine tatrichterliche Urteilsbegründung gegeben wird, mithin vor allem in den Verfahren vor den Korrektribunalen, überprüft die Cour de cassation diese allerdings auf etwaige Unzulänglichkeiten und Widersprüche (*l'insuffisance ou la contradiction des motifs*).¹⁹⁹ Die nicht begründungspflichtigen Urteile der Schwurgerichte sind jedoch überhaupt nicht kontrollierbar. Die Zurechnungsfähigkeit des Beschuldigten wird regelmäßig bereits in der gerichtlichen Voruntersuchung begutachtet. Hierzu bestimmt der allein zustän-

¹⁹⁴ Dieser Begriff wird wegen seiner Kürze auch im Folgenden als Synonym für das Merkmal der psychischen oder neuropsychischen Störung gebraucht.

¹⁹⁵ Siehe zu dieser unten II.1.3.1.

¹⁹⁶ Vgl. hierzu *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 647 (S. 528 f.).

¹⁹⁷ Siehe *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 634, S. 519 ff.

¹⁹⁸ Siehe Cass. crim., 6.6.1979, Bull. Nr. 194.

¹⁹⁹ Siehe Cass. crim., 21.1.1992, Droit pénal 1992, comm. Nr. 196 (*Véron*); im konkreten Fall hatte das Berufungsgericht unter Rekurs auf hinreichende Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des Angeklagten eine *démence* i.S.v. Art. 64 Alt. 1 des alten CP verneint, obwohl der Sachverständige laut Urteilsbegründung unter anderem ausgeführt hatte, dass der sich zum Tatzeitpunkt in einer manischen Phase befindliche Angeklagte bestimmte Handlungsimpulse nicht kontrollieren konnte; über diese Aussagen hätten sich die Berufungsrichter – so der Kassationshof – nicht ohne weitere Erläuterungen hinwegsetzen dürfen („ils ne pouvaient, sans mieux s'en expliquer, se prononcer comme ils l'ont fait“).

dige Untersuchungsrichter²⁰⁰ auf Antrag eines Beteiligten oder von Amts wegen zumeist zwei – psychiatrische und/oder psychologische – Sachverständige.²⁰¹ Die Ergebnisse des Gutachtens (*les conclusions*) sind den Beteiligten mitzuteilen, die hierdurch Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten und eine Ergänzung des Gutachtens oder auch ein Gegengutachten beantragen können, worüber der Untersuchungsrichter oder, im ablehnenden nebst Beschwerdefall, die Anklagekammer entscheidet. Auf Verlangen der Zivilpartei *muss* ein von mindestens zwei Sachverständigen zu erstellendes Gegengutachten eingeholt werden, wenn das Erstgutachten zum Ergebnis der Zurechnungsunfähigkeit gelangt war.²⁰² In der Praxis kommt es vor, dass bereits mehrere Gutachten je eines Kollegiums von zwei Sachverständigen eingeholt wurden, bevor die Zivilpartei ein weiteres Gutachten erwirkt. Das vorläufig letzte Wort hat sodann die Anklagekammer, die im Rahmen ihrer das Vorverfahren abschließenden²⁰³ Entscheidung würdigt, welche Schlussfolgerungen aus den Erwägungen der Sachverständigen zu ziehen sind. Zwar ist auch gegen die Entscheidung der Anklagekammer die Revision (*cassation*) zum Kassationshof möglich. Dieser übt jedoch wiederum äußerste Zurückhaltung und überlässt die Beurteilung, ob der Beschuldigte zum Tatzeitpunkt zurechnungsfähig war, allein der freien und selbst bei widersprüchlicher Gutachtenlage nicht besonders zu begründenden Einschätzung der Anklagekammer.²⁰⁴

Die Praxis der Einstellungen wegen fehlender Einsichts- und Steuerungsfähigkeit ist restriktiv. So ist die Anzahl der untersuchungsrichterlichen Einstellungen aus diesem Grunde zwischen 1989 und 1996 von 611 auf 282 Fälle zurückgegangen. Diese generelle Tendenz wird teilweise auf Entwicklungen der Psychiatrie zurückgeführt. So seien in Frankreich beispielsweise in den 1950er Jahren die sogenannten Psychopathen häufig vollständig exkulpiert worden, was heute nicht mehr der Fall sei. Außerdem mag auch die formelle Einführung der verminderten Zurechnungsfähigkeit im neuen Code pénal (mit Wirkung zum 1.3.1994) für den Rückgang der Exkulpationen eine Rolle gespielt haben.²⁰⁵

²⁰⁰ Während der – dem richterlichen Untersuchungsverfahren vorausgehenden und der weiteren Orientierung des Verfahrens (unter anderem nach Opportunitätsgrundsätzen) dienenden – Polizeiermittlungen unter der Leitung der Staatsanwaltschaft kann ein psychiatrisches Gutachten nicht veranlasst werden.

²⁰¹ Art. 156, 159, 164 Abs. 2 CPP.

²⁰² Art. 167-1 CPP, eingefügt durch Gesetz Nr. 95-125 vom 8.2.1995; eine entsprechende *zwingende* Regelung zugunsten des Beschuldigten existiert nicht.

²⁰³ Mittels Einstellung des Verfahrens oder dessen Verweisung an das Schwurgericht.

²⁰⁴ Vgl. bspw. Cass. crim., 18.6.1997, Rechtsmittel Nr. 97-82044: In diesem Fall waren 3 Gutachterteams zu dem Ergebnis der Unzurechnungsfähigkeit gelangt; die Anklagekammer folgte jedoch ohne nähere Begründung dem vierten gegenteiligen Gutachten, was die Cour de cassation billigte, da die Voraussetzungen des *élément intentionnel* – und damit auch der Zurechnungsfähigkeit – von Ersterer frei zu würdigen seien.

²⁰⁵ Siehe *Cécile Prieur*, Interview mit *Bernard Cordier*, Psychiater und Gutachter an der Cour d'appel de Versailles, *Le Monde*, 20.–21.12.1998, 10; siehe noch hierzu wie zur

II.1.1.3.2.2. Der unwiderstehliche Zwang

Art. 122-2 Strafrechtlich nicht verantwortlich ist, wer unter unwiderstehlichem Gewalteinfluss oder Zwang gehandelt hat.

Gemäß Art. 122-2 CP ist strafrechtlich nicht verantwortlich, wer unter dem Einfluss von Gewalt oder unwiderstehlichem Zwang gehandelt hat (*sous l'empire d'une force ou contrainte à laquelle elle [la personne] n'a pu résister*). Es handelt sich um einen Strafausschließungsgrund, der einen vollständigen oder doch weitest gehenden Ausschluss der Handlungs- oder Willensfreiheit zur Grundlage hat.²⁰⁶ Dementsprechend enthält er objektive und subjektive Aspekte, die in Deutschland unter sehr verschiedenen dogmatischen Kategorien diskutiert werden. Die *contrainte* wird von der Rechtsprechung mit dem Begriff der höheren Gewalt (*force majeure*) des *Code civil* identifiziert und schließt dementsprechend auch die zivilrechtliche Haftung des Handelnden aus.²⁰⁷ Diese – bei den subjektiven Strafausschließungsgründen einmalige – Gleichsetzung ist wohl der Grund für die restriktive Anwendung der Strafausnahme *in praxi*, weshalb in der Lehre teilweise eine differenzierteres Vorgehen gefordert wird.²⁰⁸ Zu unterscheiden sind hinsichtlich der Formen der *contrainte* der körperlich (*contrainte physique*) und der psychisch wirkende Zwang (*contrainte psychique*), die ihrerseits je nach äußerer (*externe*) oder innerer (*interne*) Ursache des Zwangs in jeweils zwei Unterkategorien aufgeteilt werden.

So erfasst der äußere körperliche Zwang (*contrainte physique externe*) Fälle der sächlichen oder persönlichen Fremdeinwirkung im Sinne unwiderstehlicher Gewalt (*vis absoluta*), die in Deutschland bereits über den Handlungsbegriff²⁰⁹ ausgeschieden werden, da in diesen Fällen nicht mehr von einem gewillkürten Körperverhal-

Vielfältigkeit psychiatrischer Einschätzungen in ein und demselben Prozess aufgrund von Schulendifferenzen *Jean-Michel Dumas*, *Les hésitations de la justice face à la démente et à l'„altération du discernement“*, a.a.O.

²⁰⁶ Vgl. *Rassat*, J.-Cl. pén., Art. 122-1 et 122-2, Trouble psychique ou neuropsychique, *contrainte* (8/1998), Nr. 65: *Rassat* spricht hier aus der Sicht des Zwangsopfers von Ohnmacht (*impuissance*) bzw. Bestimmung des Willens (*détermination de la volonté*), d.h. von dem totalen Verlust der Freiheit oder dem Fehlen der Spontaneität (im Sinne von Freiwilligkeit) der Handlung.

²⁰⁷ So lautet etwa Art. 1148 *Code civil*: „Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit.“ („Anspruch auf Schadensersatz liegt nicht vor, wenn der Schuldner infolge höherer Gewalt oder eines Zufalls verhindert war, das zu geben oder zu tun, wozu er verpflichtet war, oder das getan hat, was ihm untersagt war.“)

²⁰⁸ Kritisch insbesondere *Rassat*, J.-Cl. pén., Art. 122-1 et 122-2, Trouble psychique ou neuropsychique, *contrainte* (8/1998), Nr. 73; der Rechtsprechung pflichten zumindest für die Fälle des externen Zwangs bei *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 672 (S. 544).

²⁰⁹ Siehe hierzu *Jescheck/Weigend*, AT, S. 224 f.

ten oder (im Fall echten²¹⁰ Unterlassens) von einer Handlungsfähigkeit ausgegangen werden kann. Dasselbe gilt für den inneren körperlichen Zwang (*contrainte physique interne*), der ebenfalls (z.B. in Form eines Herzinfarkts) jegliche Handlungsfreiheit ausschließen kann. Voraussetzung der Strafausschließung ist in jedem Fall, dass der Zwang als unwiderstehlich zu bewerten ist. Insbesondere bei den Fahrlässigkeitsdelikten kommen als Erfordernis der Straffreiheit noch die mangelnde Vorhersehbarkeit der für die *contrainte* maßgeblichen Faktoren und ein fehlendes Vorverschulden des Handelnden hinzu.²¹¹

Am ehesten einschlägig für die Projektfälle könnten die Varianten des seelischen Zwangs (*contrainte psychique*) sein, zu welchen ebenfalls zwischen externen und internen Ursachen unterschieden wird. So werden unter dem Topos des äußeren seelischen Zwangs (*contrainte psychique externe*) diverse Fälle von kaum die Verantwortlichkeit ausschließender Provokation²¹² und Suggestion, vor allem aber solche der – unmittelbaren oder mittelbaren – Bedrohung durch andere mit lediglich beeinflussender Gewalt (*vis compulsiva*) erörtert.²¹³ Damit drängt sich bereits die Nähe dieser Fälle zu der in Frankreich nicht bekannten rechtlichen Kategorie des entschuldigenden Notstands, einschließlich und besonders des Nötigungsnotstands, auf.²¹⁴ In der französischen Lehre wird teilweise kritisiert, dass die Rechtsprechung nach dem alten Code pénal, die auf eine gesetzliche Regelung des rechtfertigenden Notstands²¹⁵ noch nicht zurückgreifen konnte, zahlreiche diesem objektiven Strafausschließungsgrund zuzuordnende Fälle über den Umweg der *contrainte psychique* (Art. 64 Alt. 2 ACP) gelöst habe.²¹⁶ Abgesehen von dieser misslichen Diagnose handelt es sich bei der *contrainte psychique* um einen subjektiven Strafausschließungsgrund, der unter anderem diejenigen Fälle erfasst, die mangels Verhältnismäßigkeit zwischen dem eingesetzten Mittel und der Schwere der Bedrohung nicht mehr unter den rechtfertigenden Notstand fallen. Ganz am

²¹⁰ Unechte Unterlassensdelikte erkennt das französische Strafrecht nicht an.

²¹¹ Vgl. zum Ganzen *Rassat*, J.-Cl. pén., Art. 221 et 122-2, Trouble psychique ou neuropsychique, contrainte (8/1998), Nr. 74–87.

²¹² Hier werden traditionell die Fälle polizeilicher Provokation durch Lockspitzel diskutiert.

²¹³ Merkwürdigerweise werden die Begriffe der *vis absoluta* und der *vis compulsiva* in der französischen Doktrin zur *contrainte* nicht gebraucht.

²¹⁴ Vgl. zur *vis compulsiva* als die Handlungsqualität nicht beeinträchtigender, jedoch ggf. in den Bereich des § 35 dStGB verweisender Faktor Schönke/Schröder-Lenckner, StGB, Vorbem. §§ 13 ff., Rn. 38 und § 35, Rn. 11.

²¹⁵ Mithin den der Sache nach (und heute in Art. 122-7 CP geregelten) rechtfertigenden Notstand (siehe oben II.1.1.3.1.2.).

²¹⁶ Siehe zu dieser Kritik m.w.N. *Rassat*, J.-Cl. pén., Art. 122-1 et 122-2, Trouble psychique ou neuropsychique, contrainte (8/1998), Nr. 88; aus deutscher Sicht wird allerdings die Lösung gerade der Fälle des *Nötigungsnotstands* nicht über den rechtfertigenden Notstand, sondern über den subjektiven Strafausschließungsgrund des § 35 dStGB von einem gewichtigen Teil der Literatur für sachgerecht gehalten (siehe zum Streitstand Schönke/Schröder-Lenckner, StGB, § 34, Rn. 41 b, § 35, Rn. 11).

Rande wird die *contrainte psychique externe* auch als eine der Lösungen diskutiert, mittels welcher bei einem intensiven Notwehrexzess, für den in Frankreich keine gesetzliche Regelung existiert, die Strafausschließung begründet werden kann.

Die Voraussetzungen für die Annahme eines externen seelischen Zwangs sind streng. So verlangt die Rechtsprechung zu den Konstellationen des Nötigungsnotstands, dass die angedrohte Gefahr unmittelbar bevorsteht (*est imminent*) und den Bedrohten in eine Situation versetzt, in welcher er notwendigerweise entweder die abgenötigte Tat begehen oder die angedrohten Gewalttätigkeiten – bei sich selbst oder einer nahestehenden Person – erdulden muss. Anderenfalls ist der Zwang nicht unwiderstehlich. Damit schließt, wie dies bereits für den rechtfertigenden Notstand²¹⁷ festgestellt wurde, jede Fluchtmöglichkeit eine Berufung auf die *contrainte psychique externe* aus.²¹⁸ Zudem ist eine Auslegung des Untermerkmals *imminent* im Sinne einer Dauergefahr nicht bekannt. Überdies hat eine – in Kriegszeiten begründete – strikte Rechtsprechung die Hinnahme selbst erheblicher Gefahren für Leib und Leben des Bedrohten oder ihm Nahestehender in vielen Fällen der Sache nach noch als zumutbar angesehen und dementsprechend die Strafausschließung wegen *contrainte* verweigert.²¹⁹ Mit der restriktiven Handhabung dieses subjektiven Strafausschließungsgrundes mag es weiterhin zusammenhängen, dass in Frankreich auch die nur entschuldigte „Präventivnotwehr“²²⁰ unbekannt ist, geschweige denn, wie dies theoretisch denkbar wäre, der *contrainte psychique externe* zugeordnet wird. Auch beim intensiven Notwehrexzess unter dem Eindruck eines übermächtigen Angreifers dürfte deshalb die Möglichkeit der Flucht den Rekurs auf die subjektive Strafausschließung wegen seelischen Zwangs eher ausschließen.

Innerseelischer Zwang (*contrainte psychique interne*) führt grundsätzlich nicht zur subjektiven Strafausschließung. Eine solche wurde in der Rechtsprechung abgelehnt, etwa im Fall intensiver Angst des Zeugen einer Schlägerei aufgrund eigener körperlicher Unterlegenheit, der in der Befürchtung eines auch ihm selbst drohenden Angriffs Präventivschläge austeilte, weil er diese für seine einzige Möglichkeit der Verteidigung hielt.²²¹ Andere Emotionen wie beispielsweise Angst vor Gesichtsverlust, Gewissenskrupel oder Leidenschaft, seien sie auch noch so heftig, führen rechtlich gesehen²²² ebenso wenig zur Strafausschließung. In der Recht-

²¹⁷ Hier folgt dies aus der Erforderlichkeit der Notstandshandlung.

²¹⁸ Siehe hierzu m.w.N. *Rassat*, J.-Cl. pén., Art. 122-1 et 122-2, Trouble psychique ou neuropsychique, contrainte (8/1998), Nr. 95.

²¹⁹ Siehe hierzu m.w.N. *Rassat*, J.-Cl. pén., Art. 122-1 et 122-2, Trouble psychique ou neuropsychique, contrainte (8/1998), Nr. 96.

²²⁰ Zum Fehlen dieser Kategorie im Rahmen der Notwehr (Art. 122-6 CP) und des rechtfertigenden Notstands (Art. 122-7 CP) siehe oben II.1.1.3.1.2. und II.1.1.3.1.2.

²²¹ Cass. crim., 19.12.1956, Bull. Nr. 856.

²²² Dass vor allem die Schwurgerichte in derartigen Fällen mitunter – dann aber streng genommen aus Gründen der Opportunität – gleichwohl freisprechen, ist ein Phänomen, auf welches unter III. näher eingegangen wird.

sprechung ist nur der Fall einer einseitig fehlgeschlagenen Doppelsebsttötung bekannt, in welchem der Überlebenden eine solche emotionale Ausnahmesituation zur Exkulpation der unterlassenen Hilfeleistung zugebilligt wurde.²²³ Diesbezüglich stellt sich aber die Frage, ob nicht genauso gut eine (vorübergehende) geistige Störung (*trouble mental*) hätte angenommen werden können. Will man die beiden eng miteinander verwandten Strafausschließungsgründe des *trouble mental* und der *contrainte psychique interne* scharf voneinander trennen, so führt dies wohl zur generellen Versagung der strafausschließenden Wirkung Letzterer. Identifiziert man sie hingegen ganz oder teilweise miteinander, so verbleibt für den innerseelischen Zwang kein eigenständiger Anwendungsbereich.²²⁴ In der jüngeren Praxis besteht eine Tendenz zur Vermischung der genannten Kategorien, wobei der mit Hilfe eines Sachverständigen zu beantwortenden Frage des Ausschlusses der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der Vorrang zuzukommen scheint.²²⁵

II.1.1.4. Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe, Strafzumessung

Der Regelungsmechanismus der Strafzumessung wurde mit dem neuen Code pénal umgestaltet. So enthalten die Tatbestände des Besonderen Teils keine Strafuntergrenzen mehr, sondern nur noch die jeweils angedrohte Höchststrafe. Begründet wurde dies damit, dass man die Untergrenzen vor allem wegen des – mit der Reform gleichfalls abgeschafften – Instituts der eine Strafrahmenenerweiterung ermöglichenden (unbenannten) *circonstances atténuantes* für trügerisch erachtete.²²⁶ Die angedrohten Strafobergrenzen erhöhen sich in bestimmten Konstellationen des einschlägigen Rückfalls gemäß Art. 132-8 ff. CP noch weiter, wobei man diesbezüglich von allgemeinen (gesetzlichen) Erschwerungsgründen spricht. Die daneben existierenden besonderen (gesetzlichen) Erschwerungsgründe (*circonstances aggravantes spéciales*) wie etwa der Vorbedacht wurden bereits bei der tatbestandlichen Einstufung erörtert.²²⁷ Sie ziehen eine höhere Strafobergrenze in der jeweiligen Bestimmung des Besonderen Teils nach sich. Unbenannte Strafschärfungsgründe oder auch nur Regelbeispiele für besonders schwere Fälle kennt der Code pénal demgegenüber nicht. Eine solche Regelung wäre besonders im Hinblick auf die Technik der Straffindung durch die Schwurgerichte auch nicht sinnvoll. Denn diese stimmen über die konkret zu verhängende Strafe – ausgehend von der angedrohten Höchststrafe – gleichsam von oben nach unten ab,²²⁸ anstatt, wie es als Modell auch vorstellbar wäre, von einem für die Erfüllung des Ausgangstat-

²²³ Zitiert bei *Merle/Vitu*, DPG, Nr. 624, S. 787 Fn. 2.

²²⁴ Vgl. in diesem Sinne *Rassat*, J.-Cl. pén., Art. 122-1 et 122-2, *Trouble psychique ou neuropsychique, contrainte* (8/1998), Nr. 100 f.

²²⁵ Vgl. *Cass. Crim.*, 7.11.1996, *Juris-Data* Nr. 005218.

²²⁶ vgl. *Zieschang*, *ZStW* 106 (1994), 653 m.w.N. in Fn. 26.

²²⁷ Vgl. oben II.1.1.2.

²²⁸ Siehe hierzu sogleich im Text.

bestands angemessen erscheinenden Strafmaß auszugehen, um danach schärfende und mildernde Umstände gegeneinander abzuwägen.

Die Strafuntergrenzen ergeben sich erst aus dem Allgemeinen Teil (Art. 132-18, 132-19 CP) und sind so niedrig, dass sie dem Tatrichter in Kombination mit den Strafobergrenzen des Besonderen Teils einen sehr weiten Strafraumen eröffnen.

Art. 132-18 Ist eine Straftat mit lebenslangem Zuchthaus oder lebenslanger Festungshaft bedroht, kann das Gericht eine zeitige Zuchthausstrafe, zeitige Festungshaft oder eine Gefängnisstrafe nicht unter zwei Jahren verhängen.

Ist eine Straftat mit zeitigem Zuchthaus oder zeitiger Festungshaft bedroht, kann das Gericht eine Zuchthausstrafe oder Festungshaft, deren Dauer jeweils unter der der angedrohten Strafe liegt, oder eine Gefängnisstrafe nicht unter einem Jahr verhängen.

Art. 132-19 Ist eine Straftat mit Gefängnis bedroht, kann das Gericht eine Gefängnisstrafe verhängen, deren Dauer unter der der angedrohten Strafe liegt.

Bei Vergehen kann das Gericht eine Gefängnisstrafe ohne Strafaussetzung nur verhängen, nachdem es die Wahl dieser Strafe besonders begründet hat.

Für die Verbrechen ist die Mindeststrafe in Art. 132-18 CP geregelt, soweit das Gesetz – wie bei den hier in Betracht kommenden Straftatbeständen²²⁹ – im Besonderen Teil allein eine Zuchthausstrafe androht.²³⁰ Demnach kann bei einer Verurteilung wegen solcher Verbrechen, die – wie die Tötung mit Vorbedacht (Art. 221-3 CP) – mit lebenslangem Zuchthaus bedroht sind, die Strafe vom Schwurgericht gemäß Art. 132-18 Abs. 1 CP auf eine Gefängnisstrafe von zwei Jahren gemildert werden. Dieses Mindestmaß liegt erheblich unterhalb der für die (vollständige oder anteilige) Strafaussetzung zur Bewährung maßgeblichen Höchstgrenze von 5 Jahren Gefängnis. Ist eine Straftat allein mit zeitigem Zuchthaus (maximal 30 Jahre) bedroht – wie der einfache Totschlag (Art. 221-1 CP: 30 Jahre) und die Körperverletzung mit Todesfolge (Art. 222-7 CP: 15 Jahre; im erschwerten Fall nach Art. 222-8 CP: 20 Jahre) –, so beträgt die theoretische Strafuntergrenze gemäß Art. 132-18 Abs. 2 CP ein Jahr Gefängnis. Liegt schließlich ein Vergehen vor, das entsprechend mit einer Gefängnisstrafe (maximal 10 Jahre) bedroht ist, so kann das Gericht, soweit es nicht auf eine bloße Geldstrafe ausweicht, gemäß Art. 132-19 Abs. 1 CP eine niedrigere als die angedrohte Strafe verhängen, d.h. theoretisch eine solche von einem Tag Gefängnis. Die Verhängung einer Gefängnisstrafe ohne Bewährung bedürfte in diesem Fall einer besonderen Begründung (Art. 132-19 Abs. 2 CP).²³¹

²²⁹ Mord (Art. 221-3 CP) und Totschlag (Art. 221-1 CP); dasselbe gilt für die Körperverletzung mit Todesfolge (Art. 222-7 CP).

²³⁰ Ist daneben die Geldstrafe angedroht (wie etwa bei Art. 222-34 im Bereich organisierten Drogenhandels), so steht Art. 132-18 CP nicht ihrer alleinigen Verhängung als Hauptstrafe entgegen; dies wird Art. 131-2 i.V.m. 132-17 CP entnommen (vgl. *Angevin*, J.-Cl. pén., Art. 131-1 und 131-2, Nrn. 32, 39; *Viennois*, J.-Cl. pén., Art. 132-17 bis 132-22, Nr. 140).

²³¹ Siehe hierzu sogleich unten.

In vorstehend erläuterten Regelungen gehen zwei Institute des alten Code pénal auf, die vom Reformgesetzgeber abgeschafft wurden: zum einen die *excuses atténuantes*, bei denen es sich um gesetzlich näher ausgestaltete Milderungsgründe handelte,²³² und zum anderen – wie oben schon erwähnt – die als Generalklausel geregelten *circonstances atténuantes*, deren Ausgestaltung vollständig den Tatgerichten überlassen war.²³³

Die heute für die konkrete Strafzumessung innerhalb des oben geschilderten Rahmens zentrale Bestimmung enthält den Grundsatz der Individualisierung der Strafen (*personnalisation des peines*) und lautet wie folgt:

Art. 132-24 Das Gericht verhängt die Strafen und legt ihre Ausgestaltung in den gesetzlich festgelegten Grenzen nach den Umständen der Straftat und der Persönlichkeit ihres Täters fest. Verhängt das Gericht eine Geldstrafe, bestimmt es deren Höhe zudem unter Berücksichtigung der Einkünfte und Verpflichtungen des Täters der Straftat.

Für die Strafauswahl und -zumessung knüpft das Gesetz somit hinsichtlich der Freiheitsstrafe in generalisierender Weise lediglich an die Tatumstände und die Persönlichkeit des Täters als grobe Kriterien an. Weiter ausdifferenzierte Regeln zu den Gründen der Strafzumessung sind im Gesetz nicht vorhanden. Man könnte sich nun vorstellen, dass eine Regelung wie Art. 132-24 CP für die höchstrichterliche Rechtsprechung oder wenigstens für die Lehre Anlass dazu bietet, die abstrakten Begriffe „Umstände der Straftat“ und „Persönlichkeit des Täters“ konkretisierend zu entfalten und den Tatrichter – vermittelt über Begründungsanforderungen und unter Berücksichtigung eines gewissen Einschätzungsspielraums – auf eine rational überprüfbare Strafanwendung zu verpflichten. Das Gegenteil ist jedoch der Fall. Bis heute hat sich – abgesehen von eher zaghaften Forderungen nach einer Ausweitung der Begründungspflichten im Hinblick auf den immensen gesetzlichen Spielraum bei der richterlichen Straffindung²³⁴ – in Frankreich weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung eine Dogmatik der Strafzumessung entwickelt.²³⁵

Traditionell müssen nämlich die für die Aburteilung von Vergehen zuständigen Korrektribgerichte nach der Rechtsprechung der Cour de cassation in der gesetzlich vorgeschriebenen schriftlichen Urteilsbegründung (Art. 485 CPP) keinerlei

²³² Begrifflich werden heute teilweise zu den *excuses atténuantes* die Regeln zur milderen Bestrafung Minderjähriger sowie vereinzelt im Besonderen Teil auftretende Vorschriften gerechnet, die Aspekte tätiger Reue respektive frühzeitiger Kroneigentätigkeit enthalten (etwa Art. 222-43 CP im Btm-Bereich) und hier nicht von Interesse sind.

²³³ Beide Institute bewirkten eine Verschiebung respektive Erweiterung des Strafrahmens nach unten.

²³⁴ In diesem Sinne *Delmas-Marty*, RSC 1993, 436; für eine umfassende Begründungspflicht *de lege ferenda* hinsichtlich Art, Modalitäten und Höhe der Strafe *Rassat*, Propositions, Art. 385 (Abs. 4) CPP, S. 264 f.

²³⁵ Siehe aus deutscher Sicht schon *Ekkehard Hagedorn*, Die richterliche Individualisierung der Strafe in Frankreich, Freiburg 1981, S. 205 ff.

Ausführungen zur Strafzumessung machen, sodass Letztere in das vollständig freie Ermessen – um nicht zu sagen: Belieben – des Tatrichters gestellt wird.²³⁶ „La latitude attribuée aux juges criminels dans l’application de la peine est une faculté discrétionnaire dont ils ne doivent aucun compte.“²³⁷

Der Kassationshof prüft allein, ob eine gesetzlich zulässige Strafe verhängt wurde.²³⁸ Sowohl die Auswahl wie auch die Höhe der Strafe bedürfen hingegen keiner Begründung des Tatrichters. Hieran hat sich auch durch die Einführung von Art. 132-24 CP nichts geändert.²³⁹ Vielmehr heißt es in ständiger Rechtsprechung hierzu, dass die Bestimmung der Strafe durch die Richter einer Vollmacht entspringe, hinsichtlich derer sie keine Rechenschaft schuldeten und die durch Art. 132-24 CP keinerlei Einschränkung erfahre.²⁴⁰ Eine Ausnahme besteht nunmehr in Korrektionalsachen gemäß Art. 132-19 Abs. 2 CP. Hiernach bedarf die Verhängung einer Freiheitsstrafe ohne Strafaussetzung zur Bewährung einer besonderen Begründung, die nach einhelliger Auffassung anhand der Kriterien des Art. 132-24 CP zu erfolgen hat. Nur hinsichtlich der Wahl einer solchen geschlossenen Freiheitsstrafe (*peine ferme*) – nicht jedoch bezüglich der Strafhöhe – hält der Kassationshof die Entscheidung der Korrekionalgerichte²⁴¹ nicht mehr für „diskretionär“, sondern unterstellt sie dem auch für schuldrelevante Tatfragen generell geltenden *pouvoir souverain d’appréciation des juges du fond*. Damit findet eine kassationsrechtliche Kontrolle der insoweit zu begründenden Urteile statt, die sich jedoch wegen des gleichwohl bestehenden weiten tatrichterlichen Ermessens im Wesentlichen auf die Frage beschränkt, ob die Ablehnung der (vollständigen oder anteiligen) Strafaussetzung überhaupt begründet wurde und hierbei widerspruchsfrei²⁴² konkrete Tatsachen in Bezug genommen wurden, die zu den Kriterien des Art. 132-24 CP gerechnet werden können und zu denen im Urteil Angaben vorliegen.²⁴³ Die Begründungspflicht des Art. 132-19 Abs. 2 CP bezweckt die

²³⁶ In der Praxis enthalten die Urteile zumeist gleichwohl knappe wie apodiktische Ausführungen zur Strafzumessung.

²³⁷ Siehe Cass. crim., 11.3.1942, Bull. Nr. 20; 11.10.1960, Bull. Nr. 440.

²³⁸ Vgl. zum Ganzen *Escande, Pierre/Culié, Pierre*, J.-Cl. pén. (a.F), Art. 485 und 486, Nrn. 134 ff., 139 m.w.N.

²³⁹ Vgl. *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 940, S. 738 f. m.N.

²⁴⁰ Siehe Cass. crim. 19.12.1996, Bull. Nr. 482: „[...] la détermination de la peine relève d’une faculté dont ils (les juges) ne doivent aucun compte et à laquelle l’article 132-24 nouveau du Code pénal n’a apporté aucune restriction.“ (Allein das Wort *discrétionnaire* wird nicht mehr verwendet, wodurch sich aber in der Sache nichts ändert.)

²⁴¹ Art. 132-19 CP betrifft mangels genereller Pflicht zur Urteilsbegründung nicht die Schwurgerichte (siehe Cass. crim., 29.4.1997, Bull. Nr. 155).

²⁴² Widersprüche oder Irrtümer können auch die nach Art. 132-24 CP nicht geschuldete, aber gleichwohl geleistete Begründung der Strafhöhe durch den Tatrichter kassationsanfällig machen, weshalb diesem mitunter angeraten wird, lieber vorsichtig zu bleiben und ganz zu schweigen (siehe *Vitu*, RSC 1991, 333 f.).

²⁴³ Vgl. *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 970, S. 757 f. m.N.; Cass. crim., 19.5.1999, D. 2000 jurisprudence S. 115 mit Anm. *Lamy; Varinard*, Anm. zu Cass. crim., 6.2.1995,

Vermeidung kurzer Freiheitsstrafen und besteht dementsprechend wohl nur für den Fall, dass der Richter eine Gefängnisstrafe von bis zu 5 Jahren verhängt, da jenseits dieser Grenze eine Strafaussetzung nicht möglich ist und die Strafhöhe nach wie vor im nicht begründungspflichtigen Ermessen des Tatrichters steht.²⁴⁴

In der Sache noch freier, wenn auch eingebunden in gewisse Verfahrenssicherungen, verläuft die Strafanwendung durch die Schwurgerichte. Da deren Urteile insgesamt keiner Begründungspflicht unterliegen, gibt es auch hinsichtlich der Strafanwendung keine Darlegung der zugehörigen Gründe. Nach Art. 362 Code de procédure pénale (CPP) muss der Präsident des Schwurgerichts den Schöffen nach der Abstimmung über den Schuldspruch, aber noch vor der Entscheidung über den Strafausspruch, die Art. 132-18 und 132-24 CP (nicht aber Art. 132-19 CP!) vorlesen. Sodann folgt unmittelbar im Anschluss (*sans désenparer*) die Abstimmung über die zu verhängende Strafe. Diese Entscheidung muss gemäß Art. 362 CPP grundsätzlich mit absoluter Mehrheit (sieben von zwölf Stimmen) getroffen werden, wobei Enthaltungen (weiße Stimmzettel) und von der Mehrheit für ungültig erklärte Stimmen gemäß Art. 358 CPP zugunsten des Angeklagten zählen. Die Anordnung der gesetzlich angedrohten Höchststrafe kann jedoch nur mit einer qualifizierten Mehrheit von mindestens acht Stimmen²⁴⁵ erfolgen. Wenn die gesetzliche Höchststrafe keine Mehrheit findet, können anstelle von angedrohter lebenslanger Freiheitsstrafe maximal 30 Jahre zeitige Freiheitsstrafe (Zuchthaus) und anstelle von angedrohten 30 Jahren maximal 20 Jahre zeitige Freiheitsstrafe (Zuchthaus) verhängt werden.

Eine Verurteilung wegen Totschlags ermöglicht demgemäß – abgesehen von einer etwaigen Rückfallschärfung der Höchststrafe – entweder die Verhängung der angedrohten Höchststrafe von 30 Jahren Zuchthaus oder einer Freiheitsstrafe von bis zu 20 Jahren Zuchthaus. Die Verhängung einer Strafe zwischen diesen beiden Obergrenzen ist nicht möglich.²⁴⁶

Bei der Abstimmung über die hierdurch nach oben begrenzte niedrigere Strafe genügt die absolute Mehrheit der Stimmen (7 von 12). Wenn diese Mehrheit nicht erreicht wird, sind weitere Wahlgänge erforderlich, bei welchen jeweils die im letzten Wahlgang vorgeschlagene höhere Strafe nicht mehr zur Abstimmung gestellt

Bull. Nr. 48 und 27.11.1996, Bull. Nr. 433, in: *Pradel/Varinard*, Les grands arrêts, Nr. 44, S. 355 ff. mit einer ausführlichen Analyse der Kassationskontrolle gemäß Art. 132-19 Abs. 2 CP i.V.m. Art. 132-24 CP und der Feststellung, dass diesbezüglich ein *niveau de motivation minimal* garantiert sei.

²⁴⁴ Erörterungen dieser Frage in der Lehre sind nicht ersichtlich.

²⁴⁵ Stimmberechtigt sind alle Mitglieder des aus neun Geschworenen und 3 Berufsrichtern bestehenden Schwurgerichts. Für den Ausspruch der Höchststrafe müssen deshalb 3 hiervon überzeugte Berufsrichter noch 5 Geschworene – also deren kleinste Mehrheit – für die allerdings geheime Abstimmung auf ihre Seite ziehen.

²⁴⁶ Siehe auch *Angevin*, J.-Cl. proc. pén., Cour d'assises. Jugement – Délibération – Peines. Art. 355 à 365, Nr. 78.

werden darf. Gemäß Art. 362 Abs. 4 CPP können schließlich auch die Schwurgerichte in den Grenzen des Art. 132-18 CP lediglich eine Gefängnisstrafe verhängen und dieselbe zur Bewährung aussetzen.

II.1.2. Wesenszüge des Strafverfahrensrechts

II.1.2.1. Generelle Charakterisierung der Verfahrensstruktur

Das französische Strafverfahren ist stark instruktorisch geprägt, das heißt, die Polizei unter der Leitung der Staatsanwaltschaft und die Gerichte ermitteln den Sachverhalt von Amts wegen, um die materielle Wahrheit festzustellen.²⁴⁷ Hierbei liegt der Schwerpunkt der Ermittlungen im Vorverfahren, das seinerseits in zwei Phasen aufgeteilt ist. In einer ersten Phase der *in praxi* weitgehend autonomen – wenn auch theoretisch von der Staatsanwaltschaft dirigierten und kontrollierten – polizeilichen Ermittlungen werden die Beweise so weit abgeklärt, dass der Staatsanwalt eine Entscheidung über die weitere Orientierung des Verfahrens fällen kann. Diese Entscheidung besteht entweder in der Einstellung des Verfahrens mangels Beweisen oder aus Gründen der Opportunität (*classement sans suite*) einerseits oder in der förmlichen Einleitung der Strafverfolgung andererseits.²⁴⁸ Letztere wird auch als Erhebung der öffentlichen Klage (*action publique*) bezeichnet.

In den meisten Fällen (etwa 93 % der Aburteilungen) – und zwar bei der Anklage von Übertretungen und eines großen Teiles der Vergehen – geschieht die Klageerhebung durch unmittelbare Ladung des Beschuldigten vor das zuständige Polizei- bzw. Korrekionalgericht. Für die Anklage von Verbrechen ist mit der Einleitung der gerichtlichen Voruntersuchung die Durchführung einer zweiten und letzten Phase des Vorverfahrens zwingend vorgeschrieben, welche der etwaigen Hauptverhandlung vor dem Schwurgericht vorgeschaltet ist.²⁴⁹ Die gerichtliche Voruntersuchung ist außerdem für die Anklage von Vergehen fakultativ. Sie kommt bei schwereren und vor allem komplexeren Vergehen²⁵⁰ sowie immer dann in Betracht, wenn der Einsatz der dem Untersuchungsrichter vorbehaltenen Zwangsmittel, wie insbesondere der Untersuchungshaft, erfolgen soll.

Da vorliegend in allen Fallvarianten ein vorsätzliches Tötungsdelikt infrage steht, welches unabhängig von der Einstufung als einfacher oder erschwerter Totschlag gesetzlich mit der für Verbrechen vorgesehenen Zuchthausstrafe von im

²⁴⁷ Vgl. näher Barth, Beweisaufnahme, S. 96 ff.

²⁴⁸ Zwischen beiden Alternativen hat sich noch ein „dritter Weg“ entwickelt, der mit der Einführung des allgemeinen strafrechtlichen Vergleichs (*composition pénale*) durch Gesetz Nr. 99-515 vom 23.6.1999 einstweilen seinen Höhepunkt gefunden hat, der jedoch in dem von dem Projekt abgedeckten Bereich keine Rolle spielt.

²⁴⁹ Vgl. Art. 79 CPP.

²⁵⁰ Wie bspw. in Wirtschaftsstrafsachen.

Höchstmaß mehr als zehn Jahren bedroht ist, muss der Staatsanwalt gemäß Art. 79 CPP den Antrag auf Eröffnung der gerichtlichen Voruntersuchung stellen.

II.1.2.2. Zuständige Spruchkörper und einschlägige Verfahrensarten

Nach den sich anschließenden Ermittlungen des Untersuchungsrichters überprüft sodann in einer zweiten Stufe der gerichtlichen Voruntersuchung die Anklagekammer den Fall und muss ihn, soweit sie die Beweise – ggf. nach ergänzender Beweisaufnahme – für ausreichend hält, durch Urteil an das zuständige Schwurgericht verweisen. Dieser sogenannte *arrêt de renvoi* erfüllt, im Vergleich mit dem deutschen Strafprozess, Funktionen der dortigen staatsanwaltlichen Anklage (genaue Festlegung des allerdings schon durch den Einleitungsantrag des Staatsanwalts prädeternierten Prozessgegenstands) wie auch des in Frankreich nicht existierenden Zwischenverfahrens (Überleitung der Anklage in das Hauptverfahren). Die gesetzwidrige Herabstufung des Falls zu einem Vergehen schon durch den Staatsanwalt oder das Untersuchungsgericht und die damit verbundene Befassung des – örtlich, jedoch nicht sachlich – zuständigen Korrekionalgerichts²⁵¹ kommt nur im mittleren Deliktbereich (etwa bei durch strafscharfende Umstände zu einem Verbrechen qualifizierten Diebstahl) häufiger vor und erscheint in allen Varianten des vorliegenden Falls als ausgeschlossen. Denn dieses Vorgehen setzte die Qualifizierung der Tat als eine bloße fahrlässige Tötung – im Unterschied zur Körperverletzung mit Todesfolge – voraus, was hier äußerst unwahrscheinlich ist. Demgemäß hat bzw. nimmt die Anklagebehörde (unabhängig davon, ob man hierunter nur die Staatsanwaltschaft oder daneben auch das Untersuchungsgericht verstehen möchte) vorliegend grundsätzlich keinen Einfluss auf die Auswahl des Spruchkörpers.

Für die Entscheidung des Falls in der Hauptverhandlung ist somit ein Schwurgericht (*cour d'assises*) zuständig,²⁵² das genau genommen ein Schöffengericht ist, in welchem die neun Laien die Möglichkeit haben, die 3 Berufsrichter zu überstimmen, da für die qualifizierte Mehrheit lediglich 8 Stimmen benötigt werden.²⁵³ Die Abstimmung erfolgt zuerst über den Schuldspruch, dann über die Strafe. Jedes Mitglied des Schwurgerichts hat eine Stimme, bei den Beratungen sind alle Richter anwesend. Eine förmliche Belehrung der Laien ist nicht vorgesehen, zumal Tat- und Schuldfrage nicht unterschieden werden. Der Vorsitzende wird – je nach Persönlichkeit – *in praxi* einen mehr oder minder starken Einfluss auf die Beratungen nehmen, deren Leitung ihm obliegt. Sinngemäß lauten die mit ja oder nein zu beantwortenden Fragen zur Schuld lediglich, ob die Angeklagte einer vorsätzlichen Tötung schuldig sei und ob der straf erhöhende Umstand des Vorbedachts vorliege.²⁵⁴

²⁵¹ Vgl. dazu etwa *Schönknecht*, Opportunitätsprinzip, S. 111 ff.

²⁵² Vgl. Art. 214 CPP.

²⁵³ Vgl. Art. 359 CPP.

²⁵⁴ Vgl. Art. 356 CPP.

II.1.2.3. Besonderheiten des Beweisverfahrens

Es gelten die Grundsätze der Amtsermittlung durch das Gericht.²⁵⁵ Die Beweise werden schwerpunktmäßig bereits in der gerichtlichen Voruntersuchung erhoben. In die Hauptverhandlung werden die Zeugenaussagen gleichwohl grundsätzlich mündlich eingeführt. Der Schwurgerichtsvorsitzende leitet aber die Beweisaufnahme und befragt die Zeugen zunächst selbst. Sodann können insbesondere der Angeklagte und die Zivilpartei Fragen an den Zeugen richten, von Gesetzes wegen aber nur mittelbar über den Vorsitzenden. Einige Vorsitzende lassen die unmittelbare Zeugenbefragung *in praxi* zu. Auch ist der Vorsitzende weitgehend frei, aus den Protokollen des Vorverfahrens zu verlesen. Die Steuerung des Verfahrens wird mithin stark durch den Vorsitzenden bestimmt. Beweisanträge sind nur in Ausnahmekonstellationen durchsetzbar.

Obwohl das französische Verfahrenssystem inquisitorisch geprägt ist, erlegt die Rechtsprechung die Beweislast hinsichtlich bestimmter Verteidigungseinreden wegen ihres Ausnahmecharakters (*reus excipiendi fit actor*) tendenziell dem Angeklagten auf. Dies mag sich unter anderem auch aus der herkömmlich sehr engen Verzahnung des Strafverfahrens mit der Geltendmachung des zivilrechtlichen Schadensersatzanspruchs und der diesbezüglich weitgehenden Bindungswirkung des Strafurteils für das zivilrechtliche Urteil erklären – gleich, ob dieses im Rahmen der strafrechtlichen *action civile* oder in einem gesonderten Zivilverfahren ergeht. Dieser Zusammenhang liegt jedenfalls für die objektiven Nichtzurechnungsgründe nahe, deren Vorliegen materiell auch die zivilrechtliche Verantwortung ausschließt. Beruft sich der Angeklagte im Strafverfahren etwa erfolgreich auf Notwehr, so hat er damit auch den zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch des Opferprätendenten zu Fall gebracht.

Dementsprechend postuliert die Rechtsprechung, dass die Beweislast für die Voraussetzungen der Notwehr grundsätzlich beim Angeklagten liege.²⁵⁶ Dies wird nicht zuletzt im Gegenschluss der Regelung des Art. 122-6 CP entnommen, wonach vermutet wird, „dass derjenige in Notwehr handelt, der die Tathandlung vornimmt, um 1. bei Nacht einen durch Einbruch, Gewalt oder List erwirkten Zugang zu einem bewohnten Ort abzuwehren; 2. sich gegen die Täter von gewaltsam durchgeführten Diebstählen oder Plünderungen zu verteidigen.“ Rechtsprechung und Lehre sind sich zu dieser Regelung weitgehend darüber einig, dass es sich hierbei lediglich um eine einfache Vermutung handelt, hinsichtlich welcher der Staatsanwalt den Gegenbeweis erbringen kann.²⁵⁷

²⁵⁵ Vgl. zum Folgenden näher *Barth*, Beweisaufnahme, S. 109 ff.

²⁵⁶ Siehe *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Procédure pénale, Nr. 126 f., S. 101 f. m.N. S. 102, Fn. 2.

²⁵⁷ Siehe *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 740, S. 595; zur Vorgängerregelung in Art. 329 CP a.F. war die Rechtsprechung zunächst von einer unwiderlegbaren Vermutung

In der Literatur wird der Grundsatz, wonach der Angeklagte die Voraussetzungen der Notwehr zu beweisen habe, entweder mit Blick auf die Unschuldsvermutung verhalten kritisiert²⁵⁸ oder mit abschwächenden Formulierungen hingenommen. Teilweise wird auch im Sinne einer Differenzierung allein für das Merkmal der Verhältnismäßigkeit bei Angriffen gegen Personen aus der gesetzlichen Formulierung „sauf s’il y a disproportion [...]“ geschlossen, dass diesbezüglich die strafverfolgende Partei den Gegenbeweis zu erbringen habe.²⁵⁹ In jedem Fall wird darauf hingewiesen, dass in der Praxis die Gerichte zumindest darauf eingehen, wenn nicht den gesetzten Anschein widerlegen müssen, wenn der Angeklagte die Notwehrvoraussetzungen plausibel darlegt.²⁶⁰ Entsprechende Beweisanträge des Angeklagten dürfen die Gerichte nicht übergehen.²⁶¹ Eine entsprechende Handlungsnotwendigkeit ergibt sich für den Angeklagten vor allem in der Verhandlung vor den Korrekionalgerichten, weil dieser zumeist keine richterliche Voruntersuchung vorausgeht, in welcher dem Angeklagten hinreichende Verteidigungsmöglichkeiten zur Klärung der Notwehrvoraussetzungen bereits im Vorverfahren zur Verfügung stehen.

Man wird im Resümee vorstehender Ausführungen davon ausgehen können, dass es dem Angeklagten zumindest obliegt, die Notwehrvoraussetzungen plausibel zu machen. Ob er darüber hinaus die objektive Beweislast in dem Sinne trägt, dass ein *non liquet* zu seinen Lasten ginge, liegt zwar nach der Terminologie der Rechtsprechung nicht fern, erscheint aber im Hinblick auf die freie Würdigung der Notwehrtatsachen durch den Tatrichter als Instrument der Selbstbeschränkung der Kassationskontrolle eher theoretisch.²⁶² Dies gilt besonders für die Schwurgerichte, die keinerlei Begründung ihres Verdikts schulden. Darüber hinaus zieht sich die Cour de cassation aber auch bei der Überprüfung der Urteile der Korrekionalgerichte zumeist schlicht auf die *appréciation souveraine des faits et des circonstances de la cause* durch den Tatrichter zurück, gleich ob bezüglich der Notwehrvoraussetzungen der Verurteilte die Nichtbeachtung der Unschuldsvermutung, oder umgekehrt, die Zivilpartei die Nichtbeachtung der dem Angeklagten oblie-

ausgegangen, was mitunter zu Missbrauch führte (siehe Cass. crim., 11.7.1844, R.S. 1844, I, 777; 8.12.1871, D. 1872, I, 193: Tötung des Geliebten der Ehefrau durch den Ehemann als Fall des nächtlichen Einbruchs getarnt).

²⁵⁸ Siehe *Stefani/Levasseur/Bouloc*, DPG, Nr. 397, S. 311; *dies.*, Procédure pénale, Nr. 126 f., S. 101 f.

²⁵⁹ Siehe oben II.1.1.3.1.1. m.w.N.

²⁶⁰ Siehe *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 739, S. 594 f.; *Pradel*, DPG, Nr. 369, S. 336 f.

²⁶¹ Siehe *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Procédure pénale, Nr. 126 f., S. 101 f. m.N., S. 102, Fn 3.

²⁶² Siehe hierzu unten II.1.2.4.

genden Beweislast rügt.²⁶³ Auch ist zu beachten, dass der Kassationshof dort, wo er Erwägungen zur Beweislast bei der Notwehr lediglich dazu verwendet, um die Zuständigkeit der bislang im Verfahren nicht angerufenen Schwurgerichte zu begründen, funktional betrachtet lediglich über einen entsprechenden hinreichenden Tatverdacht, nicht aber letztverbindlich über die Frage der Rechtfertigung durch Notwehr entscheidet.

II.1.2.4. Anforderungen an die schriftliche Entscheidungsbegründung

Die Entscheidungen der Schwurgerichte werden nicht begründet. Auch auf der Ebene der Korrekionalgerichte, die ihre Urteile grundsätzlich begründen müssen, wird dem Tatrichter bei der Feststellung der Tatsachen ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt, d.h. die Beweiswürdigung wird im Rechtsmittelverfahren kaum überprüft. Dies gilt ebenso für die Strafzumessung, die als alleinige Sache des Tatrichters angesehen wird. Hinzu kommt, dass die Grenze zwischen Tat- und Rechtsfrage tendenziell in Richtung Tatfrage verschoben und den Tatgerichten ein vergleichsweise großer Spielraum eingeräumt wird. Dies alles bewirkt im Ergebnis eine deutliche Annäherung der Position der Korrekionalgerichte an diejenige der Schwurgerichte.

Prozessual unterliegt insbesondere die Feststellung der notwehrbegründenden Tatsachen der kassationsrechtlich nicht überprüfbaren, freien tatrichterlichen Einschätzung, was den Kassationshof aber nicht daran hindert, die *rechtliche* Würdigung der zugrunde gelegten Tatsachen an den Maßstäben des Gesetzes zu messen.²⁶⁴ Dies gilt allerdings nur, soweit begründungspflichtige Urteile zur Überprüfung anstehen, weshalb insbesondere die Urteile der Schwurgerichte nicht auf die richtige Subsumtion der Notwehrtatsachen hin kontrolliert werden.²⁶⁵ In den Urteilsberatungen des Schwurgerichts wird zwar der Vorsitzende, soweit sich dies für ihn aufdrängt, auch rechtliche Ausführungen zur Notwehrfrage machen.²⁶⁶ Ob die Schöffen dem folgen können oder wollen, steht jedoch dahin, weil sie in ihrer Abstimmung, die lediglich auf ja oder nein bezüglich formalisierter Fragen zur Schuld lautet, völlig frei sind.

²⁶³ Siehe Cass. crim., unveröff. Urteil vom 27.7.2000, Rechtsbehelfs-Nr. 99-86626 einerseits und Cass. crim., unveröff. Urteil vom 1.2.2000, Rechtsbehelfs-Nr. 99-82317 andererseits.

²⁶⁴ Siehe etwa Cass. crim., 23.3.1987, Bull. Nr. 134.

²⁶⁵ Siehe Cass. crim., 5.10.1976, Bull. Nr. 276.

²⁶⁶ Vorgeschrieben ist diese rechtliche Belehrung freilich nicht.

II.1.3. Äußerer Rahmen der Strafvollstreckung

II.1.3.1. Verschärfungen des Vollzugs von Freiheitsstrafen

Bevor auf Verkürzungen und Milderungen des Vollzugs von Freiheitsstrafen eingegangen werden kann, ist mit der „Sicherheitsperiode“ (*période de sûreté*) ein Instrument vorzustellen, das gegebenenfalls von Gesetzes wegen oder aufgrund besonderer tatrichterlicher Anordnung bzw. Modifikation bereits mit der Verurteilung bestimmte Vergünstigungen des Vollzugs zeitweise ausschließt. Die *période de sûreté* ist im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches (Art. 132-23 CP) geregelt und stellt der *ratio legis* nach eine Sicherungsmaßnahme für gefährliche Täter dar.²⁶⁷ Die Maßnahme blockiert während ihrer Laufzeit sämtliche Vollzugslockerungen,²⁶⁸ insbesondere auch die Außenbeschäftigung (*placement à l'extérieur*), den offenen Vollzug (*semi-liberté*) und die (vorzeitige) bedingte Entlassung (*libération conditionnelle*). Auch ist während der Sicherheitsperiode keine Anrechnung der eventuell verdienten Strafnachlässe (*réductions de peines*)²⁶⁹ möglich.

Sieht das Strafgesetz im Besonderen Teil die Sicherheitsperiode ausdrücklich vor, so tritt sie im Fall der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens zehn Jahren gemäß Art. 132-23 Abs. 1 CP von Gesetzes wegen ein, kann aber nach Abs. 2 dieser Vorschrift vom Tatgericht noch im angegebenen Rahmen erhöht oder (bis auf null) reduziert werden. Eine solche gesetzliche Verweisung auf Art. 132-23 Abs. 1 und 2 CP findet sich in sämtlichen erschwerten Tötungstatbeständen (Art. 221-2 bis 221-4 CP) wie auch bei der Vergiftung (Art. 221-5 CP), gleichermaßen bei der Körperverletzung mit Todesfolge im erschwerten Fall (Art. 222-8 CP), nicht jedoch beim einfachen Totschlag (Art. 221-1 CP) oder der einfachen Körperverletzung mit Todesfolge (Art. 222-7 CP). Die regelmäßige Dauer der Maßnahme beträgt im Fall einer zeitigen Freiheitsstrafe deren Hälfte, also maximal 15 Jahre, und bei lebenslangem Zuchthaus 18 Jahre (Art. 132-23 Abs. 2 Satz 1 CP). Das Gericht kann jedoch durch besondere Anordnung (Satz 2) diese Regeldauer noch verschärfen, und zwar auf bis zu zwei Drittel der zeitigen Freiheitsstrafe, mithin höchstens 20 Jahre, sowie auf 22 Jahre im Fall der Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe.

²⁶⁷ Siehe hierzu *Bouloc*, *Pénologie*, Nr. 133 (S. 96-98); *Jacomet*, *J.-Cl. pén.*, Art. 132-23, *Période de sûreté* (8/1996), Anm. 44-46; *Merle/Vitu*, DPG, Nr. 756-758 (S. 927-929); für ihre Behandlung in der Praxis sind aber neben Aspekten der Tätergefährlichkeit auch solche der Tat- und Schuldschwere mitbestimmend.

²⁶⁸ Wegen dieses technischen Charakters wird sie als eine Modalität der Strafvollstreckung angesehen, woraus folgt, dass das Schwurgericht über ihre Anordnung oder Modifikation wie bei der Verhängung der Strafe gemäß Art. 362 CPP mit der absoluten Mehrheit der Stimmen und nicht gemäß Art. 359 CPP mit der ansonsten zugunsten des Angeklagten angeordneten qualifizierten (2/3-)Mehrheit entscheidet (siehe *Jacomet*, *J.-Cl. pén.*, Art. 132-23, *Période de sûreté* [8/1996], Nr. 12 m.w.N.).

²⁶⁹ Siehe hierzu unten II.1.3.2.1.

Außerhalb des Anwendungsbereichs der von Gesetzes wegen eintretenden Sicherheitsperiode – so etwa im Fall einer Verurteilung wegen einfachen Totschlags – kann das Tatgericht eine solche gesondert anordnen, wenn es eine Freiheitsstrafe ohne Bewährung von mehr als 5 Jahren verhängt; die Dauer dieser Maßnahme darf zwei Drittel der verhängten zeitigen Freiheitsstrafe, mithin 20 Jahre nicht überschreiten (Art. 132-23 Abs. 3 CP).²⁷⁰

Das System der Sicherheitsperiode verkompliziert sich schließlich noch durch die Möglichkeit ihrer nachträglichen Verkürzung oder Modifizierung während der Strafvollstreckung. Hiernach kann der Vollstreckungsrichter, wenn der Verurteilte ernsthafte Beweise sozialer Wiedereingliederung (*des gages sérieux de réadaptation sociale*) erbringt, ausnahmsweise ein Gericht²⁷¹ am Inhaftierungsort anrufen, das dann über die Verkürzung der Sicherheitsperiode oder eine vollständige oder teilweise Außerkraftsetzung ihrer Wirkungen entscheidet (Art. 720-4 Abs. 1 Satz 1 CPP). Hiermit können insbesondere auch noch nachträglich die Voraussetzungen der bedingten Entlassung²⁷² geschaffen werden.

II.1.3.2. Verkürzungen des Vollzugs von Freiheitsstrafen

Im Rahmen der möglichen Vollzugsverkürzungen sind zunächst diejenigen Institute von Interesse, die dem Verurteilten den Vollzug der Freiheitsstrafe schon kraft tatrichterlicher Anordnung unter der Bedingung hinreichender Legalbewährung ganz oder teilweise ersparen. Unter diesen wird allein auf die verschiedenen Varianten der tatrichterlichen Strafaussetzung zur Bewährung eingegangen, die im Fall der Verhängung einer entsprechend niedrigen Gefängnisstrafe auch bei der Verurteilung wegen eines Verbrechens angeordnet werden kann. Die auf die Aburteilung von Vergehen und Übertretungen beschränkten Institute des Absehens (*dispense*) und des Aufschubs (*ajournement*) von Strafe (Art. 132-58 bis 132-70 CP) bedürfen hingegen mangels Projektrelevanz keiner Erörterung.

Unter den nachträglichen Vollzugsverkürzungen im Laufe der Strafvollstreckung sind hier von Interesse vor allem die Strafnachlässe (*réductions de peines*) und die (vorzeitige) bedingte Entlassung (*libération conditionnelle*). Diese Institute betreffen auch solche Freiheitsstrafen, die wegen ihrer Dauer von mehr als 5 Jahren einer tatrichterlichen Strafaussetzung nicht zugänglich sind.

²⁷⁰ Die in Art. 132-23 Abs. 3 Satz 2 CP genannte Alternative einer *lebenslangen* Freiheitsstrafe bleibt theoretisch, weil der Gesetzgeber dort, wo er im Besonderen Teil diese Höchststrafe anordnet, regelmäßig auch eine Verweisung auf den Automatismus des Art. 132-23 Abs. 1 und 2 CP hinzufügt.

²⁷¹ Das im Rang dem verurteilenden Gericht Entsprechende, im Fall einer schwurgerichtlichen Verurteilung die örtlich zuständige Anklagekammer.

²⁷² Siehe hierzu unten II.1.3.2.2.

II.1.3.2.1. Die Strafaussetzung zur Bewährung

Die tatrichterliche Aussetzung einer verhängten Freiheitsstrafe existiert in zwei Formen.²⁷³

Im Fall der auf das Jahr 1891 zurückgehenden einfachen Strafaussetzung (*sursis simple*) unterliegt der Verurteilte weder einer allgemeinen Bewährungskontrolle noch besonderen Verpflichtungen (Art. 132-29 ff. CP).²⁷⁴ Ausgesetzt werden kann, was auch für die sogleich zu erörternde Strafaussetzung mit Bewährungsaufsicht gilt, nur eine verhängte Gefängnisstrafe von maximal 5 Jahren, wobei sich die Vergünstigung entweder auf die ganze oder auch nur einen Teil der Strafe beziehen kann. Die Gewährung der einfachen Strafaussetzung ist im Gegensatz zur zweiten Form der Strafaussetzung von bestimmten Bedingungen hinsichtlich des möglichst unbelasteten bisherigen Legalverhaltens des Verurteilten abhängig. Jede erneute Verurteilung zu einer Gefängnis- oder Zuchthausstrafe wegen einer Rückfalltat innerhalb einer Legalbewährungszeit von 5 Jahren bewirkt – vorbehaltlich einer möglichen abweichenden Entscheidung des Gerichts – den automatischen Widerruf der einfachen Strafaussetzung.

Die zweite, stärker die Individualisierung der Strafe betonende Form der Strafaussetzung zur Bewährung wurde mit dem Code de procédure pénale 1958 eingeführt und ebenso wie der *sursis simple* in den neuen Code pénal übernommen (Art. 132-40 ff. CP).²⁷⁵ Diese Strafaussetzung mit Bewährungsaufsicht (*sursis avec mise à l'épreuve*) ist mit diversen allgemeinen Aufsichtsmaßnahmen und besonders anordenbaren Verpflichtungen des Verurteilten verbunden, der außerdem Hilfsmaßnahmen in Anspruch nehmen kann. Sie kann bei Rückfall des Verurteilten innerhalb der Bewährungszeit vom Trichter und bei Verstößen gegen die Bewährungsaufsicht und besonders angeordnete Verpflichtungen vom Vollstreckungsgericht ganz oder teilweise widerrufen werden. Die Bewährungszeit beträgt wenigstens 18 Monate, höchstens aber 3 Jahre und kann innerhalb dieser Grenzen vom Korrekionalgericht unter bestimmten Umständen verlängert werden (Art. 742 CPP). Die allgemeine Bewährungsaufsicht bezieht sich vor allem auf die Verpflichtung des Verurteilten, sich der Kontrolle des Vollstreckungsrichters und des von diesem bestimmten Bewährungshelfers zu unterziehen (Art. 132-44 CP). Unter den vom Gesetz abschließend²⁷⁶ aufgezählten, aber teilweise weit formulierten Verpflichtungen, die gesondert gerichtlich angeordnet werden können, sei hier nur auf die Möglichkeit hingewiesen, dem Verurteilten aufzuerlegen, sich einer ambulanten oder stationären Behandlung gleich welcher Art zu unterziehen (Art. 132-45

²⁷³ Siehe zu Folgendem im Überblick *Bouloc*, *Pénologie*, Nr. 291 ff., S. 232 ff.

²⁷⁴ Siehe hierzu ausführlich *Gonnard*, *J.-Cl. pén.*, *Sursis simple*, Art. 132-29 bis 132-39 (2, 1994).

²⁷⁵ Siehe hierzu ausführlich *Gonnard*, *J.-Cl. pén.*, *Sursis avec mise à l'épreuve*, Art. 132-40 bis 132-53 (5, 1999).

²⁷⁶ Siehe *Cass. crim.*, 9.6.1966, *Bull.* Nr. 169.

Nr. 3 CP). Damit ist es auch möglich, einen seelisch gestörten Verurteilten auf die zeitlich begrenzte Behandlung in einer psychiatrischen Einrichtung zu verpflichten, was weiterhin auch für die Unterbringung von Suchtkranken wegen Entzugs gilt.²⁷⁷

II.1.3.2.2. Die Strafnachlässe (*réductions de peines*)

Eine zu vollziehende *zeitige* Freiheitsstrafe kann verkürzt werden durch ein System der Strafnachlässe, die regelmäßig wegen guter Führung und zusätzlich, in wohl eher seltenen Fällen, für besondere Anstrengungen des Inhaftierten hinsichtlich seiner sozialen Wiedereingliederung gewährt werden. Hiernach hat der Strafvollstreckungsrichter (*juge de l'application des peines*) – nach Anhörung der Strafvollstreckungskommission – zunächst das gnadenähnliche²⁷⁸ Recht, dem Strafgefangenen einen Strafnachlass zu gewähren, wenn er hinreichende Beweise für seine gute Führung (*preuves suffisantes de bonne conduite*) geliefert hat (Art. 721 Abs. 1 CPP). Dieser disziplinarisch motivierte²⁷⁹ Nachlass beträgt bis zu 3 Monate pro Jahr der Inhaftierung und wird bei einer Haftzeit von einem Jahr und darüber in jährlichen Raten gewährt.²⁸⁰ Im Fall schlechter Führung kann der für das vergangene Jahr gewährte Strafnachlass nachträglich ganz oder teilweise widerrufen werden. Von diesem Strafnachlass wird zwischenzeitlich in über 95% der Fälle zu Gunsten des Verurteilten Gebrauch gemacht,²⁸¹ sodass sich die verhängte Freiheitsstrafe in der Regel jährlich um ein Viertel der bereits verbüßten Zeit verkürzt. Einen weiteren Rabatt von bis zu zwei Monaten pro Jahr kann der Vollstreckungsrichter dem Strafgefangenen ab dem zweiten Jahr der Inhaftierung für dessen „ernsthafte Bemühungen um soziale Wiedereingliederung“ – insbesondere in Form eines erfolgreichen schulischen oder beruflichen sowie Studienabschlusses – gewähren (Art. 721-1 CPP). Diese Form des Strafnachlasses wird mithin nur aus besonderem, wohl eher seltenem Anlass eingeräumt.

Während des Laufes einer etwaigen Sicherheitsperiode²⁸² gewährte Strafnachlässe können erst auf die nach deren Ablauf verbleibende Verbüßungszeit angerechnet

²⁷⁷ Siehe auch Art. 138 Abs. 2 Nr. 10 CPP, der letzteren Zweck im Rahmen der vergleichbaren Auflage im Rahmen des – funktional als ambulante Aufsichtsmaßnahme die Untersuchungshaft ersetzenden – *contrôle judiciaire* explizit erwähnt.

²⁷⁸ So zu Recht *Stefani/Levasseur/Bouloc*, DPG, Rn. 796, S. 564; eine gerichtliche Überprüfung der *réductions des peines* ist nämlich nicht vorgesehen.

²⁷⁹ Historischer Grund für die Einführung des Vorgängersystems pauschaler Strafrabatte – des sog. *quart cellulaire* – im Jahr 1875 war jedoch die Absicht des Gesetzgebers, einen gewissen Ausgleich für die als hart empfundenen Haftbedingungen zu schaffen (vgl. *François Staechele*, *La pratique de l'application des peines*, Paris 1995, Nr. 222 ff., S. 113 ff.).

²⁸⁰ Bei einer Vollstreckungsdauer von unter einem Jahr beträgt der Nachlass 7 Tage pro Monat.

²⁸¹ Siehe die Zahlen bei *Stefani/Levasseur/Bouloc*, DPG, Rn. 796, S. 565.

²⁸² Siehe hierzu oben II.1.3.1.

werden (Art. 132-23 Abs. 4 CP). Hiermit wird – in Verbindung mit dem gleichzeitigen Ausschluss der vorzeitigen Entlassung – sichergestellt, dass die Sicherheitsperiode einer Mindestverbüßungszeit gleichkommt.²⁸³

Für die *lebenslange* Freiheitsstrafe enthält Art. 729-1 CPP eine Sonderregelung, nach der ein Nachlass analog zu den soeben geschilderten Grundsätzen²⁸⁴ auf die für die vorzeitige Entlassung vorausgesetzte Mindestverbüßungszeit²⁸⁵ gewährt werden kann. Allerdings beträgt der mögliche Nachlass hier insgesamt nur einen Monat²⁸⁶ pro Jahr der Inhaftierung. Auch diese Rabatte sind wiederum erst auf die Zeit nach Ablauf einer etwaigen Sicherheitsperiode anrechenbar (Art. 729-1 Satz 2 CPP).

II.1.3.2.3. Die bedingte Entlassung (*libération conditionnelle*)

Zwischen dem System der Strafnachlässe und demjenigen der bedingten Entlassung besteht ein enger Zusammenhang. Denn die vorzeitige Entlassung gemäß Art. 729 CPP kann nach Verbüßung eines Teils der Strafe gewährt werden, der dem noch offenen Teil gleichkommt. Aus dieser Orientierung an der noch zu verbüßenden Reststrafe folgt, dass die Verkürzungen derselben durch die erörterten Strafnachlässe zu berücksichtigen sind. Die manchmal gebrauchte Formel, wonach die vorzeitige Entlassung frühestens nach Verbüßung der *Halbstrafe* erfolgen kann, ist mithin eine Vergrößerung, da sich bereits aus dem regelmäßigen Strafrabatt von 3 Monaten pro Jahr für gute Führung im Vollzug (Art. 721 CPP) eine Vorabverkürzung der verhängten Strafe von einem Viertel der bisherigen Verbüßungsdauer ergeben kann. Soweit die Führung des Verurteilten im Vollzug untadelig ist und eine Sicherheitsperiode nicht eintritt, ist damit die vorzeitige Entlassung – jedenfalls theoretisch – schon nach einer Verbüßung von 4/9 (44,44%) der verhängten Strafe möglich.

Vorstehende Betrachtungen zeigen die für die verurteilten Ersttäter im Berichtszeitraum günstigsten Möglichkeiten vorzeitiger Entlassung auf, wobei individuelle oder kollektive Gnadenakte sowie Amnestien sogar noch zu weiteren Abkürzungen des Vollzugs führen können. An der Praxis der vorzeitigen Entlassung zeigt sich jedoch, dass Letztere in aller Regel frühestens nach effektiver Verbüßung der Halbstrafe gewährt wird.²⁸⁷

²⁸³ Siehe näher *Jacomet*, J.-Cl. pén., Période de sûreté, Art. 132-23 (8/1996), Nr. 44–46.

²⁸⁴ Art. 721, 721-1 CPP.

²⁸⁵ Diese wird vom Gesetz (Art. 729 Abs. 3, 729-1 CPP) etwas missverständlich als „Probezeit“ (*temps d'épreuve*) bezeichnet, welche aber nichts mit der eigentlichen Bewährungszeit der Art. 732, 733 Abs. 4 CPP zu tun hat, innerhalb welcher die bedingte Entlassung im Fall von Bewährungsverstößen des Freigelassenen noch widerrufen werden kann.

²⁸⁶ Bei Rückfalltätern nur 20 Tage.

²⁸⁷ So die Einschätzung von *Herzog-Evans*, *Petites Affiches* 24.8.2000, S. 4, 12.

Für Rückfälltäter steigt die Mindestverbüßungszeit auf das Doppelte des noch nicht erledigten Teils der Strafe, höchstens aber auf 15 Jahre, die mit dem frühesten Zeitpunkt der bedingten Entlassung bei lebenslanger Freiheitsstrafe (Art. 792 Abs. 3 CPP) identisch sind, soweit wiederum eine Sicherheitsperiode diesen Zeitpunkt nicht blockiert. Hinsichtlich der lebenslangen Freiheitsstrafe sei an das besondere Rabattsystem des Art. 729-1 CPP erinnert, das analog zu den Regeln über die *réductions des peines* für zeitige Freiheitsstrafen die 15-jährige Mindestverbüßungszeit – allerdings um maximal einen Monat pro Jahr der Inhaftierung – verkürzen kann.²⁸⁸ In der Praxis dürfte allerdings die Entlassung vor einer 15-jährigen Haftdauer sehr selten sein.

Einheitliche sachliche Voraussetzung für die bedingte Entlassung ist, dass der Verurteilte „ernsthafte Beweise sozialer Wiedereingliederung“ (*des gages sérieux de réadaptation sociale*) erbringt. Dieses Erfordernis wird *in praxi* nicht nur an der guten Führung im Vollzug, sondern vor allem auch an den Entlassungsbedingungen außerhalb desselben orientiert. So scheitert die vorzeitige Entlassung häufig am fehlenden Nachweis von Unterbringung und vor allem Arbeitsplatz oder anderweitiger finanzieller Versorgung der zu entlassenden Person.²⁸⁹

Die *Zuständigkeit* für die Entscheidung über die bedingte Entlassung war im Berichtszeitraum auf verschiedene Organe verteilt. Sie entfiel für Freiheitsstrafen bis zu 5 Jahren auf den Vollstreckungsrichter und für solche über diese Dauer hinaus auf den Justizminister (Art. 730 CPP). Entsprechend dieser Aufspaltung der Kompetenzen gestaltete sich auch die Entlassungspraxis sehr uneinheitlich, wobei diejenige der Vollstreckungsrichter als vergleichsweise großzügig bzw. diejenige des Justizministers als restriktiv bezeichnet werden muss. So betreffen die ministeriellen Entscheidungen mehrheitlich Fälle mit einer Verbüßungszeit von mindestens drei Viertel der Strafe, während die Vollstreckungsrichter eine Mindestverbüßungszeit in Höhe der Hälfte bis zu drei Vierteln der verhängten Strafe zugrunde legen.²⁹⁰

Schließlich kann auch ein ministerieller Gnadenakt die für die vorzeitige Entlassung vorausgesetzte Mindestverbüßungszeit verkürzen. So kommen insbesondere zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilte eher selten unmittelbar in den Genuss einer Aussetzung des Strafrestes.²⁹¹ Stattdessen wird die lebenslange Freiheitsstrafe mitunter auf dem Weg eines Gnadenakts in eine zeitliche umgewandelt (*commutation de peine*), bevor der Strafrest durch die bedingte Entlassung zur Bewährung ausgesetzt wird. Valide Zahlen hierzu konnten nicht ausgemacht werden.

²⁸⁸ Siehe oben II.1.3.2.1.

²⁸⁹ Dies wurde in der Literatur bedauert und führte im Rahmen einer „Verrechtlichung“ (*juridictionnalisation*) der bedingten Entlassung – im Zuge einer breiter angelegten Reform des Strafprozesses – zu einer substanziellen Milderung der Entlassungsvoraussetzungen durch das Gesetz Nr. 2000-516 vom 15.6.2000 (vgl. hierzu ausführlich *Herzog-Evans*, *Petites Affiches* 24.8.2000, S. 4, 11 f.).

²⁹⁰ Vgl. die Zahlen bei *Stefani/Levasseur/Bouloc*, DPG, Rn. 764, S. 542 f. mit Fn. 4.

²⁹¹ Nach *Stefani/Levasseur/Bouloc*, DPG, Rn. 764, S. 543 mit Fn. 1, im Jahr 1992 nur 19 und 1995 nur 9 Fälle.

II.2. Befragung der Landesjuristen

II.2.1. Bildung der Stichprobe

Es wurden in vier französischen Städten – Metz, Nancy, Paris und Straßburg – insgesamt 17 Interviews mit 6 Richtern, 3 Staatsanwälten, 5 Strafverteidigern und 3 Universitätsprofessoren durchgeführt. Unter den Befragten, die in einem vorbereitenden Anschreiben auf die rechts- und tatsachenvergleichende Bedeutung des Projekts hingewiesen worden waren, waren 3 Frauen. Bei der Auswahl der Gesprächspartner wurden neben ihrer durchweg langjährigen Berufserfahrung ihre diversen beruflichen Funktionen im System der Strafrechtspflege berücksichtigt. So waren unter den 6 Richtern 3 für die Ermittlung und förmliche Anklage von Verbrechen zuständige Untersuchungsrichter (*Juges d'instruction*) und weitere 3 Richter am Berufungsgerichtshof (*Cour d'appel*) mit Berufserfahrung insbesondere auch am Schwurgericht (*Cour d'assises*). Auch die befragten Staatsanwälte waren in unterschiedlichen Funktionen und Dienststufen tätig, so ein Generalstaatsanwalt (*Procureur général*) und 2 Staatsanwälte (*Procureur de la République*). Als Verteidiger wurden 5 strafrechtlich spezialisierte Rechtsanwälte von teils sehr hohem öffentlichen Ansehen befragt. Bei den Professoren handelte es sich um 3 anerkannte Strafrechtslehrer von verschiedenen Universitäten.

II.2.2. Verlauf der Gespräche

Die Interviews fanden im Zeitraum von November 1996 bis Mai 1997 statt. Zur Vorbereitung war jedem Gesprächspartner ein Blatt mit den Fallvarianten in französischer Sprache zugesandt worden.

Die Befragungen hat der Verfasser gemeinsam mit der Mitarbeiterin des Frankreichreferats, *Marie-Blanche La Coste*, in französischer Sprache durchgeführt. Sie dauerten zwischen 90 und 120 Minuten und verliefen ausnahmslos in freundlicher und der Sache zugewandter Atmosphäre. Die Befragten zeigten sich dem Projekt gegenüber alle sehr aufgeschlossen, was sich sicherlich durch die vorab übermittelte Information im Rahmen der Vorauswahl erklärt. Der Tonbandaufzeichnung stimmten sie ohne Vorbehalt zu. Im Interesse der Einheitlichkeit wurden die Fragen anhand eines ausführlichen Interviewleitfadens gestellt, der ganz überwiegend auch eingehalten und „abgearbeitet“ werden konnte. Ungeachtet dessen fühlten sich manche Gesprächspartner für einzelne Fragen, etwa zu Strafvollstreckung und -vollzug, mitunter nicht kompetent. Soweit hierdurch ausnahmsweise Lücken in den Antworten der Gesprächspartner zu verzeichnen waren, wurden diese in der Auswertung ausgewiesen. Dasselbe gilt für etwaige Widersprüche in den Antworten einzelner Gesprächsteilnehmer aufgrund der teilweise in den Fragen angelegten Ambivalenzen.

III. Beurteilung der Fallvarianten

III.1. Fallvariante 1

(*Données constantes*: La vie du couple O et T est bouleversée depuis que O est au chômage et qu'il boit quotidiennement une grande quantité d'alcool. Des disputes éclatent régulièrement, à l'occasion desquelles T est violemment battue par O.)

Cas d'espèce n°1: T ne veut pas supporter plus longtemps ces mauvais traitements, et attend seulement que l'occasion se présente pour supprimer O. Un soir, alors qu'elle voit O endormi, elle le supprime à l'aide d'une hachette qu'elle a préparée à cet effet.

III.1.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.1.1.1. Tatbestandliche Einstufung

III.1.1.1.1. Rechtliche Vorgaben

Der Ausgangstatbestand der vorsätzlichen Tötung setzt in *objektiver* Hinsicht eine aktive körperliche Gewalthandlung voraus, die gegen einen anderen verübt wird und dessen Tod verursacht.²⁹² Am Vorliegen eines solchen *fait matériel* ist für alle Fallvarianten nicht zu zweifeln. Aber auch der von der Rechtsprechung²⁹³ als *animus necandi* bzw. *volonté de tuer* bezeichnete, auf den Erfolg bezogene *Vorsatz (dol spécial)*²⁹⁴ ist der Sache nach vorgegeben und sollte auch in rechtlicher Hinsicht unterstellt werden, worauf die Gesprächspartner hingewiesen wurden.²⁹⁵

Daher kommen für die Qualifikation der Tat hier nur Totschlag (*meurtre simple*) und Mord (*assassinat*) in Betracht.²⁹⁶

Der – nur entfernt einschlägige – neue gesetzliche Straferschwerungsgrund der *besonderen Verletzbarkeit* des Opfers wurde bei der Ausarbeitung des Fragebogens übersehen und deshalb auch bei der Befragung nicht berücksichtigt. Hierbei handelt es sich um den Tatbestand der Tötung einer Person, deren besondere, durch ihr Alter, eine Krankheit, eine Behinderung, ein körperliches oder seelisches Gebrechen oder eine Schwangerschaft bedingte Verletzbarkeit offenkundig oder dem

²⁹² Vgl. *Henry Angevin*, *Atteintes volontaires a la vie*, J.-Cl. pén., Art. 221-1 bis 221-5, Nrn. 28–46.

²⁹³ Vgl. *Crim.*, 8.1.1991, Bull. Nr. 14; D. 1992, jurisprudence S. 115 mit Anm. *Croisier-Nérac*.

²⁹⁴ Siehe hierzu oben II.1.1.2.1.1.

²⁹⁵ Dies gilt für sämtliche Fallvarianten; darauf, dass der Vorsatz von einigen Gesprächspartnern dennoch zuweilen (vor allem in Var. 4) problematisiert wurde, wird unter den Ergebnissen der Befragung eingegangen.

²⁹⁶ Zur Einordnung der besonderen (gesetzlichen) Erschwerungsgründe bei der tatbestandlichen Einstufung trotz ihrer theoretischen Zugehörigkeit zur Strafanwendung vgl. oben II.1.1.2.1.

Täter bekannt ist (Art. 221-4 Abs. 1 Nr. 3 CP).²⁹⁷ So könnte man insbesondere zu Fallvariante Nr. 2 erwägen, den (unterstellt) allein oder vorwiegend alkoholbedingten Schlaf des O als eine besondere Verletzbarkeit begründendes – wenn auch nur vorübergehendes – seelisches Gebrechen anzusehen, welches der T bei der Tat auch bekannt oder für sie offenkundig war. Dies setzte jedoch, abgesehen von der rechtlichen Fragwürdigkeit einer solchen Argumentation,²⁹⁸ eine Sachverhaltsunterstellung²⁹⁹ voraus, die im Zweifel als nicht zulässig erscheint. Wohl auch deshalb ist nur einer der Interviewpartner von sich aus auf diesen Erschwerungsgrund zu sprechen gekommen, und zwar bezogen auf die Fallvariante Nr. 2,³⁰⁰ in welcher der O ja „nach starkem Alkoholkonsum“ – in der französischen Fragestellung übersetzt mit *sous l'effet d'une grande quantité d'alcool* – eingeschlafen war, was möglicherweise als ein vorübergehendes seelisches Gebrechen zu bewerten sei.

Der Totschlag wird aber hier vor allem durch den *Vorbedacht* i.S.v. Art. 132-75 CP zum Mord qualifiziert.³⁰¹ Die vorherige Bereitstellung der Tatwaffe durch T bestätigt im Sachverhalt zunächst, dass die Planung der Tat deren Ausführung zeitlich deutlich vorausging. Sie spricht weiterhin auch für einen hinreichend kaltblütigen und überlegten Tatentschluss der T, weshalb von der Erfüllung des Mordmerkmals ausgegangen werden kann. Die psychische Dauerbelastung ändert hieran wohl nichts, solange keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass T zum Zeitpunkt der Tatplanung unter dem Eindruck eines starken Affekts stand, der den Vorbedacht ausschloss.

Prozessual ist für die Feststellung des Vorbedachts zunächst zu beachten, dass die *Beweislast* für diesen straferschwerenden Umstand bei der Anklage liegt. Die Rechtsprechung behilft sich diesbezüglich mit der Formel, dass der Vorbedacht in den objektiven Begleitumständen der Tat gesucht werden muss (*la préméditation doit être recherchée dans les faits qui ont accompagné l'acte*).³⁰² Hierbei legen die Gerichte den Akzent auf den Nachweis der zeitlichen Vorausplanung der Tat, wengleich untersucht wird, ob der Täter gegebenenfalls trotz dieses Umstands nicht kaltblütig agierte, sondern unter dem Eindruck starker Emotionen stand, derentwegen seine Fähigkeit zu wohlüberlegtem Handeln ausgeschlossen war. Gerade die vorherige Beschaffung und Bereitstellung der Tatwaffe wird hierbei als

²⁹⁷ Vgl. hierzu oben II.1.1.2.1.2.

²⁹⁸ Die französische Rechtsprechung ist schon sehr zurückhaltend bei der Würdigung von Alkoholabhängigkeit als ein die Schuldfähigkeit mindernder oder ausschließender Zustand, weshalb auch der Schluss von krankhaftem Alkoholismus auf besondere Verletzbarkeit eines durchweg sthenischen Charakters gewagt erscheint, zumal der Schlaf trotz Alkoholeinflusses die Möglichkeit des jederzeitigen Erwachens und damit auch die latent vorhandene Aggressivität des Letzteren nicht ausschließt.

²⁹⁹ Vorwiegend alkoholbedingter Schlaf.

³⁰⁰ Von ihm allerdings als Körperverletzung mit Todesfolge bewertet.

³⁰¹ Vgl. zu den Voraussetzungen dieses Erschwerungsgrundes oben II.1.1.2.

³⁰² Cass. crim., 22.2.1872, Bull. Nr. 43; 19.7.1951, Bull. Nr. 223.

eines derjenigen Indizien angesehen, die entschieden für den Vorbedacht sprechen.³⁰³ Diese faktische *Vermutung* wird wohl allenfalls dann erschüttert werden können, wenn entweder die T plausibel machen kann oder sich auch aus dem (zwingend bereits während der gerichtlichen Voruntersuchung einzuholenden) Sachverständigengutachten zur Schuldfähigkeit der T Gegenindizien dafür ergeben, dass sie ihren Tatentschluss während und trotz der getroffenen Tatvorbereitungen aufgrund heftiger Gefühle, die etwa aus der psychischen Dauerbelastung resultieren mögen, nicht *dans le calme de l'âme* gefasst hat.³⁰⁴

III.1.1.1.2. Ergebnisse der Befragung

Zu Frage 2.2.1: Der Fall ist als Mord (*assassinat*) zu beurteilen

Beruf	eindeut. ja	tendenz. ja	unentsch.	tendenz. nein	eindeut. nein	keine Daten
Ri	5	1				
StA	3					
Vert	2	1	1	1		
Prof	3					

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

Auf die Frage nach der tatbestandlichen Einstufung des Falls gemäß *eigener Einschätzung* haben 13 von 17 Befragten eindeutig die Mordqualifikation (*assassinat*) angenommen, unter ihnen 5 (von 6) Richter(n), (sämtliche) 3 Staatsanwälte, (sämtliche) 3 Professoren, jedoch nur 2 (von 5) Verteidiger(n). Lediglich letztere Gruppe zeigt mithin gegenüber der von den übrigen Gruppen nahezu³⁰⁵ einhellig geteilten schwersten Einschätzung eine gewisse Tendenz zur Milde. Die Aussagen der 3 „milden“ Verteidiger bewegen sich auf der Standardskala von der nur tendenziellen Bejahung bis zur tendenziellen Ablehnung der Mordqualifikation.

Ein *privilegiertes* Tötungstatbestand existiert in Frankreich rechtlich nicht, weshalb hierzu auch keine Angaben der Befragten vorliegen. Bei anderen Fallvarianten noch aufzuzeigende Inkonsistenzen in der Beantwortung hängen damit zusammen, dass die Befragten trotz der entgegenstehenden Vorgaben teilweise den Vorsatz

³⁰³ Vgl. hierzu näher *Henry Angevin, J.-Cl. pén.*, Art. 132-72 (5, 1995), Nrn. 18–21.

³⁰⁴ Vgl. zu einer solchen Ausnahmesituation *Henry Angevin, J.-Cl. pén.*, Art. 132-72 (5, 1995), Nr. 10 m.w.N.: Der Tatentschluss wurde während des Nachstellens eines Tötungsverbrechens von dem in tiefe Wut geratenen Sohn des Opfers gefasst und nach Beschaffung einer Waffe etwa eine halbe Stunde später zum Nachteil eines der mutmaßlichen Mörder des Vaters ausgeführt.

³⁰⁵ Nur tendenziell verneint hat die Frage unter den Richtern eine Untersuchungsrichterin mit lediglich dreijähriger Berufserfahrung.

infrage stellen bzw. von Möglichkeiten faktischer Privilegierung durch Herabstufung des Geschehens zu einem Verbrechen der Körperverletzung mit Todesfolge oder gar zu einem Vergehen der fahrlässigen Tötung ausgehen.

Wesentlich unsicherer ist die Prognose der Befragten hinsichtlich der gerichtlichen Einstufung der Tat im Urteil.

Zu Frage 2.2.2: Das Gericht wird voraussichtlich wegen Mordes verurteilen

Beruf	eindeut. ja	tendenz. ja	unentsch.	tendenz. nein	eindeut. nein	keine Daten
Ri	2		3			1
StA	1	1	1			
Vert	1			2		2
Prof	1					2

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

Von 12 Befragten, deren Angaben hierzu vorliegen,³⁰⁶ gehen nur 5 eindeutig von einer Verurteilung wegen Mordes aus, unter ihnen 2 Richter und jeweils ein Vertreter der übrigen Berufsgruppen. Hinsichtlich dieser Prognose unentschieden zwischen Totschlag und Mord sind 3 Richter, ein Staatsanwalt und 2 Verteidiger. Dies mag einerseits mit den Beweisschwierigkeiten zusammenhängen, die für das straferschwerende Merkmal des Vorbedachts zumindest aufgrund der theoretischen Beweislastverteilung gesehen werden.³⁰⁷ Andererseits dürfte schon hier die Einschätzung vieler Gesprächspartner zum Ausdruck kommen, wonach die von den Laienrichtern dominierten Schwurgerichte selbst bei (aus Sicht eines professionellen Juristen) klar erscheinender Rechtslage hinsichtlich des Verfahrensausgangs schwer kalkulierbar sind. Denn innerhalb des weiten Spielraums, den der Kassationshof den Schwurgerichten mangels einer von diesen auszuförmulierenden Urteilsbegründung im Rechtsmittelverfahren der *cassation* belassen muss, können sie sich auch von Gesichtspunkten reiner Zweckmäßigkeit bzw. – streng genommen vom Gesetz losgelöster³⁰⁸ – Einzelfallgerechtigkeit leiten lassen und tun dies wohl auch häufiger.

³⁰⁶ Fehlende Daten erklären sich daraus, dass die entsprechende Frage im Verlauf der relativ offenen Befragungen nicht systematisch gestellt wurde und eine Antwort auch nicht im Wege der Interpretation der sonstigen Angaben des Befragten gewonnen werden konnte.

³⁰⁷ Vgl. oben.

³⁰⁸ Bezeichnend ist aber, dass die Gesprächspartner dieses Vorgehen der Schwurgerichte, zu welchem etwa auch Opportunitätsfreisprüche zählen, nicht für illegal halten.

Die Frage Nr. 2.2.3 nach der Prognose der Einstufung des Falls durch die Anklagebehörde wurde nicht systematisch gestellt, da sie im Interviewleitfaden nicht enthalten war. Dennoch haben einige Gesprächspartner hierzu von sich aus Angaben gemacht. Diese beziehen sich darauf, mit welcher Qualifikation die in Verbrechenssachen nach dem Untersuchungsrichter in einer zweiten Stufe ermittelnde bzw. überprüfende Anklagekammer den Fall in ihrem *arrêt de renvoi* versehen und an das zuständige Schwurgericht verweisen würde.³⁰⁹ So haben zwei Richter und ein Staatsanwalt eindeutig bejaht, dass die Sache wegen Mordes vor das Schwurgericht käme, während dies von einem Verteidiger nur tendenziell bejaht wurde. Im Übrigen liegen Angaben hierzu nicht vor. Allerdings haben ansonsten wohl alle Gesprächspartner ein Schwurgerichtsverfahren wegen Mordes implizit vorausgesetzt.

Den Tötungsvorsatz (Frage Nr. 2.4) haben hier trotz des Hinweises auf dessen Unterstellung zwei Verteidiger für möglicherweise (unentschieden) problematisch bzw. nur tendenziell unproblematisch gehalten. Auch liegt die ausweichende Antwort eines Richters vor.

III.1.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen

III.1.1.2.1. Rechtliche Vorgaben

Der objektive Strafausschlussgrund des Notstands (Art. 122-7 CP) scheidet aus verschiedenen Gründen aus. Denn die T befindet sich schon nicht in einer Situation gegenwärtiger oder unmittelbarer Gefahr (*danger actuel ou imminent*) im Sinne eines momentanen Ereignisses oder eines *fait accidentel et imprévu*. Weiterhin liegt eine *réaction nécessaire* nicht vor, da andere Wege zur Beseitigung der Gefahr wie etwa das Verlassen der Wohnung oder das Einschalten der Polizei vorhanden sind. Schließlich besteht ersichtlich ein *Missverhältnis* zwischen den eingesetzten Mitteln und der Schwere der Bedrohung. Es kann deshalb hier vorweggenommen werden, dass alle 13 Gesprächspartner, die hierzu befragt wurden, Notstand eindeutig verneint haben.

Realistisch kommt hier daher nur der *subjektive Strafausschlussgrund* einer Störung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit gemäß Art. 122-1 CP (*trouble psychique ou neuro-psychique*) in Betracht. In der Praxis wird hierzu bereits in der gerichtlichen Voruntersuchung ein psychiatrisches Sachverständigengutachten und insbesondere auch auf Verlangen des Beschuldigten zusätzlich ein Gegengutachten

³⁰⁹ Die Verweisungsentscheidung der Anklagekammer kann nach Ansicht des Verfassers als funktionales Äquivalent angesehen werden einerseits zur deutschen Anklage des Staatsanwalts (der eigentliche französische *staatsanwaltliche* Verfolgungsakt namens *réquisitoire introductif* leitet die gerichtliche Voruntersuchung ein und ist damit wesentlich weiter von einer Hauptverhandlung entfernt als die Anklageentscheidung des deutschen Staatsanwalts) und andererseits zur Entscheidung des deutschen Tatgerichts über die Eröffnung des Hauptverfahrens (ein Zwischenverfahren nach deutschem Muster existiert in Frankreich nicht).

eingeholt.³¹⁰ Nach Art. 122-1 CP kommen als Konsequenz einer seelischen Störung Strafausschluss und Strafmodifikation³¹¹ in Betracht, je nachdem ob die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit durch den *trouble mental* vollständig ausgeschlossen oder lediglich beeinträchtigt war. Die Bewertung dieser Fragen durch das Schwurgericht ist aufgrund der Tatsache, dass dieses auch hier einen weiten, von der Cour de cassation nicht kontrollierten³¹² Spielraum hat, nur schwer prognostizierbar.

III.1.1.2.2. Ergebnisse der Befragung

13 der Gesprächspartner³¹³ zeigten sich zu der Frage (Nr. 3.5.1), ob eine Störung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit naheliegend sei, unentschieden. 3 Befragte verneinten die Frage tendenziell und ein Befragter klar, während sich auf der anderen Seite eine Stimme tendenziell dafür äußerte. Hierin kommt wohl zum Ausdruck, dass – zumal konkrete Hinweise hierzu im Sachverhalt fehlen – allein ein Sachverständigengutachten nähere Anhaltspunkte zu den Voraussetzungen der Zurechnungsfähigkeit bieten kann. Immerhin scheint die Annahme einer Störung derselben nicht praxisfremd zu sein. Zu den *Konsequenzen* einer Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit (Frage 3.5.2) liegen brauchbare Aussagen nicht vor, was wohl mit der Rechtsunsicherheit in diesem Bereich zusammenhängt.³¹⁴

³¹⁰ Freilich besteht theoretisch weder auf die Einholung eines Erstgutachtens noch auf eine Gegenexpertise ein rechtlich zwingender Anspruch; die Anklagekammer überprüft eine ablehnende Entscheidung des Untersuchungsrichters jedoch auf die Beschwerde des Beschuldigten hin unter Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit (Art. 81, 167 CPP).

³¹¹ Das Gesetz spricht nicht von *Strafmilderung*, sondern lediglich davon, dass das Gericht diesen Umstand bei der Festsetzung der Strafe und ihrer Vollzugsmodalitäten berücksichtigt; vgl. oben II.1.1.3.2.1.

³¹² Die Voraussetzungen des *trouble mental* werden vom Kassationshof als Tatfrage eingestuft, welche von den Tatgerichten selbst beurteilt (*appréciation souveraine des juges du fond*) und vom höchsten Gericht lediglich auf Widersprüche in der Begründung hin überprüft wird (*Desportes/Le Gunehec*, DPG, Nr. 638 (S. 522 f.); Cass. crim., 21.1.1992, *Droit pénal*, 1992, comm. Nr. 196); bei den Schwurgerichten kommt hinzu, dass nicht einmal letztere Kontrolle möglich ist, weil eine ausformulierte Urteilsbegründung nicht vorgesehen ist.

³¹³ Im Übrigen liegen keine oder ausweichende Angaben vor.

³¹⁴ Vgl. oben III.1.1.2.1.

III.1.1.3. Strafraumenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.1.1.3.1. Rechtliche Vorgaben

Die im Besonderen Teil des CP definierten *circonstances aggravantes légales* bestimmen, wie schon ausgeführt wurde, bereits die Qualifikation der Tat und wurden demgemäß schon bei der tatbestandlichen Einstufung abgehandelt.³¹⁵

Im konkreten Fall kann bei einer Verurteilung wegen Mordes (Art. 221-3 CP) die Strafe vom Schwurgericht gemäß Art. 132-18 Abs. 1 CP bis zu einer Gefängnisstrafe von 2 Jahren gemildert werden. Geht man lediglich von einfachem Totschlag (Art. 221-1 CP) aus, beträgt die Untergrenze gemäß Art. 132-18 Abs. 2 CP ein Jahr Gefängnis, was übrigens trotz der um ein Drittel niedrigeren Höchststrafe von 20 Jahren auch im Fall einer gerichtlichen Herabstufung des Geschehens zu einem (erschweren) Verbrechen der Körperverletzung mit Todesfolge (Art. 222-7 i.V.m. Art. 222-8 Abs. 1 Nr. 6 CP) gelten würde.³¹⁶ Eine solche niedrigere Qualifizierung aus Opportunitätsgründen würde mithin dem Schwurgericht keinen nach unten erweiterten Strafraumen eröffnen.

Wegen des Entfallens der Strafuntergrenzen im Besonderen Teil des neuen CP gibt es nicht mehr die formalisierte Frage an das Schwurgericht nach dem Vorliegen von mildernden Umständen (*circonstances atténuantes*; Art. 463 CP a.F.), deren positive Beantwortung früher allein eine Strafraumenverschiebung nach unten ermöglichte.³¹⁷ Gleichwohl wird das Schwurgericht während der Beratungen, die der Abstimmung über Schuldpruch und Strafe vorausgehen, dieselben Erwägungen anstellen, die früher zur Frage der mildernden Umstände getroffen wurden. Die Würdigung derselben ist letztlich wie auch schon früher völlig frei, weil keinem Mitglied des Schwurgerichts vorgeschrieben werden kann, wie es bei der Findung der Strafe – respektive früher zusätzlich über das Vorliegen mildernder Umstände – abstimmt, und eine ausformulierte Urteilsbegründung, die allein Aufschluss über die Motive für eine bestimmte Strafhöhe geben könnte, nicht vorgesehen ist. Da die Abstimmung des Schwurgerichts über die konkrete Strafe ausgehend von der Höchststrafe gleichsam von oben nach unten erfolgt,³¹⁸ ist zu erwarten, dass in den gerichtlichen Beratungen zunächst strafmildernde Erwägungen angestellt werden, die eine Abweichung von der Höchststrafe rechtfertigen, während nicht formalisierte straf erhöhende Umstände psychologisch betrachtet nur insoweit in den Blick geraten, als sie geeignet erscheinen, etwaige für die Angeklagte günstige Erwägungen zu kompensieren und deshalb dafür sprechen, nicht (weiter) von der aktuell beratenen Strafhöhe nach unten abzuweichen. Mangels einer Dogmatik der Strafzumessung in

³¹⁵ Vgl. oben II.1.1.2.

³¹⁶ Vgl. oben II.1.1.4.

³¹⁷ Vgl. oben II.1.1.4.

³¹⁸ Vgl. oben II.1.1.4.

Frankreich³¹⁹ werden – so ist zu erwarten – hierzu auch die Berufsrichter den Schöffen in den Beratungen keine klaren Vorgaben machen, sondern mit diesen eher nach Laienart erörtern, was für und was gegen die Angeklagte spricht.

Die konkret verhängte Gefängnisstrafe kann schließlich von dem Tatgericht ganz oder teilweise zur Bewährung ausgesetzt werden, wenn sie 5 Jahre nicht überschreitet.³²⁰

III.1.1.3.2. Ergebnisse der Befragung

Da die Strafrahenhöhe und die den Strafrahen beeinflussenden formalisierten Strafschärfungsgründe³²¹ (Frage Nr. 4) bereits bei der „tatbestandlichen Einstufung“ berücksichtigt wurden,³²² verbleibt hier nur die Diskussion, ob und inwieweit die teilweise vorgegebenen tatsächlichen Faktoren (Frage Nr. 5) nach Einschätzung der Gesprächspartner für die Abstimmung über die konkrete Strafbemessung von Bedeutung sind. Entsprechend der gedanklichen Reihenfolge, die von den Gerichten eingehalten werden dürfte, werden hier zuerst die mildernden Faktoren und im Anschluss daran die erschwerenden, mithin die Verhängung einer mildernden Strafe konterkarierenden Faktoren erörtert. Zu Letzteren sei vorweggenommen, dass die Faktoren *Vorbedacht*, *Planung* und *Kaltblütigkeit* hier erwartungsgemäß keine große Rolle spielten,³²³ da sie ja bereits den formalisierten Erschwerungsgrund der *préméditation* begründen, der gemeinsam mit den AT-Regeln zu einem Strafrahen von zweijähriger bis zu lebenslanger Freiheitsstrafe führt, von dem die Gesprächspartner nahezu einhellig ausgehen.³²⁴

Zu Frage 5.1.2: Mildernde Faktoren – seelische Belastung

Beruf	ausschlagg.	starker	unspec.	schwacher	kein Einfl.	keine Daten
Ri		5				1
StA		3				
Vert		4				1
Prof		3				

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

1 = Eindeutig ja; 2 = Tendenziell ja; 3 = Unentschieden; 4 = Tendenziell nein; 5 = Eindeutig nein

³¹⁹ Vgl. oben II.1.1.4.

³²⁰ Vgl. oben II.1.1.4.

³²¹ Formalisierte Strafminderungsgründe existieren nicht mehr (vgl. oben II.1.1.4.; III.1.1.3.1.).

³²² Vgl. zu den entsprechenden Ergebnissen oben III.1.1.1.2.

³²³ Es liegen jedenfalls kaum Angaben zu diesem Punkt vor.

³²⁴ Vgl. oben III.1.1.1.2.

Vorstehender Tabelle ist zu entnehmen, dass alle 15 Gesprächspartner, die hierzu verteilt über alle Berufsgruppen Angaben gemacht haben, der *seelischen Belastung der Angeklagten* einen starken Einfluss als mildernder Faktor im Rahmen der Straffindung zugebilligt haben. Die Gesprächspartner haben hierzu allerdings anstelle von psychischen Faktoren häufig pauschal den *allgemeinen*³²⁵ *Gewaltkontext* benannt, der dann bei der Erfassung der Interviews der Kategorie der seelischen Belastung zugeordnet wurde, soweit nicht explizit von der Gefahr zukünftiger Gewalthandlungen die Rede war. Möglicherweise entspricht es der Einstellung französischer Juristen, sich eher an äußerlich wahrnehmbaren Faktoren³²⁶ als an psychologischen Spekulationen zu orientieren. Vielleicht spielt hierbei auch die Haltung, dass das Opfer die Tat aufgrund seines eigenen Vorverhaltens zum Teil selbst „verdient“ habe (so im Interview einer Richterin), eine Rolle.

Zur Frage der *verminderten Einsichts- und Steuerungsfähigkeit* als mildernder Faktor liegen kaum Angaben vor. 2 Verteidiger haben diesem Punkt immerhin einen starken Einfluss zugeschrieben. Die *Provokation durch das Tatopfer* ist für 2 Befragte nicht von Bedeutung; ansonsten fehlen auch hierzu Angaben. Zur Frage der *Prävention weiterer Misshandlungen* sind die Ansichten, soweit Angaben hierzu vorliegen, geteilt:

Zu Frage 5.1.2: Mildernde Faktoren – Prävention weiterer Misshandlungen

Beruf	ausschlagg.	starker	unspec.	schwacher	kein Einfl.	keine Daten
Ri		3				3
StA			1		2	
Vert					3	2
Prof				1		2

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

Für die Ablehnung eines mildernden Einflusses dieses Faktors wurde – wie auch schon bei der Frage nach dem rechtfertigenden Notstand – von Staatsanwälten wie Verteidigern vor allem angeführt, dass die T ja andere Möglichkeiten gehabt hätte, der belastenden Situation auszuweichen.³²⁷ Demgegenüber sind immerhin 3 Richter bereit, dem Faktor einen starken mildernden Einfluss zuzumessen. Möglicherweise haben sie sich eher von der subjektiv vorstellbaren Unausweichlichkeit der

³²⁵ Zu unterscheiden vom speziellen Kontext eine etwaigen Provokation, die der Tat vorausging.

³²⁶ Die Betonung äußerer Tatmerkmale im Sinne greifbarer Materialität (*élément matériel*) ist ja auch schon für die Definition der Straftaten von entscheidender Bedeutung.

³²⁷ Etwa durch Verlassen des O, Scheidung etc.; dieser Faktor wurde teilweise auch als sonstiger erschwerender Grund angesehen (siehe unten).

Situation für die T leiten lassen. Zur *Tötung* gerade des eigenen *Ehegatten* als mildernder Faktor liegen brauchbare Angaben nicht vor.³²⁸ Als *anderer* mildernder *Faktor* mit im Schnitt starkem Einfluss wurde von 6 Gesprächspartnern ein *Geständnis* und von einem weiteren die *mangelnde Gefährlichkeit* der T ins Feld geführt. Schließlich wurde noch betont, dass die Frage der Milderung der Strafe nicht zuletzt auch von konkreten *sozialen Faktoren* abhängt wie etwa die Dauer der Ehe, das Alter der T, die Anzahl und das Alter etwaiger Kinder etc. In diesem Zusammenhang wird auch für bedeutsam gehalten, ob die T vor dem Schwurgericht frei erscheint oder nicht, d.h. ob der Untersuchungsrichter von der Anordnung der Untersuchungshaft absah oder diese noch im Verlauf der richterlichen Voruntersuchung wieder aufhob bzw. durch eine mildere (ambulante) Maßnahme ersetzte.

Zu Frage 5.1.1: Schärfende Faktoren – Wehrlosigkeit des Opfers

Beruf	ausschlagg.	starker	unspec.	schwacher	kein Einfl.	keine Daten
Ri		3	1	1	1	
StA		2		1		
Vert			2	2		1
Prof		1				3

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

Der Einfluss der *Wehrlosigkeit des Opfers* als *strafschärfender* bzw. einer Milderung entgegenstehender *Faktor* wird von der Gruppe der Justizpraktiker³²⁹ und einem Professor betont. Ansonsten wird dieser Faktor für schwach bis mittelmäßig relevant gehalten. Der betreffende Professor stellte in diesem Zusammenhang eine Ähnlichkeit mit dem formalisierten Strafschärfungsgrund der *besonderen Verletzbarkeit* des Opfers³³⁰ fest und zog überdies eine rechtsvergleichende Parallele zu der im französischen System fehlenden Heimtücke des spanischen Rechts (*alevosía*).

Der Tatsache der *Tötung* ausgerechnet des eigenen *Ehegatten* maßen 3 Gesprächspartner keinen und ein Gesprächspartner nur einen unspezifiziert (als erschwerend) bejahten Einfluss zu. Im Übrigen liegen zu diesem Aspekt keine Angaben vor. Auch zur Relevanz des verwendeten *Tatwerkzeugs* als strafschärfender Faktor liegen nur wenige Angaben vor, die von keinem Einfluss (ein Justizpraktiker) einerseits und starkem Einfluss andererseits (2 Justizpraktiker) ausgehen.

Andere erschwerende Faktoren mit mittelmäßigem bis starkem Einfluss wurden von 3 Gesprächspartnern genannt, wobei Ersteren immer der gegen die T erhobene

³²⁸ 2 Gesprächspartner verneinten einen solchen Einfluss vollständig.

³²⁹ Staatsanwälte und Richter.

³³⁰ Zur hierdurch gesetzlich erschwerten Tötung vgl. oben III.1.1.1.1. und II.1.1.2.

Vorwurf zugrunde lag, dass sie nichts unternommen hatte, um sich aus der bedrängenden Situation zu befreien, wie etwa die Wohnung zu verlassen, eine Stelle zur Sozialberatung aufzusuchen oder auch die Polizei zu informieren.

Das Schwurgericht wird im Rahmen der gemeinsamen Beratung der 9 Schöffen und der 3 Berufsrichter je nach Zusammensetzung und persönlicher Einstellung der Betroffenen die genannten Faktoren – und ggf. auch weitere hier nicht erfasste Argumente – diskutieren und sodann über die konkret zu verhängende Strafe in geheimer Abstimmung, die u.U. aus mehreren Wahlgängen bestehen kann, entscheiden. Hierbei legen die Abstimmenden über die Gründe ihrer Entscheidung selbstredend keinerlei Rechenschaft ab. Demgemäß ist es auch schwierig, dem hier gegebenen zusammenfassenden Überblick über die Gewichtung der verschiedenen mildernden und schärfenden Aspekte durch die Gesprächspartner, für die kaum rechtliche Vorgaben existieren, eine klare Linie zu entnehmen. Am ehesten lässt sich noch sagen, dass das Ausmaß der durch T erlittenen Gewalthandlungen und die hieraus resultierende seelische Belastung der T von erheblicher Bedeutung für die Entscheidung über Gewährung und Ausmaß einer Strafmilderung sein dürften, während die Gewichtung der anderen für oder gegen die Angeklagte sprechenden Faktoren *in praxi* nur schwer einschätzbar ist.

Zu Frage 5.2.1: Höhe der zu verhängenden Freiheitsstrafe in Jahren

Gesprächspartner/Funktion	Ansicht des Gesprächspartners	Prognose der ger. Entscheidung
01/Ri	08-20	08-20
02/Ri	07-12	07-12
03/Ri	06-10	06-10
05/Ri	15-20	15-20
06/Ri	kA-kA	kA-kA
07/Ri	kA-10	kA-10
04/StA	05-10	kA-kA
08/StA	04-18	04-18
10/StA	05-10	05-10
09/Vert	12-20	12-20
11/Vert	08-12	08-12
12/Vert	06-12	10-12
13/Vert	03-15	03-15
16/Vert	02-10	02-10
14/Prof	10-15	10-15
15/Prof	07-12	07-12
17/Prof	05-10	00-10

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor;
00 = Freispruch oder Sanktion ohne Freiheitsentzug; kA = keine Angaben

Bemerkenswert ist, dass selbst in dieser schwersten Fallvariante keiner der Gesprächspartner die Verhängung der lebenslangen oder auch „nur“ einer zeitigen Freiheitsstrafe von mehr als 20 Jahren befürwortete bzw. prognostizierte. Zu den angegebenen Unter- und Obergrenzen für die jeweils zu verhängende Strafe fällt weiterhin auf, dass die eigene Einschätzung der Gesprächspartner nur unwesentlich von deren Prognose hinsichtlich der gerichtlichen Entscheidung abweicht. Bildet man Durchschnittswerte bezüglich der eigenen Einschätzung nach den 4 Berufsgruppen, so ergeben sich in Bezug auf die für angemessen gehaltene Höchststrafe keine gravierenden Unterschiede. Die Werte reichen von der Gruppe der Professoren (12,33) über diejenige der Staatsanwälte (12,66) und Verteidiger (13,8) bis hin zu den Richtern (14,4). Gravierender fallen die Unterschiede hinsichtlich der Mindeststrafe aus. Hier gehen die Staatsanwälte als mildeste Gruppe im Schnitt von 4,66, die Verteidiger von 6,2, die Professoren von 7,33 und die Richter von 9 Jahren aus. Im Mittel über alle Berufsgruppen hinweg ergibt sich ein Rahmen von 6,8 bis zu 13,3 Jahren. Der rechnerische Mittelwert der für angemessen gehaltenen Strafe liegt somit für alle Berufsgruppen bei rund 10 Jahren Freiheitsentzug.

Die Staatsanwälte stehen zwar als im Durchschnitt mildeste Gruppe den Richtern gegenüber, welche die höchste Straferwartung äußerten. Dies dürfte aber nicht nur wegen der geringen Anzahl der Befragten eher Zufall sein, wenn man berücksichtigt, dass die Karrieren der Justizpraktiker in Frankreich nicht strikt getrennt verlaufen, was auch für die vorliegende Auswahl gilt. So hatte einer der 3 befragten Staatsanwälte im Verlauf seiner Karriere auch gewichtige Erfahrungen als Richter an einem Schwurgericht zu verzeichnen. Die Gruppe der Richter bestand aktuell aus einem Schwurgerichtsvorsitzenden und 5 Untersuchungsrichtern, von denen wiederum 2 schon in erheblichem Umfang als Vorsitzende eines Schwurgerichts tätig waren. 2 der befragten Untersuchungsrichter hatten schließlich auch staatsanwaltliche Erfahrung gesammelt. Es erscheint deshalb sinnvoller, für einen Vergleich zwischen den verschiedenen Gruppen nicht allein auf die aktuelle Funktion zum Zeitpunkt der Befragungen abzustellen, sondern die Staatsanwälte und Richter zu *einer* Gruppe der Justizpraktiker zusammenzufassen.

Erklärungen für die milder erscheinende Bewertung allein durch die Gruppe der aktuell fungierenden Staatsanwälte im Vergleich zu den Richtern lassen sich natürlich gleichwohl denken. So haben die Staatsanwälte möglicherweise aufgrund der Tatsache, dass sie die Verfahrensherrschaft in Verbrechenssachen schon sehr früh in die Hände eines Untersuchungsrichters abgeben müssen, eine besonders große Distanz zum Verfahrensausgang, die etwaige Strafbedürfnisse herabsetzt. Dies gilt trotz ihrer Funktion als *partie publique*³³¹ des Strafprozesses vielleicht auch, soweit sie (2 der Staatsanwälte) Sitzungsvertretungen vor einem Schwurgericht wahrnehmen, weil sie in den betroffenen Sachen zuvor nicht selbst ermittelt haben. Außerdem könnten die befragten Staatsanwälte in der Befragung besonders darauf bedacht gewesen sein, etwaige Vorurteile hinsichtlich ihrer Parteilichkeit zu widerlegen.

³³¹ Der Objektivität sind sie gleichwohl verpflichtet.

Bildet man die durchschnittliche Mindeststrafe nach Einschätzung aller Justizpraktiker, so ergibt sich ein Wert von 6,83 Jahren, der somit zwischen demjenigen der Verteidiger (6,2) und demjenigen der Professoren (7,33) liegt. Der Mittelwert (zwischen Mindest- und Höchststrafe) der Justizpraktiker beträgt 10,18 Jahre, derjenige der Verteidiger genau 10 Jahre und derjenige der Professoren 9,83 Jahre. Damit ist hier im Ergebnis für die 3 betrachteten Berufsgruppen eine schon fast verblüffende *Homogenität der Strafeinschätzung* zu verzeichnen.

Zu der Möglichkeit, die *Strafe vollständig oder teilweise zur Bewährung auszusetzen*, die ja nur bei Verhängung einer bis zu fünfjährigen Gefängnisstrafe möglich ist, haben sich immerhin 7 Befragte geäußert.

Zu Fragen 5.2.2.1, 5.2.2.2: Vollständige oder teilweise Strafaussetzung zur Bewährung

Gesprächspartner/ Funktion	Eigene Ansicht		Prognose	
	Vollst. Auss.	Teilw. Auss.	Vollst. Auss.	Teilw. Auss.
05/Ri	kA	kA	3	3
07/Ri	4	4	4	4
04/StA	4	4	2	2
08/StA	4	4	4	4
10/StA	4	3	4	3
16/Vert	3	3	3	3
17/Prof	5	5	5	5

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

1 = Eindeutig ja; 2 = Tendenziell ja; 3 = Unentschieden; 4 = Tendenziell nein; 5 = Eindeutig nein

Nur ein Staatsanwalt wagte abweichend von der eigenen Meinung die Prognose, dass das Gericht eine ganze oder teilweise Aussetzung der Strafe tendenziell bejahen werde. Im Übrigen überwog eher Ablehnung oder Unentschieden hinsichtlich dieser Frage, und zwar sowohl die eigene Ansicht als auch die Prognose der gerichtlichen Entscheidung betreffend.³³²

³³² Die Frage des „Ob“ einer Strafaussetzung ist hier implizit erfasst; hat der Gesprächspartner nicht zwischen teilweiser und vollständiger Aussetzung differenziert, wurden für beide Kategorien dieselben Standardwerte eingesetzt.

III.1.2. Einflüsse des Strafverfahrens

III.1.2.1. Einflussnahme der Anklagebehörde auf Spruchkörper und Verfahrensart

Wie bereits dargelegt ist die Staatsanwaltschaft wegen des Verbrechenscharakters der in den Fallvarianten in Betracht kommenden Straftaten von Gesetzes wegen gezwungen, einen Antrag auf Eröffnung der richterlichen Voruntersuchung zu stellen, der im Fall einer entsprechenden Beweislage zu einer Anklage vor dem Schwurgericht führt.³³³

III.1.2.2. Besonderheiten des Beweisverfahrens

Es gilt der Grundsatz der *Amtsermittlung* durch das Gericht. Die Beweise werden schwerpunktmäßig bereits in der gerichtlichen Voruntersuchung erhoben. In die Hauptverhandlung werden die Zeugenaussagen gleichwohl grundsätzlich mündlich eingeführt.³³⁴ In der Lehre wird zum Teil betont, dass in Frankreich die *Beweislast für die Verteidigungseinreden* der Notwehr und der verminderten *Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit* als Ausnahmegründe dem Angeklagten obliegen.

Hinsichtlich der *Notwehr* wird dies aus den gesetzlichen Notwehrvermutungen geschlossen, die heute noch im Code pénal vorhanden sind (Art. 122-6). Die Rechtsprechung hierzu ist nicht ganz einheitlich und scheint von einer Darlegungslast des Angeklagten als Minimalanforderung bis hin zu voller Beweislast zu seinen Lasten zu reichen.³³⁵ Man wird somit bezüglich der Notwehr grob vom Erfordernis des *Nachweises einer qualifizierten Wahrscheinlichkeit* durch den Angeklagten ausgehen können, auch wenn diese Aussage schwierig ist, weil letztlich das Schwurgericht nach seiner *intime conviction* hierüber entscheidet. Da in der vorliegenden Fallvariante Notwehr nicht einschlägig ist, wird diesbezüglich vom Gericht kein Beweisaufwand betrieben werden.

Bezüglich des *trouble mental* geht die Rechtsprechung zumindest von einer Darlegungslast des Angeklagten aus, die auf die Notwendigkeit der Einholung eines (etwa) medizinischen Gutachtens zielt.³³⁶ Ein solches (heute vor allem psychologisches und/oder psychiatrisches) Gutachten kann bereits in der gerichtlichen Voruntersuchung von dem Beschuldigten beantragt und vom Untersuchungsrichter nur mit schriftlicher Begründung abgelehnt werden (Art. 81 Abs. 9 CPP), wogegen die Beschwerde zur Anklagekammer möglich ist. Es wird in Prozessen wegen Tötungsdelikten nach einhelliger Auskunft der Befragten³³⁷ regelmäßig auch schon

³³³ Siehe oben II.1.2.2.

³³⁴ Vgl. dazu und zum Folgenden *Barth*, Beweisaufnahme, S. 101 ff., 109 ff.

³³⁵ Vgl. *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Procédure pénale, Rn. 126 f, S. 101 f. m.w.N.

³³⁶ Vgl. *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Procédure pénale, Rn. 129, S. 104 m.w.N.

³³⁷ Von 11 Befragten liegen hierzu Angaben vor.

hier eingeholt (ein psychologisches und zusätzlich ein psychiatrisches Gutachten). Demgemäß ist die Frage der Beweislast diesbezüglich relativiert. Eine *plausible substantiierte Darlegung* dürfte mithin die Maximalanforderung an den Angeklagten darstellen, die zumindest die Einholung eines Gutachtens schon im gerichtlichen Vorverfahren auslöst. Auf die Auswahl des Gutachters hat er von Rechts wegen und meistens wohl auch *in praxi* keinen Einfluss; was die befragten Verteidiger bestätigt haben.

Im Übrigen liegen zu den genauen Anforderungen an die Beweislastverteilung hinsichtlich der Verteidigungseinreden keine verwertbaren Angaben der Gesprächspartner vor.

III.1.2.3. Anforderungen an die Entscheidungsbegründung

Da es weder eine Urteilsbegründung der Schwurgerichte noch sonstige Möglichkeiten zur Kontrolle von Sachverhaltsfeststellung, Beweiswürdigung, rechtlicher Würdigung (Ausnahme: Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit der beantworteten Fragen) und Strafzumessung durch diese Gerichte gibt, erübrigt sich die Frage nach den Anforderungen an die Entscheidungsbegründung. Eine Rechtsmittelkontrolle der schwurgerichtlichen Entscheidung vor der Cour de cassation beschränkt sich im Wesentlichen auf die selten erfolgreiche Geltendmachung von Verfahrensfehlern. Die sachlich-rechtliche Überprüfung des Verdikts ist so gut wie unmöglich.

III.1.2.4. Verteidigungsstrategie und Absprachen

Der Angeklagte ist nach dem bisher Gesagten nicht nur dem Vorsitzenden als souveränem Leiter der mündlichen Verhandlung, sondern auch dem abschließenden Verdikt des Schwurgerichts und damit auch der Wohlgesonnenheit der Schöffen ihm gegenüber weitgehend ausgeliefert. Dies gilt umso mehr vor einem als autoritär zu bezeichnenden prozesskulturellen Hintergrund, wie er bereits in der Verfahrensordnung zum Ausdruck gelangt. Demgemäß gibt es in Frankreich wohl *keine Verfahrensabsprachen*. Keiner der Verteidiger hat jedenfalls solche bestätigt.

Vielmehr richtet sich die *Verteidigungsstrategie* darauf, durch geschickte Rhetorik vor allem die Laienrichter (*juges populaires*) zugunsten des Angeklagten emotional zu beeindrucken. So sagte ein sehr erfahrener und bekannter Verteidiger in unserem Gespräch: „La stratégie de défense c’est d’expliquer.“ Der hauptsächliche Ort hierfür ist das abschließende Plädoyer. Inhaltlich wird der Verteidiger, so schien es in den Interviews auf, die allgemeine Schlechtigkeit der externen Lebenswelt der T (neben sozialen Faktoren wie Arbeitslosigkeit etc. auch die Persönlichkeit des O) beschwören und versuchen, den Schöffen vor Augen zu führen, dass sie selbst in einer vergleichbaren Situation ebenfalls verzweifelt wären. Der

Totschlag müsse aufgrund der Erklärung der äußeren Faktoren psychologisch letztlich als eine Art Verzweiflungsakt der T nach Art eines Suizids erscheinen.

III.1.3. Einflüsse der Strafvollstreckung

Hier soll vor allem die *tatsächliche Haftdauer* erörtert werden. Denn zur Frage der *Vollzugslockerungen* haben die Gesprächspartner sich nur in wenigen Fällen rein spekulativ geäußert, ohne dass ein quantifizierbarer Einfluss dieses Faktors auf der Entscheidung des Schwurgerichts über die konkrete Strafe erkennbar wurde.

III.1.3.1. Rechtlicher Rahmen

Zunächst ist daran zu denken, dass die Möglichkeiten der Verkürzung des Vollzugs für T – wie vor allem die *bedingte Entlassung* – dadurch blockiert werden, dass je nach Verurteilung und Strafhöhe eine *Sicherheitsperiode* entweder von Gesetzes wegen automatisch eintritt oder mangels Verweisung im Besonderen Teil von dem Schwurgericht gesondert angeordnet wird.³³⁸ Ersteres wäre bei einer Verurteilung der T wegen Mordes³³⁹ zu einer mindestens zehnjährigen zeitigen oder gar lebenslangen Freiheitsstrafe der Fall, Letzteres gegebenenfalls bei einem Erkenntnis auf Mord mit Verurteilung zu einer zeitigen Freiheitsstrafe von mehr als 5 bis unter 10 Jahren oder auf Totschlag³⁴⁰ mit einer solchen von über 5 bis zu 30 Jahren.³⁴¹ Hierzu sei daran erinnert, dass keiner der Gesprächspartner selbst in vorliegender schwerster Fallvariante die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe gegen T für realistisch hielt.³⁴² Im Fall der Verhängung einer zeitigen Freiheitsstrafe von 10 bis zu 30 Jahren³⁴³ wegen Mordes könnte das Schwurgericht die dann automatisch eintretende Sicherheitsperiode theoretisch noch verschärfen³⁴⁴ oder sie umgekehrt verkürzen oder ganz ausschließen. Im Hinblick darauf, dass die Persönlichkeit der T – abgesehen von der wohl singulären Tatkonstellation – nicht als besonders gefährlich erscheint, dürfte *in concreto* maximal zu erwarten sein, dass das Schwurgericht es bei dem gesetzlichen Eintritt der Sicherheitsperiode mit einer der Halbstrafe entsprechenden Dauer belässt und selbige jedenfalls nicht verlän-

³³⁸ Siehe hierzu oben II.1.3.

³³⁹ Es sei daran erinnert, dass Art. 221-3 CP auf Art. 132-23 Abs. 1 und 2 CP verweist.

³⁴⁰ Es sei daran erinnert, dass Art. 221-1 CP *nicht* auf Art. 132-23 Abs. 1 und 2 CP verweist.

³⁴¹ Eine gerichtliche Einstufung der Tat als (lediglich) Totschlag hatten in ihrer Prognose immerhin 7 Gesprächspartner nicht ausgeschlossen (siehe hierzu oben III.1.1.1.2.).

³⁴² Siehe oben III.1.1.3.2.

³⁴³ Für realistisch gehalten wurden allerdings „nur“ maximal 20 Jahre Freiheitsstrafe (siehe oben III.1.1.3.2.).

³⁴⁴ Bis zu einer Dauer von zwei Drittel der verhängten zeitigen Freiheitsstrafe, also maximal 20 Jahre.

gert.³⁴⁵ Umgekehrt kommt es wohl eher selten vor, dass die gesetzlich eintretende Sicherheitsperiode gerichtlich herabgesetzt wird. Im besonderen Fall der T erscheint aber auch dieses als nicht ganz fernliegend.

Sollte das Schwurgericht die T zu einer Freiheitsstrafe von mehr als 5 bis unter 10 Jahren wegen Mordes³⁴⁶ oder mehr als 5 bis zu 30 Jahren wegen Totschlags verurteilen, so *kann* es eine Sicherheitsperiode anordnen, deren Dauer es dann mit bis zu zwei Drittel der verhängten zeitigen Freiheitsstrafe festsetzen kann (Art. 132-23 Abs. 3 CP). In diesem Fall dürfte sich das Schwurgericht allerdings an der Regeldauer des Art. 132-23 Abs. 2 Satz 1 CP orientieren und seiner Entscheidung allenfalls die Hälfte der verhängten Strafe zugrunde legen. Es erscheint aber auch als gut möglich, dass es im konkreten Fall von der Anordnung einer Sicherheitsperiode weitgehend oder vollständig absieht, um Vollzugslockerungen nicht von vornherein zu lange zu blockieren.

An dieser Stelle kann vorweggenommen werden, dass in den Interviews nicht systematisch und zumeist nur in allgemeiner Form nach dem Eintritt einer Sicherheitsperiode gefragt wurde. Die meisten Gesprächspartner haben eine solche im konkreten Fall der T für nicht angemessen respektive unwahrscheinlich gehalten. Hieraus kann allerdings nur geschlossen werden, dass die betroffenen Gesprächspartner nicht von einer besonderen *gerichtlichen* Anordnung und weiterhin nicht von einer *gerichtlichen* Verschärfung der gegebenenfalls automatisch eintretenden Sicherheitsperiode ausgingen. Der Mechanismus des Eintritts derselben *von Gesetzes wegen*³⁴⁷ wurde in den Gesprächen nicht abgefragt, und – mit einer Ausnahme³⁴⁸ – haben ihn die Befragten auch nicht von sich aus erwähnt. Er mag aber im Fall einer für angemessen gehaltenen oder prognostizierten Freiheitsstrafe von mindestens 10 Jahren wegen Mordes implizit eine Rolle gespielt haben, weil die meisten Gesprächspartner als *frühestmöglichen Zeitpunkt der vorzeitigen Entlassung* die *Halbstrafe* angegeben haben, was mit der Dauer der Ausschließung derselben³⁴⁹ (wie auch der Strafnachlässe)³⁵⁰ durch die Sicherheitsperiode bei zeitigen Freiheitsstrafen vereinbar ist. Unabhängig hiervon entspricht diese Mindestverbüßungszeit durchweg auch der Praxis vorzeitiger Entlassung.³⁵¹

³⁴⁵ Allerdings wird eine Verschärfung der Sicherheitsperiode nach Angaben eines erfahrenen Richters von einigen Schwurgerichten – gleichsam kriminalpolitisch motiviert – zunehmend eingesetzt, um eine effektive Verbüßungsdauer sicherzustellen, selbst wenn der Täter nicht als gefährlich erscheint. Bei einer Frau als Täterin halte er dies aber in vorliegender Konstellation für ausgeschlossen.

³⁴⁶ Der Automatismus des Art. 132-23 Abs. 1 und 2 CP greift erst ab einer Freiheitsstrafe von 10 Jahren.

³⁴⁷ Siehe hierzu oben II.1.3.1.

³⁴⁸ Und zwar in einem schriftlichen Nachtrag zum Interview.

³⁴⁹ Siehe oben II.1.3.2.2.

³⁵⁰ Siehe oben II.1.3.2.1.

³⁵¹ Siehe oben II.1.3.2.2.

Es kann mithin festgehalten werden, dass die höchstwahrscheinlich zu einer zeitigen Freiheitsstrafe von maximal 20 Jahren wegen Mordes oder (weniger wahrscheinlich) Totschlags zu verurteilende T unabhängig von einer eventuell von Gesetzes wegen eintretenden Sicherheitsperiode frühestens nach Verbüßung der Halbstrafe entlassen werden würde. Ausgeschlossen dürfte demgegenüber sein, dass das Schwurgericht eine Sicherheitsperiode mit einer Dauer anordnet, welche die bedingte Entlassung nach der Hälfte der Strafe ausschließen würde.

III.1.3.2. Ergebnisse der Befragung

In den Interviews hat sich zur genauen Vollstreckungsdauer im konkreten Fall keiner der Gesprächspartner – nicht einmal ein ehemaliger Vollstreckungsrichter – auf eine Prognose eingelassen. In einigen Interviews vor allem der Verteidiger wurde deutlich, dass die ministerielle Entlassungspraxis in den Jahren vor der Befragung (1997) vergleichsweise streng war. Deutliche Hinweise gab es vonseiten der Justizpraktiker mit Erfahrung als Vorsitzende von Schwurgerichten dahingehend, dass manche Schöffen sehr wohl nach der *real zu verbüßenden Strafe* fragen (so in einer Antwort sinngemäß: dies sei die erste Frage, welche die Schöffen stellen) und – je nach persönlicher Einstellung – geneigt sind, diese zu berücksichtigen, indem sie bspw. eine Sicherheitsperiode anordnen oder verschärfen. Sie seien jedoch als Vorsitzende darum bemüht, den Schöffen klarzumachen, dass derartige Überlegungen bei der Entscheidung über die zu verhängende Strafe keine Rolle spielen dürften, weil es ja gerade Aufgabe der für die Strafvollstreckung zuständigen Organe sei, die Entwicklung der Verurteilten im Strafvollzug zu bewerten. Ein gewisser *Einfluss der Prognose über die reale Vollstreckungsdauer* auf das Verdikt des Schwurgerichts kann somit nicht von der Hand gewiesen werden. Quantifizierbar ist dieser allerdings nicht. Problematisch mag vor diesem Hintergrund erscheinen, dass bei weitem nicht alle Justizpraktiker einen vollständig informierten Eindruck bzgl. der Strenge der ministeriellen Entlassungspraxis erweckten.

III.2. Fallvariante 2

(Données constantes: La vie du couple O et T est bouleversée depuis que O est au chômage et qu'il boit quotidiennement une grande quantité d'alcool. Des disputes éclatent régulièrement, à l'occasion desquelles T est violemment battu par O.)

Cas d'espèce n°2: T est complètement désespérée par sa situation désolante. Un soir, voyant O endormi sous l'effet d'une grande quantité d'alcool, T est soudainement dépassée par ses émotions et se saisit d'un objet lourd avec lequel elle le frappe à mort.

III.2.1. Materielle rechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.2.1.1. Tatbestandliche Einstufung

III.2.1.1.1. Rechtliche Vorgaben

Auch hier kommen für die Qualifikation der Tat realistisch gesehen nur Totschlag (*meurtre simple*) und Mord (*assassinat*) in Betracht.

Hier könnte man daneben am ehesten den gesetzlichen Straferschwerungsgrund der *besonderen Verletzbarkeit* des Opfers (Art. 221-4 Abs. 1 Nr. 3 CP) diskutieren, da O laut Sachverhalt „nach starkem Alkoholkonsum“ eingeschlafen war. Möglicherweise mitbeeinflusst von der in der französischen Fragestellung verwendeten Übersetzung dieser Passage mit „sous l’effet d’une grande quantité d’alcool“ ist einer der Professoren auf diesen Erschwerungsgrund zu sprechen gekommen und hat die Möglichkeit seiner Anwendung unspezifisch bejaht. Davon abgesehen wurde diese *circonstance aggravante légale* (mit der Folge angedrohter lebenslanger Freiheitsstrafe) jedoch von keinem der Gesprächspartner in Betracht gezogen.

Somit verbleibt allein die Prüfung der Qualifikation des *Vorbedachts* (Art. 221-3 i.V.m. 132-75 CP). Im Sachverhalt fehlt es bereits an einer reflektierten Tötungsentscheidung der T bzw. an Indizien hierfür; insbesondere wurde die Tatwaffe gerade nicht zuvor bereitgestellt.³⁵² Zudem schließen die im Sachverhalt explizit genannten Gefühle der Verzweiflung, von welchen die T nach Art eines Affekts „plötzlich überwältigt“ wurde, dieses Merkmal hier eindeutig aus.

III.2.1.1.2. Ergebnisse der Befragung

Zu Frage 2.2.1: Der Fall ist als Mord (*assassinat*) zu beurteilen

Beruf	eindeut. ja	tendenz. ja	unentsch.	tendenz. nein	eindeut. nein	keine Daten
Ri				1	5	
StA					3	
Vert					5	
Prof					3	

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

Mit Ausnahme eines skeptischen Richters, der den Vorbedacht nur tendenziell ablehnte, haben alle Befragten den Mord nach eigener Einschätzung eindeutig verneint.

³⁵² Die objektive Beweislast für das Vorliegen strafschärfender Umstände liegt bei der Anklage; vgl. hierzu schon oben III.1.1.1.1.

Zu Frage 2.2.1: Der Fall ist als Totschlag (*meurtre*) zu beurteilen

Beruf	eindeut. ja	tendenz. ja	unentsch.	tendenz. nein	eindeut. nein	keine Daten
Ri	1	1, 1	3			
StA	2		1			
Vert	2		1	2		
Prof	1		1	1		

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

Die Kontrollfrage, ob der Fall als Totschlag zu beurteilen sei, ergibt nun ein entschieden widersprüchliches Bild³⁵³ im Vergleich zur vorangegangenen Tabelle, soweit nicht Totschlag eindeutig bzw. von einem Richter nur tendenziell bejaht wurde. Dies liegt daran, dass die betroffenen 10 Befragten (also die Mehrheit) trotz unserer Vorgabe, wonach der Tötungsvorsatz nicht anzuzweifeln war, außerhalb der Systematik der vorsätzlichen Tötungsdelikte argumentierten und quasi als privilegierte Form eine bloße Körperverletzung mit Todesfolge in Erwägung zogen.

Was die Ablehnung des Mordes betrifft, ist auch die *Prognose* der Befragten hinsichtlich der gerichtlichen *Einstufung der Tat im Urteil* klar und eindeutig.

Zu Frage 2.2.2: Das Gericht wird voraussichtlich wegen Mordes verurteilen

Beruf	eindeut. ja	tendenz. ja	unentsch.	tendenz. nein	eindeut. nein	keine Daten
Ri					4	2
StA					3	
Vert					3	2
Prof					1	2

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

Alle Befragten, zu denen hierzu Daten vorliegen, gehen entsprechend der eigenen Einschätzung davon aus, dass eine Verurteilung wegen Mordes eindeutig ausscheidet.

³⁵³ Die entsprechenden Zahlen wurden kursiv gesetzt.

Zu Frage 2.2.2: Das Gericht wird voraussichtlich wegen Totschlags verurteilen

Beruf	eindeut. ja	tendenz. ja	unentsch.	tendenz. nein	eindeut. nein	keine Daten
Ri		1	3			2
StA	2		1			
Vert	1		2			2
Prof			1			2

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

Die Prognose hinsichtlich der gerichtlichen Einordnung des Falls als Totschlag ist jedoch gleichfalls von Erwägungen zur möglichen gerichtlichen Herabstufung des Falls zu einer Körperverletzung mit Todesfolge geprägt. Es sei daran erinnert, dass hieraus wegen des Erschwerungsgrundes der Tötung durch den Ehegatten eine Höchststrafe von 20 Jahren Zuchthaus resultieren,³⁵⁴ sich aber (selbst in der Grundvariante) an der Zuständigkeit des Schwurgerichts nichts ändern würde.

Zur Prognose der Einstufung des Falls durch die Anklagebehörde haben ein Richter und ein Staatsanwalt eindeutig bzw. tendenziell eine Anklage wegen Totschlags bejaht, während sich ein Verteidiger diesbezüglich unentschieden geäußert hat. Dieselben Befragten haben eindeutig keine Anklage wegen Mordes prognostiziert, sodass wiederum eine Anklage wegen Körperverletzung mit Todesfolge in Erwägung gezogen wurde. Weitere Angaben liegen hierzu nicht vor.

Zu Frage 2.3: Tötungsvorsatz nach eigener Einschätzung problematisch?

Beruf	eindeut. ja	tendenz. ja	unentsch.	tendenz. nein	eindeut. nein	keine Daten
Ri	3	1			1	1
StA	1				2	
Vert	3				2	
Prof	2				1	

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

Vorstehende Tabelle zeigt, dass der *Tötungsvorsatz* in dieser Fallvariante über alle Berufsgruppen hinweg stark problematisiert wurde, was die oben erwähnten Unstimmigkeiten bei der Ablehnung des Grundtatenstands erklärt. Der Wortlaut im Sachverhalt „plötzlich von ihren Gefühlen überwältigt“ bzw. „soudainement dépassée par ses émotions“ hat bei diesen Befragten wohl zu der Vorstellung beigetra-

³⁵⁴ Gegenüber 30 Jahren Zuchthaus beim Totschlag.

gen, dass die T nicht nur ohne Vorbedacht handelte, sondern im Sinne eines fehlenden *dol spécial* (auf den Erfolg bezogenen Vorsatzes) möglicherweise nicht wusste, was sie tat. Diese Einstellung könnte sich auch auf die Strafeinschätzung der Betroffenen niedergeschlagen haben.

III.2.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen

III.2.1.2.1. Rechtliche Vorgaben

Realistisch kommt auch hier nur der *subjektive Strafausschließungsgrund* einer Störung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit gemäß Art. 122-1 CP (*trouble psychique ou neuro-psychique*) in Betracht.

Daneben könnte man noch *contrainte morale interne* (inneren seelischen Zwang) in Betracht ziehen (ein Spezialfall³⁵⁵ des Art. 122-2 CP), was aber von den Befragten mit Ausnahmen von 2 unentschiedenen Äußerungen (Frage Nr. 3.6) ganz überwiegend³⁵⁶ abgelehnt wurde, da es sich um *unwiderstehlichen* Zwang handeln müsste. Auch die Rechtsprechung sieht normale Affekte und Leidenschaften wie Wut, Hass etc. grundsätzlich nicht als unüberwindbar an.³⁵⁷ Die Verantwortung ausschließende Affekte hingegen verweisen bereits in den Bereich des *trouble psychique* (Art. 122-1).³⁵⁸ Hierauf haben auch einige der Befragten hingewiesen und darauf abgestellt, dass in jedem Fall (selbst bei einer Lösung gemäß Art. 122-2 CP) nur ein Gutachter den Grad der Zwanghaftigkeit des Handelns der T beurteilen könnte. Ein Unterschied zu Art. 122-1 CP besteht in der gesetzlich geregelten Konsequenz, da Art. 122-2 CP nur den Strafausschluss, nicht aber eine Strafmodifikation vorsieht, wobei dieser Unterschied allerdings wegen der weiten Strafrahmen und der daraus resultierenden Milderungsmöglichkeiten einerseits und der die Strafmodifikation nicht näher präzisierenden Regelung in Art. 122-1 CP andererseits nicht ins Gewicht fällt.

III.2.1.2.2. Ergebnisse der Befragung

Von 12 Gesprächspartnern³⁵⁹ haben nur ein Staatsanwalt und ein Verteidiger das Naheliegen eine Störung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit ausgeschlossen (Frage Nr. 3.5.1). 8 Befragte zeigten sich diesbezüglich unentschieden und 2 tendenziell befürwortend, wobei eine Differenzierung nach Berufsgruppen keine Aufschlüsse zulässt. Zu den etwaigen Konsequenzen einer geistig-seelischen Störung liegen an dieser Stelle wiederum zu wenige Angaben vor. Bei der Strafzumessung sind hierzu jedoch einige Daten vorhanden.

³⁵⁵ Andere Alternativen sind die *contrainte physique (externe ou interne)* sowie die *contrainte morale externe* (hierunter etwa der Nötigungsnotstand).

³⁵⁶ Von einem Gesprächspartner nur tendenziell.

³⁵⁷ Vgl. *Stefani/Levasseur/Bouloc*, DPG, Rn. 432, S. 334 f. m.w.N.

³⁵⁸ Vgl. *Stefani/Levasseur/Bouloc*, DPG, Rn. 432, S. 334 f.

³⁵⁹ Im Übrigen liegen keine oder nur ausweichende Angaben vor.

III.2.1.3. Strafraumenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.2.1.3.1. Rechtliche Vorgaben

Da hier ein einfacher Totschlag (Art. 221-1 CP) anzunehmen ist, beträgt die Höchststrafe 30 Jahre Zuchthaus und die Untergrenze gemäß Art. 132-18 Abs. 2 CP ein Jahr Gefängnis, was ja auch im Fall einer gerichtlichen Herabstufung des Geschehens zu einem (erschweren) Verbrechen der Körperverletzung mit Todesfolge (Art. 222-7 i.V.m. Art. 222-8 Abs. 1 Nr. 6 CP) der Fall wäre.³⁶⁰ Eine solche niedrigere Qualifizierung aus Opportunitätsgründen würde mithin dem Schwurgericht keinen nach unten erweiterten Spielraum eröffnen. Nach oben wäre das Schwurgericht dann aber immerhin auf eine Höchststrafe von 20 Jahren begrenzt.³⁶¹ Und vielleicht ließe sich bei milder Strafzumessung eine ganz oder teilweise zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe psychologisch wie auch gegenüber der Öffentlichkeit eher rechtfertigen. Im Übrigen sei hier auf die Ausführungen zu III.1.1.3.1. verwiesen.

III.2.1.3.2. Ergebnisse der Befragung

Zu Frage 5.1.2: Mildernde Faktoren – seelische Belastung

Beruf	ausschlagg.	starker	unspec.	schwacher	kein Einfl.	keine Daten
Ri	1	2				3
StA	1	1				1
Vert		2				3
Prof		1				2

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

Auch hier wird der *seelischen Belastung der Angeklagten* über die Berufsgruppen hinweg ein starker bis (in 2 Fällen) ausschlaggebender Einfluss als mildernder Faktor im Rahmen der Straffindung zugebilligt. Die etwas größere Entlastungstendenz im Vergleich zur ersten Fallvariante dürfte mit der Affektlage der T zusammenhängen.

³⁶⁰ Vgl. oben II.1.1.4., III.1.1.3.1.

³⁶¹ Aber diese Strafhöhe wurde von den Befragten ja nicht einmal in der ersten Fallvariante überschritten.

Zu Frage 5.1.2: Mildernde Faktoren – Einsichts- und Steuerungsfähigkeit

Beruf	ausschlagg.	starker	unspez.	schwacher	kein Einfl.	keine Daten
Ri	2		2			2
StA		1				2
Vert		1	1			3
Prof		1				2

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

Die im Sachverhalt geschilderte Affektlage der T dürfte die Befragten hier geneigter gemacht haben, einer *Minderung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit* strafmildernde Wirkung beizumessen. Dieser Aspekt ist allerdings von der Berücksichtigung der allgemeinen seelischen Belastung der T aufgrund der erlittenen Gewalthandlungen vonseiten des O kaum zu trennen.

Zur *Provokation durch das Tatopfer* und zur *Prävention weiterer Misshandlungen* liegen kaum Angaben vor. Dies gilt auch für die *Tötung gerade des eigenen Ehegatten*.

Zu den *anderen mildernden Faktoren* (Geständnis, familiäre und soziale Lage etc.) ergibt sich ein ähnliches Bild, wie es bereits zu Fallvariante 1 geschildert wurde.³⁶² Diese Faktoren sind ohnehin unabhängig von den Tatumständen.

Zu Frage 5.1.1: Schärfende Faktoren – Wehrlosigkeit des Opfers

Beruf	ausschlagg.	starker	unspez.	schwacher	kein Einfl.	keine Daten
Ri		2	2			2
StA	1	1	1			
Vert		1		1		3
Prof		1				2

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

Der Einfluss der *Wehrlosigkeit des Opfers* als *strafschärfender* Faktor wird auch hier (etwas stärker als in Fallvariante 1) betont, und zwar mehrheitlich von den Justizpraktikern. Der aufgeführte Professor stellte besonders in dieser Variante zusätzlich auf die alkoholbedingte Verletzbarkeit³⁶³ des Opfers ab.³⁶⁴

³⁶² Vgl. oben III.1.1.3.2.

³⁶³ Zur hierdurch gesetzlich erschwerten Tötung vgl. oben III.1.1.1.1. und II.1.1.2.

Zur *Tötung* ausgerechnet des eigenen *Ehegatten* wie auch zur Relevanz des verwendeten *Tatwerkzeugs* als strafschärfender Faktor liegen kaum Angaben vor. Zu den *anderen erschwerenden Faktoren* kann auf die Ausführungen zu III.1.1.3.2. verwiesen werden.

Im Folgenden wird die *konkrete Sanktionsprognose* der Gesprächspartner dargestellt.

Zu Frage 5.2.1: Höhe der zu verhängenden Freiheitsstrafe in Jahren

Gesprächspartner/Funktion	Ansicht des Gesprächspartners	Prognose der ger. Entscheidung
01/Ri	05-15	05-15
02/Ri	05-10	05-10
03/Ri	05-06	05-10
05/Ri	12-kA	05-10
06/Ri	kA-kA	kA-kA
07/Ri	07-08	07-08
04/StA	01-05	kA-kA
08/StA	03-12	03-12
10/StA	05-10	05-10
09/Vert	06-08	02-15
11/Vert	kA-08	kA-08
12/Vert	04-08	08-10
13/Vert	02-10	02-10
16/Vert	02-10	02-10
14/Prof	02-kA	02-kA
15/Prof	04-06	04-06
17/Prof	kA-05	00-05

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor;
00 = Freispruch oder Sanktion ohne Freiheitsentzug; kA = keine Angaben

³⁶⁴ Vgl. hierzu schon oben III.1.1.3.2.

Im Vergleich zu den Ergebnissen für die Fallvariante 1 sind eigene Strafeinschätzung und Prognose der Befragten hinsichtlich der gerichtlichen Entscheidung deutlich milder. So wird auch in mehr Fällen ein „Strafrahmen“ erreicht, der eine Aussetzung der Strafe zur Bewährung nicht ausschließt. Der Spielraum des Gerichts wird mitunter deutlich größer eingeschätzt als es der eigenen Ansicht entspricht (so von Gesprächspartner 03 und 09), wobei der Prognoserahmen teilweise sehr weit ist (bis zu 13 Jahren Differenz zwischen Mindest- und Höchststrafe).

Zu der Möglichkeit, die *Strafe vollständig oder teilweise zur Bewährung auszusetzen*, haben sich 12 Befragte geäußert.

Zu Fragen 5.2.2.1, 5.2.2.2: Vollständige oder teilweise Strafaussetzung zur Bewährung

Gesprächspartner/ Funktion	Eigene Ansicht		Prognose	
	Vollst. Auss.	Teilw. Auss.	Vollst. Auss.	Teilw. Auss.
01/Ri	4	4	4	4
02/Ri	4	4	4	4
03/Ri	4	2	4	2
07/Ri	3	3	3	3
04/StA	3	3	kA	kA
08/StA	3	3	3	3
09/Vert	4	4	4	4
12/Vert	5	5	5	5
13/Vert	5	3	5	3
14/Prof	3	3	3	3
15/Prof	5	1	5	1
17/Prof	3	3	3	3

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

1 = Eindeutig ja; 2 = Tendenziell ja; 3 = Unentschieden; 4 = Tendenziell nein; 5 = Eindeutig nein

Insgesamt überwog auch hier Ablehnung und Unentschiedenheit hinsichtlich der Frage einer vollständigen oder anteiligen Strafaussetzung. Die teilweise Aussetzung wurde von einem Richter und einem Professor gegenüber der vollständigen bevorzugt.

III.3. Fallvariante 3

(*Données constantes*: La vie du couple O et T est bouleversée depuis que O est au chômage et qu'il boit quotidiennement une grande quantité d'alcool. Des disputes éclatent régulièrement, à l'occasion desquelles T est violemment battu par O.)

Cas d'espèce n°3: Un soir, T est de nouveau violemment battue par O. Environ une demi heure après les violences, alors qu'elle le voit endormi devant elle, elle le tue à l'aide d'un couteau.

III.3.1. Materielle rechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.3.1.1. Tatbestandliche Einstufung

III.3.1.1.1. Rechtliche Vorgaben

Auch hier entscheidet sich die Frage der Qualifikation der Tat zwischen Totschlag (*meurtre simple*) und Mord (*assassinat*). Das Merkmal des *Vorbedachts* (Art. 221-3 i.V.m. 132-75 CP) erscheint in dieser Variante nicht von vornherein als ausgeschlossen, weil für die Bildung des Tatentschlusses der T vom Zeitpunkt des Abschlusses der letzten Gewalthandlungen des O bis zur Tathandlung eine halbe Stunde Zeit verblieb und zu ihrer emotionalen Lage während dieses Zeitraums im Sachverhalt nichts gesagt ist. Auf einen spontanen und gerade nicht kaltblütig gefassten Tatentschluss der T könnte man umgekehrt schließen, wenn man unterstellt, dass dieser noch unter dem Eindruck der erlittenen Misshandlungen getroffen wurde. Dann wäre es u.U. sogar unschädlich, wenn der Entschluss bereits eine halbe Stunde vor der Tat gefasst worden wäre, soweit nur der eine reife Überlegung des Vorhabens ausschließende emotionale Eindruck fortwirkte.³⁶⁵ Andererseits sind auch diese Erwägungen mangels konkreter Anhaltspunkte im Sachverhalt spekulativer Natur. In jedem Fall aber sollte die Offenheit des Sachverhalts zugunsten der T ausgehen. Denn es fehlt hier an ausreichenden Indizien für eine im Voraus reflektierte und wohlüberlegte Tötungsentscheidung. Da die Beweislast insoweit die Anklage trifft,³⁶⁶ muss der *Vorbedacht* deshalb im Zweifel verneint werden.

³⁶⁵ Vgl. Cass. crim., 30.1.1975, Bull. Nr. 35 = RSC 1976, 107 mit Anm. *Levasseur*; auch berichtet bei *Henry Angevin*, J.-Cl. pén., Art. 132-72 (5, 1995), Nr. 10: Der Tatentschluss wurde während des Nachstellens eines Tötungsverbrechens von dem in tiefe Wut geratenen Sohn des Opfers gefasst und nach Beschaffung einer Waffe etwa eine *halbe Stunde* später zum Nachteil eines der mutmaßlichen Mörder des Vaters ausgeführt.

³⁶⁶ Vgl. hierzu oben III.1.1.1.1.

III.3.1.1.2. Ergebnisse der Befragung

Zu Frage 2.2.1: Der Fall ist als Mord (*assassinat*) zu beurteilen

Beruf	eindeut. ja	tendenz. ja	unentsch.	tendenz. nein	eindeut. nein	keine Daten
Ri		1	1	1	3	
StA				2	1	
Vert		1		1	3	
Prof				1	2	

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

Die Ablehnung des Mordes spiegelt sich auch in den Angaben der Befragten wider, allerdings doch in weniger eindeutiger Weise als in Fallvariante 2. Ein Richter und selbst ein Verteidiger behaupten den Mord tendenziell, während sich 6 Befragte hierzu nur tendenziell ablehnend bzw. in einem Fall unsicher äußern. Lediglich 9 Gesprächspartner verneinten den Erschwerungsgrund des Vorbedachts entschieden.

Zu Frage 2.2.1: Der Fall ist als Totschlag (*meurtre*) zu beurteilen

Beruf	eindeut. ja	tendenz. ja	unentsch.	tendenz. nein	eindeut. nein	keine Daten
Ri	1	2, 1	1	1		
StA	1	2				
Vert	3	1		1		
Prof	2	1				

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

Die Kontrollfrage, ob der Fall als Totschlag zu beurteilen sei, ergibt ein fast widerspruchsfreies Bild³⁶⁷ im Vergleich zur vorangegangenen Tabelle. 2 Richter (Ri 01 und Ri 02) haben allerdings trotz eindeutiger Verneinung des Mordes den Totschlag nur tendenziell abgelehnt, weil sie bereits den Tötungsvorsatz tendenziell problematisiert hatten und eine bloße Körperverletzung mit Todesfolge nicht ausschließen wollten.

³⁶⁷ Widersprüchliche Zahlen wurden kursiv gesetzt.

Zu Frage 2.2.2: Das Gericht wird voraussichtlich wegen Mordes verurteilen

Beruf	eindeut. ja	tendenz. ja	unentsch.	tendenz. nein	eindeut. nein	keine Daten
Ri			2	1	3	
StA				2	1	
Vert				1	2	2
Prof			1		1	1

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

Die Befragten gehen leicht abweichend von der eigenen Meinung eher davon aus, dass das Gericht nicht wegen Mordes verurteilen werde.

Zu Frage 2.2.2: Das Gericht wird voraussichtlich wegen Totschlags verurteilen

Beruf	eindeut. ja	tendenz. ja	unentsch.	tendenz. nein	eindeut. nein	keine Daten
Ri	1	2, 1	2			
StA	1	2				
Vert	2	1				2
Prof	1		1			1

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

2 Richter rechnen wiederum damit, dass auch eine Verurteilung wegen Körperverletzung mit Todesfolge möglich ist, wenn sie auch die Verurteilung wegen Totschlags für wahrscheinlich halten.

Zu Frage 2.3: Tötungsvorsatz nach eigener Einschätzung problematisch?

Beruf	eindeut. ja	tendenz. ja	unentsch.	tendenz. nein	eindeut. nein	keine Daten
Ri		2	1	2	1	1
StA		1		1	1	
Vert				1	4	
Prof					3	

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

Der Tötungsvorsatz wurde hier erheblich weniger als in Fallvariante 2 problematisiert. Soweit er angezweifelt wurde, ist dies nicht zwingend in die tatbestandliche Einstufung eingegangen, weil in den Gesprächen von den Befragenden immer wieder³⁶⁸ darauf hingewiesen wurde, dass dieser Vorsatz unterstellt werden soll.

III.3.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen

III.3.1.2.1. Rechtliche Vorgaben

Realistisch kommt auch hier nur der *subjektive Strafausschließungsgrund* einer Störung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit gemäß Art. 122-1 CP (*trouble psychique ou neuro-psychique*) in Betracht.

Daneben könnte man noch *contrainte morale interne* (inneren seelischen Zwang) entfernt in Betracht ziehen (Spezialfall des Art. 122-2 CP), was aber von den Befragten mit Ausnahmen von 2 unentschiedenen Äußerungen (Frage Nr. 3.6) ganz überwiegend³⁶⁹ abgelehnt wurde, da es sich um *unwiderstehlichen* Zwang handeln müsste. Im Übrigen wurde auf die enge Verwandtschaft dieses speziellen Strafausschließungsgrundes mit demjenigen des *trouble mental* (Art. 122-1 CP) hingewiesen³⁷⁰ und zusätzlich darauf, dass auch bei einer Lösung über Art. 122-2 CP nur ein Gutachter die Zwanghaftigkeit des Handelns der T beurteilen könnte. Ein Unterschied zu Art. 122-1 CP besteht in der gesetzlich geregelten Konsequenz, da Art. 122-2 CP nur Strafausschluss, nicht aber Strafmodifikation vorsieht, was allerdings wegen der weiten Straffrahmen und der die Strafmodifikation kaum formalisierenden Regelung in Art. 122-1 CP nicht ins Gewicht fällt.

III.3.1.2.2. Ergebnisse der Befragung

Von 12 Gesprächspartnern³⁷¹ haben nur ein Staatsanwalt und ein Verteidiger das Naheliegen eine Störung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit ausgeschlossen (Frage Nr. 3.5.1). 8 Befragte zeigten sich diesbezüglich unentschieden und 2 tendenziell befürwortend, wobei eine Differenzierung nach Berufsgruppen keine Aufschlüsse zulässt. Zu den etwaigen Konsequenzen einer geistig-seelischen Störung liegen an dieser Stelle wiederum zu wenige Angaben vor. Bei der Strafzumessung sind hierzu jedoch einige Daten vorhanden.

³⁶⁸ Allerdings nicht systematisch, um den Gesprächsfluss nicht zu unterbrechen.

³⁶⁹ Von einem Gesprächspartner nur tendenziell.

³⁷⁰ Dieser dürfte heute die Fälle des *inneren* seelischen Zwangs miterfassen.

³⁷¹ Im Übrigen liegen keine oder nur ausweichende Angaben vor.

III.3.1.3. Strafrahmenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.3.1.3.1. Rechtliche Vorgaben

Alles hängt wieder von den diskutierten, jedoch nicht formalisierten mildernden Umständen im Rahmen der konkreten Strafverhängung durch das Schwurgericht ab, nachdem auch die *excuse de provocation*, die früher eine Strafrahmenverschiebung bewirkte, mit Einführung des neuen Code pénal abgeschafft wurde.

In jedem Fall wird man wohl davon ausgehen können, dass die Nähe der vorangegangenen Gewalthandlungen ein mildernder Aspekt ist. Soweit man plausibel davon ausgeht, dass die T bei der Tathandlung noch unter dem gewichtigen Eindruck der vorangegangenen Provokation durch O stand, wird dieser Gesichtspunkt noch verstärkt. Soweit man allerdings vor dem Hintergrund des ambivalenten – weil in Bezug auf die Gefühlslage der T offenen – Sachverhalts umgekehrt unterstellt, dass die T genügend Zeit für Beruhigung und gezieltes Schmieden eines Tötungsplans hatte und dergleichen auch tat, dürfte eine solche Überlegung, selbst wenn sie nicht zu einer Einstufung des Falls als eine Tötung mit Vorbedacht führt, im Vergleich zu Fallvariante 2 eine schärfere Beurteilung nahelegen.

Die Straferwartung der Befragten und ihre Bewertung der zugrunde liegenden tatsächlichen Faktoren sind nach all dem in dieser Fallvariante eher schwerer zu prognostizieren als in der vorangegangenen.

III.3.1.3.2. Ergebnisse der Befragung

Zu Frage 5.1.2: Mildernde Faktoren – seelische Belastung

Beruf	ausschlagg.	starker	unspez.	schwacher	kein Einfl.	keine Daten
Ri	1	3				2
StA		2				1
Vert		4				1
Prof		2				1

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

Der *seelischen Belastung der Angeklagten* wird über alle Berufsgruppen hinweg (gegenüber Fallvariante 2) unvermindert ein starker bis (in einem Fall) ausschlaggebender Einfluss als mildernder Faktor zugebilligt.

Zur *verminderten Einsichts- und Steuerungsfähigkeit* als mildernder Faktor liegen hier nur 2 Angaben (unspezifischer bzw. starker Einfluss) vor, und zwar deshalb, weil die Gesprächspartner in dieser Fallvariante keine neuen Aspekte dieses

Punkts gesehen haben, und sich die Diskussion verständlicherweise auf die Frage der *Provokation durch das Tatopfer* konzentriert hat.

Zu Frage 5.1.2: Mildernde Faktoren – Provokation durch das Tatopfer

Beruf	ausschlagg.	starker	unspez.	schwacher	kein Einfl.	keine Daten
Ri		1		2	1	2
StA		2			1	
Vert		1	2	1		1
Prof			3			

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

Die hierzu erhobenen Daten ergeben ein gespaltenes Bild. 4 Befragte, welche der Provokation durch O einen starken mildernden Einfluss auf die Bestrafung der T zubilligen wollen, stehen 5 Befragte gegenüber, die diesen Faktor für eher oder vollständig unbedeutend halten. Die Zugehörigkeit zu einer Berufsgruppe ist wohl für dies Entscheidung eher von geringer Relevanz. Die Offenheit des Sachverhalts und die Ambivalenz möglicher Schlussfolgerungen hieraus scheinen sich in diesem Bild widerzuspiegeln. Auch haben ein Richter und ein Verteidiger nur eine ausweichende Antwort hierzu gegeben,³⁷² was die gefundene Diagnose bestätigen dürfte.

Zur Relevanz der *Prävention weiterer Misshandlungen* wie auch der *Tötung* gerade des eigenen *Ehegatten* liegen keine verwertbaren Angaben vor. Auch zu den *anderen mildernden Faktoren* (Geständnis, familiäre und soziale Lage etc.), die von den Tatumständen unabhängig sind, ergaben sich hier keine neuen Aspekte.³⁷³

Der Einfluss der *Wehrlosigkeit des Opfers* als *strafschärfender* Faktor wird von 3 Richtern ebenso wie von einem Verteidiger als stark bewertet, während er von einem Professor³⁷⁴ für unspezifisch gehalten wurde. Weitere Angaben fehlen, weshalb sich sinnvolle Schlüsse aus dem Vergleich mit den Ergebnissen zu den ersten beiden Fallvarianten hier nicht ziehen lassen.

Zur *Tötung* ausgerechnet des eigenen *Ehegatten* wie auch zur Relevanz des verwendeten *Tatwerkzeugs* als *strafschärfender* Faktor liegen wiederum zu wenige Angaben vor. Zu den *anderen erschwerenden Faktoren* kann auf die Ausführungen zu III.1.1.3.2. verwiesen werden.

³⁷² Erfasst unter „keine Angaben“.

³⁷³ Vgl. hierzu oben III.1.1.3.2.

³⁷⁴ In den vorangegangenen Varianten liegen von diesem Befragten hierzu keine Angaben vor.

Im Folgenden wird die *konkrete Sanktionsprognose* der Gesprächspartner dargestellt.

Zu Frage 5.2.1: Höhe der zu verhängenden Freiheitsstrafe in Jahren

Gesprächspartner/Funktion	Ansicht des Gesprächspartners	Prognose der ger. Entscheidung
01/Ri	01-08	01-08
02/Ri	05-10	05-10
03/Ri	02-03	00-03
05/Ri	10-15	05-15
06/Ri	kA-kA	kA-kA
07/Ri	kA-10	kA-10
04/StA	01-05	kA-kA
08/StA	02-08	02-08
10/StA	kA-05	kA-05
09/Vert	04-07	04-18
11/Vert	kA-05	00-05
12/Vert	05-08	05-08
13/Vert	02-kA	02-kA
16/Vert	02-10	02-10
14/Prof	02-05	02-05
15/Prof	kA-kA	kA-kA
17/Prof	kA-05	kA-05

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor;
00 = Freispruch oder Sanktion ohne Freiheitsentzug; kA = keine Angaben

Im Vergleich zu Fallvariante 2 sind die Strafuntergrenzen nach eigener Einschätzung wie auch nach der Prognose teilweise niedriger (so etwa bei Gesprächspartner 01, 03, 05, 04). Gleichzeitig werden jetzt aber teilweise höhere Obergrenzen angegeben (etwa bei 05 und 09), die mit einer Differenz zwischen konkreter Mindest- und Höchststrafe von bis zu 14 Jahren verbunden sind. Auch hier dürfte sich – neben der mangelnden Einschätzbarkeit der Schwurgerichte – wieder die Ambivalenz

des Sachverhalts niederschlagen. Eine Differenzierung nach Berufsgruppen bietet wohl keine interessanten Erkenntnisse. Zu der Möglichkeit, die *Strafe vollständig oder teilweise zur Bewährung auszusetzen*, haben sich 12 Befragte geäußert.

Zu Fragen 5.2.2.1, 5.2.2.2: Vollständige oder teilweise Strafaussetzung zur Bewährung

Gesprächspartner/ Funktion	Eigene Ansicht		Prognose	
	Vollst. Auss.	Teilw. Auss.	Vollst. Auss.	Teilw. Auss.
01/Ri	3	3	3	3
03/Ri	1	kA	1	kA
05/Ri	kA	kA	2	2
06/Ri	4	4	4	4
04/StA	3	3	kA	kA
08/StA	3	3	3	3
11/Vert	3	3	3	3
12/Vert	2	2	2	2
13/Vert	5	3	5	3
14/Prof	3	3	3	3
15/Prof	3	3	3	3
17/Prof	3	3	3	3

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

1 = Eindeutig ja; 2 = Tendenziell ja; 3 = Unentschieden; 4 = Tendenziell nein; 5 = Eindeutig nein

Im Vergleich zu den Ergebnissen für Fallvariante 2 ist die Stimmung für eine vollständige oder anteilige Aussetzung der Strafe zur Bewährung etwas günstiger (etwa bei Ri 01 und Vert 12). Ri 03, der eindeutig lediglich eine *peine symbolique* mit vollständiger Aussetzung zur Bewährung befürwortete, ging davon aus, dass der Fall früher nach den Regeln der Provokation behandelt worden wäre.

III.4. Fallvariante 4

(Données constantes: La vie du couple O et T est bouleversée depuis que O est au chômage et qu'il boit quotidiennement une grande quantité d'alcool. Des disputes éclatent régulièrement, à l'occasion desquelles T est violemment battu par O.)

Cas d'espèce n°4: Alors qu'à l'occasion d'une nouvelle violente dispute O se dirige vers T en la menaçant de coups, T s'enfuit dans la cuisine, se saisit d'un couteau et poignarde O qui la poursuit (celui-ci décède).³⁷⁵

III.4.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.4.1.1. Tatbestandliche Einstufung

III.4.1.1.1. Rechtliche Vorgaben

Das Merkmal des *Vorbedachts* (Art. 221-3 i.V.m. 132-75 CP) scheidet hier „in der Hitze des Gefechts“ zweifelsfrei aus, weshalb der Fall allein als vorsätzliche Tötung (Art. 221-2 CP) zu qualifizieren ist. Wer trotz des Hinweises, dass der Tötungsvorsatz zu unterstellen war, selbigen ablehnte, muss Körperverletzung mit Todesfolge im erschwerten Fall (Art. 227, 228 Abs. 1 Nr. 6: Tat zum Nachteil des eigenen Ehegatten) annehmen.

III.4.1.1.2. Ergebnisse der Befragung

Alle Gesprächspartner lehnten die Bewertung der Tat als *Mord* eindeutig ab. Das gilt auch für die Prognose hinsichtlich der Verurteilung.

Zu Frage 2.2.1: Der Fall ist als Totschlag (*meurtre*) zu beurteilen

Beruf	eindeut. ja	tendenz. ja	unentsch.	tendenz. nein	eindeut. nein	keine Daten
Ri	2		4			
StA	1		1	1		
Vert			3	1	1	
Prof	1		2			

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

Dass der Fall als Totschlag zu beurteilen sei, wollten hingegen nur 4 Befragte eindeutig bejahen. 10 Befragte waren diesbezüglich unentschieden, während 2 Ver-

³⁷⁵ Anm. zur Übersetzung des Falls: Ein Wort für „erstechen“ mit derselben rein finalen Bedeutung existiert in der französischen Sprache nicht; am nächsten kommt dem das Verb „poignarder“, das zwar „erstechen“ bedeuten, daneben aber auch als „jemandem Messerstücke versetzen“ übersetzt werden kann. Es wurde deshalb mit einem eingeklammerten Zusatz im Sachverhalt klargestellt, dass O verstirbt (*celui-ci décède*). Dem Dilemma, dass auch dieser Zusatz nicht zweifelsfrei die Finalität der Handlung zum Ausdruck bringt, konnte nur mit einem regelmäßigen Hinweis zu Beginn der Interviews entgegengewirkt werden, dass Tötungsvorsatz in jeder Variante zu unterstellen ist.

teidiger und ein Staatsanwalt den Fall tendenziell bis eindeutig als Körperverletzung mit Todesfolge einstufen.

Zu Frage 2.2.2: Das Gericht wird voraussichtlich wegen Totschlags verurteilen

Beruf	eindeut. ja	tendenz. ja	unentsch.	tendenz. nein	eindeut. nein	keine Daten
Ri	1		4			1
StA	1		1	1		
Vert			3			2
Prof	1		1			1

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

Die gerichtliche Prognose ergibt ein ähnliches Bild. Nur 3 Befragte waren sich sicher, dass das Gericht wegen vorsätzlichen Totschlags verurteilen werde.

Zu Frage 2.3: Tötungsvorsatz nach eigener Einschätzung problematisch?

Beruf	eindeut. ja	tendenz. ja	unentsch.	tendenz. nein	eindeut. nein	keine Daten
Ri	4			1	1	
StA	3					
Vert	5					
Prof	2				1	

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

In vorliegender Fallvariante wurde der Tötungsvorsatz am meisten problematisiert, obwohl in den Gesprächen von den Befragenden darauf hingewiesen wurde, dass dieser Vorsatz unterstellt werden soll.

Der hohe Problematisierungsgrad bezüglich des Tötungsvorsatzes könnte damit zusammenhängen, dass die erfolgreiche Berufung auf Notwehr wegen des Gebots der Verhältnismäßigkeit³⁷⁶ und der grundsätzlichen Verteilung der Beweislast bei diesem objektiven Strafausschließungsgrund sehr schwierig ist, und ein strafbeseitigendes Korrektiv für diese Strenge auf der subjektiven Ebene, das der deutschen Regelung des Notwehrexzesses (§ 33 StGB) vergleichbar wäre, in Frankreich nicht existiert. Denn die Verhängung einer lediglich symbolischen, zur Bewährung ausgesetzten Strafe oder sogar ein Opportunitätsfreispruch dürfte bei

³⁷⁶ Vgl. unten III.4.1.2.1.

der Einstufung der Tat als bloße Körperverletzung mit Todesfolge, die das Schwurgericht jederzeit vornehmen kann, psychologisch wie auch gegenüber der Öffentlichkeit leichter zu rechtfertigen sein.

Rein theoretisch käme schließlich auch die Herabstufung der Tat zu einem Vergehen der fahrlässigen Tötung (Art. 221-6 CP) in Betracht. Dies würde aber voraussetzen, selbst die von T vorgenommenen Messerstiche als bloße fahrlässige Handlung – etwa einen Unfall – darzustellen und erscheint bei dem weiten Strafrahmen, der dem Schwurgericht schon für die Ahndung der Körperverletzung mit Todesfolge zur Verfügung steht, auch aus Gründen der Opportunität nicht als nötig.

III.4.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen

III.4.1.2.1. Rechtliche Vorgaben

In erster Linie ist hier der *objektive Strafausschlussgrund* der *Notwehr* gemäß Art. 122-5 CP zu prüfen. Voraussetzung hierfür ist zunächst ein gegenwärtiger *Angriff*. Dieser muss (zum Zeitpunkt der Handlung) *objektiv wahrscheinlich* sein und darf nicht nur in der Vorstellung des Täters existieren.³⁷⁷ Wenn aus dieser Sicht – aufgrund von Gesten, Wortwechsel etc. – genügend Anhaltspunkte für die Wahrscheinlichkeit eines Angriffs bestehen (mithin nur bei auch aus Sicht eines Dritten verständlichem Irrtum des Angegriffenen), werden auch Konstellationen der *Putativnotwehr* von Art. 122-5 CP erfasst.³⁷⁸ Hier genügen die Anhaltspunkte im SV ohne Zweifel für die Annahme der ausreichenden Wahrscheinlichkeit eines Angriffs vonseiten des O. Der Angriff gegen die körperliche Unversehrtheit der T genügt grundsätzlich; insbesondere braucht das Leben der T nicht gefährdet zu sein. An der *Gegenwärtigkeit* des Angriffs des O kann nicht gezweifelt werden. Der Angriff ist auch *unrechtmäßig (injuste)*.

Die *Notwehrhandlung* muss *notwendig* und *verhältnismäßig* sein. Die *Notwendigkeit (nécessité)* der Verteidigung wird bisweilen von der Rechtsprechung entgegen der wohl h. L. mit dem Argument verneint, das Einschalten der Polizei oder die Flucht aus der gefährlichen Situation seien möglich gewesen.³⁷⁹ Auch die h. L., die der Sache nach einer Trutzwehr das Wort redet, will es allerdings in besonderen Fällen – etwa bei Angriffen von Schuldunfähigen, Kindern, des eigenen Vaters etc. – dem *Tatrichter* überlassen, eine Ausweichpflicht zu statuieren. Im vorliegenden Fall ist ein Ausweichen wohl schon nicht möglich. Die Frage, ob ein Ehegatte verpflichtet sein kann, Angriffen seines Ehegatten auszuweichen, dürfte sich deshalb hier nicht stellen. Subtilere Überlegungen dahingehend, ob eine Tötung notwendig

³⁷⁷ Vgl. *Stefani/Levasseur/Bouloc*, DPG, Rn. 392, S. 308 m.w.N.

³⁷⁸ Vgl. *Desportes/Le Gunehec*, DPG, Rn. 730, S. 589 m.w.N.; Cass. crim., 5.6.1984, Bull. Nr. 209.

³⁷⁹ Vgl. *Delmas Saint-Hilaire*, J-Cl, Art. 122-5 und 122-6, Nr. 81 f.

oder aber auch eine weniger gravierende Abwehrhandlung ausreichend ist, werden unter dem Merkmal der *défense nécessaire* nicht angestellt.

Die Diskussion konzentriert sich deshalb auf die *Verhältnismäßigkeit* der Tötung (*défense mesurée*). Diese stellt nach französischer Auffassung wiederum eine *Tatfrage* dar.³⁸⁰ Die Rechtsgüter müssen nicht unbedingt gleichwertig sein. So kann etwa auch die Tötung eines Mannes durch eine Frau zur Abwehr eines Vergewaltigungsversuchs verhältnismäßig sein.³⁸¹

Im vorliegenden Fall lässt sich mangels genauer Fakten zur Intensität des Angriffs die Verhältnismäßigkeit nicht abschließend beurteilen. Unterstellt man, dass die drohenden Schläge vonseiten des O das Leben der T gefährden oder schwerwiegende Gefahren für die Gesundheit der T mit sich bringen, dürfte die Verhältnismäßigkeit der Abwehrhandlung noch gewahrt sein. Gefährdungen minderer Qualität lassen hingegen eine vorsätzliche Tötungshandlung als unverhältnismäßig erscheinen. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die *Beweislast* für die Voraussetzungen der Notwehr grundsätzlich bei der *Verteidigung* liegt.³⁸² Es ist anzunehmen, dass dies im vorliegenden Fall trotz der auch in Frankreich anerkannten Unschuldsvormutung eher zulasten der T gehen würde, nachdem es keinen Zeugen für dieses Geschehen gibt.³⁸³ Die vorsätzliche Tötung ist somit hier im Zweifel unverhältnismäßig und deshalb nicht von Notwehr gedeckt.

Nach diesem Zwischenergebnis liegt ein (intensiver) *Notwehrexzess* der T vor, für welchen eine formalisierte Regelung insbesondere mit straussausschließender Wirkung nicht existiert. Die Behandlung des Notwehrexzesses ist äußerst uneinheitlich. Teilweise wird in derartigen Fällen die Strafe aufgrund von *circonstances atténuantes* gemildert, ausnahmsweise auch wegen seelischen Zwangs mit äußeren Ursachen (*contrainte morale externe*; heute geregelt in Art. 122-2 CP) die subjektive Verantwortung ausgeschlossen, in seltenen Fällen die Tat offensichtlich auch zu einem Vergehen der fahrlässigen Tötung (Art. 221-6 CP)³⁸⁴ *herabgestuft*.³⁸⁵ Denkbar wäre schließlich die von einigen Gesprächspartnern gleichsam intuitiv avisierte Zwischenlösung in Form der Herabstufung der Tat zu einem (erschwerenden) Verbrechen der Körperverletzung mit Todesfolge kombiniert mit der Verhängung einer äußerst milden Strafe.³⁸⁶

³⁸⁰ Vgl. *Stefani/Levasseur/Bouloc*, DPG, Rn. 396, S. 310.

³⁸¹ Vgl. *Stefani/Levasseur/Bouloc*, DPG, Rn. 396, S. 310.

³⁸² Vgl. *Stefani/Levasseur/Bouloc*, DPG, Rn. 397 f., S. 311.

³⁸³ Vgl. oben III.1.2.2.; zur Einschätzung der Schwierigkeiten im Rahmen des Beweises der Voraussetzungen der Notwehr vgl. weiterhin J-CI, Art. 122-5 und 122-6, Nr. 94 f.

³⁸⁴ Angedrohte Strafe: 3 Jahre Gefängnis und 300.000 Francs Geldstrafe.

³⁸⁵ Vgl. *Pradel*, DPG, Rn. 331 m.w.N.; ablehnend zu letzterer Lösung *Stefani/Levasseur/Bouloc*, DPG, Rn. 396, S. 310.

³⁸⁶ Vgl. oben III.4.1.1.

Schließlich kommt auch hier der *subjektive Strafausschließungsgrund* einer Störung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit gemäß Art. 122-1 CP (*trouble psychique ou neuro-psychique*) in Betracht.

III.4.1.2.2. Ergebnisse der Befragung

Dass Notwehr in Betracht kommt (Frage 3.1.1), wurde einhellig bejaht, und zwar von 13 Gesprächspartnern eindeutig und von 3 Gesprächspartnern tendenziell.³⁸⁷

Zu Frage 3.1.2: Notwehranforderungen insgesamt erfüllt?

Beruf	eindeut. ja	tendenz. ja	unentsch.	tendenz. nein	eindeut. nein	keine Daten
Ri			2		2	2
StA				1	2	
Vert		1	2	2		
Prof			2	1		

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

Die Notwehranforderungen insgesamt wurden von 8 Befragten als zumindest tendenziell nicht erfüllt angesehen. 6 Gesprächspartner waren sich nicht sicher, und nur ein Verteidiger wagte die Aussage „tendenziell ja“.

Zu Frage 3.1.2: Notwehrsituation liegt vor?

Beruf	eindeut. ja	tendenz. ja	unentsch.	tendenz. nein	eindeut. nein	keine Daten
Ri	3		1			2
StA	2					1
Vert	3					2
Prof	3					

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

Alle Befragten (mit Ausnahme einer Richterin mit wenig einschlägiger Berufserfahrung), von denen hierzu Angaben vorliegen, haben die Notwehrsituation eindeutig bejaht.

³⁸⁷ Eine Angabe fehlt.

Zu Frage 3.1.2: Verteidigungshandlung verhältnismäßig?

Beruf	eindeut. ja	tendenz. ja	unentsch.	tendenz. nein	eindeut. nein	keine Daten
Ri			3	1	2	
StA				1	2	
Vert		1	2	1	1	
Prof			2	1		

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

Die Verhältnismäßigkeit der *riposte* wird von 9 Befragten tendenziell bis eindeutig abgelehnt. Immerhin zeigten sich 3 Richter, 2 Verteidiger und 2 Professoren diesbezüglich unentschieden und ein weiterer Verteidiger sogar eher bejahend. Soweit die Verhältnismäßigkeit abgelehnt wurde, gingen die Befragten in der Tendenz und teilweise explizit von der Drohung lediglich leichter Körperverletzungen (Ohrfeigen etc.) aus, während die Gesprächspartner innerhalb der letzteren Gruppe von gewichtigeren Gefahren für O bis hin zu einer naheliegenden Lebensgefahr für T aus ihrer objektivierten *Ex-ante*-Sicht ausgingen. Besondere *Notwehrein-schränkungen* existieren rechtlich nicht mehr, sodass sich die Frage der Rechtfertigung durch Notwehr an der Verhältnismäßigkeitsabwägung entscheidet.

Einen *Verzicht auf die Anklageerhebung* wegen Notwehr haben 3 Verteidiger eindeutig verneint. Ein weiterer Verteidiger war diesbezüglich unentschieden.³⁸⁸

Die Putativnotwehr spielt keine Rolle, weil die Notwehrkonzeption ohnehin durch die vorzunehmende *Ex-ante*-Betrachtung in Grenzen subjektiviert ist. Überdies ist die „echte“ Putativnotwehr, für die in Frankreich nur die „unvernünftigeren“ Irrtümer verbleiben, nicht geregelt und wird ähnlich wie der Notwehrexzess pragmatisch auf Umwegen gelöst (etwa Freispruch wegen „guten Glaubens“). Zur Relevanz eines Irrtums allein über die Intensität des Angriffs, an den man hier noch denken könnte (etwa: T denkt ohne vernünftigen Anlass, O wolle sie mit dem Tode bedrohen), finden sich keine dogmatischen Aussagen. Auch hat keiner der Gesprächspartner einen solchen Irrtum erörtert. Allenfalls sind die Gesprächspartner davon ausgegangen, dass die T sich vernünftigerweise am Leben bedroht fühlen durfte, was wiederum nur die objektiven Voraussetzungen der Notwehr betrifft.

Mangels formalisierter Regelung des Notwehrexzesses verbleiben als subjektive Strafausschließungsgründe die verminderte *Einsichts- und Steuerungsfähigkeit* und eventuell die *contrainte morale externe*. Sollte die T aufgrund des Angriffs des O tatsächlich unter einem unüberwindbaren seelischen Zwang gehandelt haben, dürfte dies jedoch heute von dem zu begutachtenden *trouble physique* miterfasst werden. Zu Letzterem liegen in dieser Fallvariante nicht genügend Angaben vor (2 unentschiedene Stimmen und ein „tendenziell ja“).

³⁸⁸ Weitere Angaben fehlen.

III.4.1.3. Strafraumenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.4.1.3.1. Rechtliche Vorgaben

Wenn der objektive Strafausschließungsgrund der Notwehr verneint wird, dürfte für die Strafverhängung von entscheidender Bedeutung sein, wie man in vorliegender Fallvariante die *Provokation* der Tat durch O zur Geltung bringt. Dieser Aspekt wird auch nach Abschaffung der formalisierten *excuse de provocation* über die gleichfalls nicht mehr formalisierten *mildernden Umstände* in die Strafzumessung durch das Schwurgericht einfließen³⁸⁹ und voraussichtlich zu einer vergleichsweise milden Bestrafung führen.

III.4.1.3.2. Ergebnisse der Befragung

Zu Frage 5.1.2: Mildernde Faktoren – seelische Belastung

Beruf	ausschlagg.	starker	unspez.	schwacher	kein Einfl.	keine Daten
Ri	2	1	1			2
StA		2				1
Vert		1				4
Prof						3

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

Zur allgemeinen *seelischen Belastung der Angeklagten* ergeben sich in dieser Fallvariante keine neuen Erkenntnisse. Zur *verminderten Einsichts- und Steuerungsfähigkeit* als mildernder Faktor liegen wiederum nur 2 Angaben (unspezifischer bzw. starker Einfluss) vor.

Zu Frage 5.1.2: Mildernde Faktoren – Provokation durch das Tatopfer

Beruf	ausschlagg.	starker	unspez.	schwacher	kein Einfl.	keine Daten
Ri	1		1			4
StA						3
Vert	1	3				1
Prof						3

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

³⁸⁹ Vgl. bereits III.3.1.3.1.; vgl. weiterhin zur heutigen Verschiebung der ehemaligen *excuse de provocation* in die Strafzumessung gerade in Notwehrkonstellationen *Delmas-Saint Hilaire*, J-Cl, Art. 122-5 und 122-5 (2, 1996), Nr. 96.

Zur Provokation als Milderungsgrund liegen 6 Angaben vor, die von einem mittelmäßigen bis sehr starken Einfluss dieses Faktors ausgehen. Soweit die restlichen Gesprächspartner zu einer milden Strafe gelangen, haben sie denselben Aspekt mit hoher Wahrscheinlichkeit implizit in Rechnung gestellt und betont. Die fehlenden Angaben sind in erster Linie damit zu erklären, dass die Interviews offen geführt wurden und die Gesprächspartner sich bei der letzten Fallvariante – mithin gegen Ende des Interviews – nach der Diskussion der Notwehr alsbald der konkreten Strafe zugewandt haben. Zu weiteren mildernden Faktoren fehlt es an ausreichenden Angaben.

Bei den faktisch *strafschärfenden Faktoren* spielt die *Wehrlosigkeit des Opfers* selbstredend keine Rolle. Dies wurde von den Befragten stillschweigend vorausgesetzt. Weitere Faktoren wurden kaum diskutiert. Ein Staatsanwalt meinte, dass das verwendete Tatwerkzeug eine strafschärfende Relevanz („starker Einfluss“) habe, während ein Richter selbiges umgekehrt für irrelevant hielt. Die mildernden Faktoren stehen in dieser Fallvariante eindeutig im Vordergrund und verdrängen nähere Überlegungen zu schärfenden. Im Folgenden wird deshalb die *konkrete Sanktionsprognose* der Gesprächspartner dargestellt.

Zu Frage 5.2.1: Höhe der zu verhängenden Freiheitsstrafe in Jahren

Gesprächspartner/Funktion	Ansicht des Gesprächspartners	Prognose der ger. Entscheidung
01/Ri	00-05	00-05
02/Ri	kA-05	00-05
03/Ri	02-03	00-03
05/Ri	kA-05	00-05
06/Ri	kA-kA	kA-kA
07/Ri	00-05	00-05
04/StA	kA-05	kA-05
08/StA	kA-05	00-05
10/StA	kA-05	00-05
09/Vert	00-01	01-03
11/Vert	00-05	00-05
12/Vert	00-kA	00-kA
13/Vert	00-07	kA-07

16/Vert	00-kA	00-kA
14/Prof	02-05	02-05
15/Prof	00-kA	00-02
17/Prof	00-01	00-01

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor;
00 = Freispruch oder Sanktion ohne Freiheitsentzug; kA = keine Angaben

Zur konkreten Strafhöhe ergibt sich hier eindeutig das mildeste Bild. Mit Ausnahme eines Verteidigers nennt jeder Gesprächspartner eine Höchstgrenze (5 Jahre), die noch eine anteilige oder vollständige Aussetzung der Strafe zur Bewährung ermöglichen würde. Auch sind die Strafen nach unten offen abgesehen von den Angaben von zwei Gesprächspartnern, die eine Schwelle von 2 Jahren Mindeststrafe für angemessen halten, wobei in einem Fall (Ri 03) die Prognose darunterbleibt. Diese Strafeinschätzung belegt mangels anderer Gründe, dass die Provokationssituation in erheblichem Maß als entlastend bewertet wurde. Auch hier ergibt sich übrigens über alle Berufsgruppen hinweg ein recht einheitliches Bild.

Zu Fragen 5.2.2.1, 5.2.2.2: Vollständige oder teilweise Strafaussetzung zur Bewährung

Gesprächspartner/ Funktion	Eigene Ansicht		Prognose	
	Vollst. Auss.	Teilw. Auss.	Vollst. Auss.	Teilw. Auss.
01/Ri	3	3	3	3
02/Ri	3	1	3	1
03/Ri	1	kA	1	kA
05/Ri	1	1	1	1
06/Ri	3	3	3	3
07/Ri	1	1	1	1
04/StA	2	2	2	2
08/StA	2	2	2	2
10/StA	1	kA	1	kA
09/Vert	3	3	3	3
11/Vert	1	1	1	1

16/Vert	3	3	3	3
14/Prof	2	2	2	2
15/Prof	2	1	2	1
17/Prof	1	1	1	1

Ri = Richter; StA = Staatsanwalt; Vert = Verteidiger; Prof = Professor

1 = Eindeutig ja; 2 = Tendenziell ja; 3 = Unentschieden; 4 = Tendenziell nein; 5 = Eindeutig nein

Das sich ergebende Bild spricht für sich. Die Möglichkeit der Bewährungsaußsetzung wird von keinem der Gesprächspartner auch nur tendenziell abgelehnt. Vielmehr überwiegen die tendenziell oder entschieden befürwortenden Stimmen über alle Berufsgruppen hinweg.

Literaturverzeichnis

- Alvarez, Josefina*, Violences intra-familiales: des réponses juridiques et judiciaires duales. In: IHESI (Hrsg.), *Le lien familial. Les cahiers de la sécurité intérieure*, Heft 35. Paris 1998, S. 111–131.
- Annuaire statistique de la Justice 1988–1992, Ministère de la Justice (Hrsg.). Paris 1995 (zit. Annuaire 1988–1992).
- Aspects de la criminalité et de la délinquance constatées en France 1992, Ministère de l'Intérieur (Hrsg.). Paris 1993 (zit. Aspects 1992).
- Barth, Holger*, Landesbericht Frankreich. In: Walter Perron (Hrsg.), *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands*. Freiburg 1995, S. 89–148.
- Blin, Anne-Véronique/Giffo-Levasseur, Anne-Marie*, Violences conjugales. Une sociologie des recours. In: IHESI (Hrsg.), *Le lien familial. Les cahiers de la sécurité intérieure*, Heft 35. Paris, S. 75–89.
- Bouloc, Bernard*, Pénologie: exécution des sanctions adultes et mineurs. 2. Aufl. Paris 1998.
- Bouzat, Pierre/Pinatel, Jean*, *Traité de droit pénal et de criminologie*, 1. Droit pénal général. 2. Aufl. Paris 1970 (zit. Bouzat/Pinatel, DPG).
- Chevallier, Jean-Yves*, L'état de nécessité. In: Marc Ancel (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzat*. Paris 1980, S. 117–134.
- Commaille, Jacques*, Violences intra-familiales: l'exigence d'une politique publique. In: IHESI (Hrsg.), *Violences en famille. Les Cahiers de la sécurité intérieure*, Heft 28. Paris 1997, S. 9–15.
- Conte, Philippe/Maistre de Chambon, Patrick*, *Droit Pénal Général*. 6. Aufl. Paris 2002 (zit. Conte/Maistre de Chambon, DPG).
- Decocq, André*, *Droit Pénal Général*. Paris 1971 (zit. Decocq DPG).
- Delmas-Marty, Mireille*, *Avant-propos*. RSC 1993, 433–443.
- Desportes, Frédéric/Le Gunehec, Francis*, *Droit Pénal Général*. 6. Aufl. Paris 1999 (zit. Desportes/Le Gunehec, DPG).
- Donnesdieu de Vabres, Henri*, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*. 3. Aufl. Paris 1947.
- Faget, Jacques*, Conflits privés, pudeurs publiques – Le traitement des plaintes pour violences conjugales. In: IHESI (Hrsg.), *Violences en famille. Les Cahiers de la sécurité intérieure*, Heft 28. Paris 1997, S. 101–112.
- Garçon, Emile/Rousselet, Marcel*, *Code Pénal Annoté*. Paris 1956.
- Godenzi, Alberto/De Puy, Jacqueline*, La prévention primaire des violences dans la famille – Un bilan de connaissances. In: IHESI (Hrsg.), *Le lien familial. Les cahiers de la sécurité intérieure*, Heft 35. Paris, S. 59–73.
- Guinchard, Serge/Buisson, Jacques*, *Procédure pénale*. 1. Aufl. Paris 2000.

- Herzog-Evans, Martine*, La loi presumption d'innocence et l'exécution des peines. Petites Affiches Nr. 169 vom 24.8.2000, 4–12.
- Hünerfeld, Peter*, Zum Stand der deutschen Verbrechenslehre aus der Sicht der gemeinrechtlichen Tradition in Europa. ZStW 93 (1981), 979–1004.
- Hugon de Scoeux, P./Schmitt, L./Duguet, A.-M.*, Les violences intra-familiales. In: Thierry Alberne (Hrsg.), Criminologie et psychiatrie. Paris 1997, S. 146–149.
- IHESI (Hrsg.), Violences en famille. Les Cahiers de la sécurité intérieure, Heft 28. Paris 1997.
- Le lien familial. Les cahiers de la sécurité intérieure, Heft 35. Paris 1998.
- Jeandier, Wilfrid*, Droit Pénal Général. 2. Aufl. Paris 1991 (zit. Jeandier, DPG).
- Jescheck, Hans-Heinrich*, Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht. ZStW 98 (1986), 1–27.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Berlin 1996.
- Juris Classeur, Pénal Code, Lexis/Nexis (fortlaufend, zit. *Bearbeiter* J.-Cl. pén., Artikel und Nr.).
- Laroche, Bernadette*, Les homicides volontaires de 1986 à 1990. Paris 1994.
- Merigeaux, Martine*, Landesbericht Frankreich. In: Albin Eser/Barbara Huber (Hrsg.), Strafrechtsentwicklung in Europa 4.1. Freiburg 1994, S. 467–474.
- Merle, Roger/Vitu, André*, Traité de droit criminel, 1. Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général. 3. Aufl. Paris 1997 (zit. Merle/Vitu, DPG).
- Traité de droit criminel. Droit pénal spécial. 1. Aufl. Paris 1982 (zit. Merle/Vitu, DPS).
- Monnier, Viviane*, Violences conjugales – éléments statistiques. In: IHESI (Hrsg.), Violences en famille. Les Cahiers de la sécurité intérieure, Heft 28. Paris, S. 69–73.
- Plaisant, Éric*, La police dans les différends familiaux. In: IHESI (Hrsg.), Violences en famille. Les Cahiers de la sécurité intérieure, Heft 28. Paris, S. 113–121.
- Portelli, Serge*, Crimes et délits de famille: l'état du droit. In: IHESI (Hrsg.), Violences en famille. Les Cahiers de la sécurité intérieure, Heft 28. Paris, S. 75–99.
- Pradel, Jean*, Manuel de Droit Pénal Général. 12. Aufl. Paris 1999 (zit. Pradel, DPG).
- Pradel, Jean/Danti-Juan, Michel*, Manuel de Droit pénal spécial. 2. Aufl. Paris 2001 (zit. Pradel/Danti, DPS).
- Pradel, Jean/Varinard, André*, Les grands arrêts, Band 2. 2. Aufl. Paris 1998.
- Rassat, Michèle-Laure*, Droit Pénal Général. 2. Aufl. Paris 1999 (zit. Rassat, DPG).
- Droit Pénal Spécial. 2. Aufl. Paris 1999 (zit. Rassat, DPS).
- Propositions de réforme du code de procédure pénale. Paris 1997.
- Robert, Jacques-Henri*, L'histoire des éléments de l'infraction. RSC 1977, 269–284.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst*, Strafgesetzbuch. Kommentar. 25. Aufl. München 1997 (zit. Schönke/Schröder-Bearbeiter).

- Schönknecht, Sabine*, Das Opportunitätsprinzip im französischen Strafverfahren. Pfaffenweiler 1999.
- Séverac, Nadège*, in: IHESI (Hrsg.), *Violences en famille. Les Cahiers de la sécurité intérieure*, Heft 28. Paris, S. 59–67.
- Stéfani, Gaston/Levasseur, Gorges/Bouloc, Bernard*, *Droit Pénal Général*, 16. Aufl. Paris 1997 (zit. Stefani/Levasseur/Bouloc, DPG).
- *Procédure pénale*. 17. Aufl. Paris 2000.
- Tiedemann, Klaus*, Der Allgemeine Teil des Strafrechts im Lichte der europäischen Rechtsvergleichung. In: Albin Eser/Ulrike Schittenhelm/Heribert Schumann (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*. München 1998, S. 411–434.
- Véron, Michel*, *Droit Pénal Spécial*. 7. Aufl. Paris 1999 (zit. Véron, DPS).
- Vitu, André*, *Jurisprudence. Droit Pénal Général*. RSC 1987, 863–868; 1991, 331–336.
- Vogel, Joachim*, Elemente der Straftat: Bemerkungen zur französischen Straftatlehre und zur Straftatlehre des common law. GA 1998, 127–150.
- Zauberman, R.*, *Victimes en France: des positions, intérêts et stratégies diverses. Déviance et Société* 15 (1991), 27–49.
- Zieschang, Frank*, Der Allgemeine Teil des neuen französischen Strafgesetzbuchs. ZStW 106 (1994), 647–662.

§ 6

Landesbericht Italien*

Konstanze Jarvers

* Autorin und Herausgeber danken Frau Susanne Hein für die Durchführung der Interviews, wertvolle Vorarbeiten und die Teile I.1.1. bis 1.3, I.2. und II.2.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	299
I. Rechtstatsächlicher Hintergrund	301
I.1. Amtliche Statistiken	301
I.1.1. Interpol (1991–1992)	301
I.1.2. Bericht über die Rechtspflege im Jahr 1994	301
I.1.3. Kriminalitätsstatistik 1995	301
I.1.4. Strafrechtliche Statistiken über das Jahr 2003	302
I.2. Empirische Studien zur Tötungskriminalität	303
I.2.1. Die Untersuchung von Bandini, Gatti und Traverso (1983)	303
I.2.2. Die Untersuchung von Lanza (1994)	305
I.2.3. Die Untersuchung von Merzagora, Gigli und Zoja (1995)	306
I.3. Gesellschaftliche Diskussion	307
II. Rechtliche Rahmenbedingungen und allgemeiner Verlauf der Befragung	307
II.1. Rechtlicher Rahmen	307
II.1.1. Einschlägige materiellrechtliche Regelungen	307
II.1.1.1. Überblick über den systematischen Aufbau der Strafbarkeitsmerkmale	307
II.1.1.1.1. Formeller und materieller Verbrechensbegriff ...	307
II.1.1.1.2. Verbrechen und Übertretungen	308
II.1.1.1.3. Der Verbrechen Aufbau	310
II.1.1.1.3.1. Der Tatbestand	310
II.1.1.1.3.2. Die Rechtswidrigkeit	311
II.1.1.1.3.3. Die Schuld	313
II.1.1.1.4. Besonderheiten aus dem Bereich der Versuchs- strafbarkeit	315
II.1.1.1.5. Die Beteiligung an der Straftat	316
II.1.1.2. Tötungstatbestände	317
II.1.1.2.1. Allgemeines zu den Tötungsdelikten	317
II.1.1.2.2. Die vorsätzlichen Tötungsdelikte	318
II.1.1.2.2.1. Das einstufige Modell	318
II.1.1.2.2.2. Der Tatbestand der vorsätzlichen Tötung, Art. 575	318
II.1.1.2.2.3. Erschwerende Umstände, Art. 576, 577	319
II.1.1.2.3. Die präerintentionale Tötung, Art. 584	324
II.1.1.2.4. Die fahrlässige Tötung, Art. 589	325
II.1.1.2.5. „Erfolgsqualifizierte“ Delikte	325

II.1.1.2.5.1. Tod oder Körperverletzung als Folge eines anderen Verbrechens, Art. 586	325
II.1.1.3. Straffreistellungen	326
II.1.1.3.1. Relevante Straffreistellungsgründe auf der Ebene der Rechtswidrigkeit	326
II.1.1.3.1.1. Notwehr, Art. 52	327
II.1.1.3.2. Relevante Straffreistellungsgründe auf der Ebene der Schuld	331
II.1.1.3.2.1. Der unvermeidbare Verbotsirrtum	331
II.1.1.3.2.2. Weitere Straffreistellungsgründe auf der Ebene der Schuld	331
II.1.1.4. Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe, Strafzumessung	333
II.1.1.4.1. Strafmildernde und straferschwerende Umstände	333
II.1.1.4.1.1. Einführung	333
II.1.1.4.1.2. Zusammentreffen erschwerender und mildernder Umstände	335
II.1.1.4.1.3. Anwendung erschwerender und mildernder Umstände und Strafzumessung	337
II.1.1.4.1.4. Die einzelnen allgemeinen erschwerenden Umstände, Art. 61	337
II.1.1.4.1.5. Die einzelnen allgemeinen mildernden Umstände, Art. 62	340
II.1.1.4.1.6. Unbestimmte mildernde Umstände, Art. 62-bis	342
II.1.1.4.2. Das italienische Sanktionensystem	343
II.1.1.4.2.1. Hauptstrafen (pene principali)	344
II.1.1.4.2.2. Nebenstrafen	345
II.1.1.4.3. Die Strafzumessung	345
II.1.1.4.4. Bedingte Strafaussetzung, Art. 163 ff.	347
II.1.2. Wesenszüge des Strafverfahrensrechts	347
II.1.2.1. Generelle Charakterisierung der Verfahrensstruktur	347
II.1.2.1.1. Vorbemerkungen	347
II.1.2.1.2. Überblick über den Gang des Strafverfahrens ...	348
II.1.2.1.2.1. Die Vorerhebungen, Art. 326 ff. c.p.p.	348
II.1.2.1.2.2. Die Vorverhandlung, Art. 416 ff. c.p.p.	350
II.1.2.1.2.3. Die Hauptverhandlung, Art. 465 ff. c.p.p.	350
II.1.2.2. Zuständige Spruchkörper und einschlägige Verfahrensarten	351

II.1.2.2.1.	Zuständige Spruchkörper	351
II.1.2.2.1.1.	Eingangsgerichte	351
II.1.2.2.1.2.	Berufungsgerichte	352
II.1.2.2.1.3.	Revisionsgericht	352
II.1.2.2.2.	Einschlägige Verfahrensarten	352
II.1.2.2.2.1.	Das abgekürzte Verfahren, Art. 438 ff. c.p.p.	353
II.1.2.2.2.2.	Strafzumessung auf Antrag der Parteien, Art. 444 ff. c.p.p.	355
II.1.2.3.	Besonderheiten des Beweisverfahrens	357
II.1.2.3.1.	Die Beweiserhebung	357
II.1.2.3.2.	Beweislastverteilung, insbesondere bei Einreden der Verteidigung	358
II.1.2.4.	Anforderungen an die schriftliche Entscheidungs- begründung	359
II.1.3.	Äußerer Rahmen der Strafvollstreckung	360
II.1.3.1.	Verkürzungen des Vollzugs von Freiheitsstrafen	360
II.1.3.1.1.	Aussetzung der Strafe zur Bewährung, Art. 163 ff.	360
II.1.3.1.2.	Bedingte Entlassung, Art. 176 ff.	360
II.1.3.1.3.	Vorzeitige Haftentlassung, Art. 54 o.p.	361
II.1.3.1.4.	Straferlass und Begnadigung, Art. 174	362
II.1.3.2.	Substanzielle Vollzugslockerungen	362
II.1.3.2.1.	Zeitweiliges Verlassen der Haftanstalt, Art. 21, 30 ff. o.p.	362
II.1.3.2.2.	Halbfreiheit, Art. 48 ff. o.p.	363
II.1.3.2.3.	Hausarrest, Art. 47-ter o.p.	363
II.1.3.2.4.	Überweisung an den Sozialdienst zur Bewährung, Art. 47 o.p.	363
II.2.	Befragung der Landesjuristen	364
II.2.1.	Bildung der Stichprobe	364
II.2.2.	Verlauf der Gespräche	364
III.	Beurteilung der Fallvarianten	365
III.1.	Fallvariante 1	365
III.1.1.	Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung	365
III.1.1.1.	Tatbestandliche Einstufung	365
III.1.1.1.1.	Rechtliche Vorgaben	365
III.1.1.1.2.	Ergebnisse der Befragung	365
III.1.1.2.	Eingreifen von Straffreistellungen	365
III.1.1.2.1.	Rechtliche Vorgaben	365
III.1.1.2.2.	Ergebnisse der Befragung	366
III.1.1.3.	Strafrahmenbestimmung und konkrete Strafzumessung	367
III.1.1.3.1.	Erschwerende und mildernde Umstände	368

III.1.1.3.1.1. Rechtliche Vorgaben	368
III.1.1.3.1.2. Ergebnisse der Befragung	371
III.1.1.3.2. Abwägung der erschwerenden und mildernden Umstände	375
III.1.1.3.2.1. Rechtliche Vorgaben	375
III.1.1.3.2.2. Ergebnisse der Befragung	376
III.1.1.3.3. Anzuwendender Strafrahmen	377
III.1.1.3.3.1. Rechtliche Vorgaben	377
III.1.1.3.3.2. Ergebnisse der Befragung	379
III.1.1.3.4. Strafzumessung und konkrete Sanktion	380
III.1.1.3.4.1. Rechtliche Vorgaben	380
III.1.1.3.4.2. Ergebnisse der Befragung	380
III.1.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte	382
III.1.1.4.1. Vorbedacht bzw. überlegte Begehungsweise ...	382
III.1.1.4.2. Ausnutzung der Wehrlosigkeit des schlafenden O	382
III.1.1.4.3. Tötung des Ehegatten	382
III.1.1.4.4. Beeinträchtigung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit	382
III.1.1.4.5. Seelische Belastung der T und Gefahr weiterer Misshandlungen	383
III.1.1.4.6. Tatprovokation durch O	383
III.1.2. Einflüsse des Strafverfahrens	383
III.1.2.1. Einflussnahme der Anklagebehörde auf Spruchkörper und Verfahrensart	383
III.1.2.1.1. Spruchkörper	383
III.1.2.1.2. Verfahrensart	384
III.1.2.1.2.1. Rechtliche Vorgaben	384
III.1.2.1.2.2. Ergebnisse der Befragung	384
III.1.2.2. Besonderheiten des Beweisverfahrens	385
III.1.2.2.1. Beweisschwierigkeiten	385
III.1.2.2.2. Beweislastverteilung bei Verteidigungs- einreden	385
III.1.2.2.3. Beauftragung von Sachverständigen	386
III.1.2.2.3.1. Rechtliche Vorgaben	386
III.1.2.2.3.2. Ergebnisse der Befragung	386
III.1.2.3. Anforderungen an die Entscheidungsbegründung	387
III.1.2.4. Verteidigungsstrategie und Absprachen	387
III.1.2.4.1. Verteidigungsstrategie	387
III.1.2.4.2. Absprachen	388
III.1.3. Einflüsse der Strafvollstreckung	388
III.1.3.1. Tatsächliche Haftdauer	388
III.1.3.1.1. Vollständige Aussetzung zu Bewährung	388

III.1.3.1.2. Bedingte Haftentlassung	388
III.1.3.1.3. Vorzeitige Haftentlassung	388
III.1.3.1.4. Straferlass und Begnadigung	389
III.1.3.2. Vollzugslockerungen	390
III.1.3.2.1. Rechtlicher Rahmen	390
III.1.3.2.2. Ergebnisse der Befragung	390
III.2. Fallvariante 2	390
III.2.1. Materielle rechtliche Einstufung und Strafzumessung	390
III.2.1.1. Tatbestandliche Einstufung	390
III.2.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen	391
III.2.1.2.1. Rechtliche Vorgaben	391
III.2.1.2.2. Ergebnisse der Befragung	391
III.2.1.3. Strafrahenbestimmung und konkrete Strafzumessung	392
III.2.1.3.1. Erschwerende und mildernde Umstände	392
III.2.1.3.1.1. Rechtliche Vorgaben	392
III.2.1.3.1.2. Ergebnisse der Befragung	393
III.2.1.3.2. Abwägung der erschwerenden und mildernden Umstände	396
III.2.1.3.2.1. Rechtliche Vorgaben	396
III.2.1.3.2.2. Ergebnisse der Befragung	396
III.2.1.3.3. Anzuwendender Strafrahen	397
III.2.1.3.3.1. Rechtliche Vorgaben	397
III.2.1.3.3.2. Ergebnisse der Befragung	399
III.2.1.3.4. Strafzumessung und konkrete Sanktion	399
III.2.1.3.4.1. Rechtliche Vorgaben	399
III.2.1.3.4.2. Ergebnisse der Befragung	399
III.2.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte	401
III.2.2. Einflüsse des Strafverfahrens	401
III.2.2.1. Verfahrensart	401
III.2.2.1.1. Rechtliche Vorgaben	401
III.2.2.1.2. Ergebnisse der Befragung	402
III.2.2.2. Beauftragung von Sachverständigen	402
III.2.3. Einflüsse der Strafvollstreckung	403
III.3. Fallvariante 3	403
III.3.1. Materielle rechtliche Einstufung und Strafzumessung	403
III.3.1.1. Tatbestandliche Einstufung	403
III.3.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen	404
III.3.1.2.1. Rechtliche Vorgaben	404
III.3.1.2.2. Ergebnisse der Befragung	404
III.3.1.3. Strafrahenbestimmung und konkrete Strafzumessung	405
III.3.1.3.1. Erschwerende und mildernde Umstände	405
III.3.1.3.1.1. Rechtliche Vorgaben	405

III.3.1.3.1.2. Ergebnisse der Befragung	406
III.3.1.3.2. Abwägung der erschwerenden und mildernden Umstände	407
III.3.1.3.2.1. Rechtliche Vorgaben	407
III.3.1.3.2.2. Ergebnisse der Befragung	408
III.3.1.3.3. Anzuwendender Strafrahmen	408
III.3.1.3.3.1. Rechtliche Vorgaben	408
III.3.1.3.3.2. Ergebnisse der Befragung	409
III.3.1.3.4. Strafzumessung und konkrete Sanktion	409
III.3.1.3.4.1. Rechtliche Vorgaben	409
III.3.1.3.4.2. Ergebnisse der Befragung	409
III.3.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte	410
III.3.2. Einflüsse des Strafverfahrens	410
III.3.2.1. Verfahrensart	411
III.3.2.2. Beauftragung von Sachverständigen	411
III.3.3. Einflüsse der Strafvollstreckung	412
III.4. Fallvariante 4	412
III.4.1. Materielle rechtliche Einstufung und Strafzumessung	412
III.4.1.1. Tatbestandliche Einstufung	412
III.4.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen	412
III.4.1.2.1. Rechtliche Vorgaben	412
III.4.1.2.1.1. Notwehr, Art. 52	413
III.4.1.2.1.2. Fahrlässiger Exzess, Art. 55	414
III.4.1.2.2. Ergebnisse der Befragung	414
III.4.1.2.2.1. Notwehr, Art. 52	414
III.4.1.2.2.2. Fahrlässiger Exzess, Art. 55	415
III.4.1.3. Strafrahmenbestimmung und konkrete Strafzumessung	416
III.4.1.3.1. Erschwerende und mildernde Umstände	416
III.4.1.3.1.1. Rechtliche Vorgaben	416
III.4.1.3.1.2. Ergebnisse der Befragung	417
III.4.1.3.2. Abwägung der erschwerenden und mildernden Umstände	417
III.4.1.3.2.1. Rechtliche Vorgaben	417
III.4.1.3.2.2. Ergebnisse der Befragung	418
III.4.1.3.3. Anzuwendender Strafrahmen	418
III.4.1.3.3.1. Rechtliche Vorgaben	418
III.4.1.3.3.2. Ergebnisse der Befragung	418
III.4.1.3.4. Strafzumessung und konkrete Sanktion	418
III.4.1.3.4.1. Rechtliche Vorgaben	418
III.4.1.3.4.2. Ergebnisse der Befragung	419
III.4.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte	421

III.4.2. Einflüsse des Strafverfahrens	421
III.4.2.1. Einflussnahme der Anklagebehörde auf Spruchkörper und Verfahrensart	421
III.4.2.1.1. Spruchkörper	421
III.4.2.1.2. Verfahrensart	421
III.4.2.1.2.1. Rechtliche Vorgaben	421
III.4.2.2. Besonderheiten des Beweisverfahrens	422
III.4.2.3. Verteidigungsstrategie	423
III.4.3. Einflüsse der Strafvollstreckung	423
III.4.3.1. Tatsächliche Haftdauer	423
III.4.3.1.1. Vollständige Aussetzung zur Bewährung	423
III.4.3.1.2. Sonstige Haftverkürzungen	423
III.4.3.2. Vollzugslockerungen	423
III.4.3.2.1. Halbfreiheit, Art. 48 ff. o.p.	423
III.4.3.2.2. Hausarrest, Art. 47-ter o.p.	423
III.4.3.2.3. Überweisung an den Sozialdienst zur Bewährung, Art. 47 o.p.	424
IV. Schlussbetrachtung	424
Literaturverzeichnis	428

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
art.	articolo
Aufl.	Auflage
bzw.	beziehungsweise
Cass. pen.	Cassazione penale
c.p.	codice penale
c.p.p.	codice di procedura penale
D. Lgs.	decreto legislativo
evtl.	eventuell
f., ff.	folgende, fortfolgende
G. it.	Giustizia italiana
Giur. Cost.	Giurisprudenza costituzionale
Giust. pen.	Giustizia penale
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
L.	legge
L. cost.	legge costituzionale
Mio.	Million
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.	numero
n.F.	neue Fassung
Nr.	Nummer
o.g.	ordinamento giudiziario
o.p.	ordinamento penitenziario

Riv. it. dir. proc. pen.	Rivista italiana di diritto di procedura penale
Riv. pen.	Rivista penale
Rn.	Randnummer
S.	Seite
sog.	sogenannt
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel

I. Rechtstatsächlicher Hintergrund*

I.1. Amtliche Statistiken

I.1.1. Interpol (1991–1992)

Nach den Kriminalstatistiken der Interpol für die Jahre 1991–1992 gelangten 1992 in Italien 3.310 (1991: 4.031) Fälle vorsätzlicher (versuchter und vollendeter) Tötung zur Kenntnis der Polizei. In 55,92 % der Fälle (1991: 54,50 %) ist die Handlung nicht über das Versuchsstadium hinausgelangt. 50,73 % (1991: 42,47 %) der Fälle wurden als gelöst abgeschlossen; der Kriminalitätsprozentsatz beträgt für diese Straftaten pro 100.000 Einwohner 11,77 % (1991: 7,02 %). In 2.260 Fällen (1991: 2.332) waren die Täter für ihre Handlung strafrechtlich verantwortlich; 3,94 % (1991: 3,86 %) der Täter waren Jugendliche (14 bis 18 Jahre).

I.1.2. Bericht über die Rechtspflege im Jahr 1994

Der Jahresbericht des Generalstaatsanwalts Italiens beim Kassationsgerichtshof über die Rechtspflege im Jahr 1994 enthält im Anhang Angaben über die gemeldeten Straftaten, bei denen Anklage erhoben wurde.¹ Danach ist bei den vorsätzlichen Tötungsdelikten – wobei zwischen Versuch und Vollendung nicht unterschieden wird – ein Rückgang von 3.838 im Jahr 1991 bis zu 2.887 (1.7.1993–30.6.1994) festzustellen, wobei der Rückgang von 1991 auf 1992 16,2 % und von 1992 auf 1993 10,5 % betrug. Bei der sogenannten präterintentionalen Tötung² ist keine klare Tendenz zu erkennen: Während 1991 in 71 Fällen Anklage erhoben wurde, ist die Anzahl 1992 um 12,7 % gestiegen, um danach 1993 wieder um 5,0 % abzusinken und sodann bis zum 30.6.1994 um 8,5 % anzusteigen. Bei der Anzahl fahrlässiger Tötungen gab es von 1991 (4.365 Fälle) auf 1992 (5.349 Fälle) einen starken Anstieg (22,5 %). Diese Zahl ging im Jahr 1993 leicht auf 5.283 Fälle zurück (1,2 %), um jedoch im Zeitraum 1.7.1993–30.6.1994 wieder auf 5.529 Fälle (6,1 %) anzusteigen. Weitere bzw. detailliertere Angaben zu den Tötungsdelikten sind in den genannten Statistiken nicht enthalten.

I.1.3. Kriminalitätsstatistik 1995

Nach der jüngsten Bekanntgabe der Kriminalitätsentwicklung im Jahr 1995³ ist die Zahl der vollendeten vorsätzlichen Tötungen leicht angestiegen (1995: 913;

* Stand: 2007.

¹ *Sgroi*, Tav. 14.

² Näheres zu dieser Deliktsform siehe unten II.1.1.2.3.

³ Veröffentlicht in *La Repubblica* Nr. 300 vom 30.12.1995, 17, und *Corriere della Sera* Nr. 308 vom 30.12.1995, 11.

1994: 889); auch bei den versuchten Tötungen ist ein Anstieg auf 1.321 Fälle (1994: 1.286 Fälle) zu verzeichnen. Angaben zu weiteren Formen der Tötungskriminalität wurden nicht veröffentlicht.

1.1.4. Strafrechtliche Statistiken über das Jahr 2003

Aktuelle strafrechtliche Statistiken werden vom *Istituto nazionale di statistica* (Istat) herausgegeben.⁴ Die neuesten enthalten sehr detaillierte Angaben aus dem Jahr 2003 zu den angezeigten bzw. abgeurteilten Tötungsdelikten.

Die Kriminalstatistik gibt dabei die Zahl der angezeigten Tötungsdelikte wieder, wegen der Anklage erhoben wurde.⁵ Im Jahr 2003 waren dies 1.503 Fälle vollendeter vorsätzlicher Tötung, 1.574 Fälle versuchter Tötung, 70 Fälle, in denen eine präterintentionale Tötung angenommen wurde, und schließlich 8.401 Fälle fahrlässiger Tötung. Was dabei den Anteil der Frauen an den angezeigten Personen betrifft, so lag er bei 5,3 % in den Fällen der vorsätzlichen vollendeten Tötung, bei 5 % in den Fällen der versuchten Tötung, in den Fällen präterintentionaler Tötung bei 7,5 % und in den Fällen fahrlässiger Tötung bei 10,4 %. In Bezug auf die vorsätzliche Tötung ist auffallend, wie der Frauenanteil regional von 6,5 % im Norden über 5,8 % in Mittelitalien bis zu 4,8 % im Süden weniger wird.⁶

Als sehr interessant erweist sich auch die Verbrechensstatistik, die die angezeigten Taten nach Motiven bzw. Begehungsweisen unterteilt.⁷ Bei den vollendeten Tötungsdelikten werden dementsprechend fünf verschiedene Beweggründe differenziert: die Tötung zum Zweck eines Diebstahls oder Raubs, aus Gründen, die mit der Mafia (oder anderen, mafiaartigen Organisationen) zusammenhängen, aus Gründen der Ehre oder der Leidenschaft, zu terroristischen Zwecken und sonstige Tötungsdelikte. Am ehesten im familiären Bereich werden sich dabei die Tötungen aus Gründen der Ehre oder Leidenschaft abgespielt haben. Sie machen landesweit einen Anteil von 9,8 % an den vorsätzlichen vollendeten Tötungsdelikten aus. Regional ergibt sich dabei ein Bild, das den landläufigen Vorurteilen eher nicht entspricht. Von 10,7 % im Norden Italiens und 16,2 % in der Mitte sinkt der Anteil der Tötungen aus Ehre und Leidenschaft in Süditalien auf 7,6 %.⁸

⁴ Istituto nazionale di statistica, *Statistiche giudiziarie penali*, Anno 2003, Annuario n. 12, Rom 2005.

⁵ Istat, *Statistiche giudiziarie* 2003, S. 71.

⁶ Vgl. die Statistiken über die regionale Verteilung der angezeigten Straftaten, Istat, *Statistiche giudiziarie* 2003, S. 81–105.

⁷ Vgl. Istat, *Statistiche giudiziarie* 2003, S. 238 ff. Die absoluten Zahlen dieser Statistik weichen allerdings von den vorgenannten ab. Der Grund hierfür liegt darin, dass hier ausschließlich solche Straftaten enthalten sind, die den Justizbehörden durch die Polizei, die Carabinieri und die Zoll- und Steuerpolizei zur Anzeige gebracht wurden. Nicht erfasst sind hingegen die Anzeigen von allen anderen Behörden oder Privaten.

⁸ Vgl. Istat, *Statistiche giudiziarie* 2003, S. 238–259.

Bei den Daten über die im Jahr 2003 wegen Tötungsdelikten erfolgten Verurteilungen ergibt sich bezüglich der Täterschaft von Frauen – mit Ausnahme der fahrlässigen Tötung, wo der Anteil der Frauen in etwa gleich ist – ein noch extremeres Bild als bei den angezeigten Taten. Bei der vorsätzlichen Tötung waren es 819 Fälle (davon 3 % Frauen), wegen versuchter vorsätzlicher Tötung wurden 340 Angeklagte verurteilt (davon 4,1 % Frauen), bei der präterintentionalen Tötung befand sich unter 38 Fällen nur eine Frau (2,6 %) und bei 3.517 Verurteilungen wegen fahrlässiger Tötung waren 10,8 % Frauen.⁹ Was die regionale Verteilung betrifft, so gab es bei der vorsätzlichen Tötung in Norditalien 170 (davon 7,6 % Frauen), in der Mitte Italiens 53 (davon 1,8 % Frauen) und im Süden 597 (davon ebenfalls 1,8 % Frauen) Verurteilungen.¹⁰ Hier fällt die Frauenquote noch auffälliger von Nord nach Süd ab als bei den angezeigten Straftaten. Interessant ist letztlich auch die Statistik über die Höhe der wegen versuchter oder vollendeter vorsätzlicher Tötung ausgeworfenen Strafe.¹¹ Es zeigt sich in diesem Zusammenhang eine starke Tendenz, die Täter von Tötungsdelikten zu hohen Freiheitsstrafen zu verurteilen. In 29 Fällen wurde eine Strafe von 1 bis 2 Jahren verhängt, in 19 Fällen eine von 2 bis 3 Jahren und in 132 Fällen eine von 3 bis 5 Jahren. Sehr hohe Strafaussprüche ergaben sich schließlich in 255 (5 bis 10 Jahre) bzw. 725 (über 10 Jahre) Fällen.

1.2. Empirische Studien zur Tötungskriminalität

Landesspezifische empirische Forschungen neueren Datums zur Tötungskriminalität und zu ihrer strafrechtlichen Bewältigung sind in eingeschränktem Umfang vorhanden.

1.2.1. Die Untersuchung von Bandini, Gatti und Traverso (1983)

Die kriminologische Untersuchung von *Bandini, Gatti* und *Traverso*¹² von 237 Tötungsdelikten (versuchte und vollendete Tötungen sowie Kindestötung), die sich in der Stadt Genua im 15-jährigen Untersuchungszeitraum von 1961 bis 1975 ereignet haben, kommt zu folgenden Ergebnissen:

Bei der vorsätzlichen Tötung wird meist eine Strafe von mehr als 20 Jahren Gefängnis verhängt, während bei der versuchten Tötung die Strafdauer in der Regel zwischen sechs und zehn Jahren liegt.¹³ Die im Instanzenzuge verhängten Strafen

⁹ Vgl. Istat, *Statistiche giudiziarie* 2003, S. 134. Die ebenfalls enthaltene Differenzierung nach Altersklassen soll hier nicht wiedergegeben werden.

¹⁰ Istat, *Statistiche giudiziarie* 2003, S. 155.

¹¹ Istat, *Statistiche giudiziarie* 2003, S. 171.

¹² *Bandini/Gatti/Traverso*, S. 201.

¹³ *Bandini/Gatti/Traverso*, S. 180.

ergeben folgendes Bild: Die erstinstanzlich verhängte Strafe wird in etwas mehr als der Hälfte der Fälle von der zweiten Instanz bestätigt; bei den anderen Fällen war eine Herabsetzung der Strafe wahrscheinlicher als eine Strafschärfung. Diese Tendenz wird durch die Zahl der Freisprüche bestätigt, welche insbesondere bei der vorsätzlichen Tötung von der ersten Instanz bis zum rechtskräftigen Urteil ansteigt. Ein direkter Zusammenhang zwischen charakterlichen Eigenschaften des Täters und der Strafhöhe ist dabei nur in Bezug auf das Geschlecht festzustellen, wobei Straftäter männlichen Geschlechts durchschnittlich eine höhere Strafe erhalten als weibliche Täter. Bei durch weibliche Täter begangenen Tötungsdelikten ist festzustellen, dass diese vorwiegend innerhalb der Familie begangen werden und nie gegenüber Unbekannten; bei den Opfern weiblicher Täter handelt es sich meist um solche männlichen Geschlechts. Frauen töten und werden getötet vorwiegend im familiären Bereich, selten von Bekannten und praktisch nie von Unbekannten. Tötet hingegen ein Mann einen anderen Mann, so ist es häufiger, dass dies zwischen Unbekannten geschieht, während im Gegenteil die Tötung einer Frau durch einen Mann häufiger im familiären Bereich geschieht. Von den weiteren Ergebnissen der Untersuchung sind folgende Punkte hervorzuheben:

Die wegen vollendeter Tötung verurteilten Straftäter unterscheiden sich grundlegend von den wegen versuchter Tötung verurteilten; ein Ergebnis, welches nach den Autoren in klarem Widerspruch zur kriminologischen Literatur steht, die von der grundsätzlichen Deckungsgleichheit dieser beiden Deliktstypen ausgeht. Die versuchte Tötung zeichnet sich im Gegensatz zum vollendeten Delikt durch eine erhöhte Anzahl jugendlicher Straftäter, einen erhöhten Anteil von Immigranten und das Fehlen einer engen Täter-Opfer-Verbindung aus. Diese Unterschiede erklären sich nach Auffassung der Autoren vor allem durch bestimmte Mechanismen der rechtlichen Bewertung (Definition) der Straftaten.¹⁴

Ein weiteres Ergebnis ist, dass Tötungsdelikte in großem Umfang innerhalb von Gruppen auftreten, welche durch familiäre oder soziale Bindungen verknüpft sind (wobei insbesondere familiäre Gewalt und sexueller Missbrauch eine Rolle spielen). Hierin unterscheidet sich Italien von anderen, gleich stark entwickelten und verstädertern Ländern, wo Tötungsdelikte unter Personen, zwischen denen zuvor weder eine gefühlsmäßige noch eine gesellschaftliche Verbindung bestand, stark anzuwachsen scheinen.

Die Entscheidung des Gerichts, ein psychiatrisches Gutachten in Auftrag zu geben, ist eng verbunden mit den sozioökonomischen Charakteristika des Straftäters.

Ferner neigt der gerichtliche Gutachter dazu, die eigene Beurteilung den Erwartungen des Gerichts anzupassen.¹⁵

¹⁴ *Bandini/Gatti/Traverso*, S. 194.

¹⁵ *Bandini/Gatti/Traverso*, S. 195.

I.2.2. Die Untersuchung von Lanza (1994)

Eine weitere Studie widmet sich den Tötungsdelikten in der Familie und untersucht die Dynamik in den schwurgerichtlichen Entscheidungen anhand einer Analyse von 30 Verurteilungen wegen Tötungsdelikten im häuslichen Bereich.¹⁶ Bei den 30 Urteilen handelt es sich um solche der Schwurkammern des Oberlandesgerichts von Venedig (zweite Instanz). Die verhängte Strafe betrug durchschnittlich:

- 13 Jahre und 6 Monate Gefängnisstrafe für vorsätzliche Tötung,
- 9 Jahre und 1 Monat Gefängnisstrafe für präterintentionale Tötung oder bei Tod infolge einer anderen Straftat,
- 2 Jahre Gefängnisstrafe für fahrlässige Tötung.

In 29 Fällen wurde vom Vorliegen allgemein strafmildernder Umstände ausgegangen, sodass häufig eine Gewichtung der erschwerenden Umstände stattzufinden hatte.¹⁷ In nur 15 % der untersuchten Urteile der Schwurkammer des Oberlandesgerichts wurden die allgemeinen strafmildernden Umstände als gleichbedeutend mit den erschwerenden Umständen angesehen; in den restlichen 95 % wurden die Strafmilderungsgründe für überwiegend angesehen, sodass gemäß Art. 69 Abs. 2 c.p. keine lebenslange Gefängnisstrafe verhängt wurde.

Die Strafaussprüche blieben fast immer an der unteren Grenze; diese Wahl wird häufig unter Berufung auf die soziokulturelle Umgebung gerechtfertigt, in welcher die Idee zur Straftat gereift und letztlich zur Ausführung gelangt ist. In den Urteilen wurde den mildernden Umständen und den Strafminderungsgründen (insbesondere dem Strafmilderungsgrund der teilweisen Geistesstörung, Art. 89 c.p.) regelmäßig ein bis an die maximale Grenze gehender strafreduzierender Effekt zugemessen.

Die Untersuchung kommt zu dem Ergebnis, dass das Tötungsdelikt innerhalb der Familie folgende charakteristische Besonderheiten aufweist – im Verhältnis zu Tötungsdelikten zwischen Bekannten:

- bei der Tötung innerhalb der Familie ist der Anteil der angeklagten Frauen höher als der Durchschnittswert bei weiblicher Kriminalität;
- bei dieser Art von Straftaten sind in Bezug auf das Verhältnis Täter/Opfer vier Altersgruppen mit besonderem Risiko zu unterscheiden: In einem Alter von ungefähr 25 Jahren ist das Risiko für die Tötung eines Elternteils besonders hoch; im Alter von ungefähr 45 Jahren für einen Brudermord; im Alter von ungefähr 50 Jahren für die Tötung des Ehegatten oder des Partners und im Alter von ungefähr 60 Jahren für die Tötung des Sohnes;

¹⁶ Lanza, S. 272.

¹⁷ Nach Art. 69 hat der Richter abzuwägen, ob die erschwerenden oder die mildernden Umstände als überwiegend anzusehen sind. Näheres siehe unten II.1.1.4.1.2.

- die Straftat wird häufig in einer Kleinfamilie begangen (in 43 % der Fälle bestehend aus nur zwei Personen), von Personen, die im Allgemeinen nicht vorbestraft sind (80,7 % der Fälle) und eine niedrige Schulbildung haben;
- die Tat ist am häufigsten zwischen Kind und Elternteil (30,1 %) bzw. Elternteil und Kind (43,3 %);
- trotz der Schwere der Tat entzieht sich der Täter in der Regel nicht seiner Inhaftnahme und leugnet auch nicht seine Verantwortung für die Tat;
- häufig (in 45 % der Fälle) war die Tat eine Reaktion auf ein unerträgliches zwischenmenschliches Verhältnis oder eine ungerechte und provozierende Handlung des Opfers;
- die anderen Familienmitglieder – sofern vorhanden – nehmen eine offene Verteidigungshaltung für die Tat des Angeklagten ein;
- begünstigend für eine solche Tat ist ein familiäres Umfeld, in welchem sowohl der Täter als auch das Opfer den – gemäßigten – Gebrauch von Gewalt als akzeptables und toleriertes Instrument zur Beendigung persönlicher Konflikte ansehen;
- wird die Tat durch einen Minderjährigen (unter Umständen) mit tatsächlicher und/oder moralischer Unterstützung eines Erwachsenen) begangen, so nimmt der junge Täter im Prozess meist die volle Verantwortung für die Tat und ihre Konsequenzen auf sich;
- das Berufungsgericht verhängt oder bestätigt in der Regel Strafen, die nicht besonders hoch sind, und bleibt bei der Strafzumessung am unteren Rahmen, wobei fast immer den mildernden Umständen und – wo vorhanden – den Strafminde-
rungsgründen eine größere Bedeutung beigemessen wird als den Straferschwerungsgründen.

I.2.3. Die Untersuchung von Merzagora, Gigli und Zoja (1995)

In einer Viktimisierungsstudie aus dem Jahr 1995 wurden anhand von 339 Fällen die Eigenschaften von Opfern von Tötungsdelikten im Raum Mailand für den Zeitraum 1987 bis 1992 untersucht.¹⁸ In 80,2 % der Fälle waren die Opfer männlich; in 65,1 % wurden sie mit einer Schusswaffe getötet. Bei einem Großteil bestand Verbindung zu strafbaren Aktivitäten (jeglicher Form) oder zur Prostitution: Diesem Bereich sind 53,5 % der Tötungsoffer zuzuordnen. Von dem Rest setzt sich die Hälfte wie folgt zusammen: Personen, die während der Begehung anderer Straftaten getötet wurden (5,7 %), sowie Tötungen im Lauf von Streitigkeiten oder Schlägereien (8,3 %) bzw. im Bereich der Familie oder des Zusammenlebens (15 %).¹⁹

¹⁸ *Merzagora/Gigli/Zoja*, S. 188.

¹⁹ *Merzagora/Gigli/Zoja*, S. 177 f.

I.3. Gesellschaftliche Diskussion

In der gesellschaftlichen Diskussion in Italien dominierten in den letzten Jahren eindeutig Fälle der Kindestötung. Über den Ehegattenmord wurde vergleichsweise wenig diskutiert; wenn, dann standen Fälle im Vordergrund, in denen Misshandlungen in der Ehe schließlich eskalierten und zur Tötung der Ehefrau führten (*uxoricidio*). Die Tötung des misshandelnden Ehemanns (*mariticidio*) durch die Frau wurde nur wenig thematisiert.

II. Rechtliche Rahmenbedingungen und allgemeiner Verlauf der Befragung

II.1. Rechtlicher Rahmen

II.1.1. Einschlägige materiellrechtliche Regelungen

II.1.1.1. Überblick über den systematischen Aufbau der Strafbarkeitsmerkmale

Im materiellen Strafrecht, insbesondere in der Dogmatik des Allgemeinen Teils, gibt es viele Gemeinsamkeiten mit dem deutschen Strafrecht. Dies liegt zum einen an der gemeinsamen Basis des römischen Rechts, aber auch an einem gewissen Einfluss, den die deutsche Dogmatik in den letzten Jahrzehnten auf die italienische Strafrechtswissenschaft gehabt hat. Das italienische Strafgesetzbuch (*codice penale*), nach dem damaligen Justizminister *Alfredo Rocco* auch *Codice Rocco* genannt, ist seit 1931 in Kraft und hat bislang noch keine umfangreiche Reform erfahren, obwohl eine solche nach einhelliger Auffassung dringend erforderlich wäre. In den letzten Jahren gab es insbesondere fünf wichtige Reformentwürfe,²⁰ die jedoch politisch nicht durchsetzbar waren. Im Lauf der Jahre wurde der *codice penale* aber immer wieder punktuell geändert, teils durch den Gesetzgeber, teils auch bedingt durch Entscheidungen des italienischen Verfassungsgerichtshofs.

II.1.1.1.1. Formeller und materieller Verbrechensbegriff

Traditionell gilt in Italien der „formelle Verbrechensbegriff“. Danach ist eine Straftat jedes menschliche Verhalten, an welches das Gesetz eine strafrechtliche Sanktion knüpft.²¹ Strafrechtlich ist eine Sanktion dann, wenn sie durch eine Jus-

²⁰ Progetto Pagliaro (1991, Allgemeiner und Besonderer Teil), Progetto Riz (1995, nur Allgemeiner Teil), Progetto Grosso (2001, nur Allgemeiner Teil), Progetto Nordio (2005, nur Allgemeiner Teil) und Progetto Pispia (2006, Entwurf für ein Ermächtigungsgesetz).

²¹ *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 133.

tizbehörde mittels Prozess verhängt wird.²² Die Strafe muss persönlichen Charakter²³ haben und die Folge der Nichtbeachtung eines staatlichen Gesetzes sein, das die strafbare Handlung mit größtmöglicher Bestimmtheit festlegt.²⁴ Die Strafrechtslehre hat sich jedoch nicht damit zufriedengegeben, das Verbrechen lediglich formal in seinem Verhältnis zur positiven Rechtsordnung zu definieren, sondern auch die wesentlichen Ursachen dafür bezeichnet, ein bestimmtes Verhalten als kriminell zu betrachten. So wurde bereits seit Längerem versucht, einen materiellen Verbrechensbegriff zu schaffen.²⁵ Heute werden diese älteren Definitionsversuche meist als ungeeignet abgelehnt. Ausgehend von der Prämisse, dass die Strafe immer *ultima ratio* sein muss, und ohne Anspruch auf letztendliche Sicherheit wird die Straftat umschrieben als „menschliches Verhalten, das nach der Beurteilung des Gesetzgebers den Zielen des Staates widerspricht und als Sanktion eine (Kriminal-) Strafe erfordert“²⁶ oder als „menschliches Verhalten, das ein Rechtsgut angreift, das vom Gesetzgeber, der sich im Rahmen der Verfassungswerte bewegt, als schützenswert erachtet wird, vorausgesetzt, dass das Maß der Aggression die Anwendung einer (Kriminal-)Strafe für die Garantie eines effektiven Schutzes als unvermeidlich erscheinen lässt“.²⁷

II.1.1.1.2. Verbrechen und Übertretungen

Das italienische Strafgesetzbuch unterscheidet bei den Straftaten (*reati*) zwischen den Verbrechen (*delitti*) einerseits und den Übertretungen (*contravvenzioni*) andererseits. Dabei ist die einfachste Abgrenzungsmethode eine formale. Der Gesetzgeber hat diese beiden Arten von Straftaten im Strafgesetzbuch streng voneinander getrennt, indem er die Verbrechen im II. (*libro secondo*) und die Übertretungen im III. Buch (*libro terzo*) des *codice penale* regelt. Eine weitere formale Unterscheidung, die sich nach den für die Taten angedrohten Sanktionen richtet und auch für die Differenzierung in den Nebengesetzen hilfreich ist, ist in Art. 17

²² In diesem Punkt unterscheidet sich das strafrechtliche vom verwaltungsrechtlichen Unrecht, siehe hierzu unten II.1.1.1.2.

²³ Art. 27 Abs. 1 der italienischen Verfassung (*Costituzione della Repubblica Italiana*) bestimmt: „Die strafrechtliche Verantwortlichkeit ist persönlich.“

²⁴ *Antolisei*, Parte generale, S. 164.

²⁵ Zum Beispiel:

– naturrechtliche Definition: „Eine Straftat ist, was die ethische Ordnung in hohem Maße stört“, *Maggiore*, S. 189;

– positivistische Definition: „Strafbar ist, was der durchschnittlichen Moral eines Volkes zu einem bestimmten Zeitpunkt widerspricht“, *Ferri*, S. 383;

– soziologische Definition: „Eine Straftat ist jedes menschliche Verhalten, das die Existenz und den Bestand der Gesellschaft gefährdet oder unmöglich macht“, *Grispigni*, S. 144.

²⁶ *Antolisei*, Parte generale, S. 168.

²⁷ *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 136.

i.V.m. Art. 39²⁸ bestimmt. Danach sind für Verbrechen lebenslange Gefängnisstrafe (*ergastolo*), Gefängnisstrafe (*reclusione*) oder Geldstrafe (*multa*), für Übertretungen hingegen Haftstrafe (*arresto*) oder Geldbuße (*ammenda*) vorgesehen. In der Praxis unterscheiden sich diese Strafen jedoch nicht.

Für eine materielle Unterscheidung konnte bislang in der italienischen Lehre noch kein einheitliches Kriterium entwickelt werden.²⁹ Ganz grob könnte man sagen, dass die Übertretungen in der Regel – aber nicht ausschließlich – Taten geringerer Schwere beinhalten.³⁰

Die Unterscheidung zwischen Verbrechen und Übertretungen hat viele entscheidende Folgen. So ist nach Art. 56 Abs. 1 der Versuch nur bei Verbrechen strafbar. Verbrechen sind – soweit nichts anderes geregelt ist – nur bei vorsätzlicher Begehung strafbar, während Übertretungen vorsätzlich und fahrlässig begangen werden können, Art. 42 Abs. 4. Die Erklärung zum gewohnheitsmäßigen Täter, die zu einer Strafschärfung führt, ist bei Übertretungen nur möglich, wenn angenommen wird, dass der Täter zur Begehung strafbarer Handlungen neigt, Art. 104. Weitere Auswirkungen der Unterscheidung zwischen Verbrechen und Übertretungen ergeben sich bei der Verjährung (*prescrizione*), der freiwilligen Zahlung einer Geldbuße (*oblazione*) und den Sicherungsmaßnahmen (*misure di sicurezza*).

Seit den 1970er Jahren und in großem Umfang im Juni 1999 wurden zahlreiche Übertretungen (und auch ein paar Verbrechen) im Rahmen von Gesetzen zur Entkriminalisierung³¹ teils vollständig abgeschafft, teils in Verwaltungsunrecht (*illecito amministrativo*) umgewandelt. Auf dieses sogenannte entkriminalisierte Unrecht (*illecito depenalizzato*) wurden die traditionell strafrechtlichen Grundprinzipien (z.B. Schuldprinzip, Gesetzesvorbehalt, Rückwirkungsverbot) ausgedehnt. Es hat dennoch lediglich verwaltungsrechtliche Sanktionen³² zur Folge, die nach h.M. keinen Strafcharakter haben³³ und in etwa mit dem deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht vergleichbar sind.

²⁸ Die Artikel ohne Gesetzesangaben sind solche des italienischen Strafgesetzbuchs.

²⁹ Progetto Pagliaro (1991, Allgemeiner und Besonderer Teil), Progetto Riz (1995 nur Allgemeiner Teil), Progetto Grosso (2001, nur Allgemeiner Teil), Progetto Nordio (2005, nur Allgemeiner Teil) und Progetto Pispia (2006, Entwurf für ein Ermächtigungsgesetz).

³⁰ Zu den Übertretungen gehören Taten wie: Auslösen eines Alarms bei Behörden (Art. 658), Belästigung oder Störung von Personen (Art. 660), Unerlaubte Theater- oder Filmvorstellungen (Art. 668), Unerlaubter Waffenbesitz (Art. 697), Betrieb von Glücksspielen (Art. 718), Nichtbefolgen der Grundschulpflicht (Art. 731) usw. Hier und auch im Folgenden wird bei der Bezeichnung der Straftatbestände die deutsche Übersetzung von *Roland Riz/Johanna Bosch*, Italienisches Strafgesetzbuch/Codice penale italiano, zweisprachige Ausgabe, Bozen 1995, verwendet.

³¹ Insbesondere L. 24 novembre 1981, n. 689, und L. 25 giugno 1999, n. 205.

³² Hierzu gehören beispielsweise die Zahlung einer Geldsumme, der Entzug der Fahrerlaubnis und andere begleitende verwaltungsrechtliche Sanktionen.

³³ Siehe *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 134.

II.1.1.1.3. Der Verbrechensaufbau

In der italienischen Strafrechtslehre ist umstritten, ob einem zwei- oder einem dreigliedrigen Verbrechensaufbau (Tatbestand – Rechtswidrigkeit – Schuld) der Vorzug zu geben ist.³⁴ Die traditionelle Lehre hält nach wie vor an einem zweiteiligen Verbrechensbegriff fest.³⁵ Auch in der Rechtsprechung scheint dieser (noch) vorherrschend zu sein. Er setzt sich aus einem objektiven (die materielle Tat) und einem subjektiven Element (der schuldhafte Wille) zusammen. Die Rechtswidrigkeit ist danach kein eigenes strafbegründendes Merkmal der Straftat. Hintergrund einiger diesbezüglicher Entscheidungen war die Frage, ob bei Zweifeln über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes der Angeklagte nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* freizusprechen sei. Die Rechtfertigungsgründe wurden dabei nur als äußere Umstände angesehen, die zum Ausschluss der Strafbarkeit führten. Wäre die Rechtswidrigkeit hingegen Bestandteil der Straftat, hätte ein Freispruch erfolgen müssen. Heute ist diese spezielle Frage nicht mehr von Bedeutung, da nach Art. 530 Abs. 3 der neuen italienischen Strafprozessordnung von 1989 (*codice di procedura penale* = c.p.p.) ein Freispruch auch bei Zweifeln über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes zu erfolgen hat.

Der dreigliedrige Verbrechensaufbau, bei dem die Rechtswidrigkeit ein eigenes Element darstellt, hat jedoch einige, von wachsenden Teilen der Lehre beschriebene Vorteile. Zunächst wird gesagt, dass jedes der drei Elemente der Straftat spezifische Funktionen erfülle und zu einem besonderen Aspekt des strafrechtlichen Schutzes passe. Zudem entspreche der dreigliedrige Verbrechensaufbau eher den gedanklichen Schritten, die der Richter bei der Feststellung der Strafbarkeit vollziehe, nämlich des Beweises der tatbestandsmäßigen Handlung, der Feststellung, dass die Handlung unrechtmäßig war, und schließlich des Beweises der Schuld des Angeklagten. Dieser Begriff sei daher eigentlich praxisnäher.³⁶ Im Folgenden sollen nun die Elemente des dreigliedrigen Verbrechensaufbaus näher erläutert werden.

II.1.1.1.3.1. Der Tatbestand

Ausgangspunkt strafrechtlicher Überlegungen ist zunächst die tatbestandsmäßige Handlung (*fatto tipico*). Sie enthält die Merkmale, die die Verwirklichung eines bestimmten deliktstypischen Unrechts einer Straftat bedingen, und erfüllt somit die Garantiefunktion, dem Bürger die Taten vor Augen zu führen, deren Begehung strafrechtliche Sanktionen zur Folge hat (*nulla poena sine lege*, Art. 25 der italieni-

³⁴ Eine Übersicht findet sich bei Riz, ZStW 93 (1981), 1005 ff.

³⁵ Z.B. Antolisei, Parte generale, S. 213, der für die Rückkehr zum zweigliedrigen Verbrechensaufbau plädiert, da dieser sowohl logischer sei als auch besser den Erfordernissen der Wissenschaft entspreche.

³⁶ Zum Gesamten Fiandaca/Musco, Parte generale, S. 157.

schen Verfassung). Indem der Tatbestand bestimmte Formen von Angriffen gegen strafrechtlich geschützte Güter beschreibt, zeigt er auch die Grenzen eines solchen strafrechtlichen Schutzes, außerhalb derer der Rückgriff auf die Strafe als *extrema ratio* nicht mehr zu rechtfertigen ist.

Die tatbestandsmäßige Handlung muss nach der italienischen Strafrechtsdogmatik die Verletzung eines Rechtsguts beinhalten. Eine Tat, die das von der Vorschrift geschützte Rechtsgut nicht verletzt, erfüllt danach den Tatbestand entgegen dem ersten äußeren Anschein nicht.³⁷ Ansonsten würde das strafrechtliche Unrecht auf bloßen Ungehorsam degradiert und widerspräche den Prinzipien des Tatstrafrechts. Die Fälle, bei denen der Bezug zwischen Tatbestandserfüllung und Rechtsgutsverletzung fehlt, sind im italienischen Recht daher bereits auf der Tatbestandsseite zu lösen.³⁸

Entscheidendes Element der Tatbestandsmäßigkeit ist zum einen das Verhalten (*condotta*) in Form der Handlung (*azione*) oder des Unterlassens³⁹ (*omissione*). Ferner bedarf es gemäß Art. 40 Abs. 1 eines kausal verursachten Erfolgs (*evento*), der zumindest in einer Rechtsgutsgefährdung besteht. Gemäß Art. 41 Abs. 1 ist der Kausalzusammenhang auch dann zu bejahen, wenn vorhergehende, gleichzeitige oder später hinzugetretene⁴⁰ Umstände zusammentreffen, und zwar auch dann, wenn diese Ursachen in der rechtswidrigen Handlung eines anderen bestehen, Art. 41 Abs. 3.

Der Vorsatz ist hingegen nach h.M. im italienischen Recht nicht bei der Tatbestandsmäßigkeit, sondern bei der Schuld anzusiedeln.⁴¹ Teile der neueren Literatur wollen demgegenüber einen subjektiven Tatbestand entsprechend dem deutschen Verständnis anerkennen, in dessen Rahmen der Vorsatz anzusiedeln sei.⁴²

II.1.1.1.3.2. Die Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit betrifft die Frage, ob ein menschliches Verhalten im Widerspruch zu den Normen der Rechtsordnung steht. Heute wird diese sogenannte formelle Rechtswidrigkeit (*antigiuridicità formale*) nahezu einhellig anerkannt, während die sogenannte materielle Rechtswidrigkeit (*antigiuridicità materiale*), die

³⁷ Pagliaro, S. 228.

³⁸ Als Beispiel hierfür wird der Diebstahl eines rostigen Nagels angeführt, bei dem nach italienischem Verständnis bereits die Tatbestandsmäßigkeit zu verneinen ist, siehe *Fian-daca/Musco*, Parte generale, S. 161.

³⁹ Nach Art. 40 Abs. 2 wird das Unterlassen trotz Rechtspflicht zum Handeln dem aktiven Tun gleichgesetzt.

⁴⁰ Außer die später hinzugetretenen Ursachen waren allein zur Herbeiführung des Erfolgs ausreichend, Art. 41 Abs. 2.

⁴¹ Siehe dazu im Einzelnen unten II.1.1.1.3.3.

⁴² So *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 187; *Donini*, S. 204 ff.

in den Gründen für die Inkrimation besteht, als überflüssig angesehen wird.⁴³ Nach der h.L. bildet die Tatbestandsmäßigkeit ein Indiz für die Rechtswidrigkeit der Tat, denn die einzelnen Straftatbestände umschreiben Taten, die grundsätzlich verboten sind. Die Beurteilung, ob eine tatbestandsmäßige Handlung auch rechtswidrig ist, erfolgt demnach durch die Überprüfung, ob diese nicht durch irgendeinen Rechtfertigungsgrund (*causa di giustificazione* oder *scriminante*) gedeckt ist. Umgekehrt beseitigt das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes die Rechtswidrigkeit eines den Tatbestand erfüllenden Verhaltens und macht es somit zu einem erlaubten.⁴⁴ Nach dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung (*principio dell'unità del sistema giuridico*) können sich Rechtfertigungsgründe aus der gesamten Rechtsordnung ergeben, die wichtigsten befinden sich jedoch im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs.⁴⁵ Daneben gibt es jedoch auch spezielle Rechtfertigungsgründe im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs⁴⁶ oder in Nebengesetzen,⁴⁷ die jeweils nur für bestimmte Straftatbestände anwendbar sind.

Die Rechtswidrigkeit hat nach h.L. objektiven Charakter.⁴⁸ Sie ist eine Eigenschaft der tatbestandsmäßigen Handlung und streng von der Frage der Schuld zu trennen. Bestätigt wird dieser objektive Charakter durch Art. 59 Abs. 1, wonach die rechtfertigende Wirkung auch eintritt, wenn der Täter die rechtfertigenden Umstände nicht kennt oder wenn sie von ihm als nicht vorliegend angenommen werden.

Die Vertreter des zweigliedrigen Verbrechensaufbaus⁴⁹ sprechen der Rechtswidrigkeit eine Selbstständigkeit ab und verstehen die Rechtfertigungsgründe als negative Tatbestandsmerkmale, also Elemente, die für die Bildung strafrechtlichen Unrechts fehlen müssen.⁵⁰ Dagegen wird jedoch eingewandt, dass die Rechtfertigungsgründe auch deshalb nicht auf demselben Niveau wie der Tatbestand eingeordnet werden könnten, weil sie im Gegensatz zu diesem keine rein strafrechtliche Funktion hätten, sondern gerade dazu dienen, das Strafrecht in die allgemeine Rechtsordnung zu integrieren.⁵¹

⁴³ Pagliaro, Parte generale, S. 236 f; *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 166 ff.

⁴⁴ *Antolisei*, Parte generale, S. 270.

⁴⁵ Z.B. Einwilligung des Berechtigten (Art. 50), Ausübung eines Rechts oder Erfüllung einer Pflicht (Art. 51), Notwehr (Art. 52), Notstand (Art. 54). Siehe hierzu im Einzelnen II.1.1.3.

⁴⁶ Z.B. die Herausforderung bei den Ehrdelikten, Art. 599.

⁴⁷ Z.B. Abkehr von einer umstürzlerischen oder terroristischen Vereinigung, Art. 5 L. 29 maggio 1982, n. 304.

⁴⁸ *Antolisei*, Parte generale, S. 271; *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 163.

⁴⁹ Vgl. hierzu oben II.1.1.1.3.

⁵⁰ So Pagliaro, Parte generale, S. 416 ff.

⁵¹ *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 165.

II.1.1.1.3.3. Die Schuld

Ausgehend von Art. 27 Abs. 1 der italienischen Verfassung, der bestimmt, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit eine persönliche ist, zeigt sich bereits, dass das Merkmal der Schuld der Angelpunkt des gesamten Strafrechtssystems ist. Ihr Sinn liegt in der Notwendigkeit, dem Menschen die Sicherheit zu garantieren, dass er die freie Wahl zu handeln hat. Er darf daher strafrechtlich nur für solche Taten verantwortlich gemacht werden, die er kontrollieren kann, und nicht für ein Verhalten, das zufällig strafrechtlich verbotene Folgen herbeiführt.⁵² Heute werden bei der Schuld drei wesentliche Bereiche geprüft: die Zurechnungsfähigkeit (*imputabilità*),⁵³ Vorsatz oder Fahrlässigkeit (*dolo o colpa*)⁵⁴ und schließlich die Möglichkeit, das Gesetz zu kennen.⁵⁵

– Formen schuldhaften Wollens:

- Vorsatz: wenn der schädigende oder gefährliche Erfolg⁵⁶ vom Täter als Folge seines Verhaltens vorausgesehen und gewollt ist (Art. 43 Abs. 1). Als Vorsatzformen kennt das italienische Strafrecht den direkten (*dolo diretto* oder *dolo intenzionale*) und den indirekten Vorsatz (*dolo indiretto*). Letzteren insbesondere in der Form des *dolus eventualis* (*dolo eventuale*),⁵⁷ bei dem der Täter den tatbestandlichen Erfolg zwar nicht will, ihn aber voraussieht und dennoch, auf die Gefahr hin, dass dieser tatsächlich eintritt, handelt.⁵⁸
- Präterintentionalität (*preterintenzionalità*): wenn der schädigende oder gefährliche Erfolg schwerer ist als der vom Täter gewollte (Art. 43 Abs. 2).
- Fahrlässigkeit: wenn der Erfolg, mag er auch vorausgesehen sein, vom Täter nicht gewollt ist und infolge von Nachlässigkeit, Unvorsichtigkeit, Untüchtigkeit oder auch Nichtbeachtung von Gesetzen, Verordnungen, Befehlen oder Regelungen eintritt (Art. 43 Abs. 3).

⁵² So das Urteil des italienischen Verfassungsgerichtshofs vom 24.3.1988, Nr. 364, Giur. Cost. 1988, S. 1504.

⁵³ Vgl. unten.

⁵⁴ Siehe hierzu gleich anschließend.

⁵⁵ Die unvermeidbare Unkenntnis des Strafgesetzes ist nämlich nicht gemäß Art. 5 unbeachtlich, siehe die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs Nr. 364, Giur. Cost. 1988, S. 1504.

⁵⁶ Bei den schlichten Tätigkeitsdelikten bezieht sich der Vorsatz allerdings lediglich auf die tatbestandsmäßige Handlung.

⁵⁷ Dieser ist zwar im Strafgesetzbuch nicht ausdrücklich geregelt, er wird jedoch von der h.L. und der Rechtsprechung unstreitig anerkannt.

⁵⁸ *Antolisei*, Parte generale, S. 352; Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 23.10.1989, Cass. pen. 1990, S. 606 f. Dagegen: *Pagliari*, Parte generale, S. 275 ff., der dieses Kriterium auch bei der bewussten Fahrlässigkeit als erfüllt und damit als zur Abgrenzung ungeeignet ansieht. Vertiefend: *Canestrari*, Dolo eventuale, S. 70–157.

Verbrechen werden nach Art. 42 Abs. 2 nur bei vorsätzlicher Begehung bestraft, soweit das Gesetz nicht ausdrücklich präterintentionale oder fahrlässige Begehung unter Strafe gestellt hat. Bei Übertretungen ist jeder für vorsätzliche oder fahrlässige Begehung verantwortlich (Art. 42 Abs. 4).

– *Zurechnungsfähigkeit*

Auch die Zurechnungsfähigkeit ist gemäß Art. 85 notwendige Voraussetzung für eine Bestrafung des Täters. Sie kann aus physiologischen,⁵⁹ psychologischen⁶⁰ oder toxischen⁶¹ Gründen ausgeschlossen oder vermindert sein.⁶²

Handelt der Täter ohne Schuld, so kann zwar keine Strafe gegen ihn verhängt werden; gleichwohl kann das Gericht Sicherungsmaßnahmen anordnen, wenn der Täter eine Gefahr für die Allgemeinheit darstellt, Art. 202.

– *Exkurs: die objektive Verantwortlichkeit*

Vorsatz (*dolo*) und Fahrlässigkeit (*colpa*) begründen die normalen Kriterien der subjektiven Zurechnung einer Tat. Nach Art. 42 Abs. 3 bestimmt das Gesetz die Fälle, in denen dem Täter der Erfolg seiner Handlung oder Unterlassung auch in anderer Weise zur Last gelegt werden kann. Diese sogenannte objektive Verantwortlichkeit (*responsabilità oggettiva*) gehört zu einem der umstrittensten Gebiete des italienischen Strafrechts und ist dadurch gekennzeichnet, dass allein die objektive kausale Beziehung des Erfolgs zum Verhalten des Täters für die Strafbarkeit ausreicht, ohne dass dazu eine subjektive Verbindung (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) bestehen muss.⁶³ Dies beinhaltet eine gravierende Ausnahme vom Schuldprinzip,

⁵⁹ Abhängig vom Alter des Täters, Art. 96–98.

⁶⁰ Wegen Geisteskrankheit oder Anomalien, Art. 88–90.

⁶¹ Aufgrund des Missbrauchs von Alkohol oder Drogen, Art. 91–95.

⁶² Siehe im Einzelnen unten II.1.1.3.2.2.

⁶³ Mögliche Fallgruppen für die „reine“ objektive Verantwortlichkeit (im Gegensatz zur „gemischten“ objektiven Verantwortlichkeit, nämlich Fällen, in denen die objektive Verantwortlichkeit mit einem vorsätzlich oder fahrlässig begangenen Grundtatbestand verbunden ist) sind:

– die sog. *aberratio delicti*, Art. 83: Wird ein anderer als der gewollte Erfolg verursacht, ist der Täter wegen Fahrlässigkeit verantwortlich, wenn die Tat vom Gesetz als fahrlässiges Verbrechen (nicht Übertretung) unter Strafe gestellt ist. Der Verweis auf die Fahrlässigkeit bezieht sich hier nicht auf die strukturellen Merkmale der Fahrlässigkeit, sondern nur auf die Rechtsfolgen. Es sind lediglich die Strafen für die Fahrlässigkeit anwendbar. Die Kriterien für die Verantwortlichkeit sind also objektiv.

– Abweichen der strafbaren Handlung vom Vorsatz eines Beteiligten, Art. 116: Wird eine andere Tat als die von einem der Beteiligten gewollte begangen, ist auch dieser dafür verantwortlich, wenn der Erfolg die Folge seiner Handlung oder Unterlassung ist.

– Verantwortlichkeit des Direktors für Pressedelikte, Art. 57: Der verantwortliche Direktor oder Vizedirektor, der es unterlassen hat, den Inhalt der von ihm geleiteten perio-

die auch durch kriminalpolitische Erwägungen, wie die Generalprävention⁶⁴ oder die leichtere Beweisbarkeit,⁶⁵ nur schwer gerechtfertigt werden kann.⁶⁶

Dieser Verstoß gegen das Schuldprinzip wird in weiten Kreisen von Lehre und Rechtsprechung als verfassungswidrig angesehen. Hier wird in erster Linie Art. 27 Abs. 1 der italienischen Verfassung herangezogen, wonach die strafrechtliche Verantwortlichkeit persönlich ist.⁶⁷ In diese Richtung gehen auch zwei kurz hintereinander erlassene Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs. In der ersten vertrat er die Ansicht, dass mindestens Fahrlässigkeit in Bezug auf die bedeutendsten Merkmale des Tatbestands vorliegen muss.⁶⁸ Ein generelles striktes Verbot der sogenannten objektiven Verantwortlichkeit lasse sich jedoch aus Art. 27 der Verfassung nicht ableiten.⁶⁹ Ferner entschied der Verfassungsgerichtshof, dass alle Merkmale, die das tatbestandliche Unrecht kennzeichnen, demselben Täter vorwerfbar, also subjektiv mit ihm verbunden sein müssen.⁷⁰

Aus den vorgenannten Gründen besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die im Gesetz vorgesehenen Fälle der objektiven Verantwortlichkeit dringend reformbedürftig sind. Wie eine solche Reform aussehen könnte, ist jedoch umstritten.

II.1.1.1.4. Besonderheiten aus dem Bereich der Versuchsstrafbarkeit

Nach Art. 56 Abs. 1 ist wegen Versuchs strafbar, wer geeignete Handlungen ausführt, die in eindeutiger Weise auf die Begehung eines Verbrechens (nicht einer

disch erscheinenden Druckwerke zu kontrollieren, ist nach Art. 57 wegen Fahrlässigkeit verantwortlich, wenn durch die Veröffentlichung strafbare Handlungen begangen werden.

⁶⁴ Begründet wird dies damit, dass der mögliche Täter, der weiß, dass die Rechtsordnung ihm alle materiell verbundenen Konsequenzen seines verbotenen Tuns anlastet, möglicherweise in seinem Handeln gehemmt werden könnte. Eine solche generalpräventive Wirkung konnte jedoch bislang nicht bewiesen werden und erscheint zudem wenig realistisch.

⁶⁵ Es gibt Fallgruppen, in denen Vorsatz oder Fahrlässigkeit nur sehr schwer festzustellen sind.

⁶⁶ *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 588.

⁶⁷ Teilweise wird zudem ein Verstoß gegen Art. 27 Abs. 3 der Verfassung angenommen, der bestimmt, dass die Strafe der Umerziehung, und damit der Resozialisierung dient, siehe auch Art. 1 Abs. 6 L. 26 luglio 1975, n. 354 (*ordinamento penitenziario*). Dieser Gedanke geht nämlich ins Leere, soweit dem Täter kein persönlicher Vorwurf zu machen ist, siehe *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 592.

⁶⁸ Mit der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs vom 24.3.1988, Nr. 364, Giur. Cost. 1988, S. 1504, wurde Art. 5 insoweit für verfassungswidrig erklärt, als er die unvermeidbare Unkenntnis des Strafgesetzes nicht von der Strafbarkeit ausnimmt.

⁶⁹ Urteil des Verfassungsgerichtshofs Nr. 364/88, Giur. Cost. 1988, S. 1504, 1519.

⁷⁰ Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs vom 13.12.1988, Nr. 1085, Giur. Cost. 1988, S. 5270 f. Hiermit wurde Art. 626 Abs. 1 Nr. 1 insoweit für verfassungswidrig erklärt, als dieser als Privilegierung des Diebstahls nur die (von vornherein geplante) Rückgabe der gestohlenen Sache, nicht aber die Verhinderung ihrer (ursprünglich geplanten) Rückgabe durch höhere Gewalt vorsieht.

Übertretung) abzielen, wenn die Tat nicht zur Ausführung gelangt oder der Erfolg nicht eintritt. Der Versuch wird nach Art. 56 Abs. 2 milder bestraft als die vollendete Tat. Im Gegensatz zum deutschen Recht ist Strafgrund für den Versuch nach h.M. in Italien nicht der betätigte rechtsfeindliche Wille,⁷¹ sondern die Tatsache, dass durch ein materielles Verhalten das geschützte Rechtsgut objektiv gefährdet wird (objektive Theorie).⁷² Im Vergleich zur Rechtsgutsverletzung liegt demnach ein geringerer Unwert vor, der die obligatorische Strafmilderung rechtfertigt.

In subjektiver Hinsicht ist Vorsatz erforderlich, wobei nach h.L. *dolus eventualis* nicht ausreicht, da im Begriff des Versuchs bereits ein zielgerichtetes Verhalten liege, für das die bloße Akzeptanz eines möglichen Risikos nicht genügen könne.⁷³

Nach Art. 56 Abs. 3 und 4 ist ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch möglich.

Von besonderer Bedeutung ist der untaugliche Versuch (*reato impossibile* oder *tentativo inidoneo*). Nach Art. 49 Abs. 2 ist die Strafbarkeit ausgeschlossen, wenn infolge der Untauglichkeit der Handlung oder des Fehlens des Handlungsgegenstands der schädigende oder gefährliche Erfolg unmöglich ist. Anwendbar ist aber nach Art. 49 Abs. 4 eine Maßnahme der Sicherung, insbesondere die Freiheit unter Aufsicht. Streitig ist hierbei, ob bezüglich der Geeignetheit der Handlung eine *ex post*-Betrachtung,⁷⁴ eine *ex ante*-Betrachtung aus der Sicht des Täters⁷⁵ oder eine *ex ante*-Betrachtung aus der Sicht des Opfers bzw. Rechtsgutsinhabers⁷⁶ vorgenommen werden muss.

II.1.1.1.5. Die Beteiligung an der Straftat

Was die Beteiligung an der Straftat (*concorso di persone*) betrifft, so ist zunächst hervorzuheben, dass dem italienischen Strafrecht die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme fremd ist. Der italienische Gesetzgeber hat sich vielmehr in Art. 110 für den Einheitstäterbegriff entschieden, der im deutschen Recht lediglich im Bereich der Ordnungswidrigkeiten gilt, § 14 OWiG. Wenn sich mehrere Personen an derselben Tat beteiligen, unterliegt jede von ihnen der für diese angedrohten Strafe. Jeder, der zur Tat einen Beitrag leistet, ist also gleich beteiligt, vorausgesetzt dieser Beitrag ist innerhalb der kollektiven Ausübung der Tat mit einer gewissen Relevanz ausgestattet.⁷⁷ Eine Abgrenzung zwischen den verschie-

⁷¹ Jescheck, Allgemeiner Teil, S. 513.

⁷² Fiandaca/Musco, Parte generale, S. 417 f.

⁷³ Fiandaca/Musco, Parte generale, S. 432.

⁷⁴ Z.B. Neppi Modona, in: Sacco (Hrsg.), Digesto delle Discipline Penalistiche, S. 259.

⁷⁵ So Antolisei, Parte generale, S. 499.

⁷⁶ Z.B. Fiandaca/Musco, Parte generale, S. 444 f.

⁷⁷ Fiandaca/Musco, Parte generale, S. 452; zu den einzelnen Beteiligungstheorien siehe a.a.O., S. 454–457.

denen Beteiligungsformen gibt es nach Art. 110 zunächst nicht. Eine gewisse Differenzierung tritt jedoch durch die Bestimmung erschwerender und mildernder Umstände ein. Nach Art. 114 kann der Richter die Strafe herabsetzen, wenn er zu der Überzeugung gelangt, dass der Beitrag der beteiligten Person nur geringe Bedeutung für die Vorbereitung oder Ausführung der strafbaren Handlung hatte. Art. 112 Abs. 1 Nr. 2 bestimmt, dass derjenige schwerer zu bestrafen ist, der die Mitwirkung an der strafbaren Handlung angeregt oder organisiert oder die Tätigkeit der Beteiligten an derselben geleitet hat.

II.1.1.2. Tötungstatbestände

II.1.1.2.1. Allgemeines zu den Tötungsdelikten

Die Tötungsdelikte sind im zweiten Buch, 12. Titel, 1. Abschnitt („Verbrechen gegen das Leben und die persönliche Unversehrtheit“) des italienischen Strafgesetzbuchs geregelt. Weitere Regelungen von Straftaten mit Todesfolge finden sich über das zweite Buch verstreut, so beispielsweise im 6. Titel (Verbrechen gegen die öffentliche Unversehrtheit), im 11. Titel (Verbrechen gegen die Familie) und im 13. Titel (Verbrechen gegen das Vermögen). Schließlich gibt es die neben gesetzlich geregelten Verbrechen im Zusammenhang mit dem Schwangerschaftsabbruch,⁷⁸ die hier jedoch außer Betracht bleiben. Für terroristische Straftaten und mafiose Delikte gelten zahlreiche Sondertatbestände,⁷⁹ auf die ebenfalls nicht eingegangen werden soll.

Objekt der Tötungsdelikte kann nur ein lebender Mensch sein. Einigkeit besteht darin, dass das „Menschsein“ mit dem Anfang der Geburt beginnt, wobei der genaue Zeitpunkt umstritten ist.⁸⁰ Der Mensch muss leben, aber nicht lebensfähig sein. So sind auch das nicht überlebenschfähige Neugeborene, der Sterbenskranke oder der Sterbende mögliche Tatopfer.⁸¹ Für das Ende des Lebens gibt es hingegen eine gesetzliche Definition in Art. 1 L. 29 dicembre 1993, n. 578, wonach der Tod eingetreten ist, wenn „alle Gehirnfunktionen irreversibel aufgehört haben“. Dass diese Definition auch für die Tötungsdelikte verwendet wird, wurde unlängst vom italienischen Verfassungsgerichtshof bestätigt.⁸²

Der Selbstmord ist nach der italienischen Rechtsordnung nicht strafbar. Das heißt jedoch nicht, dass das eigene Leben völlig disponibel ist. Tötung mit Einwil-

⁷⁸ Siehe L. 22 maggio 1978, n. 194.

⁷⁹ Meist wirken die zugrunde liegenden Motive straferschwerend.

⁸⁰ Nach *Canestrari*, Parte speciale, S. 274, wird beispielsweise das Platzen der Fruchtblase als entscheidender Zeitpunkt angesehen. Hierzu ausführlich *Mantovani*, Parte speciale I, S. 42 ff.

⁸¹ *Canestrari*, Parte speciale, S. 274; zum Ganzen *Mantovani*, Parte speciale I, S. 74 ff.

⁸² Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs vom 27.7.1995, Nr. 414, Giur. Cost. 1995, S. 2966 ff.

ligung (Art. 579) und Aufforderung oder Hilfeleistung zum Selbstmord (Art. 580) sind strafbar. Der Schutz der Person ist so zentral, dass das Gesetz das Leben des Einzelnen auch gegen dessen Willen schützt.⁸³

Der erforderliche Kausalzusammenhang richtet sich nach den allgemeinen Regeln der Art. 40 f. und kann im Einzelfall problematisch sein.

Leichter bestraft wird nach Art. 578 die Kindestötung aus materieller und seelischer Not.

II.1.1.2.2. Die vorsätzlichen Tötungsdelikte

II.1.1.2.2.1. Das einstufige Modell

Das italienische Strafgesetzbuch kennt nur einen Tatbestand der vorsätzlichen Tötung, Art. 575. Für dessen Abstufung ist in Art. 576, 577 ein System von strafschärfenden Umständen vorgesehen. Dabei handelt es sich lediglich um unselbstständige Qualifizierungen des Grundtatbestands der vorsätzlichen Tötung. Mit dieser Regelung hat der italienische Gesetzgeber sich für ein einstufiges Modell entschieden und systematisch einen anderen Weg gewählt als viele andere europäische Rechtsordnungen.⁸⁴

II.1.1.2.2.2. Der Tatbestand der vorsätzlichen Tötung, Art. 575

Art. 575 (Vorsätzliche Tötung)

Wer einen Menschen tötet, wird mit Gefängnisstrafe nicht unter einundzwanzig Jahren bestraft.

Der Tatbestand der vorsätzlichen Tötung (*omicidio*) ist relativ einfach strukturiert und entspricht im Wesentlichen dem deutschen Totschlag. Der Täter muss den Tod eines Menschen verursachen, und zwar egal auf welche Weise. Diese Kausalverbindung stellt die Grundlage des Tatvorwurfs dar.

Der Täter muss ferner vorsätzlich i.S.d. Art. 43 handeln.⁸⁵ Der Vorsatz muss sich auf die tatbestandsmäßige Handlung und den tödlichen Ausgang, aber auch auf die Kausalität beziehen. Der Tötungswille ist oftmals schwer festzustellen, weshalb gewisse Indizien erforderlich sind, aus denen man auf das subjektive Element schließen kann. Die traditionelle Lehre und die Rechtsprechung legen hierbei großen Wert auf die äußeren Umstände, die der Ausdruck der inneren Haltung sind oder jedenfalls Beweiswert für den Vorsatz haben können. Hierzu gehören ins-

⁸³ *Canestrari*, Parte speciale, S. 275.

⁸⁴ Z.B. Frankreich und Deutschland.

⁸⁵ Also in der Form des direkten oder des indirekten Vorsatzes, siehe hierzu oben II.1.1.1.3.3.

besondere objektive Indizien, so die Begehungsweise, Zahl und Richtung der versetzten Schläge, Art und Maß der gebrauchten Gewalt, der getroffene Körperteil oder das Verhalten während und nach der Tat, aber auch subjektive Indizien wie die Ursache, das Motiv, das Wesen des Täters, seine Fähigkeiten oder sein Verhältnis zum Opfer.

II.1.1.2.2.3. Erschwerende Umstände, Art. 576, 577

Art. 576 (Erschwerende Umstände. Lebenslange Gefängnisstrafe)

Lebenslange Gefängnisstrafe wird verhängt, wenn die im vorhergehenden Artikel vorgesehene Tat begangen wird:

1. unter Vorliegen eines der in Artikel 61 Ziffer 2 bezeichneten Umstände;
2. gegen einen Verwandten auf- oder absteigender Linie, sofern einer der in Artikel 61 Ziffer 1 und 4 bezeichneten Umstände vorliegt oder Gift oder ein anderes heimtückisches Mittel angewendet wird oder aber der Täter mit Vorbedacht gehandelt hat;
3. durch einen Flüchtigen, um sich der Festnahme, einem Haftbefehl oder dem Strafantritt zu entziehen oder um sich die Mittel für den Lebensunterhalt während der Flucht zu verschaffen;
4. durch ein Mitglied einer Vereinigung zur Begehung von Verbrechen, um sich der Festnahme, einem Haftbefehl oder dem Strafantritt zu entziehen;
5. im Augenblick der Begehung eines der in den Artikeln 519, 520 und 521 vorgesehenen Verbrechen.

Im Sinne des Strafgesetzes gilt derjenige als flüchtig, auf den die in Art. 61 Ziffer 6 bezeichneten Voraussetzungen zutreffen.

Art. 577 (Weitere erschwerende Umstände. Lebenslange Gefängnisstrafe)

Lebenslange Gefängnisstrafe wird verhängt, wenn die in Artikel 575 vorgesehene Tat begangen wird:

1. gegen einen Verwandten auf- und absteigender Linie;
2. unter Anwendung von Gift oder eines anderen heimtückischen Mittels;
3. mit Vorbedacht;
4. bei Vorliegen eines der in Artikel 61 Ziffer 1 und 4 bezeichneten Umstände.

Die Strafe ist Gefängnisstrafe von vierundzwanzig bis zu dreißig Jahren, wenn die Tat gegen den Ehegatten, Bruder oder Schwester, den Adoptivvater oder die Adoptivmutter, ein Adoptivkind oder gegen einen Verschwägerten in gerader Linie begangen wird.

Bei Vorliegen der in Art. 576 geregelten erschwerenden Umstände (*circostanze aggravanti*) war bis 1944 die Todesstrafe zu verhängen, während bei den Umständen des Art. 577 lebenslange Freiheitsstrafe vorgesehen war. Nach Aufhebung der Todesstrafe und ihrer Ersetzung durch die lebenslange Gefängnisstrafe hat 1944 die Unterteilung der Straferschwerungsgründe in Art. 576 f. ihre Bedeutung verloren. Die Tat ist jeweils mit lebenslanger Gefängnisstrafe bedroht. Zu beachten ist jedoch, dass bei gleichzeitigem Vorliegen von Milderungsgründen die Verhängung

der lebenslangen Gefängnisstrafe nicht zwingend ist, sondern der Richter eine Abwägung der erschwerenden und der mildernden Umstände vorzunehmen hat.⁸⁶

Dem Täter werden die erschwerenden Umstände nur dann zur Last gelegt, wenn er sie gekannt oder aus Fahrlässigkeit nicht gekannt oder aufgrund eines durch Fahrlässigkeit bestimmten Irrtums als nicht vorliegend angenommen hat (Art. 59 Abs. 2). Geht der Täter irrtümlich vom Vorliegen erschwerender (oder mildernder) Umstände aus, so werden ihm diese nicht angerechnet (Art. 59 Abs. 3).

– Art. 576 Abs. 1 Nr. 1

Erforderlich ist die Absicht, eine andere strafbare Handlung auszuführen oder zu verdecken oder sich oder einem anderen das Ergebnis oder den Lohn einer anderen strafbaren Handlung oder Straflosigkeit wegen einer solchen zu verschaffen oder zu sichern (Art. 61 Nr. 2 c.p.). Dieser Umstand liegt auch dann vor, wenn beide Straftaten durch eine einzige, einheitliche Handlung begangen werden, wenn also die Tötung Zwischenziel (*reato mezzo*) für die Begehung der anderen als Endziel (*reato fine*) ist.

– Art. 576 Abs. 1 Nr. 2

Erforderlich ist die Tötung eines Verwandten auf- oder absteigender Linie, sofern entweder Art. 61 Nr. 1 (niedrige oder nichtige Beweggründe) oder Art. 61 Nr. 4 (Anwendung von Misshandlungen oder Handeln mit Grausamkeit gegen eine Person) vorliegt, Gift oder ein anderes heimtückisches Mittel verwendet wurde oder der Täter mit Vorbedacht gehandelt hat. Voraussetzung ist also das kumulative Vorliegen mehrerer erschwerender Umstände, die jeweils einzeln in Art. 577 enthalten sind.⁸⁷ Da seit der Abschaffung der Todesstrafe Art. 576 und 577 dieselbe Sanktion zur Folge haben, wird die Auffassung vertreten, Art. 576 Abs. 1 Nr. 2 sei aufgrund seiner engeren Fassung damit stillschweigend abgeschafft.⁸⁸

– Art. 576 Abs. 1 Nr. 3

Nach Art. 576 Abs. 2 ist zur Definition der Flucht Art. 61 Nr. 6⁸⁹ heranzuziehen, der diese beschreibt als eine Zeit, in der der Täter sich willentlich der Vollstreckung eines Festnahme- oder Haftbefehls oder einer diesbezüglichen Anord-

⁸⁶ Siehe hierzu im Einzelnen unten II.1.1.4.

⁸⁷ Zu den Einzelheiten siehe daher unten zu Art. 577 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2, Nr. 3 und Nr. 4.

⁸⁸ Ramacci, S. 154.

⁸⁹ Bei dieser Vorschrift fehlt die Anpassung an den Art. 296 der neuen italienischen Strafprozessordnung. So muss sie sich heute beziehen auf die Anordnung der vorbeugenden Verwahrungshaft, den Hausarrest und die die Strafhaft verfügende Anordnung, *Antolisei*, Parte speciale I, S. 54.

nung oder einer Ladung zum Strafantritt, die wegen einer früheren strafbaren Handlung ergangen sind, entzogen hat.

– Art. 576 Abs. 1 Nr. 4

Dieser Erschwerungsgrund ist gegeben, wenn der Täter ein Mitglied einer Vereinigung zur Begehung von Verbrechen⁹⁰ ist und die Tat begangen hat, um sich einem Haftbefehl oder dem Strafantritt zu entziehen.

– Art. 576 Abs. 1 Nr. 5

Wird die vorsätzliche Tötung während der Begehung eines in den Art. 519–521 geregelten Verbrechens verübt, so ist der erschwerende Umstand erfüllt. Die genannten Strafvorschriften waren bis 1996 Vergewaltigung, Ausübung des Geschlechtsverkehrs unter Missbrauch der Eigenschaft als Amtsperson oder Nötigung zu sexuellen Handlungen. Im Jahr 1996⁹¹ wurden die Verbrechen gegen die sexuelle Freiheit (Art. 519–526) aufgehoben und in Art. 609-bis bis 609-nonies neu gefasst. Da der Gesetzgeber Art. 576 Abs. 1 Nr. 5 nicht entsprechend geändert hat, besteht Zweifel daran, ob dieser Erschwerungsgrund überhaupt noch in Kraft ist.⁹²

– Art. 577 Abs. 1 Nr. 1

Der Erschwerungsgrund ist gegeben bei Tötung eines Verwandten auf- oder absteigender Linie, dem sogenannten Vätermord (*parricidio*). Die nichteheliche Abstammung ist dabei durch Art. 540 Abs. 1 der ehelichen gleichgestellt.

– Art. 577 Abs. 1 Nr. 2

Ein weiterer erschwerender Umstand ist die Anwendung von Gift oder einem anderen heimtückischen Mittel.⁹³ Beide Anwendungen sind gleichgestellt, da sie auf hinterhältige Weise Schaden verursachen, ohne dass das Opfer eine Möglichkeit zur Reaktion hat.⁹⁴

⁹⁰ Kriminelle Vereinigung, wie sie in Art. 416 c.p. unter Strafe gestellt ist.

⁹¹ Durch das Gesetz L. 15 febbraio 1996, n. 66.

⁹² Bejahend wegen der inhaltlichen Kontinuität der Tatbestände *Ramacci*, S. 153; *Crespi/Stella/Zuccalà*, Art. 576, VI, Rn. 4, verneinend mit dem Hinweis auf die Garantiefunktion des Strafgesetzes.

⁹³ Unter die anderen heimtückischen Mittel fallen beispielsweise die Falltür, der Hinterhalt oder aber „modernere“ Formen wie die Sabotage von Auto- oder Flugzeugmotoren oder die Ladung eines Gegenstands mit Hochspannung, *Antolisei*, Parte speciale I, S. 53.

⁹⁴ *Ramacci*, S. 155.

– Art. 577 Abs. 1 Nr. 3

Der Grund für die schärfere Bestrafung eines mit Vorbedacht (*premeditazione*) handelnden Täters liegt zum einen in der stärkeren Intensität des Vorsatzes, zum anderen darin, dass der Täter seinen kriminellen Entschluss über eine gewisse Zeit aufrechterhält.⁹⁵

Nach der herrschenden Lehre⁹⁶ und der Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofs⁹⁷ besteht dieser Erschwerungsgrund aus einem objektiven und einem subjektiven Element:

- zeitliches (objektives) Element (*elemento cronologico*): Es muss eine angemessene Zeitspanne zwischen dem Entschluss und der Ausführung des kriminellen Vorhabens liegen;
- ideologisches (subjektives) Element (*elemento ideologico*): Derselbe kriminelle Entschluss muss über diesen Zeitraum hinweg andauern, ohne dass der Täter seine Meinung zwischendurch geändert haben darf.

Für die Praxis bedeutet dies, dass man das Vorliegen des Vorbedachts anhand objektiver Tatsachen feststellen muss, die das Entstehen der Tötungsabsicht sowie ihr Fortdauern für eine gewisse Zeit vor der Ausführung beweisen können.

Der Vorbedacht ist als Erschwerungsgrund lediglich bei den sogenannten Blutaten von Bedeutung. Bei allen anderen Straftaten kann er im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden, liegt dann allerdings im Ermessen des Richters.

Streitig ist, ob der Vorbedacht auch angenommen werden kann, wenn der Täter bei Begehung der Tat unter einer teilweisen Geistesstörung gelitten hat. Nachdem die Rechtsprechung früher die Unvereinbarkeit angenommen hat, ist sie nun dazu übergegangen, jeden Einzelfall gesondert zu überprüfen. Bei Vorliegen einer teilweisen Geistesstörung kann der Vorbedacht dann nicht angenommen werden, wenn er sich als logische Entwicklung der Krankheit darstellt,⁹⁸ mit der Geistesstörung vereinbar ist er aber, wenn diese sich auf einer völlig anderen Ebene abspielt.⁹⁹

Bezüglich der Frage, ob der Vorbedacht mit dem Vorliegen des allgemeinen Milderungsgrundes der Provokation¹⁰⁰ vereinbar ist, war man früher der Auffas-

⁹⁵ *Crespi/Stella/Zuccalà*, Art. 577, II, Rn. 1.

⁹⁶ *Crespi/Stella/Zuccalà*, Art. 577, III, Rn. 2; *Canestrari*, Parte speciale, S. 287; *Ramacci*, S. 156; anders: *Antolisei*, Parte speciale I, S. 50, der neben dem zeitlichen Element nur ein weiteres objektives Element, nämlich die sorgfältige Vorbereitung (die sog. Anzettelung, *macchinazione*), verlangt.

⁹⁷ Unter anderem Entscheidungen des Kassationsgerichtshofs vom 13.4.1995, Cass. pen. 1996, S. 2965, und vom 1.6.1992, Cass. pen. 1993, S. 2528 f.

⁹⁸ Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 25.10.1971, Giust. pen. 1972, II, Nr. 1450, S. 878.

⁹⁹ Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 25.6.1982, Cass. pen. 1984, S. 69 f.

¹⁰⁰ Er liegt nach Art. 62 Nr. 2 vor, wenn der Täter im Zorn, hervorgerufen durch das unrechte Tun eines anderen, handelt, siehe im Einzelnen unten II.1.1.4.

sung, dass entscheidendes Kriterium des Vorbedachts die Kaltblütigkeit sei, die nicht gleichzeitig mit einer gefühlsmäßig nicht mehr kontrollierbaren Situation, wie sie bei der Provokation vorausgesetzt werde, vorliegen könne. Heute wird eine Vereinbarkeit dieser beiden Umstände weitgehend bejaht, da man nicht mehr davon ausgeht, dass die Provokation eine unmittelbare Reaktion verlangt, und der Zustand des Zorns daher auch über den für den Vorbedacht erforderlichen Zeitraum andauern kann.¹⁰¹

Da der Vorbedacht eine stärkere Form des Vorsatzes darstellt, ist er zu verneinen, wenn bezüglich der Tötung lediglich *dolus eventualis* vorliegt.¹⁰² Hingegen ist nicht ausgeschlossen, dass der Täter mit Vorbedacht handelt, wenn er die Tat noch von einem bestimmten zukünftigen Ereignis abhängig macht.

– Art. 577 Abs. 1 Nr. 4

Art. 577 Abs. 1 Nr. 4 verweist auf die allgemeinen Erschwerungsgründe des Art. 61 Nr. 1 und 4, nämlich das Handeln aus niedrigen oder nichtigen Beweggründen (*motivi abietti o futili*) bzw. die Anwendung von Misshandlungen oder das Handeln mit Grausamkeit (*adoperare sevizie o agire con crudeltà*).

Niedrig i.S.d. Art. 61 Nr. 1 ist ein verabscheuungswürdiger und niederträchtiger Beweggrund, der eine solche Niedertracht des Täters offenbart, dass in jeder Person mit normalem Moralgefühl Abscheu erweckt wird.¹⁰³ Ein nichtiger Beweggrund ist anzunehmen, wenn er im Verhältnis zur Tat absolut unverhältnismäßig ist und daher als Vorwand erscheint und nicht als das wahre Motiv – eine Enthüllung eines ausgeprägteren kriminellen Instinkts, der eine härtere Bestrafung rechtfertigt.¹⁰⁴ Ob dieser Umstand mit einer verminderten Zurechnungsfähigkeit vereinbar ist, ist streitig.¹⁰⁵ Der Umstand ist ausgeschlossen, wenn der Täter zuvor provoziert wurde.¹⁰⁶

Unter der Anwendung von Misshandlungen ist die Beibringung physischer Schmerzen zu verstehen, die zur Begehung der Tat nicht notwendig sind. Grausam

¹⁰¹ *Antolisei*, Parte speciale, S. 52; Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 12.2.1981, Giust. pen. 1981, II, S. 641, und vom 24.11.1984, Cass. pen. 1986, S. 1070.

¹⁰² *Canestrari*, Parte speciale, S. 289.

¹⁰³ Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 17.5.1971, Giust. pen. 1972, Nr. 6154, S. 1185.

¹⁰⁴ Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 14.1.1997, Cass. pen. 1998, S. 69.

¹⁰⁵ Die Rechtsprechung vertritt hierbei die Auffassung, dass abstrakt zwischen den beiden Umständen keine logische Unvereinbarkeit bestehe. Im Einzelfall könne jedoch, soweit sich die Krankheit auch auf die Motivation erstreckt, die verminderte Zurechnungsfähigkeit den erschwerenden Umstand ausschließen, Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 24.10.1984, Riv. pen. 1985, 721. In der Lehre neigt man dazu, generell die Vereinbarkeit abzulehnen, *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 394.

¹⁰⁶ Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 16.7.1981, Riv. pen. 1982, 525.

handelt, wer einem anderen (nicht notwendigerweise dem Opfer)¹⁰⁷ in unmenschlicher Weise unnötige (auch psychische) Leiden bereitet.¹⁰⁸

– Art. 577 Abs. 2

Die Strafe für die vorsätzliche Tötung wird ferner – allerdings nur auf 24 bis 30 Jahre – erhöht, wenn die Tat gegen den Ehegatten,¹⁰⁹ Bruder oder Schwester, den Adoptivvater¹¹⁰ oder die Adoptivmutter, ein Adoptivkind oder einen Verschwägerten begangen wird.

II.1.1.2.3. Die präterintentionale Tötung, Art. 584

Art. 584 (Präterintentionale Tötung)

Wer durch Handlungen, die auf die Begehung eines der in den Artikeln 581 und 582 vorgesehenen Verbrechen abzielen, einen Menschen tötet, wird mit Gefängnisstrafe von zehn bis zu achtzehn Jahren bestraft.

Tathandlung der präterintentionalen Tötung (*omicidio preterintenzionale*) sind Handlungen, die auf die Begehung einer Körperverletzung oder das Austeilen von Schlägen gerichtet sind. Diese Taten müssen wenigstens ins Versuchsstadium gelangt sein.¹¹¹ Ferner ist objektiv erforderlich, dass durch die Handlungen (ungewollt) der Tod eines Menschen verursacht wird. Hart umstritten ist die Frage, ob bezüglich der tödlichen Folge Fahrlässigkeit vorliegen muss (im Sinne einer Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination)¹¹² oder ob allein die Kausalverbindung ausreichend ist, um sie dem Täter anzulasten.¹¹³ Nimmt man Letzteres an, ist Art. 584 als ein Fall der objektiven Verantwortlichkeit anzusehen, deren Verfassungsmäßigkeit umstritten ist.¹¹⁴

¹⁰⁷ Marini, in: Sacco (Hrsg.), Digesto delle Discipline Penali VIII, S. 507.

¹⁰⁸ Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 576, III, Rn. 6.

¹⁰⁹ Hier ist das tatsächliche Bestehen der Ehe entscheidend, Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 577, IV, Rn. 2. Auch wenn bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften aus kriminologischer Sicht die Situation nicht anders liegt, ist eine Analogie, da sie zu Lasten des Täters erfolgen würde, unzulässig.

¹¹⁰ Beim Adoptivverhältnis ist zu beachten, dass seit der Reform des Adoptionsrechts von 1983 Adoptivkinder dieselbe Rechtsstellung wie leibliche Kinder der Adoptierenden haben (Art. 27 L. 4 maggio 1983, n. 184), sodass hier nicht mehr Art. 577 Abs. 2, sondern Art. 577 Abs. 1 Nr. 1 zur Anwendung kommt, Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 576, III, Rn. 3.

¹¹¹ Mantovani, Parte speciale, S. 158 f.; Antolisei, Parte generale, S. 71.

¹¹² Mantovani, Parte speciale, S. 160 f.; Ramacci, S. 61.

¹¹³ So die noch h.L., Antolisei, Parte speciale I, S. 70 f., und die Rechtsprechung, siehe die Entscheidungen des Kassationsgerichtshofs vom 3.10.1986, Cass. pen. 1988, S. 1436, und Riv. it. dir. proc. pen., 1989, 843. Eine dritte Meinung vertritt Canestrari, Parte speciale, S. 295.

¹¹⁴ Siehe oben II.1.1.1.3.3.

Nach Art. 585 wird die Strafe erhöht, wenn einer der Erschwerungsgründe der Art. 576 oder 577 vorliegt oder wenn die Tat mit Waffen oder ätzenden Substanzen begangen wird.

II.1.1.2.4. Die fahrlässige Tötung, Art. 589

Art. 589 (Fahrlässige Tötung)

Wer aus Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Gefängnisstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

Wird die Tat unter Verletzung der Vorschriften der Straßenverkehrsordnung oder der Vorschriften zur Verhütung von Arbeitsunfällen begangen, so ist die Strafe Gefängnisstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren.

Im Fall des Todes mehrerer Personen oder im Fall des Todes einer oder mehrerer Personen und der Körperverletzung einer oder mehrerer Personen wird die Strafe, die für die schwerste der begangenen Gesetzesverletzungen verhängt werden müsste, unter Erhöhung um das Dreifache angewendet; die Strafe darf jedoch zwölf Jahre nicht überschreiten.

Nach dem Tatbestand der fahrlässigen Tötung (*omicidio colposo*) wird jedwedes Verhalten bestraft, das auf irgendeine Weise den Tod eines Menschen verursacht. Hierbei wirft insbesondere die Kausalität zwischen Handlung und Erfolg häufig große Probleme auf. Die Fahrlässigkeit ist in Art. 43 Abs. 3 geregelt und erfordert Nachlässigkeit, Unvorsichtigkeit, Untüchtigkeit oder die Nichtbeachtung von Gesetzen, Verordnungen, Befehlen oder Regelungen.¹¹⁵

II.1.1.2.5. „Erfolgsqualifizierte“ Delikte

II.1.1.2.5.1. Tod oder Körperverletzung als Folge eines anderen Verbrechens, Art. 586

Art. 586 (Tod oder Körperverletzung als Folge eines anderen Verbrechens)

Ist der Tod oder die Verletzung einer Person die vom Täter nicht gewollte Folge einer Tat, die als vorsätzliches Verbrechen vorgesehen ist, werden die Bestimmungen des Artikels 83 angewendet, doch werden die in den Artikeln 589 und 590 angedrohten Strafen erhöht.

Art. 586 (*morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*) verweist auf Art. 83, nach dem eine Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit besteht, wenn der Täter einen anderen als den gewollten Erfolg verursacht. Im Unterschied zu dieser Regelung werden die Strafen wegen fahrlässiger Tötung bzw. Körperverletzung noch erhöht. Nach der h.L. und Rechtsprechung handelt es sich bei diesem Tatbestand eigentlich nicht um ein erfolgsqualifiziertes Delikt, sondern um einen Fall der so-

¹¹⁵ Siehe oben II.1.1.1.3.3.

genannten *aberratio delicti*, also um einen Sonderfall des Art. 83.¹¹⁶ Uneinigkeit besteht darüber, ob bezüglich der schweren Folge eine einfache Kausalverbindung ausreicht,¹¹⁷ es sich also um einen Fall objektiver Verantwortlichkeit handelt, oder ob Fahrlässigkeit erforderlich ist.¹¹⁸

II.1.1.3. Straffreistellungen

II.1.1.3.1. Relevante Straffreistellungsgründe auf der Ebene der Rechtswidrigkeit

Das italienische Strafgesetzbuch unterscheidet nicht zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen. Art. 50–54 enthalten nicht näher bezeichnete Gründe für eine Strafflosigkeit, die nach h.M. als Rechtfertigungsgründe (*cause di giustificazione* oder *scriminanti*) bzw. als objektive Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit angesehen werden. Für die rechtfertigende Wirkung kommt es nicht auf die subjektive Seite an, sondern es ist allein das objektive Vorliegen des Rechtfertigungsgrundes ausreichend, so die h.M. mit Hinweis auf Art. 59 Abs. 1, wonach die Umstände der Art. 50–54 „dem Täter auch dann zu seinen Gunsten angerechnet werden, wenn er sie nicht gekannt hat oder wenn sie von ihm irrtümlich als nicht vorliegend angenommen wurden“. Anderes kann teilweise für spezielle Rechtfertigungsgründe gelten, die nur für bestimmte Straftatbestände anwendbar sind. Dort ist allein der konkrete Wortlaut der entsprechenden Bestimmung maßgeblich.

Umgekehrt werden dem Täter nach Art. 59 Abs. 4¹¹⁹ auch solche straffausschließenden Umstände zu seinen Gunsten angerechnet, deren Vorliegen er irrtümlich angenommen hat. Diese grundsätzliche Anerkennung putativer Rechtfertigungsgründe (*scriminante putativa*) ist jedoch davon abhängig, dass der Irrtum sich auf die tatsächlichen Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes bezieht oder auf eine außerstrafrechtliche Norm, die ein normatives Merkmal des Rechtfertigungsgrundes ergänzt. Nicht ausreichend ist hingegen der reine Rechtsirrtum. Die gegenteilige Annahme stünde im Widerspruch zu Art. 5, wonach sich niemand zu seiner Entschuldigung auf die Unkenntnis des Strafgesetzes berufen kann. Die Situation der irrtümlichen Annahme rechtfertigender Umstände wird mit der des Tatbestandsirrtums verglichen. In beiden Fällen habe der Täter nicht das Bewusstsein, eine strafbare Handlung zu begehen, sondern gehe im Gegenteil davon aus, er tue

¹¹⁶ *Antolisei*, Parte speciale I, S. 74; anders: *Militello*, in: Sacco (Hrsg.), *Digesto delle Discipline Penalistiche VIII*, S. 211 ff.; *Canestrari*, Parte speciale, S. 308, plädiert für die Abschaffung dieser Vorschrift, weil sie auf die allgemeinen Vorschriften über das Zusammentreffen strafbarer Handlung rückführbar sei.

¹¹⁷ So die Rechtsprechung: Entscheidungen des Kassationsgerichtshofs vom 28.5.1993, Cass. pen. 1994, S. 3002 f., und vom 8.3.1988, Giust. pen. 1989, II, S. 229, und *Antolisei*, Parte speciale I, S. 74.

¹¹⁸ So *Crespi/Stella/Zucçalà*, Art. 586 Rn. 5; *Mantovani*, Parte speciale I, S. 213; *Militello*, in: Sacco (Hrsg.), *Digesto delle Discipline Penalistiche VIII*, S. 207.

¹¹⁹ Der Wortlaut der Vorschrift ist unter II.1.1.4.1.1. wiedergegeben.

etwas völlig Erlaubtes, was keine Bestrafung wegen vorsätzlicher Tat zur Folge haben könne.¹²⁰ Art. 59 Abs. 4 Satz 2 bestimmt daher auch die Bestrafung wegen fahrlässiger Tat,¹²¹ wenn der Irrtum durch Fahrlässigkeit bestimmt war (*errore colposo*). Auch diese Regelung ist analog zu der des Tatbestandsirrtums in Art. 47.

Art. 55 regelt den fahrlässigen Exzess (*eccesso colposo*) bei Rechtfertigungsgründen. Dieser ist gegeben, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen für einen Rechtfertigungsgrund zwar vorliegen, der Täter aber dessen Grenzen fahrlässig überschreitet. Entscheidend ist hierbei, dass der Wille des Täters darauf gerichtet ist, das die Rechtfertigung begründende Ziel zu erreichen, er aber aufgrund eines Irrtums über die Erforderlichkeit der verwendeten Tatmittel oder über die konkreten Grenzen, die die Situation verlangt, einen Erfolg herbeiführt, der über das, was ausreichend gewesen wäre, hinausgeht. Überschreitet der Täter willentlich die Grenzen des Rechtfertigungsgrundes, ist sein Wille eben nicht darauf gerichtet, das erlaubte Ziel zu erreichen, sodass nicht fahrlässiger, sondern vorsätzlicher Exzess vorliegt, für den es keinerlei Privilegierung gibt. Hingegen ist Art. 55 auch dann anwendbar, wenn es sich lediglich um einen putativen Rechtfertigungsgrund i.S.d. Art. 59 Abs. 3 handelt.¹²² Nach h.L. handelt es sich bei der begangenen Tat der Rechtsnatur nach um eine normale fahrlässige Tat und nicht um eine vorsätzliche, die lediglich wie eine fahrlässige bestraft wird.¹²³

Bei der Tötung des Haustyrannen kommen vor allem Notwehr (*legittima difesa*, Art. 52), rechtmäßiger Waffengebrauch (*uso legittimo delle armi*, Art. 53) und Notstand (*stato di necessità*, Art. 54) in Betracht. Die Einwilligung (*consenso dell'avente diritto*, Art. 50)¹²⁴ und die Ausübung eines Rechts oder die Erfüllung einer Pflicht (*esercizio di un diritto o adempimento di un dovere*, Art. 51) sollen daher im Folgenden nicht näher betrachtet werden.

II.1.1.3.1.1. Notwehr, Art. 52

Art. 52 (Notwehr)

Straflos ist, wer die Tat begangen hat, weil er dazu durch die Notwendigkeit gezwungen war, ein eigenes Recht oder das eines anderen gegen die gegenwärtige Gefahr eines rechtswidrigen Angriffs zu verteidigen, sofern die Verteidigung im Verhältnis zu dem Angriff steht.

¹²⁰ *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 230.

¹²¹ Sofern die Tat vom Gesetz als fahrlässiges Verbrechen unter Strafe gestellt ist.

¹²² *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 233.

¹²³ Also nicht um eine vorsätzliche Tat, die lediglich wie eine fahrlässige bestraft wird, *Pagliari*, Parte generale, S. 444.

¹²⁴ Diese wirkt bei Tötungsdelikten nicht rechtfertigend, sondern führt zu einer mildereren Bestrafung wegen Tötung mit Einwilligung, Art. 579.

Die in Notwehr (*legittima difesa*) begangene Tat wird von der Rechtsordnung erlaubt, weil das Interesse des Bedrohten gegenüber dem des Angreifers von der Gemeinschaft als höherwertig angesehen wird.¹²⁵ Voraussetzung ist zum einen ein Angriff, zum anderen eine den Erfordernissen entsprechende Reaktion.

– Angriff

Der Angriff muss durch rechtswidriges¹²⁶ menschliches Verhalten (aktives Tun oder Unterlassen) erfolgen und sich gegen ein Recht richten. Im Gegensatz zum alten Strafgesetzbuch, dem *Codice Zanardelli* (1889–1930), ist keine Beschränkung auf bestimmte Rechte vorgesehen. Es sind also auch Vermögensrechte notwehrfähig.

Entscheidende Voraussetzung für die Notwehr ist, dass der Angriff eine gegenwärtige Gefahr für das infrage stehende Rechtsgut verursacht. Die Gefahr darf also weder vergangen¹²⁷ noch zukünftig¹²⁸ sein, sondern muss vielmehr zum Zeitpunkt der Tat unmittelbar bevorstehen, sodass die Reaktion das einzige Mittel ist, das gefährdete Rechtsgut zu schützen.¹²⁹

Kontrovers diskutiert wird die Frage, ob als weitere Voraussetzung für die Notwehr erforderlich ist, dass die Gefahr nicht willentlich hervorgerufen wurde.¹³⁰ Die Beantwortung dieser Frage schließt das Problem ein, ob Art. 52 im Fall der Provokation anwendbar ist.¹³¹

– Reaktion

Die Reaktion auf den gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff ist gerechtfertigt, wenn sie notwendig und verhältnismäßig ist.

¹²⁵ *Antolisei*, Parte generale, S. 296.

¹²⁶ Dass der Angreifer selbst strafbar ist, ist nicht erforderlich. Notwehr kann daher auch ausgeübt werden gegen Personen, die schuldlos handeln oder Immunität genießen.

¹²⁷ Dann wäre keine Notwendigkeit mehr gegeben, den Angriff abzuwehren. Wenn der Schaden aber noch nicht endgültig eingetreten ist, wie z.B. beim Dieb, der mit der Beute flieht, wird die Gegenwärtigkeit noch bejaht, siehe *Antolisei*, Parte generale, S. 300.

¹²⁸ Allein die Wahrscheinlichkeit eines Angriffs reicht nicht aus. In einem solchen Fall könnte man sich noch des Schutzes durch den Staat bedienen.

¹²⁹ Nach dem Urteil des Kassationsgerichtshofs vom 28.9.1978, Riv. pen. 1979, 622, ist die Gegenwärtigkeit beispielsweise nicht mehr gegeben, nachdem sich der Angreifer mit dem Rücken zum Angegriffenen entfernt hat.

¹³⁰ Dies verlangt die Rechtsprechung, die dabei aber nicht ganz einheitlich ist, z.B. Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 6.6.1980, Riv. pen. 1981, 130 f.; dagegen: *Antolisei*, Parte generale, S. 298; *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 256.

¹³¹ Dies verneint die Rechtsprechung, es sei denn, die Reaktion war absolut unvorhersehbar und völlig unverhältnismäßig, Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 28.11.1980, Riv. pen. 1981, 445.

Die Verteidigungshandlung ist notwendig, wenn der Handelnde ansonsten die Gefahr nicht vermeiden kann. Sie darf also nicht durch eine gleichermaßen geeignete, weniger schädigende Handlung ersetzbar sein; es sind jedoch stets die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Auch die Frage, ob der Angegriffene die Möglichkeit der Flucht hätte ergreifen müssen, kann nur von Fall zu Fall gelöst werden.¹³²

Während früher die Meinung vertreten wurde, dass die Verhältnismäßigkeit durch einen Vergleich der verwendeten mit den zur Verfügung stehenden Mitteln beurteilt werden muss,¹³³ ist nach der heutigen h.L. entscheidend, dass die Angriffs- und Verteidigungsmittel und die Werte der infrage stehenden Güter oder Interessen in angemessenem Verhältnis zueinander stehen.¹³⁴ In aller Regel wird es nicht erlaubt sein, ein erstrangiges Gut zugunsten eines zweitrangigen zu opfern.¹³⁵ Stets sind jedoch auch in diesem Bereich die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.¹³⁶

– *Notstand, Art. 54*

Art. 54 (Notstand)

Straflos ist, wer die Tat begangen hat, weil er dazu durch die Notwendigkeit gezwungen war, sich oder einen anderen aus einer gegenwärtigen Gefahr eines schweren Nachteils für die Person zu retten, ohne dass er die Gefahr vorsätzlich verursacht hat, noch dass diese auf andere Weise abwendbar gewesen ist, sofern die Tat im Verhältnis zu der Gefahr steht.

Diese Bestimmung wird nicht auf denjenigen angewendet, der eine besondere Rechtspflicht hat, sich der Gefahr auszusetzen.

Die Bestimmung des ersten Absatzes dieses Artikels wird auch dann angewendet, wenn der Notstand durch die Drohung eines anderen hervorgerufen ist; jedoch ist in diesem Fall derjenige für die von dem Bedrohten begangene Tat verantwortlich, der ihn dazu gezwungen hat.

Früher wurde der Notstand (*stato di necessità*) teilweise nicht als Rechtfertigungs-, sondern als Entschuldigungsgrund qualifiziert. Man nahm an, dass die *ratio legis* darin bestehe, dass eine Person, die sich in der Gefahr eines schweren Personenschadens befinde, sich nicht anders verhalten könne.¹³⁷ Die heute h.M. geht jedoch inzwischen davon aus, dass Art. 54 einen Rechtfertigungsgrund darstellt.

¹³² So *Antolisei*, Parte generale, S. 301. Diese Frage ist im Einzelnen sehr umstritten. So verlangt die Rechtsprechung die Flucht, wenn die zur Verfügung stehenden Verteidigungsmittel im Verhältnis zum Angriff unverhältnismäßig sind, Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 14.7.1980, Riv. pen. 1981, 42; siehe im Einzelnen auch *Crespi/Stella/Zuccalà*, Art. 52, II, Rn. 2 m.w.N.

¹³³ *Santoro*, S. 214. Hiergegen spricht allerdings schon der Wortlaut des Art. 52.

¹³⁴ *Crespi/Stella/Zuccalà*, Art. 52, VIII, Rn. 2 m.w.N.

¹³⁵ *Antolisei*, Parte generale, S. 302.

¹³⁶ *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 259.

¹³⁷ *Dolce*, S. 27 ff. und S. 58.

Der Grund, ein solches Verhalten nicht als rechtswidrig anzusehen, sei, wie auch bei der Notwehr, das Fehlen eines sozialen Schadens. Dieses Fehlen sei in den Fällen eindeutig, in denen das geopfert Gut einen minderen Wert im Vergleich zum geretteten habe. Aber auch bei Gleichwertigkeit der Güter oder sogar geringfügiger Höherwertigkeit des geopfert¹³⁸ verschlimmere die Handlung der sich in Gefahr befindenden Person die Situation nicht.¹³⁹ Von der Notwehr unterscheidet sich der Notstand zum einen darin, dass nicht gegen einen Angreifer reagiert wird, sondern gegen einen Dritten,¹⁴⁰ zum anderen ist nicht ausreichend, dass (irgend)ein Rechtsgut gefährdet ist, sondern es muss die Gefahr eines schweren Schadens für eine Person bestehen.

– Voraussetzungen der Gefahrensituation

Wie bei der Notwehr muss es sich um eine gegenwärtige Gefahr handeln. Objekt dieser Gefahr ist ein schwerer Schaden an einer Person. Hierzu gehören nach h.M. nicht nur das Leben und die körperliche Unversehrtheit, sondern auch die körperliche, geistige und sexuelle Freiheit, das Schamgefühl oder die Ehre.¹⁴¹ Die Schwere des Schadens bestimmt sich entweder nach dem Rang des gefährdeten Rechtsgutes (sogenanntes qualitatives Kriterium) oder nach dem Grad der Gefahr, die für das Rechtsgut besteht (sogenanntes quantitatives Kriterium).¹⁴² Art. 54 ist auch auf denjenigen anwendbar, der einen Dritten aus einer Gefahr rettet (sogeannter *soccorso di necessità*).

Die Gefahr darf nicht willentlich verursacht worden sein. Wer sich also bewusst und gewollt der Gefahr aussetzt, kann sich nicht darauf berufen, sich ihr entziehen zu müssen. Hier ist aber unmittelbar die gefährliche Situation gemeint, aus der man sich retten muss, und nicht diejenige, welche die Gefahr verursacht hat.¹⁴³

Der Handelnde darf schließlich keine besondere Rechtspflicht haben, sich der Gefahr auszusetzen, wie z.B. ein Schiffskapitän oder ein Feuerwehrmann.

– Voraussetzungen der verletzenden Handlung

Die verletzende Handlung muss für die Rettung absolut notwendig, die Gefahr darf also nicht anders abwendbar sein. Soweit also eine Rettung durch Flucht mög-

¹³⁸ *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 267.

¹³⁹ *Antolisei*, Parte generale, S. 306.

¹⁴⁰ Da es sich hierbei um einen „unschuldigen“ Dritten handelt, sieht Art. 2045 des italienischen Zivilgesetzbuchs zwar eine Entschädigung (*equa indennità*), nicht aber einen Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung vor, da das Handeln des Täters als solches erlaubt ist.

¹⁴¹ *Pagliari*, Parte generale, S. 439.

¹⁴² *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 271.

¹⁴³ *Pagliari*, Parte generale, S. 438.

lich war, ist eine Berufung auf Art. 54 nicht möglich. Dass diese Regelung strenger ist als bei der Notwehr, erklärt sich dadurch, dass hier unschuldige Dritte beeinträchtigt werden und nicht ein Angreifer.

Ferner muss die verletzende Handlung im Verhältnis zur Gefahr stehen. Auch hier muss die Beurteilung strenger ausfallen als bei Art. 52. Während teilweise darauf abgestellt wird, ob das gerettete Rechtsgut gegenüber dem geopfertem überwiegend oder jedenfalls gleichwertig ist,¹⁴⁴ wird von anderer Seite deutlich gemacht, dass nicht die sich gegenüberstehenden Rechtsgüter verglichen werden dürften, sondern alle bedeutenden Tatsachen, welche die Situation charakterisierenden, zu betrachten seien.¹⁴⁵

II.1.1.3.2. Relevante Straffreistellungsgründe auf der Ebene der Schuld

Die im Folgenden zu behandelnden Straffreistellungen wirken sich nur auf die Schuld des Täters und damit auf seine persönliche Bestrafung aus. Die Handlungen bleiben jedoch rechtswidrig und damit notwehrfähig. Auch ist eine strafbare Beteiligung an einer solchen Tat möglich.

II.1.1.3.2.1. Der unvermeidbare Verbotsirrtum

Nach Art. 5 kann sich zu seiner Entschuldigung niemand auf Unkenntnis des Strafgesetzes berufen. Wie oben bereits erwähnt¹⁴⁶ hat der italienische Verfassungsgerichtshof diese Vorschrift insoweit für verfassungswidrig erklärt, als er von der Unentschuldbarkeit der Unkenntnis des Strafgesetzes nicht die unvermeidbare Unkenntnis ausnimmt.¹⁴⁷ Dabei soll diese Unvermeidbarkeit nach objektiven bzw. gemischt objektiv/subjektiven Kriterien gemessen werden. Der unvermeidbare Verbotsirrtum führt also zum Ausschluss der Schuld und damit zur Straflosigkeit.

II.1.1.3.2.2. Weitere Straffreistellungsgründe auf der Ebene der Schuld

Art. 85 bestimmt, dass nur derjenige bestraft werden kann, der zum Tatzeitpunkt zurechnungsfähig war, also die Einsichts- und Willensfähigkeit besaß. Art. 85 findet keine Anwendung, wenn die Einsichts- und Willensunfähigkeit herbeigeführt wird, um eine strafbare Handlung zu begehen, Art. 87. Die fehlende Zurechnungsfähigkeit kann aus unterschiedlichen Gründen gegeben sein.

¹⁴⁴ So *Antolisei*, Parte generale, S. 309 f.; *Pagliari*, Parte generale, S. 438.

¹⁴⁵ *De Francesco*, S. 205, 290; *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 271.

¹⁴⁶ Siehe II.1.1.1.3.3.

¹⁴⁷ Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs vom 24.3.1988, Nr. 364, Giur. Cost., S. 1504.

– *Geisteskrankheit, Art. 88–90*

Nicht zurechnungsfähig und damit straflos ist nach Art. 88 (*vizio totale di mente*), wer sich im Zeitpunkt der Begehung der Tat infolge einer Krankheit in einem Geisteszustand befand, der die Einsichts- oder Willensfähigkeit ausschloss. Art. 90 stellt klar, dass Erregungs- oder Leidenschaftszustände (*stati emotivi o passionali*) weder den Ausschluss noch die Verminderung der Zurechnungsfähigkeit bewirken. Entscheidend ist also, dass eine pathologische Ursache gegeben ist.

Bei lediglich teilweiser Geistesstörung (*vizio parziale di mente*) ist eine Zurechnungsfähigkeit anzunehmen. Die Strafe wird jedoch herabgesetzt, Art. 89. Bei Vorliegen der Voraussetzungen¹⁴⁸ ist zudem die Anwendung einer Sicherungsmaßnahme möglich. Erforderlich ist eine erhebliche Verminderung der Einsichts- und Willensfähigkeit, die jedoch ebenfalls auf einer Krankheit basieren muss. Nach der Rechtsprechung ist die teilweise Geistesstörung vereinbar mit dem Erschwerungsgrund des Vorbedachts, soweit dieser nicht gerade Ausdruck der Krankheit ist.¹⁴⁹

– *Körperliche Ursachen, insbesondere: Alter, Art. 96–98*

Bis zur Vollendung des 14. Lebensjahrs ist eine absolute Unzurechnungsfähigkeit anzunehmen, Art. 97. Ist der Täter zwischen 14 und 18 Jahre alt, muss der Richter das Vorliegen der Einsichts- und Willensfähigkeit von Fall zu Fall feststellen. Kommt er zu einem positiven Ergebnis, wird der Täter einem Strafverfahren unterworfen, wobei die Strafe um bis zu ein Drittel gemindert wird, Art. 98 Abs. 1. Auch bei Taubstummen muss der Richter von Fall zu Fall feststellen, ob nicht die Einsichts- und Willensfähigkeit ausgeschlossen (mit der Folge der Straflosigkeit) oder erheblich vermindert (mit der Folge der Herabsetzung der Strafe) war, Art. 96.

– *Missbrauch von Alkohol oder Drogen, Art. 91–95*

Bei unverschuldeter Trunkenheit infolge Zufalls oder höherer Gewalt ist nach Art. 91 Abs. 1 Unzurechnungsfähigkeit anzunehmen. Der Täter bleibt gemäß Art. 85 straflos. Bei erheblicher Minderung der Einsichts- oder Willensfähigkeit wird die Strafe gemildert, Art. 91 Abs. 2.

Nach Art. 92 Abs. 1 führt die nicht durch Zufall oder höhere Gewalt verursachte Trunkenheit weder zum Ausschluss noch zur Verminderung der Zurechnungsfähigkeit. Vorsätzliche und fahrlässige Herbeiführung des Rauschzustands werden daher gleichgesetzt und führen zur Strafbarkeit wegen der in diesem Zustand begangenen Tat.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Art. 219.

¹⁴⁹ Siehe oben II.1.1.2.2.3.

¹⁵⁰ Streitig ist jedoch die Rechtsnatur des Vorwurfs. Während früher angenommen wurde, dass es sich um dasselbe Schema wie bei der *actio libera in causa* handele, es also für

Hat der Täter die Trunkenheit vorausgeplant, um die strafbare Handlung zu begehen oder um eine Entschuldigung zu erhalten, erhöht sich nach Art. 92 Abs. 2 die Strafe.

Wenn der Täter gewohnheitsmäßig trinkt, bleibt nicht nur die Strafbarkeit erhalten, es tritt auch noch eine Erhöhung der Strafe ein, Art. 94. Der Extremfall des chronischen Alkoholismus führt hingegen nach Art. 95 zur Anwendung der Art. 88 f. Im Einzelfall kann hierbei die Abgrenzung schwierig werden.

Die Bestimmungen über die Trunkenheit gelten im Wesentlichen auch für den Drogenmissbrauch, Art. 93 f. Abs. 3, 95.

II.1.1.4. Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe, Strafzumessung

II.1.1.4.1. Strafmildernde und straferschwerende Umstände

II.1.1.4.1.1. Einführung

Unter dem Begriff „Umstände der strafbaren Handlung“ (*circostanze del reato*)¹⁵¹ versteht man Elemente, die lediglich zu der in ihrer Struktur schon vollständigen Straftat hinzutreten und deren Vorhandensein nur eine Änderung der Strafe durch Ausweitung des Strafrahmens bestimmt. Im italienischen Strafgesetzbuch ist sehr umfangreich und detailliert geregelt, welche dieser Umstände zu einer Strafschärfung oder Strafmilderung führen und wie diese genau zu berechnen sind. Dabei finden sich im Allgemeinen Teil die allgemeinen erschwerenden und mildernenden Umstände (*circostanze comuni*), die für alle Straftaten Anwendung finden. Besondere Umstände (*circostanze speciali*), die nur für bestimmte Straftatbestände gelten, sind jeweils bei diesen im Besonderen Teil geregelt und wurden zum Teil im Rahmen der Tötungsdelikte bereits dargestellt.¹⁵² Mit der Schaffung dieser „Umstände“ verfolgte der Gesetzgeber zum einen den Zweck, die Anpassung der Strafe an den Einzelfall zu erleichtern, zum anderen sollte diese Anpassung durch die gesetzliche Regelung dem im Rahmen der Strafzumessung vorhandenen Ermessen des Richters entzogen werden. Zwar steht die Frage, wie hoch die Minderung oder Erhöhung der Strafe bei der Anwendung der Umstände sein soll, im Ermessen des Richters, nicht aber die Frage, ob die entsprechenden überhaupt im

die Bestrafung darauf ankomme, ob der Täter sich vorsätzlich oder fahrlässig in den Zustand der Trunkenheit versetzt hat, ist man heute eher der Auffassung, dass entscheidend sei, ob bei der im Zustand der Unzurechnungsfähigkeit begangenen Tat Vorsatz oder Fahrlässigkeit gegeben war. Man spricht daher von einer „fingierten Zurechnungsfähigkeit“, *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 307. Eine dritte Meinung hält eine solche Fiktion für nicht verfassungsgemäß und stellt darauf ab, ob der Täter zu dem Zeitpunkt, in dem er sich betrinkt, vorausgesehen hat, dass er in diesem Zustand eine Straftat begehen würde, *Man-tovani*, Parte generale, S. 695.

¹⁵¹ Vertiefend zum Gesamten *Melchionda*.

¹⁵² Siehe oben II.1.1.2.2.3.

konkreten Fall angenommen werden können. Diese Entscheidung ist, wie alle Fragen der Subsumption, in der Revision überprüfbar.

Während nach der früheren Gesetzesfassung sowohl mildernde als auch erschwerende Umstände dem Täter zugerechnet wurden, wenn sie objektiv vorlagen – unabhängig davon, ob er sie kannte oder nicht – differenziert das Gesetz seit der Neufassung im Jahr 1990¹⁵³ folgendermaßen:

Art. 59 (Nicht bekannte oder irrtümlich angenommene Umstände)

Umstände, die die Strafe mildern oder ausschließen, werden dem Täter zu seinen Gunsten angerechnet, auch wenn er sie nicht gekannt hat oder wenn sie von ihm irrtümlich als nicht vorliegend angenommen wurden.

Umstände, die die Strafe erschweren, werden nur dann dem Täter zur Last gelegt, wenn er sie gekannt oder aus Fahrlässigkeit nicht gekannt hat oder aufgrund eines durch Fahrlässigkeit bestimmten Irrtums als nicht vorliegend angenommen hat.

Nimmt der Täter irrtümlich das Vorliegen erschwerender oder mildernder Umstände an, so werden ihm diese nicht zu seinen Lasten oder Gunsten angerechnet.

Nimmt der Täter irrtümlich das Vorliegen von Umständen an, die die Strafe ausschließen, so werden ihm diese immer zu seinen Gunsten angerechnet. handelt es sich jedoch um einen durch Fahrlässigkeit bestimmten Irrtum, so ist die Strafbarkeit nicht ausgeschlossen, wenn die Tat vom Gesetz als fahrlässiges Verbrechen unter Strafe gestellt ist.

Für die Zurechnung der erschwerenden Umstände bedarf es also nunmehr eines subjektiven Elements; das Prinzip *nulla poena sine lege* wurde auch auf die straf erhöhenden Umstände erweitert, nachdem der Verfassungsgerichtshof im Jahr 1988 verfassungsrechtliche Bedenken gegen die ursprüngliche Fassung geäußert hatte.¹⁵⁴ Da sich die mildernden Umstände zugunsten des Täters auswirken, konnte es bei ihrer objektiven Zurechnung verbleiben, ohne dass ein Verstoß gegen das Schuldprinzip befürchtet werden musste.

Eine besondere privilegierende Regelung bei Irrtum über die Person des Verletzten enthält Art. 60:

Art. 60 (Irrtum über die Person des Verletzten)

Im Falle eines Irrtums über den durch die strafbare Handlung Verletzten gehen die erschwerenden Umstände, die die Verhältnisse oder Eigenschaften des Verletzten oder die Beziehungen zwischen dem Verletzten und dem Täter betreffen, nicht zu Lasten des Täters.

Dagegen werden ihm zu seinen Gunsten die irrtümlich angenommenen mildernden Umstände angerechnet, die die genannten Verhältnisse, Eigenschaften oder Beziehungen betreffen.

Die Bestimmungen dieses Artikels werden nicht angewendet, wenn es sich um Umstände handelt, die das Alter oder andere körperliche oder geistige Verhältnisse des Verletzten betreffen.

¹⁵³ Durch das Gesetz L. 7 febbraio 1990, n. 19.

¹⁵⁴ Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs vom 24.3.1988, Nr. 364, Giur. Cost., S. 1504.

Art. 60 Abs. 1 bestätigt nochmals, dass die Kenntnis der erschwerenden Umstände erforderlich ist. Im Gegensatz zu Art. 59 Abs. 2 reicht die fahrlässige Unkenntnis von Eigenschaften des Verletzten nicht aus. Auch Art. 60 Abs. 2, nach dem auch irrtümlich angenommene mildernde Eigenschaften des Verletzten zugunsten des Täters gelten, ist günstiger als die allgemeine Regel, dass mildernde Umstände nur anwendbar sind, wenn sie tatsächlich vorliegen (Art. 59 Abs. 3).

Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, wird bei Vorliegen eines erschwerenden Umstands die Strafe um bis zu ein Drittel¹⁵⁵ erhöht, Art. 64 Abs. 1. Der Strafraum erweitert sich also nach oben. Liegt ein mildernder Umstand vor, so tritt nach Art. 65 an die Stelle von lebenslanger Gefängnisstrafe eine solche von 20 bis 24 Jahren. Die anderen Strafen werden um bis zu einem Drittel herabgesetzt, sodass auch eine Strafe unter der Mindeststrafe möglich ist. Der Richter hat hier also immer noch einen beträchtlichen Ermessensspielraum, soweit es darum geht, wie viel die Schärfung oder Minderung im konkreten Fall beträgt. Die Anforderungen an die Begründung dieser Entscheidung sind davon abhängig, wie weit der Richter die Strafe erhöht oder mindert.¹⁵⁶ Genau angegeben werden muss hingegen, aus welchen Erhöhungen bzw. Minderungen die Strafe sich im Einzelnen ergibt.

II.1.1.4.1.2. Zusammentreffen erschwerender und mildernder Umstände

– *Homogenes Zusammentreffen*

Treffen mehrere erschwerende oder mehrere mildernde Umstände zusammen (*concorso omogeneo di circostanze*), so tritt die Erhöhung oder Herabsetzung der Strafe bei dem Strafmaß ein, das sich aus der vorhergehenden Erhöhung oder Herabsetzung ergibt, Art. 63 Abs. 2. Es ist also zunächst nur ein Umstand zu berücksichtigen und die entsprechende Strafe zu berechnen; von diesem Ergebnis wird dann die weitere Milderung abgezogen bzw. die Erhöhung hinzugezählt. Dieser Vorgang kann sich beliebig oft wiederholen, je nachdem, wie viele erschwerende oder mildernde Umstände vorhanden sind. Als Obergrenze ist bei den Erschwerungen jedoch das Dreifache der Strafe und jedenfalls nicht mehr als 30 Jahre Gefängnisstrafe¹⁵⁷ vorgesehen, Art. 66. Für die Milderungen gilt nach Art. 67 eine Untergrenze von einem Viertel der Strafe und, wenn das Gesetz lebenslange Gefängnisstrafe androht, nicht weniger als 10 Jahren.

¹⁵⁵ Bei einer Obergrenze von 30 Jahren, Art. 64 Abs. 2.

¹⁵⁶ So ist beispielsweise eine ausdrückliche Begründung nicht erforderlich, wenn bei Vorliegen eines Milderungsgrundes die höchste mögliche Milderung gewählt wird.

¹⁵⁷ Bzw. bei Geldstrafen 20 Mio. Lire (10.329,14 Euro). Bei Übertretungen gilt die Obergrenze von fünf Jahren Haftstrafe und vier Mio. Lire (2.065,83 Euro) Geldbuße.

– *Heterogenes Zusammentreffen*

Beim Zusammentreffen erschwerender und mildernder Umstände (*concorso eterogeneo di circostanze*) sieht Art. 69 folgende Regelung vor:

Art. 69 (Zusammentreffen erschwerender und mildernder Umstände)

Treffen erschwerende und mildernde Umstände zusammen und werden die ersten vom Richter als überwiegend angesehen, so wird der für die mildernden Umstände festgesetzten Herabsetzung der Strafe nicht Rechnung getragen; es tritt nur die Erhöhung der Strafe ein, die für die erschwerenden Umstände vorgesehen ist.

Werden die mildernden Umstände gegenüber den erschwerenden für überwiegend gehalten, so wird der für diese letzten bestimmten Erhöhung der Strafe nicht Rechnung getragen; es tritt nur die Herabsetzung der Strafe ein, die für die mildernden Umstände vorgesehen ist.

Nimmt der Richter an, dass die erschwerenden und die mildernden Umstände einander aufwiegen, so wird die ohne das Vorliegen der Umstände zu verhängende Strafe angewendet.

Die vorhergehenden Bestimmungen werden auch bei den mit der Person des Täters verbundenen Umständen und bei jedem anderen Umstand angewendet, für den das Gesetz eine Strafe anderer Art vorsieht oder das Strafmaß unabhängig von der ordentlichen Strafe für die strafbare Handlung bestimmt.

Erforderlich ist beim Zusammentreffen erschwerender und mildernder Umstände eine Abwägung, ob die mildernden oder die erschwerenden Umstände überwiegen oder ob eine Gleichwertigkeit beider vorliegt. Im ersten Fall werden nur die Umstände angewandt, die als überwiegend angesehen werden, im zweiten werden überhaupt keine Umstände angenommen, sodass es bei der Grundstrafe verbleibt. Diese nicht durch das Kassationsgericht überprüfbare¹⁵⁸ Abwägung obliegt dem Richter, der einen vollständigen Überblick über Tat und Täter hat. Die Strafe soll nämlich möglichst das Ergebnis eines zusammenfassenden Gesamturteils über die Persönlichkeit des Täters und die Schwere der Tat sein und nicht das Ergebnis einer rein arithmetischen Regelung.¹⁵⁹ Daher hat der Richter bei der Abwägung einen weiten Ermessensspielraum. Einzubeziehen sind seit der Reform von 1974¹⁶⁰ nach Art. 69 Abs. 4 auch die besonderen, nur bestimmte Straftaten betreffenden Umstände, wie die der Art. 576 f. Kriminalpolitischer Hintergrund hierbei war vor allem, die Strenge des *Codice Rocco* etwas abzumildern, wobei nicht der entsprechende Strafraum verändert wurde, sondern man dem Richter die Pflicht auferlegt hat, die Sanktionen anzupassen. Er bekam hierdurch eine erhöhte Ermessensfreiheit, was teilweise auf heftige Kritik gestoßen ist.¹⁶¹ Da der Gesetzgeber diesbezüglich keine Hilfestellung leistet, ist umstritten, welche Kriterien bei der Abwägung heranzuziehen sind. Nach der h.M. in Rechtsprechung und Lehre sind die allgemeinen Strafzumessungskriterien des Art. 133 anzuwenden und die

¹⁵⁸ *Antolisei*, Parte generale, S. 471.

¹⁵⁹ *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 391.

¹⁶⁰ L. 7 giugno 1974, n. 220.

¹⁶¹ *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 391.

konkrete Intensität der sich gegenüberstehenden Umstände ist zu berücksichtigen, während nach der Mindermeinung die Umstände am konkreten Fall verglichen werden müssten. Die Abwägung ist zu begründen, wobei die Rechtsprechung in diesem Zusammenhang als ausreichend erachtet, dass das Gericht allgemein zum Ausdruck bringt, dass es diese Abwägung vorgenommen hat.¹⁶²

II.1.1.4.1.3. Anwendung erschwerender und mildernder Umstände und Strafzumessung

Im Rahmen der Strafzumessung hat der Richter innerhalb des gesetzlich vorgegebenen Strafrahmens die richtige Strafe zu finden und zu konkretisieren. Die Umstände der Straftat dienen hingegen dazu, den Strafrahmen nach oben oder unten zu verändern.¹⁶³ Die Höhe der Veränderung der Strafe durch erschwerende und mildernde Umstände (von einem Tag bis zu einem Drittel) bleibt, wie bereits oben dargelegt, dem Ermessen des Richters überlassen. Dieses kommt zu dem richterlichen Ermessen bei der Strafzumessung hinzu. Hierbei ist denkbar, dass dieselben Tatsachen zum einen Inhalt eines strafmildernden oder -erschwerenden Umstands sind, zum anderen aber auch ein geeignetes Kriterium für die Strafzumessung darstellen. Solche Umstände gleichen Inhalts dürfen aber nur einmal zur Bestimmung der Strafe, entweder bei der Strafzumessung oder bei der Abwägung der Umstände, bewertet werden, da ansonsten ein Verstoß gegen das materielle rechtliche *ne bis in idem*-Prinzip zu befürchten steht.¹⁶⁴

II.1.1.4.1.4. Die einzelnen allgemeinen erschwerenden Umstände, Art. 61

Art. 61 (Allgemeine erschwerende Umstände)

Folgende Umstände, soweit sie nicht Tatbestandsmerkmale oder besondere erschwerende Umstände sind, erschweren die strafbare Handlung:

1. das Handeln aus niedrigen oder nichtigen Beweggründen;
2. die Begehung der strafbaren Handlung, um eine andere strafbare Handlung auszuführen oder zu verdecken, oder zu dem Zweck, sich oder einem anderen das Ergebnis, den Ertrag oder den Lohn einer anderen strafbaren Handlung oder Strafflosigkeit wegen einer solchen zu verschaffen oder zu sichern;
3. bei fahrlässigen Verbrechen das Handeln trotz Voraussicht des Erfolgs;
4. die Anwendung von Misshandlungen oder das Handeln mit Grausamkeit gegen eine Person;

¹⁶² Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 10.6.1988, Cass. pen. 1989, S. 1459. Nach der Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 17.2.1983, Riv. pen. 1983, 908, ist vor allem die Entscheidung des Überwiegens der strafschärfenden Umstände oder eine Gleichwertigkeit zu begründen, weniger das Überwiegen der mildernden Umstände.

¹⁶³ *De Vero*, S. 5 und 199 ff.

¹⁶⁴ *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 394.

5. die Ausnutzung zeitlicher, örtlicher oder persönlicher Umstände, die die öffentliche oder private Abwehr hindern können;
6. der Umstand, dass der Täter die strafbare Handlung während einer Zeit begangen hat, in der er sich willentlich der Vollstreckung eines Festnahme- oder Haftbefehls oder einer diesbezüglichen Anordnung oder einer Ladung zum Strafantritt, die wegen einer früheren strafbaren Handlung ergangen sind, entzogen hat;
7. bei Verbrechen gegen das Vermögen oder solchen, die jedenfalls das Vermögen beeinträchtigen, sowie bei den auf Gewinnsucht beruhenden Verbrechen die Verursachung eines Vermögensschadens von erheblichem Umfang bei dem Verletzten;
8. die Erschwerung oder der Versuch einer Erschwerung der Folgen des begangenen Verbrechens;
9. die Begehung der Tat unter Missbrauch der Befugnisse oder unter Verletzung der Pflichten, die mit einem öffentlichen Amt oder einem öffentlichen Dienst oder mit der Eigenschaft als Geistlicher einer Religionsgemeinschaft verbunden sind;
10. die Begehung der Tat gegen eine Amtsperson oder gegen eine mit einem öffentlichen Dienst beauftragte Person oder gegen eine Person, die die Eigenschaft eines Geistlichen der katholischen Kirche oder einer im Staat zugelassenen Religionsgemeinschaft besitzt, oder gegen einen diplomatischen Vertreter eines ausländischen Staates, während oder wegen der Erfüllung ihres Amtes oder Dienstes;
11. die Begehung der Tat unter Missbrauch einer Gewaltbefugnis oder häuslicher Beziehungen oder unter Missbrauch einer beruflichen Beziehung, einer Arbeitsleistung, des Zusammenwohnens oder der Gastfreundschaft.

– *Handeln aus niedrigen oder nichtigen Beweggründen, Art. 61 Nr. 1*

Hier kann auf das oben bei den erschwerenden Umständen für die vorsätzliche Tötung Gesagte verwiesen werden.¹⁶⁵

– *Ausführungs- oder Verdeckungsabsicht, Art. 61 Nr. 2*

Siehe die Ausführungen zu Art. 576 Abs. 1 Nr. 1.¹⁶⁶

– *Handeln trotz Voraussicht des Erfolgs bei fahrlässigen Verbrechen, Art. 61 Nr. 3*

Bei fahrlässigen Verbrechen wirkt der Fall der bewussten Fahrlässigkeit erschwerend.

– *Misshandlungen oder Grausamkeit, Art. 61 Nr. 4*

Näheres bei Art. 577 Abs. 1 Nr. 4.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Vgl. oben II.1.1.2.2.3.

¹⁶⁶ Vgl. oben II.1.1.2.2.3.

– *Ausnutzung zeitlicher, örtlicher oder persönlicher Umstände, die die öffentliche oder private Abwehr hindern können, Art. 61 Nr. 5*

Für den Erschwerungsgrund der sogenannten erschweren Verteidigung (*minorata difesa*) ist zum einen erforderlich, dass ein die Abwehr hindernder Umstand vorliegt. Dieser Umstand kann zeitlicher,¹⁶⁷ örtlicher¹⁶⁹ oder persönlicher Natur sein. Bei den letztgenannten Umständen ist streitig, ob es sich nur um solche des Opfers handeln darf¹⁷⁰ oder ob auch Eigenschaften des Täters¹⁷¹ straferschwerend wirken können. Der Täter muss diesen Umstand ferner ausnutzen. Daher ist für die Bejahung des Art. 61 Nr. 5 erforderlich, dass der Täter den die Abwehr erschwerenden Umstand kennt.¹⁷² Der Umstand ist nach überwiegender Ansicht vereinbar mit dem besonderen Erschwerungsgrund des Vorbedachts¹⁷³ und der teilweisen Geistesstörung.¹⁷⁴

– *Art. 61 Nr. 6–10*

Art. 61 Nr. 6–10 sind für die Fallvarianten der Ehegattentötung nicht einschlägig und sollen daher nicht näher betrachtet werden.

– *Missbrauch von Befugnissen und Beziehungen, Art. 61. Nr. 11*

Die *ratio* dieses Erschwerungsgrundes liegt im Vertrauensmissbrauch. Richtet sich die Tat gegen eine Person, die in einer besonderen Verbindung zum Täter steht, so wird das Vorliegen einer Vertrauensbeziehung vermutet. Relevant für die Ehegattentötung könnten der Missbrauch häuslicher Beziehungen¹⁷⁵ sowie der des Zusammenwohnens¹⁷⁶ sein.

¹⁶⁷ Vgl. oben II.1.1.2.2.3.

¹⁶⁸ Z.B. Dunkelheit oder Katastrophenfall, *Antolisei*, Parte generale, S. 448.

¹⁶⁹ Z.B. ein abgelegener Tatort, *Pagliari*, Parte generale, S. 463.

¹⁷⁰ Z.B. Alter, Krankheit oder Trunkenheit, so *Romano*, Art. 61 Rn. 7; *Antolisei*, Parte generale, S. 448.

¹⁷¹ Insbesondere seine besonders kräftige Statur, *Mantovani*, Parte generale, S. 424.

¹⁷² *Antolisei*, Parte generale, S. 448; *Romano*, Art. 61 Rn. 7; *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 397. Anders: *Mantovani*, Parte generale, S. 424; *Pagliari*, Parte generale, S. 463.

¹⁷³ *Crespi/Stella/Zuccalà*, Art. 61, V, Rn. 5, Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 20.10.1971, Giust. pen. 1972, II, S. 800.

¹⁷⁴ *Romano*, Art. 61 Rn. 7.

¹⁷⁵ Hierfür ist erforderlich, dass Täter und Opfer durch eine familiäre (nicht notwendigerweise verwandtschaftliche) Gemeinschaft verbunden sind, *Crespi/Stella/Zuccalà*, Art. 61, XII, Rn. 1.

¹⁷⁶ Nicht nur im Sinne des Zusammenlebens, sondern einer nicht nur momentanen Anwesenheit in derselben Wohnung, *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 401.

II.1.1.4.1.5. Die einzelnen allgemeinen mildernden Umstände, Art. 62

Art. 62 (Allgemeine mildernde Umstände)

Folgende Umstände, sofern sie nicht Tatbestandsmerkmale oder besondere mildernde Umstände sind, mildern die strafbare Handlung:

1. das Handeln aus Gründen besonderen sittlichen oder sozialen Wertes;
2. das Handeln aus Zorn, hervorgerufen durch das unrechte Tun eines anderen;
3. das Handeln infolge Willensbeeinflussung bei einem Volksauflauf, wenn es sich nicht um gesetzlich oder von der Behörde verbotene Versammlungen oder Zusammenkünfte handelt und der Täter nicht gewohnheits- oder gewerbsmäßig Verbrechen oder Übertretungen verübt oder Hangverbrecher ist;
4. bei Verbrechen gegen das Vermögen oder solchen, die jedenfalls das Vermögen beeinträchtigen, die Verursachung eines besonders geringfügigen Vermögensschadens bei dem Verletzten oder bei Verbrechen aus Gewinnsucht, das Handeln zur Erlangung oder die Erlangung eines besonders geringfügigen Gewinns, wenn auch der schädliche oder der gefährliche Erfolg besonders geringfügig ist;
5. der Umstand, dass zur Herbeiführung des Erfolgs außer der Handlung oder Unterlassung des Täters das vorsätzliche Handeln des Verletzten mitgewirkt hat;
6. die vollständige Wiedergutmachung des Schadens vor dem Hauptverfahren durch Schadensersatzleistung oder, soweit dies möglich ist, durch Wiederherstellung; oder das aus eigenem Antrieb erfolgende und wirksame Bemühen vor dem Hauptverfahren und abgesehen von dem Fall des letzten Absatzes des Artikels 56, die schädlichen oder gefährlichen Folgen der strafbaren Handlung zu beseitigen oder zu mildern.

– *Handeln aus besonders sittlich oder sozial wertvollen Gründen, Art. 62 Nr. 1*

Ein sittlich wertvolles Motiv ist anzunehmen, wenn es im Hinblick auf das allgemeine Empfinden der Bevölkerung besonderer Wertschätzung würdig ist.¹⁷⁷ Von besonderem sozialem Wert sind solche Gründe, die den Vorgaben und Zielen der organisierten Gemeinschaft entsprechen.¹⁷⁸

– *Handeln im Zorn, hervorgerufen durch das unrechte Tun eines anderen, Art. 62 Nr. 2*

Die sogenannte Provokation (*provocazione*) ist in ein subjektives (Zorn) und ein objektives Moment (unrechtes Tun eines anderen) zu untergliedern.

Unter Zorn ist nach der Rechtsprechung ein gefühlsmäßiger Impuls zu verstehen, der beim Täter den Verlust der Selbstkontrolle zur Folge hat, aber nicht mit den Gefühlen des Hasses, des Grolls oder der Rache zu verwechseln ist.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Z.B. die Mutterliebe, *Pagliaro*, Parte generale, S. 470.

¹⁷⁸ Z.B. der patriotische Geist, *Antolisei*, Parte generale, S. 454.

¹⁷⁹ Entscheidungen des Kassationsgerichtshofs vom 30.3.1971, Giust. pen. 1972, II, S. 485, und vom 12.2.1981, Giust. pen. 1981, II, S. 637.

Das unrechte Tun eines anderen muss nicht unbedingt im Verstoß gegen Rechtsnormen bestehen, sondern kann auch bei Verletzung moralischer oder sozialer Regeln oder Sitten vorliegen, die für ein bürgerliches Zusammenleben gelten.¹⁸⁰ Das unrechte Tun muss tatsächlich vorliegen. Es reicht nicht, dass der Täter ein solches irrig annimmt.¹⁸¹

Erforderlich ist ein Kausalzusammenhang zwischen dem unrechten Tun und dem Zorn. Letzterer muss gerade durch das unrechte Tun bestimmt worden sein. Ist die Reaktion unverhältnismäßig oder unangemessen, schließt dies nach der h.M. die Kausalverbindung aus.¹⁸²

Problematisch ist, ob die Reaktion auf das unrechte Tun in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang stehen muss oder ob der mildernde Umstand auch dann gewährt werden kann, wenn dazwischen ein gewisser Zeitabstand liegt. Der letztgenannten Auffassung ist die herrschende Rechtsprechung mit dem Hinweis darauf, dass der Zustand des Zorns auch andauern oder wiederaufleben kann.¹⁸³ Auch die Literatur¹⁸⁴ teilt diese Auffassung überwiegend und weist ergänzend darauf hin, dass Art. 62 Nr. 2 im Gegensatz zu Art. 599 Abs. 2 (Provokation bei Beleidigung und übler Nachrede) nicht eine Tat „unmittelbar im Anschluss“ an das unrechte Tun verlangt.¹⁸⁵

Der Milderungsgrund ist nach überwiegender Auffassung vereinbar mit einer teilweisen Geistesstörung, soweit der Zorn nicht gerade Ausdruck der Krankheit und weniger durch die Provokation bedingt ist.¹⁸⁶

Streitig ist hingegen, ob der Milderungsgrund der Provokation auch angenommen werden kann, wenn der Täter mit Vorbedacht gehandelt hat. Die Rechtsprechung erkennt das Nebeneinander beider Umstände einhellig an, da der Zorn auch so lange andauern kann, dass der Täter die Möglichkeit hat, das kriminelle Vorha-

¹⁸⁰ Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 10.6.1994, Cass. pen. 1996, S. 806, und vom 9.10.1970, Giust. pen. 1971, II, S. 586.

¹⁸¹ Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 5.10.1981, Riv. pen. 1982, 723, und vom 6.12.1979, Riv. pen. 1980, 872.

¹⁸² Z.B. Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 30.11.1995, Cass. pen. 1997, S. 701, und vom 27.6.1984, Riv. pen. 1985, 722; *Romano*, Art. 62 Rn. 3; *Pagliari*, Parte generale, S. 471. Anders: Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 23.6.1987, Cass. pen. 1988, S. 1411, und vom 16.4.1984, Riv. pen. 1985, 581; *Antolisei*, Parte generale, S. 456.

¹⁸³ Entscheidungen des Kassationsgerichtshofs vom 6.11.1989, Cass. pen. 1991, S. 403, vom 22.2.1988, Cass. pen. 1990, S. 32, und vom 15.7.1981, Cass. pen. 1983, S. 583.

¹⁸⁴ *Antolisei*, Parte generale, S. 455; *Mantovani*, Parte generale, S. 429; *Pagliari*, Parte generale, S. 471.

¹⁸⁵ *Romano*, Art. 62 Rn. 3.

¹⁸⁶ *Crespi/Stella/Zuccalà*, Art. 62, II, Rn. 14.

ben zu entwickeln und aufrechtzuerhalten.¹⁸⁷ Auch die h.L. hält die Umstände für vereinbar, da der Vorbedacht zum einen keine Ruhe und Kälte erfordere und der Milderungsgrund der Provokation auch zuzuerkennen sei, wenn bis zur Reaktion eine gewisse Zeitspanne vergehe.¹⁸⁸

– Art. 62 Nr. 3–6

Auf die Darstellung der mildernden Umstände des Art. 62 Nr. 3–6 soll verzichtet werden, da sie für die Lösung der Fallvarianten nicht einschlägig sind.

II.1.1.4.1.6. Unbestimmte mildernde Umstände, Art. 62-bis

Art. 62-bis (Unbestimmte mildernde Umstände)

Unabhängig von den in Artikel 62 genannten Umständen kann der Richter auch weitere Umstände anderer Art berücksichtigen, wenn sie nach seinem Ermessen eine Milderung der Strafe rechtfertigen. Diese Umstände gelten in jedem Fall für die Anwendung dieses Kapitels als ein einziger Umstand, der auch mit einem oder mehreren der in dem vorhergehenden Art. 62 angegebenen Umstände zusammentreffen kann.

1944 wurde diese Norm in das Strafgesetzbuch eingeführt mit dem Ziel, die hohen Strafen des *Codice Rocco* etwas abzumildern.¹⁸⁹ Durch die Schaffung der unbestimmten mildernden Umstände (*attenuanti generiche*) sollte der Richter in die Lage versetzt werden, nach seinem Ermessen im Ergebnis auch dann unter die Mindeststrafe zu gelangen, wenn zwar keine benannten Milderungsgründe vorliegen, aber solche, die in gleicher Weise eine Strafmilderung rechtfertigen. Dies können vor allem die persönlichen Umstände sein, die nach Art. 133 Abs. 2 in die Strafzumessung einzubeziehen sind.¹⁹⁰ Nachdem die Rechtsnatur lange Zeit umstritten war, ist man sich heute weitgehend darüber einig, dass es sich hierbei um einen echten, wenn auch unbestimmt formulierten, strafmildernden Umstand handelt. Er ist also unabhängig von der Strafzumessung und damit auch von der Gesamtbewertung der Tat und der Persönlichkeit des Opfers. Wie die anderen mildernden Umstände auch, bringt er eine Strafmilderung von bis zu einem Drittel mit sich und ist beim Zusammentreffen mit erschwerenden Umständen Gegenstand der

¹⁸⁷ Entscheidungen des Kassationsgerichtshofs vom 7.2.1984, Riv. pen. 1985, 66, und vom 7.12.1982, Cass. pen. 1984, S. 860.

¹⁸⁸ *Antolisei*, Parte generale, S. 457; *Pagliari*, Parte generale, S. 472; *Romano*, Art. 63 Rn. 4. Dagegen: *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 403; *Mantovani*, Parte generale, S. 430.

¹⁸⁹ Durch D. Lgs. 14 settembre 1944, n. 288. Das vorhergehende Strafgesetzbuch, der *Codice Zanardelli* von 1889, hatte bereits eine ähnliche Vorschrift enthalten, die aber nicht in den *Codice Rocco* übernommen wurde.

¹⁹⁰ Diese Umstände dienen also nicht nur dazu, innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens im Rahmen der Strafzumessung eine konkrete Strafe festzusetzen, sondern sie können je nach Einzelfall dem Richter auch dazu dienen, unter die Mindeststrafe zu gelangen, *Antolisei*, Parte generale, S. 464.

Abwägung gemäß Art. 69 Abs. 4, wobei er auch bei Vorliegen mehrerer Faktoren stets als ein einziger zu behandeln ist. Eine ausdrückliche Begründung für die Anwendung der allgemeinen mildernden Umstände ist nach der Rechtsprechung nicht erforderlich. Es ist vielmehr die Nennung der Aspekte ausreichend, die für die Entscheidung bestimmend waren. Ob auch bezüglich dieser Umstände das bereits angesprochene¹⁹¹ Doppelverwertungsverbot gilt, ist hingegen streitig.¹⁹²

Aus dem Ermessensspielraum des Richters folgt, dass dieser die Anwendung des Art. 62-*bis* begründen muss. Ob auch die Nichtanwendung zu begründen ist, hängt mit davon ab, ob man ihn als fakultativ oder zwingend ansieht, was streitig ist.¹⁹³

Probleme mit dem Bestimmtheitsgebot gibt es bei der Regelung des Art. 62-*bis* deshalb nicht, weil er lediglich zugunsten des Angeklagten gilt.

II.1.1.4.2. Das italienische Sanktionensystem

Der *Codice Rocco* sieht ein zweigleisiges System von Strafen (*pene*) und Sicherungsmaßnahmen (*misure di sicurezza*) vor. Für die Verhängung einer Strafe ist die Schuld des Täters erforderlich. Alternativ oder zusätzlich dazu kann eine Sicherungsmaßnahme angeordnet werden, bei der es nicht auf die Schuld, sondern auf die soziale Gefährlichkeit des Täters ankommt. Sie ist auf seine Resozialisierung gerichtet und erfüllt somit vornehmlich die Funktion der Spezialprävention.¹⁹⁴ Zu den Sicherungsmaßnahmen gehören beispielsweise die Einweisung in ein Arbeitshaus oder eine Heil- und Bewahrungsanstalt und die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Erziehungsanstalt, je nach den Eigenschaften des Täters (Rückfall- oder Gewohnheitstäter, Geisteskranker, Minderjähriger usw.). Im Folgenden sollen lediglich die Strafen näher betrachtet werden.

Die wichtigsten Eckpunkte für die Strafe sind in Art. 27 Abs. 3 der italienischen Verfassung beschrieben. Danach dürfen die Strafen nicht gegen die Menschlichkeit verstoßen und dienen der Umerziehung des Verurteilten, wobei heute der Begriff „Umerziehung“ in Richtung „Resozialisierung“ zu verstehen ist.¹⁹⁵

¹⁹¹ Siehe II.1.1.4.1.3.

¹⁹² Dafür: *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 409; Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 28.1.1982, Cass. pen. 1983, S. 1754. Dagegen: *Romano*, Art. 62-*bis* Rn. 10; Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 27.1.1984, Riv. pen. 1985, 193.

¹⁹³ Für den zwingenden Charakter und damit eine Begründungspflicht: *Romano*, Art. 62-*bis* Rn. 14. Dagegen: *Antolisei*, Parte generale, S. 464.

¹⁹⁴ Diese Zweigleisigkeit steht zunehmend unter Kritik. Zum Meinungsstand siehe *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 648 und 672 f. m.w.N.

¹⁹⁵ *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 651.

II.1.1.4.2.1. Hauptstrafen (*pene principali*)¹⁹⁶

– *Lebenslange Gefängnisstrafe*

Nach Abschaffung der Todesstrafe im Jahr 1944¹⁹⁷ stellt die lebenslange Gefängnisstrafe (*ergastolo*, Art. 22) die schwerste Strafe im italienischen Strafrechtssystem dar. Wegen der zahlreichen Möglichkeiten vorzeitiger Haftentlassung¹⁹⁸ wird sie überwiegend als vereinbar mit Art. 27 Abs. 3 der Verfassung erachtet.

– *Zeitige Gefängnisstrafe*

Die zeitige Freiheitsstrafe für Verbrechen (*reclusione*) beträgt nach Art. 23 mindestens fünfzehn Tage und höchstens vierundzwanzig Jahre. Sie erhöht sich bei Vorliegen erschwerender Umstände um bis zu ein Drittel, jedoch maximal auf 30 Jahre (Art. 64 Abs. 2). Der Richter darf von diesen Grenzen nicht abweichen, während der Gesetzgeber durch die Schaffung anders lautender Strafraumen im Besonderen Teil eine andere Regelung vorsehen kann.

– *Geldstrafe*

Die Untergrenze für die Geldstrafe für Verbrechen (*multa*) beträgt zehntausend Lire (5,16 Euro), die Obergrenze zehn Mio. Lire (5.164,57 Euro), Art. 24 Abs. 1. In vielen Straftatbeständen droht das Gesetz die Geldstrafe neben der Freiheitsstrafe an. Liegt ein auf Gewinnsucht beruhendes Verbrechen vor, kann der Richter nach Art. 24 Abs. 2, auch wenn das Gesetz nur Gefängnisstrafe androht, daneben auf Geldstrafe von zehntausend (5,16 Euro) bis vier Mio. (2.065,83 Euro) Lire erkennen. Die Geldstrafe wird nicht in Tagessätzen, sondern in bestimmten Summen verhängt. Im Fall der Zahlungsfähigkeit ist eine Umwandlung in die sogenannte überwachte Freiheit (*libertà controllata*) oder in die sogenannte Ersatzarbeit (*lavoro sostitutivo*) möglich.¹⁹⁹

– *Haftstrafe und Geldbuße*

Als zeitige Freiheitsstrafe für Übertretungen ist die Haftstrafe (*arresto*) vorgesehen, die fünf Tage bis drei Jahre beträgt, Art. 25. Daneben gibt es die Geldbuße (*ammenda*), die in der Zahlung von 4.000 (2,07 Euro) bis zwei Mio. (1.032,91 Euro) Lire bestehen kann, Art. 26.

¹⁹⁶ Außer Acht gelassen werden hier die im Jahr 2001 neu geschaffenen Hauptstrafen Hausarrest und gemeinnützige Arbeit. Sie sind allerdings nur auf die Straftaten anwendbar, die in die Zuständigkeit des Friedensrichters fallen. Hierzu gehören die Tötungsdelikte nicht.

¹⁹⁷ Art. 27 Abs. 4 der italienischen Verfassung und D. Lgs. 10 agosto 1944, n. 224.

¹⁹⁸ Siehe hierzu im Einzelnen unten II.1.3.1.

¹⁹⁹ Art. 136 i.V.m. Art. 102 L. 24 novembre 1981, n. 689.

II.1.1.4.2.2. Nebenstrafen

Zusätzlich zu den Hauptstrafen sieht das Gesetz in vielen Fällen Nebenstrafen (*pene accessorie*) vor, die automatisch von Rechts wegen eine Folge der strafrechtlichen Verurteilung sind. Der Richter verhängt sie daher nur dann (ausdrücklich), wenn sie (ausnahmsweise) in sein Ermessen gestellt sind. Art. 19 enthält einen (nicht abschließenden) Katalog von Nebenstrafen für Verbrechen.²⁰⁰

II.1.1.4.3. Die Strafzumessung

Bei der Strafzumessung (*commisurazione della pena*) bestimmt der Richter innerhalb des Strafrahmens die Art und Höhe der Strafe im Einzelfall nach den Regeln der Art. 132 ff.

Art. 132 (Ermessensbefugnis des Richters bei Anwendung der Strafe: Grenzen)

Innerhalb der vom Gesetz bestimmten Grenzen wendet der Richter die Strafe nach seinem Ermessen an; er hat die Gründe anzugeben, die die Ausübung dieser Ermessensbefugnis rechtfertigen.

Bei der Erhöhung oder Herabsetzung der Strafe dürfen die für jede Straftat festgesetzten Grenzen nicht überschritten werden, vorbehaltlich der vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fälle.

Art. 133 (Schwere der strafbaren Handlung: Bewertung im Hinblick auf die Strafe)

Bei der Ausübung des im vorhergehenden Artikel bezeichneten Ermessens hat der Richter der Schwere der strafbaren Handlung Rechnung zu tragen, die abzuleiten ist aus:

1. der Natur, der Art, den Mitteln, dem Gegenstand, der Zeit, dem Ort und jeder anderen Beschaffenheit der Handlung;
2. der Schwere des Schadens oder der Gefahr, die für den Verletzten verursacht worden sind;
3. der Stärke des Vorsatzes oder dem Grad der Fahrlässigkeit.

Der Richter hat außerdem der Fähigkeit des Täters zur Begehung von Straftaten Rechnung zu tragen, die abzuleiten ist aus:

1. den Beweggründen zur Begehung von Straftaten und dem Charakter des Täters;
2. den Vorstrafen und früheren gerichtlichen Entscheidungen und allgemein aus dem Verhalten und der Lebensführung des Täters vor Begehung der strafbaren Handlung;
3. dem Verhalten während oder nach der Begehung der strafbaren Handlung;
4. den persönlichen, familiären und sozialen Verhältnissen des Täters.

Der Richter hat bei der Strafzumessung eine Ermessensbefugnis, die damit zu begründen ist, dass nur er in der Lage ist, eine ausreichend auf den Täter und die Tat abgestimmte individuelle Strafe zu bestimmen. Nach h.M. handelt es sich hier-

²⁰⁰ Z.B. das Verbot der Bekleidung öffentlicher Ämter, die Entmündigung kraft Gesetzes, die Unfähigkeit zu Verträgen mit der öffentlichen Verwaltung oder die Veröffentlichung des Strafurteils.

bei jedoch nicht um ein freies, sondern um ein gebundenes Ermessen (*discrezionalità vincolata*). Die Bindung entsteht zum einen durch die Ober- und Untergrenzen des Strafrahmens, ferner durch die Aufzählung der zu berücksichtigenden Umstände des Art. 133 und schließlich durch die in Art. 132 Abs. 1 statuierte Begründungspflicht, aus der die Pflicht zur Ermessensausübung sowie eine – wenn auch begrenzte – Überprüfbarkeit des Ermessensgebrauchs durch die Obergerichte folgt.²⁰¹

Der Ausgangspunkt für die Strafzumessung liegt nach heutiger Anschauung nicht mehr in der Mitte des Strafrahmens, sondern eher bei der angedrohten Mindeststrafe oder zumindest in der Nähe davon. Begründet wird dies damit, dass der *Codice Rocco* in nicht hinnehmbarer Weise harte und veraltete Strafordnungen beinhalte.²⁰² Wird eine solche Strafe verhängt, stellt die Rechtsprechung wesentlich geringere Anforderungen an die Begründungspflicht.²⁰³

Nach Art. 133 hat der Täter bei der Strafzumessung die Schwere der Tat und die Fähigkeit des Täters zur Begehung von Straftaten zu berücksichtigen. Erstere ergibt sich als Ausprägung des Schuldprinzips aus den objektiven und subjektiven Kennzeichen des kriminellen Verhaltens, während Letztere nach der mehr oder weniger großen Möglichkeit bemessen wird, dass der Täter wieder Strafgesetze verletzen wird. Das Gesetz zählt hierbei ausschließlich tatsächliche Kriterien auf und schweigt völlig über die Kriterien des Strafzwecks. In der strafrechtlichen Literatur wird bereits seit Längerem betont, dass es für die Strafzumessung unerlässlich sei, zuvor zu klären, welche Zwecke die Strafe rechtmäßigerweise verfolgen könne. Je nach Ergebnis seien die in Art. 133 genannten tatsächlichen Kriterien unterschiedlich zu bewerten.²⁰⁴ Da sich die verschiedenen Strafzwecke (Spezialprävention, *prevenzione speciale*, Generalprävention, *prevenzione generale*, und Vergeltung, *retribuzione*) widersprechen könnten, sei eine Reform unumgänglich.²⁰⁵ Auch in der Rechtsprechung gewinnt der Gedanke der Umerziehung als Strafzweck bei der Strafzumessung an Bedeutung.²⁰⁶

²⁰¹ *Mantovani*, Parte generale, S. 816 f.

²⁰² *Crespi/Stella/Zuccalà*, Art. 132, I, Rn. 3; Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 1.3.1985, Riv. pen. 1986, 335.

²⁰³ Dabei werden nicht nur – wie auch bei Strafen im mittleren Bereich – knappe Formulierungen wie „erscheint angemessen“ gebilligt, sondern manchmal sogar das völlige Fehlen einer Begründung, Entscheidungen des Kassationsgerichtshofs vom 5.5.1995, Riv. pen. 1996, 246, und vom 16.11.1988, Riv. pen. 1990, 893.

²⁰⁴ *Dolcini*, S. 16 ff.

²⁰⁵ *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 741.

²⁰⁶ Entscheidungen des Kassationsgerichtshofs vom 15.12.1992, Riv. pen. 1993, 1175, und vom 17.12.1990, Riv. pen. 1991, 490.

II.1.1.4.4. Bedingte Strafaussetzung, Art. 163 ff.

Nach Art. 163 kann die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren²⁰⁷ auf Anordnung des Richters auf fünf (bei Verbrechen) bzw. zwei Jahre (bei Übertretungen) ausgesetzt werden. Die bedingte Strafaussetzung (*sospensione condizionale della pena*) kann von der Erfüllung bestimmter, in Art. 165 einzeln aufgeführter Auflagen abhängig gemacht werden.²⁰⁸ Bleibt der Verurteilte innerhalb der festgesetzten Zeit straflos und erfüllt er die ihm auferlegten Verpflichtungen, so erlischt nach Art. 167 die strafbare Handlung, anderenfalls gilt die bedingte Strafaussetzung als widerrufen, Art. 168.

II.1.2. Wesenszüge des Strafverfahrensrechts

II.1.2.1. Generelle Charakterisierung der Verfahrensstruktur

II.1.2.1.1. Vorbemerkungen

Der italienische Strafprozess ist insbesondere gekennzeichnet durch seine lange Verfahrensdauer. Sie liegt in der Größenordnung von bis zu zehn Jahren. Italien ist aus diesem Grund bereits häufig Adressat von Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte geworden.²⁰⁹ Andererseits sind oft auch die Angeklagten nicht an einer schnellen Verfahrensbeendigung interessiert, sondern hoffen, durch zwischenzeitliche Amnestien oder den Eintritt der Verjährung einer Bestrafung zu entgehen. Hintergrund hierfür ist die Verjährungsregelung des Art. 160 Abs. 3 c.p. Die Verjährungsfristen dürfen auch bei Unterbrechung insgesamt nur um höchstens die Hälfte verlängert werden.²¹⁰ Ein großer Teil der ordentlichen Prozesse kann daher, zumindest bei leichten und mittleren Straftaten, nicht vor dem Eintritt der Verjährung beendet werden. Diese Rechtslage bewirkt folglich, dass viele Angeklagte eher dazu neigen, Rechtsmittel einzulegen,²¹¹ und weniger bereit sind, der Beschleunigung dienende besondere Verfahrensarten zu wählen.²¹²

²⁰⁷ Oder einer umgerechnet entsprechend hohen Geldstrafe.

²⁰⁸ Z.B. Wiedergutmachung oder Zahlung von Schadensersatz.

²⁰⁹ 1999 ergingen beispielsweise Urteile wegen 37 Zivil- und fünf Strafverfahren, die eine angemessene Verfahrensdauer bei Weitem überschritten hatten.

²¹⁰ Diese Regelung wurde im Jahr 2005 durch L. 5 dicembre 2005, n. 251 modifiziert. Es ist jetzt ein gestuftes System für den Eintritt der absoluten Verjährung vorgesehen. Sie kann nunmehr maximal verlängert werden um:

- das Doppelte bei gewohnheitsmäßiger oder gewerbsmäßiger Begehung (Art. 102, 103 und 105);
- zwei Drittel bei wiederholtem Rückfall (Art. 99 Abs. 4);
- die Hälfte bei erschwertem Rückfall (Art. 99 Abs. 2);
- ein Viertel in allen sonstigen Fällen.

²¹¹ Im Rahmen von Reformvorschlägen in Italien wird daher erwogen, solange das Rechtsmittelverfahren anhängig ist, eine Hemmung der Verjährung eintreten zu lassen.

²¹² Zu diesen unten II.1.2.2.2.

Seit Oktober 1989 ist in Italien eine neue Strafprozessordnung in Kraft.²¹³ Das Strafverfahren ist nunmehr an einem Parteienprozess orientiert.²¹⁴ Der Staatsanwalt hat eine starke und unabhängige Stellung. Dies war wohl auch einer der Gründe für den Erfolg der groß angelegten Ermittlungen der Mailänder Operation „Saubere Hände“ (*mani pulite*), mit der Anfang der 1990er Jahre in großem Stil korruptionsverdächtige hochrangige Politiker und Verwaltungsbeamte verfolgt wurden. Seit ihrem Erlass hat die neue Strafprozessordnung jedoch eine Vielzahl von Veränderungen erfahren.²¹⁵ Neben zahlreichen Modifikationen durch den Gesetzgeber, vor allem im Rahmen der Bekämpfung der organisierten Kriminalität,²¹⁶ hielten einige Bestimmungen einer Überprüfung durch den Verfassungsgerichtshof nicht stand und wurden daher für verfassungswidrig erklärt.²¹⁷ Durch diese Veränderungen hat sich der italienische Strafprozess wieder stärker dem Inquisitionsprozess angenähert, als es in der ursprünglichen Fassung vorgesehen war. Ein Schritt wiederum zurück zum akkusatorischen System erfolgte im Jahr 2001, als die beweisrechtliche Trennung zwischen Ermittlungs- und Hauptverfahren wiederhergestellt wurde.²¹⁸

Neben dem normalen Verfahren, dessen Darstellung nun folgt, sieht die neue italienische Strafprozessordnung besondere Verfahrensarten vor, die hauptsächlich der Beschleunigung des Verfahrens dienen sollen. Auf sie soll anschließend eingegangen werden.

II.1.2.1.2. Überblick über den Gang des Strafverfahrens

II.1.2.1.2.1. Die Vorerhebungen, Art. 326 ff. c.p.p.

In Italien besteht – im Gegensatz zu den Ländern des *Common Law* – eine Strafverfolgungspflicht. Es gilt das strenge Legalitätsprinzip, das in Art. 112 der italienischen Verfassung festgeschrieben ist. Sobald die Staatsanwaltschaft (*pubblico ministero*) Kenntnis von strafbaren Handlungen (*notizia di reato*) erhält,²¹⁹ hat sie die notwendigen Ermittlungen zu führen, Art. 330 c.p.p., wobei sie sich der weisungsgebundenen Gerichtspolizei (*polizia giudiziaria*) bedient, Art. 327 c.p.p. Sie ist somit Herrin des Ermittlungsverfahrens. Der Untersuchungsrichter (*giudice is-*

²¹³ Einen guten Überblick in deutscher Sprache geben: *Maiwald/Ippoliti*, JZ 1989, 874–878; *Amodio*, ZStW 104 (1990), 171–195; *Stile*, ZStW 104 (1992), 429–447.

²¹⁴ Im Gegensatz hierzu galt nach der alten Strafprozessordnung von 1930 das (gemischt-)inquisitorische Prinzip.

²¹⁵ Einen Überblick in deutscher Sprache über die ersten Änderungen gibt *Honert*, ZStW 106 (1994), 427–447.

²¹⁶ Vor allem durch L. 7 agosto 1992, n. 356.

²¹⁷ Siehe auch *Militello/Orlandi* (Hrsg.), Guida al sistema penale degli anni novanta, S. 117–154.

²¹⁸ Durch L. 1 marzo 2001, n. 63.

²¹⁹ In der Regel durch private Anzeige (*denuncia*).

truttore) wurde im Rahmen der Neufassung der Strafprozessordnung 1989 abgeschafft. Sind im Lauf der Vorerhebungen (*indagini preliminari*) Handlungen erforderlich, die in Grundrechte des Beschuldigten eingreifen, ist jedoch die Entscheidung des Richters für die Vorerhebungen (*giudice per gli indagini preliminari* = GIP), Art. 328 c.p.p., erforderlich. Dieser ist in etwa mit dem deutschen Ermittlungsrichter vergleichbar. Er entscheidet ferner über die unter bestimmten Voraussetzungen zulässige vorweggenommene Beweisaufnahme im Rahmen des sogenannten Beweissicherungsverfahrens (*incidente probatorio*). Diese ist möglich, wenn die Beweisaufnahme nicht auf die Hauptverhandlung verschoben werden kann, und stellt eine Ausnahme von dem Grundsatz dar, dass die Beweisaufnahme vor dem erkennenden Richter zu erfolgen hat.

Die Vorerhebungen müssen innerhalb von sechs Monaten abgeschlossen sein, Art. 495 Abs. 2 c.p.p. Über eine Fristverlängerung entscheidet der Richter für die Vorerhebungen. Als Höchstdauer bestimmt Art. 407 c.p.p. jedoch einen Zeitraum von achtzehn Monaten bzw. bei bestimmten Verbrechen von zwei Jahren.

Nach Abschluss der Ermittlungen kann die Staatsanwaltschaft entweder die Einstellung des Verfahrens (*archiviazione*) beantragen oder Anklage (*azione penale*) erheben. Der Antrag auf Einstellung des Verfahrens wird dem Ermittlungsrichter mit der kompletten Ermittlungsakte übersandt, Art. 408 c.p.p. Gibt das Gericht dem Antrag nicht statt, findet eine nicht öffentliche Verhandlung statt, an deren Ende entweder die Einstellung erfolgt oder die Staatsanwaltschaft zu weiteren Ermittlungen bzw. zur Anklageerhebung innerhalb von zehn Tagen aufgefordert wird, Art. 409 c.p.p. Liegen keine Gründe für eine Einstellung vor, erhebt die Staatsanwaltschaft, sofern nicht eine der besonderen Verfahrensarten in Betracht kommt, Anklage mit dem Antrag auf Einleitung des Hauptverfahrens.

Durch eine Reform im Jahr 2000²²⁰ wurde dem Strafverteidiger die Möglichkeit gegeben, aus eigenem Antrieb Ermittlungen zugunsten seines Mandanten vorzunehmen, Art. 327-*bis* c.p.p. Die Ergebnisse seiner Untersuchungen können im Prozess verwertet werden. Diese Neuerung war durch die im Jahr 1999 erfolgte Verfassungsänderung notwendig geworden, bei der das Prinzip des fairen Verfahrens (*giusto processo*) und damit die Gleichberechtigung der Parteien vor dem Gericht in Art. 111 Abs. 2 der italienischen Verfassung aufgenommen wurde.²²¹ Der Gesetzgeber hat den sogenannten Verteidigungsermittlungen (*indagini difensive*) nun einen eigenen Titel gewidmet, Art. 391-*bis* bis 391-*decies* c.p.p. Darin ist unter anderem geregelt, mit wem der Verteidiger Kontakt aufnehmen darf, worauf er die entsprechenden Personen vor der Befragung hinweisen muss, welche Formalitäten bei der Dokumentation zu beachten sind und wie eine Vorlage der Ergebnisse bei der Staatsanwaltschaft oder dem Richter der Vorerhebungen zu erfolgen hat. Der

²²⁰ L. 7 dicembre 2000, n. 397.

²²¹ L. cost. 23 novembre 1999, n. 2.

Verteidiger legt im Rahmen seiner Ermittlungen eine eigene Akte (*fascicolo del difensore*) an, die nach Abschluss der Vorerhebungen der Akte der Staatsanwaltschaft hinzugefügt wird.

II.1.2.1.2.2. Die Vorverhandlung, Art. 416 ff. c.p.p.

Die Vorverhandlung ist der Hauptverhandlung grundsätzlich vorgeschaltet und wird durch den Richter der Vorverhandlung (*giudice dell'udienza preliminare* = GUP) geleitet.²²² Sie ist eine Art mündliches Zwischenverfahren in nicht öffentlicher Verhandlung unter zwingender Teilnahme von Staatsanwalt und Verteidigung und dient der Vorprüfung der Begründetheit der Anklage. Der Richter trifft seine Entscheidung grundsätzlich „nach Lage der Akten“. Lediglich ausnahmsweise können die Parteien auf Hinweis des Richters Beweiserhebungen beantragen.²²³ Die Vorverhandlung endet entweder mit einem Einstellungsurteil, Art. 425 ff. c.p.p., oder mit dem Beschluss über die Eröffnung des Hauptverfahrens, Art. 429 ff. c.p.p. Nach Letzterem werden die Verfahrensakten unter Mitwirkung der Parteien getrennt. Die allen Prozessbeteiligten zugängliche Akte für die Hauptverhandlung (*fascicolo per il dibattimento*) enthält lediglich die Aktenteile, die die Voraussetzungen für den Prozess umschreiben, Protokolle über nicht wiederholbare Ermittlungshandlungen, Urkunden die sich auf die Persönlichkeit des Täters beziehen,²²⁴ sowie das Überführungsstück, Art. 431 c.p.p. In der Akte der Staatsanwaltschaft (*fascicolo del pubblico ministero*) finden sich alle übrigen Unterlagen. Sie darf von der Verteidigung zur Vorbereitung des Prozesses eingesehen werden, nicht jedoch vom Richter der Hauptverhandlung.

II.1.2.1.2.3. Die Hauptverhandlung, Art. 465 ff. c.p.p.

Die Hauptverhandlung (*dibattimento*) orientiert sich stark an einem Parteienprozess. Nach Klärung der verfahrensrechtlichen Vorfragen eröffnet der Vorsitzende die Hauptverhandlung. Anschließend wird die Anklage vom Protokollführer verlesen und die Staatsanwaltschaft legt knapp den der Anklage zugrunde liegenden Sachverhalt dar, Art. 492 f. c.p.p. Die Parteien bezeichnen daraufhin die Beweismittel, deren Zulassung sie beantragen. Die entsprechenden Zeugen und Sachverständigen sowie der Gegenstand ihrer Vernehmung müssen bereits mindestens sieben Tage vor dem Termin der Hauptverhandlung in einem Verzeichnis der Ge-

²²² Ausnahmen hiervon, in denen, insbesondere in Verfahren vor dem Einzelrichter, eine direkte Ladung zur Hauptverhandlung erfolgt, wurden durch die Neufassung von Art. 550 im Jahr 1998 bestimmt, Art. 218 D. Lgs. 19 febbraio 1998, n. 51.

²²³ Durch eine Gesetzesänderung im Jahr 1999 (L. 16 dicembre 1999, n. 479) wurden die Fälle der Beweiserhebung in der Vorverhandlung erheblich erweitert, Art. 421-*bis*, 422 c.p.p.

²²⁴ Z.B. der Strafregisterauszug.

richtskanzlei vorgelegt worden sein. Sodann entscheidet das Gericht nach Anhörung der Parteien über die Zulassung der Beweise, Art. 495 c.p.p. Die Beweisaufnahme erfolgt nun in kontradiktorischer Verhandlung. Die Zeugen werden durch Kreuzverhör (*esame e controesame*) unter Leitung des Gerichts vernommen, Art. 498 ff. c.p.p.²²⁵ Nach der Beweisaufnahme erfolgen die Schlussvorträge (*discussione finale*) und gegebenenfalls die Erwiderungen der Parteien; der Angeklagte und sein Verteidiger haben in jedem Fall das letzte Wort, Art. 523 c.p.p. Nach der Beratung (*deliberazione*), Art. 525 ff. c.p.p., folgt die Urteilsverkündung. Die Abfassung (*redazione*) der Gründe muss spätestens innerhalb von fünfzehn Tagen ab der Urteilsverkündung erfolgen, Art. 544 Abs. 2 c.p.p. Nach Art. 544 Abs. 3 kann das Gericht auch eine längere Frist (bis maximal neunzig Tage) bestimmen, wenn es sich um einen schwierigen Fall handelt. Von dieser Möglichkeit wird häufig Gebrauch gemacht.

II.1.2.2. Zuständige Spruchkörper und einschlägige Verfahrensarten

II.1.2.2.1. Zuständige Spruchkörper

In Italien gibt es einen dreistufigen Gerichtsaufbau.

II.1.2.2.1.1. Eingangsgerichte

Mit dem 2.1.2000 wurde in Italien auch in Strafsachen²²⁶ ein einheitliches Eingangsgericht (*giudice unico*) beim Landgericht (*tribunale*) eingeführt. Es besteht aus Einzelrichtern (*giudice monocratico*) und Kollegialgerichten (*giudice collegiale*), bestehend aus drei Berufsrichtern,²²⁷ deren Zuständigkeit sich nach der Strafandrohung richtet.²²⁸ Die Bezirksgerichte (*pretura*) wurden in diesem Zusammenhang abgeschafft. Mit der Reform erhofft man sich eine wesentliche Verkürzung der Verfahren und einen Spareffekt.

Besonders schwere Straftaten fallen in die Zuständigkeit des Schwurgerichts (*Corte di Assise*), das aus zwei Berufsrichtern und sechs Geschworenen besteht.²²⁹ Besonders schwere Straftaten sind nach Art. 5 c.p.p. Verbrechen, für die das Gesetz lebenslange Gefängnisstrafe oder eine Höchststrafe von mindestens 24 Jahren vorsieht, ferner bestimmte Tötungsdelikte, andere vorsätzliche Verbrechen, wenn die

²²⁵ Zur Beweisaufnahme siehe im Einzelnen unten II.1.2.3.1.

²²⁶ In Zivilsachen erfolgte die Einführung des *giudice unico* bereits zum 1.6.1999.

²²⁷ Art. 48 Regio Decreto 30.1.1941, Nr. 12 = *ordinamento giudiziario* (o.g.).

²²⁸ Der Einzelrichter ist zuständig für Straftaten bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe, das Kollegialgericht für die anderen Delikte.

²²⁹ Art. 3 L. 10 aprile 1951, n. 287.

Tat den Tod einer oder mehrerer Personen verursacht hat, und schließlich Verbrechen gegen den Bestand des Staates.

Für die Behandlung der Kleinkriminalität ist seit dem 2.1.2002²³⁰ eine Reform in Kraft, durch die für zahlreiche Delikte die strafrechtliche Zuständigkeit auf den Friedensrichter (*giudice di pace*) übertragen wurde. Diese ehrenamtlichen Richter sind ausgebildete Juristen, aber keine Berufsrichter. Für die in die Zuständigkeit des Friedensrichters fallenden Straftaten gilt ein eigenes Verfahren mit besonderen Mechanismen zur vorzeitigen Verfahrenserledigung sowie ein besonderes Sanktionensystem.²³¹

II.1.2.2.1.2. Berufungsgerichte

Im italienischen Strafprozessrecht gibt es zur Überprüfung der erstinstanzlichen Urteile eine zweite Tatsacheninstanz.

Das allgemeine Berufungsgericht (*Corte di appello*) entscheidet über Berufungen gegen erstinstanzliche Entscheidungen des Landgerichts und besteht aus drei Berufsrichtern.²³²

Die Entscheidungen des Schwurgerichts werden vom Berufungsgericht des Schwurgerichts (*Corte di assise di appello*) überprüft, das aus zwei Berufsrichtern und sechs Geschworenen besteht.²³³

Über die Berufungen gegen Entscheidungen des Friedensrichters entscheidet der Einzelrichter am Landgericht.

II.1.2.2.1.3. Revisionsgericht

Zuständig für die Rechtmäßigkeitskontrolle von Entscheidungen der Berufungsgerichte sowie für die Sprungrevision gegen erstinstanzliche Urteile ist der Kassationsgerichtshof (*Corte di Cassazione*). Die sechs Strafsenate (*sezioni*) bestehen aus jeweils fünf, die vereinigten Senate (*sezioni unite*) aus neun Berufsrichtern.

II.1.2.2.2. Einschlägige Verfahrensarten

Neben dem zuvor geschilderten „normalen“ Strafverfahren sieht die neue Strafprozessordnung eine Reihe von besonderen Verfahrensarten vor, die alle vorwiegend der Beschleunigung und Vereinfachung des Verfahrens dienen. Beim Schnellverfah-

²³⁰ Durch L. 24. novembre 1999, n. 468, und D. Lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

²³¹ Der Friedensrichter kann keine Freiheitsstrafe verhängen, ihm stehen aber die neuen Sanktionen des Hausarrests und der gemeinnützigen Arbeit zur Verfügung.

²³² Art. 56 o.g.

²³³ Art. 4 L. 10 aprile 1951, n. 287.

ren (*giudizio direttissimo*), Art. 449 ff. c.p.p., und bei der sofortigen Hauptverhandlung (*giudizio immediato*), Art. 453 ff. c.p.p., wird eine klare bzw. eindeutige Beweislage vorausgesetzt, weshalb die vor der Hauptverhandlung liegenden Verfahrensstadien verzichtbar erscheinen. Das Verfahren tritt also unmittelbar in die Hauptverhandlungsphase ein. Bei den anderen alternativen Verfahrensarten wird die Verfahrensbeschleunigung hingegen durch den Wegfall der Hauptverhandlung erreicht. Neben dem Strafbefehlsverfahren (*procedimento per decreto*), Art. 459 ff. c.p.p., das im Wesentlichen dem deutschen Strafbefehlsverfahren entspricht, sind hier insbesondere die beiden konsensualen Verfahrensarten von Bedeutung, das abgekürzte Verfahren (*giudizio abbreviato*), Art. 438 ff. c.p.p., und die Strafzumessung auf Antrag der Parteien (*applicazione della pena su richiesta delle parti*), Art. 444 ff. c.p.p. Gemeinsam ist diesen beiden Verfahrensarten, die im Folgenden etwas näher betrachtet werden sollen, zum einen, dass sie nur unter Mitwirkung des Angeklagten möglich sind. Zum anderen erfolgt eine zwingende Strafmilderung, die als eine Art „Gegenleistung“ für die Einwilligung des Angeklagten in seine Verurteilung und in die Beschränkung der Beweis- und Berufungsmöglichkeiten anzusehen ist. Diese zwingende Strafmilderung wurde geschaffen, um für den Angeklagten einen Anreiz für die Wahl eines dieser Verfahren zu schaffen. In der Praxis findet wohl dennoch in der überwiegenden Zahl der Fälle ein „normales“ Hauptverfahren statt. Die Angeklagten scheinen dieses mit seiner extrem langen Verfahrensdauer²³⁴ vorzuziehen, um das Verfahrensende so lange wie möglich hinauszuschieben – in der Hoffnung auf zwischenzeitliche Amnestien oder den Eintritt der Verjährung.²³⁵ Die Wahl eines der alternativen Verfahren bedeutet dagegen, dass das Verfahren innerhalb absehbarer Zeit abgeschlossen wird und es meist einen (wenn auch reduzierten) Strafausspruch gibt. In Italien haben die konsensualen Verfahren daher noch nicht zu durchgreifendem Erfolg geführt. Insbesondere das abgekürzte Verfahren, in Teilen aber auch die Strafzumessung auf Antrag der Parteien, wurden daher in den Jahren 1999/2000 umfassend reformiert.²³⁶ Im Folgenden soll jedoch zunächst die alte Rechtslage dargestellt werden, die zur Zeit der Befragung der Landesjuristen (1997) galt. Die wichtigsten Neuerungen werden in den Anmerkungen erwähnt.

II.1.2.2.1. Das abgekürzte Verfahren, Art. 438 ff. c.p.p.

Das abgekürzte Verfahren (*giudizio abbreviato*) war ursprünglich für alle Straftaten möglich. Der italienische Verfassungsgerichtshof hat die Anwendbarkeit auch für Straftaten, die mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht sind, jedoch für verfas-

²³⁴ Sie liegt in der Größenordnung von bis zu 10 Jahren.

²³⁵ Zur Verjährungsregelung siehe oben II.1.2.1.1.

²³⁶ Durch L. 16 dicembre 1999, n. 479, und L. 5 giugno 2000, n. 144.

sungswidrig erklärt.²³⁷ Maßgeblich ist in diesem Zusammenhang allein die abstrakte Strafindrohung und nicht, ob im konkreten Fall die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe möglich wäre.²³⁸

Das Verfahren findet auf Antrag des Angeklagten mit Einwilligung der Staatsanwaltschaft statt. Der Antrag und die Einwilligung müssen spätestens in der Vorverhandlung bis zur Stellung der Schlussanträge vorgebracht werden, Art. 439 c.p.p.²³⁹ Der gesamte Prozess kann dann in der Vorverhandlung aufgrund einer nicht öffentlichen Sitzung erledigt werden. Notwendige Voraussetzung für die Wahl dieses Verfahrens ist, dass der Fall auch tatsächlich auf Grundlage der Akten entscheidbar ist, Art. 440 Abs. 1 c.p.p.²⁴⁰ Eine Beweisaufnahme findet nicht statt, allerdings kann der Angeklagte die eigene Vernehmung beantragen, Art. 441 Abs. 1, 421 Abs. 2 c.p.p. Folge des Verfahrens ist im Fall der Verurteilung eine zwingende Strafmilderung um ein Drittel.²⁴¹ Der Richter nimmt dabei zunächst die Strafzumessung wie am Ende der Hauptverhandlung vor und zieht anschließend ein Drittel von der Strafe ab, die ihm angemessen erscheint. Lehnt der Staatsanwalt die Zustimmung zur Durchführung des abgekürzten Verfahrens zu Unrecht ab, so kann der Richter der Hauptverhandlung auch im Hauptverfahren die Strafe um ein Drittel herabsetzen. Dasselbe gilt, wenn der Richter für die Vorerhebung die Verfahrensart zu Unrecht abgelehnt hat.²⁴² Selbstverständlich muss der Richter

²³⁷ Urteil des Verfassungsgerichtshofs vom 23.4.1991, *Giur. Cost.* 1991, II, S. 1456.

²³⁸ Den Bedenken des Verfassungsgerichtshofs hat der Gesetzgeber nun in der Neufassung Rechnung getragen und die alte Gesetzesfassung (wirksam) wieder in Kraft gesetzt. Das abgekürzte Verfahren ist also heute bei allen Straftaten möglich, Art. 442 Abs. 2 c.p.p. n.F.

²³⁹ Seit der Modifikation im Jahr 1999 ist die Einwilligung des Staatsanwalts nicht mehr erforderlich, Art. 438 c.p.p. n.F. Von einem „vertragsartigen“ Charakter, den die ursprüngliche Vereinbarung besaß, kam man nun zu einer einseitigen Struktur, bei der allein die Willensbekundung des Angeklagten ausreichend ist. Die Wahl des Verfahrens ist daher zu einem richtiggehenden Recht des Angeklagten geworden, ohne dass der Staatsanwalt irgendeine Einflussmöglichkeit hätte; *Negri*, in: *Eser/Rabenstein* (Hrsg.), *Strafjustiz*, S. 416.

²⁴⁰ Diese Vorschrift wurde in der Neufassung aufgehoben. Auch der Richter hat damit keine Möglichkeit mehr, die Fälle auszuwählen, die tatsächlich für einen vorzeitigen Abschluss und insbesondere für den sich daraus ergebenden Strafnachlass geeignet sind. Andererseits wurden infolgedessen aber auch Ungleichbehandlungen unmöglich, die dadurch entstehen konnten, dass ein Angeklagter, bei dem die Staatsanwaltschaft ausreichende Ermittlungen vorgenommen hatte, sodass die Sache nach Lage der Akten entscheidbar war, in den Genuss des mit dem abgekürzten Verfahren verbundenen Strafnachlasses kommen konnte, ein anderer, bei dem die Ermittlungen noch nicht so weit gediehen waren, hingegen nicht.

²⁴¹ Eine lebenslange Freiheitsstrafe wird in eine zeitige Gefängnisstrafe von 30 Jahren umgewandelt, bei lebenslanger Freiheitsstrafe mit Tagesisolation, Tatmehrheit oder fortgesetzter Tat erfolgt eine Umwandlung in lebenslange Freiheitsstrafe, Art. 442 Abs. 2 c.p.p. n.F.

²⁴² Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs vom 2.2.1990, *Giur. Cost.* 1990, S. 274, und vom 31.1.1992, *Giur. Cost.* 1992, S. 109, nach der Neufassung nicht mehr relevant.

nach Art. 129 c.p.p. auch im abgekürzten Verfahren auf Freispruch erkennen, soweit die Voraussetzungen hierfür vorliegen.

Die Entscheidung im abgekürzten Verfahren kann nur eingeschränkt mit der Berufung angegriffen werden.²⁴³

II.1.2.2.2. Strafzumessung auf Antrag der Parteien, Art. 444 ff. c.p.p.

In diesem Verfahren, dem sogenannten *patteggiamento* (Aushandeln), kann eine von den Parteien beantragte Strafe verhängt werden. Dem Antrag, der vom Staatsanwalt oder vom Angeklagten mit Zustimmung des jeweils anderen gestellt werden kann, liegt eine Vereinbarung zugrunde, die sich auf die Zumessung einer nach Art und Maß angegebenen Ersatzstrafe oder einer um bis zu ein Drittel herabgesetzten Geld- oder Freiheitsstrafe bezieht. Die Parteien werden dabei versuchen, die Strafe so zu bemessen, dass der Richter, der die Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Strafzumessung zu überprüfen hat, sie auch annimmt. Die Strafe darf unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und des Abschlags zwei Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe nicht übersteigen.²⁴⁴ Das heißt, dass das Verfahren im äußersten Fall möglich ist, wenn die tat- und schuldangemessene Strafe drei Jahre Freiheitsstrafe betragen würde. Verweigert der Staatsanwalt zu Unrecht die Zustimmung,²⁴⁵ verhängt das Gericht die vom Angeklagten beantragte Strafe, wenn es sie für angemessen hält. Der Angeklagte kann sein Einverständnis von der Zuerkennung einer Strafaussetzung zur Bewährung abhängig machen, Art. 444 Abs. 3. Das Einverständnis des Angeklagten wird im Übrigen nicht als Geständnis verstanden. Die Verurteilung erfolgt, ohne dass das Gericht irgendwelche eigenen tatsächlichen Feststellungen getroffen hat. Dennoch wird die Regelung für mit dem Grundsatz der Unschuldsvermutung vereinbar gehalten.

Das Gericht überprüft anhand der Akten, ob die von den Parteien beantragte Strafe in angemessenem Verhältnis zu Art und Höhe der Strafe sowie zur Schwere der mit der strafbaren Handlung zugefügten Verletzung steht. Der Richter nimmt also nicht nur den von den Parteien geäußerten Willen einfach zur Kenntnis, sondern bildet sich selbst seine Überzeugung aus den Ermittlungsakten und begründet seine Entscheidung auch hinsichtlich der strafrechtlichen Verantwortung des Angeklagten.²⁴⁶ Somit sind folgende Entscheidungen möglich:

²⁴³ Gegen auf Freispruch lautende Urteile ist eine Berufung nicht möglich, wenn diese nur auf die Verwendung einer anderen Formel abzielt. Die Staatsanwaltschaft kann ferner auch gegen auf Verurteilung lautende Urteile nur dann Berufung einlegen, wenn das Urteil die Bezeichnung der strafbaren Handlung abgeändert hat.

²⁴⁴ Seit der Reform durch L. 12 giugno 2003, n. 134, fünf Jahre.

²⁴⁵ Was er nach Art. 446 Abs. 6 c.p.p. begründen muss.

²⁴⁶ Urteil des Verfassungsgerichtshofs vom 3.7.1990, Giur. Cost. 1990, S. 1981.

- Der Angeklagte wird freigesprochen, wenn das Gericht ihn für unschuldig hält.²⁴⁷
- Das Gericht spricht die Anwendung der beantragten Strafe aus, wenn es zu dem Ergebnis kommt, dass diese den Grundsätzen der Strafzumessung entspricht und die rechtliche Beurteilung der Tat zutreffend ist. Eine solche Überprüfung ist zwingend und muss zumindest kurz begründet werden.²⁴⁸ Diese Entscheidung beinhaltet keinen Schuldspruch, sondern konstatiert nur die Vereinbarung der Parteien. Sie ist daher von der Rechtsnatur nur bedingt mit einem Strafurteil vergleichbar.²⁴⁹ Nach Art. 444 Abs. 2 erlischt die Straftat nach einer gewissen Zeit, wenn der Verurteilte keine weitere Straftat derselben Art begeht.²⁵⁰
- Eine Zurückweisung des Antrags und damit die Durchführung des ordentlichen Verfahrens erfolgt, wenn das Gericht bei der rechtlichen Beurteilung der Tat oder der Prüfung der Angemessenheit der Strafe zu einem anderen als dem von den Parteien beantragten Ergebnis kommt. Diese Möglichkeit wird im Gesetz zwar nicht ausdrücklich hervorgehoben, ist aber selbstverständliche Konsequenz des Regelungskonzepts. Ferner weist das Gericht den Antrag auch ab, wenn dieser von einer Strafaussetzung abhängig gemacht wurde, eine solche aber nicht zuerkannt werden kann.

Antrag und Zustimmung mussten bis 1999 spätestens vor der Eröffnung der Hauptverhandlung vorliegen. Die seitdem geltende Fassung des Art. 446 Abs. 1 lässt dies aber nur noch bis zur Stellung der Schlussanträge in der Vorverhandlung zu. Aus prozesstaktischen Gründen wird für die Antragstellung oft erst der letztmögliche Zeitpunkt gewählt, weshalb die gewollte Entlastung der Gerichte oft nicht eintritt.

Gegen ein Urteil, in dem die von den Parteien beantragte Strafe verhängt wird, können weder Staatsanwalt noch Angeklagter Berufung einlegen, Art. 448 Abs. 2 c.p.p. Eine zweite Tatsacheninstanz stünde im Widerspruch zum besonderen Cha-

²⁴⁷ Nach Art. 129 c.p.p. hat das Gericht den Angeklagten in jeder Lage des Verfahrens freizusprechen, soweit die Voraussetzungen für einen Freispruch vorliegen.

²⁴⁸ Siehe hierzu die Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs vom 3.7.1990, Giur. Cost. 1990, S. 1981, und des Kassationsgerichtshofs vom 27.3.1992, Cass. pen. 1992, II, S. 2060. Der Richter nimmt dabei zunächst eine vorweggenommene Strafzumessung vor und überprüft dann nach der Reduzierung von bis zu einem Drittel, ob das besondere Verfahren des *patteggiamento* überhaupt möglich ist, d.h. ob das Ergebnis nicht über zwei Jahren Freiheitsstrafe liegt.

²⁴⁹ So hat der Beschuldigte die Kosten des Verfahrens nicht zu tragen (mit Ausnahme der Kosten der Zivilpartei, Art. 444 Abs. 2 c.p.p. n.F.). Auch Nebenstrafen oder Maßregeln dürfen nicht verhängt werden. Zudem entfaltet die Entscheidung keine Wirkungen in zivil- oder verwaltungsgerichtlichen Verfahren, Art. 445 Abs. 1 c.p.p., siehe auch *Budde*, ZStW 102 (1990), 214.

²⁵⁰ Die Frist beträgt bei Verbrechen fünf Jahre und bei Übertretungen zwei Jahre. Mit dem Erlöschen der Straftat erlöschen auch ihre strafrechtlichen Wirkungen, so ist sie bei späterer Begehung weiterer Straftaten kein Hindernis für eine Strafaussetzung.

rakter dieser konsensualen Verfahrensart. Das Gericht hat sich ja gerade aufgrund der Einigung der Parteien in seinem Prüfungs- und Entscheidungsspielraum zu beschränken.²⁵¹ Ausnahmsweise ist die Berufung möglich, wenn es aufgrund der Zustimmungsverweigerung durch den Staatsanwalt zu einer Hauptverhandlung und zu einer Strafmilderung durch das Gericht gekommen ist. Denn hier besteht eine Meinungsverschiedenheit und keine Einigung, sodass eine Klärung der Streitfrage durch die zweite Instanz möglich sein muss, Art. 448 Abs. 2 c.p.p.

Die Revision gegen eine auf Absprache beruhende Entscheidung ist zwar theoretisch möglich, wird aber in der Praxis kaum Erfolg haben, weil es meist an der nach Art. 568 Abs. 4 c.p.p. für die Einlegung von Rechtsmitteln erforderlichen Beschwerde fehlt. Die Parteien können nicht die Verhängung einer Strafe rügen, die sie selbst beantragt haben. Daher ist die Revision in aller Regel nur zulässig, wenn das Gericht eine andere als die von den beiden Parteien beantragte Sanktion verhängt hat oder wenn es den Angeklagten hätte freisprechen oder den Antrag hätte zurückweisen müssen.

II.1.2.3. Besonderheiten des Beweisverfahrens

II.1.2.3.1. Die Beweiserhebung²⁵²

Die Ausrichtung des italienischen Strafverfahrens am Parteienprozess wirkt sich insbesondere auf die Beweiserhebung aus. Sie erfolgt grundsätzlich nur auf Antrag der Parteien. Das Gericht kann lediglich in den gesetzlich bestimmten Fällen von Amts wegen Beweis erheben, Art. 190 Abs. 1. Der Antrag der Parteien auf Beweisaufnahme kann nur abgelehnt werden, wenn die Beweise gesetzlich unzulässig, offensichtlich überflüssig oder unerheblich sind, Art. 190 Abs. 2. Auch der Ablauf der Beweisaufnahme ist von der Parteienherrschaft geprägt. Nach Art. 496 Abs. 1 c.p.p. werden zunächst die von der Staatsanwaltschaft beantragten Beweise erhoben und anschließend die der Verteidigung, der anderen gegebenenfalls beteiligten Prozessparteien und des Angeklagten. Diese strenge Ordnung des Verfahrensablaufs kann nur durch Parteivereinbarung, nicht aber durch den Richter abgeändert werden, Art. 496 Abs. 2 c.p.p. Die Parteien vernehmen die Zeugen selbst durch direkte Vernehmung und Gegenvernehmung. Zwar gelten im Parteienprozess die Grundsätze der Unmittelbarkeit und der Mündlichkeit in besonderem Maß, sodass eine Verlesung von Protokollen bis auf wenige Ausnahmen unzulässig ist. Nach Art. 500 c.p.p. können dem Zeugen aber die früher gemachten Aussagen, deren Protokolle sich in der Akte der Staatsanwaltschaft befinden, vorgehalten werden. Diese vorgehaltene Erklärung dient allerdings nicht als Beweis der be-

²⁵¹ Eine zusammenfassende Darstellung des italienischen Rechtsmittelsystems im Strafverfahren findet sich bei *Orlandi*, in: Becker/Kinzig (Hrsg.), Rechtsmittel, S. 94 ff.

²⁵² Eine ausführliche Darstellung des italienischen Beweisverfahrens findet sich in: *Hein*, in: Perron (Hrsg.), Beweisaufnahme, S. 156 ff.

haupteten Tatsache, sondern wird vom Richter nur zur Feststellung der Glaubwürdigkeit der vernommenen Person verwendet.²⁵³

Aufgrund dieser starken Ausrichtung am Parteienprozess hat das Gericht nur in beschränktem Maß Verantwortung für die Erforschung der materiellen Wahrheit. Bei der Beweisaufnahme steht dem Vorsitzenden nach Art. 506 Abs. 2 ein Fragerecht zu. Erscheint nach Abschluss der Beweisaufnahme die Zulassung neuer Beweismittel „unumgänglich notwendig“, so ordnet das Gericht dies von Amts wegen an, Art. 507.²⁵⁴ Hieraus lässt sich schließen, dass der Amtsermittlungsgrundsatz im italienischen Strafverfahren zumindest subsidiär noch von Bedeutung ist.²⁵⁵

II.1.2.3.2. Beweislastverteilung, insbesondere bei Einreden der Verteidigung

Art. 530 (Urteil auf Freispruch in der Sache)

1. Wenn die Tat nicht vorliegt, wenn der Angeklagte sie nicht begangen hat, wenn die Tat keine strafbare Handlung darstellt oder vom Gesetz nicht als strafbare Handlung vorgesehen ist oder wenn die strafbare Handlung von einer unzurechnungsfähigen oder aus anderen Gründen nicht strafbaren Person begangen worden ist, so fällt das Gericht ein Urteil auf Freispruch in der Sache, wobei der Grund hierfür im Urteilspruch anzuführen ist.

2. Das Gericht fällt auch dann ein Urteil auf Freispruch in der Sache, wenn der Beweis, dass die Tat vorliegt, dass der Angeklagte sie begangen hat, dass die Tat eine strafbare Handlung darstellt oder dass die strafbare Handlung von einer zurechnungsfähigen Person begangen worden ist, fehlt, unzureichend ist oder widersprüchlich ist.

3. Ist bewiesen, dass die Tat unter Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes oder eines in der Person gelegenen Grundes der Nichtstrafbarkeit begangen worden ist, oder bestehen Zweifel am Vorhandensein solcher Gründe, fällt das Gericht ein Urteil auf Freispruch in der Sache gemäß Absatz 1.

4. Im Urteil auf Freispruch in der Sache wendet das Gericht Sicherungsmaßnahmen in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen an.

Nach Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention gilt jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig. Dementsprechend bestimmt auch Art. 27 Abs. 1 der italienischen Verfassung, dass der Angeklagte bis zu seiner rechtskräftigen Verurteilung nicht als schuldig anzusehen ist. Die Staatsanwaltschaft hat also die Beweislast für die Schuld des Angeklagten. Dieser ist nicht nur nach Art. 530 Abs. 1 c.p.p. freizusprechen, wenn seine Unschuld feststeht, sondern nach Art. 520 Abs. 2 c.p.p. auch dann, wenn der Beweis seiner Schuld fehlt, unzureichend oder widersprüchlich ist. Für den Angeklagten wiederum genügt es, dass er Tatsachen vorbringt, die Zweifel

²⁵³ Übrigens erhält seit dem L. 1 marzo 2001, n. 63, der Mitangeklagte, der über die Tat eines anderen Aussagen macht, die Stellung eines Zeugen, Art. 64, 197 c.p.p. n.F.

²⁵⁴ Dies gilt auch, wenn entsprechende Beweisanträge der Parteien völlig fehlen, Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 6.11.1992, Cass. pen. 1993, S. 1370.

²⁵⁵ *Hein*, in: Perron (Hrsg.), *Beweisaufnahme*, S. 168.

an seiner Schuld begründen.²⁵⁶ Entsprechendes gilt auch für das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen oder persönlichen Strafausschließungsgründen. Nach Art. 530 Abs. 3 c.p.p. hat das Gericht bei Zweifeln über deren Vorliegen auf Freispruch zu erkennen.²⁵⁷ Da diese Bestimmung jedoch prozessualer Natur ist, lässt sich aus ihr nicht herleiten, dass das Nichtvorliegen von Rechtfertigungsgründen negatives Element der strafbaren Handlung sei.²⁵⁸ Es ist allerdings nicht Aufgabe des Staatsanwalts, das Nichtvorliegen aller möglichen Rechtfertigungsgründe zu beweisen. Vielmehr muss der Angeklagte Zweifel aufkommen lassen, ob ein Rechtfertigungsgrund besteht, um den Anspruch auf ein freisprechendes Urteil zu erhalten.²⁵⁹

II.1.2.4. Anforderungen an die schriftliche Entscheidungsbegründung

Nach Art. 564 Abs. 1e) c.p.p. muss das Urteil „die knappe Darlegung der tatsächlichen und rechtlichen Gründe, auf die sich die Entscheidung stützt“, enthalten, „samt der Angabe der Beweise, die dieser Entscheidung zugrunde liegen, und der Darstellung der Erwägungen, aufgrund welcher das Gericht die Gegenbeweise für nicht glaubwürdig hält“. Ferner verlangt Art. 192 Abs. 1 c.p.p., dass das Gericht „in der Begründung darüber Rechenschaft gibt, zu welchen Ergebnissen es“ bei der Beweiswürdigung „gelangt ist und welche Maßstäbe es angewendet hat“. Die neue Strafprozessordnung enthält damit eine wesentlich detailliertere Regelung über den Inhalt und die Grenzen der Begründungspflicht, als dies noch bei der alten Strafprozessordnung der Fall war.²⁶⁰ Fehlt die Begründung, ist das Urteil nach Art. 125 Abs. 3 i.V.m. Art. 546 Abs. 3 c.p.p. nichtig.

Nach Art. 606 Abs. 1e) c.p.p. kann Kassationsbeschwerde eingelegt werden wegen Fehlens oder offenbar mangelnder Folgerichtigkeit der Begründung, wenn sich der Fehler aus dem Wortlaut der angefochtenen Verfügung ergibt. Das Revisionsgericht überprüft also, ob das Urteil in sich konsequent und frei von Widersprüchen ist. Dabei darf es sich jedoch nur auf das Urteil selbst stützen und sich nicht anderer in den Akten befindlicher Unterlagen bedienen.²⁶¹ Unter fehlender Begründung ist nicht nur das völlige Fehlen der Entscheidungsgründe zu verstehen,²⁶² sondern

²⁵⁶ *Amodio*, S. 184.

²⁵⁷ Damit löste das Gesetz den zuvor bestehenden Meinungsstreit über die Beweislastverteilung bei Rechtfertigungsgründen. Die Rechtsprechung hatte bis dahin gegenteilig entschieden (Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 20.6.1979, G. it. 1981, II, S. 410).

²⁵⁸ Siehe bereits oben II.1.1.1.3.

²⁵⁹ *Conso/Grevi*, S. 682.

²⁶⁰ *Nappi*, S. 462.

²⁶¹ *Orlandi*, in: Becker/Kinzig (Hrsg.), Rechtsmittel, S. 130.

²⁶² Das wäre ein Nichtigkeitsgrund und damit ein Revisionsgrund nach Art. 606 Abs. 1c) c.p.p.

auch das Fehlen einzelner, zur Begründung des Urteilstenors erforderlicher Argumentationen. Mangelnde Folgerichtigkeit liegt vor, wenn in der angefochtenen Entscheidung logische Denkgesetze nicht korrekt angewandt wurden. Dabei darf der Kassationsgerichtshof aber keine eigene Sachverhaltsrekonstruktion vornehmen.

II.1.3. Äußerer Rahmen der Strafvollstreckung

Regelungen zur Strafvollstreckung finden sich in Italien im Strafgesetzbuch, in der Strafprozessordnung sowie in der Strafvollzugsordnung (*ordinamento penitenziario* = o.p.), einschließlich der dazugehörenden Verordnung (*regolamento ordinamento penitenziario*).

II.1.3.1. Verkürzungen des Vollzugs von Freiheitsstrafen

II.1.3.1.1. Aussetzung der Strafe zur Bewährung, Art. 163 ff.

Eine vollständige Aussetzung der Strafe zur Bewährung (*sospensione condizionale della pena*) ist im italienischen Recht nur möglich, wenn sich die Verurteilung auf eine Strafe beläuft, die geringer als zwei Jahre ist (Art. 163 Abs. 1 c.p.).²⁶³ Bei vorsätzlicher Tötung ist diese Grenze aufgrund der hohen Strafraumen schwerlich zu unterschreiten.²⁶⁴ Ist der Täter bereits wegen eines Verbrechens oder gewohnheitsmäßig oder gewerbsmäßig begangener Übertretungen verurteilt worden, ist die bedingte Strafaussetzung nach Art. 164 nicht möglich. Bei erneuter Straffälligkeit innerhalb der festgesetzten Frist oder bei Verstoß gegen die festgelegten Auflagen kann die bedingte Aussetzung widerrufen werden, Art. 168.

II.1.3.1.2. Bedingte Entlassung, Art. 176 ff.

Die bedingte Entlassung (*liberazione condizionata*) stellt einen Strafaufhebungsgrund dar. Sie ist nach Art. 176 an mehrere Voraussetzungen gebunden.²⁶⁵

Zum einen muss der Verurteilte reuig sein, sich also während der Vollstreckung der Strafe so geführt haben, dass mit Sicherheit anzunehmen ist, er habe sich gebessert. Hierfür reicht eine „normale“ gute Führung, die bereits eine Pflicht des Inhaftierten darstellt, nicht aus. Vielmehr ist der Nachweis erforderlich, dass sich

²⁶³ Für Minderjährige liegt die zeitliche Grenze bei 3 Jahren, Art. 163 Abs. 2, für Heranwachsende (18 bis 21 Jahre) und Personen, die älter als 70 Jahre sind, bei 2 Jahren und 6 Monaten, Art. 163 Abs. 3.

²⁶⁴ Dazu müssten mehrere Strafmilderungen zusammenfallen (vgl. oben II.1.1.4.1.5.).

²⁶⁵ *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 783; *Filippi/Spangher*, S. 57 f.; *Pavarini*, S. 385 ff.

seine Persönlichkeit tiefgreifend verändert hat.²⁶⁶ Er muss also anders ausgedrückt mit der Vergangenheit vollständig abgeschlossen haben.

Ferner müssen bereits mindestens 30 Monate oder jedenfalls mindestens die Hälfte der verhängten Strafe verbüßt worden sein und der verbleibende Strafrest darf fünf Jahre nicht überschreiten. Bei Rückfalltätern gelten schärfere Bedingungen, Art. 176 Abs. 2.²⁶⁷ Bei Verurteilung zu lebenslanger Haft kommt nach Art. 176 Abs. 3 eine bedingte Freilassung erst nach Verbüßung von 26 Jahren in Betracht.

Schließlich muss der Verurteilte evtl. bestehende zivilrechtliche Verpflichtungen aus der strafbaren Handlung erfüllt haben oder beweisen, dass ihm die Erfüllung unmöglich war.

Sind diese Voraussetzungen gegeben, wird die bedingte Straftentlassung gewährt;²⁶⁸ der Verurteilte befindet sich dann in der „Freiheit unter Aufsicht“ (*libertà vigilata*) gemäß Art. 228 (Art. 230 Nr. 2), bei der eine Überwachung erfolgt und vom Richter Auflagen erteilt werden.²⁶⁹ Die bedingte Entlassung kann widerrufen werden, wenn der Verurteilte eine Straftat begeht oder gegen Verpflichtungen dieses Regimes verstößt, Art. 177 Abs. 1. Ansonsten erlischt die Strafe nach Ablauf des Strafrests, der zum Zeitpunkt der teilweisen Aussetzung noch ausstand, Art. 177 Abs. 2.²⁷⁰

II.1.3.1.3. Vorzeitige Haftentlassung, Art. 54 o.p.

Die vorzeitige Haftentlassung (*liberazione anticipata*) stellt eine alternative Maßnahme zur Haft dar und dient der Wiedereingliederung des Verurteilten in die Gesellschaft.²⁷¹ Für jedes Halbjahr der Haft, in dem der Verurteilte seine Bereitschaft zur Resozialisierung unter Beweis gestellt hat, werden 45 Tage von seiner Strafe abgezogen. Hierbei gilt das Prinzip der „Semestrialisierung“;²⁷² d.h., jedes Halbjahr wird einzeln und unabhängig von den anderen beurteilt. Ausdrücklich ist die vorzeitige Haftentlassung auch für Fälle einer Verurteilung zu einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe vorgesehen, Art. 54 Abs. 4 o.p. Im günstigsten Fall ist also eine Reduzierung der Strafe um nahezu ein Viertel möglich. Die vorzeitige Haft-

²⁶⁶ Pavarini, S. 392; Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 18.7.1990, Riv. pen. 1991, 536.

²⁶⁷ Erst nach vier Jahren und mindestens drei Vierteln der verhängten Strafe, vgl. dazu: Di Ronza, S. 316.

²⁶⁸ Filippi/Spangher, S. 58.

²⁶⁹ Hierzu im Einzelnen Di Ronza, Kap. 6, Anm. 211.

²⁷⁰ Bei zu lebenslanger Gefängnisstrafe Verurteilten fünf Jahre, nachdem die bedingte Entlassung gewährt wurde.

²⁷¹ Di Ronza, S. 327.

²⁷² Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 12.1.1999, Cass. pen. 2000, S. 1783.

entlassung unterscheidet sich von der bedingten Haftentlassung durch Reichweite und Ziel. Sie dient, wie auch die anderen alternativen Maßnahmen zur Haft, ausschließlich dazu, den Verurteilten nach und nach in die Gesellschaft wieder einzugliedern. Bei der bedingten Haftentlassung muss demgegenüber die psychische Ablösung bereits erfolgt sein, sie erfordert die Gewissheit, dass der Verurteilte seine Tat bereut. Der Vorteil der vorzeitigen Haftentlassung kann auch demjenigen gewährt werden, der sich in bedingter Haftentlassung befindet. Der Zeitabschnitt, für den er gewährt wird, muss allerdings vor der Entlassung liegen.²⁷³

II.1.3.1.4. Straferlass und Begnadigung, Art. 174

Beide Institute haben entweder den vollständigen Erlass der Strafe zu Folge oder ihre Umwandlung in eine andere, gesetzlich bestimmte Strafe.

Der Straferlass (*indulto*) hat allgemeinen Charakter, bezieht sich also auf eine unbestimmte Anzahl von Personen, und wird durch Gesetz, das in beiden Kammern des Parlaments mit Zwei-Drittel-Mehrheit zu verabschieden ist, erteilt.

Die Begnadigung (*grazia*) erfolgt indes durch individuellen Akt des italienischen Staatspräsidenten.²⁷⁴

II.1.3.2. Substanzielle Vollzugslockerungen

Aufgabe des Strafvollzugs ist gem. Art. 1 o.p. „eine Behandlung der Gefangenen, die auf ihre Resozialisierung, nicht zuletzt durch Kontakt mit der Außenwelt, zielt“. Getreu dieser Zielsetzung sieht die italienische Strafvollzugsordnung zahlreiche Möglichkeiten der Vollzugslockerung vor. Überwiegend sind sie abhängig von der Dauer der Freiheitsstrafe bzw. vom Anteil der bereits verbüßten Strafe.²⁷⁵

II.1.3.2.1. Zeitweiliges Verlassen der Haftanstalt, Art. 21, 30 ff. o.p.

Der Inhaftierte kann zu Arbeitszwecken die Haftanstalt verlassen, wenn ihm außerhalb eine Arbeit zugewiesen worden ist, Art. 21 o.p. Die Zuweisung einer solchen Arbeit (*lavoro all'esterno*) ist grundsätzlich vom ersten Hafttag an möglich. Bei Verurteilung wegen Taten im Zusammenhang mit organisierter Kriminalität²⁷⁶ muss indessen bereits ein Drittel der Strafe verbüßt worden sein, Art. 21 Abs. 1

²⁷³ Pavarini, S. 184.

²⁷⁴ Zu Straferlass und Begnadigung: *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 780.

²⁷⁵ Der Verfassungsgerichtshof hatte die Situation gegen Ende der Haftzeit einer entsprechenden kurzen Freiheitsstrafe gleichgestellt, siehe Urteil des Verfassungsgerichtshofs vom 11.7.1989, Giur. Cost. 1989, S. 1740.

²⁷⁶ Ferner bei mafiaartiger Vereinigung, Freiheitsberaubung zum Zweck der Erpressung, schwerem Raub und schwerer Erpressung.

i.V.m. 4-*bis* o.p. Einem zu lebenslanger Gefängnisstrafe Verurteilten kann eine solche Arbeit frühestens nach Verbüßung von zehn Jahren zugewiesen werden. Die Arbeit außerhalb des Gefängnisses kommt in der Praxis allerdings nur selten vor.²⁷⁷

Dem Inhaftierten kann ferner gem. Art. 30 ff. o.p. aufgrund einer Notsituation oder zur Belohnung Freigang gewährt werden.

II.1.3.2.2. Halbfreiheit, Art. 48 ff. o.p.

Bei Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten (Art. 50 Abs. 1 o.p.) oder nach Verbüßung eines großen Teils der Strafe, Art. 50 Abs. 2 o.p.,²⁷⁸ kann dem Verurteilten die Halbfreiheit (*semilibertà*) gewährt werden. Dabei kann er einen Teil des Tages außerhalb der Haftanstalt verbringen, um einer Arbeit nachzugehen oder an Ausbildungen, Lehrgängen oder sonstigen der Resozialisierung dienenden Aktivitäten teilzunehmen.²⁷⁹ Die bei guter Führung erfolgende automatische Strafermäßigung gemäß Art. 54 o.p.²⁸⁰ erfolgt auch im Rahmen des Art. 50 Abs. 2 o.p.

II.1.3.2.3. Hausarrest, Art. 47-*ter* o.p.

Hausarrest (*detenzione domiciliare*) kommt in den letzten vier Haftjahren in Betracht, wenn zusätzliche persönliche Umstände vorliegen, wie etwa Gebrechlichkeit, hohes Alter, eine Schwangerschaft oder ein betreuungsbedürftiges Kind, Art. 47-*ter* Abs. 1 o.p. In den letzten zwei Jahren ist er überdies auch ohne die vorgenannten persönlichen Umstände zulässig, wenn die Voraussetzungen für eine Überweisung an den Sozialdienst zur Bewährung nicht vorliegen und der Hausarrest die Gefahr weiterer Straftaten durch den Verurteilten nicht befürchten lässt, Art. 47-*bis* Abs. 1-*bis* o.p. Schließlich kommt der Hausarrest immer dann in Betracht, wenn die Voraussetzungen eines Strafaufschubs²⁸¹ vorliegen, Art. 47-*bis* Abs. 1-*ter* o.p.²⁸²

II.1.3.2.4. Überweisung an den Sozialdienst zur Bewährung, Art. 47 o.p.

Die Überweisung an den Sozialdienst zur Bewährung (*affidamento in prova al servizio sociale*) stellt eine Alternative zur Freiheitsstrafe dar.²⁸³ Sie kommt nur bei

²⁷⁷ *Filippi/Spangher*, S. 61.

²⁷⁸ In der Regel nach der Hälfte, bei den Straftaten gemäß Art. 4-*bis* o.p. (Taten im Zusammenhang mit organisierter Kriminalität) nach zwei Dritteln der Strafe. Für lebenslänglich Einsitzende kommt die Halbfreiheit erst nach 20 Jahren in Betracht, Art. 50 Abs. 5.

²⁷⁹ Umfassend *Di Ronza*, S. 289 ff.; *Pavarini*, S. 149 ff.

²⁸⁰ Siehe oben II.1.3.1.3.

²⁸¹ Diese seltenen Sachverhalte sind in Art. 146 und 147 geregelt.

²⁸² *Filippi/Spangher*, S. 46.

²⁸³ Allgemein dazu *Pavarini*, S. 96 ff.

Verurteilungen bis zu drei Jahren in Betracht. Voraussetzung ist, dass eine über mindestens einen Monat erfolgte Beobachtung des Verurteilten zu dem Ergebnis führt, dass die Begehung weiterer Straftaten nicht zu befürchten ist und Grund zu der Annahme besteht, dass die Maßnahme zur Resozialisierung beiträgt.²⁸⁴

II.2. Befragung der Landesjuristen

II.2.1. Bildung der Stichprobe

Es wurden insgesamt zehn Interviews, in Mailand, Catania, Pavia, Busto Arsizio und Verbania, durchgeführt. Befragt wurden zwei Richter, zwei Staatsanwälte, drei Strafverteidiger und drei Universitätsprofessoren, acht männlichen und zwei weiblichen Geschlechts.

Die Stichprobe setzte sich aus Gesprächspartnern unterschiedlichen Alters und unterschiedlicher Berufserfahrung zusammen. Die beiden interviewten Richter waren zum Zeitpunkt der Befragung schon seit mehreren Jahren tätig, wobei einer zuvor das Amt des Staatsanwalts ausgeübt hatte. Die beiden Staatsanwälte waren seit zwölf bzw. fünf Jahren im Amt, nach vorangehender 17-jähriger bzw. 3-jähriger Richtertätigkeit. Als Verteidiger wurden drei ausschließlich auf Strafrecht spezialisierte Rechtsanwälte befragt, die alle über eine mehr als 20-jährige Berufserfahrung verfügten. Bei den Professoren handelte es sich um drei führende Strafrechtslehrer von verschiedenen, traditionsreichen Universitäten.

II.2.2. Verlauf der Gespräche

Die Interviews fanden im Frühjahr und Sommer 1997 statt. Jedem Gesprächspartner war zur Vorbereitung eine Übersetzung der Fallvarianten in italienischer Sprache übersandt worden.

Die Gespräche wurden in italienischer Sprache geführt und dauerten zwischen 60 und 120 Minuten. Sie verliefen in freundlicher, sachlich konzentrierter Atmosphäre. Die Befragten waren dem Projekt gegenüber sehr aufgeschlossen und zeigten großes Interesse daran, zu erfahren, zu welchen Ergebnissen das Forschungsprojekt gelangen wird. Der Tonbandaufzeichnung stimmten alle Interviewpartner zu. Im Interesse der Einheitlichkeit wurden die Fragen anhand eines Interviewleitfadens gestellt. Er konnte jedoch häufig nicht vollständig eingehalten werden, da die Gesprächspartner teilweise mit ihren Ausführungen vorgriffen und nachfolgende Fragen mit beantworteten oder in Bezug auf bestimmte Bereiche, insbesondere bei Einzelfragen der konkreten Strafzumessung oder des Strafvollzugs, zum Ausdruck brachten, dass sie sich dafür nicht kompetent fühlten.

²⁸⁴ Vgl. auch *Filippi/Spangher*, S. 27.

III. Beurteilung der Fallvarianten

III.1. Fallvariante 1

Die Ehe von O und T ist zerrüttet, seit der O arbeitslos geworden ist und jeden Tag große Mengen Alkohol trinkt. Es kommt zu ständigen Streitereien, bei denen der O die T immer wieder heftig schlägt.

T will die Misshandlungen nicht mehr länger erdulden und wartet nur noch auf einen günstigen Augenblick, um O umzubringen. Als sie eines Abends sieht, dass er eingeschlafen ist, erschlägt sie ihn mit einem bereitgestellten Beil.

III.1.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.1.1.1. Tatbestandliche Einstufung

III.1.1.1.1. Rechtliche Vorgaben

T hat O vorsätzlich getötet und damit den Tatbestand der vorsätzlichen Tötung (*omicidio doloso*, Art. 575) erfüllt. Das italienische Strafgesetzbuch kennt nur einen Tatbestand der vorsätzlichen Tötung und daneben die besonderen erschwerenden Umstände der Art. 576 f. (*circostanze speciali*). Diese stehen neben den allgemeinen erschwerenden und mildernden Umständen (*circostanze comuni*, Art. 61–62-*bis*) und sind – nach der Prüfung ihres Vorliegens – in ihrer Gesamtheit zu bewerten und abzuwägen (Art. 63–70). Aus diesen Gründen ist eine tatbestandliche Einstufung eigentlich nicht erforderlich und auch nicht möglich. Welche (besonderen und allgemeinen) Erschwerungs- oder Milderungsgründe auf Fallvariante 1 anzuwenden sind, ist entscheidend für die konkrete Strafraumenbestimmung und soll daher unter III.1.1.3.1. geprüft werden.

III.1.1.1.2. Ergebnisse der Befragung

Der Tatbestand des Art. 575 wurde von allen Befragten unproblematisch bejaht. Der Vorsatz wurde von keinem der Befragten problematisiert.

III.1.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen

III.1.1.2.1. Rechtliche Vorgaben

Zunächst wäre zu prüfen, ob ein Rechtfertigungsgrund nach Art. 50–54 vorliegt. In Betracht kommen in diesem Zusammenhang aber lediglich Notwehr (Art. 52) und Notstand (Art. 54).

Wenn T in Notwehr (*legittima difesa*) gehandelt hat, hat dies nach Art. 52 ihre Straflosigkeit zur Folge. Voraussetzung hierfür ist zum einen die gegenwärtige Gefahr eines rechtswidrigen Angriffs. In den Misshandlungen des O ist ohne Wei-

teres ein rechtswidriger Angriff zu sehen. Fraglich ist aber, ob dieser noch bzw. schon gegenwärtig war. Nach ständiger Rechtsprechung muss der Angriff zum Zeitpunkt der Tat unmittelbar bevorstehen. Die Verteidigungshandlung darf also weder vorzeitig noch nachträglich sein.²⁸⁵ Abgesehen von Dauerstraftaten, bei denen die Gefahr während der gesamten Dauer der Straftat als gegenwärtig angesehen wird,²⁸⁶ ist die Gegenwärtigkeit also nur von dem Augenblick, der dem Angriff vorausgeht, bis zu dem Moment, der sofort auf das Ende des Angriffs folgt, gegeben. Da O schläft, ist weder ein Angriff unmittelbar vorausgegangen, noch steht ein solcher unmittelbar bevor. T befand sich daher nicht in einer Notwehrlage, sodass ihr Handeln nicht nach Art. 52 gerechtfertigt ist. Auf die Frage, ob sich ihre Reaktion im angemessenen Rahmen gehalten hat, kommt es daher nicht mehr an.

Auch eine Rechtfertigung wegen Notstands (*stato di necessità*) kommt kaum in Betracht. Zum einen fehlt es an der Gegenwärtigkeit der Gefahr, zum anderen wäre die Gefahr auch anders abwendbar, wenn T Hilfe von außen in Anspruch nehmen würde.

Weiterhin wäre zu prüfen, ob vielleicht aufgrund der angespannten psychischen Situation der T Straffreiheit anzunehmen ist. Nach Art. 88 ist nicht zurechnungsfähig (und damit gemäß Art. 85 straflos), wer sich im Zeitpunkt der Begehung der Tat infolge einer Krankheit in einem Geisteszustand befand, der die Einsichts- oder Willensfähigkeit ausschloss. Aus dem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, dass T zum Zeitpunkt der Tat vollständig unzurechnungsfähig gewesen sein könnte. Sie will lediglich die Misshandlungen nicht länger erdulden.

Eine teilweise Geistesstörung (*vizio parziale di mente*), die nach Art. 89 zu einer Milderung der Strafe führt, kommt wohl ebenfalls nicht in Betracht. Auch diese muss nämlich auf einer Krankheit beruhen und nicht, wie Art. 90 klarstellt, auf Erregungs- oder Leidenschaftszuständen. Dass T unter einer krankhaften geistigen Störung leidet, legt der Sachverhalt jedoch nicht nahe.

III.1.1.2.2. Ergebnisse der Befragung

Die befragten Experten lehnten im Ergebnis einhellig eine Straffreistellung der T ab.

Das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen verneinte die Hälfte der Befragten (fünf) allgemein und ohne weitere Begründung. In einem Fall wurden Rechtfertigungsgründe überhaupt nicht erwähnt. Die Übrigen (vier) waren der Ansicht, eine Notwehrlage sei mangels Gegenwärtigkeit nicht gegeben. Auf den Notstand gingen

²⁸⁵ Siehe beispielsweise die Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 7.10.1991, Giust. pen. 1992, II, S. 200.

²⁸⁶ Entscheidungen des Kassationsgerichtshofs vom 15.12.1976, Giust. pen. 1977, II, S. 485, und vom 15.10.1968, Giust. pen. 1969, II, S. 698.

von diesen nur noch zwei ein und lehnten auch diesen ab, weil die Gefahr nicht gegenwärtig gewesen und zudem anders abwendbar gewesen sei.

Auch eine Strafflosigkeit wegen völliger Geistesstörung gemäß Art. 88 wurde von keinem der Befragten ernsthaft in Erwägung gezogen.

Auf die Frage der teilweisen Geistesstörung gingen hingegen mit einer Ausnahme alle Landesjuristen ein. Die meisten (sechs) legten dar, es komme hier auf den konkreten Fall an und eine Geistesstörung sei mangels Anhaltspunkten im Sachverhalt nicht naheliegend. Zwei der Gesprächspartner gingen davon aus, dass die Verteidigung eventuell im Prozess die Möglichkeit hätte, die Tat so darzustellen, dass Art. 89 ernsthaft in Betracht zu ziehen sei,²⁸⁷ einer davon lehnte im Ergebnis dessen Vorliegen aber dann eher ab. Lediglich ein Gesprächspartner nahm das Vorliegen einer teilweisen Geistesstörung an.

Frage: Welche Bedeutung hat eine mögliche Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der T?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Ist naheliegend	–	2	1	4	2	1	10
Führt zur Strafmilderung	–	1	–	6	2	1	10
Führt zur Straffreiheit	–	–	–	1	8	1	10

Tabelle 1-2: Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit

III.1.1.3. Strafraumenbestimmung und konkrete Strafzumessung

Die italienische Dogmatik unterscheidet die Strafzumessung im engeren Sinne (*commisurazione della pena in senso stretto*), die die konkrete Bestimmung der Strafe innerhalb des gesetzlich festgelegten Rahmens betrifft, von der Strafzumessung im weiteren Sinne (*commisurazione della pena in senso lato*), die ebenfalls im Ermessen des Gerichts steht. Letztere betrifft neben der Strafzumessung im engeren Sinne auch noch die Wahl der Art der Strafe,²⁸⁸ eventuelle Minderungen oder Erhöhungen aufgrund des Vorliegens erschwerender oder mildernder Umstände, die Aussetzung der Strafe zur Bewährung usw.²⁸⁹ Dabei nimmt der Richter zu-

²⁸⁷ Einer der Befragten legte dar, dass O eventuell in ihrer Einsichts- und Willensfähigkeit gestört gewesen sein könnte, wenn die Tat nach einer aufgrund der bestehenden Probleme durchwachten Nacht begangen worden sei. Dies müsse aber noch durch ein Gutachten bestätigt werden.

²⁸⁸ Soweit eine Wahlmöglichkeit besteht.

²⁸⁹ Romano, Art. 132 Rn. 1–3.

nächst (logisch, nicht unbedingt zeitlich) die konkrete Strafzumessung im engeren Sinne vor, dann erfolgt gegebenenfalls die Erhöhung oder Verminderung der Strafe aufgrund erschwerender oder mildernder Umstände.

III.1.1.3.1. Erschwerende und mildernde Umstände

Zur Strafrahenbestimmung ist zunächst zu prüfen, welche erschwerenden und mildernden allgemeinen oder speziellen Umstände im konkreten Fall vorliegen.

III.1.1.3.1.1. Rechtliche Vorgaben

Da der T alle Umstände bekannt waren, gibt es in den Fallvarianten nicht das Problem, ob ihr nach Art. 59 bestimmte Umstände zugerechnet werden können oder nicht.²⁹⁰ Es soll zunächst mit der Prüfung der speziellen, nur für die vorsätzliche Tötung anwendbaren erschwerenden Umstände begonnen werden.

– *Handeln mit Vorbedacht, Art. 577 Abs. 1 Nr. 3*

T handelte mit Vorbedacht (*premeditazione*). Dabei ist einerseits das zeitliche Element gegeben, denn sie hatte den Tatentschluss bereits seit einiger Zeit gefasst und lediglich auf eine günstige Gelegenheit gewartet. Das Beil war bereitgestellt und als sie sah, dass O eingeschlafen war, kam es zur Tatausführung. Der Vorsatz der T war in diesem Zeitraum ununterbrochen vorhanden, sodass auch das subjektive Element des Vorbedachts gegeben ist. Dieser Erschwerungsgrund führt zu einer Bestrafung mit lebenslanger Gefängnisstrafe.

– *Handeln unter Anwendung eines heimtückischen Mittels, Art. 577 Abs. 1 Nr. 2*

Ob T auch heimtückisch handelte, ist unerheblich, da Art. 577 Abs. 1 Nr. 2 nur dann straferschwerend wirkt, wenn der Täter ein heimtückisches Mittel (*mezzo insidioso*) verwendet, nicht aber bei heimtückischen Verhaltensweisen. Ein Beil stellt offen eine Gefährdung dar und kann nicht als heimtückisches Mittel bezeichnet werden.

– *Anwendung von Misshandlungen oder Handeln mit Grausamkeit, Art. 577 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. Art. 61 Nr. 4*

Ob die Tötung mit einem Beil unter diesen Erschwerungsgrund zu fassen ist, ist fraglich. Für die Anwendung von Misshandlungen (*sevizie*) ist erforderlich, dass dem Opfer sehr ausgeprägte physische Leiden beigebracht werden.²⁹¹ Dies ist aus

²⁹⁰ Siehe hierzu oben II.1.1.4.1.1.

²⁹¹ *Romano*, Art. 61 Rn. 6.

dem Sachverhalt nicht ersichtlich. Die T hätte mit Grausamkeit (*crudeltà*) gehandelt, wenn sie unnötige Qualen verursacht hätte. Auch hierüber schweigt der Sachverhalt, sodass davon auszugehen ist, dass O mit einem oder zumindest wenigen Schlägen zu Tode kam.

– *Ehegatte als Tatopfer, Art. 577 Abs. 2*

Die vorsätzliche Tötung des Ehegatten (*coniuge*) wirkt zwar nach Art. 577 Abs. 2 auch straferschwerend, dieser sieht jedoch keine lebenslange Freiheitsstrafe, sondern eine zeitige Gefängnisstrafe von 24 bis 30 Jahren vor.

– *Sogenannte erschwerte Verteidigung, Art. 61 Nr. 5*

In der Tatsache, dass O schläft, liegt ein persönlicher Umstand, der seine Abwehr hindern kann. Er befindet sich also in einem Zustand der sogenannten erschwerten Verteidigung (*minorata difesa*). T hat diesen Zustand auch ausgenutzt und ihren Mann mit dem Beil erschlagen. Die behinderte Verteidigung kann auch dann ohne Weiteres vorliegen, wenn auch der Vorbedacht zu bejahen ist.²⁹²

– *Provokation, Art. 62 Nr. 2*

Problematischer ist, ob der Milderungsgrund der Provokation (*provocazione*) vorliegt. Dieser setzt das unrechte Tun eines anderen voraus. Ein solches könnte in den tätlichen Angriffen des O bestehen, die objektiv vorliegen, und nicht nur moralische Regeln, sondern sogar Rechtsnormen verletzen. T müsste weiterhin aufgrund dieses Handelns im Zorn, einem emotionalen Erregungszustand, gehandelt haben. Dieser ist abzugrenzen von den Gefühlszuständen des Hasses und des Grolls, die zum Entstehen von nicht privilegierten Rachegefühlen führen können. Ob T in diesem Sinn im Zorn gehandelt hat, geht nicht eindeutig aus dem Sachverhalt hervor. Ihr planvolles Vorgehen mit der Bereitstellung der Tatwaffe spricht jedoch eher gegen einen stark gefühlsmäßigen, unkontrollierbaren Zustand. Fraglich ist weiterhin, ob der Milderungsgrund der Provokation nicht dadurch ausgeschlossen ist, dass zwischen den Angriffen des O und der Reaktion der T einige Zeit verstrichen ist. Nach der h.M. in Rechtsprechung und Literatur hindert dieser Zeitabstand aber nicht die Zuerkennung des Milderungsgrundes der Provokation, da der Zustand des Zorns andauern kann und Art. 62 Nr. 2 nicht (wie Art. 599 Abs. 2) voraussetzt, dass die Tat unmittelbar im Anschluss an das unrechte Tun begangen wird.²⁹³ Aus diesem Grund ist die Annahme der Provokation auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Tat mit Vorbedacht begangen wurde. Im Ergebnis wird jedoch der

²⁹² Siehe oben II.1.1.4.1.4.

²⁹³ Siehe hierzu im Einzelnen oben II.1.1.4.1.5.

Milderungsgrund der Provokation zu verneinen sein, da T wohl nicht im Zorn i.S.d. Art. 62 Nr. 2 gehandelt hat.

– *Unbestimmte mildernde Umstände, Art. 62-bis*

Angesichts der seelischen Belastung der T, die immer wieder heftigen Schlägen des alkoholabhängigen O ausgesetzt ist, liegt es nahe, dass ein unbestimmter Milderungsgrund (*circostanze attenuanti generiche*) gegeben ist. Dieser kann zusätzlich zu den bestimmten Milderungsgründen (*circostanze attenuanti tipiche*) gewährt werden, aber auch dann vorliegen, wenn kein bestimmter Milderungsgrund angenommen werden kann. Bei Art. 62-bis können zahlreiche Umstände subjektiver wie objektiver Art unabhängig von der Gesamtbewertung von Tat und Täter berücksichtigt werden. Hierbei ist stets die konkrete Situation ausschlaggebend.²⁹⁴ Es wurden aber Fallgruppen entwickelt, die typischerweise die Annahme des unbestimmten Milderungsgrundes rechtfertigen:

- besondere Fälle, die nahe an einer Rechtfertigung liegen, jedoch nicht alle Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes erfüllen.²⁹⁵
- Umstände, die die Voraussetzungen eines bestimmten Strafmilderungsgrundes nur teilweise verwirklichen.²⁹⁶
- Situationen, die das Verhalten des Täters erklären und zumindest tendenziell Nachsicht verlangen.²⁹⁷

Teilweise wurde in der Rechtsprechung entschieden, dass Art. 62-bis bereits deswegen verneint werden könne, weil eine als überwiegend bewertete negative Tatsache vorliege,²⁹⁸ oder allein aufgrund der Schwere der Tat,²⁹⁹ des negativen Verhaltens des Angeklagten im Prozess³⁰⁰ und schließlich wegen einschlägiger Vorstrafen.³⁰¹ In der Lehre herrscht hingegen die einhellige Auffassung, dass unbe-

²⁹⁴ Romano, Art. 62-bis, Rn. 6.

²⁹⁵ Z.B. Einwilligung in die Verletzung eines nicht disponiblen Rechtsgutes oder eine nicht notwendige oder unverhältnismäßige Verteidigungshandlung bei der Notwehr, *Crespi/Stella/Zuccalà*, Art. 62-bis, II, Rn. 5.

²⁹⁶ Beispielsweise die unvollständige Wiedergutmachung des Schadens, fahrlässiges Mitwirken des Opfers, *Crespi/Stella/Zuccalà*, Art. 62-bis, II, Rn. 4.

²⁹⁷ So unter anderem wirtschaftliche Bedürfnisse, starke emotionale und leidenschaftliche Gefühlszustände oder Krankheit, *Romano*, Art. 62-bis, Rn. 7.

²⁹⁸ Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 3.10.1988, Cass. pen. 1990, S. 34.

²⁹⁹ Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 26.1.1984, Riv. pen. 1985, S. 66.

³⁰⁰ Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 27.2.1997, Cass. pen. 1998, S. 1103.

³⁰¹ Diese können für sich allein gesehen die Ablehnung des Art. 62-bis rechtfertigen, wenn das erkennende Gericht daraus auf einen negativen Charakter des Angeklagten schließen kann, Entscheidungen des Kassationsgerichtshofs vom 14.1.1982, Riv. pen. 1983, S. 331, und vom 11.1.1984, Riv. pen. 1984, S. 955. Zu der Frage, ob umgekehrt Art. 62-bis allein deswegen bejaht werden kann, weil der Täter nicht vorbestraft ist, ist die

stimmte Milderungsgründe gewährt werden müssten, wenn für den Täter günstige Umstände vorlägen. Sie könnten daher nicht deshalb abgelehnt werden, weil das Gericht – obwohl solche Umstände vorhanden seien – der Auffassung sei, diese würden durch das Vorliegen entsprechender ungünstiger Umstände neutralisiert.³⁰² Nicht das Vorliegen negativer Umstände, sondern das Nichtvorliegen positiver Umstände rechtfertigte daher die Nichtanwendung des Art. 62-*bis*.³⁰³

Im Fall der T ist insbesondere ihre verzweifelte Situation zu berücksichtigen. Die Ehe ist zerrüttet, der Ehemann arbeitslos und alkoholabhängig. Daher kommt es seit Längerem zu heftigen Streitigkeiten und Misshandlungen durch O, die zu einer starken seelischen Belastung der T führen. Ferner ist zu beachten, dass sie ständig befürchten muss, dass O sie nach einem weiteren alkoholbedingten Streit wieder schlägt. Es sind hier also unbestimmte Milderungsgründe gemäß Art. 62-*bis* anzunehmen.

III.1.1.3.1.2. Ergebnisse der Befragung

Nachdem alle Gesprächspartner ohne Weiteres die vorsätzliche Tötung sowie den erschwerenden Umstand der Ehegattentötung gemäß Art. 577 Abs. 2 bejaht hatten, kamen sie, was die übrigen erschwerenden und mildernden Umstände anbelangt, teilweise zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen.

Frage: Welche erschwerenden und mildernden Umstände würden Sie bei Fallvariante 1 annehmen?

Erschwerende Umstände	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Vorbedacht Art. 577 Abs. 1 Nr. 3	7	–	3	–	–	–	10
Heimtückisches Mittel Art. 577 Abs. 1 Nr. 2	–	–	–	–	–	10	10
Handeln mit Grausamkeit Art. 577 Abs. 1 Nr. 4	–	–	1	–	–	9	10
Ehegatte als Tatopfer Art. 577 Abs. 2	10	–	–	–	–	–	10

Rechtsprechung uneinheitlich. Bejahend: Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 17.6.1982, Riv. pen. 1983, S. 605; verneinend: Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 13.5.1981, Riv. pen. 1982, S. 153.

³⁰² *Crespi/Stella/Zuccalà*, Art. 62-*bis*, II, Rn. 8 m.w.N.

³⁰³ So auch die (vertretbare) Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 1.2.1989, Cass. pen. 1990, S. 1282.

Erschwerter Verteidigung Art. 61 Nr. 5	3	–	–	–	1	6	10
Mildernde Umstände							
Provokation Art. 62 Nr. 2	1	–	1	3	2	3	10
Unbestimmte mildernde Umstände, Art. 62-bis	10	–	–	–	–	–	10

Tabelle 1-2.1: Erschwerende und mildernde Umstände

– *Handeln mit Vorbedacht, Art. 577 Abs. 1 Nr. 3*

Das Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen des Vorbedachts bejahten grundsätzlich alle befragten Landesjuristen. Teilweise wurde aber dargelegt, dass der Verteidiger im Prozess eventuell die Möglichkeit habe, den Vorwurf des Handelns mit Vorbedacht zu entkräften. Hier wurde als Argument genannt, die T habe in dem plötzlichen Impuls eines Wutanfalls gehandelt, bzw. sie habe zwar das Beil bereitgestellt, aber in Wahrheit mit dem Ziel, sich zu verteidigen, und nicht um anzugreifen. Die Übrigen (Richter und Staatsanwälte geschlossen) nahmen den strafschärfenden Umstand des Vorbedachts unzweifelhaft an, teilweise (in vier Fällen) sogar ohne jegliche Begründung.

Frage: Liegt Ihrer Ansicht nach der Erschwerungsgrund des Handelns mit Vorbedacht (Art. 577 Abs. 1 Nr. 3) vor?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unent- schieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Staatsanwalt	2	–	–	–	–	–	2
Richter	2	–	–	–	–	–	2
Verteidiger	1	–	2	–	–	–	3
Strafrechtslehrer	2	–	1	–	–	–	3

Tabelle 1-2.2: Vorbedacht

– *Handeln unter Anwendung eines heimtückischen Mittels, Art. 577 Abs. 1 Nr. 2*

Dieser Erschwerungsgrund wurde von keinem der Befragten in Betracht gezogen.

- *Anwendung von Misshandlungen oder Handeln mit Grausamkeit, Art. 577 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. Art. 61 Nr. 4*

Lediglich einer der Experten ging auf das Tatwerkzeug ein und prüfte, ob nicht das Töten mit einem Beil den erschwerenden Umstand der Grausamkeit erfülle. Er zeigte sich im Ergebnis unentschieden.

- *Ehegatte als Tatopfer, Art. 577 Abs. 2*

Alle Interviewpartner nahmen diesen Erschwerungsgrund ohne Weiteres an.

- *Sogenannte erschwerte Verteidigung, Art. 61 Nr. 5*

Der strafschärfende Umstand des Art. 61 Nr. 5 wurde offensichtlich von den meisten Befragten übersehen. Von denjenigen, die gezielt darauf angesprochen wurden, bejahten nämlich fast alle das Vorliegen der sogenannten *minorata difesa* ohne Weiteres. Lediglich ein Strafrechtslehrer verneinte, mit der Begründung, dass es sich bei O strukturell nicht um ein schwaches Opfer handele. Er sei vielmehr der T erheblich überlegen. In ihrem Abwarten sei daher eher eine Prävention zu sehen. Indem sie O im Schlaf überrasche, nütze sie den einzigen Moment, in dem sie die Möglichkeit habe, mit gleichen Waffen zu kämpfen. Eine solche Situation wolle Art. 61 Nr. 5 aber nicht erfassen, es sei somit kein „Ausnützen“ der die Abwehr hindernden Umstände gegeben.

Frage: Liegt Ihrer Ansicht nach der Erschwerungsgrund der erschwerten Verteidigung (*minorata difesa*) (Art. 61 Nr. 5) vor?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Staatsanwalt	1	–	–	–	–	1	2
Richter	2	–	–	–	–	–	2
Verteidiger	–	–	–	–	–	3	3
Strafrechtslehrer	–	–	–	–	1	2	3

Tabelle 1-2.3: Erschwerte Verteidigung

- *Provokation, Art. 62 Nr. 2*

Drei der Befragten gingen auf den Milderungsgrund der Provokation überhaupt nicht ein. Eindeutige Schlüsse daraus zu ziehen, ist in diesem Fall jedoch schwierig. Es wäre zwar möglich, dass die betreffenden Landesjuristen lediglich nicht daran gedacht haben, wahrscheinlicher ist aber, dass sie ihn eindeutig als nicht ein-

schlägig und damit nicht erwähnenswert angesehen haben. Hierfür spricht, dass in Fallvariante 2 alle auf Art. 62 Nr. 2 eingingen.³⁰⁴ Die übrigen sieben Experten sahen das Vorliegen von Art. 62 Nr. 2 eher als kritisch an. Zwei der Befragten lehnten ihn bereits deswegen ohne weitere Prüfung ab, weil er allgemein nicht vorliegen könne, wenn der Täter mit Vorbedacht handelt. Bei anderen kam das Argument, dass Hass- und Rachegefühle nicht geschützt seien bzw. dass die Provokationssituation der Tötung nicht – wie erforderlich – unmittelbar vorausgegangen sei. Ein Gesprächspartner zeigte sich unentschlossen, mit der Begründung, es sei noch weitere Sachverhaltsaufklärung notwendig, insbesondere über die Schwere der Misshandlungen und die Verhältnismäßigkeit zur Tat. Lediglich einer der Befragten bejahte das Vorliegen der Provokation, weil T erhebliche Qualen erlitten habe und der Milderungsgrund ferner mit dem Vorbedacht vereinbar sei, der aber schließlich nicht vorliege.

Frage: Liegt Ihrer Ansicht nach der Milderungsgrund der Provokation (Art. 62 Nr. 2) vor?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Staatsanwalt	–	–	–	1	–	1	2
Richter	–	–	1	–	–	1	2
Verteidiger	1	–	–	1	–	1	3
Strafrechtslehrer	–	–	–	1	2	–	3

Tabelle 1-2.4: Provokation

– *Unbestimmte mildernde Umstände, Art. 62-bis*

Im Ergebnis bejahten alle Landesjuristen eindeutig das Vorliegen unbestimmter mildernder Umstände. Die dabei berücksichtigten Umstände waren jedoch vielfältig. Als häufigster Grund, eine Milderung zu gewähren, wurde die eheliche Situation fortdauernder tätlicher Angriffe und Erniedrigungen durch O genannt sowie die Gefahr weiterer Misshandlungen. Ferner wurde dargelegt, auch wenn Notwehr nicht gegeben sei, so könne doch eine Reaktion auf Aggression als Gesichtspunkt für eine Milderung dienen. Es handele sich um einen Grenzfall, bei dem an der Grenze zwischen Menschlichkeit und Strenge Erstere überwiegen müsse. Das Motiv der Tötung sei weder utilitaristisch, noch weise es auf eine besondere Bosheit oder Neigung zum Verbrechen hin. Da Erregungs- und Leidenschaftszustände nach Art. 90 nicht zum Ausschluss der Strafbarkeit führten, müssten sie wenigstens in-

³⁰⁴ Siehe unten III.2.1.3.1.2.

nerhalb der allgemeinen Milderungsgründe berücksichtigt werden. Immerhin vier der Befragten gaben schließlich an, dass die unbestimmten mildernden Umstände in der Praxis fast automatisch gewährt würden, wenn der Täter nicht vorbestraft sei. Auf diese Weise könne man unter die Mindeststrafe gelangen. Der *Codice Rocco*, der noch aus einer autoritären Ideologie entstamme, sehe nämlich zu hohe Strafen vor, was zur Folge habe, dass alle möglichen Lösungswege gesucht würden, um dies etwas abzumildern.

III.1.1.3.2. Abwägung der erschwerenden und mildernden Umstände

III.1.1.3.2.1. Rechtliche Vorgaben

Es liegen in dieser Fallvariante drei erschwerende Umstände vor: der im Allgemeinen Teil geregelte Umstand der erschwerten Verteidigung (Art. 61 Nr. 5) und die besonderen erschwerenden Umstände der vorsätzlichen Tötung, die Tötung des Ehegatten (Art. 577 Abs. 2) sowie das Handeln mit Vorbedacht (Art. 577 Abs. 1 Nr. 3). Zudem ist ein mildernder Umstand, nämlich Art. 62-*bis*, anzunehmen. Beim Zusammentreffen von erschwerenden und mildernden Umständen ist nach Art. 69 eine einheitliche Abwägung vorzunehmen, bei der nach Art. 69 Abs. 4 sowohl die im Besonderen Teil geregelten Umstände einzubeziehen sind als auch eine eventuelle Milderung aufgrund einer teilweisen Geistesstörung gemäß Art. 89.³⁰⁵ Dabei kann die Anzahl der jeweiligen erschwerenden und mildernden Faktoren berücksichtigt werden, sie kann aber nicht das entscheidende Kriterium sein.³⁰⁶ Überwiegen jedoch mehrere Milderungsgründe, unabhängig davon, wie viele Erschwerungsgründe anzunehmen sind, können diese nach Art. 69 Abs. 2 wie auch beim homogenen Zusammentreffen kumulativ berücksichtigt werden.³⁰⁷ Bei der Bewertung hat das Gericht einen weiten Ermessensspielraum. Es muss die Abwägung zwar begründen, an diese Begründung werden von der Rechtsprechung aber keine hohen Anforderungen gestellt.³⁰⁸ Hier ist also zu prüfen, ob die geplante Tötung des schlafenden Ehegatten schwerer wiegt als die mildernd zu berücksichtigende verzweifelte Situation andauernder alkoholbedingter ehelicher Auseinandersetzungen, verbunden mit schweren Misshandlungen, in der sich T befindet. Der Sachverhalt ist allerdings so offen, dass nur schwer konkrete Aussagen gemacht werden können. Berücksichtigt man die Tatsache, dass O seiner Frau sicherlich körperlich

³⁰⁵ *Romano*, Art. 69, Rn. 10.

³⁰⁶ Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 17.4.1981, Cass. pen. 1982, S. 716.

³⁰⁷ Dies ist auch, vor allem in den folgenden Fallvarianten, von einigen der Landesjuristen so gemacht worden, siehe dazu unten III.2.1.3.3.2 und III.3.1.3.3.2.

³⁰⁸ Siehe hierzu oben II.1.1.4.1.2. Einer der Befragten bemerkte in diesem Zusammenhang, dass es in Italien aufgrund dieser Ermessensfreiheit häufig zu völlig unterschiedlichen Urteilen komme. Diese Divergenzen seien aber weniger zwischen verschiedenen Richtern festzustellen als eher zwischen Gerichten Nord- und Süditaliens oder zwischen Gerichten in Großstädten und ländlicheren Gebieten.

überlegen und insofern auf andere Weise wohl schwer zu bezwingen war, sowie die Tatsache, dass die hoffnungslose Lage der T lebensbestimmend gewesen sein muss, lässt sich eine Entscheidung begründen, die eine Gleichwertigkeit erschwerender und mildernder Umstände bestimmt. Auch die Annahme, dass die mildernden Umstände überwiegen, wäre wohl noch ohne Weiteres vertretbar. In Anbetracht der Lebensumstände von T und O wäre ein Überwiegen der erschwerenden Umstände allerdings wohl nicht mehr zu rechtfertigen.

III.1.1.3.2.2. Ergebnisse der Befragung

Das Ergebnis der Abwägung³⁰⁹ zwischen den erschwerenden und den mildernden Umständen wurde überwiegend ausführlich begründet. Hierbei kam zur Sprache, dass die allgemeinen Milderungsgründe gemäß Art. 62-*bis* im konkreten Fall ein besonderes Gewicht hätten; ferner sei die Persönlichkeit der T zu berücksichtigen sowie ihre Fähigkeit, Straftaten zu begehen. Die Schwere und die Dauer der Misshandlungen seien zu beachten, während die Ehegatteneigenschaft weniger ins Gewicht falle, da gerade sie in gewisser Weise für T zu einer Falle würde. Auch der Vorbedacht sei im vorliegenden Fall nicht schwerwiegend, denn er entstamme in gewisser Weise den vorangegangenen täglichen Misshandlungen. Es wurde schließlich bemerkt, die allgemeinen Milderungsgründe würden ja auch gerade deshalb bejaht, um eventuell bestehende strafscharfende Umstände wieder aufzuwiegen. Insgesamt gingen im Ergebnis fünf der Befragten (darunter beide Staatsanwälte, ein Richter und zwei der Strafrechtslehrer) davon aus, dass die mildernden und die erschwerenden Umstände einander aufwiegen. Vier Landesjuristen erachteten die unbestimmten Milderungsgründe nach Art. 62-*bis* als überwiegend gegenüber den Erschwerungsgründen. Erwähnenswert ist ferner, dass die Tatsache, ob neben dem Handeln mit Vorbedacht auch noch der erschwerende Umstand der erschweren Verteidigung gemäß Art. 61 Nr. 5 angenommen wurde oder nicht, sich im Ergebnis der Abwägung der Umstände nicht widerspiegelt.

Frage: Zu welchem Ergebnis kommen Sie bei der Abwägung der erschwerenden und der mildernden Umstände?

		Eindeutig ja	Tendenz ja	Unent- schieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Erschwe- rungsgründe überwiegen	Richter	–	–	–	–	2	–	2
	Staatsanwalt	–	–	–	–	2	–	2
	Verteidiger	–	–	–	–	2	1	3
	Strafrechts- lehrer	–	–	–	–	3	–	3

³⁰⁹ Einer der Landesjuristen sah sich leider weder zu einer Abwägung der Umstände noch zu einer konkreten Sanktionsprognose in der Lage.

Gleichwertigkeit	Richter	-	1	-	1	-	-	2
	Staatsanwalt	2	-	-	-	-	-	2
	Verteidiger	-	-	-	-	2	1	3
	Strafrechtslehrer	1	1	-	-	1	-	3
Milderungsgründe überwiegen	Richter	-	1	-	1	-	-	2
	Staatsanwalt	-	-	-	-	2	-	2
	Verteidiger	2	-	-	-	-	1	3
	Strafrechtslehrer	1	-	-	1	1	-	3

Tabelle 1-2.5: Abwägung der erschwerenden und mildernden Umstände

III.1.1.3.3. Anzuwendender Strafraumen

III.1.1.3.3.1. Rechtliche Vorgaben

Je nachdem, welche Erschwerungs- und Milderungsgründe angenommen werden und wie ihr Verhältnis zueinander bewertet wird, ergibt sich eine Vielzahl denkbarer Strafraumen. Diese wird noch dadurch erhöht, dass es auch prozessual durch die Wahl einer der alternativen Verfahrensarten weitere Milderungsmöglichkeiten gibt. Im Einzelnen wird dies bei den Einflüssen des Strafverfahrens zu erörtern sein,³¹⁰ darf aber bei Berechnung der möglichen und konkret in Betracht kommenden Strafraumen nicht außer Acht gelassen werden.

– Vorbedacht und Überwiegen der erschwerenden Umstände

Wird angenommen, dass T mit Vorbedacht handelte, ist nach Art. 577 Abs. 1 Nr. 3 lebenslange Gefängnisstrafe zu verhängen. Werden unbestimmte Milderungsgründe entweder verneint oder als unterlegen angesehen, tritt nach Art. 69 Abs. 1 keine Milderung, sondern nur die Erhöhung der Strafe ein, die für erschwerende Umstände vorgesehen ist. → **Lebenslange Gefängnisstrafe**

– Kein Vorbedacht und Überwiegen der erschwerenden Umstände

Wird der Vorbedacht verneint und die Ehegatteneigenschaft bejaht, so beträgt die Strafe nach Art. 577 Abs. 2 vierundzwanzig bis 30 Jahre. Soweit die erschwerenden Umstände als überwiegend angesehen werden, verbleibt es nach Art. 69 Abs. 1 bei dieser Strafe. Ob daneben noch die erschwerte Verteidigung nach Art. 61 Nr. 5 angenommen wird, wirkt sich auf die Strafe dann nicht mehr aus, da nach Art. 64 Abs. 2 die infolge der Erhöhung anzuwendende Gefängnisstrafe 30 Jahre nicht überschreiten darf. → **Gefängnisstrafe von 24 bis 30 Jahren**

³¹⁰ Unten III.1.2.

– *Gleichwertigkeit der erschwerenden und mildernden Umstände*

Werden sowohl erschwerende als auch mildernde Umstände angenommen und diese als gleichwertig betrachtet, verbleibt es nach Art. 69 Abs. 3 bei der Strafe, die ohne Vorliegen der Umstände zu verhängen wäre. Dies ist bei der vorsätzlichen Tötung nach Art. 575 Gefängnisstrafe nicht unter einundzwanzig Jahren. Die höchstmögliche zeitige Gefängnisstrafe beträgt gemäß Art. 23 Abs. 1 vierundzwanzig Jahre. → **Gefängnisstrafe von 21 bis 24 Jahren**

– *Überwiegen eines mildernden Umstands*

Wird neben den erschwerenden lediglich ein mildernder Umstand angenommen und Letzterer als überwiegend angesehen, so werden die erschwerenden Umstände nicht berücksichtigt und es tritt nur die Herabsetzung der Strafe ein, die für die mildernden Umstände vorgesehen ist, Art. 69 Abs. 2, nach Art. 65 Nr. 3 also eine Herabsetzung um höchstens ein Drittel. Auszugehen ist also wiederum von der Strafandrohung des Grundtatbestands, Art. 575, einundzwanzig bis vierundzwanzig Jahre. Eine Milderung kann gewährt werden von einem Tag bis zu sieben Jahren. Die Höchststrafe bleibt daher praktisch erhalten, der Strafraum wird lediglich nach unten erweitert. → **Gefängnisstrafe von 14 bis 24 Jahren**

– *Überwiegen zweier mildernder Umstände*

Wird neben den unbestimmten Milderungsgründen auch noch der Milderungsgrund der Provokation (Art. 62 Nr. 2) oder der teilweisen Geistesstörung (Art. 89) bejaht und diese als überwiegend angesehen, so ist nach Art. 69 Abs. 2 (i.V.m. Abs. 4) auch eine doppelte Milderung möglich.³¹¹ Der Artikel bestimmt nämlich, dass die erschwerenden Umstände außer Betracht bleiben, die mildernden Umstände aber voll berücksichtigt werden. Nach Art. 63 Abs. 2 erfolgt die Herabsetzung beim Zusammentreffen mehrerer mildernder Umstände dergestalt, dass sie von der vorhergehenden Herabsetzung berechnet wird. Es wird daher zunächst um bis zu ein Drittel gemindert, anschließend tritt von dieser gemilderten Strafe eine nochmalige Milderung um bis zu ein Drittel ein. Gedanklich bleibt die Höchststrafe wiederum erhalten, von der Mindeststrafe ist wiederum ein Drittel abzuziehen. → **Gefängnisstrafe von 9 Jahren und 4 Monaten bis 24 Jahren**

– *Berücksichtigung verfahrensrechtlicher Milderungen*

Wird die Möglichkeit des abgekürzten Verfahrens in Betracht gezogen, so muss auch die sich daraus ergebende obligatorische Strafmilderung um ein Drittel be-

³¹¹ Werden alle drei Milderungsgründe angenommen, so ist entsprechend eine dreifache Milderung möglich.

rücksichtigt werden. Die oben genannten Strafraumen müssen dann jeweils in Höchst- und Mindeststrafe um ein Drittel reduziert werden.

– *Konkret anzuwendender Strafraumen*

Im Ergebnis dürfte das Gericht bei der Abwägung der erschwerenden und der mildernden Umstände zu dem Ergebnis kommen, dass die unbestimmten mildern- den Umstände gemäß Art. 62-*bis* die erschwerenden Umstände gemäß Art. 577 Abs. 1 Nr. 3, Art. 577 Abs. 2 und Art. 61 Nr. 5 aufwiegen. Anzuwenden ist daher der im Fall gleichwertiger mildernder und erschwerender Umstände anzuwendende Strafraumen, nämlich Gefängnisstrafe von einundzwanzig bis vierundzwanzig Jah- ren. Geht man von der Rechtslage zum Zeitpunkt der Befragung der Landesjuristen aus, war die Wahl des abgekürzten Verfahrens bei Bejahung des Vorbedachts nicht möglich,³¹² sodass eine weitere Strafmilderung aus prozessualen Gründen nicht in Betracht kommt.

III.1.1.3.3.2. Ergebnisse der Befragung

Entsprechend den Ergebnissen der Abwägung erschwerender und mildernder Umstände kamen die befragten Landesjuristen zu den sich daraus ergebenden Strafraumen. Entgegen der Regelung des Art. 65 Nr. 3, nach der eine Milderung um bis zu ein Drittel eintritt, setzten die Befragten den jeweiligen Strafraumen komplett, d.h. in seiner Mindest- und Höchststrafe, herab. Dementsprechend kamen die fünf Experten, die von einer Gleichwertigkeit der erschwerenden und der mil- dernden Umstände ausgingen, zu einem Strafraumen von 21 bis 24 Jahren. Von den verbleibenden Befragten kamen zwei zu einem Überwiegen der Milderungen und damit zu einem Strafraumen von 14 bis 21 Jahren. Der Gesprächspartner, der eine teilweise Geistesstörung in Betracht gezogen hatte, kam über das Überwiegen zweier Milderungen auf einen Strafraumen von neun Jahren und vier Monaten bis 14 Jahren. Zum selben Ergebnis kam auch der Befragte, der neben den unbestimm- ten Milderungsgründen ebenso den der Provokation bejaht hatte. Er zog überdies angesichts der Tatsache, dass er auch den Vorbedacht verneint hatte, eine weitere Milderung durch die Wahl des abgekürzten Verfahrens in Erwägung. Vergleicht man die Berufsgruppen, so ergibt sich folgendes Bild:

1. „Gleichwertigkeit“ nahmen alle Staatsanwälte, ein Richter und zwei Strafrechtslehrer an.
2. Für ein „Überwiegen einer Milderung“ plädierten ein Richter und ein Strafrechts- lehrer.
3. Die beiden Verteidiger, die sich hierzu äußerten, gingen von einem „Überwiegen zweier Milderungen“ aus.

³¹² Siehe hierzu im Einzelnen III.1.2.1.2.1.

III.1.1.3.4. Strafzumessung und konkrete Sanktion

III.1.1.3.4.1. Rechtliche Vorgaben

Die Strafzumessung richtet sich nach den Vorschriften der Art. 132 ff., in denen die zu berücksichtigenden Umstände im Einzelnen festgehalten sind.³¹³ Aufgrund des bereits angesprochenen Doppelverwertungsverbots³¹⁴ kann der Richter bei der Strafzumessung jedoch die Faktoren, die er schon bei den strafrahmenverändernden Umständen berücksichtigt hat, nicht nochmals berücksichtigen. Da das italienische System eine Vielzahl solcher Umstände vorsieht, bleibt für die Strafzumessung nur noch relativ wenig Raum. Sicherlich werden die Frage, ob T vorbestraft ist, sowie ihre persönlichen Verhältnisse zu berücksichtigen sein. Erforderlich wäre hier aber die Kenntnis weiterer persönlicher und tatbezogener Umstände, die der knappe Sachverhalt nicht hergibt. Nach der heute herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Lehre orientiert sich das Ergebnis der Strafzumessung eher an der angedrohten Mindeststrafe. In Anbetracht der Umstände des Falles dürfte wohl kaum eine Gefängnisstrafe, die über dem Minimum von einundzwanzig Jahren liegt, verhängt werden. Eine Aussetzung zur Bewährung ist nach Art. 163 nur bei Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren möglich und kommt daher nicht in Betracht.

III.1.1.3.4.2. Ergebnisse der Befragung

Die befragten Landesjuristen gingen nach eingehender Prüfung und Abwägung erschwerender und mildernder Umstände in der Regel nicht mehr auf die konkrete Strafzumessung ein.³¹⁵ Einer der Experten beschränkte sich darauf, Ober- und Untergrenzen anzunehmen, die dem von ihm gewählten Strafrahmen entsprachen. Die meisten (acht) wählten jedoch die Mindeststrafe oder eine Strafe, die knapp darüber liegt, ohne dies genauer zu begründen. Liegt die ausgesprochene Strafe in der Nähe der Mindeststrafe, stellt die Rechtsprechung – wie bereits oben dargelegt³¹⁶ – keine hohen Anforderungen an die Begründung. Vielleicht könnte auch dies ein Grund dafür gewesen sein, dass die Befragten von einer detaillierten Strafzumessung abgesehen haben. Zwischen der eigenen Ansicht und der Prognose der gerichtlichen Entscheidung wurde meist nicht differenziert. Es ist daher davon auszugehen, dass beides in diesen Fällen übereinstimmt. Einer der Befragten sah sich – wie auch bereits bei der Abwägung – nicht zu einer Aussage über die konkrete Strafe in der Lage.

³¹³ Siehe bereits II.1.1.4.3.

³¹⁴ Siehe oben II.1.1.4.1.3.

³¹⁵ Einer der Experten prüfte zumindest die allgemeinen Strafzumessungskriterien ausführlich, hielt aber weitere Informationen für erforderlich, um die konkrete Strafzumessung vornehmen zu können.

³¹⁶ Siehe II.1.1.4.3.

Frage: Welche konkrete Sanktion hat T zu erwarten?

	Ansicht des Gesprächspartners		Prognose der gerichtlichen Entscheidung	
	Ergebnis der Abwägung	Sanktion	Ergebnis der Abwägung	Sanktion
5/Staatsanwalt	Gleichwertigkeit	21 Jahre	–	–
9/Staatsanwalt	Gleichwertigkeit	22–23 Jahre	Gleichwertigkeit	22–23 Jahre
2/Richter	Überwiegen einer Milderung	14 Jahre	–	–
4/Richter	Gleichwertigkeit	21–22 Jahre	–	–
1/Strafverteidiger	Überwiegen zweier Milderungen	9 Jahre und vier Monate*	–	–
7/Strafverteidiger	–	–	–	–
10/Strafverteidiger	Überwiegen zweier Milderungen	10 Jahre	–	–
3/Strafrechtslehrer	Überwiegen einer Milderung	14 Jahre	Überwiegen einer Milderung	14 Jahre
6/Strafrechtslehrer	Gleichwertigkeit	21–24 Jahre	–	–
8/Strafrechtslehrer	Gleichwertigkeit	21–22 Jahre	Gleichwertigkeit	21–22 Jahre

Tabelle 1-3: Sanktionsprognose;* im Fall des abgekürzten Verfahrens 6 Jahre und 3 Monate.

Die in der Tabelle ins Auge springenden erheblichen Abweichungen bei der Strafhöhe sind keine Folge unterschiedlicher Ergebnisse der Strafzumessung, sondern erwachsen als logische Konsequenz aus der zuvor erfolgten Abwägung der erschwerenden und der mildernden Umstände sowie aus der Tatsache, ob über die unbestimmten mildernden Umstände des Art. 62-bis hinaus weitere Milderungsmöglichkeiten angenommen wurden. Innerhalb der „Gruppen“³¹⁷ ergibt sich nämlich ein sehr einheitliches Bild, da überwiegend innerhalb der differenzierten Strafrahmen am unteren Rand geblieben wurde. Daraus lässt sich schließen, dass auch „in den Köpfen“ keine konkrete Strafzumessung erfolgt ist, sondern sich die angegebene Strafe lediglich automatisch aus der rechtlichen Subsumption unter die ver-

³¹⁷ „Gleichwertigkeit“, „Überwiegen einer Milderung“ und „Überwiegen zweier Milderungen“.

schiedenen Umstände der Straftat ergeben hat. Dies zeigt nochmals die Bedeutung von Art. 59 ff. und insbesondere von Art. 69. In Anbetracht der Höhe der prognostizierten Strafen war es für die Befragten nicht naheliegend, die Möglichkeit einer Aussetzung zur Bewährung zu prüfen.

III.1.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte

III.1.1.4.1. Vorbedacht bzw. überlegte Begehungsweise

Das Handeln mit Vorbedacht stellt einen strafschärfenden Umstand gemäß Art. 577 Abs. 1 Nr. 3 dar und darf daher wegen des Doppelverwertungsverbots bei der Strafzumessung nicht nochmals berücksichtigt werden.

III.1.1.4.2. Ausnutzung der Wehrlosigkeit des schlafenden O

Für die Ausnutzung der Wehrlosigkeit eines Schlafenden gilt Entsprechendes. Sie stellt einen klassischen Fall des Erschwerungsgrundes der *minorata difesa*, Art. 61 Nr. 5, dar. Auch hier gilt daher das Doppelverwertungsverbot. Sechs der Befragten gingen auf diesen Umstand überhaupt nicht ein, wobei zu vermuten steht, dass sie diesen Gesichtspunkt schlichtweg übersehen haben, denn er taucht auch bei der Strafzumessung nicht mehr auf. Hierfür spricht auch, dass dieser Aspekt den übrigen vier Experten erst auf konkrete Nachfrage einfiel und sie ihn dann – mit einer Ausnahme – ohne Weiteres bejahten.

III.1.1.4.3. Tötung des Ehegatten

Auch das formale Band der Ehe zwischen Täter(in) und Opfer ist bereits als besonderer Erschwerungsgrund in Art. 577 Abs. 2 berücksichtigt.

III.1.1.4.4. Beeinträchtigung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit

Eine Beeinträchtigung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit kann nach Art. 89 zu einer Strafmilderung führen. Wie bereits dargelegt, muss der Zustand aber pathologische Ursachen haben, für die sich aus dem Sachverhalt kein Anhaltspunkt finden lässt. Allein mit der desolaten familiären Situation ließe sich dies jedenfalls nicht begründen. Dementsprechend nahm auch nur einer der befragten Landesjuristen eine solche Milderungsmöglichkeit an. In dem Fall darf auch dieser Gesichtspunkt im Rahmen der Strafzumessung nicht ein weiteres Mal berücksichtigt werden.

III.1.1.4.5. Seelische Belastung der T und Gefahr weiterer Misshandlungen

Die seelische Belastung der T sowie die Gefahr weiterer Misshandlungen waren bereits Wertungsgesichtspunkte für die Annahme der unbestimmten mildernden Umstände nach Art. 62-*bis*. Ob das Doppelverwertungsverbot auch für Art. 62-*bis* gilt, der ja naturgemäß ähnliche Kriterien enthält, wie sie auch bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sind, ist umstritten.³¹⁸ Dafür spricht, dass man ansonsten durch dieselbe Tatsache nicht nur zu einer Verschiebung des Strafrahmens nach unten käme, sondern auch innerhalb dieses niedrigeren Strafrahmens noch eine niedrige Strafe ansetzen würde. Andererseits würde die Anwendung des Doppelverwertungsverbots auch bezüglich Art. 62-*bis* dazu führen, dass eine Strafzumessung praktisch ausgeschlossen wäre, da die Tatsachen, die für den Täter sprechen, alle bereits im Rahmen der mildernden Umstände berücksichtigt worden wären. Von den befragten Landesjuristen griff im Rahmen der Strafzumessung niemand mehr diese Gesichtspunkte auf.

III.1.1.4.6. Tatprovokation durch O

Auch das Kriterium der Tatprovokation ist bereits Gegenstand eines in Betracht kommenden mildernden Umstands (Art. 62 Nr. 2). Da dieser jedoch im konkreten Fall verneint wurde, hat sich der Gesichtspunkt noch nicht auf den Strafrahmen ausgewirkt. Die Tatsache, dass T durch die ständigen Misshandlungen des O zu ihrer verzweifelten Tat getrieben wurde, kann daher bei der Strafzumessung noch berücksichtigt werden. Hierauf ging jedoch keiner der Experten mehr ein.

III.1.2. Einflüsse des Strafverfahrens

III.1.2.1. Einflussnahme der Anklagebehörde auf Spruchkörper und Verfahrensart

III.1.2.1.1. Spruchkörper

Das Schwurgericht (*Corte di Assise*) ist nach Art. 5 c.p.p. zuständig für Verbrechen, die mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder mit einer Höchststrafe von mindestens vierundzwanzig Jahren bedroht sind. Ausgenommen sind die versuchten Tötungsdelikte. Da der einzige Tatbestand der vorsätzlichen Tötung, Art. 575, eine Freiheitsstrafe nicht unter einundzwanzig Jahren und damit nach Art. 23 von höchstens vierundzwanzig Jahren vorsieht und sämtliche Umstände, seien sie strafschärfend oder strafmindernd, bei der Bestimmung des zuständigen Gerichts außer Betracht bleiben, ist das Schwurgericht praktisch für alle Strafverfahren wegen vorsätzlicher vollendeter Tötungsdelikte zuständig. Unabhängig davon, welche Umstände angenommen werden und zu welchem Ergebnis man bei deren Abwä-

³¹⁸ Siehe hierzu bereits oben II.1.1.4.1.6.

gung kommt, muss die Staatsanwaltschaft gegen die T Anklage beim Schwurgericht erheben. Sie hat dabei keine Wahlmöglichkeit.

III.1.2.1.2. Verfahrensart

III.1.2.1.2.1. Rechtliche Vorgaben

Möglicherweise könnte die Anklagebehörde jedoch Einfluss auf die Wahl der Verfahrensart nehmen, indem sie einen Konsens mit dem Angeklagten herbeiführt, eine der alternativen Verfahrensarten zu beantragen. Das *patteggiamento*³¹⁹ wird in der Fallvariante 1 aber kaum in Betracht kommen, da die vereinbarte Strafe unter Berücksichtigung eines Abschlags von einem Drittel zwei Jahre nicht übersteigen darf. Theoretisch eher denkbar wäre die Wahl des abgekürzten Verfahrens (*giudizio abbreviato*, Art. 438 ff. c.p.p.). Dieses war nach der Rechtslage, die zur Zeit der Befragung der Landesjuristen galt, nur dann nicht möglich, wenn die Straftat mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht ist. Maßgeblich ist hierbei die abstrakte Strafandrohung. Da die T mit Vorbedacht handelte, war ihre Tat nach Art. 577 Abs. 1 mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht. Unabhängig vom Vorliegen mildernder Umstände reicht dies allein aus, um die Möglichkeit des abgekürzten Verfahrens auszuschließen.³²⁰

III.1.2.1.2.2. Ergebnisse der Befragung

Diese Auffassung teilte auch der Großteil der befragten Landesjuristen (sechs). Der eine Experte (Verteidiger), der das Handeln mit Vorbedacht abgelehnt hatte, bejahte konsequenterweise die theoretische Möglichkeit eines abgekürzten Verfahrens, legte aber dar, der Ausschluss des Vorbedachts sei nur in einer mündlichen Hauptverhandlung möglich. Mit Beginn der Hauptverhandlung sei jedoch auch die Möglichkeit eines abgekürzten Verfahrens nicht mehr gegeben. Ein weiterer Verteidiger merkte an, dass er in einem solchen Fall, auch wenn er dadurch auf den Strafnachlass von einem Drittel verzichtete, keinesfalls ein abgekürztes Verfahren beantragen würde. Die Vorteile der Hauptverhandlung vor einem Gericht mit Laienbeteiligung und Zeugen aus Familie und Nachbarschaft überwogen bei Weitem. Die übrigen zwei Befragten äußerten sich nicht zum abgekürzten Verfahren, waren aber auch nicht konkret danach gefragt worden. Man könnte daraus vermutlich schließen, dass sie es nicht als naheliegend erachtet haben.

³¹⁹ Siehe im Einzelnen oben II.1.2.2.2.2.

³²⁰ Nach der neuen Rechtslage ist das abgekürzte Verfahren bei allen Straftaten zulässig, Art. 442 Abs. 2 c.p.p. n.F.

Frage: Ist Ihrer Ansicht nach die Wahl des abgekürzten Verfahrens naheliegend?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Staatsanwalt	-	-	-	-	1	1	2
Richter	-	-	-	-	2	-	2
Verteidiger	-	1	-	1	-	1	3
Strafrechtslehrer	-	-	-	-	3	-	3

Tabelle 1-3.1: Abgekürztes Verfahren

III.1.2.2. Besonderheiten des Beweisverfahrens

III.1.2.2.1. Beweisschwierigkeiten

Was die Täterschaft der T betrifft, werden sicherlich keine besonderen Beweisschwierigkeiten auftreten. Etwas schwieriger dürfte dies bereits bei dem Nachweis sein, dass T mit Vorbedacht gehandelt hat. Hier sahen die Befragten teilweise Möglichkeiten für die Verteidigung, die Vorgänge in ein anderes Licht zu stellen. Die verzweifelte familiäre Situation zu beweisen, sahen sie überwiegend nicht als schwierig an. Für die Klärung der Frage, ob T zum Zeitpunkt der Tat voll zurechnungsfähig gewesen ist, wird ein Sachverständigengutachten das geeignetste Mittel sein.³²¹

III.1.2.2.2. Beweislastverteilung bei Verteidigungseinreden

Der italienische Strafprozess ist an einem Parteienprozess orientiert. Nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* gilt der Angeklagte so lange als unschuldig, bis seine Schuld rechtskräftig festgestellt ist. Die Beweislast für die Schuld des Angeklagten trägt folglich die Staatsanwaltschaft. Andererseits ist sie nicht verpflichtet, das Nichtvorliegen aller möglichen nahe- oder fernliegenden Umstände zu beweisen, die sich negativ auf die Schuld oder die Strafe des Angeklagten auswirken könnten. Diese bringt die Verteidigung ins Spiel, um zumindest Zweifel an der vollen strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Angeklagten aufkommen zu lassen. Dann ist es allerdings Sache der Staatsanwaltschaft, zu beweisen, dass ein im konkreten Fall nicht auszuschließender Rechtfertigungs- oder sonstiger Strafausschließungs- bzw. -milderungsgrund doch nicht greift. Auf dieses Thema gingen die Befragten zumindest bei Fallvariante 1 nicht ein.

³²¹ Siehe hierzu gleich unten III.1.2.2.3.

III.1.2.2.3. Beauftragung von Sachverständigen

III.1.2.2.3.1. Rechtliche Vorgaben

Die Beauftragung eines Sachverständigen erfolgt zum einen – wie bei den anderen Beweismitteln auch – auf Antrag der Parteien, zum anderen ist sie von Amts wegen möglich, Art. 224, 508 c.p.p. In Bezug auf psychische Eigenschaften ist ein Sachverständigengutachten jedoch nach Art. 220 c.p.p. nur zulässig, wenn diese Eigenschaften durch pathologische Ursachen bedingt sind. Gerade diese pathologischen Ursachen sind auch für die Milderungsmöglichkeit wegen teilweiser Geistesstörung gemäß Art. 89 erforderlich. Kommt also eine solche in Betracht, ist auch das Amtsgutachten (*perizia*) zulässig und wohl auch das einzige Mittel, einen solchen krankhaften Geisteszustand festzustellen. Die Einschaltung eines entsprechenden Sachverständigen ist nach Art. 392 Abs. 1 f. c.p.p. auch bereits durch den Richter für die Vorerhebungen (*giudice per gli indagini preliminari*) im Ermittlungsverfahren im Rahmen eines Beweissicherungsverfahrens (*incidente probatorio*) möglich, da der Zustand der Person einer nicht abwendbaren Veränderung unterworfen sein kann.

III.1.2.2.3.2. Ergebnisse der Befragung

Die Befragung über die Beauftragung eines Sachverständigen ergab – auch innerhalb der verschiedenen Berufsgruppen – ein sehr unterschiedliches Bild.

Frage: Welche Bedeutung hat die Verteidigungseinrede der Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Geltendmachung erwartbar	3	1	1	3	1	1	10
Beweisaufwand erwartbar	2	2	1	3	1	1	10
Beziehung eines Sachverständigen erwartbar	2	2	1	3	1	1	10

Tabelle 1-4: Einrede der Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit im Strafverfahren

Die Hälfte der befragten Landesjuristen (fünf) war der Auffassung, dass zur Beauftragung eines Sachverständigen konkrete Anhaltspunkte für eine krankhafte (teilweise) Geistesstörung vorhanden sein müssten, die sie hier nicht erkennen könnten. Ein Staatsanwalt hielt dennoch einen entsprechenden Antrag der Verteidigung für sicher. Der andere Staatsanwalt bemerkte, dass ein Angeklagter in Italien nicht schon allein deswegen begutachtet werde, weil er getötet habe. Zwei der

Verteidiger und ein Richter hielten ein Gutachten für erforderlich. Ein Strafrechtslehrer zeigte sich unentschieden, ein weiterer machte keine Angaben.

III.1.2.3. Anforderungen an die Entscheidungsbegründung

Was die Anforderungen an die Entscheidungsbegründung betrifft, weist der Fall keine Besonderheiten auf. Es kann daher auf die allgemeinen Ausführungen verwiesen werden.³²² Nochmalige Erwähnung ist die teilweise von der Rechtsprechung vertretene Auffassung wert, dass an die Begründung wesentlich geringere Anforderungen zu stellen sind, wenn sich die ausgesprochene Strafe in der Nähe der Mindeststrafe bewegt.³²³ Bei der Befragung wurde von der Mehrheit der Experten (sechs) lediglich erwähnt, dass die Abwägung zwischen erschwerenden und mildernden Umständen zu begründen sei.

III.1.2.4. Verteidigungsstrategie und Absprachen

III.1.2.4.1. Verteidigungsstrategie

Bezüglich der Verteidigungsstrategie wurde zum einen darauf abgezielt, erschwerende Faktoren möglichst auszuschließen und mildernde Faktoren möglichst als vorliegend darzustellen. Hier sahen einige (vier) der befragten Landesjuristen die Chance, zu einem Ausschluss des Erschwerungsgrundes des Handelns mit Vorbedacht gemäß Art. 577 Abs. 1 Nr. 3 zu gelangen. Ferner wurde als wichtig erachtet, den allgemeinen mildernden Umständen gemäß Art. 62-*bis* ein besonderes Gewicht zu geben und so eine für die T günstige Abwägung der erschwerenden und mildernden Umstände zu erreichen. Schließlich hoben ein paar Experten (vier) die Möglichkeit hervor, durch ein psychiatrisches Gutachten wenigstens zu einer milderen Bestrafung wegen teilweiser Geistesstörung zu kommen.

Als ein weiterer für die Verteidigungsstrategie wichtiger Aspekt wurde von mehreren Befragten (sechs) angesehen, sich auf die Beteiligung von Laienrichtern am Schwurgericht einzustellen. Diese seien empfänglicher für Mitleid und Ergriffenheit, während bei den Berufsrichtern größeres Gewicht auf Rechtsfragen gelegt werde. Die Laienrichter reagierten gefühlsmäßiger, weshalb insbesondere eine gute Zeugenvernehmung wichtig sei. Vieles sei aber auch von der Zusammensetzung der Laienrichter sowie von deren politischer und weltanschaulicher Einstellung abhängig. Von Vorteil für die T sei insbesondere ein hoher Anteil jüngerer Frauen.

³²² Siehe oben II.1.2.4.

³²³ Siehe oben II.1.1.4.3. und III.1.1.3.4.2.

III.1.2.4.2. Absprachen

Absprachen im Strafprozess sind seit der Neufassung der Strafprozessordnung im Jahr 1988 formalisiert und in ein eigenes Verfahren eingebunden, das *patteggiamento*, Art. 444 ff. c.p.p., das oben bereits dargelegt wurde.³²⁴ Bei der Strafzumessung auf Antrag der Parteien kann höchstens eine Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren beantragt werden, wobei bereits ein Drittel Strafnachlass einberechnet ist. In der Fallvariante 1 wird die konkrete Strafe wohl um einiges höher liegen, sodass Absprachen in diesem Verfahren vermutlich nicht in Betracht kommen dürften. Dementsprechend ging auch keiner der befragten Landesjuristen auf das *patteggiamento* ein.

III.1.3. Einflüsse der Strafvollstreckung

III.1.3.1. Tatsächliche Haftdauer

III.1.3.1.1. Vollständige Aussetzung zu Bewährung

Eine Aussetzung zur Bewährung (*sospensione condizionale della pena*) ist nur bei Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren möglich und kommt daher im vorliegenden Fall nicht in Betracht, Art. 163. Infolgedessen zog keiner der Befragten diese Möglichkeit in Erwägung.

III.1.3.1.2. Bedingte Haftentlassung

Verhält sich die T während der Haftzeit so, dass davon auszugehen ist, dass sie sich gebessert hat, kann sie nach der Hälfte der Haftzeit bedingt in die Freiheit entlassen werden, Art. 176, 228 (*liberazione condizionale*). Weitere Voraussetzung ist, dass der Rest der Strafe fünf Jahre nicht übersteigt. Bei der Berechnung sind auch die bis dahin angefallenen Reduzierungen aufgrund von Art. 54 o.p. zu berücksichtigen. Bei einer Verurteilung zu 21 Jahren Freiheitsstrafe kann T also nach 16 Jahren, bzw. 12 Jahren bei Berücksichtigung von Art. 54 o.p., entlassen werden. Von den befragten Landesjuristen gingen lediglich drei auf die bedingte Entlassung ein und legten pauschal dar, nach der Hälfte der Haftzeit sei eine solche möglich.

III.1.3.1.3. Vorzeitige Haftentlassung

Von jedem Halbjahr der Haft, in dem T ihre Bereitschaft zur Resozialisierung unter Beweis stellt, werden ihr 45 Tage der Strafe abgezogen, Art. 54 o.p. Im vorliegenden Fall dürfte wohl davon auszugehen sein, dass T sich entsprechend ver-

³²⁴ Siehe oben III.1.2.1.2.1.

halten wird. Die Möglichkeit dieser vorzeitigen Haftentlassung (*liberazione anticipata*) erwähnten allerdings lediglich drei der Experten.

III.1.3.1.4. Straferlass und Begnadigung

Straferlass (*indulto*) und Begnadigung (*grazia*) haben meist politische Gründe und können deshalb in diesem Zusammenhang keine Berücksichtigung finden.

Frage: Mit welcher tatsächlichen Haftdauer hat T zu rechnen?

	Sanktionsprognose	Prognose der tatsächlichen Haftdauer
5/Staatsanwalt	21 Jahre	<i>ca. 7 Jahre</i> ³²⁵
9/Staatsanwalt	22–23 Jahre	–
2/Richter	14 Jahre	<i>ca. 11 Jahre</i>
4/Richter	21–22 Jahre	–
1/Verteidiger	9 Jahre und 4 Monate ----- bei abgekürztem Verfahren 6 Jahre und 3 Monate	–
7/Verteidiger	–	–
10/Verteidiger	10 Jahre	–
3/Strafrechtslehrer	14 Jahre	–
6/Strafrechtslehrer	21–24 Jahre	–
8/Strafrechtslehrer	21–22 Jahre	unter 10 Jahren

Tabelle 1-5: Tatsächliche Haftdauer; kursiv gedruckte Zahlen wurden nicht ausdrücklich genannt, resultieren aber rechnerisch aus den zuvor genannten Ergebnissen.

³²⁵ Der befragte Staatsanwalt äußerte sich allgemein in die Richtung, dass normalerweise nie mehr als ein Drittel der Strafe zu verbüßen sei.

III.1.3.2. Vollzugslockerungen

III.1.3.2.1. Rechtlicher Rahmen

Über mögliche Vollzugslockerungen kann im konkreten Fall nur sehr eingeschränkt Auskunft gegeben werden. Sie sind, mit Ausnahme des Freigangs aufgrund einer Notsituation, Art. 30 ff. o.p., erst nach Verbüßung eines gewissen Teils der Strafe oder in den letzten Haftjahren möglich. Insbesondere zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang die Halbfreiheit (*semilibertà*), die nach der Hälfte der Strafe gewährt werden kann und eine Arbeit, Ausbildung oder Ähnliches ermöglicht, Art. 50 i.V.m. 4-*bis* o.p.

III.1.3.2.2. Ergebnisse der Befragung

Da die befragten Landesjuristen auf Vollzugslockerungen nicht angesprochen wurden, kamen auch nicht alle dazu, auf sie einzugehen. Erwähnt wurde hierbei insbesondere die Halbfreiheit (viermal), die nach der Hälfte der Haftzeit als zulässig erachtet wurde. Lediglich als Stichwort fielen der Hausarrest (zweimal) und die Überweisung an den Sozialdienst zur Bewährung (zweimal).

III.2. Fallvariante 2

Die Ehe von O und T ist zerrüttet, seit der O arbeitslos geworden ist und jeden Tag große Mengen Alkohol trinkt. Es kommt zu ständigen Streitereien, bei denen der O die T immer wieder heftig schlägt.

T ist aufgrund der desolaten Situation völlig verzweifelt. Eines Abends wird sie beim Anblick des nach starkem Alkoholkonsum eingeschlafenen O plötzlich von ihren Gefühlen überwältigt, ergreift einen schweren Gegenstand und erschlägt ihn.

III.2.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.2.1.1. Tatbestandliche Einstufung

T hat O vorsätzlich erschlagen und damit wie in Fallvariante 1 den Tatbestand der vorsätzlichen Tötung (*omicidio*, Art. 575) erfüllt. Andere Tatbestände der vorsätzlichen Tötung kennt das italienische Strafgesetzbuch nicht. Die allgemeinen und besonderen Umstände (*circostanze speciali e comuni*) werden, wie auch oben bei Fallvariante 1, bei der Strafrahmenbestimmung und Strafzumessung³²⁶ geprüft. Auch die befragten Landesjuristen hatten keine Zweifel am Vorliegen des Art. 575. Überwiegend wurde auch hier der Vorsatz nicht problematisiert. Lediglich ein Experte legte dar, als Verteidiger würde er versuchen, die spontane Reaktion in einem

³²⁶ Unten III.2.1.3.1.

momentanen Wutanfall zu betonen, um vielleicht von der vorsätzlichen zur präter-intentionalen Tötung (Art. 584) zu kommen; er sah dies aber auch nicht als sonderlich aussichtsreich an.

III.2.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen

III.2.1.2.1. Rechtliche Vorgaben

Auch in Fallvariante 2 ist kein Rechtfertigungsgrund (*causa di giustificazione*) ersichtlich.

Was die psychische Situation der T betrifft, so ist diese „plötzlich von ihren Gefühlen überwältigt“. Dies legt die Frage einer teilweisen Geistesstörung (*vizio parziale di mente*) nach Art. 89 näher als in Fallvariante 1. Im Ergebnis gibt es aber wahrscheinlich auch hier keine Anhaltspunkte dafür, dass ein krankhafter Zustand vorlag. Erregungs- und Leidenschaftszustände sind, wie bereits mehrfach erwähnt, nach Art. 90 nicht privilegiert. Für eine gegenteilige Annahme wären weitere Angaben über die psychische Situation der T erforderlich.

III.2.1.2.2. Ergebnisse der Befragung

Im Ergebnis lehnten alle Befragten eine Straffreistellung der T ab. Auf Rechtfertigungsgründe gingen sie überwiegend (acht) gar nicht mehr ein, da diese bereits in Fallvariante 1 abgewiesen worden waren und die Situation in diesem Punkt offensichtlich nicht als unterschiedlich angesehen wurde. Ansonsten wurde Notwehr mangels Gegenseitigkeit abgelehnt.

Das Problem einer teilweisen Geistesstörung der T wurde dagegen von den meisten (sechs) nochmals angesprochen, woraus sich schließen lässt, dass sie insofern die Fallvariante 2 etwas anders beurteilten. Im Ergebnis ging aber nur der Gesprächspartner, der bereits bei Fallvariante 1 Art. 89 bejaht hatte, mit noch größerer Wahrscheinlichkeit davon aus, dass die Strafe wegen teilweiser Geistesstörung zu mildern sei. Von den Übrigen zeigten sich die meisten unentschlossen oder eher ablehnend.

Frage: Welche Bedeutung hat eine mögliche Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der T?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Ist naheliegend	1	2	1	1	1	4*	10
Führt zur Strafmilderung	1	–	2	2	1	4*	10

Führt zur Straffreiheit	-	-	-	1	5	4*	10
-------------------------	---	---	---	---	---	----	----

*Tabelle 2-2: Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit; * diese vier Experten hatten sich in der Fallvariante 1 im Ergebnis gegen die Annahme einer Strafmilderungsmöglichkeit ausgesprochen. Da sie bei Fallvariante 2 nicht nochmals ausdrücklich danach gefragt wurden, könnte man eventuell daraus schließen, dass sie keine abweichende Antwort gegeben hätten.*

III.2.1.3. Strafraumenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.2.1.3.1. Erschwerende und mildernde Umstände

Auch in Fallvariante 2 sollen zunächst die erschwerenden und mildernden Umstände geprüft werden.

III.2.1.3.1.1. Rechtliche Vorgaben

– *Handeln mit Vorbedacht, Art. 577 Abs. 1 Nr. 3*

Als T den schlafenden O sah, wurde sie plötzlich von ihren Gefühlen überwältigt. Sie handelte also unvermittelt und gerade nicht mit Vorbedacht (*premeditazione*).

– *Anwendung von Misshandlungen oder Handeln mit Grausamkeit, Art. 577 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. Art. 61 Nr. 4*

T hat O mit einem schweren Gegenstand erschlagen. Was dies für ein Gegenstand war und wie O genau zu Tode kam, lässt der Sachverhalt offen. Für ein Handeln mit Grausamkeit gibt es daher keine Anhaltspunkte.

– *Ehegatte als Tatopfer, Art. 577 Abs. 2*

Der Erschwerungsgrund der Ehegattentötung ist auch hier eindeutig gegeben.

– *Sogenannte erschwerte Verteidigung, Art. 61 Nr. 5*

Auch die sogenannte erschwerte Verteidigung (*minorata difesa*) muss bejaht werden, denn insofern ist Fallvariante 2 identisch mit Fallvariante 1. O schläft und kann sich aufgrund dieses Umstands nicht verteidigen. Diesen Zustand nutzt T aus. Ob die Tat geplant war oder nicht, ist in diesem Zusammenhang unerheblich.

– *Provokation, Art. 62 Nr. 2*

In der Fallvariante könnte jedoch auch der Milderungsgrund der Provokation (*provocazione*) gegeben sein. Das unrechte Tun von O ist unproblematisch gegeben. Da T von ihren Gefühlen überwältigt wird, also gerade nicht planvoll vorgeht, spricht einiges dafür, dass sie auch im Zorn, nicht in Hass oder Groll handelte. Dass T gerade aufgrund der Misshandlungen im Zorn handelte, lässt sich jedoch nur vermuten. Jedenfalls ist die Tatsache, dass die tätlichen Angriffe durch O seiner Tötung nicht unmittelbar vorausgingen, für sich genommen kein Grund dafür, den Milderungsgrund abzulehnen. Nach der h.M. kann nämlich auch ein gewisser Zeitraum zwischen dem unrechten Tun und der Reaktion liegen, da der Zorn auch andauern oder wiederaufleben kann.³²⁷ Der Zorn der T konnte sich wohl gelegt haben und plötzlich wieder in ihr hochgekommen sein, als sie den schlafenden O sah, der sie ständig misshandelt hatte. Wie lange die letzten Misshandlungen genau zurücklagen, geht aber aus dem Sachverhalt nicht hervor. Allerdings war die Reaktion der T unverhältnismäßig, was wiederum nach der h.M. die Kausalität ausschließen könnte. Insgesamt gesehen wären für die Annahme des Milderungsgrundes der Provokation mehr Informationen über den genauen Tathergang sowie Art und Zeitpunkt der Misshandlungen erforderlich.

– *Unbestimmte mildernde Umstände, Art. 62-bis*

Die Umstände, die in Fallvariante 1 die Annahme der unbestimmten mildernden Umstände gerechtfertigt haben, wie die seelische Belastung der T durch die zerrüttete Ehe, der Alkoholismus und die ständigen tätlichen Angriffe des O, die Gefahr weiterer Misshandlungen und ihre Angst davor, sind in der Fallvariante 2 unverändert gegeben, sodass hier darauf verwiesen werden kann.³²⁸

III.2.1.3.1.2. Ergebnisse der Befragung

Bei Fallvariante 2 waren, was die Zuerkennung von erschwerenden oder mildernden Umständen angeht, die Aussagen, bis auf die Frage der Provokation, wesentlich einheitlicher als bei Fallvariante 1. Wie später noch zu sehen sein wird,³²⁹ hat dies aber nicht auch die Einheitlichkeit bei der Höhe der Strafe zur Folge.

³²⁷ Siehe hierzu im Einzelnen oben II.1.1.4.1.5.

³²⁸ Siehe oben III.1.1.3.1.1.

³²⁹ Siehe unten III.2.1.3.4.2.

Frage: Welche erschwerenden und mildernden Umstände würden Sie bei Fallvariante 1 annehmen?

Erschwerende Umstände	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Vorbedacht Art. 577 Abs. 1 Nr. 3	–	–	–	1	9	–	10
Handeln mit Grausamkeit Art. 577 Abs. 1 Nr. 4	–	–	–	1	–	9	10
Ehegatte als Tatopfer Art. 577 Abs. 2	10	–	–	–	–	–	10
Erschwerte Verteidigung Art. 61 Nr. 5	2	1	–	–	1	6	10
Mildernde Umstände							
Provokation Art. 62 Nr. 2	1	1	2	3	1	2	10
Unbestimmte mildernde Umstände Art. 62-bis	10	–	–	–	–	–	10

Tabelle 2-2.1: Erschwerende und mildernde Umstände

– *Handeln mit Vorbedacht, Art. 577 Abs. 1 Nr. 3*

Bei Fallvariante 2 verneinten alle befragten Landesjuristen den Erschwerungsgrund des Handelns mit Vorbedacht. In den meisten Fällen wurde dieses Ergebnis als unproblematisch und keiner weiteren Begründung wert angesehen.

– *Anwendung von Misshandlungen oder Handeln mit Grausamkeit, Art. 577 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. Art. 61 Nr. 4*

Nur einer der Befragten prüfte, ob die Tötung mit einem schweren Gegenstand unter diesen Erschwerungsgrund zu fassen ist. Im Ergebnis lehnte er dies aber eher ab.

– *Ehegatte als Tatopfer, Art. 577 Abs. 2*

Auf die Ehegatteneigenschaft des O ging keiner der Experten ein. Sie wurde als selbstverständlich angenommen.

– *Sogenannte erschwerte Verteidigung, Art. 61 Nr. 5*

Diejenigen, die bereits bei der Fallvariante 1 nicht an den erschwerenden Umstand gemäß Art. 61 Nr. 5 gedacht hatten, kamen auch bei Fallvariante 2 nicht auf den Gedanken. Die Übrigen sahen unter diesem Gesichtspunkt keinen Unterschied zu Fallvariante 1 und blieben im Wesentlichen bei ihren Aussagen. Insofern kann auf III.1.1.3.1.2 verwiesen werden.

Frage: Liegt Ihrer Ansicht nach der Erschwerungsgrund der erschwerten Verteidigung (*minorata difesa*) (Art. 61 Nr. 5) vor?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Staatsanwalt	1	–	–	–	–	1	2
Richter	1	1	–	–	–	–	2
Verteidiger	–	–	–	–	–	3	3
Strafrechtslehrer	–	–	–	–	1	2	3

Tabelle 2-2.2: Erschwerte Verteidigung

– *Provokation, Art. 62 Nr. 2*

Bei der zweiten Fallvariante prüfte die überwiegende Zahl der Experten (acht), ob der Milderungsgrund der Provokation gegeben sei. Sie kamen aber zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen. Der Verteidiger, der bereits bei Fallvariante 1 Art. 62 Nr. 2 bejaht hatte, war der Auffassung, hier sei der Milderungsgrund noch einfacher zu haben. Ferner war einer der Strafrechtslehrer eher geneigt, diesen zu bejahen. Zwei der Befragten zeigten sich unentschlossen, mit der Begründung, für eine abschließende Beurteilung seien weitere Anhaltspunkte erforderlich. Schließlich sprachen sich vier der Experten eher dagegen aus, wobei lediglich einer von ihnen seine Entscheidung damit begründete, es läge kein Zorn unmittelbar im Anschluss an das Unrecht des anderen vor. Die Übrigen begnügten sich mit einem Verweis auf die Fallvariante 1 oder mit der Bemerkung, es lägen neben Art. 62-bis keine weiteren Milderungsgründe vor.

Frage: Liegt Ihrer Ansicht nach der Milderungsgrund der Provokation (Art. 62 Nr. 2) vor?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Staatsanwalt	–	–	1	1	–	–	2
Richter	–	–	1	–	–	1	2
Verteidiger	1	–	–	2	–	–	3
Strafrechtslehrer	–	1	–	–	1	1	3

Tabelle 2-2.3: Provokation

– *Unbestimmte mildernde Umstände, Art. 62-bis*

Mit Verweis auf die Begründung bei Fallvariante 1 nahm die überwiegende Zahl der Befragten das Vorliegen allgemeiner Milderungsgründe an. Bei denjenigen, die nicht mehr ausdrücklich auf Art. 62-*bis* eingingen, lässt sich jedoch ziemlich eindeutig darauf schließen, dass sie keine von Fallvariante 1 abweichende Einschätzung vornehmen wollten. Ergänzend wurde teilweise auf die desolate Ehe und die Erniedrigungen, die T erlitten hatte, hingewiesen.

III.2.1.3.2. Abwägung der erschwerenden und mildernden Umstände

III.2.1.3.2.1. Rechtliche Vorgaben

Bei Fallvariante 2 sind nur noch zwei erschwerende Umstände gegeben: der Umstand der erschwerten Verteidigung (Art. 61 Nr. 5) und der besondere erschwerende Umstand der Tötung des Ehegatten (Art. 577 Abs. 2). Bei den mildernden Umständen ist, wie bei Fallvariante 1, lediglich Art. 62-*bis* anzunehmen. Nach Art. 69 ist wiederum eine einheitliche Abwägung vorzunehmen. Die Gesichtspunkte, die bei der Abwägung eine Rolle spielen, sind im Wesentlichen dieselben wie bei Fallvariante 1. Da T diesmal ohne Vorbedacht handelte und daher ein Erschwerungsgrund, und gerade der, der als Einziger eine lebenslange Freiheitsstrafe hätte nach sich ziehen können, wegfällt, stellt sich die Situation für T sogar eher günstiger dar. Ein Überwiegen der Milderungen ist daher im vorliegenden Fall gut begründbar.

III.2.1.3.2.2. Ergebnisse der Befragung

In der Fallvariante 2 wurde die Abwägung zwischen den erschwerenden und den mildernden Umständen in den meisten Fällen nicht mehr oder lediglich damit begründet, dass im Unterschied zu Fallvariante 1 das Handeln mit Vorbedacht fehle. Im Übrigen wurde angeführt, die Tat zeuge nicht von hoher krimineller Energie, zudem sei T nicht vorbestraft und werde wahrscheinlich keine Straftaten mehr begehen. Dann gebe es die Tendenz, ein Überwiegen der Milderungen anzunehmen. In diesem Zusammenhang soll noch eine interessante Bemerkung eines Strafverteidigers wiedergegeben werden: Die Tatsache, dass das Gesetz zunächst sehr hohe Strafen androhe, diese dann aber durch zahlreiche Milderungsmöglichkeiten im konkreten Fall wieder herabgesetzt würden, sei eine Folge der italienischen Rechtsauffassung. Diese sei vom Katholizismus geprägt, weshalb es die Logik der Vergebung im Fall von Reue gebe. Auf diesem Gedanken basiere die italienische Struktur von Amnestie und Straferlass, die nichts anderes bedeute als „Wenn du bereust, bin ich die große Mama, die dir vergibt.“ Vor diesem Hintergrund seien die hohen Strafandrohungen zu erklären sowie wiederum die zahlreichen Mittel – auch vollstreckungsrechtlicher Natur – um Erstere wieder abzumildern.

Im Ergebnis nahm nur einer der Befragten³³⁰ in Fallvariante 2 noch an, dass erschwerende und mildernde Umstände einander aufwiegen. Die Übrigen³³¹ hielten eher ein Überwiegen der Milderungsgründe für richtig.

Frage: Zu welchem Ergebnis kommen Sie bei der Abwägung der erschwerenden und der mildernden Umstände?

		Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Erschwerungsgründe überwiegen	Richter	–	–	–	–	2	–	2
	Staatsanwalt	–	–	–	–	2	–	2
	Verteidiger	–	–	–	–	2	1	3
	Strafrechtslehrer	–	–	–	–	3	–	3
Gleichwertigkeit	Richter	1	–	–	1	–	–	2
	Staatsanwalt	–	–	–	–	2	–	2
	Verteidiger	–	–	–	–	2	1	3
	Strafrechtslehrer	–	–	–	1	2	–	3
Milderungsgründe überwiegen	Richter	–	1	–	–	1	–	2
	Staatsanwalt	2	–	–	–	–	–	2
	Verteidiger	2	–	–	–	–	1	3
	Strafrechtslehrer	2	1	–	–	–	–	3

Tabelle 2-2.4: Abwägung der erschwerenden und mildernden Umstände

III.2.1.3.3. Anzuwendender Strafraumen

III.2.1.3.3.1. Rechtliche Vorgaben

Mangels Vorbedacht ist bei Fallvariante 2 die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe nicht möglich. Ansonsten sind im Wesentlichen dieselben Strafraumen denkbar wie bei Fallvariante 1.

– Überwiegen der erschwerenden Umstände

Wird der Erschwerungsgrund der Ehegattentötung (und evtl. Art. 61 Nr. 5)³³² gegenüber den unbestimmten mildernden Umständen (und evtl. Art. 62 Nr. 2) als überwiegend angesehen, bleiben die mildernden Umstände gemäß Art. 69 Abs. 1 außer Betracht. → **Gefängnisstrafe von 24 bis 30 Jahren**

³³⁰ Seltsamerweise einer, der in Fallvariante 1 eher von einem Überwiegen der Milderungen ausgegangen war.

³³¹ Mit Ausnahme desjenigen, der sich zu diesem Punkt generell nicht äußern konnte.

³³² Was sich jedoch auf den Strafraumen nicht auswirkt, Art. 64 Abs. 2, siehe auch oben III.1.1.3.3.1.

– *Gleichwertigkeit der erschwerenden und mildernden Umstände*

Wird angenommen, dass die erschwerenden und die mildernden Umstände einander aufwiegen, ist nach Art. 69 Abs. 3 der Strafraumen der vorsätzlichen Tötung anzuwenden. → **Gefängnisstrafe von 21 bis 24 Jahren**

– *Überwiegen eines mildernden Umstands*

Wird ein mildernder Umstand gegenüber den erschwerenden Umständen als überwiegend angesehen, so werden gemäß Art. 69 Abs. 2 nur die Milderungen angewandt. → **Gefängnisstrafe von 14 bis 24 Jahren**

– *Überwiegen zweier mildernder Umstände*

Bei Überwiegen zweier Milderungsgründe (Art. 62 Nr. 2 und Art. 62-bis oder Art. 89) wird doppelt gemildert (Art. 69 Abs. 2 und 4, 63 Abs. 2). → **Gefängnisstrafe von 9 Jahren und 4 Monaten bis 24 Jahren**

– *Überwiegen dreier mildernder Umstände*

Sieht man drei mildernde Umstände (Art. 62 Nr. 2 und Art. 62-bis sowie Art. 89) als überwiegend an, so kommt man nach einer dreifachen Milderung zu einer → **Gefängnisstrafe von 6 Jahren und 3 Monaten bis 4 Jahren** (Art. 69 Abs. 2, Art. 63 Abs. 2)

– *Berücksichtigung verfahrensrechtlicher Milderungen*

Auch bei den oben genannten Strafraumen ist bei Anwendung des abgekürzten Verfahrens gemäß Art. 442 Abs. 2 c.p.p. eine weitere Herabsetzung der Strafe um ein Drittel vorgesehen.³³³

– *Konkret anzuwendender Strafraumen*

Angesichts der Tatsache, dass ein Handeln mit Vorbedacht nicht mehr anzunehmen ist und damit ein nicht unerheblicher Erschwerungsgrund wegfällt, dürfte das Gericht bei Fallvariante 2 bei der Abwägung der erschwerenden und mildernden Umstände ohne Weiteres zu dem Ergebnis kommen, dass die unbestimmten mildernden Umstände gemäß Art. 62-bis überwiegen, sodass eine Gefängnisstrafe von vierzehn bis vierundzwanzig Jahren anzuwenden wäre. Da T nicht mit Vorbedacht handelte und die Tat daher nicht mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht ist, wäre auch nach der alten Rechtslage, die zum Zeitpunkt der Befragung der Landesjuristen galt, die Wahl des abgekürzten Verfahrens möglich. Man käme in diesem Fall

³³³ Siehe oben II.1.2.2.2.1.

zu einer Reduzierung um ein Drittel, also zu einem Strafraumen von neun Jahren und vier Monaten bis zu sechzehn Jahren.

III.2.1.3.3.2. Ergebnisse der Befragung

Entsprechend den Ergebnissen der Abwägung kamen die Befragten auch zu anderen Strafraumen. Immerhin sechs der Befragten gelangten zu einem Strafraumen von 14 bis 21 Jahren wegen Überwiegens einer Milderung. Einer der Experten war bei der Annahme der Provokation unentschlossen und nahm daher alternativ das Überwiegen einer bzw. das Überwiegen zweier Milderungen an. Zu einem Strafraumen von neun Jahren und vier Monaten kamen diejenigen, die ein Überwiegen zweier Milderungen angenommen hatten, sowie der Experte, der von einer teilweisen Geistesstörung ausgegangen war. In zwei Fällen wurde zudem bereits der Strafnachlass durch ein eventuelles abgekürztes Verfahren einberechnet.

Folgendes Bild ergibt sich beim Vergleich der Berufsgruppen:

1. „Gleichwertigkeit“ nahm ein Richter an.
2. Für ein „Überwiegen einer Milderung“ plädierten alle Strafrechtslehrer, ein Richter, ein Verteidiger und ein Staatsanwalt.
3. Zwei Verteidiger gingen, wie bereits bei Fallvariante 1, von einem „Überwiegen zweier Milderungen“ aus.

III.2.1.3.4. Strafzumessung und konkrete Sanktion

III.2.1.3.4.1. Rechtliche Vorgaben

Angesichts des Doppelverwertungsverbots bleibt auch in Fallvariante 2 nicht viel Raum für eine eingehende Strafzumessung im engeren Sinne. Neben den bereits bei Fallvariante 2 genannten Umständen wird hier aber noch strafmildernd die Tatsache zu berücksichtigen sein, dass T, „überwältigt von ihren Gefühlen“ die Tat im Affekt beging. Daher wird sich die Strafe wohl auch hier an der Mindeststrafe von vierzehn Jahren orientieren. Eine solche Strafe kann nicht zur Bewährung ausgesetzt werden.

III.2.1.3.4.2. Ergebnisse der Befragung

Eine konkrete Strafzumessung fand bei Fallvariante 2 fast gar nicht mehr statt. Die Experten beschränkten sich meist darauf, den entsprechenden Strafraumen zu berechnen und eine konkrete Strafe zu benennen. In der Regel blieb diese am unteren Rand des Strafraumens. Verwunderlich war die Tatsache, dass in zwei Fällen die ausgesprochene Strafe nicht mit dem zuvor angenommenen Abwägungsergebnis übereinstimmte, was vielleicht dadurch zu erklären ist, dass in der Kürze der Zeit bei den doch nicht ganz einfachen Rechenschritten Fehler gemacht wurden.

Zwischen der eigenen Ansicht und der Prognose der gerichtlichen Entscheidung wurde nicht mehr differenziert.

Frage: Welche konkrete Sanktion hat T zu erwarten?

	Ansicht des Gesprächspartners		Prognose der gerichtlichen Entscheidung	
	Ergebnis der Abwägung	Sanktion	Ergebnis der Abwägung	Sanktion
5/Staatsanwalt	Überwiegen einer Milderung oder Überwiegen zweier Milderungen	14 Jahre** oder 9 Jahre**	–	–
9/Staatsanwalt	Überwiegen einer Milderung	17–18 Jahre**	–	–
2/Richter	Gleichwertigkeit	21–24 Jahre**	–	–
4/Richter	Überwiegen einer Milderung	16 Jahre**	–	–
1/Verteidiger	Überwiegen zweier Milderungen	<i>9 Jahre und 4 Monate ----- bei abgekürztem Verfahren 6 Jahre und 3 Monate</i>	–	–
7/Verteidiger	–	–	–	–
10/Verteidiger	Überwiegen zweier Milderungen	8–11Jahre*	–	–
3/Strafrechtslehrer	Überwiegen einer Milderung und weitere Milderung durch abgekürztes Verfahren	9 Jahre und 4 Monate	–	–
6/Strafrechtslehrer	Überwiegen einer Milderung	7–8 Jahre*	–	–
8/Strafrechtslehrer	Überwiegen einer Milderung	unter 21 Jahren**	–	–

Tabelle 2-3: Sanktionsprognose; kursiv gedruckte Zahlen wurden nicht ausdrücklich genannt, resultieren aber rechnerisch aus den zuvor genannten Ergebnissen; * die ausgeworfene Strafe hält sich (teilweise) nicht mehr innerhalb des Strafrahmens, der aus den vom Gesprächspartner genannten Ergebnissen resultiert; ** Gesprächspartner sieht weitere Milderungsmöglichkeit durch ein eventuelles abgekürztes Verfahren, hat dies aber noch nicht eingerechnet.

Insgesamt gesehen sind die Strafen deutlich niedriger als in Fallvariante 1. Sie verteilen sich nicht mehr auf zwei mehr oder weniger homogene Gruppen, sondern sind etwas individueller. Dies erscheint angesichts der Tatsache, dass weitestgehend zumindest ausdrücklich keine Strafzumessung mehr vorgenommen wurde, etwas verwunderlich. Eine Aussetzung zur Bewährung ist bei der Höhe der Strafen nicht möglich und wurde auch nicht geprüft.

III.2.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte

Angesprochen werden sollen im Folgenden nur noch solche Wertungsgesichtspunkte, bei denen sich Unterschiede zu Fallvariante 1 ergeben. Der Hauptunterschied besteht darin, dass T nicht mehr mit Vorbedacht, sondern im Affekt handelte. Dies kann zum einen bei der Strafzumessung strafmildernd berücksichtigt werden, soweit es nicht schon bei der Abwägung der erschwerenden und der mildernden Umstände zu einer Verschiebung des Strafrahmens geführt hat.³³⁴ Zum anderen kann es sich auf die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der T ausgewirkt haben. Eine entsprechende Milderung nahm allerdings nur einer der befragten Landjuristen an.

III.2.2. Einflüsse des Strafverfahrens

In Fallvariante 2 ist die Wahl einer der alternativen Verfahrensarten naheliegender als bei Fallvariante 1. Ebenso wird es eher anzuraten sein, ein Sachverständigengutachten einzuholen. Ansonsten weist Fallvariante 2 keine prozessualen Besonderheiten auf.

III.2.2.1. Verfahrensart

III.2.2.1.1. Rechtliche Vorgaben

Neben dem ordentlichen Hauptverfahren ist in Fallvariante 2, in der keine lebenslange Gefängnisstrafe mehr droht, die Wahl des abgekürzten Verfahrens (*giudizio abbreviato*) möglich. Erforderlich hierfür ist ein Antrag des Angeklagten sowie die Einwilligung der Staatsanwaltschaft.³³⁵ Ferner muss die Sache nach Lage der Akten entscheidbar sein.³³⁶ Dies ist sicherlich der Fall, wenn T gestanden hat.

³³⁴ Ansonsten würde das Doppelverwertungsverbot entgegenstehen, siehe oben II.1.1.4.1.3.

³³⁵ Nach der neuen Rechtslage ist der Antrag des Angeklagten ausreichend, siehe dazu oben II.1.2.2.1.

³³⁶ Auch diese Voraussetzung ist heute nicht mehr erforderlich.

Wenn nicht, wird es schwerlich möglich sein, ohne Hauptverhandlung auszukommen. Das *patteggiamento* kommt nach wie vor nicht in Betracht.

III.2.2.1.2. Ergebnisse der Befragung

Auch nach dem Ergebnis der Befragung kommt das abgekürzte Verfahren wesentlich häufiger ins Spiel. Überwiegend wurde es ohne weitere Begründung in Betracht gezogen. Teilweise wurde darauf hingewiesen, dass der Fall so gut ermittelt sein müsse, dass das Gericht eine Entscheidung nach Lage der Akten treffen könne. Zwei der Verteidiger hielten das abgekürzte Verfahren zwar für zulässig, sahen jedoch ein Hauptverfahren vor dem Schwurgericht als im Ergebnis vorteilhafter für die Verteidigung an, vor allem weil diese – auch aufgrund der Laienbeteiligung – mehr Möglichkeiten habe, auf das Verfahren einzuwirken. Erwähnung fanden in diesem Zusammenhang auch die eingeschränkten Berufungsmöglichkeiten beim abgekürzten Verfahren.

Frage: Ist Ihrer Ansicht nach die Wahl des abgekürzten Verfahrens naheliegend?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Staatsanwalt	2	–	–	–	–	–	2
Richter	2	–	–	–	–	–	2
Verteidiger	1	2*	–	–	–	–	3
Strafrechtslehrer	2	–	–	–	–	1	3

Tabelle 2-3.1: Abgekürztes Verfahren; * die Befragten hielten das abgekürzte Verfahren zwar für zulässig, würden es aber aus prozesstaktischen Gründen nicht beantragen.

III.2.2.2. Beauftragung von Sachverständigen

Bei Fallvariante 2 liegt die Einholung eines Sachverständigengutachtens näher als bei Fallvariante 1.

Diese Einschätzung wird auch von den befragten Landesjuristen geteilt. Die Hälfte von ihnen (fünf) war der Ansicht, es gebe bei Fallvariante 2 genügend Anhaltspunkte für die Beauftragung eines Sachverständigen. Die übrigen Landesjuristen äußerten sich hierzu nicht, sie waren auf diesen Punkt aber auch nicht angesprochen worden.

Frage: Welche Bedeutung hat die Verteidigungseinrede der Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Geltendmachung erwartbar	5	–	–	–	–	5	10
Beweisaufwand erwartbar	2	3	–	–	–	5	10
Beziehung eines Sachverständigen erwartbar	4	1	–	–	–	5	10

Tabelle 2-4: Einrede der Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit im Strafverfahren

III.2.3. Einflüsse der Strafvollstreckung

Bei der Strafvollstreckung gibt es gegenüber Fallvariante 1 keine Besonderheiten. Bei einer Verurteilung zu vierzehn Jahren Freiheitsstrafe kann T nach Art. 176 frühestens nach neun Jahren, bei zusätzlicher Berücksichtigung von Art. 54 o.p. nach ca. sieben Jahren in Freiheit gelangen. Die befragten Landesjuristen gingen auf Einflüsse der Strafvollstreckung bei Fallvariante 2 nicht mehr ein.

III.3. Fallvariante 3

Die Ehe von O und T ist zerrüttet, seit der O arbeitslos geworden ist und jeden Tag große Mengen Alkohol trinkt. Es kommt zu ständigen Streitereien, bei denen der O die T immer wieder heftig schlägt.

Eines Abends ist T von O wieder schwer misshandelt worden. Als sie ihn etwa dreißig Minuten später schlafend vor sich sieht, ersticht sie ihn mit einem Messer.

Die Prüfung der Fallvariante 3 fiel bei Befragung der Landesjuristen mit Abstand am kürzesten aus. Sie wurden auch nicht mehr nach bestimmten Punkten gefragt. Teilweise wurde ausdrücklich auf Fallvariante 2 verwiesen. Bei den anderen kann wohl davon ausgegangen werden, dass sie nur auf die Fragen eingingen, in denen die beiden Fallvarianten voneinander abweichen. Einer der Gesprächspartner prüfte Fallvariante 3 überhaupt nicht.

III.3.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.3.1.1. Tatbestandliche Einstufung

Der Tatbestand der vorsätzlichen Tötung, Art. 575, ist erfüllt. Dies wurde auch von keinem der Experten infrage gestellt. Ein Gesprächspartner brachte wiederum

die Präterintentionalität ins Spiel, lehnte deren Vorliegen jedoch im Ergebnis auch ab. Die Übrigen problematisierten die Frage des Vorsatzes nicht.

III.3.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen

III.3.1.2.1. Rechtliche Vorgaben

Ein Rechtfertigungsgrund ist nicht gegeben. Insbesondere sind die Voraussetzungen der Notwehr nicht erfüllt. T handelte erst 30 Minuten nach dem tätlichen Angriff des O, als dieser längst schlief. Der Angriff ist bereits vergangen, ein eventueller weiterer steht noch nicht unmittelbar bevor. Es liegt also keine gegenwärtige Gefahr vor.

Ebenso naheliegend wie bei Fallvariante 2, wenn auch aus anderen Gründen, ist die Frage nach einer teilweisen Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit. Hier gab es nach den erneuten Misshandlungen für eine gefühlsmäßige heftige Reaktion einen konkreten Anlass. Was T in diesem Moment fühlte, lässt sich nur ungefähr erahnen. Dennoch liegen auch hier nicht genügend Anhaltspunkte vor, um wegen einer krankhaften Geistesstörung zu einer Strafmilderung nach Art. 89 zu kommen.

III.3.1.2.2. Ergebnisse der Befragung

Auch bei Fallvariante 3 sehen die Befragten keinen Raum für eine Straffreistellung. Auf die Frage der Notwehr gingen überhaupt nur noch zwei der Experten ein, wobei sie das Vorliegen mangels Gegenwärtigkeit eindeutig verneinten. Auch die Frage nach einer teilweisen Geistesstörung sprachen nur noch zwei der Experten an. Von diesen fand sie einer eher noch weniger naheliegend als bei Fallvariante 2, während derjenige, der sie bereits bei den ersten beiden Fallvarianten bejaht hatte, dies auch bei Fallvariante 3 tat.

Frage: Welche Bedeutung hat eine mögliche Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der T?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Ist naheliegend	1	–	–	1	–	8	10
Führt zur Strafmilderung	–	1	–	1	–	8	10
Führt zur Straffreiheit	–	–	–	1	1	8	10

Tabelle 3-2: Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit

III.3.1.3. Strafraumenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.3.1.3.1. Erschwerende und mildernde Umstände

III.3.1.3.1.1. Rechtliche Vorgaben

– *Handeln mit Vorbedacht, Art. 577 Abs. 1 Nr. 3*

Vorbedacht ist, wie in Fallvariante 2, nicht gegeben.

– *Ehegatte als Tatopfer, Art. 577 Abs. 2*

Art. 577 Abs. 2 liegt zweifelsfrei vor.

– *Sogenannte erschwerte Verteidigung, Art. 61 Nr. 5*

Der Erschwerungsgrund des Art. 61 Nr. 5 ist wie bei den Fallvarianten 1 und 2 unproblematisch zu bejahen.

– *Provokation, Art. 62 Nr. 2*

Die vorausgegangenen Misshandlungen durch O legen den Milderungsgrund der Provokation nahe. Abgesehen davon, dass ein zeitlicher Abstand zwischen Unrecht und Reaktion nach h.M. den Milderungsgrund noch nicht unbedingt ausschließt, kann man bei 30 Minuten vielleicht auch noch gar nicht von einem solchen sprechen. Je nachdem, wie schwer die Misshandlungen waren, benötigt das Opfer allein eine gewisse Zeit, um sicher zu sein, dass keine weiteren tätlichen Angriffe folgen, und um eventuelle Wunden zu versorgen. Dass ein aufgrund des vorangegangenen Unrechts entstandener Zorn in dieser Zeit verfliegen kann, ist unwahrscheinlich. Fraglich ist allein, ob angesichts der unverhältnismäßigen Reaktion der T die Kausalität zwischen Unrecht und Reaktion im Zorn ausgeschlossen sein könnte. Da dieses Erfordernis nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt ist, wird es restriktiv ausgelegt. Nur bei einer exzessiv übersteigerten Reaktion ist danach die Milderungsmöglichkeit ausgeschlossen.³³⁷ Im Ergebnis wird hier wohl der Milderungsgrund des Art. 62 Nr. 2 anzunehmen sein.

– *Unbestimmte mildernde Umstände, Art. 62-bis*

Unbestimmte mildernde Umstände sind, wie bei den Fallvarianten 1 und 2, zu gewähren.

³³⁷ Siehe hierzu *Romano*, Art. 62 Rn. 4; Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 1.3.1961, Cass. pen. 1961, S. 614.

III.3.1.3.1.2. Ergebnisse der Befragung

Bei Fallvariante 3 ist, was die Zuerkennung erschwerender und mildernder Umstände angeht, eine noch größere Einheitlichkeit zu sehen als bei Fallvariante 2.

Frage: Welche erschwerenden und mildernden Umstände würden Sie bei Fallvariante 1 annehmen?

Erschwerende Umstände	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Vorbedacht Art. 577 Abs. 1 Nr. 3	–	–	–		9	1	10
Ehegatte als Tatopfer Art. 577 Abs. 2	10	–	–	–	–	–	10
Erschwerte Verteidigung Art. 61 Nr. 5	2	1	–	–	1	6	10
Mildernde Umstände							
Provokation Art. 62 Nr. 2	7	1	–	1	–	1	10
Unbestimmte mildernde Umstände Art. 62-bis	9	–	–	–	–	1	10

Tabelle 3-2.1: Erschwerende und mildernde Umstände

– *Handeln mit Vorbedacht, Art. 577 Abs. 1 Nr. 3*

Der Erschwerungsgrund des Art. 577 Abs. 1 Nr. 3 wurde nicht mehr angesprochen, da er bei Fallvariante 3 eindeutig nicht gegeben ist.

– *Ehegatte als Tatopfer, Art. 577 Abs. 2*

Da ohne Zweifel vorliegend, gingen auf Art. 577 Abs. 2 die meisten Befragten nicht mehr ein. Die Übrigen erwähnten ihn nur der Vollständigkeit halber.

– *Sogenannte erschwerte Verteidigung, Art. 61 Nr. 5*

Diejenigen, die bereits bei den Fallvarianten 1 und 2 nicht an den erschwerenden Umstand gemäß Art. 61 Nr. 5 gedacht hatten, kamen auch bei Fallvariante 2 nicht auf den Gedanken. Von den Übrigen erwähnten nur noch zwei diesen Erschwerungsgrund und bejahten ihn eindeutig. Was die Verbleibenden betrifft, kann man wohl davon ausgehen, dass sie bei ihrer zu den Fallvarianten 1 und 2 geäußerten Meinung blieben, denn der Fall liegt hier nicht anders.

– *Provokation, Art. 62 Nr. 2*

Der Milderungsgrund des Art. 62 Nr. 2 war in Bezug auf Fallvariante 3 bei allen Gesprächspartnern Gegenstand eingehender Prüfung. Sie untersuchten die Frage, ob der Zeitraum von 30 Minuten für die Annahme des Milderungsgrundes noch ausreichend ist. Fast alle kamen zu dem Ergebnis, dass dies hier der Fall sei. Dabei wurde als Begründung angeführt, in dieser kurzen Zeit ließen sich die Folgen von schweren Schlägen psychologisch nicht überwinden, insbesondere, wenn diese nicht die ersten gewesen seien, sondern das Ergebnis einer trostlosen Beziehung. T reagierte immer noch unter dem Impuls des unrechten Tuns. Ihr Zorn sei so stark gewesen, dass er nach einer halben Stunde noch habe anhalten können. Lediglich einer der Experten hielt den Milderungsgrund der Provokation nicht für gegeben, da die Tötung des O keine sofortige Reaktion mehr sei. Dass sie ihn schlafend gesehen habe, stelle eine logische Zäsur dar und keine Fortsetzung der Handlung.

Frage: Liegt Ihrer Ansicht nach der Milderungsgrund der Provokation (Art. 62 Nr. 2) vor?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Staatsanwalt	1	–	–	–	–	1	2
Richter	2	–	–	–	–	–	2
Verteidiger	1	1	–	1	–	–	3
Strafrechtslehrer	3	–	–	–	–	–	3

Tabelle 3-2.2: Provokation

– *Unbestimmte mildernde Umstände, Art. 62-bis*

Größtenteils wurden die allgemeinen mildernden Umstände ohne weitere Begründung angenommen. Soweit sie nicht mehr erwähnt wurden, ist, teils aufgrund des allgemeinen Verweises auf Fallvariante 2, teils wegen der später ausgeworfenen Strafe, davon auszugehen, dass sie als vorliegend angenommen wurden.

III.3.1.3.2. Abwägung der erschwerenden und mildernden Umstände

III.3.1.3.2.1. Rechtliche Vorgaben

Bei Fallvariante 3 sind wieder die beiden erschwerenden Umstände der erschweren Verteidigung (Art. 61 Nr. 5) und der Tötung des Ehegatten (Art. 577 Abs. 2) gegeben. Bei den mildernden Umständen kommt zu Art. 62-bis noch

Art. 62 Nr. 2 hinzu. Man wird daher noch eindeutiger als bei Fallvariante 2 zu einem Überwiegen der Milderungen kommen.

III.3.1.3.2.2. Ergebnisse der Befragung

Entsprechend war auch das Ergebnis der Befragung. Bis auf zwei Experten, die sich nicht äußerten, waren alle der Ansicht, dass die mildernden Umstände gegenüber den erschwerenden als überwiegend anzusehen seien.

Frage: Zu welchem Ergebnis kommen Sie bei der Abwägung der erschwerenden und der mildernden Umstände?

		Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Erschwerungsgründe überwiegen	Richter	-	-	-	-	2	-	2
	Staatsanwalt	-	-	-	-	1	1	2
	Verteidiger	-	-	-	-	2	1	3
	Strafrechtslehrer	-	-	-	-	3	-	3
Gleichwertigkeit	Richter	-	-	-	-	2	-	2
	Staatsanwalt	-	-	-	-	1	1	2
	Verteidiger	-	-	-	-	2	1	3
	Strafrechtslehrer	-	-	-	-	3	-	3
Milderungsgründe überwiegen	Richter	2	-	-	-	-	-	2
	Staatsanwalt	1	-	-	-	-	1	2
	Verteidiger	2	-	-	-	-	1	3
	Strafrechtslehrer	3	-	-	-	-	-	3

Tabelle 3-2.3: Abwägung der erschwerenden und der mildernden Umstände

III.3.1.3.3. Anzuwendender Strafraumen

III.3.1.3.3.1. Rechtliche Vorgaben

Die möglichen Strafraumen sind dieselben wie bei Fallvariante 2.

Da hier von einem Überwiegen der Milderungen auszugehen ist, werden die erschwerenden Umstände nicht berücksichtigt. Nach Art. 69 Abs. 2 tritt die Herabsetzung der Strafe ein, die für die mildernden Umstände vorgesehen ist. Da bei Fallvariante 2 neben den allgemeinen mildernden Umständen auch noch der der Provokation gegeben ist, ist nach Art. 63 Abs. 1 die herabgesetzte Strafe nochmals zu verringern. Anwendbar ist daher ein Strafraumen von neun Jahren und vier Monaten bis 24 Jahren.³³⁸

³³⁸ Siehe III.2.1.3.3.1.

III.3.1.3.3.2. Ergebnisse der Befragung

Entsprechendes nahm auch die Mehrzahl der Befragten (sechs) an. Lediglich einer wollte nur eine einfache Milderung zulassen, obwohl er zwei Milderungsgründe und das Überwiegen der Milderungen bejaht hatte. Der Experte, der von einer teilweisen Geistesstörung ausgegangen war, kam sogar zu einer dreifachen Milderung und damit zu einem Strafraum von sechs Jahren und drei Monaten bis neun Jahren und vier Monaten. In zwei Fällen wurde zudem bereits der Strafnachlass durch ein eventuelles abgekürztes Verfahren einberechnet.

III.3.1.3.4. Strafzumessung und konkrete Sanktion

III.3.1.3.4.1. Rechtliche Vorgaben

Die Provokation durch T führt durch die Annahme des mildernden Umstands des Art. 62 Nr. 2 bereits zu einer Verschiebung des Strafraums nach unten. Aufgrund des Doppelverwertungsverbots kann sie daher nicht nochmals berücksichtigt werden. Eine Strafe, die sich an der Mindeststrafe von neun Jahren und vier Monaten orientiert, wird wohl nicht zu beanstanden sein. Eine solche kann nicht zur Bewährung ausgesetzt werden.

III.3.1.3.4.2. Ergebnisse der Befragung

Zur Strafzumessung äußerten sich die Befragten bei Fallvariante 3 nicht mehr. Teilweise wurde wegen der Strafe lediglich auf Fallvariante 1 verwiesen bzw. angemerkt, die Strafe müsse darunter liegen.

Frage: Welche konkrete Sanktion hat T zu erwarten?

	Ansicht des Gesprächspartners		Prognose der gerichtlichen Entscheidung	
	Ergebnis der Abwägung	Sanktion	Ergebnis der Abwägung	Sanktion
Staatsanwalt (5)	–	–	–	–
Staatsanwalt (9)	Überwiegen zweier Milderungen	14–15 Jahre**	–	–
Richter (2)	Überwiegen zweier Milderungen und weitere Milderung durch abgekürztes Verfahren	6 Jahre und 3 Monate	–	–
Richter (4)	Überwiegen einer Milderung	14 Jahre	–	–

Strafverteidiger (1)	<i>Überwiegen zweier Milderungen</i>	<i>9 Jahre und 4 Monate ----- bei abgekürztem Verfahren 6 Jahre und 3 Monate</i>	–	–
Strafverteidiger (7)	–	–	–	–
Strafverteidiger (10)	Überwiegen dreier Milderungen	unter 5 Jahren*	–	–
Strafrechtslehrer (3)	Überwiegen zweier Milderungen und weitere Milderung durch abgekürztes Verfahren	6 Jahre und 3 Monate	–	–
Strafrechtslehrer (6)	Überwiegen zweier Milderungen	unter 7–8 Jahren*	–	–
Strafrechtslehrer (8)	Überwiegen zweier Milderungen	unter 10 Jahren**	–	–

*Tabelle 3-3: Sanktionsprognose; kursiv gedruckte Zahlen wurden nicht ausdrücklich genannt, resultieren aber rechnerisch aus den zuvor genannten Ergebnissen; * die ausgeworfene Strafe hält sich nicht mehr innerhalb des Strafrahmens, der sich aus den vom Gesprächspartner genannten Ergebnissen ergibt; ** Gesprächspartner sieht weitere Milderungsmöglichkeit durch ein eventuelles abgekürztes Verfahren, hat dies aber noch nicht eingerechnet.*

Die prognostizierten Strafen liegen nochmals deutlich unter denen der Fallvariante 2 und auch etwas näher beieinander. Eine Aussetzung zur Bewährung wurde von keinem der Experten in Betracht gezogen.

III.3.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte

Hauptunterschied zu Fallvariante 2, auf die im Übrigen verwiesen werden soll, ist die Tatsache, dass T kurz vor der Tat wieder schwer misshandelt worden war. Diese Misshandlungen durch O, die sie zu ihrer verzweiferten Tat getrieben haben, wurden allerdings bereits bei dem Milderungsgrund der Provokation zur Verschiebung des Strafrahmens nach unten verwendet. Wegen des Doppelverwertungsverbots kann also darauf bei der Strafzumessung nicht mehr eingegangen werden.

III.3.2. Einflüsse des Strafverfahrens

Fallvariante 3 stimmt in prozessualer Hinsicht nahezu mit Fallvariante 2 überein.

III.3.2.1. Verfahrensart

Der Antrag auf ein abgekürztes Verfahren ist auch hier ohne Weiteres möglich. Dies sahen vier der Befragten ebenso, ohne dass sie eine Begründung für notwendig hielten. Bei denen, die sich nicht äußerten, kann man davon ausgehen, dass auch sie es – wie in Variante 2 – für zulässig erachteten, dies aber nicht der Erwähnung wert fanden.

Frage: Ist Ihrer Ansicht nach die Wahl des abgekürzten Verfahrens naheliegend?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Staatsanwalt	–	–	–	–	–	2	2
Richter	1	–	–	–	–	1	2
Verteidiger	–	–	–	–	–	3	3
Strafrechtslehrer	2	–	–	–	–	1	3

Tabelle 3-3.1: Abgekürztes Verfahren

III.3.2.2. Beauftragung von Sachverständigen

Erforderlich wird zudem die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens sein. Dies war auch die einhellige Auffassung der beiden Gesprächspartner, die sich bei Variante 3 überhaupt noch zu dem Problem äußerten.

Frage: Welche Bedeutung hat die Verteidigungseinrede der Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Geltendmachung erwartbar	1	1	–	–	–	8	10
Beweisaufwand erwartbar	1	1	–	–	–	8	10
Beziehung eines Sachverständigen erwartbar	1	1	–	–	–	8	10

Tabelle 3-4: Einrede der Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit im Strafverfahren

III.3.3. Einflüsse der Strafvollstreckung

Wird T zu einer Freiheitsstrafe von neun Jahren und vier Monaten verurteilt, kann sie nach der Hälfte der Haftzeit, also nach vier Jahren und acht Monaten, nach Art. 176 bedingt entlassen werden. Berücksichtigt man zusätzlich noch die Reduzierung aufgrund der vorzeitigen Haftentlassung, Art. 54 o.p., ist eine solche bereits ungefähr ein Jahr früher möglich. Ansonsten gibt es vollstreckungsrechtlich keine Besonderheiten. Auch die Experten kamen bei Fallvariante 3 nicht mehr zum Gesichtspunkt der Strafvollstreckung.

III.4. Fallvariante 4

Die Ehe von O und T ist zerrüttet, seit der O arbeitslos geworden ist und jeden Tag große Mengen Alkohol trinkt. Es kommt zu ständigen Streitereien, bei denen der O die T immer wieder heftig schlägt.

Als O bei einer erneuten schweren Auseinandersetzung auf T zugeht und ihr Schläge androht, flieht sie in die Küche, ergreift ein Messer und ersticht den ihr nacheilenden O.

Bei Fallvariante 4 legten die Befragten hauptsächlich Wert auf die Prüfung, ob zugunsten der T von Straffreistellungen auszugehen ist. Auf die meisten anderen Punkte gingen sie dementsprechend nicht mehr ein.

III.4.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.4.1.1. Tatbestandliche Einstufung

Wird der Tötungsvorsatz unterstellt,³³⁹ ist der Tatbestand des Art. 575 grundsätzlich anzunehmen. Von den Befragten äußerten lediglich drei grundlegende Zweifel am Vorliegen eines Tötungsvorsatzes und meinten, dass hier die präterintentionale Tötung in Erwägung zu ziehen sei, was im Ergebnis jedoch nur einer der Experten bejahte.

III.4.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen

III.4.1.2.1. Rechtliche Vorgaben

In Fallvariante 4 gewinnen nun die Straffreistellungsgründe wesentlich an Bedeutung. Zu prüfen ist zunächst, ob das Handeln der T wegen Notwehr (*legittima difesa*) gerechtfertigt ist.

³³⁹ Der Vorsatz soll nach den Vorgaben der Projektleiter an dieser Stelle nicht problematisiert werden, obwohl er nach italienischem Recht unter dem Gesichtspunkt des Notwexzesses zweifelhaft ist. Siehe hierzu im Einzelnen unten III.4.1.2.2.2.

III.4.1.2.1.1. Notwehr, Art. 52

Erforderlich ist zunächst die gegenwärtige Gefahr eines rechtswidrigen Angriffs. Gegenwartigkeit liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn der Angriff unmittelbar bevorsteht. Dies ist anzunehmen, da O unter Androhung von Schlägen auf T zuzuging und ihr, nachdem sie in die Küche floh, dorthin nacheilte. Um sich zu schützen, musste T also irgendetwas tun – die Notwehrlage war daher gegeben.

Für den Fall, dass O der T mit friedlichen Absichten in die Küche folgte und nicht, um sie zu schlagen, kommt es darauf an, ob die irrtümliche Annahme der T, sie werde nach wie vor angegriffen, durch Fahrlässigkeit bestimmt war. In diesem Fall würde T wegen fahrlässiger Tötung bestraft. Da der Sachverhalt keine Angaben darüber enthält, ob T Anhaltspunkte dafür haben konnte, dass O seine ursprüngliche Absicht geändert haben könnte, ist wohl eher davon auszugehen, dass T in diesem Fall keine Fahrlässigkeit vorzuwerfen wäre. Dann würde ihr der Rechtfertigungsgrund der Notwehr gleichwohl in vollem Umfang angerechnet und sie bliebe nach Art. 59 Abs. 4 straflos.

Fraglich ist hingegen, ob die Reaktion der T den Anforderungen von Art. 52 entsprach. Dafür muss sie notwendig und verhältnismäßig gewesen sein. Ob die Tötung des O notwendig gewesen ist, lässt sich anhand der knappen Beschreibung des Sachverhalts nicht sagen. Angesichts der – angenommenen – körperlichen Überlegenheit des O ist unsicher, ob der T andere, gleichermaßen geeignete, aber weniger schädigende Mittel zur Verfügung gestanden hätten. Insbesondere ist unklar, ob ein Stich mit dem Messer in andere, nicht lebenswichtige Körperteile wie Arme oder Beine im konkreten Fall möglich gewesen wäre. Sich durch Flucht in Sicherheit zu bringen, ist der Angegriffene nach h.M. zudem nur dann verpflichtet, wenn er dadurch nicht feige erscheint oder sonst seine Würde gefährdet ist.³⁴⁰ Auch die Frage, ob die Verhältnismäßigkeit von Angriff und Verteidigung noch gewahrt ist, ist schwierig zu beantworten. Aus Art. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, nach dem die Tötung nur dann erlaubt ist, wenn sie zur Verteidigung gegen rechtswidrige Gewalt unbedingt erforderlich ist, wird geschlossen, dass das Leben eines anderen nicht wegen Vermögensgütern oder anderen Rechtsgütern, die unterhalb des Lebens oder der körperlichen Unversehrtheit anzusiedeln sind, angegriffen werden kann.³⁴¹ Zu berücksichtigen wäre im vorliegenden Fall sicherlich auch, ob der T konkret lediglich leichte Beeinträchtigungen oder tatsächlich schwere Verletzungen drohten. Wahrscheinlich muss man wohl eher davon ausgehen, dass zwar heftige Schläge, nicht aber lebensbedrohliche Folgen zu erwarten waren. Dann hätte T durch die gezielte Tötung des O aller Voraussicht nach die zulässigen Grenzen der Notwehr überschritten und wäre demnach nicht gerechtfertigt.

Seit der Einführung der neuen Strafprozessordnung im Jahr 1989 führen – im Gegensatz zur vorher geltenden Rechtslage – Zweifel über das Vorhandensein von Rechtfertigungsgründen nach Art. 530 Abs. 3 c.p.p. zu einem Freispruch. Der

³⁴⁰ *Crespi/Stella/Zuccalà*, Art. 52, II, Rn. 2 m.w.N.

³⁴¹ *Fiandaca/Musco*, Parte generale, S. 259.

Grundsatz *in dubio pro reo* gilt also jetzt auch für das Vorhandensein eines Rechtfertigungsgrundes.

III.4.1.2.1.2. Fahrlässiger Exzess, Art. 55

Kommt man zu dem Ergebnis, dass das Handeln der T nicht wegen Notwehr gerechtfertigt ist, schließt sich die Frage an, ob T lediglich wegen fahrlässiger Tötung bestraft werden kann. Dies ist dann der Fall, wenn sie die Grenzen der Notwehr fahrlässig überschritten hat. Hiervon kann man im vorliegenden Fall, wenn man nicht sogar schon annimmt, dass sich die T innerhalb der zulässigen Grenzen der Notwehrhandlung bewegt hat, ohne Weiteres ausgehen. Die T wäre dann wegen fahrlässiger Tötung (*omicidio colposo*), Art. 589, strafbar.³⁴²

III.4.1.2.2. Ergebnisse der Befragung

III.4.1.2.2.1. Notwehr, Art. 52

Frage: Welche Bedeutung hat eine mögliche Notwehr der T?

		Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Kommt in Betracht	Richter	1	–	–	–	–	1	2
	Staatsanwalt	2	–	–	–	–	–	2
	Verteidiger	3	–	–	–	–	–	3
	Strafrechtslehrer	3	–	–	–	–	–	3
Führt zur Straffreiheit	Richter	–	–	–	1	–	1	2
	Staatsanwalt	–	–	–	–	2	–	2
	Verteidiger	–	1	2	–	–	–	3
	Strafrechtslehrer	–	–	2	1	–	–	3

Tabelle 4-2: Notwehr

Bis auf einen der Befragten, der sofort zur Prüfung des fahrlässigen Notwehrexzesses übergang, waren alle Landesjuristen der Auffassung, Notwehr komme in Fallvariante 4 eindeutig in Betracht. Dabei bejahten sie überwiegend das Vorliegen einer Notwehrlage, da hier im Gegensatz zu den anderen drei Fallvarianten die Gefahr eines gegenwärtigen Angriffs gegeben sei. Hilfsweise erwähnten einige Experten (vier), dass auch wenn T nur irrig von einer Notwehrlage ausgegangen wäre, dieser Irrtum nicht auf Fahrlässigkeit beruht habe. Deshalb wirke es sich im vorliegenden Fall rechtlich nicht aus, ob die Notwehrlage real oder putativ gewesen sei. Als problematisch wurde hingegen die Verhältnismäßigkeit der Abwehrreaktion

³⁴² Siehe hierzu auch bereits oben II.1.1.2.4.

gesehen. Dabei gelangten vier der Befragten zu dem Ergebnis, dass die infrage stehenden Rechtsgüter nicht in angemessenem Verhältnis zueinander stünden, da sich T wohl nicht in konkreter Lebensgefahr befunden habe. Sie kamen daher zu dem Schluss, dass Notwehr nicht gegeben sei, wobei zwei von ihnen noch anmerkten, dass die T dennoch wegen nicht fahrlässiger Putativnotwehr gemäß Art. 59 Abs. 4 Satz 1 straffrei bleiben könne, wenn sie nicht aus Fahrlässigkeit davon ausgegangen sei, sie befinde sich in Lebensgefahr.³⁴³ Weitere vier Experten sahen sich im Ergebnis unentschieden bezüglich der Verhältnismäßigkeit und verwiesen darauf, dass zur abschließenden Beurteilung die genaueren Umstände der Tat bekannt sein müssten.³⁴⁴ Lediglich einer der Befragten hielt die Tat der T aufgrund der körperlichen Überlegenheit des O eindeutig für verhältnismäßig und daher durch Notwehr gerechtfertigt.

Interessant waren die Anmerkungen über die Beweislast bei Rechtfertigungsgründen. Lediglich zwei der Experten (ein Richter und ein Verteidiger) kannten die neue Rechtslage, nach der nunmehr der Grundsatz *in dubio pro reo* auch für Rechtfertigungsgründe anwendbar ist. Immerhin drei (ein Verteidiger, ein Strafrechtslehrer und ein Staatsanwalt) waren der Auffassung, der Angeklagte müsse das Vorliegen der Notwehr beweisen. Der Verteidiger hielt es dabei allerdings für wahrscheinlich, dass T den Beweis der Notwehr führen könne. Die übrigen fünf äußerten sich zu diesem Problem nicht.

III.4.1.2.2.2. Fahrlässiger Exzess, Art. 55

Frage: Welche Bedeutung hat ein möglicher Notwehrexzess der T?

		Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Kommt in Betracht	Richter	2	–	–	–	–	–	2
	Staatsanwalt	1	1	–	–	–	–	2
	Verteidiger	3	–	–	–	–	–	3
	Strafrechtslehrer	3	–	–	–	–	–	3
Führt zur Straffreiheit	Richter	–	–	–	–	2	–	2
	Staatsanwalt	–	–	–	–	2	–	2
	Verteidiger	–	–	–	–	3	–	3
	Strafrechtslehrer	1	–	–	–	2	–	3

³⁴³ Die übrigen vier Befragten äußerten sich zur Putativnotwehr nicht.

³⁴⁴ Interessant war hierbei die Überlegung eines Strafrechtslehrers, die Verhältnismäßigkeit eventuell damit zu begründen, dass es sich bei Misshandlungen in der Ehe meist um eskalierende Situationen handle, bei denen die Frau davon ausgehen müsse, dass die Peinigungen im Lauf der Zeit an Intensität zunehmen.

Führt zur Strafmilderung	Richter	-	-	-	-	2	-	2
	Staatsanwalt	-	-	-	-	2	-	2
	Verteidiger	-	-	-	-	3	-	3
	Strafrechtslehrer	-	-	-	-	3	-	3
Führt zur Anwendung eines anderen Straftatbestands	Richter	-	2	-	-	-	-	2
	Staatsanwalt	-	-	-	-	2	-	2
	Verteidiger	-	3	-	-	-	-	3
	Strafrechtslehrer	-	2	-	-	1	-	3

Tabelle 4-3: Fahrlässiger Notwehrexzess

Diejenigen, die eine Rechtfertigung wegen Notwehr verneint hatten, kamen in der Folge zur Prüfung des fahrlässigen Notwehrexzesses wegen Überschreitung der Grenzen der Notwehr. Alle anderen prüften dies alternativ (die Unentschlossenen) bzw. hilfsweise (derjenige, der die Notwehr bejaht hatte). Im Ergebnis nahm die überwiegende Mehrheit (sieben) einen fahrlässigen Exzess an und kam somit zu einer Bestrafung wegen fahrlässiger Tötung. Ein Strafrechtslehrer war der Auffassung, dass T aufgrund der eskalierenden Gewalt jede Bedrohung als eine tödliche wahrgenommen haben müsse. Der Exzess beruhe daher nicht auf Fahrlässigkeit und führe mithin zur Straffreiheit. Die beiden Staatsanwälte hielten hingegen den fahrlässigen Exzess nicht für gegeben und beließen es beim Tatbestand der vorsätzlichen Tötung – dies jedoch mit unterschiedlicher Argumentation. Ein Staatsanwalt legte dar, der fahrlässige Exzess wäre nur dann gegeben, wenn T zumindest geglaubt hätte, ihr Leben sei in Gefahr. Der andere sah den fahrlässigen Exzess nicht als gegeben an, sondern war der Ansicht, im vorliegenden Fall sei der Exzess vorsätzlich und damit nicht nach Art. 55 privilegiert.

III.4.1.3. Strafraumenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.4.1.3.1. Erschwerende und mildernde Umstände

III.4.1.3.1.1. Rechtliche Vorgaben

Für den Fall, dass fahrlässiger Exzess angenommen wird, ist kein erschwerender Umstand gegeben. Insbesondere wirkt die Ehegatteneigenschaft bei der fahrlässigen Tötung nicht strafscharfend. Hält man T nicht für gerechtfertigt und auch den fahrlässigen Exzess nicht für gegeben, ist lediglich der erschwerende Umstand der Ehegattentötung, Art. 577 Abs. 2, anzunehmen.

Auch bei den Milderungsgründen ist zu differenzieren. Geht man von einer vorsätzlichen Tötung aus, ist sicherlich der Milderungsgrund der Provokation gemäß Art. 62 Nr. 2 gegeben³⁴⁵ sowie daneben die allgemeinen Milderungsgründe (*atte-*

³⁴⁵ Hier besteht angesichts der unmittelbaren Reaktion der T kein Diskussionsbedarf mehr.

nuanti generiche) nach Art. 62-bis. Kommt man zur fahrlässigen Tötung, ist zwar für die Provokation kein Raum, denkbar bleibt aber immer noch die Anwendung des Art. 62-bis. Hierfür spricht vieles, denn die Überreaktion der T, mit der sie fahrlässig die Grenzen der Notwehr überschreitet, ist sicherlich auch bedingt durch die desolante eheliche Situation, in der sie sich befindet. Die allgemeinen mildernden Umstände sind daher zu bejahen.

III.4.1.3.1.2. Ergebnisse der Befragung

Frage: Welche erschwerenden und mildernden Umstände würden Sie bei Fallvariante 1 annehmen?

Erschwerende Umstände	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Ehegatte als Tatopfer Art. 577 Abs. 2	2	–	–	–	–	8	10
Mildernde Umstände							
Provokation Art. 62 Nr. 2	2	–	–	–	–	8	10
Unbestimmte mildernde Umstände Art. 62-bis	2	3	–	–	–	5	10

Tabelle 4-2.1: Erschwerende und mildernde Umstände

Bei Fallvariante 4 prüften von denjenigen, die einen fahrlässigen Exzess (zumindest hilfweise) bejaht hatten, lediglich drei Art. 62-bis. Die Übrigen gingen gar nicht mehr auf erschwerende und mildernde Umstände ein. Die beiden Staatsanwälte, die von einer vorsätzlichen Tötung ausgegangen waren, bejahten den erschwerenden Umstand der Ehegattentötung sowie die allgemeinen mildernden Umstände und den der Provokation.

III.4.1.3.2. Abwägung der erschwerenden und mildernden Umstände

III.4.1.3.2.1. Rechtliche Vorgaben

Da in der Fallvariante 4 die T – wenn sie nicht bereits durch Notwehr gerechtfertigt ist – jedenfalls aufgrund von Art. 55 nur wegen fahrlässiger Tötung bestraft werden kann, in diesem Fall aber lediglich ein mildernder Umstand gegeben ist, ist eine Abwägung im vorliegenden Fall nicht notwendig.

III.4.1.3.2.2. Ergebnisse der Befragung

Dementsprechend hatten auch nur die beiden Staatsanwälte, die von einer vorsätzlichen Tötung ausgegangen waren, eine Abwägung vorzunehmen, die eindeutig zum Überwiegen der mildernden Umstände führte.

III.4.1.3.3. Anzuwendender Strafrahmen

III.4.1.3.3.1. Rechtliche Vorgaben

Für den Fall, dass Notwehr und fahrlässiger Exzess abgelehnt werden und damit eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Tötung in Betracht kommt, sind dieselben Strafrahmen denkbar wie bei den Fallvarianten 2 und 3. Zwar ist der erschwerende Umstand der *minorata difesa*, Art. 61 Nr. 5, hier nicht mehr gegeben, der Erschwerungsgrund der Ehegattentötung liegt aber noch vor.

Bei Anwendung von Art. 55 gelangt man zum Strafrahmen des Art. 589 → **Gefängnisstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.**

Bejaht man zusätzlich die allgemeinen mildernden Umstände gemäß Art. 62-*bis*, ist nach Art. 65 ein Strafrahmen von **vier Monaten bis zu fünf Jahren** anzunehmen. Von diesem ist hier also auszugehen.

Hinzu kommen ggf. weitere Milderungen aus prozessualen Gründen durch die Wahl einer der alternativen Verfahrensarten (abgekürztes Verfahren, *patteggiamento*).³⁴⁶

III.4.1.3.3.2. Ergebnisse der Befragung

Die beiden Staatsanwälte kamen aufgrund des Überwiegens zweier Milderungen zu demselben Strafrahmen wie bei Fallvariante 3.

Von den Übrigen sahen vier den Strafrahmen der fahrlässigen Tötung als Ausgangspunkt an, drei kamen zu einer weiteren Strafrahmenverschiebung aufgrund der allgemeinen mildernden Umstände gemäß Art. 62-*bis*. Einer der Gesprächspartner sah sich wiederum zu einer Einschätzung nicht in der Lage.

III.4.1.3.4. Strafzumessung und konkrete Sanktion

III.4.1.3.4.1. Rechtliche Vorgaben

Von den Gesichtspunkten zulasten der T bleibt in Fallvariante 4 lediglich noch die Tötung des Ehegatten. Diese stellt bei der fahrlässigen Tötung weder einen all-

³⁴⁶ Siehe hierzu gleich unten III.4.2.

gemeinen noch einen besonderen erschwerenden Umstand dar, kann also bei der Strafzumessung noch beachtet werden. Von den Gesichtspunkten zugunsten der T sind ihre seelische Belastung sowie die Gefahr weiterer Misshandlungen bereits in den allgemeinen Milderungsgründen berücksichtigt. Die Tatprovokation ist schon in der Annahme des Notwehrexzesses enthalten und kann daher auch nicht nochmals Gegenstand der Strafzumessung sein. Insgesamt wird hier eine Strafe im mittleren Bereich des um ein Drittel gemilderten Strafrahmens, also ca. 2 bis 3 Jahre, in Betracht kommen, sodass eventuell sogar eine Aussetzung zur Bewährung möglich ist.

III.4.1.3.4.2. Ergebnisse der Befragung

Bei Fallvariante 4 äußerten sich die Landesjuristen nicht mehr zu Gesichtspunkten der Strafzumessung. Sie gaben teilweise lediglich an, ob die Strafe im oberen oder unteren Bereich des Strafrahmens anzusiedeln sei.

Frage: Welche konkrete Sanktion hat T zu erwarten?

	Ansicht des Gesprächspartners		Prognose der gerichtlichen Entscheidung	
	Tatbestand und Ergebnis der Abwägung	Sanktion	Ergebnis der Abwägung	Sanktion
Staatsanwalt (5)	Vorsätzliche Tötung Überwiegen zweier Milderungen	9–10 Jahre*	–	–
Staatsanwalt (9)	Vorsätzliche Tötung Überwiegen zweier Milderungen	Strafe unter der in Variante 3, also unter 14 Jahren*	–	–
Richter (2)	Fahrlässige Tötung	Oberer Bereich des Strafrahmens, also bis zu 5 Jahren	–	–
Richter (4)	Fahrlässige Tötung und Milderung	Oberer Bereich des gemilderten Strafrahmens, also 3–4 Jahre*	–	–
Strafverteidiger (1)	Fahrlässige Tötung oder Notwehr	Nicht über zwei Jahre oder Freispruch	–	–
Strafverteidiger (7)	evtl. Notwehr	evtl. Freispruch	–	–
Strafverteidiger (10)	Notwehr	Freispruch	–	–

Strafrechtslehrer (3)	Fahrlässige Tötung und Milderung <i>oder</i> Notwehr	Oberer Bereich dessen, was noch zur Bewährung ausgesetzt werden kann, <i>also zwei</i> <i>Jahre</i> <i>oder Freispruch</i>	–	–
Strafrechtslehrer (6)	Fahrlässige Tötung <i>oder</i> Notwehr	6 Monate bis fünf Jahre <i>oder</i> Freispruch	–	–
Strafrechtslehrer (8)	Fahrlässige Tötung und Milderung	Oberer Bereich des gemilderten Strafrahmens, <i>also 3–4 Jahre*</i>	–	–

*Tabelle 4-3: Sanktionsprognose; kursiv gedruckte Zahlen wurden nicht ausdrücklich genannt, resultieren aber rechnerisch aus den zuvor genannten Ergebnissen; * Gesprächspartner sieht weitere Milderungsmöglichkeit durch ein eventuelles abgekürztes Verfahren, hat dies aber noch nicht eingerechnet.*

Hier ist bei den ausgeworfenen Strafen der meisten Gesprächspartner absolut gesehen ein deutlicher Sprung nach unten festzustellen. Sieht man sich aber die Lage der Strafen innerhalb des angenommenen Strafrahmens an, ist auffällig, dass sie sich nun überwiegend in Richtung Höchststrafe oder jedenfalls deutlich über der Mindeststrafe bewegen, während bei den Fallvarianten 1–3 die Orientierung deutlich an der Mindeststrafe vorgenommen wurde. Die Experten sahen den Sprung zwischen den Varianten 3 und 4 offensichtlich nicht so scharf, wie ihn die Gesetzeslage den Strafrahmen zufolge nahelegt. Weiterhin ist bemerkenswert, dass die Tatsache, ob die allgemeinen Milderungsgründe gemäß Art. 62-*bis* angenommen wurden, sich nicht auf die Strafe auswirkt. So wandte einer der Befragten, der den Milderungsgrund angenommen hat, eine Strafe an, die im oberen Bereich des gemilderten Strafrahmens liegt, während ein anderer auch ohne die Anwendung des Art. 62-*bis* zu einer Bewährungsstrafe gelangte. Hier findet sich weiterhin zum ersten Mal eine deutliche Abstufung nach Berufsgruppen. Die beiden Staatsanwälte verneinten den fahrlässigen Notwehrexzess und beließen es bei einer Bestrafung wegen vorsätzlicher Tötung, allerdings bei einer geringeren als der in Fallvariante 3. Die Richter nahmen fahrlässigen Notwehrexzess an, hielten aber eine Strafe für angemessen, die im oberen Bereich des (gemilderten) Strafrahmens der fahrlässigen Tötung liegt. Bei den Strafrechtslehrern kam einer zu einer Bewährungsstrafe, die beiden anderen nicht. Von den Verteidigern hielt schließlich einer einen Freispruch wegen Notwehr für richtig, ein anderer eine Bewährungsstrafe, der Dritte sah sich zu einer Einschätzung nicht in der Lage.

III.4.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte

Der Unterschied zu den Fallvarianten 1–3 liegt im Wesentlichen darin, dass, wenn nicht sogar ein Freispruch wegen Notwehr erfolgen kann, so jedenfalls eine Situation gegeben ist, die in der Nähe einer durch Notwehr gerechtfertigten Tat gelagert ist. Dieser Tatsache trägt aber bereits Art. 55 Rechnung, der auf den Tatbestand der fahrlässigen Tötung und damit auf einen wesentlich niedrigeren Strafrahmen verweist als diejenigen, die bei den Fallvarianten 1–3 möglich sind.

III.4.2. Einflüsse des Strafverfahrens

Fallvariante 4 unterscheidet sich von den anderen Fallvarianten insbesondere dadurch, dass eine Rechtfertigung wegen Notwehr in Betracht kommt, was einen besonderen Beweisaufwand erfordern wird. Die Möglichkeit einer milderen Bestrafung wegen fahrlässigen Notwehrexzesses legt zudem einerseits die sachliche Zuständigkeit eines anderen Gerichts und andererseits die Wahl der besonderen Verfahrensart des *patteggiamento* nahe. Weitere prozessuale Besonderheiten sind nicht ersichtlich.

III.4.2.1. Einflussnahme der Anklagebehörde auf Spruchkörper und Verfahrensart

III.4.2.1.1. Spruchkörper

Geht die Staatsanwaltschaft davon aus, dass die Voraussetzungen für einen fahrlässigen Notwehrexzess nicht gegeben sein könnten, so erhebt sie – wie in den drei anderen Fallvarianten auch – Anklage beim Schwurgericht (*Corte di Assise*). Wird T hingegen aufgrund des fahrlässigen Notwehrexzesses gemäß Art. 55 ohnehin lediglich wegen fahrlässiger Tötung angeklagt, so ist das Landesgericht (*tribunale*) zuständig, Art. 6 c.p.p. Die sachliche Zuständigkeit richtet sich demzufolge nach dem Gegenstand der Anklage und ist insofern nicht in das freie Ermessen der Staatsanwaltschaft gestellt.

III.4.2.1.2. Verfahrensart

III.4.2.1.2.1. Rechtliche Vorgaben

Wie bereits in den Fallvarianten 2 und 3 kann die Staatsanwaltschaft – allerdings mit Einverständnis des Angeklagten³⁴⁷ – das abgekürzte Verfahren wählen, was einen Strafnachlass von einem Drittel mit sich bringt.

³⁴⁷ Nach der heute geltenden Rechtslage reicht allein der Antrag des Angeklagten aus, siehe dazu bereits oben II.1.2.2.1.

Da man sich bei Fallvariante 4 in einem wesentlich niedrigeren Strafrahmen bewegt, könnte auch das *patteggiamento*³⁴⁸ in Betracht kommen, bei dem die vereinbarte Strafe unter Berücksichtigung eines Abschlags von einem Drittel zwei Jahre nicht übersteigen darf. Geht man also von einer tat- und schuldangemessenen Strafe von nicht mehr als drei Jahren aus, ist diese besondere Verfahrensart im Einvernehmen von Angeklagtem und Staatsanwaltschaft möglich.

– *Ergebnisse der Befragung*

Alle befragten Landesjuristen, die bei Fallvariante 4 nochmals auf das abgekürzte Verfahren eingingen (fünf), waren der Auffassung, dass ein solches ohne Weiteres möglich sei. Ein Strafrechtslehrer stellte aber die Überlegung an, dass man in einer Hauptverhandlung eventuell zu einem Freispruch wegen Notwehr kommen könne, dieses also wahrscheinlich für den Angeklagten günstiger sei.

Mit der Strafzumessung auf Antrag der Parteien setzten sich lediglich drei der Befragten auseinander. Sie hielten dieses Verfahren prinzipiell für möglich, waren allerdings unsicher, ob es im konkreten Fall sinnvoll sei oder ob nicht eine Hauptverhandlung im Hinblick auf einen möglichen Freispruch wegen Notwehr für T Vorteile bringen könne. Auch war man im Hinblick auf die Prognose skeptisch, ob die Staatsanwaltschaft einem solchen Verfahren zustimmen würde.

III.4.2.2. Besonderheiten des Beweisverfahrens

Liegen Zweifel über das Vorhandensein eines Rechtfertigungsgrundes vor, so ist der Angeklagte freizusprechen, Art. 530 Abs. 3 c.p.p. zu einem Freispruch. Diese seit 1989 geltende Rechtslage war offensichtlich nicht allen Landesjuristen bekannt.³⁴⁹

Frage: Welche Bedeutung hat die Verteidigungseinrede der Notwehr?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Geltendmachung erwartbar	8	1	–	–	–	1	10
Beweisaufwand erwartbar	8	–	1	–	–	1	10

Tabelle 4-4: Einrede der Notwehr im Strafverfahren; kursiv gedruckte Angaben wurden nicht ausdrücklich gemacht, ergeben sich aber aus dem zuvor Gesagten.

³⁴⁸ Siehe im Einzelnen oben II.1.2.2.2.2.

³⁴⁹ Siehe hierzu bereits III.4.1.2.1.1. und III.4.1.2.2.1.

III.4.2.3. Verteidigungsstrategie

Nach Meinung der Gesprächspartner ging es in der Fallvariante 4 in erster Linie darum, die Handlung der T als durch Notwehr gerechtfertigt darzustellen. Hierzu sei unter anderem darzulegen, dass T nicht in die Küche gerannt sei, um das Messer zu holen, sondern weil dies ein naheliegender Ort für eine Flucht sei. Ferner wurde erwogen, die Tat als einen nicht fahrlässigen Notwehrexzess darzustellen, um so einen Freispruch zu erwirken.

III.4.3. Einflüsse der Strafvollstreckung

III.4.3.1. Tatsächliche Haftdauer

III.4.3.1.1. Vollständige Aussetzung zur Bewährung

Geht man davon aus, dass T aufgrund eines fahrlässigen Notwehrexzesses nur wegen fahrlässiger Tötung bestraft werden kann, kommt man, insbesondere bei Zuerkennung der allgemeinen Milderungsgründe, in einen Bereich, in dem eine Aussetzung zur Bewährung infrage kommt. Die Befragten, die eine Strafe von bis zu zwei Jahren ausgeworfen hatten (zwei), nahmen eine Aussetzung zur Bewährung an. Ein weiterer kam aufgrund des Freispruchs nicht zur Strafvollstreckung. Die Übrigen warfen demgegenüber Strafen über zwei Jahren aus, bei denen eine Aussetzung zur Bewährung aus Rechtsgründen ausgeschlossen ist.

III.4.3.1.2. Sonstige Haftverkürzungen

Für den Fall, dass T zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wird, die nicht zur Bewährung ausgesetzt wird, gibt es die Möglichkeit der bedingten oder der vorzeitigen Haftentlassung unter denselben Voraussetzungen wie bei den Fallvarianten 1–3.

III.4.3.2. Vollzugslockerungen

III.4.3.2.1. Halbfreiheit, Art. 48 ff. o.p.

Wird T zu einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als sechs Monaten verurteilt (diese aber nicht zur Bewährung ausgesetzt), ist die Gewährung der Halbfreiheit (*semi-libertà*) bereits vom ersten Tag an möglich.

III.4.3.2.2. Hausarrest, Art. 47-ter o.p.

Der Hausarrest (*detenzione domiciliare*) ist bei Verurteilung zu nicht mehr als vier Jahren Freiheitsstrafe vom ersten Tag an möglich.

III.4.3.2.3. Überweisung an den Sozialdienst zur Bewährung, Art. 47 o.p.

Diese alternative Maßnahme ist möglich, wenn T zu einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als drei Jahren verurteilt wird.

IV. Schlussbetrachtung

Das italienische System bot bei der Beurteilung der Fallvarianten einige bedeutende Problemfelder. Dabei bereitete die tatbestandliche Einstufung zunächst keine Schwierigkeiten, da das System der Tötungsdelikte keine tatbestandlichen Abstufungen kennt, sondern nur einen Tatbestand der vorsätzlichen Tötung hat (Art. 575), der allerdings mit 21 bis 24 Jahren auch ohne erschwerende Umstände bereits eine eklatant hohe Strafandrohung enthält. Wesentlicher war die Prüfung der einzelnen, speziell für die vorsätzliche Tötung bestimmten Erschwerungsgründe (Art. 576 f.) sowie der allgemeinen erschwerenden und mildernden Umstände aus dem Allgemeinen Teil des *codice penale*. Entscheidend für die Bemessung der konkret zu verhängenden Strafe war aber insbesondere die Abwägung dieser Umstände untereinander, die zu einer erheblichen Strafrahmenverschiebung führen konnte. Schließlich waren auch prozessuale und vollstreckungsrechtliche Mechanismen zu beachten, die ebenfalls zu einer bedeutenden Reduzierung der Strafe bzw. der tatsächlichen Haftdauer führen können.

Die Ehegatteneigenschaft als Erschwerungsgrund gemäß Art. 577 Abs. 2 war dabei am unproblematischsten und wurde auch von allen Interviewpartnern in sämtlichen Fallvarianten bejaht. Auch das Handeln mit Vorbedacht (Art. 577 Abs. 1 Nr. 3) wurde relativ einheitlich beurteilt. Während es in der ersten Fallvariante überwiegend bejaht und jedenfalls von keinem verneint wurde, nahm es in den Fallvarianten 2 und 3 keiner der Befragten mehr an. Schwieriger ist die Frage, wie die Einschätzungen über den Erschwerungsgrund der erschwerten Verteidigung (Art. 62 Nr. 5) zu bewerten sind. Hierzu machte nämlich die Mehrzahl der Befragten keine Angaben. Diejenigen, die gezielt danach gefragt worden waren, nahmen ihn mit einer Ausnahme unproblematisch an. Es steht daher zu vermuten, dass der erschwerende Umstand schlichtweg übersehen wurde und ansonsten mit aller Wahrscheinlichkeit auch relativ einheitlich bejaht worden wäre.

Bei den mildernden Umständen war insbesondere die Tatprovokation gemäß Art. 61 Nr. 2 zu prüfen. Hier kamen die Befragten zu relativ unterschiedlichen Ergebnissen, wobei die Provokation tendenziell von Variante 1 bis 3 zunehmend bejaht wurde. Einigkeit bestand hingegen bezüglich des allgemeinen Milderungsgrundes des Art. 62-bis. Er wurde durchweg als vorliegend angenommen. Begründet wurde dies mit der desolaten ehelichen Situation und der Gefahr weiterer Misshandlungen, aber auch damit, dass er bei nicht vorbestraften Tätern in der

Praxis fast automatisch gewährt werde. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass vor allem in Fallvariante 1, in der Erschwerungsgründe in Betracht kommen, die zu „lebenslänglich“ führen, aber sonst keine Milderungsgründe vorliegen, die Annahme von Art. 62-*bis* der einzige Weg war, über die Abwägung der Umstände von der lebenslänglichen Gefängnisstrafe wegzukommen. Auf die Frage, ob eventuell ein teilweiser Ausschluss der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit nach Art. 89 zu einer Strafmilderung führen könne, wurden schließlich relativ unterschiedliche Antworten gegeben, wobei auch hier eine steigende Tendenz innerhalb der Varianten zu erkennen war.

Das besondere System von erschwerenden und mildernden Umständen dient zum einen dazu, die Anpassung der Strafe an den Einzelfall zu erleichtern. Zum anderen soll die gesetzliche Regelung diese Umstände aus dem Ermessen des Richters heraushalten, das dieser im Rahmen der Strafzumessung hat. Dabei gibt das Gesetz allerdings nur das Höchstmaß der Milderung oder Erschwerung an, während die Frage, wie hoch diese innerhalb des sich daraus ergebenden Rahmens ist, wiederum im Ermessen des Richters liegt. Liegen erschwerende und mildernde Umstände vor, so ist ein detailliertes und kompliziertes Abwägungssystem vorgesehen, das zu den unterschiedlichsten Strafraumen führen kann. Entscheidend ist dabei jeweils, ob die erschwerenden oder die mildernden Umstände als überwiegend angesehen werden oder ob eine Gleichwertigkeit der Umstände vorliegt. Im letzteren Fall bleibt es bei der Grundstrafe. Überwiegen aber die erschwerenden oder die mildernden Umstände, so werden nur diese angewandt. Dies führt dazu, dass beispielsweise mehrere überwiegende mildernde Umstände auch nach Art. 63 Abs. 2 zu einer mehrfachen Herabsetzung der Strafe führen, deren Berechnung genau vorgegeben ist. Die Abwägung selbst steht allerdings wiederum im Ermessen des Richters. Das System kombiniert also eine vorgegebene strenge mathematische Berechnung des Strafraums mit einem weiten richterlichen Ermessensspielraum – zum einen in Bezug auf die Annahme allgemeiner mildernder Umstände (Art. 62-*bis*), ferner auf die Frage, welche Umstände überwiegen, und schließlich in Bezug auf die Bestimmung des Maßes der Erhöhung oder Minderung im Einzelnen. Während die befragten Landesjuristen das Vorliegen allgemeiner mildernder Umstände gemäß Art. 62-*bis* einhellig bejahten und auch jeweils die maximal mögliche Herabsetzung der Strafe annahmen, gab es bei der Abwägung der erschwerenden und mildernden Umstände keine Einigkeit. Zwar nahm keiner der Befragten (in keiner der Fallvarianten) ein Überwiegen der erschwerenden Umstände an; bei der Frage, ob die Umstände gleichwertig sind oder ob (und vor allem gegebenenfalls wie viele) mildernde Umstände überwiegen, kam es aber zu den unterschiedlichsten Ergebnissen.

Bei Fallvariante 1 kam die Hälfte (fünf) der Befragten zu dem Ergebnis, dass erschwerende und mildernde Umstände gleichwertig seien. Die Übrigen nahmen ein Überwiegen der allgemeinen mildernden Umstände des Art. 62-*bis* an, wobei zwei von ihnen der Ansicht waren, es lägen zwei überwiegende Milderungsgründe

vor.³⁵⁰ Bei Fallvariante 2 ging nur noch einer der Landesjuristen von einer Gleichwertigkeit der Umstände aus, fünf waren der Ansicht, dass Art. 62-*bis* überwiege, und zwei³⁵¹ gingen vom Überwiegen zweier mildernder Umstände aus. Einer der Befragten war schließlich unentschieden, ob nur eine oder aber zwei Milderungen überwiegend seien. Fallvariante 3 führte schließlich zu etwas homogeneren Ergebnissen. Hier war die Mehrheit (fünf) der Auffassung, dass zwei Milderungsgründe gegenüber den Erschwerungsgründen überwiegend seien, während jeweils einer der Befragten vom Überwiegen einer bzw. von drei Milderungen ausging. Eine Gleichwertigkeit wurde von keinem der Landesjuristen mehr angenommen.

Bei Fallvariante 4 war hingegen meist nicht so sehr die Abwägung von Umständen von Bedeutung, sondern die Frage einer Rechtfertigung wegen Notwehr bzw. einer Bestrafung wegen fahrlässiger Tötung aufgrund eines Notwehrexzesses. Dementsprechend kamen auch nur zwei der Befragten³⁵² zu dem Ergebnis, dass eine vorsätzliche Tötung gegeben sei, wobei sie jeweils das Überwiegen zweier Milderungsgründe annahmen. Ein Landesjurist war der Auffassung, T sei wegen Notwehr freizusprechen, drei verneinten die Notwehr, nahmen aber lediglich eine fahrlässige Tötung an. Schließlich zeigten sich vier der Befragten bezüglich der Notwehr unentschieden, sahen aber jedenfalls den Notwehrexzess als gegeben an und wollten daher höchstens eine Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung annehmen.

Die Strafraumenbestimmung ergab sich jeweils aus der nach den Ergebnissen der Abwägung vorzunehmenden Berechnung, wobei jeweils die größte Milderungsmöglichkeit angewandt wurde. Vereinzelt hatten sich bei der Berechnung allerdings Rechenfehler eingeschlichen. Bei der konkret ausgeworfenen Strafe nahmen die befragten Landesjuristen im Fall der vorsätzlichen Tötung stets nur die Mindeststrafe oder eine Strafe knapp darüber an. Lediglich in Fallvariante 4, wo die Mehrzahl zu einer Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung kam, wurden auch höhere Strafen für angemessen gehalten.

Eine weitere bedeutende Möglichkeit, zu einer Verringerung der extrem hohen italienischen Strafandrohungen zu gelangen, stellt die Wahl des abgekürzten Verfahrens (Art. 438 ff. c.p.p.) dar. Es führt zu einer Reduzierung der tat- und schuldangemessenen Strafe um ein Drittel. Zum Zeitpunkt der Befragung kam dieses aber nur für die Fallvarianten 2–4 in Betracht, da es in den Fällen ausgeschlossen war, in denen (abstrakt) lebenslängliche Freiheitsstrafe drohte. Dies war aufgrund des erschwerenden Umstands des Handelns mit Vorbedacht (Art. 577 Abs. 3) in Fall-

³⁵⁰ Einer von diesen hatte zusätzlich den Milderungsgrund der Provokation bejaht, der andere war von einer Minderung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit ausgegangen.

³⁵¹ Dieselben wie bei Fallvariante 1 und aus denselben Gründen.

³⁵² Die beiden Staatsanwälte.

variante I gegeben.³⁵³ Schließlich kann sich die tatsächliche Haftdauer auch aufgrund vollzugsrechtlicher Regelungen erheblich verkürzen. Hier ist insbesondere die vorzeitige Haftentlassung (Art. 54 o.p.) zu nennen, bei der pro Halbjahr der Haft 45 Tage, also beinahe ein Viertel, abgezogen werden kann. Von großer Bedeutung ist aber auch die bedingte Haftentlassung (Art. 176 ff.), die nach der Hälfte der Haftzeit möglich ist, wenn nicht mehr als fünf Jahre Freiheitsstrafe noch zu verbüßen sind.

Zusammenfassend sind insbesondere zwei Aspekte von Bedeutung. Zum einen hat sich aus der Befragung der Landesjuristen ergeben, dass das italienische detailliert geregelte System von erschwerenden und mildernden Umständen und die daraus folgende mathematische Berechnung der Strafe nicht zu einer entsprechenden Genauigkeit bei der Beurteilung von konkreten Fällen führt. Die Einschätzungen durch die Rechtsanwender waren in diesen Fällen nicht sonderlich homogen. Dies liegt insbesondere daran, dass immer noch genügend Bereiche verbleiben, in denen eine erhebliche Ermessensfreiheit besteht. Probleme ergeben sich aber vor allem auch aus der Tatsache, dass der *Codice Rocco* von 1930 immer noch horrende Strafandrohungen enthält, was dazu führt, dass auf Umwegen versucht werden muss, hiervon abzuweichen, um nicht zu unangemessen harten Strafen zu gelangen. Zum einen ist im Lauf der Jahre vielfach der Gesetzgeber tätig geworden. Anstatt die Strafrahmen des Besonderen Teils herabzusetzen, hat er auf anderem Wege in Richtung Milderung eingegriffen. So wurden insbesondere in den letzten Jahrzehnten strafprozessuale und vollstreckungsrechtliche Regelungen geschaffen, die zu einer Reduzierung der Strafe führen. Der Rechtsanwender hingegen nutzt häufig die ihm gegebenen Ermessensspielräume, um jeweils zur geringsten möglichen Strafe zu gelangen. Dies hat allerdings zur Folge, dass vielfach die ursprünglich vorgesehenen Strafrahmen praktisch zu einer Punktstrafe in Höhe der Mindeststrafe reduziert werden. Dies zeigt, wie berechtigt die vielfach geäußerte Forderung nach einer Gesamtreform des italienischen Strafgesetzbuchs ist.

³⁵³ Heute ist das abgekürzte Verfahren (wieder) bei allen Straftaten möglich, vgl. oben II.1.2.2.2.1.

Literaturverzeichnis

- Amodio, Enni*, Das Modell des Anklageprozesses im neuen italienischen Strafverfahrensgesetz. ZStW 104 (1990), 171–195.
- Antonisei, Francesco*, Manuale di diritto penale. Parte speciale I. 13. Aufl. Mailand 1999.
– Manuale di diritto penale. Parte generale. 15. Aufl. Mailand 2000.
- Bandini, Tullio/Gatti, Uberto/Traverso, Giovanni Batista*, Omicidio e controllo sociale. Mailand 1983.
- Budde, Robert*, Vereinbarungen im italienischen Strafprozess nach altem und neuem Recht. ZStW 102 (1990), 196 ff.
- Canestrari, Stefano*, Dolo eventuale e colpa cosciente. Mailand 1999.
– Delitti contro la vita. In: Stefano Canestrari u.a. (Hrsg.), Diritto penale, lineamenti di parte speciale. 2. Aufl. Bologna 2000, S. 271–308.
- Conso, Giovanni/Grevi, Vittorio*, Compendio di procedura penale. Padua 2000.
- Crespi, Alberto/Stella, Federico/Zuccalà, Giuseppe*, Commentario breve al codice penale. 3. Aufl. Mailand 1999.
- De Francesco, Gennaro Vittorio*, La proporzione nello stato di necessità. Neapel 1978.
- De Vero, Giancarlo*, Circostanze del reato e commisurazione della pena. Mailand 1983.
- Di Ronza, Paolo*, Manuale di diritto dell'esecuzione penale. 4. Aufl. Padua 2000.
- Dolce, Raffaele*, Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale. Mailand 1957.
- Dolcini, Emilio*, La commisurazione della pena. Padua 1979.
- Donini, Massimo*, Teoria del reato. Padua 1996.
- Ferri, Enrico*, Principi di diritto criminale. Torino 1928.
- Fiandaca, Giovanni/Musco, Enzo*, Diritto penale. Parte generale. 4. Aufl. Bologna 2001.
- Filippi, Leonardo/Spangher, Giorgio*, Diritto penitenziario. Mailand 2000.
- Grispigni, Filippo*, Diritto penale italiano I. Mailand 1947.
- Hein, Susanne*, Landesbericht Italien. In: Walter Perron (Hrsg.), Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands. Freiburg 1995, S. 156 ff.
- Honert, Alessandro*, Die Fortentwicklung einer Reform. ZStW 106 (1994), 427–447.
- Jescheck, Hans-Heinrich*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Heidelberg 1996.
- Lanza, Luigi*, Gli omicidi in famiglia. Mailand 1994.
- Maggiore, Giuseppe*, Diritto penale I. Bologna 1951.
- Maiwald, Manfred/Ippoliti, Alessandra*, Eine neue Strafprozessordnung für Italien. JZ 1989, 874–878
- Mantovani, Ferrando*, Diritto penale. Parte speciale. Band I. Mailand 1995.

– Diritto penale. Parte generale. 4. Aufl. Padua 2001.

Marini, Giulio, voce “omicidio”. In: Rodolfo Sacco (Hrsg.), *Digesto delle Discipline Penalistiche VIII*. Turin 1994, S. 491–546.

Merzagora, Isabella/Gigli, Fausto/zoja, Riccardo, *Vittime de omicidio*. Mailand 1995.

Militello, Vincenzo, voce “Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto”. In: Rodolfo Sacco (Hrsg.), *Digesto delle Discipline Penalistiche VIII*. Turin 1994, S. 198–215.

Militello, Vincenzo/Orlandi, Renzo (Hrsg.), *Guida al sistema penale degli anni novanta*. Padua 1998.

Nappi, Aniello, *Guida al Codice di procedura penale*. 7. Aufl. Mailand 2000.

Negri, Daniele, *Konsensuale und andere entformalisierte Verfahrensarten vor der Krise der italienischen Strafjustiz*. In: Albin Eser/Christiane Rabenstein (Hrsg.), *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness. Konvergente und divergente Entwicklungen im Strafprozessrecht*. Berlin 2004, S. 409–420.

Neppi Modona, Guido, voce: “reato impossibile”. In: Rodolfo Sacco (Hrsg.), *Digesto delle Discipline Penalistiche XI*. Turin 1996, S. 259–279.

Orlandi, Renzo, *Landesbericht Italien*. In: Monika Becker/Jörg Kinzig (Hrsg.), *Rechtsmittel im Strafrecht*. Freiburg 2000, S. 85–150.

Pagliaro, Antonio, *Principi di diritto penale. Parte generale*. 5. Aufl. Mailand 1996.

Pavarini, Massimo, *Codice commentato del esecuzione penale Vol. I*. Turin 2002.

Ramacci, Fabrizio, *I delitti di omicidio*. Torino 1997.

Riz, Roland, *Zum derzeitigen Stand der Verbrechenslehre in Italien. Überlegungen zum derzeitigen Verbrechensaufbau*. ZStW 93 (1981), 1005 ff.

Riz, Roland/Bosch, Johanna, *Italienisches Strafgesetzbuch. Zweisprachige Ausgabe*. Bozen 1995.

Romano, Mario, *Commentario sistematico del codice penale I. 2. Aufl.* Mailand 1995.

Santoro, Arturo, *Manuale di diritto penale. Parte generale*. Turin 1958.

Sgroi, Vittorio, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1994*. Rom 1995.

Stile, Alfonso, *Die Reform des Strafverfahrens in Italien*. ZStW 104 (1992), 429–447.

§ 7

Landesbericht Österreich

Ursula Medigovic

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	438
I. Rechtstatsächlicher Hintergrund	441
I.1. Empirische Erkenntnisse zur allgemeinen Tötungskriminalität	441
I.2. Angaben zur Sanktionspraxis	442
I.3. Aufarbeitung des Themas im kriminologischen Schrifttum	443
I.4. Gesellschaftliche Diskussion und rechtliche Initiativen in Bezug auf Gewalt gegen Frauen	445
II. Rechtliche Rahmenbedingungen und allgemeiner Verlauf der Befragung	447
II.1. Rechtlicher Rahmen	447
II.1.1. Einschlägige materiellrechtliche Regelungen	447
II.1.1.1. Überblick über den systematischen Aufbau der Strafbarkeitsmerkmale	447
II.1.1.2. Tötungstatbestände	448
II.1.1.3. Straffreistellungen	450
II.1.1.4. Strafzumessung	450
II.1.1.4.1. Strafzumessung im engeren Sinne	451
II.1.1.4.2. Strafzumessung im weiteren Sinne	454
II.1.2. Wesenszüge des Strafverfahrensrechts	457
II.1.2.1. Generelle Beschreibung der Verfahrensstruktur und Prozessgrundsätze	457
II.1.2.2. Zuständige Spruchkörper und einschlägige Verfahrensarten	459
II.1.2.3. Besonderheiten des Beweisverfahrens	460
II.1.2.3.1. Beweislastverteilung bei Verteidigungs- einreden	460
II.1.2.3.2. Beweisantragsrecht der Parteien	460
II.1.2.3.3. Sonstige Besonderheiten, insbesondere Anforderungen an die Beauftragung von Sachverständigen	461
II.1.2.4. Anforderungen an die Entscheidungsbegründung und Rechtsmittelkontrolle	462
II.1.2.4.1. Erfordernis und Umfang der Entscheidungs- begründung	462
II.1.2.4.2. Anfechtbarkeit der Entscheidung	463
II.1.2.4.3. Art und Umfang der Überprüfung der Entscheidung durch das Rechtsmittelgericht	464
II.1.3. Äußerer Rahmen der Strafvollstreckung	464
II.1.3.1. Verkürzungen des Vollzugs von Freiheitsstrafen	464
II.1.3.2. Vollzugsmodalitäten bei der Freiheitsstrafe	466
II.2. Befragung der Landesjuristen	466
II.2.1. Bildung der Stichprobe	466
II.2.2. Verlauf der Gespräche	467

III. Beurteilung der Fallvarianten	467
III.1. Fallvariante 1	468
III.1.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung	468
III.1.1.1. Tatbestandliche Einstufung	468
III.1.1.1.1. Rechtliche Vorgaben	468
III.1.1.1.2. Ergebnisse der Befragung	470
III.1.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen	471
III.1.1.2.1. Rechtliche Vorgaben	471
III.1.1.2.2. Ergebnisse der Befragung	472
III.1.1.3. Strafrahenbestimmung und konkrete Strafzumessung	472
III.1.1.3.1. Konkret anzuwendender Strafrahen; außerordentliche Strafmilderung	472
III.1.1.3.1.1. Rechtliche Vorgaben	472
III.1.1.3.1.2. Ergebnisse der Befragung	473
III.1.1.3.2. Alternativen zur unbedingten Freiheitsstrafe aufgrund des konkreten Strafrahmen	475
III.1.1.3.2.1. Rechtliche Vorgaben	475
III.1.1.3.2.2. Ergebnisse der Befragung	475
III.1.1.3.3. Strafzumessungsfaktoren	475
III.1.1.3.3.1. Erschwerende Faktoren/ Ergebnisse der Befragung	475
III.1.1.3.3.2. Mildernde Faktoren/ Ergebnisse der Befragung	476
III.1.1.3.4. Konkrete Sanktionsprognose/ Ergebnisse der Befragung	476
III.1.1.3.4.1. Strafhöhe	476
III.1.1.3.4.2. Alternativen zur unbedingten Freiheitsstrafe	478
III.1.2. Einflüsse des Strafverfahrens	478
III.1.2.1. Einflussnahme der Verfahrensbeteiligten auf Spruchkörper und Verfahrensart	478
III.1.2.1.1. Rechtliche Vorgaben	478
III.1.2.1.2. Ergebnisse der Befragung	479
III.1.2.2. Beweislastverteilung bei Verteidigungseinreden/ Ergebnisse der Befragung	479
III.1.2.3. Sonstige Besonderheiten des Verfahrens	480
III.1.2.3.1. Rechtliche Vorgaben	480
III.1.2.3.2. Ergebnisse der Befragung	480
III.1.2.4. Strategie der Prozessparteien und Absprachen	480
III.1.2.4.1. Verteidigungsstrategie der T	480
III.1.2.4.1.1. Rechtliche und tatsächliche Vorgaben	480
III.1.2.4.1.2. Ergebnisse der Befragung	481

III.1.2.4.2. Gegenstrategie des Anklägers: Ergebnisse der Befragung	482
III.1.2.4.3. Absprachen zwischen den Verfahrensbeteiligten	482
III.1.2.4.3.1. Rechtliche Vorgaben	482
III.1.2.4.3.2. Ergebnisse der Befragung	483
III.1.3. Einflüsse der Strafvollstreckung	484
III.1.3.1. Verkürzungen des Vollzugs der Freiheitsstrafe/ Ergebnisse der Befragung	484
III.1.3.2. Vollzugsmodalitäten bei der Freiheitsstrafe/ Ergebnisse der Befragung	485
III.2. Fallvariante 2	485
III.2.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung	486
III.2.1.1. Tatbestandliche Einstufung	486
III.2.1.1.1. Rechtliche Vorgaben	486
III.2.1.1.2. Ergebnisse der Befragung	486
III.2.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen	486
III.2.1.2.1. Rechtliche Vorgaben	486
III.2.1.2.2. Ergebnisse der Befragung	487
III.2.1.3. Strafrahmenbestimmung und konkrete Strafzumessung	487
III.2.1.3.1. Konkret anzuwendender Strafrahmen; außerordentliche Strafmilderung	487
III.2.1.3.1.1. Rechtliche Vorgaben	487
III.2.1.3.1.2. Ergebnisse der Befragung	487
III.2.1.3.2. Alternativen zur unbedingten Freiheitsstrafe aufgrund des konkreten Strafrahmens	489
III.2.1.3.2.1. Rechtliche Vorgaben	489
III.2.1.3.2.2. Ergebnisse der Befragung	489
III.2.1.3.3. Strafzumessungsfaktoren	489
III.2.1.3.3.1. Erschwerende Faktoren/ Ergebnisse der Befragung	489
III.2.1.3.3.2. Mildernde Faktoren/ Ergebnisse der Befragung	490
III.2.1.3.4. Konkrete Sanktionsprognose/ Ergebnisse der Befragung	490
III.2.1.3.4.1. Strafhöhe	490
III.2.1.3.4.2. Alternativen zur unbedingten Freiheitsstrafe	492
III.2.2. Einflüsse des Strafverfahrens	492
III.2.2.1. Einflussnahme der Verfahrensbeteiligten auf Spruchkörper und Verfahrensart	492
III.2.2.1.1. Rechtliche Vorgaben	492
III.2.2.1.2. Ergebnisse der Befragung	493
III.2.2.2. Beweislastverteilung bei Verteidigungseinreden/ Ergebnisse der Befragung	493

III.4.1.3.3. Strafzumessungsfaktoren/ Ergebnisse der Befragung	520
III.4.1.3.4. Konkrete Sanktionsprognose/ Ergebnisse der Befragung	520
III.4.1.3.4.1. Strafhöhe	520
III.4.1.3.4.2. Alternativen zur unbedingten Freiheitsstrafe	520
III.4.2. Einflüsse des Strafverfahrens	521
III.4.2.1. Einflussnahme der Verfahrensbeteiligten auf Spruchkörper und Verfahrensart	521
III.4.2.1.1. Rechtliche Vorgaben	521
III.4.2.1.2. Ergebnisse der Befragung	521
III.4.2.2. Beweislastverteilung bei Verteidigungseinreden/ Ergebnisse der Befragung	522
III.4.2.3. Strategie der Prozessparteien und Absprachen	522
III.4.2.3.1. Verteidigungsstrategie der T	522
III.4.2.3.1.1. Rechtliche und tatsächliche Vorgaben	522
III.4.2.3.1.2. Ergebnisse der Befragung	523
III.4.2.3.2. Strategie des Anklägers	523
III.4.2.3.2.1. Rechtliche und tatsächliche Vorgaben	523
III.4.2.3.2.2. Ergebnisse der Befragung	524
III.4.2.3.3. Absprachen zwischen den Verfahrensbeteiligten/ Ergebnisse der Befragung	524
III.4.3. Einflüsse der Strafvollstreckung	524
III.4.3.1. Verkürzung des Vollzugs der Freiheitsstrafe/ Ergebnisse der Befragung	524
III.4.3.2. Vollzugsmodalitäten bei der Freiheitsstrafe/ Ergebnisse der Befragung	524
IV. Zusammenfassende Bewertung	525
IV.1. Tatbestandliche Einstufung der Fallvarianten	525
IV.2. Straffreistellungen	526
IV.3. Straffestsetzung	526
IV.4. Einflüsse des Strafverfahrens	529
IV.4.1. Laienbeteiligung und wesentliche Verfahrensstruktur; Entscheidungsbegründung; Rechtsmittelkontrolle	529
IV.4.2. Verantwortung für die Sachverhaltsaufklärung; spezifische Beweisprobleme; Absprachen über das Verfahrensergebnis	531
IV.5. Prognose der Vollstreckungsdauer und Besonderheiten der Strafvollstreckung	532
Anhang	534
Literaturverzeichnis	538

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	am Anfang
a.a.O	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
a.o.	außerordentlich
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt [österreichisch: Jahr/Nummer; ab 1997 Teil Jahr/Nummer]
BT	Besonderer Teil
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz BGBI 1939/1 (Wiederverlautbarung)
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dStGB	deutsches Strafgesetzbuch
E	Entscheidung
EBRV	frühere Bezeichnung der Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage (nunmehr „Erläuterungen“)
EO	Exekutionsordnung RGBI 1896/79 i.d.F. BGBI 1995/519 EvBl „Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen“ in der „Österreichischen Juristen-Zeitung“ (1934–1938, 1946 ff.) [Jahr/Nummer]
etc.	et cetera
f., ff.	folgende, fortfolgende
Fn.	Fußnote

gem.	gemäß
GeSchG	Bundesgesetz zum Schutz vor Gewalt in der Familie, BGBl 1996/759
GP	Gesetzgebungsperiode
H.	Heft
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
HS	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
i.e.S	im engeren Sinne
insbes.	insbesondere
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S	im weiteren Sinne
J	Jahr
JB1	„Juristische Blätter“ (1872–1938, 1946 ff.) [Jahr, Seite]
JGG	Jugendgerichtsgesetz 1988, BGBl 599
JUS	„Jus-Extra“, Beilage zur „Wiener Zeitung“ [Jahr, Nummer]
Kap.	Kapitel
lit.	Litera
LJZ	„Lichtensteiner Juristen-Zeitung“ [Jahr, Seite]
m.E.	meines Erachtens
n.F.	neue Fassung
OGH	Oberster Gerichtshof
o.J.	ohne Jahr
ÖJZ	„Österreichische Juristen-Zeitung“ (1946 ff.) [Jahr, Seite]
ÖJZ-LSK	Leitsatzkartei in „Österreichische Juristen-Zeitung“ [Jahr/Nummer]
OLG	Oberlandesgericht
öStGB	österreichisches Strafgesetzbuch, BGBl 1974/60

440	Medigovic – Österreich
öStPO	österreichische Strafprozessordnung, BGBl 1975/631 (Wiederverlautbarung)
öStVG	österreichisches Strafvollzugsgesetz, BGBl 1969/144
RGBI	Reichsgesetzblatt [deutsch: Jahr ggf. Teil Seite; österreichisch: Jahr/Nummer]
RV	Regierungsvorlage
Rz.	Randzahl
RZ	„Österreichische Richterzeitung“ (1907–1938, 1954 ff.) [Jahr, Seite – Entscheidungen bis 1972: Jahr, Seite; seit 1973: Jahr/Nummer]
SIAK-Journal	Zeitschrift für Polizeiwissenschaft und Polizeiliche Praxis, hrsg. vom österreichischen Bundesministerium für Inneres
SPG	Sicherheitspolizeigesetz, BGBl 1991/566
SSt	„Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten“, veröffentlicht von seinen Mitgliedern unter Mitwirkung der Generalprokuratur (1921–1938, 1946 ff.) [Band/Nummer]
StA	Staatsanwalt
UR	Untersuchungsrichter
vgl.	vergleiche
WK	„Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch“
Ziff.	Ziffer
ZnStR	„Zum neuen Strafrecht“, Referate bei der Österreichischen Richterwoche 1973 (I) und 1974 (II)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

I. Rechtstatsächlicher Hintergrund¹

I.1. Empirische Erkenntnisse zur allgemeinen Tötungskriminalität

Die folgenden Angaben beziehen sich im Hinblick auf den Gegenstand dieser Untersuchung ausschließlich auf die vorsätzlichen Tötungsdelikte Mord gem. § 75 öStGB und Totschlag gem. § 76 öStGB.² Die Delikte der Körperverletzung mit tödlichem Ausgang gem. § 86 öStGB und der absichtlichen schweren Körperverletzung gem. § 87 Abs. 2 2. Fall öStGB, welche gleichwohl der vorsätzlichen Tötungskriminalität zugeordnet werden können, bleiben außer Betracht.

Der Anteil der genannten vorsätzlichen Tötungsdelikte an der Gesamtkriminalität in Österreich lag in den *vergangenen fünfzehn Jahren* mit geringfügigen Schwankungen bei ca. 0,03 % pro Jahr. Von den insgesamt 643.646 bekannt gewordenen Straftaten im Jahr 2004 waren 172 den Delikten Mord und Totschlag zuzuordnen.³ Betrachtet man die *Entwicklung der (absoluten) Zahl* der den Sicherheitsbehörden *bekannt gewordenen Fälle von Mord und Totschlag* (einschließlich der Versuche) in Österreich von 1990 bis 2004, so ist Folgendes zu ersehen: Beginnend mit 171 im Jahr 1990, erreichte sie mit 193 im Jahr 1992 ihren Höchstwert, sank sodann bis zu ihrem bisherigen Mindestwert von 110 im Jahr 1999 ab, stieg danach wieder an und pendelt sich seitdem auf durchschnittlich 160 pro Jahr ein. Ähnlich verläuft die Entwicklung der *Gesamtkriminalität*: Die Zahl *aller* bekannt gewordenen Straftaten, die in den 1990er Jahren fast ausnahmslos regelmäßig unter 500.000 lag, beläuft sich seit dem Jahr 2000 regelmäßig auf über 500.000 und hat 2003 und 2004 sogar die 600.000er-Marke überschritten.

Im Beobachtungszeitraum wurden insgesamt 2.348 des Mordes und Totschlags Verdächtige ermittelt, wobei die Zahl der *männlichen* die der weiblichen *Tatverdächtigen erheblich überwiegt*.

Etwas anders ist das Bild bei der geschlechtsspezifischen *Opferbelastung*. Hierzu stehen mir allerdings nur Zahlen bis einschließlich 1999 zur Verfügung. In der Dekade von 1990 bis 1999 sind im Durchschnitt immerhin 45,5 % der Tatopfer von Mord und Totschlag Frauen, wobei der Frauenanteil zuletzt sogar auf 54 % (= 61 Personen) angestiegen ist.

Eine Untersuchung des österreichischen Bundesministeriums für Inneres bezüglich des Jahres 1999 ergibt, dass ungefähr drei Viertel aller angezeigten Fälle des

¹ Das Manuskript wurde im Oktober 2005 abgeschlossen. Einige unbedingt erforderliche Ergänzungen wurden jedoch vor der Drucklegung in die Fußnoten eingefügt.

² Mit öStGB ist in der Folge gemeint: Bundesgesetz vom 23.1.1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch – StGB) BGBl 1974/60. – Zu den hier zitierten Delikten vgl. näher unten II.1.1.2.

³ Quelle: Kriminalitätsbericht im Bericht der Bundesregierung über die innere Sicherheit in Österreich (Sicherheitsbericht) 2004 (vormals: Polizeiliche Kriminalstatistik), hrsg. vom Bundesministerium für Inneres, Österreich.

Mordes und Totschlags im sozialen Nahraum (Ehe und Lebensgemeinschaft, Verwandtschaft oder Bekanntschaft) begangen wurden und nicht ganz ein Drittel dieser Fälle durch häusliche Streitigkeiten oder Eifersucht gekennzeichnet waren.⁴

Die Aufklärungsquote ist in Österreich bei den Verbrechen gegen Leib und Leben hoch. Beim Mord liegt sie regelmäßig bei über 95 %. So sind etwa im Jahr 1999 von den 109 in diesem Jahr bekannt gewordenen Morden und Mordversuchen nur fünf nicht aufgeklärt worden.⁵

1.2. Angaben zur Sanktionspraxis

Eine Auswertung der entsprechenden Daten für die Jahre 1990 bis 2003 durch mich ergab, dass nicht einmal die Hälfte der von den Sicherheitsbehörden wegen Mordes und Totschlags ermittelten Tatverdächtigen von den Gerichten in der Folge auch wegen der genannten Delikte verurteilt wurden. Die absoluten Zahlen dieser Verurteilungen bewegen sich zwischen 45 (im Jahr 2000) und 74 (im Jahr 1993) pro Jahr. Die nicht unbeträchtliche Differenz zwischen der Zahl der Verurteilungen und der ermittelten Tatverdächtigen ist aber nicht nur auf Freisprüche und Verfahrenseinstellungen durch das Gericht zurückzuführen, sondern auch auf ein Spezifikum kriminalpolizeilicher Amtshandlungen im gegenständlichen Deliktsbereich:⁶ Danach wird den Behörden der Strafjustiz im Zweifelsfall ein vorsätzliches *Tötungsdelikt*, und hier wiederum insbesondere Mord, angezeigt; nicht wenige der solcherart angezeigten Fälle werden von den Gerichten jedoch letztlich als Körperverletzung mit tödlichem Ausgang oder fahrlässige Tötung qualifiziert.

Bei der *Sanktionspraxis* bezüglich der von 1990 bis 2003 in Österreich wegen Mordes oder Totschlags verurteilten *Erwachsenen* (782 Personen) können folgende Punkte hervorgehoben werden:⁷ Wie nicht anders zu erwarten, wurden die genannten Personen ganz überwiegend zu einer *unbedingten* Freiheitsstrafe verurteilt. Der Anteil der zu einer unbedingten Freiheitsstrafe Verurteilten an allen Verurteilungen wegen der genannten Delikte bewegt sich zwischen 67 % (34 Personen) und 95 % (43 Personen) pro Jahr und pendelte sich in den letzten vier beobachteten Jahren bei ca. 80 % ein.⁸ Die absolute Zahl dieser Verurteilten pro Jahr beträgt regelmäßig

⁴ Bericht der Bundesregierung über die innere Sicherheit in Österreich (Sicherheitsbericht) 1999, S. 55. Was die Rechtsausführungen betrifft, gibt er die zu diesem Zeitpunkt bestehende Rechtslage wieder.

⁵ Sicherheitsbericht 1999, S. 58 mit Tabelle 43.

⁶ Sicherheitsbericht 1999, S. 55 f.

⁷ Pro Jahr wurden zuletzt etwas mehr als 50 Erwachsene verurteilt.

⁸ Diese Zahlen wurden aufgrund der Gerichtlichen Kriminalstatistiken für die Jahre 1990 bis 2003, hrsg. von Statistik Austria, von mir errechnet.

– mit zwei Ausnahmen – mehr als 40. Die meisten dieser verurteilten Personen erhielten eine unbedingte Freiheitsstrafe von *mehr als fünf Jahren*.

Aber auch die *lebenslange* Freiheitsstrafe wurde ausgesprochen: Die Zahlen der zwischen 1990 und 2003 wegen *Mordes* – nur bei *diesem* vorsätzlichen Tötungsdelikt ist die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe rechtlich möglich – zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilten Erwachsenen weisen starke Schwankungen auf und bewegen sich zwischen 3 und fünf (in den Jahren 2002, 1995, 1996) und 17 (im Jahr 1993) pro Jahr. In relativen Zahlen ausgedrückt: Zwischen 5,5 % (im Jahr 2002) und 38 % (im Jahr 1999) aller jährlich wegen Mordes zu einer unbedingten Freiheitsstrafe verurteilten Erwachsenen erhielten die lebenslange Freiheitsstrafe.

Eine (unbedingte) Freiheitsstrafe von *weniger als fünf Jahren* wurde beim Delikt des Mordes selten und fast ausnahmslos für den Versuch verhängt; auch bei dem mit wesentlich geringerer Strafe bedrohten Delikt des Totschlags wurde sie ganz überwiegend für die Versuchsbegehung ausgesprochen. Eine (*teil-*)*bedingte* Freiheitsstrafe verhängten die Gerichte im Beobachtungszeitraum ausschließlich für das Delikt des Totschlags. Sie wurde jedoch selten (sechs Fälle in 14 Jahren!) und ganz überwiegend bei der Versuchskonstellation verhängt. Beim versuchten Totschlag gab es sogar *eine* Verurteilung zu unbedingter Geldstrafe.

Einige der wegen Mordes oder Totschlags verurteilten Erwachsenen wurden von den Gerichten wegen höhergradiger geistiger Abnormalität für zurechnungsunfähig erkannt und – anstatt zu einer Strafe – zur vorbeugenden Maßnahme der Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher gem. § 21 Abs. 1 öStGB verurteilt. Die genannte strafrechtliche Reaktion betraf – mit starken Schwankungen – zwischen zwei und 14 Personen pro Jahr.

I.3. Aufarbeitung des Themas im kriminologischen Schrifttum

Die Erscheinungsform des „Familiencyrannenmordes“ durch die Ehefrau bzw. Lebensgefährtin des Opfers ist als solche im *kriminologischen Schrifttum* Österreichs bisher, soweit ersichtlich, nicht erörtert worden. Trotz des seit Beginn der 1980er Jahre merkbaren Anstiegs der Zahl der sozialwissenschaftlichen Untersuchungen rund um das Thema „Frauenkriminalität“ ist das gegenständliche Phänomen noch nicht spezifisch erforscht.

Gewisse für unseren Bereich relevante Angaben können allein der im Jahr 1995 an der Wiener Rechtswissenschaftlichen Fakultät approbierten Dissertation von *Dillinger*, Tötungsdelikte,⁹ entnommen werden. Sie untersucht mittels Aktenaus-

⁹ Nicht veröffentlicht.

wertung alle gerichtsbekanntem *vollendeten* „vorsätzlichen Tötungsdelikte“,¹⁰ die zwischen dem 1.1.1980 und dem 31.12.1989 in Wien begangen wurden und in denen das Strafverfahren wegen eines solchen Delikts geführt wurde.¹¹ Für den genannten Zeitraum werden 322 vollendete „Tötungsdelikte“ und 355 Verdächtige (der Autor nennt diese „Täter“) ausgemacht.¹² Von den 355 „Tätern“ konnte bei 31 das Geschlecht nicht verlässlich festgestellt werden, bei den verbleibenden 324 registriert *Dillinger* einen Frauenanteil von 14 %. Die Tötungsfälle werden gemäß kriminologischen Ordnungskriterien nach Tatmotiven eingeteilt:¹³ 190, also knapp drei Fünftel der „vollendeten Tötungen“ identifiziert der Autor als Konflikttötungen,¹⁴ die meisten davon, nämlich 127, als innerfamiliäre Konflikttaten.¹⁵ Bei den Letztgenannten betrage der Anteil der Frauen an den Tätern 20 %, bei den außerfamiliären Konflikttötungen hingegen nur 6 %.¹⁶

Gegen 253 Personen wurde laut *Dillinger* eine (rechtskräftige) strafrechtliche Reaktion ausgesprochen: Dabei handelte es sich ganz überwiegend (zu 88 %) um eine unbedingte und nur zu 3 % um eine bedingte Freiheitsstrafe.¹⁷ Diese Ergebnisse sind mit den oben in I.2. gemachten Angaben fast deckungsgleich. Die insgesamt sieben zu einer bedingten Freiheitsstrafe verurteilten Personen waren fast ausschließlich innerfamiliäre Konflikttäter. Bezüglich des Strafmaßes ergibt sich, dass die geringsten Freiheitsstrafen über die Konflikttäter verhängt wurden. Deutliche Unterschiede in der Strafbemessung konnten zwischen männlichen und weiblichen Tätern festgestellt werden. So wurden nur wenige Frauen zu einer mehr als achtjährigen Freiheitsstrafe und keine zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt. Das wird vom Autor primär damit begründet, dass die Täterinnen – im Gegensatz zu den männlichen Tätern – vor der Tat fast ausnahmslos unbescholten waren.¹⁸

¹⁰ In den Begriff der vorsätzlichen Tötungsdelikte bezieht der Autor nicht nur die mit Tötungsvorsatz zu begehenden Delikte ein, sondern auch die als Erfolgsqualifikation eines Delikts normierten Todeserfolge, die *in concreto* auch nur fahrlässig herbeigeführt sein konnten. Darüber hinaus zählt er zur untersuchten Gruppe nicht nur die im Bereich der Delikte gegen Leib und Leben enthaltenen, sondern *alle* im Besonderen Teil aufscheinenden Todes-Erfolgsqualifikationen; Letztere sind zahlenmäßig jedoch nur von untergeordneter Bedeutung.

¹¹ Unabhängig davon, ob es auch mit einer Verurteilung endete (etwa, wenn der Beschuldigte vor Urteilsfällung verstarb oder flüchtig war). Ausgeklammert wurden jedoch Fälle, in denen das Strafverfahren eingestellt wurde, mit Freispruch endete oder keine Verurteilung wegen eines „Tötungsdelikts“ nach sich zog: Siehe dazu näher a.a.O., S. 3 f.

¹² A.a.O., S. 13.

¹³ A.a.O., S. 19 f.

¹⁴ A.a.O., S. 26.

¹⁵ A.a.O., S. 27.

¹⁶ A.a.O., S. 89.

¹⁷ Dazu und zum Folgenden a.a.O., S. 145 ff.

¹⁸ A.a.O., S. 150.

1.4. Gesellschaftliche Diskussion und rechtliche Initiativen in Bezug auf Gewalt gegen Frauen

In den letzten Jahren sind die Erscheinungsformen der Gewalt in der Familie und der Gewalt gegen Frauen auch in Österreich ins Zentrum öffentlicher gesellschaftlicher Diskussion gerückt. Laut Studien der autonomen österreichischen Frauenhäuser werden hierzulande jährlich etwa 150.000 bis 300.000 Frauen misshandelt.¹⁹ Darüber hinaus ist seit 1997 eine Zunahme „ganz schlimmer Gewalterfahrungen“ mit Ehemännern und Lebensgefährten zu verzeichnen:²⁰ Weitaus häufiger als früher berichten Klientinnen von Frauenhäusern über Drohungen mit Waffen, sadistische Quälereien mit Messer oder Feuer, das Töten von Haustieren und die Zerstörung persönlicher Habseligkeiten durch den Mann. Nach polizeilichen Schätzungen wird mindestens jede fünfte in einer Beziehung lebende Frau Opfer von körperlicher Gewalt durch den Mann.²¹ Laut einer Untersuchung der oberösterreichischen Interventionsstelle gegen Gewalt in der Familie werden in Österreich durchschnittlich jeden Monat zwei Frauen von ihren Partnern ermordet.²²

Angesichts dieser Situation hat die österreichische Bundesregierung eine Reihe von Initiativen gesetzt, um das bezeichnete Phänomen zu erforschen und Vorschläge zu seiner Bekämpfung zu erarbeiten. So hat die Bundesministerin für Frauenangelegenheiten Anfang der 1990er Jahre eine Studie über „Ursachen von Gewalt gegen Frauen und Kinder in der Familie“ in Auftrag gegeben, im Jahr 1992 eine Antigewaltkampagne initiiert und gemeinsam mit dem Bundesminister für Justiz 1993 eine Enquete zum Thema „Frau und Recht“ veranstaltet. Auch das Bundesministerium für Jugend und Familie hat durch die Beauftragung der „Plattform gegen die Gewalt in der Familie“ an Lösungsvorschlägen mitgewirkt.

Als Ergebnis des in Gang gesetzten intensiven Diskussionsprozesses wurde das sogenannte *Gewaltschutzgesetz* erarbeitet, welches das Parlament im Jahr 1996 beschloss und welches am 1.5.1997 in Kraft trat.²³ Dieses Gesetz brachte einerseits eine Erweiterung des Anwendungsbereichs (unter anderem auf Lebensgefährten) der bereits vordem geltenden Regelung, wonach das Zivilgericht durch einstweilige Verfügung einem Ehegatten den Auftrag zum Verlassen der Wohnung erteilen kann, wenn dieser dem anderen Teil das weitere Zusammenleben „unerträglich“ macht und die Wohnung der Befriedigung des dringenden Wohnbedürfnisses des

¹⁹ Bericht in der Tageszeitung „Die Presse“ am 15.5.2001, 24.

²⁰ Bericht in der Tageszeitung „Der Standard“ am 12.1.2001, 10 f.

²¹ *Hengerer/Ullmann*, SIAK-Journal 2005, 12.

²² Bericht in der Tageszeitung „Der Standard“ am 12.2.2001, 9.

²³ Bundesgesetz über Änderungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs, der Exekutionsordnung und des Sicherheitspolizeigesetzes (Bundesgesetz zum Schutz vor Gewalt in der Familie – GeSchG), BGBl 1996/759. Vgl. dazu *Dearing*, in: Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), 32. Ottensteiner Fortbildungsseminar, S. 29.

anderen dient.²⁴ Andererseits schuf es die Möglichkeit der *Wegweisung* und der Verhängung eines *Rückkehrverbots bei Gewalt in Wohnungen* durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes auch für den Fall, dass ein gefährlicher Angriff auf Leben, Gesundheit oder Freiheit erst bevorsteht.²⁵ Diese, im internationalen Vergleich vorbildliche Regelung wurde 1999 erweitert, indem das Betretungsverbot nach Wegweisung von sieben auf zehn Tage ausgedehnt wurde und es auf Antrag auch auf zwanzig Tage ausgeweitet werden kann.²⁶ Die Regelung hat sich insgesamt hervorragend bewährt.²⁷ 1999 wurden österreichweit knapp mehr als 3.000 Wegweisungs- und Betretungsverbote durch die Exekutive ausgesprochen.²⁸ In 99 % der Fälle ging es dabei um Gewalt gegen Frauen. Mehr als 90 % der weggewiesenen Männer haben sich an die Maßnahme gehalten. Die Zahl der ausgesprochenen Wegweisungen und Betretungsverbote steigt leider weiterhin kontinuierlich an. Im Jahr 2004 belief sie sich auf 4.764.²⁹

Die durch die aufgezeigte Entwicklung bewirkte Sensibilisierung der Öffentlichkeit für das gegenständliche Thema ist auch an den Möglichkeiten erkennbar, die von Gewalt betroffene Frauen heute in Österreich haben. Inzwischen wurden 23 Frauenhäuser, vier Beratungsstellen, eine Frauenhelpline, Interventionsstellen, Frauennotrufe, aber auch Männerberatungsstellen eingerichtet. Es ist davon auszugehen, dass dadurch die Dunkelziffer bei den Fällen von Gewalt in der Familie kontinuierlich zurückgeht. Es bestehen aber immer noch Defizite, insbesondere hinsichtlich der Bearbeitung des Gewaltproblems mit den Tätern.

²⁴ § 382 Abs. 1 Ziff. 8 lit. b und Abs. 2 des Gesetzes vom 27.5.1896 über das Exekutions- und Sicherungsverfahren (Exekutionsordnung – EO), RGBl 1896/79, i.d.F. BGBl I 2004/151. Diese Bestimmung wurde durch das GeSchG aufgehoben und durch die §§ 382b bis d EO ersetzt.

²⁵ § 38a des Bundesgesetzes über die Organisation der Sicherheitsverwaltung und die Ausübung der Sicherheitspolizei (Sicherheitspolizeigesetz – SPG), BGBl 1991/566, i.d.F. BGBl I 2004/151. Dieses Gesetz ist inzwischen i.d.F. BGBl I 2009/133 in Geltung.

²⁶ Änderung des § 38a SPG durch das BGBl I 1999/146, in welcher Bestimmung auch der Begriff „Rückkehrverbot“ durch „Betretungsverbot“ ersetzt wurde.

²⁷ Pressekonferenz der Beratungsstelle der Wiener Frauenhäuser, über die „Der Standard“ am 28.11.2000 berichtet: „Die Regelung ist eine Erfolgsgeschichte, um die uns ganz Europa beneidet.“

²⁸ Vgl. dazu und zum Folgenden *Haller*, Gewalt in der Familie.

²⁹ Quelle: Bundesministerium für Inneres (Hrsg.), Statistik zur Vollziehung des Gewaltschutzgesetzes bei Bundesgendarmerie und Bundespolizei für die Jahre 1997 bis 2003, Wien 2004.

II. Rechtliche Rahmenbedingungen und allgemeiner Verlauf der Befragung

II.1. Rechtlicher Rahmen

Die folgende abstrakte Darstellung geht – gemäß der Aufgabenstellung dieses Projekts – nur auf diejenigen Tatbestände und Rechtsinstitute des österreichischen Strafrechts ein, die für das Verständnis der Falllösungen unmittelbar relevant sind.

II.1.1. Einschlägige materiellrechtliche Regelungen

II.1.1.1. Überblick über den systematischen Aufbau der Strafbarkeitsmerkmale

Die in dieser Fallgruppe angesprochenen Tötungsdelikte sind teils Vorsatz-, teils Fahrlässigkeitsdelikte, teils stellen sie – als erfolgsqualifizierte Delikte – eine Kombination aus beiden dar. Für beide Deliktsformen wird heute in Österreich eine je eigenständige Variante des Verbrechensbegriffs gebildet. Dieser wird seit Langem als analytischer, dreigliedriger Verbrechensbegriff mit den Grundelementen Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld verstanden.³⁰ Dahinter steht die Absichtung zwischen Unrecht und Schuld.

Der Tatbestand stellt die generelle Umschreibung des deliktstypischen Unrechts einer Tat dar. Er umfasst beim Vorsatzdelikt – anders als beim Fahrlässigkeitsdelikt, wo er nur objektive Elemente enthält – nicht nur objektive, sondern auch subjektive Merkmale. Allgemeines subjektives Tatbestandsmerkmal ist nach überwiegender Meinung der Tatbildvorsatz.³¹ Seine drei Abstufungen in Eventualvorsatz, Absichtlichkeit und Wissentlichkeit sind in § 5 öStGB definiert.

Bei der Rechtswidrigkeit geht es zunächst um den Ausschluss des durch die Tatbestandserfüllung generell konstituierten Unrechts durch im Einzelfall eingreifende Rechtfertigungsgründe. Auf dieser Wertungsebene wird weiters von einem Teil der Lehre der Irrtum über einen rechtfertigenden Sachverhalt gem. § 8 öStGB angesiedelt.³²

Die Schuld versteht das österreichische Strafgesetz im Sinne eines reduzierten Schuldbegriffs als Mangel an Verbundenheit mit den rechtlich geschützten Werten. Von ihr wird beim erwachsenen Straftäter im Normalfall ausgegangen. Sie fehlt nur in besonderen psychischen Ausnahmesituationen, die das öStGB als Schuld-ausschlussgründe abstrakt und typisiert umschreibt. Das sind die Zurechnungs-unfähigkeit gem. § 11 öStGB, der vorwerfbare Rechts- bzw. Verbotsirrtum gem.

³⁰ Vgl. statt aller *Fuchs*, AT I, S. 51 ff. und 333 ff.; *Kienapfel/Höpfel*, AT, S. 19 ff., und *Triffierer*, AT, S. 87 f.

³¹ A.M. *Kienapfel/Höpfel*, AT, S. 91 i.V.m. 34.

³² Siehe dazu unten III.4.1.2.1. mit Fn. 99.

§ 9 öStGB, das Vorliegen eines Entschuldigungsgrundes und die irrtümliche Annahme eines entschuldigenden Sachverhalts gem. § 10 Abs. 2 öStGB. Die Schuld wird im konkreten Fall mittels der negativen Methode festgestellt, indem man fragt, ob dem Täter einer der taxativ genannten Schuldaußschließungsgründe zugutekommt. Einige Delikte – wie das für die vorliegende Untersuchung wichtige Delikt des Totschlags gem. § 76 öStGB – enthalten besondere Schuldmerkmale, deren Vorliegen – als sogenannter Schuldtatbestand – positiv festgestellt werden muss.

II.1.1.2. Tötungstatbestände

Bei den vorsätzlichen Tötungsdelikten ist im österreichischen Strafgesetz das *zweistufige Modell* mit dem Mord gem. § 75 öStGB als Normalfall vorsätzlicher Tötung und verschiedenen Abwandlungen des genannten Delikts als milderer Fällen vorsätzlicher Tötung verwirklicht. Ausgangs- oder Grunddelikt ist nach dem Gesagten der – schwere Fallvarianten mit einschließende – Normalfall der vorsätzlichen Tötung.

Von den vorsätzlichen Tötungsdelikten kommen für alle vier Fallvarianten zunächst nur der Ausgangstatbestand des *Mordes* gem. § 75 öStGB oder das mildere Delikt des *Totschlags* gem. § 76 öStGB in Betracht. Beide Delikte müssen nicht mit Absicht verwirklicht werden, sondern es genügt die Begehung mit Eventualvorsatz gem. § 5 Abs. 1 2. HS öStGB.

§ 75 öStGB

Wer einen anderen tötet, ist mit [...] zu bestrafen.

§ 76 öStGB

Wer sich in einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung dazu hinreißen lässt, einen anderen zu töten, ist mit [...] zu bestrafen.

Nach § 75 öStGB ist mit lebenslanger oder mit Freiheitsstrafe von zehn bis zu 20 Jahren zu bestrafen, wer – unabhängig vom Vorliegen besonderer Handlungs- oder Gesinnungsmerkmale – einen anderen Menschen vorsätzlich tötet. § 76 öStGB droht für die vorsätzliche Tötung eines Menschen im „Affekt“ Freiheitsstrafe von fünf bis zu zehn Jahren an. Diese Strafdrohung wird hinsichtlich ihrer Schwere unterschiedlich beurteilt.³³ Den Affekt umschreibt das Gesetz als „allgemein be-

³³ *Kienapfel/Schroll*, BT I, § 76 Rz. 5, und *Moos*, in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), WK², § 76 Rz. 2, sowie *ders.*, LJZ 1/1991, 9 (11 mit Fn. 20), merken kritisch an, dass die Untergrenze von 5 Jahren generell zu hoch angesetzt ist. Sie weisen a.a.O. darauf hin, dass die Praxis dies bisweilen (*Kienapfel*: „viel zu selten“; *Moos*: „in fast der Hälfte aller Fälle“) durch die Anwendung des außerordentlichen Milderungsrechts (vgl. dazu unten II.1.1.4.1.) ausgleiche. – A.M. *Tschulik*, in: Göppinger/Bresser (Hrsg.), Tötungsdelikte, S. 43. Auch der OGH meint in RZ 1990/91, dass dieses „vom objektiven Tatumwert her sehr schwere Verbrechen [...] mit einer vergleichsweise geringen Strafdrohung versehen wurde“.

greifliche heftige Gemütsbewegung“, in der sich der Täter zur Tat „hinreißen lassen“ muss. Er stellt einen schuld mindernden Umstand dar.³⁴

In Variante 4 kommt für den Fall der Annahme eines vorwerfbaren Notwehr excesses aus Furcht einerseits oder der Annahme einer vorwerfbaren Putativnotwehr oder eines vorwerfbaren Putativnotwehrexcesses aus Furcht andererseits der Tatbestand der *fahrlässigen Tötung* gem. § 80 öStGB zur Anwendung. Danach ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen, „wer fahrlässig den Tod eines anderen herbeiführt“. Zu diesem Grunddelikt enthält § 81 öStGB alternativ gefasste Handlungsqualifikationen, die vor allem für den Straßenverkehr bedeutsam und hier nicht weiter relevant sind.

Einige Interviewpartner haben – trotz der bei T als feststehend angenommenen Tötungsabsicht – zwei weitere Delikte ins Spiel gebracht: Die *Körperverletzung mit tödlichem Ausgang* gem. § 86 öStGB und die *absichtliche schwere Körperverletzung* gem. § 87 Abs. 2 2. Fall öStGB. Bei beiden handelt es sich um erfolgsqualifizierte Vorsatzdelikte.

Gemäß der Struktur des Delikts nach § 86 öStGB genügt es für dessen Erfüllung, wenn der Täter mit Vorsatz auf eine (leichte) Körperverletzung oder auf eine bloße körperliche Misshandlung gegen das Opfer handelt und zumindest fahrlässig dessen Tod herbeiführt. Dafür sieht das Gesetz eine Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren vor. Diese im Verhältnis zum geringen Vorsatzanteil des Delikts nicht unproblematisch hohe Obergrenze entspricht somit jener für das vorsätzliche Tötungsdelikt Totschlag und kommt an die Untergrenze der Strafdrohung für Mord heran; der gesamte Strafrahmen entspricht jenem für Totschlag unter Anwendung des außerordentlichen Strafmilderungsrechts gem. § 41 Abs. 1 und 2 öStGB (dazu unten II.1.1.4.1.).

Beim Delikt nach § 87 Abs. 2 2. Fall öStGB muss der Täter mit Absicht auf eine schwere Verletzung des Opfers gegen dieses tätig werden und dadurch zumindest fahrlässig dessen Tod herbeiführen. Dafür ist der gleiche Rahmen wie beim vorsätzlichen Tötungsdelikt Totschlag, nämlich Freiheitsstrafe von fünf bis zu zehn Jahren, angedroht.

Die beiden angeführten Körperverletzungsdelikte lassen im Hinblick auf ihre strengen Strafdrohungen den Schluss zu, dass sie als Auffangdelikte bei Nichterweisbarkeit des Tötungsvorsatzes dienen sollen.³⁵ Sie erinnern an den alten Grundsatz des *versari in re illicita*, der durch das heute herrschende Schuldprinzip überwunden sein sollte.³⁶ Es wird daher vorgeschlagen, die Anwendung dieser Delikte dadurch zu begrenzen, dass man eine sich aus der vorsätzlichen Körperverletzung ergebende objektive Sorgfaltswidrigkeit hinsichtlich der Todesfolge ein-

³⁴ Näher dazu unten III.1.1.1.1.

³⁵ So auch *Kienapfel/Schroll*, BT I, § 86 Rz. 3, und *Moos*, LJZ 1/1991, 11.

³⁶ In diesem Sinne kritisch *Moos*, LJZ 1/1991, 11.

schränkend interpretiert,³⁷ etwa indem man eine Körperverletzung fordert, die wenigstens objektiv lebensgefährlich ist.³⁸

II.1.1.3. Straffreistellungen

Als Rechtfertigungsgrund ist bei Fallvariante 4 die Notwehr nach § 3 öStGB zu überlegen.

Bei allen Fallvarianten stellt sich – wenn man das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen verneint – die Frage nach Schuldausschließungsgründen. Als solche kommen Zurechnungsunfähigkeit, entschuldigender Notstand und – nur für die Fallvariante 4 – (Putativ-)Notwehrüberschreitung aus asthenischem Affekt in Betracht.

Nähere Ausführungen zu den angeführten Straffreistellungen finden sich unter III. vor den einzelnen Fallvarianten.

Als weitere Straffreistellung ist bei Fallvariante 4 die *irrtümliche Annahme eines rechtfertigenden Sachverhalts* gem. § 8 öStGB zu überlegen. Die dogmatische Einordnung dieses Irrtums ist strittig (vgl. dazu unten III.4.1.2.1. Fn. 93).

II.1.1.4. Strafzumessung

Bei der Strafzumessung bezüglich der T geht es einmal um die Festsetzung des Ausmaßes der über sie zu verhängenden Freiheitsstrafe bei gegebenem Strafrahmen (Strafzumessung i.e.S.). Hierher gehört auch die Frage, ob der gesetzliche Strafrahmen im Wege der außerordentlichen Strafmilderung gem. § 41 Abs. 1 und Abs. 2 öStGB unterschritten werden kann. Zum anderen gilt es zu beantworten, ob das Gericht gem. § 37 öStGB anstelle einer Freiheitsstrafe eine Geldstrafe verhängen und ob es die Strafe gem. den §§ 43 und 43a öStGB bedingt nachsehen³⁹ kann (Strafzumessung i.w.S.).

³⁷ Dafür auch *Kienapfel/Schroll*, BT I, § 86 Rz. 8, mit weiteren Angaben aus Judikatur und Literatur.

³⁸ So *Moos*, LJZ 1/1991, 10, und *ders.*, in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), WK², § 75 Rz. 6: „Eine Ausschöpfung der oberen Hälfte des Strafrahmens des § 86 sollte darum nur erfolgen, wenn die spezifische Sorgfaltswidrigkeit der konkreten Tat hinsichtlich der Todesgefahr in besonderem Maße erhöht ist.“

³⁹ Dieses Rechtsinstitut entspricht dem der Strafaussetzung zur Bewährung der §§ 56 ff. dStGB.

II.1.1.4.1. Strafzumessung im engeren Sinne

Für die Strafzumessung i.e.S. ist vorrangiges Strafzumessungsziel, das Strafmaß entsprechend der vom Täter verwirklichten Schuld festzusetzen (§ 32 Abs. 1 öStGB):

§ 32 Abs. 1 öStGB

Grundlage für die Bemessung der Strafe ist die Schuld des Täters.

Die Schuld ist aber nicht das einzige Strafzumessungsziel: Obwohl das Gesetz dazu bis zum Jahr 1996 keine explizite Aussage machte,⁴⁰ sind seit jeher nach h.M. in Literatur und Judikatur bei der Strafzumessung i.e.S. auch die Zwecke der – in einem umfassenden Sinn und bislang als gleichrangig⁴¹ verstandenen – General- und Spezialprävention zu berücksichtigen.⁴² Dies hat gemäß h.M. jedoch nur innerhalb des Bereichs des Schuldangemessenen zu erfolgen.⁴³ Die Schuld bildet danach eine Grenze für die Strafzumessung nach oben und nach unten.

⁴⁰ Der Gesetzgeber hat durch Aufnahme einer entsprechenden Formulierung in die Grundsatzbestimmung des § 32 Abs. 2 öStGB durch das Strafrechtsänderungsgesetz 1996, BGBl 1996/762, das am 1.3.1997 in Kraft getreten ist, klargestellt, dass er jedenfalls die Spezialprävention neben der Schuld als Strafzumessungsziel verstanden wissen will. Die Generalprävention bleibt in dieser Bestimmung nach wie vor unerwähnt. Daraus den Schluss zu ziehen, dass die generalpräventiven Bedürfnisse bei dem in Rede stehenden Strafzumessungsakt unbeachtlich sind, wäre m.E. jedoch verfehlt. Das ergibt sich nicht nur eindeutig aus den Gesetzesmaterialien, sondern lässt sich auch aus einem systematisch-teleologischen Argument gewinnen: Gemäß der Bestimmung des § 42 öStGB sind für die Beurteilung, ob der Strafwert einer Tat die Größe Null erreicht, Spezial- und Generalpräventionsbedürfnisse zu berücksichtigen. Es ist nicht einzusehen, warum dies bei der „Ausmessung“ einer Strafgröße, die oberhalb dieses Wertes liegt, nicht der Fall sein soll. – Eine andere Frage ist, ob aus der ausdrücklichen Anführung der Spezialprävention in § 32 öStGB ihr Vorrang gegenüber der Generalprävention bei der Strafzumessung innerhalb eines gegebenen Strafrahmens abgeleitet werden muss. Dem kann an dieser Stelle aber nicht nachgegangen werden.

⁴¹ „Gleichrangig“ bedeutet hier nach h.M., dass eine allfällige Antinomie zwischen den beiden Präventionsbedürfnissen in der Weise aufzulösen ist, dass jeweils der Zweck maßgebend ist, nach dem sich im Einzelfall das höhere Strafbedürfnis ergibt. So bereits *Nowakowski*, StPdG II, S. 189, und *Burgstaller*, ZStW 94 (1982), 134. A.M. hingegen *Zipf*, Grundsätze, S. 67, der meint, dass bei gegebener Antinomie die Präventionsbedürfnisse „nach den zu beachtenden Gesichtspunkten des Einzelfalles ausbalanciert werden“ müssten.

⁴² So grundlegend *Nowakowski*, StPdG II, S. 169 ff., und *Zipf*, ÖJZ 1979, 201 ff., sowie weiters etwa *Burgstaller*, ZStW 94 (1982), 131 ff.; *Leukauf/Steininger*, StGB, § 32 Rz. 9 ff., und *Platzgummer*, in: Foregger/Nowakowski (Hrsg.), WK¹, § 19 Rz. 6. Aus der Judikatur etwa OGH in EvBl 1978/49, 1981/117, 1984/38, und in ÖJZ-LSK 1979/2, 1981/3 und 1983/7. A.M. insbes. *Kunst*, in: Foregger/Nowakowski (Hrsg.), WK¹, § 32 Rz. 16; *ders.*, ÖJZ 1977, 481 ff.; *ders.*, RZ 1978, 117 f., sowie *Pallin*, Strafzumessung, Rz. 5 ff.

⁴³ *Maleczky*, AT II, S. 47 ff.; *Seiler*, AT II, Rz. 198 ff., insbes. 202 ff. A.M. *Hauptmann*, RZ 1977, 114, der ein Unterschreiten der schuldangemessenen Strafe aus general- oder spezialpräventiven Gründen für zulässig, ja sogar für geboten erachtet.

Die Schuld i.S.d Strafummessungsrechts versteht sich grundsätzlich als Einzeltat-schuld. Sie setzt sich aus mehreren Bestandteilen zusammen. Einer davon ist der sogenannte Schuld- oder Gesinnungsunwert, bei dem es darum geht, inwieweit der Mangel des Täters an Wertverbundenheit von jenem der in § 10 öStGB genannten Maßfigur abweicht, und der nach h.M. auch eine gewisse Täterschuldkomponente enthält. Ein weiterer Bestandteil der Schuld ist das verschuldete Unrecht. Dazu gehört jedenfalls der – objektive und subjektive – Handlungsunwert bzw. das entsprechende Handlungsunrecht. Ob darüber hinaus auch der vom Täter verschuldete Erfolgswert, nämlich der Unwert des tatsächlich eingetretenen Erfolgs, einbezogen werden sollte, ist strittig. Die überwiegende Lehre und die Rechtsprechung bejahen dies.⁴⁴

Für die hier relevanten *Strafummessungstatsachen* enthält das öStGB zahlreiche Regelungen: In § 32 öStGB finden sich „allgemeine Grundsätze“, § 33 öStGB enthält einen beispielhaften Katalog von „besonderen Erschwerungsgründen“ und § 34 öStGB einen solchen von „besonderen Milderungsgründen“.

Nach der Grundaussage in § 32 Abs. 2 öStGB hat das Gericht bei Bemessung der Strafe

die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen und auch auf die Auswirkungen der Strafe und anderer zu erwartender Folgen der Tat auf das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft Bedacht zu nehmen.⁴⁵ Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen könnte.

Gem. § 32 Abs. 3 öStGB ist die Strafe im Allgemeinen

umso strenger zu bemessen, je größer die Schädigung oder Gefährdung ist, die der Täter verschuldet hat oder die er zwar nicht herbeigeführt, aber auf die sich sein Verschulden erstreckt hat, je mehr Pflichten er durch seine Handlung verletzt, je reiflicher er seine Tat überlegt, je sorgfältiger er sie vorbereitet oder je rücksichtsloser er sie ausgeführt hat und je weniger Vorsicht gegen die Tat hat gebraucht werden können.

In unseren Fallvarianten kommen als *erschwerende Faktoren* zusätzlich zum hohen Unwert einer vollendeten absichtlichen Tötung als solcher (§ 32 Abs. 3 a.A. öStGB) in Variante 1 das geplante Vorgehen der T (ebenfalls § 32 Abs. 3 öStGB) und die Tatsache in Betracht, dass T „bei Begehung der Tat die Wehrlosigkeit“ des O „ausgenützt hat“ (§ 33 Ziff. 7 öStGB).

⁴⁴ Vgl. nur *Burgstaller*, ZStW 94 (1982), 134 f.; *Kunst*, ÖJZ 1977, 485 Fn. 45; *Leukauf/Steininger*, StGB, § 32 Rz. 6, und *Pallin*, Strafummessung, Rz. 12, 16, 27, jeweils mit Nachweisen aus der Judikatur.

⁴⁵ Dieser zuletzt angeführte, die Spezialprävention betreffende Halbsatz wurde durch das in Fn. 40 genannte Strafrechtsänderungsgesetz 1996 in die im Übrigen unveränderte Bestimmung des § 32 eingefügt.

Als *mildernd* schlägt für T in allen Varianten zu Buche, dass sie sich aufgrund der desolaten Ehesituation in einer Notlage und wahrscheinlich in einem dadurch bedingten psychischen Ausnahmezustand befunden hat – beides Umstände, die ihre Willenskraft zur Abstandnahme von der Tatausführung und damit ihre Schuld i.e.S. deutlich herabgesetzt haben (vgl. § 32 Abs. 2 a.E. öStGB). Möglicherweise lag bei ihr sogar verminderte Zurechnungsfähigkeit und damit der Milderungsumstand des § 34 Abs. 1 Ziff. 1 öStGB (Tatbegehung „unter dem Einfluss eines abnormen Geisteszustandes“) sowie allenfalls zusätzlich auch der des § 34 Abs. 1 Ziff. 11 öStGB (Tatbegehung „unter Umständen, die einem Schuldausschließungsgrund nahekommen“) vor. Hinzu kommt, dass T unbescholten ist, womit der von der Praxis als sehr gewichtig angesehene Milderungsgrund des § 34 Abs. 1 Ziff. 2 öStGB erfüllt ist. Falls T, was bei solchen Täterinnen regelmäßig der Fall ist, „ein reumütiges Geständnis abgelegt“ oder durch ihre Aussage „wesentlich zur Wahrheitsfindung beigetragen hat“, ist ein weiterer Milderungsumstand (§ 34 Abs. 1 Ziff. 17 öStGB) gegeben. Als anerkannter Milderungsgrund außerhalb des gesetzlichen Katalogs ist zuletzt das Mitverschulden des Opfers zu nennen.

Für die Berücksichtigung der genannten Faktoren beim konkreten Strafbemessungsvorgang enthält das öStGB in § 32 Abs. 2 einige Grundaussagen: Danach hat das Gericht „die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen“. Daraus ergibt sich einmal, dass es nicht auf die Anzahl, sondern auf das Gewicht der jeweils vorliegenden Strafzumessungstatsachen ankommt. Zweitens ergibt sich daraus das sogenannte Doppelverwertungsverbot. Es bedeutet in unserem Zusammenhang, dass der bei T allenfalls vorliegende Affekt für den Fall ihrer Verurteilung wegen Totschlags statt wegen Mordes nicht (nochmals) als mildernd herangezogen werden darf.

Die Gewichtung der vorliegenden Strafzumessungsfaktoren *in concreto* und deren „Umwertung“ in eine bestimmte Strafgröße ist dem richterlichen Ermessen anheimgestellt. Für diesen Wertungsakt bietet die Literatur aber immerhin einige Leitlinien an.

Die erste ergibt sich aus den Ober- und Untergrenzen des heranzuziehenden Strafrahmens. Die Obergrenze – bzw. bei Mord die lebenslange Freiheitsstrafe – markiert das Strafmaß für Deliktsverwirklichungen, bei denen ein sehr hoher Unrechtsgehalt mit einem sehr hohen Schuldgehalt zusammentrifft. Eine allenfalls vorhandene Untergrenze bezeichnet die Strafe für leichte Fälle, die für die betreffende Deliktsart noch typisch sind. Für atypisch leichte Deliktsbegehungen wird durch das Rechtsinstitut der *außerordentlichen Strafmilderung bei Überwiegen der Milderungsgründe* gem. § 41 Abs. 1 und Abs. 2 öStGB ein Bereich unterhalb der Untergrenze eröffnet.

Das bezeichnete Rechtsinstitut⁴⁶ kommt einem Täter dann zugute, wenn die Milderungs- die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen und begründete Aussicht besteht, dass er auch bei Verhängung einer das Mindestmaß unterschreitenden Freiheitsstrafe keine weiteren strafbaren Handlungen begehen wird. Bei Mord kann danach auf Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr (§ 41 Abs. 1 Ziff. 1 öStGB), beim Delikt des Totschlags auf Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten (§ 41 Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Abs. 2 öStGB) heruntergegangen werden.

Als weitere Leitlinie bei der sogenannten Umwertung dient die heute in Österreich im Kern allgemein akzeptierte⁴⁷ Lehre von den Strafpositionen.⁴⁸ Sie kommt zu dem Ergebnis, dass dem Richter innerhalb eines Strafrahmens nicht jede beliebige, sondern nur eine gewisse Anzahl von – runden – Strafgrößen tatsächlich zur Verfügung steht.⁴⁹

Eine weitere Hilfestellung bietet der Vergleich des konkret zu beurteilenden Falles mit dem Bereich der Regelfälle der betreffenden Deliktsverwirklichung. Für diesen Bereich lässt sich ein genereller Richtwert (die sogenannte Einstiegsstrafe) ermitteln. Er ist vom jeweiligen Delikt abhängig und liegt im Allgemeinen deutlich unterhalb der arithmetischen Mitte eines Strafrahmens.⁵⁰

II.1.1.4.2. Strafzumessung im weiteren Sinne

Die gesetzlichen Voraussetzungen für die *bedingte Nachsicht der ganzen oder eines Teils der Strafe* (§ 43 und § 43a i.V.m. § 41 Abs. 3 neu öStGB) wurden zwischen dem Zeitpunkt der Befragungen und dem der Abfassung des Landesberichts durch das Gesetz über die Einführung besonderer Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung organisierter Kriminalität aus dem Jahr 1997 geändert. Im Hinblick auf den Zeitpunkt der Befragungen beziehen sich die Ausführungen zu den beiden Rechtsinstituten in dieser Untersuchung auf die alte Rechtslage, die den Abs. 3 des § 41 noch nicht enthielt. Danach war eine bedingte Strafnachsicht beim Delikt des Mordes schon wegen der Höhe der gesetzlich angedrohten Freiheitsstrafe nicht zulässig. Gem. § 43 Abs. 1 Satz 1 a.F. öStGB war nämlich die bedingte Strafnachsicht ausgeschlossen, wenn die strafbare Handlung mit lebenslanger Freiheitsstrafe

⁴⁶ Im Folgenden wird für dieses Rechtsinstitut – unter Weglassung der §-Angabe – die Kurzbezeichnung „außerordentliche Strafmilderung“ verwendet.

⁴⁷ Vgl. dazu *Burgstaller*, ZStW 94 (1982), 148 f.; *Kunst*, ÖJZ 1972, 541, und *ders.*, in: *Foregger/Nowakowski* (Hrsg.), WK¹, § 32 Rz. 36, sowie *Pallin*, Strafzumessung, Rz. 100.

⁴⁸ *Grundlegend Graßberger*, Strafzumessung, S. 77 ff., und *ders.*, ÖJZ 1961, 176 ff.

⁴⁹ Auf die verschiedenen Ausgestaltungen dieser Lehre im Einzelnen kann hier nicht eingegangen werden.

⁵⁰ *Burgstaller*, ZStW 94 (1982), 149; *Kunst*, ZnStR I, 88, und *ders.*, in: *Foregger/Nowakowski* (Hrsg.), WK¹, § 32 Rz. 37, sowie *Pallin*, Strafzumessung, Rz. 100 und 107.

oder mit Freiheitsstrafe von mindestens zehn Jahren bedroht ist.⁵¹ Von dieser Einschränkung abgesehen, war – und ist übrigens auch nach der neuen Rechtslage – die Anwendung des in Rede stehenden Rechtsinstituts allein von der tatsächlich verhängten Strafe abhängig.

Bei Verurteilung der T wegen Totschlags gem. § 76 öStGB oder absichtlicher schwerer Körperverletzung nach § 87 Abs. 2 2. Fall öStGB ist die Anwendung der bedingten Strafnachsicht nur im Zusammenwirken mit der außerordentlichen Strafmilderung möglich, was hier nicht sehr wahrscheinlich ist.

Praktische Bedeutung erlangen beide Formen der bedingten Strafnachsicht nur in Fallvariante 4, falls die T wegen fahrlässiger Tötung (Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr) oder wegen Körperverletzung mit tödlichem Ausgang (Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren) schuldig gesprochen wird.

Wird die T nämlich zu einer *zwei Jahre nicht übersteigenden* Freiheitsstrafe verurteilt, so ist die Strafe gem. § 43 öStGB zur Gänze bedingt nachzusehen, wenn es nicht ihrer Vollstreckung aus Spezial- oder Generalpräventionserfordernissen bedarf. Die beiden Präventionsbedürfnisse sind nach übereinstimmender Meinung gleichrangig. Das bedeutet, dass die Gewährung der bedingten Strafnachsicht durch das Vorliegen auch nur eines der beiden Bedürfnisse verhindert werden kann.⁵²

Liegen – bei einer konkret zu verhängenden Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten und höchstens zwei Jahren – nicht die Voraussetzungen für eine bedingte Nachsicht der ganzen Strafe vor, so hat das Gericht anstelle eines Teils dieser Strafe auf eine Geldstrafe zu erkennen und den restlichen Teil bedingt nachzusehen, sodass sich eine Kombination unbedingte Geldstrafe – bedingte Freiheitsstrafe ergibt (§ 43a Abs. 2 öStGB).

Kann auch nach der eben genannten Bestimmung nicht vorgegangen werden, so ermöglicht das Gesetz, dass ein Teil der verhängten Freiheitsstrafe, welcher mindestens einen Monat betragen muss und höchstens ein Drittel der gesamten Strafe ausmachen darf, unbedingt ausgesprochen und der restliche, weitaus größere Teil der Strafe bedingt nachgesehen wird. Das Höchstmaß der Gesamtstrafe, für die eine derartige Kombination unbedingte Freiheitsstrafe – bedingte Freiheitsstrafe in Betracht kommt, ist eine *zweijährige* bzw. – bei besonders günstiger spezialpräventiver Prognose – eine *dreijährige* Freiheitsstrafe (§ 43a Abs. 3 und 4 öStGB).

⁵¹ Seit dem genannten Gesetz (BGBl 1997/105) sind beide Formen der bedingten Strafnachsicht bei allen Delikten und bei verhängten Freiheitsstrafen von nicht mehr als 5 Jahren – allerdings bei beträchtlichem Überwiegen der Milderungsgründe und günstiger spezialpräventiver Prognose, vgl. § 41 Abs. 1 i.V.m. § 41 Abs. 3 n.F. öStGB – grundsätzlich anwendbar.

⁵² Das ist die übereinstimmende Meinung. In diesem Sinne hier auch – entgegen der Auslegung der „Gleichrangigkeit“ der Präventionsbedürfnisse bei der Strafzumessung i.e.S. (vgl. dazu oben bei und in Fn. 41) – *Zipf*, Gutachten, S. 65 f.

Als für die Entscheidung über jegliche bedingte Nachsicht maßgebende Real-faktoren nennt das Gesetz „insbesondere die Art der Tat, die Person des Rechtsbrechers, den Grad seiner Schuld, sein Vorleben und sein Verhalten nach der Tat“ (§ 43 Abs. 1 öStGB). Sie sind sowohl für die Beurteilung des Spezial- als auch des Generalpräventionserfordernisses beachtlich.

In der Praxis spielt im Hinblick auf die Spezialprävention die Persönlichkeit des Täters, insbesondere dessen bisherige Unbescholtenheit, eine entscheidende Rolle. Unter generalpräventiven Aspekten kommt der Art der Tat besondere Bedeutung zu. In diesem Zusammenhang wird im Schrifttum betont, dass aus generalpräventiven Gründen eine bedingte Strafnachsicht bei keinem Delikt, also auch nicht bei einem Delikt mit Todesfolge, generell verweigert werden darf. Selbstredend wird das zuletzt genannte Präventionserfordernis beim Vorliegen von Tatumständen, „die einem Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund nahekommen“,⁵³ stark herabgesetzt.

Falls die T in Fallvariante 4 der fahrlässigen Tötung schuldig erkannt wird, kann anstelle einer kurzen Freiheitsstrafe nach § 37 Abs. 1 öStGB eine Geldstrafe über sie verhängt werden. Dies hat zu erfolgen, wenn eine höchstens sechsmonatige Freiheitsstrafe auszusprechen wäre und die – als gleichrangig angesehenen – Bedürfnisse der General- und Spezialprävention auch durch eine Geldstrafe erfüllt werden können. Die oben für die Entscheidung über eine bedingte Nachsicht genannten Real-faktoren sind allesamt auch hier heranzuziehen.

Zuletzt besteht die Möglichkeit, die über § 37 öStGB „erzielte“ Geldstrafe ihrerseits nach § 43 oder § 43a Abs. 1 öStGB bedingt oder teilbedingt nachzusehen.

Ob diese Strafart über T verhängt wird, ist wesentlich vom Gerichtssprengel abhängig, in dem Ts Verurteilung stattfindet. Der Einsatz der bedingten Geldstrafe als solcher ist in Österreich nämlich regional sehr unterschiedlich: Das in einschlägigen empirischen Untersuchungen diesbezüglich zutage getretene starke Ost-West-Gefälle zeigt sich auch bei den Verurteilungen wegen fahrlässiger Tötung gem. § 80 öStGB. Dazu ergibt eine Untersuchung von *Graff*⁵⁴ für die in den Jahren 1988 bis 1997 wegen § 80 öStGB rechtskräftig verurteilten nicht vorbestraften Erwachsenen folgendes Bild: Während die bedingte Geldstrafe im Durchschnitt im Oberlandesgerichts-(OLG-)Sprengel Innsbruck über ungefähr drei Viertel der Verurteilten und im OLG-Sprengel Linz immerhin noch über etwa ein Drittel verhängt wird, liegt ihr Anteil an allen Verurteilungen im OLG-Sprengel Wien bei etwa 10 % und im OLG-Sprengel Graz bei ungefähr 12, im Jahr 1997 sogar nur bei 3 %.

⁵³ Vgl. dazu auch § 37 Abs. 2 öStGB.

⁵⁴ RZ 2000, 2. Vgl. dazu bereits die grundlegende Untersuchung von *Burgstaller/Csaszar*, ÖJZ 1985, 1 ff. und 43 ff. Zu beachten ist freilich, dass etwa 80 % der Verurteilungen wegen § 80 öStGB auf Deliktsbegehungen im Bereich des Straßenverkehrs entfallen. Die einzelnen kriminologischen Erscheinungsformen der fahrlässigen Tötung sind in der Gerichtlichen Kriminalstatistik nicht gesondert ausgewiesen.

II.1.2. Wesenszüge des Strafverfahrensrechts

II.1.2.1. Generelle Beschreibung der Verfahrensstruktur und Prozessgrundsätze

Das österreichische Strafverfahren lässt sich schlagwortartig als Anklageprozess mit Ermittlungsgrundsatz kennzeichnen. Die Hauptverhandlung und Urteilsfällung vor dem erkennenden Gericht steht bei schweren Straftaten Senaten, sonst einem Einzelrichter zu. Unter den Senaten sind den Geschworenengerichten gemäß der Verfassung – neben den (absolut) politischen Delikten – die schwersten Straftaten, den Schöffengerichten die sonstigen sehr schweren Delikte zugewiesen.⁵⁵ Über strafbare Handlungen, die mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bedroht sind, entscheidet grundsätzlich ein Einzelrichter des Landesgerichts,⁵⁶ und über Delikte, für die eine höchstens 1-jährige Freiheitsstrafe oder nur Geldstrafe angedroht ist, erkennt grundsätzlich der Bezirksrichter. Von den genannten Gerichten kommen für die Fallvarianten 1 bis 4 das Geschworenen- und das Schöffengericht sowie – als zusätzliche Alternative – für Variante 4 das Bezirksgericht in Betracht.

Den jeweiligen – öffentlichen – Hauptverhandlungen vor dem Schöffen- und dem Geschworenengericht geht ein gerichtliches Vorverfahren voraus. Es gliedert sich nach dem Konzept der öStPO⁵⁷ in Vorerhebungen, die unter der Leitung des Staatsanwalts (StA) stehen, und in eine förmliche Voruntersuchung, die vom Untersuchungsrichter (UR) geleitet wird.⁵⁸ Der StA darf jedoch (bei sonstiger Nich-

⁵⁵ Die Geschworenen- und die Schöffengerichtsbarkeit sind gem. Art. 91 Abs. 2 und 3 des Bundes-Verfassungsgesetzes 1920, BGBl 1920/1, i.d.F. von 1929, BGBl 1930/1 (B-VG) verfassungsrechtlich abgesichert. – Den Geschworenengerichten sind einerseits kraft Einzelzuweisung alle absolut politischen Delikte, die in § 14 Abs. 1 Ziff. 1–10 öStPO taxativ aufgezählt sind, und andererseits gem. § 14 Abs. 1 Ziff. 11 öStPO alle anderen Verbrechen zugewiesen, die mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder mit einer zeitlichen Freiheitsstrafe bedroht sind, deren Untergrenze nicht weniger als 5 Jahre und deren Obergrenze mehr als 10 Jahre beträgt. In die Zuständigkeit der Schöffengerichte fallen einerseits kraft Einzelzuweisung bestimmte, in § 13 Abs. 2 Ziff. 2–7 öStPO taxativ angeführte schwere Deliktsfälle und andererseits gem. § 13 Abs. 2 Ziff. 1 öStPO alle Delikte, die mit einer 5 Jahre übersteigenden Freiheitsstrafe bedroht sind. Vgl. zum Ganzen *Burgstaller*, in: Korinek/Holoubek (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, mit zahlreichen Nachweisen. Die durch das Strafrechtsänderungsgesetz 1987, BGBl 605, erfolgte bedenkliche Einschränkung der generellen Zuständigkeit des Schöffengerichts (es war vordem für alle Delikte zuständig, die mit mehr als 3 Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind), die zugleich eine Ausweitung der Einzelrichterzuständigkeit bedeutete, wird von *Burgstaller*, a.a.O., Rz. 39, als verfassungswidrig eingestuft. In diesem Sinne bereits *Steininger*, ÖJZ 1988, 494, und *Schmidt*, JBl 1989, 147.

⁵⁶ Vgl. dazu die in der vorigen Fn. angeführte Kritik.

⁵⁷ Strafprozessordnung 1975, BGBl 1975/631. Die öStPO ist in der Zwischenzeit nach mehreren Änderungen i.d.F. BGBl I 2010/108 in Geltung.

⁵⁸ Durch das Strafprozess-Reformgesetz, BGBl I 2004/19, das am 1.1.2008 in Kraft trat, wurde das gerichtliche Vorverfahren mit dem Untersuchungsrichter durch ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren nach deutschem Vorbild ersetzt. Vgl. dazu näher *Bertel/Venier*, Strafprozessordnung, und *Seiler*, Strafprozessreform. Durch diese Reform änderte sich das Vor- bzw. Ermittlungsverfahren nicht nur strukturell, sondern auch mit

tigkeit) selbst keine Untersuchungshandlungen vornehmen, sondern muss sich dafür der Sicherheitsbehörden,⁵⁹ des UR oder des Bezirksgerichts bedienen. Die *gerichtliche* Voruntersuchung ist in einem Verfahren, dessen Hauptverhandlung vor einem Geschworenengericht stattfindet, obligatorisch. In allen anderen Fällen bleibt es dem Ermessen des Staatsanwalts überlassen, ob er sie beantragt oder nicht.⁶⁰ Vor dem Beginn des gerichtlichen Vorverfahrens werden in der Praxis regelmäßig sicherheitsbehördliche Ermittlungen geführt.

Im bezirksgerichtlichen Verfahren finden vor der Hauptverhandlung bei Bedarf formlose Vorerhebungen durch die Sicherheitsbehörden statt.

Von den *Grundsätzen*, die das österreichische gerichtliche Strafverfahren kennzeichnen,⁶¹ sollen im Folgenden nur diejenigen skizziert werden, die entweder für das Verständnis dieses Verfahrens besonders wichtig sind oder die bei den Befragungen eine Rolle gespielt haben.

Bezüglich der *Einleitung des Verfahrens* herrschen Anklagegrundsatz, Offizialmaxime und Legalitätsprinzip: Entsprechend dem – verfassungsrechtlich abgesicherten – *Anklagegrundsatz* darf das Strafverfahren nur auf Antrag eines berechtigten Anklägers eingeleitet und aufrechterhalten werden. Der Ankläger besitzt also die sogenannte Sachdisposition. Gemäß der *Offizialmaxime* steht die Anklage bzw. das Verfolgungsrecht grundsätzlich dem Staat zu, der sie durch die Staatsanwaltschaft ausübt. Gemäß dem *Legalitätsprinzip* ist der Staatsanwalt von Amts wegen verpflichtet, alle zu seiner Kenntnis gelangenden Offizialdelikte zu verfolgen und das Strafverfahren zu veranlassen, wenn der Tatverdacht eine Verurteilung erwarten lässt. Dieser streng verstandene Anklagezwang wurde bisher nur von wenigen Ausnahmen durchbrochen, die in unserem Zusammenhang nicht relevant sind.

Bezüglich der *Beweisaufnahme* gilt der *Ermittlungsgrundsatz* oder der *Grundsatz der amtswegigen materiellen Wahrheitserforschung*. Danach ist das Gericht (das ist in der Voruntersuchung der Untersuchungsrichter) verpflichtet, von sich aus alle Umstände zu erheben, die zur Entlastung oder Belastung des Beschuldigten dienen können. Der Grundsatz der amtswegigen Wahrheitsforschung verpflichtet auch die Staatsanwälte. Gegebenenfalls müssen sie auch Rechtsmittel zugunsten des Beschuldigten ergreifen.

Bezug auf die Paragrafenangaben (vgl. §§ 1–209 öStPO n.F.). Diese Änderungen hätten auf die Befragungen – hätten sie nach dem 1.1.2008 stattgefunden – jedoch keine Auswirkungen gehabt. Die Prozessgrundsätze, das Haupt- und Rechtsmittelverfahren werden im Wesentlichen unverändert beibehalten. Die im Text enthaltenen Paragrafen und Ausführungen beziehen sich im Hinblick auf den Zeitraum der Befragungen auf die vor dem BGBl I 2004/19 bestehende Rechtslage.

⁵⁹ In der Praxis werden die Vorerhebungen von den *Sicherheitsbehörden*, insbes. der Polizei, durchgeführt.

⁶⁰ Der gerichtlichen Voruntersuchung kommt daher in der Praxis geringe Bedeutung zu.

⁶¹ Vgl. dazu näher *Bertel/Venier*, Strafprozessrecht, 1. Kapitel; *Platzgummer*, Grundzüge, 1. Teil, und *Seiler*, Strafprozessrecht, 1. Kapitel § 5.

Weiters besteht der *Grundsatz der freien Beweiswürdigung*: Über die Frage, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist, „entscheiden die Richter nicht nach gesetzlichen Beweisregeln, sondern nur nach ihrer freien, aus der gewissenhaften Prüfung aller für und wider vorgebrachten Beweismittel gewonnenen Überzeugung“ (§ 258 Abs. 2 öStPO).

Die zuletzt genannte Maxime wird durch den Grundsatz *in dubio pro reo* ergänzt: Wenn bei der Beweiswürdigung Tatsachen zweifelhaft bleiben, muss das erkennende Gericht die für den Angeklagten günstigere Variante seiner Entscheidung zugrunde legen. Dieser Grundsatz ist für unser Projekt im Hinblick auf die gezielt offen formulierten Sachverhalte besonders bedeutsam.

II.1.2.2. Zuständige Spruchkörper und einschlägige Verfahrensarten

Im Hinblick auf die vorliegenden Verdachtsgründe wird das Strafverfahren gegen T in allen Fallvarianten zu Beginn sowohl in Richtung Totschlag als auch in Richtung Mord geführt werden. Auch eine strafgerichtliche Untersuchung hinsichtlich Körperverletzung mit Todesfolge (§ 86 öStGB) und absichtlicher schwerer Körperverletzung mit Todesfolge (§ 87 Abs. 1 und 2 öStGB) kommt in Betracht. Im Strafverfahren wegen Totschlags und der genannten Körperverletzungsdelikte steht dem Schöffengericht die Hauptverhandlung und Urteilsfällung zu, im Verfahren wegen Mordes sind diese Aufgaben dem Geschworenengericht zugewiesen.

Die Einstellung des Verfahrens vor Durchführung der Hauptverhandlung ist nur in Fallvariante 4 realistisch, falls sich bereits aufgrund der Ergebnisse der Voruntersuchung ergibt, dass der T Notwehr, entschuldbare Notwehüberschreitung oder entschuldbare Putativnotwehr bzw. deren Überschreitung zugutekommt.

Das *Schöffengericht* ist mit zwei (nach der Reform durch BGBl I 2009/52: mit einem) Berufsrichtern und zwei Laien, den Schöffen, besetzt. Sie entscheiden gemeinsam sowohl über die Schuld als auch über die Strafe des Angeklagten.

Das *Geschworenengericht* besteht aus dem Schwurgerichtshof und der Geschworenenbank. Dem Schwurgerichtshof gehören drei Berufsrichter an. Die Geschworenenbank ist mit acht Laien, den Geschworenen, besetzt. Diese entscheiden allein über die Schuld des Angeklagten. Über die Strafe und die anderen strafrechtlichen Reaktionen entscheiden die Geschworenen gemeinsam mit den Berufsrichtern.

Der Entscheidungsstoff wird den Laien vom Schwurgerichtshof in Form von streng formalisierten Fragen präsentiert, auf die sie nur mit Ja oder Nein zu antworten haben. Die Fragen sind gesetzlich typisiert. Die sogenannte Hauptfrage ist nach der angeklagten Tat zu stellen. Sind in der Hauptverhandlung Tatsachen vorgebracht worden, die – wenn sie als erwiesen angenommen werden – ein anderes Delikt begründen würden als das, das in der Anklage zugrunde gelegt ist, so ist eine entsprechende Eventualfrage zu stellen. Strafausschlussgründe im weite-

ren Sinne sind in die sogenannte „eigentliche“ Zusatzfrage zur Haupt- oder Eventualfrage aufzunehmen. Nach benannten strafsatzändernden Erschwerungs- oder Milderungsumständen ist in einer „uneigentlichen“ Zusatzfrage zu fragen. Zu den Fragen erteilt der Vorsitzende des Schwurgerichtshofs den Geschworenen eine schriftliche „Rechtsbelehrung“. Diese erklärt die rechtlichen Probleme, die sich im Zusammenhang mit den gestellten Fragen ergeben, das Verhältnis der Fragen zueinander sowie die Folgen ihrer Bejahung oder Verneinung. Aus den Fragen und den Antworten der Geschworenen ergibt sich deren „Wahrspruch“, aufgrund dessen der Schwurgerichtshof gleich einen Freispruch zu fällen oder gemeinsam mit den Geschworenen über die zu verhängenden strafrechtlichen Reaktionen zu entscheiden hat.

II.1.2.3. Besonderheiten des Beweisverfahrens

II.1.2.3.1. Beweislastverteilung bei Verteidigungseinreden

Zunächst interessiert in Bezug auf die Verteidigungssituation der T, ob in dem gegen sie durchzuführenden Strafverfahren Verteidigerzwang besteht. Grundsätzlich muss die T im schöffen- und im geschworenengerichtlichen Verfahren nur in der Hauptverhandlung einen Verteidiger haben, im bezirksgerichtlichen Verfahren hingegen in keinem Verfahrensstadium. Es ist jedoch zu beachten, dass über die T wegen des gegen sie bestehenden Mordverdachts die (bedingt-obligatorische) Untersuchungshaft verhängt werden wird. Auch in einem solchen Fall bedarf die T eines Verteidigers, und zwar während der gesamten Haftdauer. Die Verteidigungsstrategie der T bzw. ihres Verteidigers muss dahin gehen, alle für die T entlastenden Umstände zur Geltung zu bringen. Die entsprechenden Tatsachen müssen von T jedoch nicht bewiesen, sondern nur als plausibel dargestellt werden (keine Beweislastverschiebung). Die materielle Beweislast für die der Beschuldigten vorgeworfene Tat liegt beim Ankläger.

II.1.2.3.2. Beweisantragsrecht der Parteien

Die Parteien sind jedoch berechtigt, *Beweisanträge* zu stellen. So wird die Beschuldigtenseite im vorliegenden Fall sicherlich die Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Bereich der Psychiatrie über die seelische Verfassung der T im Tatzeitpunkt beantragen, und zwar zweckmäßigerweise schon im Vorverfahren. Da das bezogene Beweisthema für die Schuldfrage erheblich und das beantragte Beweismittel – ein sogenannter kombinierter Augenschein unter Beiziehung eines Sachverständigen,⁶² – geeignet ist, das Beweisthema zu erhärten, wird dieser Antrag nicht abgelehnt werden. Die Ablehnung des Antrags in der Hauptverhand-

⁶² Platzgummer, Grundzüge, S. 106.

lung würde einen Verfahrensfehler konstituieren, der es der Beschuldigtenseite ermöglichen würde, das Endurteil über den prozessualen Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs. 1 Ziff. 4 bzw. § 345 Abs. 1 Ziff. 5 öStPO anzufechten, und das wird das Gericht zu vermeiden trachten.

Auch der Staatsanwalt, der ja zur Objektivität verpflichtet ist, wird bei begründeten Zweifeln über die Zurechnungsfähigkeit oder das Vorliegen des besonderen Schuld tatbestands beim Totschlag in einem möglichst frühen Verfahrens stadium einen entsprechenden Antrag stellen.

Die Gerichte werden jedoch solche Anträge der Parteien, die sich auf für die Wahrheitsfindung relevante Beweisthemen beziehen, nicht abwarten, sondern gemäß dem Grundsatz der amtswegigen Wahrheitsforschung von sich aus die entsprechenden Beweiserhebungen durchführen. So könnten die genannten Sachverständigengutachten im vorliegenden Fall bereits im Vorverfahren vom Untersuchungsrichter von Amts wegen in Auftrag gegeben werden.

II.1.2.3.3. Sonstige Besonderheiten, insbesondere Anforderungen an die Beauftragung von Sachverständigen

In unserem Fall wird vom UR auch eine gerichtliche Leichenöffnung und Leichenbeschau angeordnet werden, damit die Todesursache des O im Detail festgestellt werden kann. Nach § 128 öStPO sind Leichenbeschau und Leichenöffnung durch einen Arzt (in der Regel Gerichtsmediziner) vorzunehmen. Aus Anzahl und Art der von T geführten Schläge bzw. Stiche können im vorliegenden Fall nicht nur Hinweise für die Beantwortung der in Fallvariante 4 relevanten Frage der Notwehrüberschreitung durch T, sondern unter Umständen auch Hinweise auf den Inhalt ihres – für alle Varianten wichtigen – Tatvorsatzes gewonnen werden.

Sowohl bei der Beiziehung von Sachverständigen zur Beurteilung der Zurechnungs unfähigkeit als auch beim vorhin genannten Beweis handelt es sich um einen „kombinierten“ Augenschein unter Beiziehung von Sachverständigen. Über die Wahrnehmungen und die daraus gezogenen Schlussfolgerungen erstattet der Sachverständige schriftlich Befund und Gutachten, die in der Hauptverhandlung vorgetragen werden.

Nach den Bestimmungen der öStPO ist der Augenschein, d.h. die unmittelbare Wahrnehmung von beweiserheblichen Gegenständen, grundsätzlich vom UR vorzunehmen. Es hat sich jedoch in Fällen eines „kombinierten“ Augenscheins eingebürgert, dass die Wahrnehmung vom Sachverständigen allein ohne Anwesenheit eines Gerichtsorgans vorgenommen wird. Die wahrzunehmenden Gegenstände werden dem Sachverständigen vom Gericht in seinem Auftrag bezeichnet.

Die Wahl der Person des Sachverständigen steht dem Gericht zu. Die Parteien können gegen die Person des Sachverständigen erhebliche Einwendungen vorbrin-

gen, mit dem Ziel, dass ein anderer Sachverständiger bestellt wird (vgl. § 120 öStPO).

II.1.2.4. Anforderungen an die Entscheidungsbegründung und Rechtsmittelkontrolle

II.1.2.4.1. Erfordernis und Umfang der Entscheidungsbegründung

Die schriftliche Fassung des aufgrund des Wahrspruchs der *Geschworenen* gefällten freisprechenden oder schuldigsprechenden Urteils enthält keine Begründung. Lediglich der Ausspruch über die Strafe oder die anderen strafrechtlichen Reaktionen ist zu begründen.

Das Urteil des *Schöffengerichts* muss in seiner schriftlichen Ausfertigung sowohl bezüglich des Frei- oder Schuldspruchs als auch hinsichtlich der verhängten Strafe begründet werden. Die Begründung des Spruchs bezieht sich auf die Tatsachenseite und die Rechtsfragen. Das Gleiche gilt für das Urteil eines Bezirksgerichts (das allenfalls und nur in Fallvariante 4 in Betracht kommt), wenn nicht von der verkürzten Urteilsausfertigung in Form des sogenannten Urteilsvermerks Gebrauch gemacht wird.

Was die *Begründung des Strafausspruchs* betrifft, muss man wiederum zwischen Strafzumessung im engeren und Strafzumessung im weiteren Sinne unterscheiden. Bezüglich der Strafzumessung im engeren Sinne ordnet das Gesetz nur an, dass das Gericht die im konkreten Fall vorliegenden Strafzumessungstatsachen angeben muss (vgl. dazu nur § 270 Abs. 2 Ziff. 5 öStPO). Darüber, ob das Gericht auch die Strafzumessungserwägungen zu nennen hat, schweigt die öStPO; dies wird jedenfalls in der Literatur gefordert.⁶³ Für Entscheidungen im Bereich der Strafzumessung im weiteren Sinne sieht das Gesetz ausdrücklich überhaupt keine Begründungspflicht vor. Eine solche ist jedoch sowohl für die Verhängung einer Geldstrafe anstelle einer Freiheitsstrafe als auch für die Gewährung einer bedingten Strafnachsicht – jedenfalls was die Angabe der für die jeweilige Entscheidung maßgeblichen Realfaktoren betrifft – im Schrifttum weithin anerkannt.⁶⁴ Die Rechtsprechung meint hingegen, dass eine Begründung zur Nichtanwendung der genannten Bestimmungen nicht geboten sei.⁶⁵

⁶³ Bertel, ÖJZ 1971, 574, sowie Bertel/Venier, Strafprozessrecht, Rz. 677; Seiler, Strafprozessrecht, Rz. 737, und wohl auch Pallin, Strafzumessung, Rz. 179.

⁶⁴ Burgstaller, ZStW 94 (1982), 154; Flora, in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), WK², § 37 Rz. 41; Pallin, Strafzumessung, Rz. 97, 139, 179, sowie ders., in: Foregger/Nowakowski (Hrsg.), WK¹, § 37 Rz. 20; Platzgummer, Grundzüge, S. 158, und Steininger, RZ 1982, 250. Offen dafür zeigt sich auch zuletzt Ratz, in: Fuchs/Ratz (Hrsg.), WK-StPO, § 281 Rz. 683 ff., insbes. 691.

⁶⁵ Vgl. RZ 1977/53; Harbich, RZ 1977, 142 (146).

II.1.2.4.2. Anfechtbarkeit der Entscheidung

Die Urteile eines *Schöffen- oder Geschworenengerichts* können grundsätzlich durch *zwei Arten von ordentlichen Rechtsmitteln* angefochten werden: Für Ermessensfehler im Bereich der Strafzumessung gibt es das Rechtsmittel der Berufung (vgl. § 283 und § 346 öStPO). Bestimmte Gesetzesverletzungen im Verlauf des Verfahrens und bei der Urteilsfällung sowie grobe Ermessensfehler beim Ausspruch über die Strafe können mit der Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemacht werden (vgl. §§ 281, 281a und 345 öStPO).

Die *Beweiswürdigung* ist mittels der Nichtigkeitsbeschwerde nur in sehr eingeschränktem Ausmaß – nämlich nur indirekt über die Rüge einer falschen oder mangelhaften Begründung – bekämpfbar.

Für das *geschworenengerichtliche Verfahren* ergibt sich diesbezüglich eine *Besonderheit*: Da das Urteil in diesem Verfahren keine Begründung enthält, sondern aus den an die Geschworenen gerichteten Fragen und deren Beantwortung durch diese besteht, ist die Beweiswürdigung in dieser Verfahrensart direkt praktisch nicht anfechtbar. Sie kann nur indirekt über die Bekämpfung einer einen Beweis Antrag der Parteien ablehnenden Entscheidung des Schwurgerichtshofs gerügt werden. So werden etwa im vorliegenden Fall auf der Beweisebene Streitfragen über die Zurechnungsunfähigkeit und die Heftigkeit des Affekts der T auftreten. Diese müssen in der gegenständlichen Verfahrensart mittels Anträgen der Verteidigung und mittels der Entscheidung über diese Anträge gelöst werden. Anfechtbar ist nur die falsche Entscheidung über Anträge. Denkbar wäre etwa, dass ein Sachverständigengutachten zum Ergebnis kommt, der heftige Affekt habe im Zeitpunkt der Tat nicht mehr vorgelegen. In diesem Fall könnte der Verteidiger versuchen, auf die Bestellung eines anderen Sachverständigen hinzuwirken, indem er dartut, dass das Gutachten in sich widersprüchlich, unklar oder un schlüssig (vgl. dazu § 126 i.V.m. § 125 öStPO) ist oder dass eine wissenschaftliche Streitfrage auf der Tatsachenseite vorliegt. Über einen solchen Antrag müsste der Schwurgerichtshof entscheiden. Entscheidet er falsch – d.h., war das Gutachten etwa widersprüchlich und er lehnt den Antrag ab –, dann kann diese falsche Entscheidung angefochten werden, so dass indirekt eine Überprüfung der Beweislage möglich ist.

Ein Korrektiv für die mangelnde Anfechtbarkeit der Beweiswürdigung im Geschworenengerichtsverfahren stellt die „Aussetzung der Entscheidung“ gem. § 334 öStPO dar. Sie besteht darin, dass aufgrund des Wahrspruchs der Geschworenen kein Urteil gefällt, sondern die Urteilsfällung ausgesetzt wird. Dies erfolgt durch den Schwurgerichtshof, wenn er einstimmig der Ansicht ist, dass sich die Geschworenen bei ihrem Ausspruch in der Hauptsache geirrt haben. Die Strafsache wird dem OGH vorgelegt, der sie zur erneuten Entscheidung an ein anderes Geschworenengericht verweist. Dieser zweite Wahrspruch muss dann dem Urteil zugrunde gelegt werden.

Im – allein in Fallvariante 4 in Betracht kommenden – *bezirksgerichtlichen Verfahren* ermöglicht die Berufung wegen vorliegender Nichtigkeitsgründe, wegen Schuld und wegen Strafe (die sogenannte volle Berufung) eine umfassende Überprüfung der erstgerichtlichen Entscheidung durch das Rechtsmittelgericht in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht.

II.1.2.4.3. Art und Umfang der Überprüfung der Entscheidung durch das Rechtsmittelgericht

Die *Nichtigkeitsbeschwerde* im schöffnen- und geschworenengerichtlichen Verfahren, über die vom Obersten Gerichtshof entschieden wird, ist keine allgemeine Rechtsrüge, sondern eröffnet eine Anfechtung des Urteils nur in ganz bestimmten, im Gesetz taxativ aufgezählten Nichtigkeitsgründen. Dementsprechend hat sich der Oberste Gerichtshof in seiner Überprüfung grundsätzlich auf die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe zu beschränken. Dabei führt er kein neues Beweisverfahren durch. Er hat von jenen Tatsachen auszugehen, die im Ersturteil festgestellt wurden. Ist die Nichtigkeitsbeschwerde begründet, entscheidet der OGH bei prozessualen Nichtigkeitsgründen in der Regel kassatorisch, bei Fehlern in der Anwendung des materiellen Rechts grundsätzlich reformatorisch.

Das Rechtsmittel der *Berufung* im schöffnen- und geschworenengerichtlichen Verfahren gibt dem OLG als Rechtsmittelgericht die Möglichkeit, den Strafausspruch des Erstgerichts in umfassender Weise zu überprüfen und eine neue Strafe festzusetzen.

Der Gerichtshof I. Instanz als Rechtsmittelgericht im *bezirksgerichtlichen Verfahren* ist nicht nur bezüglich der Straffrage, sondern auch bezüglich der Schuldfrage eine neue Tatsacheninstanz.

Die Rechtsmittelgerichte in Strafsachen entscheiden in Senaten, die nur mit Berufsrichtern besetzt sind.

II.1.3. Äußerer Rahmen der Strafvollstreckung

II.1.3.1. Verkürzungen des Vollzugs von Freiheitsstrafen

Für den Fall, dass über T – was vor allem in den Varianten 1 bis 3 wahrscheinlich ist – eine unbedingte zeitliche Freiheitsstrafe verhängt wird, ist der Frage nachzugehen, ob T nach der Hälfte (§ 46 Abs. 1 öStGB) oder nach zwei Dritteln (§ 46 Abs. 2 öStGB) der von ihr verbüßten Freiheitsstrafe *bedingt entlassen* werden kann.⁶⁶

⁶⁶ Die Regelung über die bedingte Entlassung wurde durch BGBl I 2007/109 geändert.

Voraussetzung für die sogenannte *Hälfte-Entlassung* ist, dass der Rechtsbrecher die Hälfte der zeitlichen Freiheitsstrafe, mindestens aber drei Monate, verbüßt hat und es nicht der Vollstreckung des Strafrestes aus spezialpräventiven Gründen bedarf. Die sogenannte *Zwei-Drittel-Entlassung* ist einem Rechtsbrecher zu gewähren, wenn er zwei Drittel der zeitlichen Freiheitsstrafe, mindestens aber drei Monate, verbüßt hat und wenn nicht besondere Gründe befürchten lassen, er werde in Freiheit weitere Straftaten begehen. In beiden Alternativen ist der Strafrest unter Bestimmung einer Probezeit von einem bis zu fünf Jahren und allfälliger Erteilung von Weisungen oder Anordnung der Bewährungshilfe bedingt nachzusehen.

Bei beiden Formen der bedingten Entlassung ist auch „der Umstand zu berücksichtigen, ob es aus besonderen Gründen der Vollstreckung des Strafrestes bedarf, um der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken“. Das angesprochene (abgeschwächte) Generalpräventionserfordernis kann eine bedingte Entlassung jedoch bei keinem Delikt – und somit auch nicht bei Mord – prinzipiell ausschließen.⁶⁷

Für die Beurteilung der Spezialpräventionserfordernisse in § 46 Abs. 1 und Abs. 2 öStGB sind im Wege einer Gesamtwürdigung „die Person des Rechtsbrechers, sein Vorleben, seine Aussichten auf ein redliches Fortkommen und seine Aufführung während der Vollstreckung“ zu berücksichtigen.

Die für die Entscheidung über General- und Spezialprävention maßgeblichen Realfaktoren legen im vorliegenden Fall eine bedingte Entlassung der T nahe. M.E. kann eine solche bereits nach der Hälfte der Strafzeit erfolgen.

Die in Rede stehende Entscheidung obliegt dem sogenannten *Vollzugsgericht* (§ 16 Abs. 2 Ziff. 12 öStVG),⁶⁸ d.h. demjenigen Gerichtshof erster Instanz, in dessen Sprengel die Freiheitsstrafe vollzogen wird. Ob die T „in den Genuss“ einer bedingten Entlassung kommt und ob dies bereits nach der Hälfte der Strafzeit der Fall ist oder erst später, hängt entscheidend vom Ort ihrer strafvollzugsrechtlichen Anhaltung ab. Bezüglich der angesprochenen Fragen ist nämlich die Spruchpraxis der Vollzugsgerichte regional unterschiedlich. Auch in diesem Bereich besteht ein Ost-West-Gefälle, sodass die Chancen für die Hälfte-Entlassung in einem Sachverhalt wie dem vorliegenden im Westen Österreichs deutlich größer sind als im Osten.

⁶⁷ Vgl. nur *Fabrizy*, StGB, § 46 Anm. 3, und *Leukauf/Steininger*, StGB, § 46 Rz. 8, so wie aus der Judikatur ÖJZ-LSK 1978/20, EvBl 1988/147 und RZ 1993/54. Die Novelle in BGBl I 2007/109 schwächt das Generalpräventionserfordernis bei der Hälfte-Entlassung ab und lässt es bei der Zwei-Drittel-Entlassung gänzlich entfallen. Ob diese Änderung Auswirkungen auf die Antworten der Befragten hätte, kann nicht gesagt werden.

⁶⁸ BG vom 26.3.1969 über den Vollzug der Freiheitsstrafen und der mit Freiheitsentziehung verbundenen vorbeugenden Maßnahmen (Strafvollzugsgesetz) i.d.F. BGBl I 2004/15. Auch dieses Gesetz wurde durch BGBl I 2007/109 in den für uns relevanten Bestimmungen geändert.

II.1.3.2. Vollzugsmodalitäten bei der Freiheitsstrafe

Eine allenfalls über T verhängte längere zeitliche Freiheitsstrafe würde in der einzigen *Frauenstrafvollzugsanstalt* des Landes in Schwarzau am Steinfield vollzogen werden.

Eine zeitliche Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten wäre im Gefangenenhaus eines Gerichtshofs erster Instanz zu vollziehen. Dies kommt für T praktisch allerdings nur bei Fallvariante 4 oder – bei allen Fallvarianten – für die Vollziehung eines entsprechenden Strafrests bei Anrechnung der gegen T vollzogenen Untersuchungshaft gem. § 38 öStGB in Betracht.

In allen Fällen werden für T sowohl die Besonderheiten des Erstvollzugs nach § 127 öStVG als auch die des Strafvollzugs in gelockerter Form gemäß § 126 öStVG zur Anwendung kommen.

Nach § 127 öStVG sind Strafgefangene, die *zum ersten Mal* eine Freiheitsstrafe verbüßen, grundsätzlich getrennt von Strafgefangenen anzuhalten, bei denen dies nicht der Fall ist; bei Strafgefangenen, deren Strafzeit drei Jahre übersteigt, kann mit ihrer Zustimmung von einer solchen Trennung abgesehen werden. Ersthäftlinge sind, soweit sie dessen bedürfen, in vermehrtem Ausmaß erzieherisch zu betreuen. Unter diesem Titel sieht das Gesetz auch Einzel- und Gruppensprachen mit den Strafgefangenen sowie im Bedarfsfall deren psychohygienische und psychotherapeutische Betreuung vor.

Gem. § 126 öStVG sind den Strafgefangenen im *Strafvollzug in gelockerter Form* eine oder mehrere der folgenden Lockerungen zu gewähren: Anhaltung ohne Verschließung der Aufenthaltsräume oder auch der Tore am Tag; Beschränkung oder Entfall der Bewachung bei der Arbeit, auch außerhalb der Anstalt; Verlassen der Anstalt zum Zweck der Berufsausbildung oder -fortbildung oder der Inanspruchnahme ambulanter Behandlungsmaßnahmen; monatlich ein oder zwei Ausgänge von bis zu zwölf Stunden am Tag. Strafgefangenen, die im genannten Strafvollzug angehalten werden, kann auch die Teilnahme an einem Ausgang in kleiner Gruppe und in Begleitung einer im Strafvollzug tätigen Person gestattet werden; dabei dürfen die Strafgefangenen ihre eigene Kleidung tragen.

II.2. Befragung der Landesjuristen

II.2.1. Bildung der Stichprobe

Die Stichprobe besteht aus 13 Gesprächen mit österreichischen Strafrechtjuristen, nämlich mit vier Staatsanwälten, drei Richtern, drei Strafverteidigern und drei Strafrechtsprofessoren. Darunter sind zwei Frauen: eine Richterin und eine Verteidigerin. Von den Richtern gehört einer – als Vorsitzender eines Schöffens – und eines Geschworenensenaats – dem erkennenden Gericht, die beiden anderen gehören

– als Richter am OLG bzw. am OGH – einem Rechtsmittelgericht an. Einer der Staatsanwälte ist Staatsanwalt beim erkennenden Gericht, die übrigen vertreten die Anklage bei Rechtsmittelgerichten (zwei davon beim OGH). Die Berufserfahrung der Befragten reicht von acht bis 35 Jahren, wobei der Durchschnitt bei 23 Jahren liegt.

Die Auswahl der Gesprächspartner traf ich größtenteils aufgrund meiner langjährigen persönlichen beruflichen Kontakte. Da sich diese hauptsächlich auf die Hauptstadt Wien beziehen, stellen in Wien tätige Strafrichter das Hauptkontingent der Befragten dar. Die Hauptstadt ist Sitz des OGH und hier befinden sich sowohl die Leitung des östlichsten der vier OLG-Sprengel Österreichs als auch die größte rechtswissenschaftliche Fakultät des Landes.

Im Hinblick darauf, dass die Spruchpraxis der Strafgerichte im Osten Österreichs als am strengsten, im Westen hingegen als am mildesten gilt, führte ich „zum Ausgleich“ auch Gespräche im westlichsten OLG-Sprengel, nämlich in Innsbruck, und zwar mit zwei Richtern und einem Staatsanwalt. Diese Gesprächspartner, die ich vorher nicht kannte, wurden mir von dem aus Innsbruck stammenden, nunmehr in Wien lehrenden Strafrechtsprofessor Dr. *Frank Höpfel* vermittelt.

II.2.2. Verlauf der Gespräche

Die Gespräche fanden von Oktober 1996 bis April 1997 statt. Sie dauerten von 75 bis zu 135 Minuten. Die unterschiedliche Dauer ist nicht nur im persönlichen Gesprächsstil des einzelnen Befragten begründet, sondern auch in den bei manchen Gesprächspartnern bemerkbaren Schwierigkeiten, sich auf die abstrakte und offene Formulierung der Fälle einzulassen. Die zuletzt genannte Tatsache führte dazu, dass auf manche Fragen entweder gar keine oder nur sehr allgemein gehaltene Antworten gegeben wurden, die in der Auswertung nur eingeschränkt verwertbar sind. Besonders zu betonen ist jedoch, dass das gegenständliche Projekt bei allen Befragten auf großes Interesse stieß und ich von allen überaus offen, herzlich und kooperativ aufgenommen wurde. Dafür möchte ich allen Beteiligten meinen aufrichtigen Dank aussprechen.

III. Beurteilung der Fallvarianten

Ausgangssituation (für alle vier Fallvarianten gleich): Die Ehe von O und T ist zerrüttet, seit der O arbeitslos geworden ist und jeden Tag große Mengen Alkohol trinkt. Es kommt zu ständigen Streitereien, bei denen der O die T immer wieder heftig schlägt.

III.1. Fallvariante 1

T will die Misshandlungen nicht mehr länger erdulden und wartet nur noch auf einen günstigen Augenblick, um O umzubringen. Als sie eines Abends sieht, dass er eingeschlafen ist, erschlägt sie ihn mit einem bereitgestellten Beil.

III.1.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.1.1.1. Tatbestandliche Einstufung

III.1.1.1.1. Rechtliche Vorgaben

Für die tatbestandliche Einstufung der Fallvariante 1 kommt nur Mord oder Totschlag in Betracht. Totschlag kann jedoch lediglich dann zur Anwendung gelangen, wenn sich die T „in einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung“ zur Tötung hat „hinreißen“ lassen.

Die allgemeine Begreiflichkeit betrifft die Zumutbarkeit der rechtstreuen Willensbildung und damit das normative Schuldmerkmal bzw. die Vorwerfbarkeit rechtmäßigen Verhaltens. Während diese Vorwerfbarkeit bei Vorliegen eines Entschuldigungsgrundes gänzlich ausgeschlossen ist, ist sie hier gegenüber dem Normalfall vorsätzlicher Tötung stark herabgesetzt. Allgemein begreiflich ist die heftige Gemütsbewegung, wenn ihr Anlass so gewichtig war, dass ein Mensch von durchschnittlicher Rechtstreue und mit dem Verstand des Täters sich vorstellen kann, auch er wäre unter den gegebenen Umständen in eine solche Gemütsregung geraten.⁶⁹ Zu vergleichen ist also mit einem Menschen von der persönlichen Art und sozialen Stellung des Täters und in dessen spezifischer Lebens- bzw. Krisensituation.⁷⁰ Dabei handelt es sich um eine Rechtsfrage, deren Beantwortung nicht mithilfe eines Sachverständigen, sondern allein durch das Gericht vorzunehmen ist.

Unter einer Gemütsbewegung sind sowohl sthenische Affekte, wie Zorn und Rachsucht, als auch asthenische Affekte, wie Angst und Verzweiflung, zu verstehen. Es muss sich um einen tief greifenden, mächtigen Erregungszustand nach Art eines „Affektsturms“ handeln, der eine ruhige Überlegung ausschließt und sogar stärkste sittliche Hemmungen, wie sie gegen die vorsätzliche Tötung eines Menschen bestehen, zu überwinden vermag, sodass er den Täter zur Tat „hinreißt“.⁷¹

⁶⁹ H.M. EBRV 1971, 30 BlgNR, 13. GP 195, und aus der Literatur *Bertel/Schwaighofer*, BT I, § 76 Rz. 3; *Kienapfel/Schroll*, BT I, § 76 Rz. 26 ff.; *Leukauf/Steininger*, StGB, § 76 Rz. 11 ff.; *Lewisch*, BT I, S. 17 f.; *Moos*, in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), WK², § 76 Rz. 26 ff., insbes. aber 30 ff.; *ders.*, LJZ 1/1991, 15; *Wegscheider*, BT, S. 23, sowie *Zagler*, BT, § 76 Rz. 4, mit zahlreichen Nachweisen aus der Judikatur.

⁷⁰ Vgl. dazu die bei *Moos*, LJZ 1/1991, 15, angeführten Beispiele.

⁷¹ So plastisch OGH in *JUS* 1989/6/235. Vgl. auch *Wegscheider*, BT, S. 23, und *Zagler*, BT, § 76 Rz. 2.

Das bedeutet, dass die Steuerungsfähigkeit und damit die Zurechnungsfähigkeit des Täters herabgesetzt ist. Typisch für solche Täter ist der „Affekttunnel“, aus dem diese keinen anderen Ausweg mehr sehen als die Vernichtung des anderen.⁷² Der angesprochene psychologische Befund kann nur mithilfe eines Sachverständigen gemacht werden.

Aus der gesetzlichen Formulierung, wonach sich der Täter in der Gemütsbewegung zur Tat hinreißen lassen muss, ergibt sich eine deutliche und kriminalpolitisch nicht unproblematische Einschränkung des Totschlagsdelikts: Die Tötung muss „wegen und während des Affekts erfolgen“, was bedeutet, dass der heftige Affekt für den Tötungsentschluss kausal gewesen sein muss und im Handlungszeitpunkt noch nicht abgeklungen sein darf.⁷³ Das wird in der Regel nur dann anzunehmen sein, wenn der im Affekt gefasste Tatentschluss und die Tatausführung unmittelbar aufeinander folgen.⁷⁴ Nach der Auslegung des OGH kann aber auch zwischen dem Affektbeginn und der Tötungshandlung „eine gewisse Spanne Zeit“ liegen,⁷⁵ während der sich die Gemütsregung beim Täter gleichsam aufstaut und sich schließlich, oft aus einem geringfügigen Anlass – etwa bei der Konfrontation des Täters mit dem Opfer – in der Tat entlädt.⁷⁶ Eine objektive Begrenzung der zulässigen Affektdauer ist angesichts der Vielfalt der Täterpersönlichkeiten und affektauslösenden Sachverhalte nicht möglich.⁷⁷

Die heftige Gemütsbewegung muss, wie bereits erwähnt, schon während der Fassung des Tötungsentschlusses bestanden haben.⁷⁸ Hat der Täter seinen definitiven Tötungsentschluss hingegen bereits vor der Affektentstehung gefasst, so scheidet § 76 öStGB aus.⁷⁹ Indizien dafür sind planmäßige Vorbereitungen für die Tat, wie hier, und für die Beseitigung der Leiche.⁸⁰ Ein solcher vorgefasster Tatent-

⁷² So eindrucksvoll *Moos*, LJZ 1/1991, 15.

⁷³ Vgl. *Wegscheider*, BT, S. 23.

⁷⁴ Die damit angesprochene sogenannte Spontanität der Tatausführung ist insofern kriminalpolitisch problematisch, als sie die Anwendung des Totschlags bei Verzweiflungstaten aus Not, Depression, Mutlosigkeit etc. oft ausschließt, nämlich bei den häufigen Konstellationen, in denen eine langdauernde und von Gewissenskonflikten begleitete Überlegungsphase des Täters – bei starken Tötungshemmungen – schließlich in einen vorgefassten Tatentschluss mündet. Vgl. dazu eingehend und kritisch *Moos*, in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), WK², § 76 Rz. 23, und insb. *ders.*, LJZ 1/1991, 16 f. *Moos* führt jedoch in LJZ 1/1991, 16 Fn. 43 an, dass die Geschworenen dies (Ausschluss des § 76 bei vorgefasstem Tatentschluss) nicht immer mitvollziehen, und berichtet von einer „Verurteilung nach § 76 wegen begreiflicher Motive statt nach dem angeklagten § 75 trotz offenbar vorgefasstem Vorsatzes und Planung durch Ankauf der Waffe“.

⁷⁵ Vgl. dazu nur OGH in SSt 46/49 und in JBl 1980, 162.

⁷⁶ So auch *Mayerhofer*, ÖJZ 1980, 294.

⁷⁷ So ausdrücklich OGH in JBl 1980, 162.

⁷⁸ H.M.: vgl. nur *Kienapfel/Schroll*, BT I, § 76 Rz. 21 ff.; *Moos*, in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), WK², § 76 Rz. 21 f., und *ders.*, LJZ 1/1991, 16 f., mit Nachweisen.

⁷⁹ H.M. Aus der Judikatur vgl. etwa OGH in JUS 1993/6/1228.

⁸⁰ *Moos*, in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), WK², § 76 Rz. 22.

schluss ist aber nicht mit einem „Vorbedacht“ gleichzusetzen, bei welchem der in einer andauernden, schweren Konfliktsituation mit seinem Peiniger befindliche Täter schon längere Zeit vor dem Affektausbruch mit dem Gedanken an die Tat gespielt und das Für und Wider sowie die Ausführungsmöglichkeiten abgewogen hat.⁸¹ Bei den sogenannten Krisentätern, für die die geschilderte Situation typisch ist, muss zwischen den beiden genannten Konstellationen „fester Tötungsschluss“ und bloßer „Vorbedacht“ differenziert werden, wie dies auch in Judikatur und Literatur geschieht.⁸² Der bloße „Vorbedacht“ schließt die Anwendung des § 76 öStGB im Allgemeinen nämlich noch nicht aus.⁸³

III.1.1.1.2. Ergebnisse der Befragung

Über die Ansicht der *Gesprächspartner* bezüglich der tatbestandlichen Zuordnung des Falls gibt die folgende *Tabelle 1-1* Auskunft.

Frage: Welchen Tatbestand würden Sie auf die Fallvariante 1 anwenden?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Mord: § 75 (Ausgangstatbestand)	11	1	1	–	–	–	13
Totschlag: § 76 (Privilegierung)	–	–	1	1	11	–	13

Tabelle 1-1

Bezüglich der Prognose der *gerichtlichen Einstufung* im Urteil enthalten nur drei Gesprächsprotokolle Angaben, die von „eindeutig Mord“ über „tendenziell Mord“ bis zu zwischen Mord und Totschlag „unentschieden“ reichen.

Der Tötungsvorsatz als solcher wurde bei dieser Fallvariante von keinem der Gesprächspartner problematisiert.

⁸¹ Vgl. dazu die bei *Mayerhofer/Rieder*, Strafgesetzbuch, § 76 E 6b, angeführte Entscheidung. So auch *Lewis*, BT I, S. 19.

⁸² So OGH in *JUS* 1993/6/1228 und *JUS* 1991/6/575.

⁸³ *Kienapfel/Schroll*, BT I, § 76 Rz. 22, und *Moos*, LJZ 1/1991, 17 mit Fn. 50. – In der in RZ 1990/91 abgedruckten E erkannten die Geschworenen eine wegen Mordes angeklagte Frau nur wegen Totschlags schuldig, obwohl diese sich „nach reiflicher Überlegung“ eine Waffe besorgt und in deren Gebrauch hatte einweisen lassen, um das Opfer zu töten, weil sie ihr konzidierten, dass sie sich „letztlich erst spontan durch das Verhalten des Opfers in heftiger Gemütsbewegung zur Tat (hatte) hinreißen lassen“. Diese E wird von *Moos* a.a.O. zu Recht als Grenzfall zwischen § 75 und § 76 bezeichnet.

III.1.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen

III.1.1.2.1. Rechtliche Vorgaben

Als Straffreistellungen könnte man hier entschuldigenden Notstand und Zurechnungsunfähigkeit der T erwägen.

Der *entschuldigende Notstand* nach **§ 10 Abs. 1 öStGB** entschuldigt denjenigen, der

eine mit Strafe bedrohte Tat begeht, um einen unmittelbar drohenden bedeutenden Nachteil von sich oder einem anderen abzuwenden, [...] wenn der aus der Tat drohende Schaden nicht unverhältnismäßig schwerer wiegt als der Nachteil, den sie abwenden soll, und in der Lage des Täters von einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen kein anderes Verhalten zu erwarten war.

§ 10 öStGB verlangt demnach – anders als der rechtfertigende Notstand – nur, dass das gerettete Rechtsgut nicht unverhältnismäßig geringwertig ist als das, in welches durch die Notstandshandlung eingegriffen wird.⁸⁴ Er kommt hier jedoch nach einhelliger Meinung einerseits mangels Imminenz des der T drohenden Nachteils, andererseits deshalb nicht zur Anwendung, weil der aus Ts Tat drohende Schaden unverhältnismäßig schwerer wiegt als der Nachteil, den diese Tat abwenden soll.

Gemäß **§ 11 öStGB** ist infolge einer psychischen Störung *zurechnungsunfähig*,⁸⁵

wer zur Zeit der Tat wegen einer Geisteskrankheit, wegen Schwachsinn, wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung oder wegen einer anderen schweren, einem dieser Zustände gleichwertigen seelischen Störung unfähig ist, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.

Unter die beiden zuletzt genannten Zustände lassen sich auch höchstgradige Affekte subsumieren. Sie müssen jedoch so schwer sein, dass sie, etwa auf psychopathischer Grundlage beruhend, das Persönlichkeitsbild des Täters im Tatzeitpunkt ähnlich einer Geisteskrankheit extrem stören und verändern.⁸⁶ Die Einordnung eines solchen hochgradigen Affekts unter einen der beiden Zustände ist davon abhängig, inwieweit der Täter desorientiert ist und die Realität nur bruchstückhaft erfasst oder illusionär verkennt.⁸⁷ Je mehr dies der Fall ist, umso eher kann man von einer „tiefgreifenden Bewusstseinsstörung“ sprechen, sonst liegt eine „andere

⁸⁴ Vgl. dazu nur *Fuchs*, AT, S. 194 ff.

⁸⁵ Auf die Zurechnungsunfähigkeit wegen jugendlichen Alters nach § 4 des BG vom 7.10.1988, BGBl 1988/599 i.d.F. BGBl I 2004/164, über die Rechtspflege bei Jugendstraf-taten (Jugendgerichtsgesetz 1988 – JGG) wird im Hinblick auf die Themenbegrenzung des Projekts, die jugendliche Straftäter ausklammert, nicht eingegangen.

⁸⁶ *Leukauff/Steininger*, StGB, § 11 Rz. 11 bis 13 und 16; *Moos*, in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), WK², § 75 Rz. 24 und § 76 Rz. 15; *Triffierer*, AT, Kap. 12 Rz. 36 bis 39; *ders.*, in: Triffierer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg.), SbgK, § 11 Rz. 29 ff; etwas anders als die h.L. zuletzt *Zerbes*, Schuldausschluss. Aus der Judikatur SSt 42/25, EvBl 1972/239, EvBl 1976/115.

⁸⁷ *Leukauff/Steininger*, StGB, § 11 Rz. 11, unter Berufung auf *Bertel*, ÖJZ 1975, 623; *Triffierer*, in: Triffierer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg.), SbgK, § 11 Rz. 30.

seelische Störung“ vor. Ein Ausschluss der Zurechnungsfähigkeit wird jedoch von der Praxis selbst bei einem schweren Affekt nur in Ausnahmefällen angenommen.⁸⁸

III.1.1.2.2. Ergebnisse der Befragung

Die Frage nach *entschuldigendem Notstand* wird von allen Befragten eindeutig verneint, was nach dem bei den rechtlichen Vorgaben Gesagten nicht überrascht.

Die Angaben der Gesprächspartner über die zur Zurechnungsunfähigkeit gesteigerte (und damit zur Straffreiheit führende) *Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit* der T finden sich in der folgenden *Tabelle 1-2*. In ihr sind aus Zwecken der Einheitlichkeit und Vergleichbarkeit in allen Landesberichten auch die Meinungen der Befragten bezüglich einer nicht zur Zurechnungsunfähigkeit gesteigerten (und damit allenfalls zu einer Strafmilderung führenden) Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit enthalten.

Frage: Welche Bedeutung hat eine mögliche Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der T?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Ist naheliegend	–	13	–	–	–	–	13
Führt zur Strafmilderung	–	5	–	–	5	3	13
Führt zur Straffreiheit (§ 11)	–	–	2	–	10	1	13

Tabelle 1-2

III.1.1.3. Strafraumenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.1.1.3.1. Konkret anzuwendender Strafraumen; außerordentliche Strafmilderung

III.1.1.3.1.1. Rechtliche Vorgaben

Gemäß dem oben II.1.1.4. Ausgeführten kann der für einen bestimmten Deliktstypus vorgesehene gesetzliche Strafraumen bei Annahme der Voraussetzungen für die *außerordentliche Strafmilderung* bis zu einer bestimmten Mindestgrenze unterschritten werden. Diese Bestimmung stellt nach h.M. eine Strafzumessungsregelung dar, durch die kein neuer Strafraumen im dogmatischen Sinne gebildet wird.

⁸⁸ Vgl. wiederum *Triffterer*, AT, Kap. 12 Rz. 39; *ders.*, in: *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg.), SbgK, § 11 Rz. 31, sowie *Wegscheider*, BT, S. 22.

Dennoch wird sie in diesem dritten Abschnitt wegen der hier gegebenen Fragestellung und der Vergleichbarkeit der Ergebnisse in den einzelnen Ländern als eine Regelung behandelt, die eine weitere „Strafrahmen“-Option schafft. Vom genannten Rechtsinstitut kann, wie gesagt, nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn – zusätzlich zur positiven spezialpräventiven Prognose für die T – die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen. Dabei kommt es nicht auf ihre Anzahl, sondern auf ihre Gewichtung an.

In dieser Fallvariante sind als Ausgangspunkt für die Strafbemessung vier *Strafrahmenvarianten* möglich:

1. Der erste Strafrahmen ergibt sich aus der Strafdrohung für Mord, welche entweder die lebenslange Freiheitsstrafe oder einen Rahmen von mindestens zehn und höchstens 20 Jahren Freiheitsstrafe vorsieht.
2. Aus der Kombination dieses Delikts mit dem Rechtsinstitut der außerordentlichen Strafmilderung erhalten wir einen zweiten Rahmen, dessen Untergrenze ein Jahr und dessen Obergrenze 20 Jahre beträgt.
3. Den dritten Strafrahmen stellt die Strafdrohung für das Delikt des Totschlags mit einer Untergrenze von fünf und einer Obergrenze von zehn Jahren dar.
4. Bejaht man sowohl das zuletzt genannte Delikt als auch die Voraussetzungen der außerordentlichen Strafmilderung, so gelangt man zum vierten Rahmen, der eine Untergrenze von sechs Monaten und eine Obergrenze von zehn Jahren aufweist.

III.1.1.3.1.2. Ergebnisse der Befragung

Frage: Welcher Strafrahmenoption lässt sich die Antwort des Gesprächspartners zuordnen?

	Delikt § 75 oder § 76	Annahme des § 41	Strafrahmenoption: Freiheitsstrafe in Jahren
1/Richter	§ 75	Ja	1–20
2/Richter	§ 75	Nein	Lebenslange Freiheitsstrafe oder 10–20
3/Richter	§ 75	Nein	Lebenslange Freiheitsstrafe oder 10–20
4/Staatsanwalt	§ 75	Nein	Lebenslange Freiheitsstrafe oder 10–20
5/Staatsanwalt	§ 75	Nein	Lebenslange Freiheitsstrafe oder 10–20
6/Staatsanwalt	§ 75	Nein	Lebenslange Freiheitsstrafe oder 10–20

7/Staatsanwalt	Unentschieden	Unentschieden	Lebenslange Freiheitsstrafe oder 10–20 oder 1–20 oder 5–10 oder 0,5–10
8/Verteidiger	§75	Unentschieden	Lebenslange Freiheitsstrafe oder 10–20 oder 1–20
9/Verteidiger	§ 75	Ja	1–20
10/Verteidiger	§ 75	Ja	1–20
11/Universitätsprofessor	§ 75	Nein	Lebenslange Freiheitsstrafe oder 10–20
12/Universitätsprofessor	§ 75	Ja	1–20
13/Universitätsprofessor	§ 75	Ja	1–20

Tabelle 1-3-1

Aus der Tabelle ergibt sich, dass sich die meisten der Befragten, nämlich sechs, für die erste (strengste) Strafrahmenoption aussprechen; fünf Gesprächspartner ordnen den Fall der zweiten Strafrahmenoption zu; ein Interviewter ist zwischen diesen beiden Varianten unentschieden; ein Befragter – den wir, wie wir im Verlauf der Auswertung sehen werden, als den „unentschiedenen“ Befragten bezeichnen können – will sich nicht festlegen und hält alle vier theoretisch möglichen Strafrahmenoptionen für denkbar.

Bezüglich der Frage, ob auch die zu erwartenden Strafaussprüche des *Gerichts* in diese Strafrahmen fallen würden, enthalten nur sieben Gesprächsprotokolle verwertbare Angaben. Darunter findet sich nur eine eindeutige Antwort, nämlich für die zweite Strafrahmenoption von einem bis zu 20 Jahren. Die sechs übrigen Aussagen legen sich nicht fest: Die Hälfte von ihnen ist zwischen diesem und dem strengeren Rahmen von „lebenslang oder zehn bis zu 20 Jahren“ unentschieden, die andere Hälfte hält daneben auch noch die dritte und vierte Strafrahmenoption für denkbar, und zwar Freiheitsstrafe von fünf bis zu zehn Jahren oder von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, was sich aus der Anwendung des milderen Delikts des Totschlags ergäbe. Diese große Zahl von unentschiedenen Antworten hängt auch damit zusammen, dass über diese Fallvariante höchstwahrscheinlich ein überwiegend mit Laien besetztes Geschworenengericht (siehe dazu oben II.1.2.1.) urteilen wird, bei dem – wie dies von einigen Befragten betont wurde – die Entscheidungen

über Delikt und Strafhöhe noch schwerer abschätzbar sind als bei einem anderen Spruchkörper.

III.1.1.3.2. Alternativen zur unbedingten Freiheitsstrafe aufgrund des konkreten Strafrahmens

III.1.1.3.2.1. Rechtliche Vorgaben

Gemäß dem oben II.1.1.4.2. zu den rechtlichen Voraussetzungen Ausgeführten ist die bedingte Nachsicht der ganzen oder eines Teils der über T verhängten Freiheitsstrafe nach der im Zeitpunkt der Befragung geltenden Rechtslage bei einer Verurteilung der T wegen Mordes rechtlich nicht möglich. Sie kommt auch bei einer Verurteilung wegen des milderer Delikts des Totschlags prinzipiell nur dann in Betracht, wenn das Gericht die Voraussetzungen der außerordentlichen Strafmilderung bei T als gegeben erachtet. Das zuletzt Gesagte gilt auch für das Rechtsinstitut der Verhängung einer Geldstrafe anstelle einer Freiheitsstrafe gem. § 37 Abs. 2 öStGB, welchem hier jedoch generalpräventive Gründe entgegenstehen werden.

III.1.1.3.2.2. Ergebnisse der Befragung

Gemäß der tatbestandlichen Einstufung des Falles (vgl. oben III.1.1.1.2.) kommen die angesprochenen Alternativen nur für die Antwort *eines* Befragten, der sowohl die Unterstellung des Sachverhalts unter das Totschlagsdelikt als auch die Anwendung der außerordentlichen Strafmilderung für möglich erachtet hat, in Betracht.

III.1.1.3.3. Strafzumessungsfaktoren

III.1.1.3.3.1. Erschwerende Faktoren/Ergebnisse der Befragung

Die überwiegende Zahl der Befragten, nämlich zehn, will die Tatsache, dass T ihre Tat *geplant* hat, nicht als erschwerend annehmen. Nur drei Befragte, nämlich ein Richter, ein Staatsanwalt und ein Universitätsprofessor, ziehen den genannten Umstand als strafscharfend heran, wobei der Zweitgenannte ihm sogar starken Einfluss bei der Strafzumessung einräumt.

Etwas mehr als die Hälfte der Interviewpartner, nämlich sieben, misst der *Wehrlosigkeit* des (schlafenden) O strafscharfende Bedeutung zu, drei sind diesbezüglich unentschieden und drei nehmen die genannte Tatsache nicht oder eher nicht als erschwerend an.

Der Umstand, dass T ihren Ehemann und damit eine besonders *nahestehende Person getötet* hat, wird von niemandem als Strafscharfungsgrund herangezogen.

Zwei Gesprächspartner, nämlich ein Verteidiger und ein Universitätsprofessor, sehen in der *Verwendung eines Beils* als ungewöhnlich brutaler Vorgangsweise bei der Tat einen erschwerenden Umstand.

Darüber hinaus werden keine Strafschärfungsfaktoren genannt.

III.1.1.3.3.2. Mildernde Faktoren/Ergebnisse der Befragung

Die durch das jahrelange Ehemartyrium bedingte *seelische Belastung* der T wird von allen Befragten als strafmildernd bewertet; fünf von ihnen erachten zusätzlich eine *verminderte Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit* bei der T als gegeben. Einer der Gesprächspartner, ein Universitätsprofessor, bringt in diesem Zusammenhang das *battered women*-Syndrom als permanenten psychischen Ausnahmezustand der T ins Spiel. Zwei Verteidiger meinen sogar, dass die Tatbegehung unter Umständen erfolgte, die einem entschuldigenden Notstand nahekommen (vgl. § 34 Ziff. 11 öStGB).

Ein Universitätsprofessor führt als strafmildernd weiters die *Provokation durch das Tatopfer* an, wenn er sagt, dass „die Notlage oder das Gefühl der Ausweglosigkeit der Situation bei der T [...] auf das schuldhafte Handeln des O zurückzuführen ist“.

Als *sonstige mildernde Faktoren* werden von acht Interviewten, darunter allen drei Richtern und drei Staatsanwälten, die in der Praxis gewichtigen Milderungsumstände Unbescholtenheit der T und – unter Hinweis auf die Tatsache, dass derartige Täterinnen regelmäßig geständig sind – ein allfälliges reumütiges Geständnis genannt.

Die Frage, ob die T aufgrund einer wirtschaftlichen oder – etwa wegen Kindern – familiensituationsbedingten Abhängigkeit von O nicht in der Lage war oder sich subjektiv nicht in der Lage gesehen hat, sich auf andere Weise – etwa durch Scheidung oder Wegziehen – von ihrem Mann zu befreien, wird von vier Befragten, nämlich einem Richter (einer Richterin), zwei Verteidigern und einem Professor, ausdrücklich als im gegebenen Zusammenhang relevant und ihre allfällige Bejahung als schuld mindernd angeführt.

III.1.1.3.4. Konkrete Sanktionsprognose/Ergebnisse der Befragung

III.1.1.3.4.1. Strafhöhe

Die folgende *Tabelle 1-3-2* weist zunächst die nach *Ansicht der Gesprächspartner* für T angemessene Strafhöhe aus. Diese Angaben habe ich mit den von den Befragten angenommenen Delikten und der Bejahung oder Verneinung der außerordentlichen Strafmilderung durch sie in Beziehung gesetzt. „Offen“ bedeutet, dass die Gesprächspartner zur entsprechenden Frage – im Unterschied zu einer „unent-

schiedenen“, also zwei oder mehrere Alternativen für gleichermaßen anwendbar erachtenden Antwort – überhaupt keine Antwort gegeben haben. Sodann ist in der Tabelle die *Prognose der gerichtlichen Entscheidung* angegeben.

Frage: Welche konkrete Sanktion hat T zu erwarten?

	Ansicht des Gesprächspartners			Prognose der Gerichtsentscheidung
	Delikt § 75 oder § 76	Annahme des § 41	Sanktion: Freiheitsstrafe in Jahren	Sanktion: Freiheitsstrafe in Jahren
1/Richter	§ 75	Ja	7	7
2/Richter	§ 75	Nein	10–12	Keine Antwort
3/Richter	§ 75	Nein	18	Keine Antwort
4/Staatsanwalt	§ 75	Nein	12–14	10–12
5/Staatsanwalt	§ 75	Nein	15–18	12–13
6/Staatsanwalt	§ 75	Nein	15–20	Keine Antwort
7/Staatsanwalt	Unentschieden	Unentschieden	§ 75: 10 § 75+§ 41: 7–8 § 76: offen §76+§41: offen	? oder 7–8 oder 10
8/Verteidiger	§ 75	Unentschieden	§ 75: 10–14 § 75+§ 41: 2–4	2–4 oder 10–14
9/Verteidiger	§ 75	Ja	7	10
10/Verteidiger	§ 75	Ja	8	Keine Antwort
11/Universitätsprofessor	§ 75	Nein	14	Keine Antwort
12/Universitätsprofessor	§ 75	Ja	7–8	Keine Antwort
13/Universitätsprofessor	§ 75	Ja	5	5

Tabelle 1-3-2

Alle Antworten beziehen sich auf unbedingte Freiheitsstrafen.

Die Tabelle zeigt, dass die lebenslange Freiheitsstrafe von *keinem der Befragten* verhängt würde.

Bezüglich der zeitlichen Freiheitsstrafe sind die *Meinungen der Befragten* in einem Bereich von mindestens zwei und höchstens 20 Jahren äußerst breit gestreut. Die Antwort des siebten Befragten, der sowohl bezüglich der Zuordnung des Falles zu Mord oder Totschlag als auch bezüglich der Annahme der außerordentlichen Strafmilderung unentschieden ist, kann im Hinblick darauf, dass er seine Sanktionsprognose nur für den Fall der Verurteilung der T wegen Mordes abgegeben hat, aus methodischen Gründen nicht weiter verwertet werden.

Die *Prognose der gerichtlichen Entscheidung* findet sich leider nur in sieben Gesprächsprotokollen. Die restlichen sechs Protokolle enthalten keine Antwort. Bei der Antwort des siebten Interviewten gilt auch bezüglich der Prognose der gerichtlichen Entscheidung das vorhin Gesagte. Die Alternativaussage des achten Befragten kommt dadurch zustande, dass er – bei Bejahung des Mordes – bezüglich der Annahme der außerordentlichen Strafmilderung unentschieden ist.

III.1.1.3.4.2. Alternativen zur unbedingten Freiheitsstrafe

Für keinen der Befragten gibt es eine Alternative zur unbedingten Freiheitsstrafe.

III.1.2. Einflüsse des Strafverfahrens

III.1.2.1. Einflussnahme der Verfahrensbeteiligten auf Spruchkörper und Verfahrensart

III.1.2.1.1. Rechtliche Vorgaben

Durch Qualifizierung der Straftat als Mord, Totschlag oder eines der in Rede stehenden Körperverletzungsdelikte in der Anklage beeinflusst der *Staatsanwalt*, vor welchem Spruchkörper und in welcher Verfahrensart die Hauptverhandlung und die Urteilsfällung im Strafverfahren gegen die T stattfinden. Er muss sich dabei gemäß dem für ihn geltenden Objektivitätsgebot in erster Linie von dem Gesichtspunkt leiten lassen, nach welchem Delikt am ehesten eine Verurteilung zu erwarten ist. Bei mehreren ungefähr gleich wahrscheinlichen Alternativen wird er den höherrangigen Spruchkörper – das wäre hier das Geschworenengericht aufgrund einer Mordanklage – „wählen“, um sich alle Möglichkeiten bezüglich des Verfahrensausgangs offenzuhalten. Würde er die T in seiner Anklage nämlich des Totschlags oder eines der beiden Körperverletzungsdelikte bezichtigen und die Hauptverhandlung so vor ein Schöffengericht bringen, würde er ein Unzuständigkeitsurteil und damit eine fruchtlose Hauptverhandlung für den Fall riskieren, dass das erkennende Gericht die T nicht im Sinne der Anklage, sondern wegen Mordes für schuldig erachtet.

Der Einfluss des *Beschuldigten* auf Spruchkörper und Verfahrensart ist ungleich geringer. Er hat nur die Möglichkeit, gegen eine Anklage in Form der Anklageschrift – also nur im schöffnen- und im geschworenengerichtlichen Verfahren – Einspruch zu erheben. Mit diesem Rechtsmittel kann er die Anklage – und somit auch die rechtliche Qualifikation der ihm vorgeworfenen Tat durch den Staatsanwalt – umfassend bekämpfen. Über den Einspruch entscheidet der Gerichtshof zweiter Instanz (das ist das OLG), der die Anklageschrift – unabhängig von den geltend gemachten Mängeln – in jeder Hinsicht überprüft.

III.1.2.1.2. Ergebnisse der Befragung

Bei der Prognose der Einstufung des Falles durch die Anklagebehörde bei der Entscheidung über die Anklageerhebung nennen alle Befragten eindeutig Mord. Das korreliert mit der auch sonst aus der Praxis berichteten Erfahrung, dass die Staatsanwälte – vielleicht aus ihrem Selbstverständnis als anklagender Part heraus, vielleicht auch, um „Generalprävention durch prozessuales Verhalten“ zu betreiben – in der Regel das schwerste Delikt anklagen.

Damit ist für die vorliegende Fallvariante klargestellt, dass das Strafverfahren gegen T gemäß der Einschätzung der Befragten nach den Regeln für das geschworenengerichtliche Verfahren durchgeführt wird.

III.1.2.2. Beweislastverteilung bei Verteidigungseinreden/Ergebnisse der Befragung

Entsprechend dem bei den rechtlichen Vorgaben oben II.1.2.3.1. Gesagten meint die überwiegende Zahl der Befragten, nämlich neun, dass den Beschuldigten im österreichischen Strafverfahren keine Beweislast i.e.S. trifft: Sechs von ihnen sagen, dass T die für sie entlastenden Umstände, um sie im Strafverfahren zur Geltung zu bringen, „nur vorzubringen“ habe, die drei übrigen formulieren, dass T gehalten sei, derartige Umstände immerhin „plausibel zu machen“. Diesen Umständen müsse dann das Gericht gemäß seiner Verpflichtung zur amtswegigen Wahrheitserforschung nachgehen.

Die vier übrigen Gesprächspartner, nämlich bezeichnenderweise alle drei Verteidiger und ein Professor, betonen hingegen, dass der Beschuldigte in der Verfahrenspraxis sehr wohl die Beweislast bezüglich ihn entlastender Tatsachen hat: So wird gesagt, dass der Beschuldigte „ziemlich viel beizutragen hat, um sich frei zu beweisen“, und dass die Situation für ihn noch dadurch erschwert werde, dass er dies in einem relativ kurzen Zeitraum machen müsse; er habe nur die Zeit der Hauptverhandlung, und alles, was vorher (d.h. im Vorverfahren) passiert ist, sei praktisch schon zu seinen Lasten dokumentiert. So könne es dazu kommen, dass „auch ein Unterlassen dem Beschuldigten zu seinen Lasten ausgelegt wird“.

III.1.2.3. Sonstige Besonderheiten des Verfahrens

III.1.2.3.1. Rechtliche Vorgaben

Da die Hauptverhandlung im vorliegenden Fall nach einhelliger Ansicht aller Befragten und nach Meinung der Autorin vor einem Geschworenengericht stattfindet, ist einer Besonderheit dieser Verfahrensart nachzugehen. Wie oben II.1.2.2. dargestellt, kann ein für den Beschuldigten vor- oder nachteiliger Umstand von den Geschworenen in ihrem Wahrspruch nur dann berücksichtigt werden, wenn ihnen eine dementsprechende *Frage gestellt wird*. Hier können die Geschworenen also nur dann das mildere Tötungsdelikt des Totschlags für die T annehmen, wenn der Schwurgerichtshof eine sogenannte Eventualfrage danach formuliert. Die Voraussetzungen für die Stellung dieser sind einerseits auf Tatsachenebene, dass in der Hauptverhandlung (etwa seitens der T) Tatsachen vorgebracht wurden, die – wenn sie als erwiesen angenommen werden – das angesprochene Delikt begründen, und andererseits auf rechtlicher Ebene, dass die rechtlichen Bedingungen für dieses Delikt erfüllt sind.

III.1.2.3.2. Ergebnisse der Befragung

Gemäß dem vorhin Gesagten war es interessant, den Interviewpartnern die Frage vorzulegen, ob ihrer Meinung nach eine *Eventualfrage nach Totschlag* an die Geschworenen gestellt würde.

Dazu enthalten nur zehn Gesprächsprotokolle verwertbare Angaben. Unter ihnen sind die Meinungen geteilt: Im Ergebnis verneinen fünf die Frage und fünf bejahen sie.

Immerhin vier der mit Nein Antwortenden (zwei Richter, ein Staatsanwalt, ein Professor) meinen, dass die Stellung einer Eventualfrage nach Totschlag hier *rechtlich* verfehlt wäre. Ein weiterer Befragter (ein Verteidiger) ist der Ansicht, dass im vorliegenden Fall die *Tatsachengrundlage* für eine solche Frage nicht ausreiche und sie daher nicht gestellt würde.

III.1.2.4. Strategie der Prozessparteien und Absprachen

III.1.2.4.1. Verteidigungsstrategie der T

III.1.2.4.1.1. Rechtliche und tatsächliche Vorgaben

Hier können T bzw. ihr Verteidiger in rechtlicher Hinsicht zwei Strategien verfolgen.

Erstens kann T auf einen *Freispruch* wegen einer zur Zurechnungsunfähigkeit gesteigerten Störung ihrer Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit hinarbeiten. Dies-

bezüglich muss sie primär auf ihre mit dem ehelichen Martyrium verbundene psychische Belastung im Sinne eines psychischen Dauerstresses hinweisen und argumentieren, dass dies im Tatzeitpunkt zu einer Bewusstseinsverengung, die einer geistigen Störung i.S.d. § 11 öStGB gleichwertig ist, geführt und somit ihre *Zurechnungsfähigkeit* ausgeschlossen habe. Sie sollte diesbezüglich jedenfalls die Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Bereich der Psychiatrie beantragen (siehe oben II.1.2.3.2.). Im Geschworenengerichtsverfahren muss sie darauf achten, dass – bei Vorliegen der entsprechenden tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen – eine Zusatzfrage nach Zurechnungsunfähigkeit an die Geschworenen gestellt wird, und sie sollte diese Frage sicherheitshalber beantragen.

Die *zweite Strategie* besteht darin, eine Verurteilung wegen des strengsten Delikts des Mordes und die Heranziehung des höchsten Strafrahmens zu vermeiden und einerseits auf die Beurteilung der Tat als Totschlag und andererseits auf die Anwendung des außerordentlichen Milderungsrechts hinzuwirken. Auch für diese Strategie spielt die Frage einer allfälligen Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der T im Tatzeitpunkt eine Rolle. Die T bzw. ihr Verteidiger sollten daher beantragen, das Gericht möge dem psychiatrischen Sachverständigen auftragen, sich in seinem Gutachten auch zur Frage des Affekts bzw. zum Vorliegen einer nicht zur Zurechnungsunfähigkeit gesteigerten Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der T zu äußern. Im Hinblick auf die Totschlagsvariante muss T im Geschworenengerichtsverfahren für den Fall, dass das Gericht nicht von sich aus diese Frage stellt, die Stellung einer entsprechenden Eventualfrage nach diesem Delikt beantragen.

III.1.2.4.1.2. Ergebnisse der Befragung

Auf die Frage nach der Verteidigungsstrategie der T antworten nur vier der 13 Befragten, dass T in dieser Fallvariante die skizzierte Freispruchsstrategie wählen wird. Hingegen wird die Totschlagsstrategie von zwölf der 13 Befragten als die vorzugswürdigste Verteidigungsstrategie angesehen.

Frage: Welche Bedeutung hat die Verteidigungseinrede der Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Geltendmachung erwartbar	6	6	1	–	–	–	13
Beweisaufwand erwartbar	9	1	1	–	2	–	13
Beziehung eines Sachverständigen erwartbar	8	1	1	1	2	–	13

Tabelle 1-4

Zur Beiziehung eines Sachverständigen ergänzen zwei Gesprächspartner (bezeichnenderweise zwei Verteidiger), dass sie zur Kontrolle des allenfalls vom Gericht in Auftrag gegebenen psychiatrischen Gutachtens auf jeden Fall ein Privatgutachten erstellen lassen würden.

III.1.2.4.2. Gegenstrategie des Anklägers: Ergebnisse der Befragung

Zur *Gegenstrategie des Staatsanwalts* enthalten nur sieben Gesprächsprotokolle verwertbare Angaben.

Diese Gesprächspartner meinen einhellig, dass der Staatsanwalt ganz allgemein unter Hinweis darauf, dass die Tat kaltblütig geplant war, auf einem Schuldspruch der T wegen Mordes beharren und darüber hinaus jedenfalls gegen die Anwendung der a.o. Strafmilderung und für eine strenge Bestrafung der T eintreten wird.

Nach Ansicht von zwei befragten Staatsanwälten wird der Ankläger in seinem Plädoyer darauf hinweisen, dass die Ermordung des Ehegatten in unserem Rechtsbereich ja nicht die einzige Möglichkeit ist, sich aus einer fürchterlichen Ehesituation zu befreien: Er wird auf die Möglichkeiten einerseits des Ausziehens der T aus der gemeinsamen Wohnung – was keine Nachteile in einem Ehescheidungsverfahren und in der Unterhaltsfrage hätte – und andererseits der Erwirkung einer einstweiligen Verfügung nach der Exekutionsordnung⁸⁹ hinweisen, wonach die Frau verlangen kann, dass der Mann die Wohnung verlässt; und er wird ganz allgemein auf das Institut der Ehescheidung verweisen.

III.1.2.4.3. Absprachen zwischen den Verfahrensbeteiligten

III.1.2.4.3.1. Rechtliche Vorgaben

Prozessabsprachen zwischen den Verfahrensbeteiligten im Sinne des „Aushandelns“ eines bestimmten Delikts oder einer bestimmten Strafe sind der österreichischen Strafprozessordnung fremd. Eine Absprache zwischen dem Beschuldigten und dem Staatsanwalt über das anzuklagende Delikt würde schon dem Legalitätsprinzip widersprechen.⁹⁰ Und in einem Verfahren mit Laienbeteiligung wie im Schöffin- und Geschworenengerichtsverfahren ist eine Absprache zwischen Beschuldigtem, Ankläger und erkennendem Gericht über das dem Urteil zugrunde zu legende Delikt schon theoretisch kaum vorstellbar.

⁸⁹ § 382b bis d EO, RGBI 1896/79, i.d.F. BGBl 2004/151. Siehe dazu auch bei und in Fn. 24. – Vgl. dazu die gem. § 38a (eingefügt durch das GeSchG, BGBl 1996/759 i.d.F. BGBl I 1999/146) des Sicherheitspolizeigesetzes, BGBl 1991/566 i.d.F. BGBl I 2004/151, bestehende Möglichkeit der „Wegweisung“ und des Ausspruchs eines „Betretungsverbots durch Gewalt in Wohnungen“ durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes.

⁹⁰ Vgl. dazu ausführlich *Tipold*, in: Archivum iuridicum Cracoviense, S. 169.

Darüber, ob und in welchen Bereichen es in der Verfahrenspraxis zu Absprachen kommt, gibt es in Österreich bisher keine empirischen Untersuchungen. Und erst in jüngster Zeit wird dieses Thema bei Fachtagungen⁹¹ und im Schrifttum⁹² diskutiert.

Dem Vernehmen nach kommen in der Praxis zumindest im Sanktionenbereich Absprachen vor. Dabei werde zwischen der Beschuldigtenseite einerseits sowie dem Gericht und dem Staatsanwalt andererseits vereinbart, dass der Beschuldigte gegen sein Geständnis bzw. seine Kooperation im Verfahren eine niedrigere Strafe erhalte. Die Vereinbarung könne dem Vernehmen nach auch beinhalten, dass die Beschuldigtenseite für den Fall einer niedrigen Strafe auf Rechtsmittel gegen das Urteil verzichte. Der Part des Staatsanwalts bei einem solchen Handel bestehe in der Zusage, einerseits auf die Beantragung einer höheren als der vereinbarten Strafe und andererseits auf die Erhebung eines Rechtsmittels gegen das Urteil zu verzichten. Die Initiative für derartige Absprachen gehe in der Regel von dem – durch einen Verteidiger vertretenen – Beschuldigten aus.

III.1.2.4.3.2. Ergebnisse der Befragung

Die Frage nach der Möglichkeit von Prozessabsprachen zwischen den Verfahrensbeteiligten wird von acht Gesprächspartnern (zwei Richtern, drei Staatsanwälten, einem Verteidiger und zwei Professoren) unter Hinweis auf die österreichische Strafprozessordnung apodiktisch verneint. Das Gesprächsprotokoll mit dem vierten Staatsanwalt enthält dazu keine Angaben.

Von den übrigen vier Befragten meinen zwei (ein Verteidiger und ein Professor), dass es im Allgemeinen zwar keine Absprachen bezüglich des anzuwendenden Delikts, wohl aber solche bezüglich der zu verhängenden Strafe gebe; sie könnten sich im vorliegenden Fall vorstellen, dass T anbietet, als Gegenleistung für eine geringe Strafe bzw. die Anwendung des a.o. Milderungsrechts auf Rechtsmittel gegen das Urteil zu verzichten.

Nur zwei Interviewpartner (ein Richter und ein Verteidiger) erklären, dass Absprachen in der Verfahrenspraxis sowohl hinsichtlich des Delikts als auch hinsichtlich der Strafe vorkämen, sie selbst aber davon Abstand nähmen.

⁹¹ So auf der 7. Finanzstrafrechtlichen Tagung am 26. Februar 2002 in Linz, am 1. Österreichischen StrafverteidigerInnentag am 21./22. März 2003 in Wien, am 15. Österreichischen Juristentag vom 21. bis 23. Mai 2003 in Innsbruck und am 3. Österreichischen StrafverteidigerInnentag im März 2005 in Graz.

⁹² Vgl. statt aller *Moos*, RZ 2004, 56; *Soyer*, in: Leitner (Hrsg.), Finanzstrafrecht, S. 73; *Tipold*, in: Archivum iuridicum Cracoviense, S. 169, sowie zuletzt *Medigovic*, in: *Soyer* (Hrsg.), Strafverteidigung, S. 126.

III.1.3. Einflüsse der Strafvollstreckung

III.1.3.1. Verkürzungen des Vollzugs der Freiheitsstrafe/Ergebnisse der Befragung

Entsprechend dem oben II.1.3.1. zu den rechtlichen Vorgaben Ausgeführten kommt für T sowohl bei einem Schuldspruch wegen Mordes als auch bei einem solchen wegen Totschlags eine vorzeitige bedingte Entlassung aus der Freiheitsstrafe in Betracht.

Auf die Frage, *nach welcher Haftdauer* die T hier voraussichtlich *bedingt entlassen* werden wird, antworten acht Befragte, dass nach dem Gesetz und den hier bekannten tatsächlichen Gegebenheiten die T bereits nach der Hälfte ihrer Haftzeit entlassen werden müsste. Vier von ihnen weisen auf die – insbesondere im Osten Österreichs – restriktive Praxis der Vollzugsgerichte hin, woraus sich ergäbe, dass T in der Praxis wohl erst nach zwei Dritteln ihrer Haftzeit entlassen werden würde.

Vier weitere Gesprächspartner vertreten die Meinung, dass für T primär eine Zwei-Drittel-Entlassung in Betracht kommt. Zwei von ihnen weisen darauf hin, dass nach ihrer Ansicht und nach der Praxis auch eine Hälfte-Entlassung hier nicht auszuschließen sei, einer (ein Verteidiger aus Wien) betont hingegen, dass nach seiner Erfahrung sogar die Zwei-Drittel-Entlassung in der Praxis auf Schwierigkeiten stoßen werde. Der dreizehnte Gesprächspartner lässt die Antwort auf die Frage offen.

Setzt man die Einschätzungen der Gesprächspartner selbst mit der *ihrer Ansicht nach* für die T angemessenen Freiheitsstrafe in Beziehung, so erhält man die *Dauer des tatsächlichen Freiheitsentzugs* der T. Der Übersichtlichkeit halber habe ich die Antworten in von mir gebildete Kategorien eingeordnet. Danach lassen sich die Antworten von fünf Gesprächspartnern in die Kategorie von bis zu vier Jahren, die Antworten von vier Befragten in die Kategorie von mehr als vier bis zu acht Jahren und drei Antworten in die Gruppe von mehr als acht bis zu zwölf Jahren einordnen. Die Antwort des dreizehnten, oben als unentschieden angeführten Gesprächspartners kann im Hinblick darauf, dass er auch bezüglich der Anwendung der außerordentlichen Strafmilderung unentschieden war, keiner der genannten Kategorien eindeutig zugeordnet werden; die strengste Kategorie scheidet für ihn aber jedenfalls aus.

Setzt man hingegen die Angaben der Gesprächspartner mit deren Prognose des *gerichtlich ausgesprochenen* Freiheitsentzugs – die leider lückenhaft ist – in Beziehung, so erhält man einen Eindruck davon, mit welcher *tatsächlichen Haftdauer* die T zu rechnen hat.

Frage: Mit welcher tatsächlichen Haftdauer hat T zu rechnen?

	Prognose der Gerichtsentscheidung/ Freiheitsstrafe in Jahren	Prognose der tatsächlichen Haftdauer/ Freiheitsstrafe in Jahren
1/Richter	7	3,5
2/Richter	Keine Antwort	–
3/Richter	Keine Antwort	–
4/Staatsanwalt	10–12	6,6–8
5/Staatsanwalt	12–13	6–8,6
6/Staatsanwalt	Keine Antwort	–
7/Staatsanwalt	? oder 7–10	? oder 3,5–10
8/Verteidiger	2–14	2,6–9,3
9/Verteidiger	10	6,6–10
10/Verteidiger	Keine Antwort	–
11/Universitätsprofessor	Keine Antwort	–
12/Universitätsprofessor	Keine Antwort	–
13/Universitätsprofessor	5	2,5–3,3

Tabelle 1-5

Auffallend sind die großen Unterschiede in der Haftdauerprognose.

III.1.3.2. Vollzugsmodalitäten bei der Freiheitsstrafe/Ergebnisse der Befragung

Eine Frage nach den Vollzugsmodalitäten bei der über T verhängten Freiheitsstrafe wurde den Gesprächspartnern nicht gestellt.

III.2. Fallvariante 2

T ist aufgrund der desolaten Situation völlig verzweifelt. Eines Abends wird sie beim Anblick des nach starkem Alkoholkonsum eingeschlafenen O plötzlich von ihren Gefühlen überwältigt, ergreift einen schweren Gegenstand und erschlägt ihn.

III.2.1. Materielle rechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.2.1.1. Tatbestandliche Einstufung

III.2.1.1.1. Rechtliche Vorgaben

Wie in Fallvariante 1 kommen auch hier nur die Delikte Mord oder Totschlag in Betracht. Im Hinblick auf Totschlag ist insbesondere fraglich, ob die im Sachverhalt als Ursache für Ts Tat genannte Verzweiflung die von diesem Delikt geforderte heftige Gemütsbewegung des Täters im Tatzeitpunkt erfüllt. Diesbezüglich ist der Sachverhalt ergänzungsbedürftig.

Weiters ist bei dieser Fallvariante die Rechtsmeinung relevant, wonach es nicht unbedingt einen gewichtigen Anlass für einen den Anforderungen des Totschlags genügenden Affekt geben muss, sondern sich ein solcher auch schon längere Zeit vor der Tat allmählich aufgebaut haben kann, um sich dann unvermittelt aus einem eher geringfügigen Anlass – etwa, wie hier, bei der Konfrontation des Täters mit dem Opfer – in der Tötungstat zu entladen.

III.2.1.1.2. Ergebnisse der Befragung

Frage: Welchen Tatbestand würden Sie auf die Fallvariante 2 anwenden?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Mord: § 75 (Ausgangstatbestand)	3	1	1	4	4	–	13
Totschlag: § 76 (Privilegierung)	4	4	1	1	3	–	13

Tabelle 2-1

Zur Prognose der *gerichtlichen Einstufung* im Urteil äußern sich nur fünf Interviewpartner: Drei meinen, dass der Fall eher („tendenziell“) als Totschlag beurteilt würde, zwei sind zwischen Mord und Totschlag unentschieden.

Der Tötungsvorsatz der T als solcher wird von einem Gesprächspartner (einem Verteidiger) infrage gestellt.

III.2.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen

III.2.1.2.1. Rechtliche Vorgaben

Als Straffreistellungen für T könnte man – wie in Fallvariante 1 – entschuldigenden Notstand und Zurechnungsunfähigkeit erwägen. Bezüglich der hier jeweils

relevanten rechtlichen Voraussetzungen sei auf das oben III.1.1.2.1. Gesagte verwiesen. Danach kommt entschuldigender Notstand auch hier nicht zur Anwendung.

III.2.1.2.2. Ergebnisse der Befragung

Entsprechend dem oben Ausgeführten wird *entschuldigender Notstand* von keinem der Gesprächspartner angenommen.

Frage: Welche Bedeutung hat eine allfällige Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der T?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Ist naheliegend	1	9	3	–	–	–	13
Führt zur Strafmilderung	1	6	–	–	3	3	13
Führt zur Straffreiheit (§ 11)	–	1	3	–	9	–	13

Tabelle 2-2

Die Angaben in dieser Tabelle nähern sich denen zu Fallvariante 1 stark an.

III.2.1.3. Strafraumenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.2.1.3.1. Konkret anzuwendender Strafraumen; außerordentliche Strafmilderung

III.2.1.3.1.1. Rechtliche Vorgaben

Bezüglich der rechtlichen Vorgaben wird auf die Ausführungen in Fallvariante 1 (oben III.1.1.3.1.1.) verwiesen.

III.2.1.3.1.2. Ergebnisse der Befragung

Frage: Welcher Strafraumenoption lässt sich die Antwort des Gesprächspartners zuordnen?

	Delikt § 75 oder § 76	Annahme des § 41	Strafraumenoption: Freiheitsstrafe in Jahren
1/Richter	§ 76	Nein	5–10
2/Richter	§ 75	Nein	Lebenslange Freiheitsstrafe oder 10–20

3/Richter	§ 75	Nein	Lebenslange Freiheitsstrafe oder 10–20
4/Staatsanwalt	§ 75	Ja	1–20
5/Staatsanwalt	§ 76	Nein	5–10
6/Staatsanwalt	§ 76	Nein	5–10
7/Staatsanwalt	Unentschieden	Unentschieden	Lebenslange Freiheitsstrafe oder 10–20 oder 1–20 oder 5–10 oder 0,5–10
8/Verteidiger	§76	Unentschieden	5–10 oder 0,5–10
9/Verteidiger	§76	Nein	5–10
10/Verteidiger	§ 76	Ja	0,5–10
11/Universitätsprofessor	§ 75	Nein	Lebenslange Freiheitsstrafe oder 10–20
12/Universitätsprofessor	§ 76	Ja	0,5–10
13/Universitätsprofessor	§ 76	Ja	0,5–10

Tabelle 1-3-1

Hier zeigt sich uns ein etwas differenzierteres Bild als bei Fallvariante 1. Immerhin drei Gesprächspartner wählen die erste, strengste Straffrahmenoption; gleich viele sprechen sich allerdings für die vierte, mildeste Option aus; nur ein Befragter bejaht die zweite Straffrahmenvariante; die meisten Befragten, nämlich vier, ordnen den Fall der dritten Straffrahmenvariante (fünf bis zehn Jahre) zu; einer schwankt zwischen der dritten und vierten, also den beiden milderer Optionen, und der „unentschiedene“ Befragte hält – wie in Fallvariante 1 – alle vier Straffrahmen für denkbar.

Zur Frage, von welchen Straffrahmen das *Gericht* ausgehen würde, machen auch diesmal nur sieben Gesprächsprotokolle Angaben: zwei nennen die zweite Straffrahmenoption (ein bis 20 Jahre), zwei die dritte Option (fünf bis zehn Jahre), eines

die vierte und mildeste Option (sechs Monate bis zehn Jahre) und zwei halten alle vier Strafrahmenvarianten und damit auch die strengste für möglich.

III.2.1.3.2. Alternativen zur unbedingten Freiheitsstrafe aufgrund des konkreten Strafrahmens

III.2.1.3.2.1. Rechtliche Vorgaben

Es gilt das zu Fallvariante 1 Gesagte.

III.2.1.3.2.2. Ergebnisse der Befragung

Obwohl acht der 13 Gesprächspartner, nach ihrer *eigenen Einschätzung* befragt (vgl. dazu oben III.2.1.1.2.), vom milderen Delikt des Totschlags ausgehen, sprechen sich nur drei von ihnen für einen Strafrahmen aus, der sowohl eine bedingte Strafnachsicht als auch eine Geldstrafe anstelle einer Freiheitsstrafe prinzipiell ermöglicht; ein Befragter lässt diese Option offen.

III.2.1.3.3. Strafzumessungsfaktoren

III.2.1.3.3.1. Erschwerende Faktoren/Ergebnisse der Befragung

Die Tatsache, dass T ihre Tat *geplant* hat, wird von nur einem Befragten (einem Professor) als strafscharfend bewertet.

Die Mehrzahl der Befragten, nämlich acht, nennt die *Wehrlosigkeit* des (schlafenden) O als erschwerend, wobei einer von ihnen diesem Umstand starken und zwei nur geringen Einfluss bei der Strafzumessung einräumen.

Wie in Fallvariante 1 betrachtet keiner der Befragten den Umstand, dass T ihren Ehemann und damit eine besonders *nahestehende Person getötet* hat, als Strafschärfungsgrund.

Keiner der Befragten sieht die *Art und Weise der Tötung* des O (er wird mit einem „schweren Gegenstand“ erschlagen) als besonders verwerflich und somit als erschwerenden Umstand an.

Auch sonst wird kein Umstand als strafscharfend genannt.

Fasst man alle Antworten zusammen, so werden bei dieser Fallvariante weniger Strafschärfungsfaktoren angenommen als in Variante 1.

III.2.1.3.3.2. Mildernde Faktoren/Ergebnisse der Befragung

Elf der 13 Gesprächspartner beurteilen die durch das jahrelange Ehemartyrium bedingte *seelische Belastung* der T als strafmildernden Umstand; sieben von ihnen

nennen zusätzlich eine *verminderte Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit* der T als strafmildernd, wobei aber nur ein Befragter diesem Umstand starken Einfluss bei der Strafbemessung zubilligt. Ein Interviewpartner bringt, wie in Fallvariante 1, wiederum das *battered women*-Syndrom als permanenten psychischen Ausnahmezustand der T ins Spiel.

Drei Befragte, und zwar alle drei Professoren, erachten die *Provokation durch das Tatopfer* als strafmildernden Faktor.

Ein Gesprächspartner (Verteidiger) führt die *Gefahr weiterer Misshandlungen* durch O als zusätzlichen strafmildernden Umstand an.

Als *sonstige mildernde Faktoren* werden von acht Befragten (allen Richtern und Staatsanwälten sowie einem Professor) die in der Praxis gewichtigen Milderungsgründe Unbescholtenheit und ein allfälliges reumütiges Geständnis der T genannt. Ein Professor führt weiters das Handeln der T „aus einer spontanen Situation heraus“ als mildernd an. Zu einem nach Ansicht von vier Befragten allenfalls vorliegenden weiteren Milderungsfaktor gilt das bei Fallvariante 1 Gesagte (vgl. oben III.1.1.3.3.2. a.E.).

Alle Antworten zusammengenommen, werden der T bei dieser Fallvariante mehr bzw. öfter Milderungsfaktoren zugebilligt als bei Variante 1.

III.2.1.3.4. Konkrete Sanktionsprognose/Ergebnisse der Befragung

III.2.1.3.4.1. Strafhöhe

Die folgende *Tabelle 2-3-2* weist zunächst die nach *Ansicht der Gesprächspartner* für T angemessene Strafhöhe aus. Diese Angaben habe ich mit den von den Befragten angenommenen Delikten und der Bejahung oder Verneinung der außerordentlichen Strafmilderung durch sie in Beziehung gesetzt. „Offen“ bedeutet, dass die Gesprächspartner zur entsprechenden Frage – im Unterschied zu einer „unentschiedenen“, also zwei oder mehrere Alternativen für gleichermaßen anwendbar erachtenden Antwort – überhaupt keine Antwort gegeben haben. Sodann ist in der Tabelle die *Prognose der gerichtlichen Entscheidung* angegeben. Eine derartige Prognose findet sich leider nur in sechs Gesprächsprotokollen.

Frage: Welche konkrete Sanktion hat T zu erwarten?

	Ansicht des Gesprächspartners			Prognose der gerichtlichen Entscheidung
	Delikt § 75 oder § 76	Annahme des § 41	Sanktion: Freiheitsstrafe in Jahren	Sanktion: Freiheitsstrafe in Jahren
1/Richter	§ 76	Nein	7	7
2/Richter	§ 75	Nein	10–12	Keine Antwort
3/Richter	§ 75	Nein	14–15	Keine Antwort
4/Staatsanwalt	§ 75	Ja	8–10	2–3 oder 6–10
5/Staatsanwalt	§ 76	Nein	5	8–9
6/Staatsanwalt	§ 76	Nein	5–7	Keine Antwort
7/Staatsanwalt	Unentschieden	Unentschieden	§ 76: 5 § 76+§ 41: offen § 75: offen § 75+§ 41: offen	3 oder 5–5,5 oder ?
8/Verteidiger	§ 76	Unentschieden	§ 76: 5 § 76+§ 41: 2–4	2–4 oder 5
9/Verteidiger	§ 76	Nein	5	5
10/Verteidiger	§ 76	Ja	3	Keine Antwort
11/Universitätsprofessor	§ 75	Nein	10	Keine Antwort
12/Universitätsprofessor	§ 76	Ja	3–4	Keine Antwort
13/Universitätsprofessor	§ 76	Ja	2	Keine Antwort

Tabelle 2-3-2

Auch hier würde die lebenslange Freiheitsstrafe von keinem der Befragten über T verhängt werden.

Bezüglich der zeitlichen Freiheitsstrafe bewegen sich die *Meinungen der Befragten* in einem Bereich von zwei bis zu 15 Jahren. Wiederum kann die Antwort des

siebten Befragten, der sowohl bezüglich der Zuordnung des Falles zu Mord oder Totschlag als auch bezüglich der Annahme der außerordentlichen Strafmilderung unentschieden ist, nicht weiter verwertet werden, weil er nur für eine der vier möglichen Varianten eine konkrete Strafhöhe angegeben hat. Die Alternativaussage des achten Befragten erklärt sich daraus, dass dieser seine Angaben einerseits für den Fall der Bejahung und andererseits für den Fall der Verneinung der außerordentlichen Strafmilderung gemacht hat.

Im Übrigen lässt sich sagen, dass die von den Gesprächspartnern gewählten Strafen hier generell deutlich geringer ausfallen als bei der ersten Fallvariante.

Im Rahmen der *Prognose der gerichtlichen Entscheidung* kommt die Alternativaussage des vierten Befragten dadurch zustande, dass er eine Beurteilung des Falles als Totschlag – im Gegensatz zu seiner eigenen Meinung – einerseits und eine Anwendung der außerordentlichen Strafmilderung andererseits für möglich erachtet. Erklärungsbedürftig ist auch die Antwort des siebten Gesprächspartners: Während dieser schon bei seiner eigenen Zuordnung des Falles zu Mord oder Totschlag unsicher war, nimmt er bei der Gerichtsentscheidung Totschlag an und ist nur mehr bezüglich der außerordentlichen Strafmilderung unentschieden.

III.2.1.3.4.2. Alternativen zur unbedingten Freiheitsstrafe

Nur ein Befragter will die von ihm genannte – zweijährige – Freiheitsstrafe zur Gänze bedingt nachsehen und sie somit, wie er sagt, als „symbolische Strafe für T“ verstanden wissen.⁹³

III.2.2. Einflüsse des Strafverfahrens

III.2.2.1. Einflussnahme der Verfahrensbeteiligten auf Spruchkörper und Verfahrensart

III.2.2.1.1. Rechtliche Vorgaben

Bezüglich der rechtlichen Vorgaben sei auf die Ausführungen zu Fallvariante 1 (oben III.1.2.1.1.) verwiesen.

⁹³ Vgl. das 13. Interview mit einem Universitätsprofessor.

III.2.2.1.2. Ergebnisse der Befragung

Einstufung des Falls durch die Anklagebehörde/Prognose des Gesprächspartners

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Mord: § 75 (Ausgangstatbestand)	7	3	1	1	1	–	13
Totschlag: § 76 (Privilegierung)	1	1	1	3	7	–	13

Tabelle 2-4-1

Aus diesen Einschätzungen ergibt sich, dass nach der Meinung von zehn Gesprächspartnern das Strafverfahren gegen T nach den Regeln für das geschworenengerichtliche Verfahren durchgeführt wird, nach der Meinung von zwei Interviewten hingegen nach den Regeln für das Schöffengericht.

III.2.2.2. Beweislastverteilung bei Verteidigungseinreden/Ergebnisse der Befragung

Bei der in Rede stehenden Frage verweisen alle Gesprächspartner auf ihre zu Fallvariante 1 gegebenen Antworten. Ein Gesprächspartner – ein Verteidiger – fügt hinzu, dass es die T bezüglich ihrer Entlastungsbemühungen hier leichter habe als in der ersten Variante.

III.2.2.3. Sonstige Besonderheiten des Verfahrens

III.2.2.3.1. Rechtliche Vorgaben

Da zehn Gesprächspartner der Meinung waren, dass die Hauptverhandlung im Strafverfahren gegen die T vor einem Geschworenengericht stattfinden wird (vgl. dazu oben III.2.2.1.2.), war an diese Personen die Frage zu richten, ob ihrer Ansicht nach eine *Eventualfrage nach Totschlag* an die Geschworenen gestellt würde. Zu den rechtlichen Vorgaben für diese Frage an die Interviewpartner sei auf das zu Fallvariante 1 Ausgeführte (oben III.1.2.3.1.) verwiesen.

III.2.2.3.2. Ergebnisse der Befragung

Von den zehn in Rede stehenden Gesprächsprotokollen enthalten zwei keine Antwort, eines lässt die Frage offen. Von den restlichen sieben Interviewpartnern treten fünf (das sind genauso viele wie in Fallvariante 1) für die Stellung der bezeichneten Eventualfrage ein; zwei sind dagegen, wobei einer von ihnen wiederum argumentiert, dass die Stellung dieser Frage hier rechtlich verfehlt wäre.

III.2.2.4. Strategie der Prozessparteien und Absprachen

III.2.2.4.1. Verteidigungsstrategie der T

III.2.2.4.1.1. Rechtliche und tatsächliche Vorgaben

In dieser Fallvariante kommen die gleichen Verteidigungsstrategien in Betracht wie in Variante 1. Die Beurteilung der Tat als Totschlag hat hier jedoch ungleich größere Chancen als dort. Dazu trägt auch bei, dass der Umstand der geplanten Tat nicht vorliegt.

III.2.2.4.1.2. Ergebnisse der Befragung

Auf die *Frage*, welche Verteidigungsstrategie die T einschlagen wird, sind mit fünf Befragten etwas mehr als in Fallvariante 1 der Meinung, dass T bzw. ihr Verteidiger auf einen *Freispruch* wegen *Zurechnungsunfähigkeit* hinarbeiten werden. Im Rahmen der zweiten Verteidigungsstrategie, die auf eine möglichst milde strafrechtliche Beurteilung der schuldig gesprochenen T abzielt, wird das Hinarbeiten auf *Totschlag* von allen Befragten genannt. Zwei Gesprächspartner halten auch eine Argumentation der T hinsichtlich *fehlenden Tötungsvorsatzes* für realistisch.

Frage: Welche Bedeutung hat die Verteidigungseinrede der Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der T?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Geltendmachung erwartbar	6	5	2	–	–	–	13
Beweisaufwand erwartbar	9	2	1	–	1	–	13
Beziehung eines Sachverständigen erwartbar	9	2	1	–	1	–	13

Tabelle 2-4-2

Dieses Ergebnis weicht von dem in Fallvariante 1 nur geringfügig ab.

Einer der Verteidiger fügt auch hier hinzu, dass er das allenfalls vom Gericht bestellte Gutachten durch ein Privatgutachten absichern lassen würde. Zwei Befragte (ein Staatsanwalt und ein Professor) weisen darauf hin, dass zur verlässlichen Beantwortung der hier relevanten Fragen neben einem Psychiater auch ein Psychologe herangezogen werden sollte.

III.2.2.4.2. Gegenstrategie des Anklägers/Ergebnisse der Befragung

Zur *Frage* nach der Gegenstrategie des Anklägers geben wiederum nur sieben Gesprächsprotokolle (dieselben wie zu Variante 1) Auskunft. Wie in Fallvariante 1 meinen wieder alle Befragten, dass der Staatsanwalt für einen Schuldspruch der T wegen Mordes eintreten wird. Drei von ihnen (ein Staatsanwalt und zwei Verteidiger) schwächen dies jedoch hier – im Gegensatz zu Fallvariante 1 – dahingehend ab, dass der Ankläger beim vorliegenden Sachverhalt für die Totschlagsvariante offen sein und keine Gegenstrategie dazu entwickeln werde.

III.2.2.4.3. Absprachen zwischen den Verfahrensbeteiligten

III.2.2.4.3.1. Rechtliche Vorgaben

Bezüglich der rechtlichen Vorgaben sei auf die Ausführungen zu Fallvariante 1 (oben III.1.2.4.3.1.) verwiesen.

III.2.2.4.3.2. Ergebnisse der Befragung

Hier verweisen alle Gesprächspartner auf ihre zu Fallvariante 1 gemachten Angaben. Nur bei einem Befragten, der zwar keine Absprachen bezüglich des anzuwendenden Delikts, wohl aber solche bezüglich der zu verhängenden Strafe konzediert hatte, ergibt sich eine Abweichung: Er meint, dass die auf einen Freispruch abzielende Verteidigungsstrategie der T im vorliegenden Fall einem Prozesshandel im Weg stehe.

III.2.3. Einflüsse der Strafvollstreckung

III.2.3.1. Verkürzung des Vollzugs der Freiheitsstrafe/Ergebnisse der Befragung

Bezüglich der Frage, nach welcher *Haftdauer* die T hier voraussichtlich *bedingt entlassen* werden würde, sind acht Gesprächspartner der Meinung, dass für T die Hälfte-Entlassung zur Anwendung kommen müsse. Drei Befragte sprechen sich für eine Entlassung nach zwei Dritteln der verbüßten Strafzeit aus. Ein Interviewpartner (ein Verteidiger aus Wien) merkt – analog zu Fallvariante 1 – an, dass seiner Erfahrung nach sogar die Zwei-Drittel-Entlassung in der Praxis auf Schwierigkeiten stoßen werde; er selbst lässt hier die Antwort auf die Frage offen. Für einen Befragten erübrigt sich die gestellte Frage, weil er von einer bedingten Strafnachsicht bezüglich der T ausgegangen ist.

Zusammenfassend gesagt, sind die Antworten fast gleich wie in Fallvariante 1.

Aus der Kombination dieser Antworten mit der nach *Meinung der Interviewpartner für die T angemessenen Freiheitsstrafe* ergibt sich die – gemäß der

Ansicht der Befragten – *Dauer des tatsächlichen Freiheitsentzugs* der T. Um die Antworten mit denen zu Fallvariante 1 vergleichen zu können, habe ich hier die gleichen Kategorien wie dort gebildet. Danach lassen sich sieben Antworten in die Kategorie von bis zu vier Jahren tatsächlich verbüßter Freiheitsstrafe einordnen, wobei drei von ihnen sogar von höchstens zwei Jahren ausgehen, während drei Antworten in die Kategorie von über vier bis zu acht Jahren fallen. Zwei Antworten können im Hinblick darauf, dass sie sich bezüglich der konkret zu verhängenden Strafe nicht festgelegt haben, nicht eindeutig zugeordnet werden, würden aber mit hoher Wahrscheinlichkeit in eine der beiden angeführten und nicht in eine höhere Kategorie fallen. Die Antwort eines weiteren Gesprächspartners kann für die gegenständliche Fragestellung nicht verwertet werden, weil dieser die über T verhängte Strafe bedingt nachsehen oder T überhaupt freisprechen würde.

Bildet man den Durchschnitt aus den angegebenen Werten, so ist die Dauer des tatsächlichen Freiheitsentzugs der T hier geringer als in Fallvariante 1, was auf die im Vergleich zur ersten Variante geringeren Strafhöhen zurückzuführen ist.

Kombinieren wir hingegen die Einschätzungen der Befragten mit deren Prognose des *gerichtlich ausgesprochenen* Freiheitsentzugs, die sich leider nur in sechs Gesprächsprotokollen findet, so erhalten wir die *Prognose der vom Gericht verhängten tatsächlichen Haftdauer* der T.

Frage: Mit welcher tatsächlichen Haftdauer hat T zu rechnen?

	Prognose der Gerichtsentscheidung/ Freiheitsstrafe in Jahren	Prognose der tatsächlichen Haftdauer/ Freiheitsstrafe in Jahren
1/Richter	7	3,5
2/Richter	Keine Antwort	–
3/Richter	Keine Antwort	–
4/Staatsanwalt	2–10	1–5
5/Staatsanwalt	8–9	4–4,5
6/Staatsanwalt	Keine Antwort	–
7/Staatsanwalt	3–5,5 oder ?	1,5–2,7 oder ?
8/Verteidiger	2–5	2–5
9/Verteidiger	5	3,3

10/Verteidiger	Keine Antwort	-
11/Universitätsprofessor	Keine Antwort	-
12/Universitätsprofessor	Keine Antwort	-
13/Universitätsprofessor	Keine Antwort	-

Tabelle 2-5

Die Unterschiede in der Haftdauerprognose sind hier nicht so groß wie bei Fallvariante 1.

III.2.3.2. Vollzugsmodalitäten bei der Freiheitsstrafe/Ergebnisse der Befragung

Eine Frage über die Vollzugsmodalitäten bei der über T verhängten Freiheitsstrafe wurde den Gesprächspartnern nicht gestellt.

III.3. Fallvariante 3

Eines Abends ist T von O wieder schwer misshandelt worden. Als sie ihn etwa dreißig Minuten später schlafend vor sich sieht, ersticht sie ihn mit einem Messer.

III.3.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.3.1.1. Tatbestandliche Einstufung

III.3.1.1.1. Rechtliche Vorgaben

Wie in den vorhergehenden Fallvarianten muss die Entscheidung zwischen Mord und Totschlag fallen. Im Hinblick auf das Delikt des Totschlags ist hier noch problematischer als in Variante 2, ob sich T im Tatzeitpunkt in der vom Gesetz geforderten „allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung“ befunden hat.

Die allgemeine Begreiflichkeit der Gemütsbewegung wäre aufgrund der Tatsache, dass T vor der Tat von O schwer misshandelt worden ist, wohl gegeben. Fraglich ist jedoch erstens, ob – wie dies rechtlich erforderlich ist – die T durch die Misshandlungen überhaupt in eine heftige Gemütsbewegung geraten ist, zweitens, ob sie ihren Tatentschluss während der Gemütsbewegung gefasst hat, und drittens, ob die Gemütsbewegung während ihrer Tötungshandlung (noch) bestanden hat. All dies lässt der Sachverhalt offen.

III.3.1.1.2. Ergebnisse der Befragung

Frage: Welchen Tatbestand würden Sie auf die Fallvariante 3 anwenden?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Mord: § 75 (Ausgangstatbestand)	2	–	4	4	3	–	13
Totschlag: § 76 (Privilegierung)	3	4	4	–	2	–	13

Tabelle 3-1

Über die Prognose der *gerichtlichen Einstufung* im Urteil werden aufgrund der Tatsache, dass zehn Gesprächsprotokolle dazu leider keine Angaben enthalten, keine Aussagen gemacht.

Der Tötungsvorsatz der T wird von keinem der Gesprächspartner problematisiert.

III.3.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen

III.3.1.2.1. Rechtliche Vorgaben

Hier gilt das zu Fallvariante 2 Ausgeführte analog.

III.3.1.2.2. Ergebnisse der Befragung

Entsprechend den rechtlichen Vorgaben wird von keinem der Gesprächspartner *entschuldigender Notstand* angenommen.

Frage: Welche Bedeutung hat eine allfällige Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der T?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Ist naheliegend	7	–	6	–	–	–	13
Führt zur Strafmilderung	7	–	–	–	3	3	13
Führt zur Straffreiheit (§ 11)	–	1	3	–	9	–	13

Tabelle 3-2

Die Tabelle zeigt, dass die Frage nach einer Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der T hier exakt genauso beantwortet wird wie in Fallvariante 2.

III.3.1.3. Strafrahmenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.3.1.3.1. Konkret anzuwendender Strafrahmen; außerordentliche Strafmilderung

III.3.1.3.1.1. Rechtliche Vorgaben

Hierzu sei auf das in Fallvariante 1 Gesagte (III.1.1.3.1.1.) verwiesen.

III.3.1.3.1.2. Ergebnisse der Befragung

Frage: Welcher Strafrahmenoption lässt sich die Antwort des Gesprächspartners zuordnen?

	Delikt § 75 oder § 76	Annahme des § 41	Strafrahmenoption: Freiheitsstrafe in Jahren
1/Richter	§ 76	Nein	5–10
2/Richter	Unentschieden	Nein	Lebenslange Freiheitsstrafe oder 10–20 oder 5–10
3/Richter	Unentschieden	Nein	Lebenslange Freiheitsstrafe oder 10–20 oder 5–10
4/Staatsanwalt	§ 76	Ja	0,5–10
5/Staatsanwalt	§ 75	Nein	Lebenslange Freiheitsstrafe oder 10–20
6/Staatsanwalt	§ 75	Nein	Lebenslange Freiheitsstrafe oder 10–20
7/Staatsanwalt	§ 76	Ja	0,5–10
8/Verteidiger	§ 76	Ja	0,5–10
9/Verteidiger	§ 76	Ja	0,5–10
10/Verteidiger	Unentschieden	§ 75: Ja § 76: Nein	1–20 oder 5–10
11/Universitätsprofessor	§ 76	Nein	5–10

12/Universitätsprofessor	Unentschieden	§ 75: Ja § 76: Nein	1–20 oder 5–10
13/Universitätsprofessor	§ 76	Ja	0,5–10

Tabelle 3-3-1

Insgesamt zeigt sich ein etwas milderer Bild als in Fallvariante 2 und ein deutlich milderer als in Variante 1. Die meisten Befragten, nämlich fünf, würden auf den Fall die vierte und mildeste Strafrahmenvariante anwenden; für die dritte und damit zweitmildeste Strafrahmenvariante sprechen sich immerhin zwei Gesprächspartner aus; zwei Gesprächspartner (bezeichnenderweise zwei Staatsanwälte) ordnen den Fall der ersten, strengsten Strafrahmenvariante zu; zwei Befragte sind zwischen der ersten sowie der dritten und weitere zwei zwischen der zweiten sowie der dritten Option unentschieden.

Zur Frage, von welchen Strafrahmenvarianten das *Gericht* bei seiner Strafzumessung ausgehen würde, enthalten mit fünf noch weniger Gesprächsprotokolle Angaben als zu den vorhergehenden Fallvarianten: Eines gibt die dritte (und damit zweitmildeste) Strafrahmenvariante an, zwei tendieren zur vierten, mildesten Strafrahmenvariante und zwei sind zwischen dem zuletzt genannten und einem strengeren Strafrahmen (der zweiten oder dritten Strafrahmenvariante) unentschieden. Den strengsten Strafrahmen (die erste Strafrahmenvariante) nennt keines der Gesprächsprotokolle.

III.3.1.3.2. Alternativen zur unbedingten Freiheitsstrafe aufgrund des konkreten Strafrahmens

III.3.1.3.2.1. Rechtliche Vorgaben

Die Ausführungen in Fallvariante 2 gelten entsprechend.

III.3.1.3.2.2. Ergebnisse der Befragung

Mit fünf Befragten sprechen sich hier etwas mehr als in Fallvariante 2 für einen Strafrahmen aus, der sowohl eine bedingte Freiheitsstrafe als auch eine Geldstrafe anstelle einer Freiheitsstrafe prinzipiell ermöglicht.

III.3.1.3.3. Strafzumessungsfaktoren

III.3.1.3.3.1. Erschwerende Faktoren/Ergebnisse der Befragung

Die Tatsache, dass T ihre Tat *geplant* hat, wird – wie in Fallvariante 2 – von nur einem Befragten (von demselben Professor) als Erschwerungsgrund herangezogen.

Mit neun Befragten nennen noch etwas mehr als in Variante 2 die *Wehrlosigkeit* des (schlafenden) O als erschwerend, wobei – wie in Fallvariante 2 – zwei von ihnen diesem Umstand nur geringen und ein Befragter diesem Umstand starken Einfluss bei der Strafzumessung einräumt.

Wie in den vorhergehenden Fallvarianten werden weder die Tatsache, dass T ihren Ehemann und damit eine besonders *nahestehende Person* getötet hat, noch die *Art und Weise der Tötung* des O als solche von irgendeinem der Befragten als Strafschärfungsgründe beurteilt.

Fasst man alle Antworten zusammen, so werden der T bei dieser Fallvariante mehr bzw. öfter Strafschärfungsfaktoren angelastet als in Variante 2 und gleich viele wie in Variante 1.

III.3.1.3.3.2. Mildernde Faktoren/Ergebnisse der Befragung

Zwölf der 13 Interviewpartner sehen in der durch das jahrelange Ehemartyrium bedingten *seelischen Belastung* der T einen strafmildernden Umstand. Für sieben Befragte liegt – wie in Fallvariante 2 – darüber hinaus eine *verminderte Einsichts- und Steuerungsfähigkeit* bei T vor.

Mit fünf Gesprächspartnern nennen hier mehr Befragte als in den vorhergehenden Fallvarianten die *Provokation durch das Tatopfer* als Milderungsfaktor.

Wie in Fallvariante 2 erachtet nur ein Befragter (ein Professor) die *Gefahr weiterer Misshandlungen* durch O als zusätzlichen Milderungsumstand.

Als *sonstige mildernde Faktoren* führen – wie in den vorhergehenden Varianten – acht Gesprächspartner Unbescholtenheit und ein allfälliges reumütiges Geständnis der T an. Bezüglich eines allenfalls vorliegenden weiteren Milderungsfaktors wird – wie in Variante 2 – auf die Ausführungen in Fallvariante 1 (oben III.1.1.3.3.2. a.E.) verwiesen.

Alle Antworten zusammengenommen, werden der T bei dieser Fallvariante also noch mehr bzw. öfter Milderungsfaktoren zugebilligt als bei Variante 2.

III.3.1.3.4. Konkrete Sanktionsprognose/Ergebnisse der Befragung

III.3.1.3.4.1. Strafhöhe

Die folgende *Tabelle 3-3-2* weist zunächst die nach *Ansicht der Gesprächspartner* für T angemessene Strafhöhe aus. Diese Angaben habe ich mit den von den Befragten angenommenen Delikten und der Bejahung oder Verneinung der außerordentlichen Strafmilderung durch sie in Beziehung gesetzt. „Offen“ bedeutet, dass die Gesprächspartner zur entsprechenden Frage – im Unterschied zu einer „unentschiedenen“, also zwei oder mehrere Alternativen für gleichermaßen anwendbar

erachtenden Antwort – überhaupt keine Antwort gegeben haben. Sodann ist in der Tabelle die *Prognose der gerichtlichen Entscheidung* angegeben. Eine derartige Prognose findet sich leider nur in drei Gesprächsprotokollen.

Frage: Welche konkrete Sanktion hat T zu erwarten?

	Ansicht des Gesprächspartners			Prognose der gerichtlichen Entscheidung
	Delikt § 75 oder § 76	Annahme des § 41	Sanktion: Freiheitsstrafe in Jahren	Sanktion: Freiheitsstrafe in Jahren
1/Richter	§ 76	Nein	5	5
2/Richter	Unentschieden	Nein	§ 75: 10 § 76: 7,5–8	Keine Antwort
3/Richter	Unentschieden	Nein	§ 75: 10–12 § 76: 5–6	Keine Antwort
4/Staatsanwalt	§ 76	Ja	1–2	Keine Antwort
5/Staatsanwalt	§ 75	Nein	12	Keine Antwort
6/Staatsanwalt	§ 75	Nein	10	Keine Antwort
7/Staatsanwalt	§ 76	Ja	3–4	Keine Antwort
8/Verteidiger	§ 76	Ja	2–4	Keine Antwort
9/Verteidiger	§ 76	Ja	4	4
10/Verteidiger	Unentschieden	§ 75: Ja § 76: Nein	7–8	7–8
11/Universitätsprofessor	§ 76	Nein	5	Keine Antwort
12/Universitätsprofessor	Unentschieden	§ 75: Ja § 76: Nein	5–7	Keine Antwort
13/Universitätsprofessor	§ 76	Ja	1	Keine Antwort

Tabelle 3-3-2

Auch hier kommt für keinen der Befragten die lebenslange Freiheitsstrafe infrage.

Bei der zeitlichen Freiheitsstrafe bewegen sich die Meinungen der Befragten in einem Bereich von einem bis zu zwölf Jahren. Eine dieser Antworten (zweites Ge-

sprächsprotokoll) steht jedoch unter dem Vorbehalt der Annahme des Totschlags, worüber der Gesprächspartner allerdings unentschieden ist. Für den Fall der Bejahung von Mord wird keine Antwort gegeben. Die Alternativantwort des dritten Befragten erfolgt einerseits für den Fall der Annahme von Mord und andererseits für den Fall der Bejahung von Totschlag.

Aus einem Vergleich mit den Antworten zu Fallvariante 2 zeigt sich, dass die Strafen von den Befragten hier im Allgemeinen etwas niedriger angesetzt wurden als dort. Dieses Ergebnis lässt sich einerseits mit der Tatsache erklären, dass sich hier zwei Befragte weniger als in Fallvariante 2 für das strengere Delikt des Mordes ausgesprochen haben. Andererseits haben zwei der zwischen Mord und Totschlag unentschiedenen Gesprächspartner (zehntes und zwölftes Gesprächsprotokoll) sich letztlich doch – und zwar über die Strafzumessung – für die mildere „Behandlung“ der T entschieden.

III.3.1.3.4.2. Alternativen zur unbedingten Freiheitsstrafe

Für eine bedingte Nachsicht der (ganzen) Strafe treten nur zwei Befragte (ein Staatsanwalt und ein Professor) ein, von denen sich einer für eine 1-jährige Freiheitsstrafe und der zweite für eine Freiheitsstrafe zwischen einem und zwei Jahren ausgesprochen hat.

III.3.2. Einflüsse des Strafverfahrens

III.3.2.1. Einflussnahme der Verfahrensbeteiligten auf Spruchkörper und Verfahrensart

III.3.2.1.1. Rechtliche Vorgaben

Hierzu sei wiederum auf das in Fallvariante 1 Gesagte (oben III.1.2.1.1.) verwiesen.

III.3.2.1.2. Ergebnisse der Befragung

Einstufung des Falls durch die Anklagebehörde/Prognose des Gesprächspartners

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Mord: § 75 (Ausgangstatbestand)	5	3	2	3	–	–	13
Totschlag: § 76 (Privilegierung)	–	3	2	3	5	–	13

Tabelle 3-4-1

Aus diesen Antworten folgt, dass nach der Meinung von acht Interviewpartnern das Strafverfahren gegen T nach den Regeln für das geschworenengerichtliche Verfahren durchgeführt wird, nach der Meinung von drei Befragten hingegen nach den Regeln für das Schöffengericht; zwei Gesprächspartner lassen diese Frage wegen der Unbestimmtheit des Sachverhalts offen.

III.3.2.2. Beweislastverteilung bei Verteidigungseinreden/Ergebnisse der Befragung

Hier verweisen alle Gesprächspartner auf ihre in den Fallvarianten 1 und 2 gegebenen Antworten.

III.3.2.3. Sonstige Besonderheiten des Verfahrens

III.3.2.3.1. Rechtliche Vorgaben

Hier waren die acht Gesprächspartner, die meinten, dass die Hauptverhandlung im Strafverfahren gegen die T vor einem Geschworenengericht stattfinden wird (vgl. dazu oben III.3.2.1.2.), danach zu befragen, ob eine *Eventualfrage nach Totschlag* an die Geschworenen gestellt würde. Zu den rechtlichen Vorgaben für diese Frage an die Interviewpartner wird wiederum auf das zu Fallvariante 1 Gesagte verwiesen (oben III.1.2.3.1.).

III.3.2.3.2. Ergebnisse der Befragung

Von den in Rede stehenden acht Gesprächsprotokollen enthält eines keine Antwort, sechs bejahen die gestellte Frage und eines verneint sie mit der Begründung, dass die Stellung einer Eventualfrage nach Totschlag hier rechtlich verfehlt wäre.

III.3.2.4. Strategie der Prozessparteien und Absprachen

III.3.2.4.1. Verteidigungsstrategie der T

III.3.2.4.1.1. Rechtliche Vorgaben

Bezüglich der sich aus den rechtlichen Vorgaben und dem vorliegenden Tat-sachensubstrat ergebenden realistischen Verteidigungsstrategien kann ganz allgemein auf das zu den beiden vorigen Fallvarianten Gesagte verwiesen werden.

III.3.2.4.1.2. Ergebnisse der Befragung

Auf die Frage nach der Verteidigungsstrategie antworten mit fünf Befragten genauso viele wie in Fallvariante 2, dass T bzw. ihr Verteidiger zunächst auf *Freispruch* wegen Zurechnungsunfähigkeit hinarbeiten werden; zwei weitere Befragte

(ein Staatsanwalt und ein Verteidiger) meinen, dass auch ein Freispruch wegen Notwehr Chancen hätte.

Bei der *zweiten Verteidigungsstrategie*, die auf eine möglichst milde strafrechtliche Beurteilung der schuldig gesprochenen T abzielt, nennen mit neun Befragten weniger als in Fallvariante 2 die *Totschlagsstrategie*. Ein weiterer Befragter meint nur, dass die T hier auf eine milde Strafe hinarbeiten werde. Die restlichen drei Gesprächspartner stellen die Freispruchsstrategie der T in den Mittelpunkt ihrer Überlegungen und erwähnen daher ein Hinarbeiten der T auf ein milderes Delikt oder auf eine mildere Bestrafung gar nicht mehr.

Die Angaben der Gesprächspartner zur Frage, welche Bedeutung die sowohl für die erste wie für die zweite Verteidigungsstrategie relevante Verteidigungseinrede der Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der T im Strafprozess haben wird, finden sich in der folgenden *Tabelle 3-4-2*.

Frage: Welche Bedeutung hat die Verteidigungseinrede der Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der T?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Geltendmachung erwartbar	6	6	1	–	–	–	13
Beweisumfang erwartbar	8	3	2	–	–	–	13
Beziehung eines Sachverständigen erwartbar	8	3	1	1	–	–	13

Tabelle 3-4-2

Diese Angaben unterscheiden sich kaum von denen in Variante 1 und 2.

III.3.2.4.2. Gegenstrategie des Anklägers/Ergebnisse der Befragung

Die Frage nach der Gegenstrategie des Anklägers beantworten – wie in den vorhergehenden Varianten – nur sieben Gesprächspartner. sechs von ihnen, und damit etwas weniger als in den Fallvarianten 1 und 2, meinen, dass der Staatsanwalt für einen Schuldspruch der T wegen Mordes eintreten werde. Von diesen betonten wiederum vier Befragte – und damit mehr als in Fallvariante 2 –, dass der Ankläger auch für einen Schuldspruch wegen Totschlags offen sein werde. Der siebte Befragte meint, der Ankläger werde hier äußerstenfalls auf einen Schuldspruch wegen Totschlags hinarbeiten.

Im Ergebnis sind also nur zwei Gesprächspartner der Meinung, dass der Staatsanwalt hier auf einer Verurteilung der T wegen Mordes beharren werde.

III.3.2.4.3. Absprachen zwischen den Verfahrensbeteiligten

Sowohl bezüglich der rechtlichen Vorgaben als auch bezüglich der Ergebnisse der Befragung gilt das in Fallvariante 2 Gesagte (oben III.2.2.4.2.).

III.3.3. Einflüsse der Strafvollstreckung

III.3.3.1. Verkürzung des Vollzugs der Freiheitsstrafe/Ergebnisse der Befragung

Auf die Frage, nach welcher *Haftdauer* eine vorzeitige *bedingte Entlassung* für die T in Betracht käme, antworten mit sieben Befragten etwas weniger als in den vorhergehenden Fallvarianten, dass dies bereits nach der Hälfte der Fall sei. Von den restlichen Interviewten sprechen sich zwei für eine Entlassung erst nach zwei Dritteln der verbüßten Strafzeit aus, zwei sind zwischen den beiden Alternativen unentschieden; ein Gesprächspartner lässt – wie in den vorhergehenden Varianten und unter Hinweis, dass seiner Erfahrung nach selbst die Zwei-Drittel-Entlassung in der Praxis auf Schwierigkeiten stoßen werde – die Frage für sich offen und für einen erübrigt sich die in Rede stehende Frage, weil er von einem Freispruch oder einer bedingten Strafnachsicht für die T ausgeht.

Zusammenfassend betrachtet, fallen die Antworten hier ungefähr gleich aus wie in den anderen Fallvarianten.

Setzen wir die dargestellten Antworten mit der nach Ansicht der Gesprächspartner für die T angemessenen Freiheitsstrafe in Beziehung, so erhalten wir die *Dauer des* – gemäß Einschätzung der Gesprächspartner – *tatsächlichen Freiheitsentzugs* der T. Zur besseren Vergleichbarkeit der Ergebnisse wurden die gleichen Kategorien gebildet wie in den vorhergehenden Fallvarianten. Danach fallen die Antworten von sieben Befragten in die Kategorie von bis zu vier Jahren – wobei fünf von ihnen für einen höchstens 3-jährigen tatsächlichen Freiheitsentzug eintreten – und nur zwei Antworten in die Kategorie von über vier bis zu acht Jahren; zwei weitere Gesprächspartner sind zwischen diesen beiden Kategorien unentschieden und zwei weitere können zur gegenständlichen Frage nichts beitragen, weil sie die T freisprechen oder die über sie verhängte Freiheitsstrafe bedingt nachsehen würden.

Die im Vergleich zu Fallvariante 2 für die T günstigeren Ergebnisse der gegenständlichen Fragestellung finden ihre Erklärung in den gegenüber der zweiten Variante niedrigeren über die T „verhängten“ Freiheitsstrafen.

Kombinieren wir hingegen – zwecks Vergleichbarkeit mit den anderen Landesberichten – die Einschätzungen der Gesprächspartner mit deren Prognose der *vom Gericht* ausgesprochenen Freiheitsstrafe, die leider nur in drei Gesprächsprotokollen vorhanden ist, so erhalten wir die *Prognose des vom Gericht verhängten tatsächlichen Freiheitsentzugs* der T.

Frage: Mit welcher tatsächlichen Haftdauer hat T zu rechnen?

	Prognose der Gerichtsentscheidung/ Freiheitsstrafe in Jahren	Prognose der tatsächlichen Haftdauer/ Freiheitsstrafe in Jahren
1/Richter	5	2,5
2/Richter	Keine Antwort	-
3/Richter	Keine Antwort	-
4/Staatsanwalt	Keine Antwort	-
5/Staatsanwalt	Keine Antwort	-
6/Staatsanwalt	Keine Antwort	-
7/Staatsanwalt	Keine Antwort	-
8/Verteidiger	Keine Antwort	-
9/Verteidiger	4	2,6
10/Verteidiger	7-8	3,5-4
11/Universitätsprofessor	Keine Antwort	-
12/Universitätsprofessor	Keine Antwort	-
13/Universitätsprofessor	Keine Antwort	-

Tabelle 3-5

Diese Tabelle spricht für sich und braucht nicht näher kommentiert zu werden.

III.3.3.2. Vollzugsmodalitäten bei der Freiheitsstrafe/Ergebnisse der Befragung

Eine diesbezügliche Frage wurde den Gesprächspartnern nicht gestellt.

III.4. Fallvariante 4

Als O bei einer erneuten schweren Auseinandersetzung auf T zugeht und ihr Schläge androht, flieht sie in die Küche, ergreift ein Messer und ersticht den ihr nacheilenden O.

III.4.1. Materielle rechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.4.1.1. Tatbestandliche Einstufung

III.4.1.1.1. Rechtliche Vorgaben

Als Ausgangsdelikte kommen im Hinblick auf den bei T gemäß den Projektvorgaben anzunehmenden Tötungsvorsatz auch hier die Delikte Mord und Totschlag in Betracht. Hinsichtlich des Totschlags ist wiederum fraglich, ob T im Tatzeitpunkt überhaupt heftig erregt war. Bejaht man diese Tatsachenfrage, so bereiten die rechtlichen Voraussetzungen des Schuldtatbestands des § 76 öStGB wohl keine besonderen Probleme mehr. Diesbezüglich sei auf die zu den vorhergehenden Fallvarianten gemachten Ausführungen verwiesen.

III.4.1.1.2. Ergebnisse der Befragung

Frage: Welchen Tatbestand würden Sie auf die Fallvariante 4 anwenden?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Mord: § 75 (Ausgangstatbestand)	–	1	3	–	3	6	13
Totschlag: § 76 (Privilegierung)	3	–	3	1	–	6	13

Tabelle 4-1

Im Unterschied zu den anderen Fallvarianten würden hier sechs Befragte (diese sind aber nicht deckungsgleich mit denjenigen sechs Befragten, die bezüglich der Zuordnung des Falles zu Mord oder Totschlag keine Angaben gemacht haben) den *Tötungsvorsatz* bei T infrage stellen und demzufolge auch eine Unterstellung des Falles unter die Vorsatzdelikte Körperverletzung mit tödlichem Ausgang gem. den §§ 83, 86 öStGB (sechs Gesprächspartner) oder absichtliche schwere Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 87 Abs. 2 2. Fall öStGB (zwei Interviewte) für möglich erachten (vgl. zu beiden Delikten oben I.1.1.2.). Sie meinen, dass man dieser Frage bei der vorliegenden Fallkonstellation im Strafverfahren jedenfalls sehr sorgfältig nachgehen werde.

Über die Prognose der *gerichtlichen* Einstufung im Urteil unter die Delikte Mord oder Totschlag gibt uns nur ein Gesprächsprotokoll Auskunft. Deshalb kann hier keine Antwort auf diese Frage erfolgen.

Die den Tötungsvorsatz problematisierenden sechs Befragten weisen darauf hin, dass die Gerichte in Fällen wie dem vorliegenden, in denen die Notwehrfrage und auch Tötungsvorsatz im Raum stehen, bei der Verneinung der Straflosigkeit des Beschuldigten oftmals auf ein vorsätzliches Körperverletzungsdelikt „ausweichen“.

Dementsprechend halten diese Gesprächspartner einen Schuldspruch der T wegen eines der genannten Körperverletzungsdelikte, und zwar vorzugsweise wegen § 86 öStGB, für realistisch. Ein Befragter hält dies sogar für die wahrscheinlichste Variante.

III.4.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen

III.4.1.2.1. Rechtliche Vorgaben

Zusätzlich zu den übrigen in der ersten Variante genannten Straffreistellungen kommt hier primär der Rechtfertigungsgrund der Notwehr gem. § 3 öStGB in Betracht:

§ 3 Abs. 1 öStGB

Nicht rechtswidrig handelt, wer sich nur der Verteidigung bedient, die notwendig ist, um einen gegenwärtigen oder unmittelbar drohenden rechtswidrigen Angriff auf Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, Freiheit oder Vermögen von sich oder einem anderen abzuwehren. Die Handlung ist jedoch nicht gerechtfertigt, wenn es offensichtlich ist, dass dem Angegriffenen bloß ein geringer Nachteil droht und die Verteidigung, insbesondere wegen der Schwere der zur Abwehr nötigen Beeinträchtigung des Angreifers, unangemessen ist.

Objektive Voraussetzung der *Notwehr* ist also ein gegenwärtiger oder unmittelbar drohender rechtswidriger Angriff eines Menschen auf Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, Freiheit oder Vermögen; einen solchen Angriff auf sich selbst oder einen anderen darf der Notwehr Übende durch die notwendige Verteidigung abwehren (§ 3 Abs. 1 Satz 1 öStGB). Die Notwehr erlaubt also nur Eingriffe in ein Rechtsgut des Angreifers. Dieses Rechtsgut darf aber grundsätzlich höherwertig sein als das durch den Aggressor bedrohte. Das damit zum Ausdruck kommende Zurechnungsprinzip wird nur ausnahmsweise durch den Grundsatz der Interessen- bzw. Güterabwägung verdrängt: Wenn es nämlich „offensichtlich ist, dass dem Angegriffenen bloß ein geringer Nachteil droht“, ist die notwendige Verteidigung nicht erlaubt, wenn sie, „insbesondere wegen der Schwere der zur Abwehr nötigen Beeinträchtigung des Angreifers, unangemessen wäre“ (§ 3 Abs. 1 Satz 2 öStGB). Mit der Angemessenheitsprüfung kommt demnach eine beschränkte Güterabwägung ins Spiel.

Weitere *Einschränkungen des Notwehrrechts* werden von der österreichischen Judikatur postuliert. So hat derjenige, der den Angriff „mutwillig und ausschließlich um der Gelegenheit zur Abwehr willen herausgefordert“ hat (sogenannte Absichtsprovokation), das Notwehrrecht in der Regel verwirkt.⁹⁴ Aber auch wer den Angriff *dolo eventuali* oder bloß fahrlässig herbeigeführt hat oder sonst hätte vermeiden können, in eine Notwehrsituation zu geraten, müsse dem Angriff nach der

⁹⁴ *Leukauf/Steininger*, StGB, § 3 Rz. 87a, mit Nachweisen aus der Rechtsprechung; differenzierend *E. Steininger*, in: Triffiterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg.), SbgK, § 3 Rz. 79.

Rechtsprechung in erster Linie ausweichen; nur wenn er das nicht könne, dürfe er sich dagegen aktiv zur Wehr setzen, wobei aber „an die Erforderlichkeit maßvoller Verteidigung strengere Anforderungen zu stellen sind als bei der Abwehr eines unprovokierten Angriffs“.⁹⁵ Die herrschende österreichische Lehre lehnt jedoch eine Einschränkung des Notwehrrechts bei jeglicher Provokation durch den Täter unter Berufung auf den Wortlaut und die Teleologie des § 3 öStGB strikt ab: Wie es zu dem Angriff gekommen ist, sei für die Zulässigkeit der Notwehr unerheblich, solange der Angriff rechtswidrig ist.

Nach einigen älteren Entscheidungen des OGH sei das Notwehrrecht auch bei Angriffen im Familienkreis durch das Postulat, nach Möglichkeit auszuweichen, beschränkt. Das wird jedoch von der herrschenden Lehre entschieden abgelehnt⁹⁶ und von der jüngeren Judikatur nicht mehr vertreten.

Die „*notwendige*“ *Verteidigung* im Sinne des § 3 Abs. 1 öStGB wird übereinstimmend dahin gehend ausgelegt, dass der Verteidiger das gelindeste Mittel gegen den Angreifer einsetzen muss, das dessen Angriff – objektiv und *ex ante* betrachtet – verlässlich, d.h. sofort und endgültig, abwehrt. Auf Gegenmaßnahmen, deren Wirkung für die Abwehr zweifelhaft ist, braucht sich der Verteidiger nicht einzulassen.⁹⁷ Das Maß der zulässigen Verteidigung bestimmt sich also nach den Umständen des einzelnen Falls, wie Art, Wucht und Intensität des Angriffs, Gefährlichkeit des Angreifers – insbesondere dessen körperliche Beschaffenheit und aus dem Vorverhalten erschließbare Aggressivität – sowie Möglichkeiten und Fähigkeiten des Verteidigers. Nach der Rechtsprechung des OGH kann gegen einen rücksichtslosen, dem Angegriffenen körperlich überlegenen, wengleich unbewaffneten Angreifer auch das Zustechen mit einem Messer gerechtfertigt sein; die in früheren Entscheidungen erhobene Forderung, auf den Angreifer nur „dosiert“ einzustechen, wurde inzwischen vom OGH selbst als „lebensfremd“ erkannt.⁹⁸

§ 3 Abs. 2 öStGB

Wer das gerechtfertigte Maß der Verteidigung überschreitet oder sich einer offensichtlich unangemessenen Verteidigung (Abs. 1) bedient, ist, wenn dies lediglich aus Bestürzung, Furcht oder Schrecken geschieht, nur strafbar, wenn die Überschreitung auf Fahrlässigkeit beruht und die fahrlässige Handlung mit Strafe bedroht ist.

⁹⁵ *Leukauf/Steinger*, wie in der vorigen Fn.; *E. Steinger*, in: Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg.), SbgK, § 3 Rz. 80.

⁹⁶ *Fuchs*, Notwehr, S. 157.

⁹⁷ *Leukauf/Steinger*, StGB, § 3 Rz. 81, unter Berufung auf *Fuchs*, Notwehr, S. 124; aus der Judikatur *JUS* 1996/6/2054.

⁹⁸ Vgl. exemplarisch die E des OGH in *EvBl* 1983/134, welche eine der Fallvariante I.4. entsprechende Konstellation betrifft; weiters *SSt* 43/50, *JB* 1981, 444, mit zustimmender Anmerkung von *Burgstaller*, und *EvBl* 1986/42. Aus dem Schrifttum *Fuchs*, AT I, S. 144; *Leukauf/Steinger*, StGB, § 3 Rz. 83; *E. Steinger*, in: Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg.), SbgK, § 3 Rz. 61.

Wenn der Täter das zulässige Maß der Verteidigung aus Bestürzung, Furcht oder Schrecken überschreitet (intensiver *Notwehrexzess aus asthenischem Affekt*), ist er gem. § 3 Abs. 2 öStGB wegen des geprüften Vorsatzdelikts nicht strafbar. Dies stellt nach h.M. einen Entschuldigungsgrund dar. Der Täter kann jedoch wegen fahrlässiger Begehung bestraft werden, wenn ein entsprechendes Fahrlässigkeitsdelikt existiert – das ist hier für alle in Betracht kommenden Vorsatzdelikte die fahrlässige Tötung gem. § 80 öStGB – und die Überschreitung auf Fahrlässigkeit beruht (§ 3 Abs. 2 2. HS öStGB). Für die letztgenannte Haftungsvoraussetzung ist zu fragen, ob ein sorgfältiger Mensch in dieser Notwehrsituation ebenfalls dermaßen in Angst und Schrecken geraten wäre wie der Täter oder ob er seinen Affekt entsprechend beherrscht hätte.⁹⁹

Im Hinblick darauf, dass nicht ausdrücklich gesagt wird, dass O die T in der Küche erneut körperlich attackieren will, kommt auch die *irrtümliche Annahme eines rechtfertigenden Sachverhalts* gem. § 8 öStGB als Straffreistellung für die T in Betracht:

§ 8 öStGB

Wer irrtümlich einen Sachverhalt annimmt, der die Rechtswidrigkeit der Tat ausschließen würde, kann wegen vorsätzlicher Begehung nicht bestraft werden. Er ist wegen fahrlässiger Begehung zu bestrafen, wenn der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht und die fahrlässige Begehung mit Strafe bedroht ist.

Die genannten Rechtsfolgen treten aber nur dann ein, wenn der Sachverhalt, über dessen Vorliegen der Täter irrt, alle Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes erfüllt. So darf derjenige, der in Putativnotwehr handelt, zur Verteidigung nicht mehr tun als derjenige, der sich wirklich in einer Notwehrsituation befindet.¹⁰⁰

Die *Überschreitung der notwendigen Verteidigung aus Furcht in einer irrtümlich angenommenen Notwehrsituation* ist im Gesetz nicht geregelt. Wegen der gleichen Motivationslage für den Täter wird von der Judikatur und einem Teil der Lehre die Regelung des § 3 Abs. 2 öStGB analog angewendet. Bei der Fahrlässigkeitsprüfung ist zu fragen, ob dem Täter entweder für die irrtümliche Annahme der Notwehrsituation oder für die Überschreitung der zulässigen Verteidigung ein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden kann.

⁹⁹ EBRV 1971, 63.

¹⁰⁰ So ausdrücklich OGH in SSt 54/69. Die dogmatische Einordnung dieses Irrtums ist strittig. Die Judikatur und ein Teil des Schrifttums vertreten die Meinung, der Irrtum schließe das Unrechtsbewusstsein aus, und ordnen ihn somit der Schuld zu: *Höpfel*, in: *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), WK², § 8 Rz. 5; *Kienapfel/Höpfel*, AT, Ziff. 19 Rz. 6; *Leukauff/Steininger*, StGB, § 8 Rz. 4 und 11; *E. Steininger*, in: *Trifflerer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg.), SbgK, § 8 Rz. 5; *Trifflerer*, AT, S. 429 f. – Die Gegenposition nimmt den Ausschluss des spezifischen Vorsatzunrechts des betreffenden Delikts an. Sie berücksichtigt den Irrtum somit bereits auf der Ebene der Rechtswidrigkeit: *Fuchs*, AT I, S. 173; *Nowakowski*, JBl 1972, 30.

III.4.1.2.2. Ergebnisse der Befragung

III.4.1.2.2.1. Entschuldigender Notstand

Dieser Straffreistellungsgrund wird von keinem der Befragten angenommen.

III.4.1.2.2.2. Notwehr und Putativnotwehr

– *Notwehr*

Die Frage nach dem Eingreifen von *Notwehr* war in Teilfragen nach den einzelnen Notwehrvoraussetzungen aufzuspalten.

Das Vorliegen einer der oben genannten *besonderen Notwehreinschränkungen* wird – analog zu der in Österreich herrschenden Lehre – von keinem der Gesprächspartner bejaht.

Auf die Frage nach der *Notwehrsituation* antworten acht Interviewpartner mit Ja, wobei vier eindeutig und vier tendenziell dieser Meinung sind. Die restlichen fünf Befragten sind diesbezüglich unsicher: zwei von ihnen halten gleichermaßen die irrtümliche Annahme einer Notwehrsituation und drei von ihnen auch noch die Verneinung von beiden für möglich (die zuletzt Genannten sind also zwischen der Annahme einer Notwehrsituation, der Annahme einer Putativnotwehrsituation und der Nichtannahme von beiden unentschieden; diese Antworten sind unten in Tabelle 4-2-2 mit * gekennzeichnet).

Nur fünf der acht Befragten, die die Notwehrsituation bejaht haben, meinen, dass T die *notwendige Verteidigung* eingehalten hat (drei eindeutig, zwei tendenziell). Zwei Befragte sind bezüglich der gegenständlichen Frage unentschieden und einer verneint sie eher.

Aus der Zusammenschau der vorhin genannten Teilfragen ergeben sich die Antworten der Gesprächspartner auf die abschließende Frage, ob der T Notwehr insgesamt zugutekommt; diese Antworten finden sich in der folgenden *Tabelle 4-2-1*.

Frage: Welche Bedeutung hat eine mögliche Notwehr der T?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Kommt in Betracht	–	–	–	–	–	13	13
Führt zur Straffreiheit	3	2	6	2	–	–	13

Tabelle 4-2-1

Die Tabelle zeigt, dass den Rechtfertigungsgrund Notwehr nur drei Befragte eindeutig und zwei tendenziell, insgesamt also fünf, bejahen; sechs Gesprächspartner sind unentschieden und zwei verneinen ihn tendenziell.

– *Putativnotwehr*

Auch die fünf Befragten, die über das Vorliegen einer Notwehrsituation unsicher waren und aufgrund des Sachverhalts auch einen diesbezüglichen Irrtum der T für möglich hielten, mussten sich mit der Frage der notwendigen Verteidigung auseinandersetzen: Gemäß dem zu den rechtlichen Vorgaben Gesagten wird der Täter nämlich aufgrund von Putativnotwehr nur dann wegen des geprüften Vorsatzdelikts straflos, wenn er die notwendige Verteidigung eingehalten hat. Die Einhaltung der notwendigen Verteidigung durch T in diesem Zusammenhang wird von einem der fünf Befragten verneint und von vier offengelassen.

Als weiteres Ergebnis dieses Abschnitts stellt sich also heraus, dass eine Straflosigkeit der T aufgrund von Putativnotwehr von keinem der Befragten angenommen wird.

– *Ergebnis*

Als Ergebnis dieses Abschnitts ist festzuhalten, dass eine Straflosigkeit der T aufgrund eines der beiden gegenständlichen Straffreistellungsgründe nur von fünf Befragten bejaht, von zwei hingegen verneint und von fünf unentschieden beantwortet wird. Der Zusammenhang zwischen diesem Ergebnis und den Antworten der Gesprächspartner im Einzelnen ist nochmals in der folgenden *Tabelle 4-2-2* ersichtlich. Insgesamt zeigen die Antworten sowohl, was die tatsächlichen als auch, was die rechtlichen Voraussetzungen für die in Rede stehenden Straflosigkeitsgründe betrifft, eine deutliche Unsicherheit.

Allfällige Straflosigkeit der T wegen Notwehr oder Putativnotwehr/Gesprächspartner

	Notwehr		Putativnotwehr		Straflosigkeit
	Notwehrsituation	Notwendige Verteidigung	Putativnotwehrsituation	Notwendige Verteidigung	
1/Richter	Unentschieden*	Nein	Unentschieden*	Nein	Nein
2/Richter	Unentschieden	Unentschieden	Unentschieden	Unentschieden	Unentschieden
3/Richter	Unentschieden*	Unentschieden	Unentschieden*	Unentschieden	Unentschieden
4/Staatsanwalt	Ja	Ja	Nein	–	Ja

5/Staatsanwalt	Ja	Ja	Nein	–	Ja
6/Staatsanwalt	Unentschieden	Unentschieden	Unentschieden	Unentschieden	Unentschieden
7/Staatsanwalt	Unentschieden*	Unentschieden	Unentschieden*	Unentschieden	Unentschieden
8/Verteidiger	Ja	Unentschieden	Nein	–	Unentschieden
9/Verteidiger	Ja	Unentschieden	Nein	–	Unentschieden
10/Verteidiger	Ja	Ja	Nein	–	Ja
11/Universitätsprofessor	Ja	Ja	Nein	–	Ja
12/Universitätsprofessor	Ja	Ja	Nein	–	Ja
13/Universitätsprofessor	Ja	Nein	Nein	–	Nein

Tabelle 4-2-2

Die mit * gekennzeichneten Befragten sind nicht nur zwischen dem Vorliegen einer Notwehrsituation oder einer Putativnotwehrsituation unentschieden, sondern halten nach dem offenen Sachverhalt auch das Nichtvorliegen von beiden für möglich. Sie halten sich somit – unabhängig von ihren Antworten auf die Fragen nach der Einhaltung der notwendigen Verteidigung und nach der Vorwerfbarkeit eines allfälligen Notwehrexzesses oder Putativnotwehrexzesses aus asthenischem Affekt durch die T – immer auch eine Strafbarkeit wegen eines der beiden hier relevanten vorsätzlichen Tötungsdelikte offen. – Die übrigen zwischen Notwehr und Putativnotwehr Unentschiedenen meinen hingegen, dass hier entweder eine Notwehrsituation oder (zumindest) die irrtümliche Annahme einer solchen vorliegen müsse.

III.4.1.2.2.3. Notwehrexzess oder Putativnotwehrexzess aus asthenischem Affekt

Da acht der 13 Gesprächspartner die Frage nach der notwendigen Verteidigung durch die T nicht bejahen konnten, mussten diese dem Entschuldigungsgrund des *Notwehrexzesses aus asthenischem Affekt* oder dem des *Putativnotwehrexzesses aus asthenischem Affekt* nachgehen.

Die in diesem Zusammenhang zu prüfende Frage, ob T die notwendige Verteidigung *aus Furcht* überschritten hat, wird von fünf Gesprächspartnern bejaht, drei lassen sie offen. Die zuletzt Genannten (siebtes, achtes und neuntes Interview) halten demnach auch einen Notwehrexzess aus sthenischem Affekt für denkbar, womit eine Strafbarkeit der T wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts möglich bleibt.

Sodann war an die acht in Rede stehenden Interviewpartner die Frage zu richten, ob die *Notwehrüberschreitung* oder *Putativnotwehrüberschreitung durch T vorwerfbar* ist und somit eine Haftung der T wegen fahrlässiger Tötung in Betracht kommt. Sie wird nur von zwei Befragten verneint, von einem bejaht und von fünf offen gelassen.

All dies ist grafisch in der folgenden *Tabelle 4-2-3* dargestellt, die inhaltlich an Tabelle 4-2-2 anschließt.

Konsequenzen eines (Putativ-)Notwehrexzesses für die Strafbarkeit der T/Gesprächspartner

	Einhaltung der notwendigen Verteidigung	Entschuldigender (Putativ-)Notwehrexzess		Aufgrund dieser Fragestellung angenommenes Delikt oder Freispruch
		Exzess aus Furcht	Vorwerfbarkeit (Haftung wegen fahrlässiger Tötung)	
1/Richter*	Nein	Ja	Unentschieden	§ 80 oder Freispruch
2/Richter	Unentschieden	Ja	Nein	Freispruch
3/Richter*	Unentschieden	Ja	Ja	§ 80a oder Freispruch
4/Staatsanwalt	Ja	–	–	Freispruch
5/Staatsanwalt	Ja	–	–	Freispruch
6/Staatsanwalt	Unentschieden	Ja	Unentschieden	§ 80 oder Freispruch
7/Staatsanwalt	Unentschieden	Unentschieden	Unentschieden	§ 75/76 oder § 80 oder Freispruch
8/Verteidiger	Unentschieden	Unentschieden	Unentschieden	§ 75/76 oder § 80 oder Freispruch
9/Verteidiger	Unentschieden	Unentschieden	Unentschieden	§ 75/76 oder § 80 oder Freispruch

10/Verteidiger	Ja	–	–	Freispruch
11/Universitätsprofessor	Ja	–	–	Freispruch
12/Universitätsprofessor	Ja	–	–	Freispruch
13/Universitätsprofessor	Nein	Ja	Nein	Freispruch

Tabelle 4-2-3; bei den mit * bezeichneten Gesprächspartnern ist zu beachten, dass für sie zusätzlich zu den Angaben in der letzten Spalte der Tabelle auch eine Strafbarkeit der T wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts möglich bleibt, weil sie schon bezüglich des Gegebenseins der (Putativ-)Notwehrsituation unentschieden sind (vgl. dazu oben in *Tabelle 4-2-2*).

Aus dieser Überlegung und der letzten Spalte der Tabelle 4-2-3 ergibt sich für diesen Abschnitt, dass T für zwei der acht Befragten, die die notwendige Verteidigung der T nicht bejahen konnten, straflos ist. Ein weiterer schwankt zwischen Freispruch und fahrlässiger Tötung nach § 80 öStGB. Die restlichen fünf Gesprächspartner und damit die Mehrheit dieser Gruppe sind zwischen den vorsätzlichen Tötungsdelikten Mord oder Totschlag (worüber hier nicht entschieden wird) sowie zwischen fahrlässiger Tötung und Freispruch unentschieden.

III.4.1.2.2.4. Zusammenfassende Ergebnisse

Für die Ausgangsdelikte Mord und Totschlag ergeben die in III.4.1.2.2.2. und in III.4.1.2.2.3. angestellten Überlegungen: Für sieben Befragte kommt eine Strafbarkeit der T wegen der angeführten Vorsatzdelikte entweder aufgrund von Notwehr (fünf) oder von Notwehrüberschreitung bzw. Putativnotwehrüberschreitung aus Furcht (zwei) keinesfalls in Betracht. Fünf Befragte halten eine Strafbarkeit der T wegen eines der genannten Vorsatzdelikte immerhin für möglich.

Bezüglich der Frage nach Strafbarkeit oder Straflosigkeit der T ergibt sich Folgendes: Für die fünf Befragten, die eine Strafbarkeit wegen Mordes oder Totschlags für möglich erachtet haben, kommt alternativ auch eine solche wegen fahrlässiger Tötung oder ein Freispruch der T in Betracht. Für einen weiteren Befragten kommt entweder Freispruch oder eine Verurteilung der T wegen fahrlässiger Tötung infrage. Für weitere sieben Befragte, und damit für die Mehrheit, ist T straflos.

III.4.1.2.2.5. Zurechnungsunfähigkeit

Die Frage nach der Zurechnungsunfähigkeit der T wurde wegen der Dominanz der erörterten anderen Straffreistellungen und der zu den vorhergehenden Fallvari-

anten gegebenen abschlägigen Antworten hier nicht diskutiert. Nur ein Gesprächspartner bringt – wie in den Fallvarianten 1 bis 3 – von sich aus vor, dass er diesen Schuldausschließungsgrund bei T eher als gegeben ansieht.

Frage: Welche Bedeutung hat eine allfällige Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der T?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Ist naheliegend	–	1	–	–	–	12	13
Führt zur Strafmilderung	–	–	–	–	–	13	13
Führt zur Straffreiheit (§ 11)	–	1	–	–	–	12	13

Tabelle 4-2-4

III.4.1.3. Strafraumenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.4.1.3.1. Konkret anzuwendender Strafraumen; außerordentliche Strafmilderung

III.4.1.3.1.1. Rechtliche Vorgaben

Zu den rechtlichen Vorgaben für die Anwendung der außerordentlichen Strafmilderung bei den hier in Betracht kommenden Vorsatzdelikten sei auf das in Fallvariante 1 Gesagte verwiesen. Dieses Rechtsinstitut ist allerdings bei einer Verurteilung der T wegen fahrlässiger Tötung (Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr) mangels unterschreitbarer Untergrenze des gesetzlichen Strafraumens nicht anwendbar.

III.4.1.3.1.2. Ergebnisse der Befragung

Bezüglich der anzuwendenden Strafraumen sind die im vorigen Kapitel erzielten Ergebnisse zugrunde zu legen.

Zunächst interessieren jene fünf Gesprächspartner, die eine Bestrafung der T wegen Mordes oder Totschlags für möglich erachten, wobei zwei zwischen diesen Delikten unentschieden sind, einer sich tendenziell für Mord und weitere zwei sich eindeutig für Totschlag entscheiden. Alle sind aber auch für eine Bestrafung wegen fahrlässiger Tötung oder für einen Freispruch offen. zwei von ihnen ziehen den Tötungsvorsatz der T in Zweifel und halten daher überdies deren Strafbarkeit wegen Körperverletzung mit tödlichem Ausgang nach § 86 öStGB für möglich. Für einen weiteren Befragten kommt entweder Freispruch oder Verurteilung der T wegen fahrlässiger Tötung oder – aus dem gleichen Grund wie vorhin – wegen Kör-

perverletzung mit tödlichem Ausgang in Betracht. Alle diese Gesprächspartner können wegen der Unbestimmtheit des Sachverhalts keine eindeutige Zuordnung machen. Hier sei an die oben II.1.1.2. erwähnte Auffangfunktion des § 86 öStGB erinnert, die sich auch darauf bezieht, Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Mord und Totschlag auszuweichen,¹⁰¹ wie dies bei den in Rede stehenden unentschiedenen Antworten deutlich zum Ausdruck kommt.

Aus der Kombination dieser Antworten mit der von den in Rede stehenden sechs Befragten allenfalls angenommenen außerordentlichen Strafmilderung ergeben sich wiederum die in Betracht kommenden *Strafrahmen*. (Die restlichen sieben Gesprächspartner haben, wie bereits angeführt, die Freispruchsvariante gewählt.) Darüber gibt die folgende *Tabelle 4-3* Aufschluss.

Frage: Welcher Strafrahmenoption lässt sich die Antwort des Gesprächspartners zuordnen?

	Delikt oder Freispruch	Annahme des § 41	Strafrahmenoption: Freiheitsstrafe in Jahren
1/Richter	§ 75 oder § 80 oder Freispruch	Ja –* –	1–20 oder 0–1 –
3/Richter	§ 75 oder § 76 oder § 80 oder Freispruch	Ja Unentschieden – –	1–20 oder 5–10 oder 0,5–10 oder 0–1 –
6/Staatsanwalt	§ 86 oder § 80 oder Freispruch	Offen – –	Offen oder 0–1 –
7/Staatsanwalt	§ 75 oder § 76 oder § 86 oder § 80 oder Freispruch	Offen Offen Offen – –	Offen Offen Offen oder 0–1 –

¹⁰¹ In diesem Sinne Moos, LJZ 1/1991, 11, der diese Tendenz allerdings den Geschworenen zuschreibt.

8/Verteidiger	§ 76	Ja	0,5–10
	oder § 80	–	oder 0–1
	oder Freispruch	–	–
9/Verteidiger	§ 76	Nein	5–10
	oder § 86	Offen	Offen
	oder § 80	–	0–1
	oder Freispruch	–	–

Tabelle 4-3; * das Zeichen – bedeutet, dass § 41 rechtlich nicht möglich ist, weil diese Regelung bei nach unten offenem Strafrahmen nicht anwendbar ist.

An dieser Tabelle fällt neben der Tatsache, dass durchwegs nur Alternativaussagen gemacht und dabei viele Antworten „offengelassen“ (d.h. nicht beantwortet) wurden, auf, dass sich, anders als bei den anderen Fallvarianten, keiner der Befragten eindeutig für die strengste Strafdrohung (lebenslange oder 10- bis 20-jährige Freiheitsstrafe) ausgesprochen hat. Bemerkenswert ist jedoch, dass alle Gesprächspartner auch einen Freispruch der T für möglich halten.

Zur Frage, welchen *Strafrahmen das Gericht anwenden* würde, enthalten nur vier der sechs Gesprächsprotokolle, die einen Schuldspruch der T für möglich halten, Angaben. Diese werden im Hinblick darauf, dass sie ebenso differenziert und unentschieden sind wie die Einschätzungen der jeweiligen Gesprächspartner selbst, nicht wiedergegeben.

III.4.1.3.2. Alternativen zur unbedingten Freiheitsstrafe aufgrund des konkreten Strafrahmens

III.4.1.3.2.1. Rechtliche Vorgaben

Für den Fall der Annahme der Vorsatzdelikte Mord oder Totschlag gelten die zu Variante 1 gemachten Angaben. Für den Fall der Heranziehung des Delikts der fahrlässigen Tötung kommen als Alternativen zur im Gesetz angedrohten Freiheitsstrafe einerseits die Geldstrafe, andererseits die bedingte Nachsicht der ganzen Strafe oder eines Teils einer dieser beiden Strafen in Betracht. Die Voraussetzungen für alle genannten Rechtsinstitute sind oben II.1.1.4.2. dargestellt.

III.4.1.3.2.2. Ergebnisse der Befragung

Für alle sechs Befragten, die eine Strafbarkeit der T für möglich halten (vgl. oben III.4.1.2.2.4. und III.4.1.3.1.2.), kommen aufgrund der von ihnen angenom-

menen Strafrahmenoptionen alle angeführten Alternativen zur unbedingten Freiheitsstrafe in Betracht.

III.4.1.3.3. Strafzumessungsfaktoren/Ergebnisse der Befragung

Auf die Erörterung der Strafzumessungsfaktoren musste im vorliegenden Fall wegen der fortgeschrittenen Dauer der Interviews und der dafür begrenzt zur Verfügung stehenden Zeit verzichtet werden.

III.4.1.3.4. Konkrete Sanktionsprognose/Ergebnisse der Befragung

Wegen der fortgeschrittenen Interviewdauer musste auch die Frage nach der nach Ansicht der Befragten für T angemessenen Strafe vereinfacht werden. Im Hinblick darauf, dass für alle sechs Gesprächspartner, die eine Bestrafung ebenso wie einen Freispruch der T für möglich halten (vgl. oben III.4.1.2.2.4.), auch eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung in Betracht kommt, wurde die in Rede stehende Frage auf dieses Delikt und diese Befragten eingeschränkt. Sie ist auch wegen des oben II.1.1.4.2 berichteten Ost-West-Gefälles innerhalb der Strafenpraxis interessant.

III.4.1.3.4.1. Strafhöhe

Nur die Hälfte der sechs bezeichneten Interviewpartner geben eine konkrete Strafhöhe an: Ein Verteidiger meint, dass der gesetzliche Strafrahmen von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe hier auszuschöpfen wäre, ein Richter am Obersten Gerichtshof plädiert für eine Freiheitsstrafe zwischen acht und zehn Monaten, ein weiterer Verteidiger für eine solche von sechs Monaten.

III.4.1.3.4.2. Alternativen zur unbedingten Freiheitsstrafe

Nach Ansicht der beiden erstgenannten Befragten kann die Freiheitsstrafe hier im Hinblick auf den Todeserfolg aus generalpräventiven Gründen nicht bedingt nachgesehen werden. Nur der letztgenannte Gesprächspartner tritt für eine bedingte Nachsicht der von ihm genannten kurzen Freiheitsstrafe ein.

Die weiteren drei Befragten haben zwar bezüglich der konkreten Strafhöhe keine Angaben gemacht, sprechen sich aber für Alternativen zur unbedingten Freiheitsstrafe aus. Für einen Staatsanwalt aus Innsbruck kommt sowohl die teilbedingte Freiheitsstrafe nach § 43a Abs. 3 öStGB als auch die Kombination von bedingter Freiheitsstrafe und unbedingter Geldstrafe gemäß § 43a Abs. 2 öStGB in Betracht. Zwei Gesprächspartner, und zwar ein Richter des OLG-Sprengels Innsbruck und ein Generalanwalt aus Wien, halten sogar die Verhängung einer Geldstrafe anstelle der im Gesetz angedrohten Freiheitsstrafe nach § 37 Abs. 1 öStGB für möglich,

wollen sich diesbezüglich aber nicht festlegen. Für den Richter aus Innsbruck ist sogar die bedingte Nachsicht dieser Geldstrafe denkbar.

Es überrascht nicht, dass sich gerade für die mildesten Sanktionen Angehörige des OLG-Sprengels Innsbruck und des diesem entsprechenden Oberstaatsanwaltssprengels Innsbruck aussprechen.

Zur Prognose der *gerichtlichen Entscheidung* enthalten die Gesprächsprotokolle keine Angaben.

III.4.2. Einflüsse des Strafverfahrens

III.4.2.1. Einflussnahme der Verfahrensbeteiligten auf Spruchkörper und Verfahrensart

III.4.2.1.1. Rechtliche Vorgaben

Es wird auf die Ausführungen zu Fallvariante 1 (oben III.1.2.1.1.) verwiesen.

III.4.2.1.2. Ergebnisse der Befragung

Einstufung des Falles durch die Anklagebehörde/Prognose des Gesprächspartners

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Mord: § 75 (Ausgangstatbestand der vorsätzlichen Tötung)	–	4	3	3	–	3	13
Totschlag: § 76 (Privilegierung der vorsätzlichen Tötung)	–	3	3	4	–	3	13
Vorsätzliche Körperverletzung mit tödlichem Ausgang: § 86	–	–	3	–	7	3	13
Fahrlässige Tötung: § 80	–	–	3	–	7	3	13

Tabelle 4-4-1

Die Tabelle zeigt, dass mit vier Befragten deutlich weniger als in den anderen Fallvarianten Mord angeben (und auch das nur tendenziell), drei sprechen sich eher für Totschlag aus. Für weitere drei Gesprächspartner ist – von § 80 über § 86 und § 76 bis zu § 75 öStGB – alles möglich. Die restlichen drei Interviewten lassen die Frage offen.

Diese hier bei den Befragten sehr deutlich zum Ausdruck kommende Tendenz, sich nicht festzulegen, ergibt sich einerseits – wie von einigen ausdrücklich be-

klagt – aus dem offen formulierten Sachverhalt; andererseits hängt sie mit dem rechtlichen Faktum zusammen, dass hier die Frage nach einer allfälligen Straffreistellung von T oder der Herabstufung des ihr vorgeworfenen Delikts in dem der formellen Anklageerhebung vorangehenden Vorverfahren (vgl. dazu oben II.1.2.2.) besonders sorgfältig geprüft und möglicherweise bereits zu einer eindeutigen Entscheidung gebracht werden wird, sodass das Verfahren unter Umständen bereits in diesem Verfahrensstadium eingestellt werden kann und es gar nicht erst zu einer formellen Anklageerhebung kommt. Bezeichnenderweise wird diese Tatsache von allen vier Staatsanwälten hervorgehoben, die betonen, dass ein Fall am Ende des Vorverfahrens nicht so offen sein darf.

Aus dem Gesagten folgt, dass für die Hauptverhandlung im Strafverfahren gegen T hier prinzipiell alle in II.1.2.1. angeführten Gerichtstypen – das Geschworenengericht, das Schöffengericht und, bei einer Anklage wegen § 80 öStGB, der Bezirksrichter – in Betracht kommen.

III.4.2.2. Beweislastverteilung bei Verteidigungseinreden/Ergebnisse der Befragung

Mit einer Ausnahme verweisen alle Gesprächspartner auf ihre zu den Fallvarianten 1 bis 3 gemachten Aussagen. Die Ausnahme betrifft einen der Verteidiger, der meint, dass die T bei dieser Sachverhaltsgestaltung – im Gegensatz zu den vorhergehenden – keine Beweislast treffe.

III.4.2.3. Strategie der Prozessparteien und Absprachen

III.4.2.3.1. Verteidigungsstrategie der T

III.4.2.3.1.1. Rechtliche und tatsächliche Vorgaben

Hier muss die Verteidigungsstrategie der T bzw. ihres Verteidigers primär dahin gehen, entweder in der Hauptverhandlung einen Freispruch wegen Notwehr oder entschuldigbarer Notwehrüberschreitung zu erreichen oder bereits im Vorverfahren eine Verfahreneinstellung aus diesen Gründen zu erzielen. Erst wenn der Verteidiger sieht, dass er mit dieser Verteidigungslinie nicht durchkommt – etwa weil es dem entgegenstehende Zeugenaussagen gibt oder weil sich die T ungeschickt verantwortet – wird er einerseits auf die (nicht vorwerfbare) Putativnotwehr oder deren entschuldbare Überschreitung durch T hinarbeiten und andererseits wie bei den Fallvarianten 1 bis 3 vorgehen.

III.4.2.3.1.2. Ergebnisse der Befragung

Frage: Welche Bedeutung hat die Verteidigungseinrede der Notwehr?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Geltendmachung erwartbar	13	–	–	–	–	–	13
Beweisaufwand erwartbar	13	–	–	–	–	–	13

Tabelle 4-4-2

Wegen der Dominanz der Notwehrproblematik trat die Frage nach der *Verteidigungseinrede der Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit* der T im vorliegenden Fall in den Hintergrund, sodass nicht alle Gesprächsprotokolle Angaben darüber enthalten. Die Angaben, die gemacht wurden, finden sich in der folgenden *Tabelle 4-4-3*.

Frage: Welche Bedeutung hat die Verteidigungseinrede der Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der T?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Geltendmachung erwartbar	2	2	–	2	2	5	13
Beweisaufwand erwartbar	3	5	1	1	2	1	13
Beziehung eines Sachverständigen erwartbar	3	5	1	1	2	1	13

Tabelle 4-4-3

III.4.2.3.2. Strategie des Anklägers

III.4.2.3.2.1. Rechtliche und tatsächliche Vorgaben

Die Strategie des Staatsanwalts wird wohl einerseits darin bestehen, die Behauptungen der T bezüglich Notwehr und Putativnotwehr als Schutzbehauptungen darzustellen und andererseits darzulegen, dass T in jedem Fall die notwendige Verteidigung schuldhaft überschritten habe. Dementsprechend wird er zumindest auf eine Verurteilung der T wegen fahrlässiger Tötung nach § 80 öStGB oder – aufgrund vorwerfbarer (Putativ-)Notwehrüberschreitung – wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts oder allenfalls vorsätzlicher Körperverletzung mit tödlichem Ausgang nach § 86 öStGB hinarbeiten.

Im Gegensatz zu den anderen Fallvarianten wird er hier aber für eine relativ milde Bestrafung der T offen sein.

III.4.2.3.2.2. Ergebnisse der Befragung

Zur Frage nach der Strategie des Anklägers enthalten nur fünf Gesprächsprotokolle Angaben. Vier von ihnen nennen ausdrücklich das Hinarbeiten des Staatsanwalts auf eine vorwerfbare Notwehrüberschreitung durch T mit der rechtlichen Konsequenz, dass T wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts oder zumindest wegen fahrlässiger Tötung schuldig zu sprechen wäre. Für drei Befragte kommt auch ein Hinarbeiten auf das „Ausweichdelikt“ des § 86 öStGB in Betracht. Auch der fünfte Interviewte sagt, dass der Ankläger – auf welchem rechtlichen Weg auch immer – zumindest eine Verurteilung der T wegen des genannten Fahrlässigkeitsdelikts anpeilen werde.

III.4.2.3.3. Absprachen zwischen den Verfahrensbeteiligten/Ergebnisse der Befragung

Die Frage nach Prozessabsprachen beantworten zehn der zwölf dazu Befragten (ein Gesprächsprotokoll enthält keine Angaben) im Hinblick darauf, dass der Verteidiger auf einen Freispruch hinarbeiten wird, mit Nein – das sind mehr als zu den vorhergehenden Fallvarianten. Ein Interviewter hält hingegen eine Absprache zwischen den Verfahrensbeteiligten sowohl hinsichtlich des Delikts als auch hinsichtlich der Strafe für möglich; ein weiterer meint, dass sich der Verteidiger hier nur auf einen Handel bezüglich der Strafe mit dem Inhalt „Verzicht auf Rechtsmittel gegen geringe bedingte Freiheitsstrafe“ einlassen werde.

III.4.3. Einflüsse der Strafvollstreckung

III.4.3.1. Verkürzung des Vollzugs der Freiheitsstrafe/Ergebnisse der Befragung

Im Hinblick auf die Uneinheitlichkeit und Unbestimmtheit der Antworten auf die Frage, ob und nach welchem Delikt die T schuldig zu erkennen wäre (vgl. oben III.4.1.2.2), befinden sich die Antworten auf die in Rede stehende Frage teils im spekulativen Bereich, teils erübrigen sie sich wegen des von den Gesprächspartnern angenommenen Freispruchs. Dieser Frage wird daher nicht weiter nachgegangen.

III.4.3.2. Vollzugsmodalitäten bei der Freiheitsstrafe/Ergebnisse der Befragung

Eine diesbezügliche Frage wurde nicht gestellt.

IV. Zusammenfassende Bewertung

IV.1. Tatbestandliche Einstufung der Fallvarianten

Bezüglich der Systematik der vorsätzlichen Tötungsdelikte folgt das öStGB dem sogenannten zweistufigen System mit dem Ausgangstatbestand Mord als dem schwersten Fall und den Abwandlungen als privilegierten Fällen. Von den Privilegierungen kommt für die vorliegende Untersuchung allein die des Totschlags in Betracht. Für Mord ist die lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe von zehn bis zu 20 Jahren angedroht. Unmittelbar daran schließt der Strafrahmen für den „Totschlag“ an, der von fünf bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe beträgt. Die genannte Privilegierung verlangt, dass der Täter die Tat in einem hochgradigen Affekt begeht, in den er aufgrund eines die Zumutbarkeit rechtstreuen Verhaltens erheblich herabsetzenden konkreten Anlasses gerät und der seine Steuerungsfähigkeit stark beeinträchtigt. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anwendung dieses Delikts sind also relativ eng gefasst. Auf der anderen Seite sieht das Gesetz mit der außerordentlichen Strafmilderung gemäß § 41 öStGB eine allgemeine Strafzumessungsregel vor, die bei beträchtlichem Überwiegen von Milderungsgründen und günstiger spezialpräventiver Prognose ein erhebliches Unterschreiten der gesetzlichen Mindeststrafdrohung zulässt. Damit wird auch bei Mord die Verhängung einer so niedrigen Freiheitsstrafe ermöglicht, dass diese nicht mehr zwangsläufig vollstreckt werden muss, sondern dem Täter bedingt nachgesehen werden kann, was es psychologisch erleichtert, eine Tat unter Mord zu subsumieren.

Bei der *Fallvariante 1* war das *Ergebnis der Befragung* durch die dargestellte Rechtslage so eindeutig vorgegeben, dass den Befragten kaum ein Beurteilungsspielraum blieb: Fast alle Gesprächspartner sprachen sich für Mord aus. Die *Fallvariante 2* wurde, was die Einordnung unter eines der beiden Delikte betrifft, von den ersten drei Fallvarianten am mildesten beurteilt: Zwei Drittel der Befragten nahmen Totschlag, aber immerhin noch ein Drittel der Befragten Mord an. Diese relativ strenge Beurteilung hat ihren Grund wohl darin, dass die gesetzlichen Anforderungen an das privilegierte Delikt eng sind. Etwas strenger wurde *Fallvariante 3* eingestuft, indem sich nur knapp über die Hälfte der Gesprächspartner für die Privilegierung aussprechen konnte, aber immerhin ein Drittel diesbezüglich unentschieden war und nur zwei – also weniger als in *Fallvariante 2* – Mord befürworteten.

Da in *Fallvariante 4* die Notwehrfrage und damit ein möglicher Freispruch im Zentrum der Betrachtung standen, nahm nur ein Teil der Befragten eine tatbestandliche Zuordnung vor. Anders als bei den anderen Fallvarianten wurde hier aber (von knapp der Hälfte der Gesprächspartner) der Tötungsvorsatz der T infrage gestellt und demzufolge auch eine Beurteilung als (vorsätzliche) Körperverletzung mit tödlichem Ausgang (Strafrahmen: ein bis zehn Jahre Freiheitsstrafe) oder absichtliche schwere Körperverletzung mit Todesfolge (Strafrahmen: fünf bis zehn

Jahre Freiheitsstrafe) für möglich erachtet. Aufgrund der Verneinung der Straffreistellungsmöglichkeiten wegen Notwehrexzesses, Putativnotwehr und Putativnotwehrexzesses (dazu gleich unten IV.2.) hielt eine Minderheit der Befragten im Ergebnis auch eine Verurteilung der T wegen fahrlässiger Tötung (Strafrahmen: bis zu ein Jahr Freiheitsstrafe) für möglich.

IV.2. Straffreistellungen

Bezüglich der Straffreistellungen, die im österreichischen Strafrecht im Wesentlichen anhand der Unterscheidung von Rechtfertigung und Schuld systematisiert werden, kommt *nur in Fallvariante 4 der Rechtfertigungsgrund Notwehr* in Betracht. Für den Fall der Verneinung von Notwehr sind die Straffreistellungen wegen Notwehrexzesses, Putativnotwehr und Putativnotwehrexzesses zu überlegen. In *allen Fallvarianten* könnte die *Schuld* wegen einer bis zur Zurechnungsunfähigkeit gesteigerten Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der T oder wegen entschuldigenden Notstands ausgeschlossen sein.

Entsprechend der restriktiven Fassung des *entschuldigenden Notstands* wurde dieser von keinem der Gesprächspartner angenommen. Die Befragten hielten auch ganz überwiegend die seelische Belastung der T wegen der ständigen Misshandlungen für *nicht* so gravierend, dass sie eine Straffreistellung der T wegen *Zurechnungsunfähigkeit* bejahen konnten.

Was die mögliche Straffreistellung durch *Notwehr* in *Fallvariante 4* betrifft, so sprachen sich nur zwei Drittel der Befragten für das Vorliegen einer Notwehrsituation aus, die übrigen hielten auch Putativnotwehr für möglich. Da nur rund ein Drittel der Gesprächspartner die Frage nach der Erforderlichkeit der Verteidigung klar bejahen konnte und die überwiegende Zahl der Befragten diesbezüglich unentschieden war, wurde eine Straffreiheit der T wegen Notwehr im Ergebnis nur von einem Drittel der Befragten angenommen. Die vielen unentschiedenen Stellungnahmen wurden von den Interviewten großteils auf die Unklarheit des Sachverhalts zurückgeführt. Bezieht man auch die Straffreistellungsmöglichkeiten des Notwehrexzesses, der Putativnotwehr und des Putativnotwehrexzesses mit ein und kumuliert man diese, so votierte die Mehrzahl der Befragten (sieben) klar für Straffreiheit der T, der Rest hielt immerhin einen Freispruch für möglich.

IV.3. Straffestsetzung

Wie bereits oben IV.1. gezeigt, sieht das österreichische Recht für die in Betracht kommenden Delikte relativ enge Strafrahmen vor. Als Alternative zur zeitlichen Freiheitsstrafe ist allein bei Mord die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe möglich, die aber nur für Fälle schwersten Tatumwerts gedacht ist. Aufgrund

der allgemeinen Strafzumessungsregel des § 41 öStGB können die Strafrahmen allerdings unterschritten werden, sodass dem Tatgericht in allen Fallvarianten mehrere alternative Strafrahmenoptionen zur Verfügung stehen.

Für die Strafzumessung räumt das öStGB den Gerichten einen relativ weiten Ermessensspielraum ein. Grundlage dafür ist gem. § 32 Abs. 1 öStGB die Schuld, die sich grundsätzlich als Einzeltatschuld versteht und auch das verschuldete Unrecht mit einschließt. Für die damit angesprochene Tatumwertgraduierung sieht das Gesetz einen umfangreichen, aber nur beispielhaft gemeinten Katalog von Erschwerungs- und Milderungsgründen vor, die gegeneinander abzuwägen sind. Es besteht ein Doppelverwertungsverbot für solche Umstände, die bereits für die Subsumtion unter ein bestimmtes Delikt entscheidend waren. Eine Aussetzung der verhängten Strafe – in Österreich „bedingte Nachsicht“ genannt – war zum Zeitpunkt der Befragung nur bei einer höchstens zweijährigen Freiheitsstrafe möglich und kam realistisch nur für Fallvariante 4 in Betracht. Nur in dieser Variante ist auch die Verhängung einer Geldstrafe anstelle der angedrohten Freiheitsstrafe rechtlich möglich.

Bei der Befragung wurden als *Bewertungsfaktoren für die Tatschwere* in den Fallvarianten 1 bis 3 die Tötung des im Schlaf wehrlosen Opfers, bezüglich Variante 1 auch die geplante und überlegte Tatausführung und die brutale Vorgangsweise als belastend genannt; als entlastend hingegen in allen Fallvarianten die seelische Belastung der T wegen der ständigen Misshandlungen.

Erwartungsgemäß wurde die *Fallvariante 1* unter allen Fallvarianten als am schwersten beurteilt. Allerdings haben die Gesprächspartner das Gewicht der erschwerenden Umstände selbst bei dieser Konstellation nicht sehr hoch eingeschätzt: Der geplanten Tatausführung wurde nur von drei der 13 Befragten strafschärfende Wirkung zuerkannt, der Wehrlosigkeit des O bloß von sieben. Alle Befragten haben hingegen die seelische Belastung der T als strafmildernd bewertet, immerhin noch fünf hielten eine erhebliche Beeinträchtigung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der T für gegeben. Praktisch alle Gesprächspartner sprachen sich mangels einer konkreten Affektsituation gegen den (milderen) Totschlagstatbestand aus, aber fast die Hälfte befürwortete eine außerordentliche Strafmilderung.

Die Meinungen der Befragten zur *konkret ausgesprochenen Strafe* (Sanktionsprognosen) sind in einem Bereich von mindestens zwei und höchstens 20 Jahren äußerst breit gestreut. Kein Gesprächspartner sprach sich für die lebenslange Freiheitsstrafe aus, aber immerhin drei erachteten eine Freiheitsstrafe von 15 und mehr Jahren als angemessen.

Setzt man diese Angaben – wie auch in den anderen Fallvarianten – in Beziehung zur beruflichen Funktion der Befragten, so zeigt sich, dass die Staatsanwälte zu einer strengeren Beurteilung neigten als die Richter und diese wiederum zu einer strengeren als die Verteidiger. Dabei liegen die Antworten der befragten Staats-

anwälte einerseits und der befragten Verteidiger andererseits ziemlich weit auseinander. Diesbezüglich ist anzumerken, dass nur die Ansichten der Befragten selbst und nicht die Prognosen der Gerichtsentscheidung ausdrücklich von mir erfragt wurden. Das ist darin begründet, dass im Zeitpunkt der Befragungen, die ich – gemäß dem ursprünglichen Projektplan – schon sehr früh vorgenommen habe,¹⁰² noch keine diesbezügliche Frage im Interviewleitfaden enthalten war und eine solche erst in einem viel späteren Projektstadium aufgenommen wurde. Leider war es mir aber mangels Erreichbarkeit der Befragten nicht möglich, die Interviews nachträglich zu ergänzen. Angaben zur Prognose der Gerichtsentscheidung konnten von mir also nur dort gemacht werden, wo diese von den Befragten selbst angesprochen wurde. Schon anhand dieser wenigen Angaben zeigt sich, dass sich die Differenzen zwischen den strengsten und den mildesten Ansichten der Gesprächspartner bei der Einschätzung der Gerichtsentscheidung abschwächen.

Bei *Fallvariante 2* messen die Befragten den strafschärfenden Faktoren insgesamt deutlich geringeres Gewicht zu als bei *Fallvariante 1*, wobei der Wehrlosigkeit des schlafenden O die größte Bedeutung zuerkannt wird. Fast alle Gesprächspartner nannten die seelische Belastung und mehr als die Hälfte eine erhebliche Beeinträchtigung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der T als strafmildernde Faktoren. Gut zwei Drittel der Gesprächspartner sprachen sich für den (milderen) Totschlagstatbestand aus, und drei von ihnen wollten zusätzlich noch die außerordentliche Strafmilderung anwenden.

Die Meinungen der Befragten zu den Sanktionen liegen innerhalb eines Bereichs von mindestens zwei und höchstens 15 Jahren unbedingter Freiheitsstrafe. Bemerkenswert ist wiederum die große Streuung der genannten Zahlen. Die gewählten Strafen fallen hier aber generell deutlich geringer aus als bei *Fallvariante 1*. Dies gilt auch für die wenigen abgegebenen Prognosen zur Gerichtsentscheidung. Ein Befragter will sogar die von ihm genannte – zweijährige – Freiheitsstrafe zur Gänze bedingt nachsehen und diese somit, wie er sagt, als „symbolische Strafe für T“ verstanden wissen.

Bei *Fallvariante 3* fiel den Gesprächspartnern die Entscheidung für das mildere Tötungsdelikt ersichtlich schwerer als in *Fallvariante 2*: Nur sieben konnten dieses klar bejahen, aber immerhin vier waren diesbezüglich unentschieden. Das gründet wohl darin, dass der den Totschlagstatbestand begründende Affekt, wenn überhaupt, nur mittelbar aus der früher gesetzten Provokationshandlung des O erschlossen werden kann. Dennoch ergab eine Abwägung der erschwerenden mit den mildernden Strafzumessungsfaktoren hier insgesamt eine mildere Beurteilung des Tatumwerts als bei *Fallvariante 2*. Insbesondere wurden die Milderungsfaktoren der seelischen Belastung der T und der Provokation durch O öfter genannt und ihnen wurde größeres Gewicht zugemessen als in *Fallvariante 2*. Dementsprechend nah-

¹⁰² Siehe oben II.2.2.

men hier auch mehr Befragte die außerordentliche Strafmilderung zusätzlich zum Totschlagsdelikt an. Konsequenterweise fielen auch die Meinungen der Gesprächspartner zur Sanktion deutlich milder aus als in Fallvariante 2. Innerhalb eines Bereichs von mindestens einem und höchstens zwölf Jahren weisen die einzelnen Antworten wiederum starke Unterschiede auf. Für eine bedingte Nachsicht der (ganzen) Strafe traten zwei Befragte (ein Staatsanwalt und ein Professor) ein, von denen sich einer für eine einjährige Freiheitsstrafe und der zweite für eine Freiheitsstrafe zwischen einem und zwei Jahren aussprach.

In *Fallvariante 4* musste wegen der fortgeschrittenen Interviewdauer die Frage nach der Sanktionsprognose vereinfacht werden: Im Hinblick darauf, dass für alle sechs Gesprächspartner, die eine Bestrafung ebenso wie einen Freispruch der T für möglich hielten (vgl. oben III.4.1.2.2.4.), auch eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung in Betracht kam, wurde die Frage auf dieses Delikt und diese Befragten eingeschränkt. Sie ist auch wegen des oben II.1.1.4.2. berichteten Ost-West-Gefälles innerhalb der Strafenpraxis interessant. Dabei gab die Hälfte der Befragten eine Strafhöhe zwischen sechs Monaten und einem Jahr an. Einer von ihnen befürwortete sogar eine bedingte Nachsicht der 6-monatigen Freiheitsstrafe. Die andere Hälfte der Befragten machte zwar bezüglich der konkreten Strafhöhe keine Angaben, sprach sich aber für Alternativen zur unbedingten Freiheitsstrafe aus. Für einen Staatsanwalt aus Innsbruck kam sowohl die teilbedingte Freiheitsstrafe nach § 43a Abs. 3 öStGB als auch die Kombination von bedingter Freiheits- und unbedingter Geldstrafe gemäß § 43a Abs. 2 öStGB in Betracht. Ein Richter des OLG-Sprengels Innsbruck und ein Generalanwalt aus Wien hielten die Verhängung einer Geldstrafe anstelle der im Gesetz angedrohten Freiheitsstrafe nach § 37 Abs. 1 öStGB für möglich. Für den Richter aus Innsbruck war sogar die bedingte Nachsicht dieser Geldstrafe denkbar.

IV.4. Einflüsse des Strafverfahrens

IV.4.1. Laienbeteiligung und wesentliche Verfahrensstruktur; Entscheidungsbegründung; Rechtsmittelkontrolle

Bei den in Betracht kommenden vorsätzlichen Tötungsdelikten (Mord, Totschlag, Körperverletzung mit tödlichem Ausgang) ist eine *Beteiligung von Laien* an der Entscheidungsfindung des erkennenden Gerichts vorgesehen. Diese ist allerdings unterschiedlich ausgestaltet. Das *Geschworenengericht*, welches über eine Mordanklage entscheidet, besteht aus drei Berufsrichtern und acht Geschworenen. Die Laien entscheiden in einem formalisierten Frageschema-Verfahren allein über die Schuld des Angeklagten und gemeinsam mit den Berufsrichtern über die Strafe. Über eine Anklage wegen eines der anderen Tötungsdelikte entscheidet das *Schöffengericht*, das mit zwei Berufsrichtern und zwei Schöffen besetzt ist. Sie urteilen gemeinsam über die Schuld und über die Strafe des Angeklagten. Das aufgrund der

Entscheidung der *Geschworenen* gefällte Urteil über die Schuldfrage enthält keine Begründung. Lediglich der Ausspruch über die Strafe muss begründet werden. Das Urteil des *Schöffengerichts* ist sowohl hinsichtlich der Schuldfrage als auch hinsichtlich der Straffrage zu begründen. Die Urteile von *Schöffen- und Geschworenengericht* können sowohl hinsichtlich Ermessensfehlern im Bereich der Strafzumessung als auch hinsichtlich ausgewählter Fehler des Verfahrens und des Urteils selbst – also nur punktuell – mit ordentlichen Rechtsmitteln bekämpft werden. Die *Beweiswürdigung* ist nur in sehr eingeschränktem Umfang und im Geschworenengerichtsverfahren praktisch nur indirekt bekämpfbar.

Der Hauptverhandlung vor beiden Gerichtstypen wird in den vorliegenden Fallvarianten ein – Voruntersuchung genanntes – gerichtliches Vorverfahren vorangehen, welches vom Untersuchungsrichter geleitet wird und im geschworenengerichtlichen Verfahren obligatorisch ist.

Vor welchem Gerichtstyp die Entscheidungsfindung erfolgt, bestimmt sich nach der rechtlichen Beurteilung der Tat in der Anklageschrift. Dementsprechend kommt der Einstufung des Falles durch die Anklagebehörde entscheidende Bedeutung für die Entscheidungsfindung sowie für Art und Umfang der Rechtsmittelkontrolle zu. Eine Korrelation zwischen der Art des Spruchkörpers und der Höhe der prognostizierten Strafen konnte in der vorliegenden Untersuchung aber nicht festgestellt werden.

Bei der *Frage nach der Einstufung des Falles durch die Anklagebehörde* ordnete die überwiegende Zahl der Befragten die Fallvarianten 1 bis 3 dem Mord und damit der Entscheidungsfindung des Geschworenengerichts zu. Allein bei Fallvariante 4 wollte oder konnte die Hälfte der Gesprächspartner überhaupt keine Zuordnung zu einem der möglichen Delikte machen. Diese Tendenz, sich nicht festzulegen, hängt einerseits – wie von einigen ausdrücklich beklagt – mit dem offen formulierten Sachverhalt zusammen; andererseits ist sie im rechtlichen Faktum begründet, dass hier die Frage nach einer allfälligen Straffreistellung der T oder der Herabstufung des ihr vorgeworfenen Delikts in dem der formellen Anklageerhebung vorangehenden Vorverfahren¹⁰³ besonders sorgfältig geprüft und möglicherweise bereits zu einer eindeutigen Entscheidung gebracht werden wird, sodass das Verfahren bereits in diesem Verfahrensstadium eingestellt werden kann und es gar nicht erst zu einer formellen Anklageerhebung kommt. Bezeichnenderweise wird diese Tatsache von allen vier befragten Staatsanwälten hervorgehoben, die betonen, dass ein Fall am Ende des Vorverfahrens nicht so offen sein darf.

¹⁰³ Vgl. dazu oben II.1.2.2.

IV.4.2. Verantwortung für die Sachverhaltsaufklärung; spezifische Beweisprobleme; Absprachen über das Verfahrensergebnis

Das österreichische Strafverfahren versteht sich als Anklageprozess mit Ermittlungsgrundsatz. Die *Verantwortung* für die Vollständigkeit und Richtigkeit der *Sachverhaltsaufklärung* liegt demgemäß bei den Berufsrichtern, die in der Hauptverhandlung und – im Zeitpunkt der Befragungen¹⁰⁴ – in der gerichtlichen Voruntersuchung die Beweiserhebungen auch selbst durchführten. Anklage und Verteidigung sind – im Wege von Anträgen – nur Ergänzungen gestattet.

Es liegt auf der Hand, dass in allen Fallvarianten, insbesondere aber in den Varianten 1 bis 3, die psychische Verfassung der T und in Fallvariante 4 zusätzlich die Notwehrfrage im Zentrum der Beweiserhebungen steht. Entsprechend rechneten fast alle Befragten diesbezüglich mit einem *beträchtlichen Beweisaufwand*. Im Hinblick darauf, dass die psychische Verfassung der T im vorliegenden Fall für verschiedene Rechtsfragen von erheblicher Bedeutung ist, erwartete die Mehrheit der Befragten die Zuziehung eines psychiatrischen Sachverständigen durch das Gericht bereits von Amts wegen. Fast alle Gesprächspartner meinten, dass auch die *Verteidigungsstrategie der T* in diese Richtung mit dem Mindestziel einer Unterstellung unter das Totschlagsdelikt gehen werde. Die Verteidigung müsse, sollte dies nicht schon von Amts wegen geschehen, die Beiziehung eines psychiatrischen Sachverständigen zur Frage der Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der T beantragen und allenfalls zusätzlich ein diesbezügliches Privatgutachten vorlegen.

Obwohl den Beschuldigten nach dem Buchstaben des Gesetzes keine *Beweislast* trifft, sondern die materielle Beweislast für die ihm vorgeworfene Tat beim Ankläger liegt, äußerten einige Gesprächspartner, nämlich bezeichnenderweise alle drei Verteidiger und ein Professor, dass der Angeklagte *bezüglich entlastender Umstände* in der Verfahrenspraxis sehr wohl einen Teil der Beweislast trage und mehr vorbringen müsse als bloß eine plausible Darstellung.

Prozessabsprachen zwischen den Verfahrensbeteiligten im Sinne des „Aushandelns“ eines bestimmten Delikts oder einer bestimmten Strafe sind der österreichischen Strafprozessordnung fremd. Dementsprechend wurde die Frage nach der Möglichkeit von Prozessabsprachen von der überwiegenden Zahl der Gesprächspartner unter Hinweis auf das Gesetz apodiktisch verneint. Die restlichen Befragten meinten, dass ihrer Erfahrung nach Absprachen über Schuld und Strafe in der Praxis sehr wohl vorkämen: In einem Verfahren mit Laienbeteiligung sei eine Absprache bezüglich der Schuldfrage aber praktisch schwierig durchzuführen; weniger schwierig sei eine solche bezüglich der zu verhängenden Strafe; sie könnten sich im vorliegenden Fall vorstellen, dass T anbietet, als Gegenleistung für eine geringe Strafe bzw. für die Anwendung des a.o. Milderungsrechts auf Rechtsmittel gegen

¹⁰⁴ Vgl. dazu oben II.1.2.1.

das Urteil zu verzichten. Insbesondere zu *Fallvariante 4* wies eine große Zahl der Befragten jedoch darauf hin, dass die auf einen Freispruch abzielende Verteidigungsstrategie der T von vornherein einem Prozesshandel im Weg stehen werde.

IV.5. Prognose der Vollstreckungsdauer und Besonderheiten der Strafvollstreckung

Das österreichische Strafrecht sieht die Möglichkeit vor, den Verurteilten aus der über ihn verhängten Freiheitsstrafe *vorzeitig bedingt zu entlassen*. Dies kann bei einer zeitlichen Freiheitsstrafe entweder bereits *nach Verbüßung der Hälfte oder erst nach Verbüßung von zwei Dritteln* geschehen, wobei die sogenannte Hälfte-Entlassung nach der Formulierung und den Intentionen des Gesetzes den Regelfall darstellen soll. Die Entscheidung über eine bedingte Entlassung obliegt aber nicht dem erkennenden Gericht, sondern demjenigen Gerichtshof I. Instanz, in dessen Sprengel die Freiheitsstrafe vollzogen wird. *Zu den Fallvarianten 1 bis 3*, in denen sich die Befragten fast ausnahmslos für eine Verurteilung der T zu einer unbedingten Freiheitsstrafe ausgesprochen haben, wurde den Gesprächspartnern die Frage gestellt, ob und ab welchem Zeitpunkt für die T ihrer Meinung nach eine vorzeitige Entlassung in Betracht komme. Dabei sind die Antworten in allen drei Fallvarianten ziemlich konsistent. Zwei Drittel der Befragten meinten, dass entsprechend dem Gesetz und den bekannten tatsächlichen Gegebenheiten die T bereits nach der Hälfte ihrer Haftzeit entlassen werden müsste. Einige von ihnen wiesen jedoch auf die – insbesondere im Osten Österreichs – restriktive Praxis der Vollzugsgerichte hin, woraus sich ergäbe, dass T wohl erst nach zwei Dritteln ihrer Haftzeit entlassen werden würde. Die restlichen Befragten, von denen man jedoch in den Fallvarianten 2 und 3 diejenigen abziehen muss, die für eine bedingte Freiheitsstrafe votiert haben, befürworteten eine vorzeitige Entlassung nach zwei Dritteln der Haftdauer.

Setzt man die angesprochenen Angaben der Gesprächspartner mit deren Prognose der vom *Gericht verhängten* Freiheitsstrafe – die leider lückenhaft ist – in Beziehung, so erhält man einen Eindruck davon, mit welcher *tatsächlichen Haftdauer* die T zu rechnen hat. Diese Angaben weisen – entsprechend den Sanktionsprognosen – starke Unterschiede auf. Sie zeigen jedoch eine von der ersten bis zur dritten Fallvariante eindeutig sinkende Tendenz, was in den entsprechend sinkenden Werten bei den Sanktionsprognosen begründet ist. Für Fallvariante 1 lässt sich ein Durchschnittswert von sechs Jahren errechnen, für Fallvariante 2 ein Durchschnittswert von 3,35 Jahren und für Fallvariante 3¹⁰⁵ ein solcher von 2,95 Jahren. Geht man allerdings – wie im rechtsvergleichenden Querschnitt – im Hinblick auf die restriktive Praxis pauschal von einer Verbüßung von zwei Dritteln der Frei-

¹⁰⁵ Das ist im Hinblick auf die geringe Zahl der Sanktionsangaben methodisch problematisch.

heitsstrafe aus, so erhält man die Werte 7,4 für die erste Fallvariante, 4,4 für die zweite Fallvariante und 3,9 für die dritte Fallvariante.

Bei der Vollstreckung der Freiheitsstrafe als solcher kommen für die T sowohl die Erleichterungen des Erstvollzugs als auch die des sogenannten Strafvollzugs in gelockerter Form zur Anwendung. Im Hinblick auf diese eindeutigen rechtlichen Vorgaben wurde das gegenständliche Thema bei den Interviews nicht erfragt.

Anhang

öStGB

Notwehr

§ 3 (1) Nicht rechtswidrig handelt, wer sich nur der Verteidigung bedient, die notwendig ist, um einen gegenwärtigen oder unmittelbar drohenden rechtswidrigen Angriff auf Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, Freiheit oder Vermögen von sich oder einem anderen abzuwehren. Die Handlung ist jedoch nicht gerechtfertigt, wenn es offensichtlich ist, daß dem Angegriffenen bloß ein geringer Nachteil droht und die Verteidigung, insbesondere wegen der Schwere der zur Abwehr nötigen Beeinträchtigung des Angreifers, unangemessen ist.

(2) Wer das gerechtfertigte Maß der Verteidigung überschreitet oder sich einer offensichtlich unangemessenen Verteidigung (Abs. 1) bedient, ist, wenn dies lediglich aus Bestürzung, Furcht oder Schrecken geschieht, nur strafbar, wenn die Überschreitung auf Fahrlässigkeit beruht und die fahrlässige Handlung mit Strafe bedroht ist.

Irrtümliche Annahme eines rechtfertigenden Sachverhaltes

§ 8 Wer irrtümlich einen Sachverhalt annimmt, der die Rechtswidrigkeit der Tat ausschließen würde, kann wegen vorsätzlicher Begehung nicht bestraft werden. Er ist wegen fahrlässiger Begehung zu bestrafen, wenn der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht und die fahrlässige Begehung mit Strafe bedroht ist.

Entschuldigender Notstand

§ 10 (1) Wer eine mit Strafe bedrohte Tat begeht, um einen unmittelbar drohenden bedeutenden Nachteil von sich oder einem anderen abzuwenden, ist entschuldigt, wenn der aus der Tat drohende Schaden nicht unverhältnismäßig schwerer wiegt als der Nachteil, den sie abwenden soll, und in der Lage des Täters von einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen kein anderes Verhalten zu erwarten war.

(2) Der Täter ist nicht entschuldigt, wenn er sich der Gefahr ohne einen von der Rechtsordnung anerkannten Grund bewußt ausgesetzt hat. Der Täter ist wegen fahrlässiger Begehung zu bestrafen, wenn er die Voraussetzungen, unter denen seine Handlung entschuldigt wäre, in einem Irrtum angenommen hat, der auf Fahrlässigkeit beruhte, und die fahrlässige Begehung mit Strafe bedroht ist.

Zurechnungsunfähigkeit

§ 11 Wer zur Zeit der Tat wegen einer Geisteskrankheit, wegen Schwachsinn, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen einer anderen schweren, einem dieser Zustände gleichwertigen seelischen Störung unfähig ist, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, handelt nicht schuldhaft.

Strafbemessung

Allgemeine Grundsätze

§ 32 (1) Grundlage für die Bemessung der Strafe ist die Schuld des Täters.

(2) Bei Bemessung der Strafe hat das Gericht die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen und auch auf die Auswirkungen der Strafe und anderer zu erwartender Folgen der Tat auf das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft Bedacht zu nehmen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen könnte.

(3) Im allgemeinen ist die Strafe umso strenger zu bemessen, je größer die Schädigung oder Gefährdung ist, die der Täter verschuldet hat oder die er zwar nicht herbeigeführt, aber auf die sich sein Verschulden erstreckt hat, je mehr Pflichten er durch seine Handlung verletzt, je reiflicher er seine Tat überlegt, je sorgfältiger er sie vorbereitet oder je rücksichtsloser er sie ausgeführt hat und je weniger Vorsicht gegen die Tat hat gebraucht werden können.

Außerordentliche Strafmilderung bei Überwiegen der Milderungsgründe

§ 41 (1) Überwiegen die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich, und besteht begründete Aussicht, daß der Täter auch bei Verhängung einer das gesetzliche Mindestmaß unterschreitenden Freiheitsstrafe keine weiteren strafbaren Handlungen begehen werde, so kann erkannt werden:

1. wenn die Tat mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht ist oder wenn sie mit Freiheitsstrafe von zehn bis zu zwanzig Jahren oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht ist, auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr;
2. wenn die Tat zwar nicht mit lebenslanger Freiheitsstrafe, aber mit Freiheitsstrafe von mindestens zehn Jahren bedroht ist, auf Freiheitsstrafe nicht unter sechs Monaten;
3. wenn die Tat mit Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren bedroht ist, auf Freiheitsstrafe nicht unter drei Monaten;
4. wenn die Tat mit Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist, auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Monat;
5. wenn die Tat mit geringerer Freiheitsstrafe bedroht ist, auf Freiheitsstrafe von mindestens einem Tag.

(2) Unter den Voraussetzungen des Abs. 1 Z. 3 und 4 muß jedoch auf Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten erkannt werden, wenn die Tat den Tod eines Menschen zur Folge gehabt hat (§ 7 Abs. 2), mag dieser Umstand auch schon die Strafdrohung bestimmen.

(3) Die §§ 43 und 43a können auch angewendet werden, wenn auf eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei beziehungsweise drei, aber nicht mehr als fünf Jahren erkannt wird oder zu erkennen wäre, sofern die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen und begründete Aussicht besteht, dass der Täter auch bei Verhängung einer solchen Strafe keine weiteren strafbaren Handlungen begehen werde.

Bedingte Strafnachsicht

§ 43 (1) Wird ein Rechtsbrecher zu einer zwei Jahre nicht übersteigenden Freiheitsstrafe oder zu einer Geldstrafe verurteilt, so hat ihm das Gericht die Strafe unter Bestimmung einer Probezeit von mindestens einem und höchstens drei Jahren bedingt nachzusehen, wenn anzunehmen ist, daß die bloße Androhung der Vollziehung allein oder in Verbindung mit anderen Maßnahmen genügen werde, um ihn von weiteren strafbaren Handlungen abzuhalten.

gen abzuhalten, und es nicht der Vollstreckung der Strafe bedarf, um der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken. Dabei sind insbesondere die Art der Tat, die Person des Rechtsbrechers, der Grad seiner Schuld, sein Vorleben und sein Verhalten nach der Tat zu berücksichtigen.

(2) Wird die Nachsicht nicht widerrufen, so ist die Strafe endgültig nachzusehen. Fristen, deren Lauf beginnt, sobald die Strafe vollstreckt ist, sind in einem solchen Fall ab Rechtskraft des Urteils zu berechnen.

Bedingte Nachsicht eines Teiles der Strafe

§ 43a (1) Wird auf eine Geldstrafe erkannt und treffen die Voraussetzungen des § 43 auf einen Teil der Strafe zu, so hat das Gericht diesen Teil bedingt nachzusehen.

(2) Wäre auf eine Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten, aber nicht mehr als zwei Jahren zu erkennen und liegen nicht die Voraussetzungen für eine bedingte Nachsicht der ganzen Strafe vor, so ist an Stelle eines Teiles der Freiheitsstrafe auf eine Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu erkennen, wenn im Hinblick darauf der verbleibende Teil der Freiheitsstrafe nach § 43 bedingt nachgesehen werden kann.

(3) Wird auf eine Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten, aber nicht mehr als zwei Jahren erkannt und kann, insbesondere im Hinblick auf frühere Verurteilungen des Rechtsbrechers, weder die ganze Strafe bedingt nachgesehen noch nach Abs. 2 vorgegangen werden, so ist unter den Voraussetzungen des § 43 ein Teil der Strafe bedingt nachzusehen.

Der nicht bedingt nachgesehene Teil der Strafe muß mindestens einen Monat und darf nicht mehr als ein Drittel der Strafe betragen.

(4) Wird auf eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei, aber nicht mehr als drei Jahren erkannt und besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, daß der Rechtsbrecher keine weiteren strafbaren Handlungen begehen werde, so ist unter den Voraussetzungen des § 43 ein Teil der Strafe bedingt nachzusehen. Abs. 3 letzter Satz ist anzuwenden.

Bedingte Entlassung aus einer Freiheitsstrafe

§ 46 (1) Hat ein Rechtsbrecher die Hälfte der im Urteil verhängten oder im Gnadenweg festgesetzten zeitlichen Freiheitsstrafe, mindestens aber drei Monate verbüßt, so ist ihm der Rest der Strafe unter Bestimmung einer Probezeit bedingt nachzusehen, wenn anzunehmen ist, daß es nicht der Vollstreckung des Strafrestes bedarf, um den Rechtsbrecher von weiteren strafbaren Handlungen abzuhalten.

(2) Hat ein Rechtsbrecher zwei Drittel der im Urteil verhängten oder im Gnadenweg festgesetzten zeitlichen Freiheitsstrafe, mindestens aber drei Monate verbüßt, so ist ihm der Rest der Strafe unter Bestimmung einer Probezeit bedingt nachzusehen, es sei denn, daß besondere Gründe befürchten lassen, der Rechtsbrecher werde in Freiheit weitere strafbare Handlungen begehen.

(2a) [...]

(3) Bei jeder Entscheidung über eine bedingte Entlassung sind die Person des Rechtsbrechers, sein Vorleben, seine Aussichten auf ein redliches Fortkommen und seine Aufführung während der Vollstreckung sowie der Umstand zu berücksichtigen, ob es aus besonderen Gründen der Vollstreckung des Strafrestes bedarf, um der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken. Gegebenenfalls ist die bedingte Entlassung nur in Verbindung mit anderen Maßnahmen auszusprechen.

(4) ...

(5) ...

Mord

§ 75 Wer einen anderen tötet, ist mit Freiheitsstrafe von zehn bis zu zwanzig Jahren oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

Totschlag

§ 76 Wer sich in einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung dazu hinreißen läßt, einen anderen zu töten, ist mit Freiheitsstrafe von fünf bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

Fahrlässige Tötung

§ 80 Wer fahrlässig den Tod eines anderen herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen.

Körperverletzung mit tödlichem Ausgang

§ 86 Hat die Tat den Tod des Geschädigten zur Folge, so ist der Täter mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

Absichtliche schwere Körperverletzung

§ 87 (1) Wer einem anderen eine schwere Körperverletzung (§ 84 Abs. 1) absichtlich zufügt, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

(2) Zieht die Tat eine schwere Dauerfolge (§ 85) nach sich, so ist der Täter mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren, hat die Tat den Tod des Geschädigten zur Folge, mit Freiheitsstrafe von fünf bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

Literaturverzeichnis

- Bertel, Ch.*, Die Strafberufung im schöffen- und geschworenengerichtlichen Verfahren. ÖJZ 1971, 574.
- Die Zurechnungsfähigkeit. ÖJZ 1975, 622.
- Bertel, Ch./Schwaighofer, K.*, Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil I. 6. Aufl. Wien, New York 2000.
- Bertel, Ch./Venier, A.*, Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts. 8. Aufl. Wien 2004.
- Einführung in die neue Strafprozessordnung. Wien 2005.
- Burgstaller, M.*, Art. 91 Abs. 2 und 3 B-VG. In: K. Korinek/M. Holoubek (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht. Erscheint in Teillieferungen (ab 1999). Wien 2000.
- Grundprobleme des Strafzumessungsrechts in Österreich. ZStW 94 (1982), 127.
- Burgstaller, M./Csaszar, F.*, Zur regionalen Strafenpraxis in Österreich. ÖJZ 1985, 1 und 43.
- Dearing, A.*, Die Reform des Umgangs mit Gewalt in der Wohnsphäre. In: Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), 32. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie. Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz – Bd. 117. Wien 2005, S. 29.
- Fabrizy, E.*, Strafgesetzbuch (StGB) samt ausgewählten Nebengesetzen. Mit einer Einführung und Anmerkungen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs und des Schrifttums. 8. Aufl. Wien 2002. (*Fabrizy*, StGB)
- Die österreichische Strafprozeßordnung (Strafprozeßordnung 1975) samt den wichtigsten Nebengesetzen. 9. Aufl. Wien 2004. (*Fabrizy*, StPO)
- Flora, M.*, Kommentierung des § 37 öStGB. In: F. Höpfel/E. Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch. 2. Aufl. 47. Lieferung Wien 2003. (WK²)
- Fuchs, H.*, Grundfragen der Notwehr. Wien 1986.
- Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. 6. Aufl. Wien 2004.
- Grafl, Ch.*, Überlegungen zur unterschiedlichen Rechtsprechung in Verkehrsstrafsachen. RZ 2000, 2.
- Graßberger, R.*, Die Strafzumessung. Wien 1932.
- Die Strafe. ÖJZ 1961, 169.
- Haller, B.*, Gewalt in der Familie. Eine Evaluierung der Umsetzung des österreichischen Gewaltschutzgesetzes. Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Inneres. Wien 1999.
- Harbich, H.*, Der Beschluss im Strafprozess und seine Begründung. RZ 1977, 142.
- Hauptmann, W.*, Sozialpsychologische Aspekte der Generalprävention. RZ 1977, 113.
- Hengerer, K./Ullmann, M.*, Das Gewaltschutzgesetz in Österreich. SIAK-Journal 2005, 12.
- Höpfel, F.*, Kommentierung der §§ 8–11. In: F. Höpfel/E. Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch. 2. Aufl. 11. Lieferung Wien 2000. (WK²)

- Kienapfel, D./Höpfel, F.*, Grundriss des österreichischen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 11. Aufl. Wien 2005.
- Kienapfel, D./Schroll, H.*, Grundriss des österreichischen Strafrechts. Besonderer Teil I. 5. Aufl. Wien 2003.
- Kunst, G.*, Die Strafzumessung als Interpretationsproblem. ÖJZ 1972, 537.
- Strafbemessung (§§ 28–35, 38–41 RV). In: Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), Zum neuen Strafrecht. Referate zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzentwurfes gehalten bei der Richterwoche 1973. Wien o.J., S. 79.
 - Strafbemessung, Tatschuld und Spezialprävention. ÖJZ 1977, 481.
 - Fragen der Strafbemessung in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs. RZ 1978, 117.
 - Kommentierung der §§ 32–36 öStGB. In: E. Foregger/F. Nowakowski (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch. 1. Aufl. 29. Lieferung Wien 1986. (WK¹)
- Leukauf, O./Steininger H.*, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 3. Aufl. Wien 1992.
- Lewisch, P.*, Strafrecht. Besonderer Teil I. 2. Aufl. Wien 1999.
- Maleczky, O.*, Strafrecht. Allgemeiner Teil II. 8. Aufl. Wien 2001.
- Mayerhofer, Ch.*, Mord und Totschlag in Österreich. ÖJZ 1980, 290.
- Mayerhofer, Ch./Rieder, S.*, Das österreichische Strafrecht. 1. Teil: Strafgesetzbuch. 5. Aufl. Wien 2000.
- Medigovic, U.*, Bemerkungen zu verfahrensbeendenden Absprachen im Strafprozess. In: R. Soyer (Hrsg.), Strafverteidigung – Ringen um Fairness. 3. Österreichischer StrafverteidigerInnentag. Wien 2005, S. 126.
- Moos, R.*, Die vorsätzlichen Tötungsdelikte im neuen Strafrecht. LJZ 1/1991, 9.
- Kommentierung des § 75 öStGB. In: F. Höpfel/E. Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch. 2. Aufl. 33. Lieferung. Wien 2002. (WK²)
 - Kommentierung der §§ 76, 77. In: F. Höpfel/E. Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch. 2. Aufl. 34. Lieferung. Wien 2002.
 - Absprachen im Strafprozess. RZ 2004, 56.
- Nowakowski, F.*, Probleme der Strafrechtsdogmatik. Zugleich eine Besprechung von Jescheks Lehrbuch des Strafrechts. JBl 1972, 19.
- Probleme der Strafzumessung. In: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (StPdG). Bd. II. Wien 1974, S. 167.
- Pallin, F.*, Die Strafzumessung in rechtlicher Sicht. Wien 1982. (Strafzumessung)
- Kommentierung der §§ 37–39 öStGB. In: E. Foregger/F. Nowakowski (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch. 1. Aufl. 26. Lieferung Wien 1986. (WK¹)
- Platzgummer, W.*, Kommentierung des § 19 öStGB. In: E. Foregger/F. Nowakowski (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch. 1. Aufl. 6. Lieferung Wien 1980. (WK¹)
- Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens. 8. Aufl. Wien, New York 1997.

- Ratz, E.*, Kommentierung des § 281 öStPO. In: H. Fuchs/E. Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung. 2. Lieferung Wien 2002.
- Schmidt, M.*, Verfassungswidrigkeiten im Strafrechtsänderungsgesetz 1987. JBl 1989, 137.
- Seiler, St.*, Strafprozessrecht. 7. Aufl. Wien 2004.
- Strafprozessreform 2004 (Ergänzungsband zum Lehrbuch Strafprozessrecht). Wien 2005.
- Seiler, St.*, Strafrecht. Allgemeiner Teil II. 3. Aufl. Wien 2005.
- Soyer, R.*, Der Vergleich im gerichtlichen (Finanz-)Strafverfahren aus der Sicht des Verteidigers. In: R. Leitner (Hrsg.), Finanzstrafrecht 2002. Absprachen/Vergleiche im Abgaben- und Finanzstrafrecht. Wien 2003, S. 73.
- Steininger, E.*, Die Neuregelung der Zuständigkeit des Einzelrichters und das kleine Schöffengericht. ÖJZ 1988, 488.
- Kommentierung des § 3 öStGB. In: O. Triffterer/Ch. Rosbaud/H. Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch. 5. Lieferung Wien o.J. (SbgK)
 - Kommentierung des § 8 öStGB. In: O. Triffterer/Ch. Rosbaud/H. Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch. 3. Lieferung Wien o.J. (SbgK)
- Steininger, H.*, Prozessuale Aspekte der Strafzumessung. RZ 1982, 247.
- Tipold, A.*, Absprachen im Strafprozess. In: Archivum iuridicum Cracoviense, Bd. XXXI–XXXII. Krakau 2000, S. 169.
- Triffterer, O.*, Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil. 2. Aufl. Wien 1994.
- Kommentierung des § 11 öStGB. In: O. Triffterer/Ch. Rosbaud/ H. Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch. 4. Lieferung Wien o.J. (SbgK)
- Tschulik, O.*, Die vorsätzliche Tötung im österreichischen Recht. In: H. Göppinger/P.H. Bresser (Hrsg.), Tötungsdelikte: Bericht über die XX. Tagung der Gesellschaft für die gesamte Kriminologie vom 4.–6. Oktober in Köln. (Kriminologische Gegenwartsfragen, H. 14.) Stuttgart 1980, S. 31.
- Wegscheider, H.*, Strafrecht. Besonderer Teil. Eine multimediale Darstellung der Delikte des österreichischen Strafgesetzbuches. Wien 2003.
- Zagler, W.*, Strafrecht. Besonderer Teil. Wien 2000.
- Zerbes, I.*, Schuldausschluss bei Affekttaten. Wien 1999.
- Zipf, H.*, Allgemeine Grundsätze des Strafgesetzbuches und die Rechtsprechung. Gutachten zum 7. Österreichischen Juristentag 1979, Bd. I/2. Wien 1978. (Grundsätze)
- Die Bedeutung der Grundlageformel des § 32 Abs. 1 StGB. ÖJZ 1979, 197.

§ 8

Landesbericht Portugal

Peter Hünerfeld

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	545
I. Einleitung	546
II. Rechtliche Rahmenbedingungen und allgemeiner Verlauf der Befragung	548
II.1. Rechtlicher Rahmen	548
II.1.1. Einschlägige materiellrechtliche Regelungen	548
II.1.1.1. Überblick über den systematischen Aufbau der Strafbarkeitsmerkmale	548
II.1.1.2. Die Tötungstatbestände	550
II.1.1.3. Straffreistellungen	553
II.1.1.4. Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe, Straf- zumessung	557
II.1.2. Wesenszüge des Strafverfahrensrechts	563
II.1.2.1. Generelle Charakterisierung der Verfahrensstrukturen	563
II.1.2.2. Zuständige Spruchkörper und einschlägige Verfahrens- arten	564
II.1.2.3. Besonderheiten des Beweisverfahrens	572
II.1.2.4. Anforderungen an die schriftliche Urteilsbegründung	576
II.1.3. Äußerer Rahmen der Strafvollstreckung	579
II.1.3.1. Verkürzungen des Vollzugs der Freiheitsstrafe	579
II.1.3.2. Substanzielle Vollzugslockerungen	580
II.2. Befragung der Landesjuristen	582
II.2.1. Bildung der Stichprobe	582
II.2.2. Verlauf der Gespräche	583
III. Beurteilung der Fallvarianten	584
III.1. Fallvariante 1	584
III.1.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung	584
III.1.1.1. Tatbestandliche Einstufung	584
III.1.1.1.1. Rechtliche Vorgaben	584
III.1.1.1.2. Ergebnisse der Befragung	586
III.1.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen	587
III.1.1.2.1. Rechtliche Vorgaben	587
III.1.1.2.2. Ergebnisse der Befragung	588
III.1.1.3. Strafrahmenbestimmung und konkrete Strafzumessung	589
III.1.1.3.1. Rechtliche Vorgaben	589
III.1.1.3.1.1. Konkret anzuwendender Straf- rahmen	589
III.1.1.3.1.2. Strafzumessungsfaktoren	589
III.1.1.3.2. Ergebnisse der Befragung	590
III.1.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte	591

III.1.2. Einflüsse des Strafverfahrens	592
III.1.2.1. Einflussnahme auf Spruchkörper und Verfahrensart	592
III.1.2.1.1. Die Frage der Durchführung einer gerichtlichen Voruntersuchung	593
III.1.2.1.1.1. Rechtliche Vorgaben	593
III.1.2.1.1.2. Ergebnisse der Befragung	593
III.1.2.1.2. Die Frage der Aburteilung durch das Geschworenengericht	594
III.1.2.1.2.1. Rechtliche Vorgaben	594
III.1.2.1.2.2. Ergebnisse der Befragung	594
III.1.2.2. Besonderheiten des Beweisverfahrens	595
III.1.2.2.1. Einführung neuer Beweismittel in der Hauptverhandlung auf Antrag der Prozessbeteiligten	596
III.1.2.2.1.1. Rechtliche Vorgaben	596
III.1.2.2.1.2. Ergebnisse der Befragung	596
III.1.2.2.2. Zur spezifischen Lage in Bezug auf die Beauftragung eines psychiatrischen Sachverständigen	596
III.1.2.2.2.1. Rechtliche Vorgaben	596
III.1.2.2.2.2. Ergebnisse der Befragung	597
III.1.2.3. Anforderungen an die Entscheidungsbegründung	597
III.1.2.3.1. Rechtliche Vorgaben	597
III.1.2.3.2. Ergebnisse der Befragung	598
III.1.2.4. Verteidigungsstrategie und Absprachen	598
III.1.3. Einflüsse der Strafvollstreckung	598
III.1.3.1. Bedingte Entlassung	599
III.1.3.1.1. Rechtliche Vorgaben	599
III.1.3.1.2. Ergebnisse der Befragung	599
III.1.3.2. Vollzugslockerungen	599
III.2. Fallvariante 2	600
III.2.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung	600
III.2.1.1. Tatbestandliche Einstufung	600
III.2.1.1.1. Rechtliche Vorgaben	600
III.2.1.1.2. Ergebnisse der Befragung	600
III.2.1.2. Eingreifen von Straffreistellungsgründen	600
III.2.1.2.1. Rechtliche Vorgaben	600
III.2.1.2.2. Ergebnisse der Befragung	600
III.2.1.3. Strafrahmenbestimmung und konkrete Strafzumessung	601
III.2.1.3.1. Rechtliche Vorgaben	601
III.2.1.3.2. Ergebnisse der Befragung	601
III.2.2. Einflüsse des Strafverfahrens	602
III.2.3. Einflüsse der Strafvollstreckung	603

III.3. Fallvariante 3	604
III.3.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung	604
III.3.1.1. Tatbestandliche Einstufung	604
III.3.1.1.1. Rechtliche Vorgaben	604
III.3.1.1.2. Ergebnisse der Befragung	604
III.3.1.2. Eingreifen von Straffreistellungsgründen	605
III.3.1.3. Strafrahmenbestimmung und konkrete Strafzumessung	605
III.3.1.3.1. Rechtliche Vorgaben	605
III.3.1.3.2. Ergebnisse der Befragung	605
III.3.2. Einflüsse des Strafverfahrens	605
III.3.3. Einflüsse der Strafvollstreckung	606
III.4. Fallvariante 4	606
III.4.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung	606
III.4.1.1. Tatbestandliche Einstufung	606
III.4.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen	606
III.4.1.2.1. Notwehr	606
III.4.1.2.1.1. Rechtliche Vorgaben	606
III.4.1.2.2. Ergebnisse der Befragung	607
III.4.1.2.3. Entschuldigung	607
III.4.1.3. Strafrahmenbestimmung und konkrete Strafzumessung	607
III.4.1.3.1. Rechtliche Vorgaben	607
III.4.1.3.2. Ergebnisse der Befragung	608
III.4.2. Einflüsse des Strafverfahrens	608
III.4.3. Einflüsse der Strafvollstreckung	609
Anhang	610
Literaturverzeichnis	618

Abkürzungsverzeichnis

a.F.	alte Fassung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
BT	Besonderer Teil
D.R.	Diario da Republica
ebda.	ebenda
einf.	einfach
f., ff.	folgende, fortfolgende
Fn.	Fußnote
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Hrsg.	Herausgeber
i.d.F.	in der Fassung
i.V.m.	in Verbindung mit
JZ	Juristenzeitung
n.F.	neue Fassung
n°	número
Nr.	Nummer
port.	portugiesisch
privil.	privilegiert
qual.	qualifiziert
RPCC	Revista portuguesa de ciência criminal
S.	Seite
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
vors.	vorsätzlich
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z.T.	zum Teil

I. Einleitung*

Man trifft in Portugal zwar auf empirische Untersuchungen zur Anwendung von Gewalt im Bereich der Familie sowie speziell vonseiten des Ehemanns gegenüber der Ehefrau,¹ und es gibt natürlich auch neuere kriminologische Forschungen zur Tötungskriminalität.² Spezielle Untersuchungen zum Thema der Tötung des tyrannischen Ehemanns durch die von ihm drangsalierte Ehefrau sind jedoch, soweit ersichtlich, nicht anzutreffen. Aus statistischen Erhebungen lassen sich zur Tötungskriminalität folgende Daten mitteilen:

Abbildung 1: Interpol-Statistik³ für die Jahre 1994–1998 in Bezug auf vorsätzliche Tötungsverbrechen⁴

Jahr	Anzahl der polizeilich bekannt gewordenen Fälle	Versuche, %	Erledigte Fälle, %	Relation pro 100.000 Einwohner	Täter insgesamt	Frauenanteil, %
1994	415	28,70	56,50	4,20	314	10,20
1995	395	28,30	50,00	3,99	209	10,50
1996	405	30,60	45,40	4,08	248	10,10
1997	353	29,70	49,70	3,55	286	6,60
1998	309	33,30	59,60	3,10	310	11,30

* Stand: 1.1.2000.

¹ Vgl. Comissão da Condição Feminina, Boletim da Comissão da Condição Feminina, Nr. 4 (1982), 43–47, sowie *Ferreira da Silva*, *Análise Social*, Bd. XXVI – 2 n° 111 (1991), 385–397.

² Vgl. etwa die Untersuchungen *Infante* u.a., *O homicídio doloso em 4 distritos do continente*, sowie *Infante* u.a., *Crime de homicídio doloso consumado em Portugal: Contributo para o seu estudo*.

³ Entnommen aus: Organisation Internationale de Police Criminelle – Interpol, *Statistiques Criminelles Internationales*, Jahrgänge 1994–1998.

⁴ *Homicides volontaires* (ohne Differenzierungen).

Abbildung 2: Daten aus der portugiesischen Justizstatistik⁵ über die Verhängung von Strafen oder Sicherungsmaßnahmen⁶ in Fällen einfacher oder qualifizierter vorsätzlicher Tötungen⁷ für die Jahre 1996–1998⁸

	1996	1997	1998
Angeschuldigte insgesamt	221	208	199
Zu Strafen oder Sicherungsmaßnahmen Verurteilte insgesamt	178	167	148
Zu Gefängnis ohne Strafaussetzung Verurteilte	164	142	141
Zu Gefängnis mit Strafaussetzung Verurteilte	9	20	1
Zu Gefängnis ersetzt durch Geldstrafe Verurteilte ⁹	–	1	–
Zu Sicherungsmaßnahmen Verurteilte	5	3	4
Zu anderen Strafen oder Sicherungsmaßnahmen Verurteilte ¹⁰	–	1	2

⁵ Ministério da Justiça – Gabinete de Estudos e Planeamento, Estatísticas da Justiça 1996, 1997 und 1998 (Jahresbände).

⁶ Die Berücksichtigung der Strafen und Sicherungsmaßnahmen als Alternativen entspricht der Grundentscheidung des portugiesischen Gesetzgebers für die Eingleisigkeit, also gegen die Möglichkeit von Fällen der Kumulierung freiheitsentziehender Strafen und Maßnahmen.

⁷ Es handelt sich bei den berücksichtigten Tötungstatbeständen um die den Art. 131 f. port. StGB entsprechenden Regelungen.

⁸ Die Beschränkung der Daten auf den genannten Zeitraum ergibt sich aus eigenen Daten für den Bereich einfacher und qualifizierter vorsätzlicher Tötungen ab 1996. Eine weiter reichende Erschließung vorsätzlicher Tötungen musste außer Betracht bleiben, da die nachfolgende Rubrik der Statistik die Fälle der privilegierten Tötung, der Tötung auf Verlangen und der Kindstötung (Art. 133, Art. 134 und Art. 136 port. StGB) ununterschieden zusammenfasst, sodass sich Erkenntnisse von Relevanz für das vorliegende Forschungsprojekt ergeben.

⁹ Die noch folgende Rubrik der zu Geldstrafe Verurteilten wurde nicht mehr aufgenommen, da sie erwartungsgemäß für den Bereich der berücksichtigten Tötungsverbrechen ohne Einträge geblieben ist.

¹⁰ Diese Rubrik ist nicht weiter ausgewiesen.

II. Rechtliche Rahmenbedingungen und allgemeiner Verlauf der Befragung

II.1. Rechtlicher Rahmen

II.1.1. Einschlägige materiellrechtliche Regelungen

Die im Rahmen dieses Berichts einschlägigen materiellrechtlichen Regelungen finden sich im geltenden portugiesischen Strafgesetzbuch. Es handelt sich um den Código Penal vom 23.9.1982¹¹ mit seinen nachfolgenden Abänderungen, die nach dem Stand der umfangreichen Revision vom 15.3.1995¹² zu einer neuen Bekanntmachung des Gesetzbuchs geführt haben.¹³ Der Abstand im Vergleich zu seinem Vorgänger, dem Strafgesetzbuch von 1852/1886,¹⁴ ist beträchtlich. Das neue StGB ist deutlicher Ausdruck für die grundsätzliche dogmatische Erneuerung, die im weiten Vorfeld der Reform erarbeitet worden ist.¹⁵ Die Wende von 1982 und die Reform von 1995 haben auch eine umfangreiche Modernisierung des Rechtsfolgensystems zustande gebracht. Schließlich zeigt sich der Besondere Teil des StGB in grundsätzlich erneuerter Gestalt; davon betroffen ist auch die später hier noch näher zu betrachtende Regelung der Tötungsdelikte.¹⁶

II.1.1.1. Überblick über den systematischen Aufbau der Strafbarkeitsmerkmale

Die grundsätzliche dogmatische Erneuerung hat für das portugiesische Strafrecht in Begegnung und eingehender Auseinandersetzung mit der modernen deutschen Verbrechenslehre stattgefunden,¹⁷ und zwar in der Epoche, in der in Deutschland an die Stelle der bereits überwundenen Lehre des von *v. Liszt* und *Beling* begründeten klassischen Systems die im Zusammenhang mit der Philosophie des Neukantianismus stehende neoklassische Lehre der Richtung *Edmund Mezgers* getreten und

¹¹ Gesetzes-Dekret Nr. 400/82 vom 23.9.1982, in Kraft getreten am 1.1.1983. Das Gesetzbuch geht auf Strafgesetzentwürfe zurück, die *Eduardo Correia* 1963 (AT) und 1966 (BT) in amtlichem Auftrag erstellt hatte, war im späteren Stadium der Reform jedoch noch verschiedenen Abänderungen unterworfen.

¹² Gesetzes-Dekret Nr. 48/95 vom 15.3.1995, in Kraft getreten am 1.10.1995.

¹³ Letzte Abänderung durch Gesetz Nr. 65/98 vom 2.9.1998. Aktuelle Textausgabe: *An-tunes* (Hrsg.), Código Penal.

¹⁴ Vgl. zu diesem Gesetzbuch die seinen späteren Stand berücksichtigende deutsche Übersetzung von *Basedau*, Das Portugiesische Strafgesetzbuch vom 16. September 1886, mit Einleitung von *José Bezeza dos Santos*, Professor für Strafrecht an der Universität Coimbra.

¹⁵ Eingehend dazu *Hünerfeld*, Strafrechtsdogmatik, S. 131 ff. (portugiesische Wende zur modernen Lehre vom Verbrechen in der Entwicklung ab den 1930er Jahren).

¹⁶ Auf diesem Gebiet ist es nach den im Rahmen dieses Projekts durchgeführten Befragungen noch zu teilweisen Abänderungen gekommen (Gesetz Nr. 65/98 vom 2.9.1998).

¹⁷ Eingehend und näher dazu die in Fn. 15 genannte Untersuchung.

die Auseinandersetzung mit der durch *Welzel* begründeten Schule des Finalismus in vollem Gange war. In dieser großen geistigen Auseinandersetzung hat sich die erneuerte portugiesische Lehre grundsätzlich für die neoklassische Richtung entschieden. Charakteristisch dafür ist das weit über seine Zeit hinaus einflussreiche Lehrbuch, das *Eduardo Correia* in der ersten Hälfte der 1960er Jahre veröffentlicht hat,¹⁸ sowie der vom selben Autor im Jahr 1963 in amtlichem Auftrag gefertigte Strafgesetzentwurf (Allgemeiner Teil),¹⁹ dessen Gestaltung der allgemeinen, die Straftat betreffenden Regeln die im Jahr 1982 zustande gekommene Verabschiedung des neuen Strafgesetzbuchs²⁰ entscheidend geprägt hat und damit auch für das geltende Recht grundlegend geblieben ist.²¹ Dabei hat es in neuerer Zeit auch dogmatische Weiterentwicklungen gegeben, die im Zusammenhang mit dem selbstverständlich gebliebenen Austausch vor allem mit der deutschen Lehre stehen, wobei für die vorherrschende Lehre unter teleologischen und funktionalen Aspekten eine gewisse Annäherung an die Lehre *Roxins* erkennbar ist, von der sich die Lehre in Portugal in wichtigen eigenen Positionen allerdings auch unterscheidet.²²

Im Hinblick auf die Konsequenzen für den Aufbau der Strafbarkeitsmerkmale ergibt sich, dass sich die Lage in Portugal in grundsätzlicher Übereinstimmung mit den Kategorien der deutschen Lehre beschreiben lässt. Dabei sind jedoch zugleich die ihrem Stand entsprechenden Besonderheiten zu beachten. Geht man vom dreiteiligen Grundmodell des Verbrechens als tatbestandsmäßiger, rechtswidriger und schuldhafter Handlung aus, muss aus vorherrschender portugiesischer Sicht²³ zunächst hervorgehoben werden, dass es sich bei der Unterscheidung von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit nicht um eine Differenzierung von Wertungsstufen, sondern lediglich um eine darstellerische Trennung der positiven von den negativen Unrechtsvoraussetzungen handeln kann. Aus dem wertenden, auf den Rechtsgutsschutz bezogenen Unrechtsverständnis ergibt sich beim Stand der

¹⁸ *Direito Criminal*.

¹⁹ *Correia*, Código Penal – Projecto da Parte Geral.

²⁰ Dazu *Hünerfeld*, JZ 1983, 673.

²¹ Zur Bewährung des dogmatischen Stands der entsprechenden Regelungen *Figueiredo Dias*, ZStW 105 (1993), 93 ff. (im Vorfeld der großen Strafgesetzreform von 1995, die dementsprechend den dogmatischen Teil des Strafgesetzbuchs so gut wie unberührt gelassen hat). Die hervorgehobene Aktualität der Regelungen wird vom Autor mit den „Anforderungen jener dogmatischen Grammatik [...], die sich als Modell zu zeigen beginnt“ auch in einen internationalen Zusammenhang gestellt. Dazu ist weiterhin zu verweisen auf ein 1991 in Coimbra abgehaltenes internationales Symposium, dargestellt bei *Schünemann/Figueiredo Dias* (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts.

²² Vgl. zum aktualisierten Stand der portugiesischen Verbrechenslehre die eingehende Bestandsaufnahme von *Figueiredo Dias*, RPCC 1 (1991), 9–53, und RPCC 2 (1992), 7–44. Diese Untersuchung ist auch dem Folgenden über den Aufbau der Verbrechensmerkmale zugrunde gelegt.

²³ Dazu *Figueiredo Dias*, RPCC (1991), 40 ff. (grundsätzliche Stellungnahme zur Frage des dreigliedrigen oder zweigliedrigen Verbrechensbegriffs mit begründeter Befürwortung der im Text berücksichtigten Zweigliedrigkeit).

Entwicklung nicht nur die entsprechende Integration subjektiver Unrechts- bzw. Rechtfertigungselemente, sondern auch die Berücksichtigung des Vorsatzes als subjektives Tatbestandsmerkmal. Allerdings gehört es zu den Besonderheiten der tiefer greifenden Klärung der Standortfrage, dass der Vorsatz auch unter Schuldgesichtspunkten sein eigenes Gewicht behält (doppelte Bewertung).²⁴ Dem in seinem Gesamtgehalt zusammengefassten Unrechtstatbestand steht die eigene Wertungsstufe der Schuld gegenüber, deren Anforderungen unter Berücksichtigung eines materiellen Verständnisses²⁵ in einen Schuldtatbestand zusammengefasst sind. Die Zurechnungsfähigkeit bildet eine Schuldvoraussetzung.

In gewissen Fällen kann es so liegen, dass die Strafbarkeit auch noch von sonstigen Voraussetzungen abhängig ist, die außerhalb der aufgezeigten Grundkategorien des Verbrechensbegriffs liegen,²⁶ doch besteht hier kein Anlass, die Betrachtung auf etwaige derartige zusätzliche Anforderungen zu erstrecken.

II.1.1.2. Die Tötungstatbestände

Das portugiesische Strafrecht kennt eine Reihe unterschiedlicher Tötungstatbestände, die das StGB in seinem Kapitel über die „Straftaten gegen das Leben“ zusammenstellt.²⁷ Während die in den Art. 134 ff. noch getroffenen Regelungen²⁸ hier nicht weiter zu beachten sind,²⁹ ist näher auf die Art. 131–133 und die darin zum Ausdruck gelangende dreigliedrige Ordnung der Tötungsverbrechen einzugehen. Art. 131 enthält den Grundtatbestand der einfachen vorsätzlichen Tötung (*homicídio*), die mit Gefängnis von 8 bis 16 Jahren bedroht ist. Mit Gefängnis von 12 bis 25 Jahren ist die qualifizierte vorsätzliche Tötung des Art. 132 (*homicídio qualificado*) bedroht. Schließlich gibt es die dem Art. 133 entsprechende privile-

²⁴ Zur Standortfrage und zu der entsprechenden Wertung vgl. *Figueiredo Dias*, RPCC 1 (1991), 48 ff.

²⁵ Dazu *Figueiredo Dias*, RPCC 2 (1992), 11 ff.

²⁶ Zu dieser Materie der „pressupostos (adicionais) de punibilidade“ siehe *Figueiredo Dias*, RPCC 2 (1992), 30 ff.

²⁷ Es handelt sich um das 1. Kapitel des 1. Titels (Verbrechen gegen die Person) des Besonderen Teils, der im II. Buch des StGB festgelegt ist. Zu dem Kapitel gehören die in den Art. 131–139 getroffenen Regelungen, die mit Art. 138 die Gefährdung des Lebens einer anderen Person durch Aussetzung oder Im-Stich-Lassen (einschließlich etwaiger Erfolgsqualifikation im Hinblick auf schwere Körperverletzung) oder zurechenbare Verursachung des Todes) sowie mit Art. 139 die Strafbarkeit der Propaganda für den Selbstmord einbeziehen. Die Körperverletzung mit Todesfolge (Art. 145) gehört zu den Straftatbeständen des folgenden Kapitels über die Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit.

²⁸ Art. 134 betrifft die Tötung auf Verlangen, Art. 135 die Anstiftung oder Beihilfe zum Selbstmord (*incitamento ou agenda ao suicídio*), Art. 136 die Kindstötung und Art. 137 die fahrlässige Tötung. Zu den Art. 138 und 139 vgl. die vorausgehende Fn. 27.

²⁹ Dasselbe gilt für die Körperverletzung mit Todesfolge (dazu Fn. 27 am Ende) wie auch für andere, im Gesetz noch anzutreffende Qualifikationstatbestände, die sich als solche auf die Zurechnung einer Todesfolge beziehen.

gierte vorsätzliche Tötung (*homicídio privilegiado*), bei der die Strafanforderung auf 1 bis 5 Jahre Gefängnis herabgesetzt ist.

Die Lage bezüglich des Grundtatbestands der einfachen vorsätzlichen Tötung bedarf keiner weiteren Erklärung, es sei denn der Klarstellung, dass der hier vorausgesetzte Vorsatz in seinen drei gesetzlich festgelegten Erscheinungsformen,³⁰ also auch als bedingter Vorsatz, in Betracht kommt.³¹

Bei einem Blick auf den Tatbestand der qualifizierten vorsätzlichen Tötung ist hervorzuheben, dass einer Unterscheidung vom Grundtatbestand nicht eine Differenzierung von Unrechtstypen zugrunde liegt. Die Qualifikation erfolgt vielmehr auf der Ebene des Schuld tatbestands, und als weitere Besonderheit kommt hinzu, dass sich der Gesetzgeber dabei der Technik der Regelbeispiele bedient.³² Die Regelung bietet hiernach das folgende Bild: Art. 132 Ziff. 1 charakterisiert die Qualifikation als Begehung der Tötung „unter Umständen, die eine besondere Vorwerfbarkeit oder Perversität zum Ausdruck bringen“, während Ziff. 2 des Artikels in einer umfangreichen Auflistung Umstände benennt, die unter anderem dafür in Betracht kommen, die Qualifikation im Sinne der Ziff. 1 anzuzeigen (*revelar*). Es handelt sich dabei um unterschiedliche täter- und tatbezogene Umstände, die dem besonderen Gesinnungswert der Qualifikation Ausdruck geben, gewissermaßen also um eine Art „Leitbildtatbestand“.³³ Diesem muss jedoch im Einzelfall die

³⁰ Die in Art. 14 getroffenen Festlegungen finden sich in grundsätzlicher Übereinstimmung mit der begrifflichen Bestimmung in § 16 des deutschen E 1962 (Entwurf eines Strafgesetzbuchs – Bundestagsvorlage).

³¹ Vgl. dazu *Figueiredo Dias*, in: ders. (Hrsg.), *Comentário Conimbricense*, § 31 bei Art. 131. Vgl. ferner die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 12.12.1984 bei *Maia Gonçalves*, *Código Penal*, Ziff. 8 bei Art. 132.

³² Zum Verständnis der Qualifikation auf der Ebene des Schuld tatbestands und der in diesem Zusammenhang eingesetzten Technik der Regelbeispiele vgl. *Figueiredo Dias*, in: ders. (Hrsg.), *Comentário Conimbricense*, §§ 1 ff. bei Art. 132. Ob der Qualifikation unter Schuldgesichtspunkten in der Konsequenz auch eine entsprechende Unrechtssteigerung korrespondieren kann, hält der Autor für eine mögliche und offene Frage; entscheidend für das gekennzeichnete Verständnis der Qualifikation ist jedoch die Schuldsteigerung als Kriterium und Ausgangspunkt. *Serra*, *Homicídio qualificado*, hat demgegenüber ein abweichendes Verständnis dargelegt. Danach sind die Regelbeispiele teilweise dem Unrecht und teilweise allein der Schuld zugeordnet. Anstelle der Integration in den Schuld tatbestand entspricht die Abgrenzung des Art. 132 gegenüber der einfachen vorsätzlichen Tötung (Art. 131) mit dem Rückgriff auf die Regelbeispielstechnik der Lokalisierung auf der Ebene der Strafzumessung. In der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs ist die Ansicht gefestigt, dass es sich in den Fällen des Art. 132 um eine Qualifikation auf der Schuld ebene handelt und die in Art. 132 Ziff. 2 angeführten Beispiele demgemäß als Elemente der Schuld anzusehen sind, jedoch nicht automatisch zur Anwendung gelangen („*não são de funcionamento automático*“). Damit ist ausgedrückt, dass sie im konkreten Fall daraufhin zu überprüfen sind, ob sie die vom Gesetz verlangte „*especial censurabilidade ou perversidade do agente*“ (Art. 132 Ziff. 1) zum Ausdruck bringen. Diese Beurteilung ergibt sich aus einer der bei *Maia Gonçalves*, *Código Penal*, unter Ziff. 6 bei Art. 132 aufgelisteten Judikate.

³³ Vgl. dazu *Figueiredo Dias*, *Comentário Conimbricense*, § 2 bei Art. 132. Näher zum Rückgriff auf die Konzeption des „Leitbildtatbestands“, wenn auch im Rahmen eines nicht

Verwirklichung eines Regelbeispiels nicht notwendigerweise entsprechen. Auf der anderen Seite können ihm im Einzelfall auch außerhalb der genannten Beispiele liegende vergleichbare Umstände entsprechen und damit den Schluss auf die Qualifikation ergeben. Die Rechtsprechung liefert kaum ein Beispiel für eine derartige Erweiterung;³⁴ dagegen sind die Fälle nicht selten, in denen trotz der Verwirklichung eines Regelbeispiels nicht auf das Vorliegen des Qualifikationstatbestands geschlossen wird.³⁵ Auf die im Rahmen dieses Berichts als Qualifikation in Betracht kommenden Umstände ist bei den entsprechenden rechtlichen Vorgaben der Fallbeurteilungen einzugehen.

Auch der Privilegierungstatbestand des Art. 133³⁶ unterscheidet sich vom Grundtatbestand der einfachen vorsätzlichen Tötung auf der Ebene der Schuld, und zwar im Sinne einer deutlichen Milderung der Schuld, auf die deshalb zu schließen ist, weil der Täter durch eine verständliche heftige Gefühlsaufwallung, durch Mitleid, Verzweiflung oder einen anderen Beweggrund, dem gesellschaftlicher oder moralischer Wert zuzusprechen ist, zu der Tötung bestimmt worden ist. Infolge der Berücksichtigung des Affektzustands³⁷ ergibt sich ein Abgrenzungsproblem zu affektbedingten Fällen der Unzurechnungsfähigkeit. Die Möglichkeit einer derartigen

auf den Schuldtatbestand bezogenen Verständnisses des Art. 132, die oben (Fn. 32) berücksichtigte Untersuchung von *Serra*, Homicídio qualificado.

³⁴ In der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 16.11.1983, Nachweis bei *Maia Gonçalves*, Código Penal, Ziff. 6 (hier S. 457 unten) bei Art. 132, ist die einer Erweiterung entsprechende Gleichstellung der Tötung des Schwiegervaters durch den Schwiegersohn mit der in Art. 132 Ziff. 2 a erfassten Tötung des Aszendenten oder Deszendenten (erweitert durch den Fall der Verbindung von Täter und Opfer durch Adoption) abgelehnt unter Berufung darauf, der Gesetzgeber hätte bei einer beabsichtigten Erstreckung des Regelbeispiels auch auf die Ausgangskonstellation eine andere Formulierung gewählt. Fälle der Erweiterung sind unter entsprechenden Voraussetzungen an sich möglich, die praktische Bedeutung dieser Möglichkeit erscheint jedoch angesichts der vorgelagerten Frage der Interpretation der vielfältigen Regelbeispiele gering. Die voranstehende Beurteilung beruht auf einer Durchsicht der bei *Maia Gonçalves*, Código Penal, unter Ziff. 6 bei Art. 132 aufgelisteten Rechtsprechung. Es gibt andererseits – wie *Figueiredo Dias*, in: ders. (Hrsg.), Comentário Conimbricense, § 5 bei Art. 132 – kritisch und ablehnend vermerkt, einige (seltene) Judikate, die in Fällen von Tötungen, begangen von Polizeibeamten durch Gebrauch der Dienstwaffe, unmittelbar auf „especial censurabilidade on perversidade“ und damit auf eine Anwendung des Art. 132 erkannten, ohne zuvor die Messlatte der Regelbeispiele angelegt zu haben. In dieser Art der Anwendung des Art. 132 liegt jedoch, wie die ablehnende Kritik hervorhebt, ein Verstoß gegen den Legalitätsgrundsatz.

³⁵ Vgl. zu diesem Privilegierungstatbestand *Ferreira, A.*, Homicídio privilegiado, sowie *Serra*, in: Centro de Estudos Judiciários (Hrsg.), Jornadas de direito criminal, S. 158 ff. Kommentierungen finden sich in den angezeigten Veröffentlichungen von *Figueiredo Dias*, Comentário Conimbricense; *Maia Gonçalves*, Código Penal; sowie *Leal-Henriques/Sima Santos*, Código Penal II.

³⁶ Als Beispiel sei auf die Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs vom 7.5.1986 bei *Maia Gonçalves*, Código Penal, unter Ziff. 6 (hier S. 460) bei Art. 132, sowie vom 2.5.1992 bei *Leal Henriques/Simas Santos*, Código Penal I, bei Art. 72 (S. 580) hingewiesen.

³⁷ Dazu *Figueiredo Dias*, in: ders. (Hrsg.), Comentário Conimbricense, § 1 bei Art. 133.

Auswirkung von Tötungshandlungen im Affekt wird ausdrücklich in Rechnung gestellt,³⁸ doch liegt es in der Praxis offenbar so, dass die Regelung in Art. 133³⁹ in erheblichem Umfang die Beurteilung der Probleme auf sich lenkt.⁴⁰ Auf der anderen Seite ergibt sich, dass die Rechtsprechung⁴¹ Art. 133 deshalb zurückhaltend anwendet, weil ein der Vorschrift eigentlich nicht zugrunde liegender Proportionalitätsgedanke angenommen wird. Schließlich zeigt sich noch ein spezifisches Abgrenzungsproblem im Verhältnis zu dem noch zu berücksichtigenden besonderen Strafmilderungsgrund des Art. 72,⁴² bei dessen Lösung die Rechtsprechung zuweilen offenbar keinen großen Unterschied darin erkennt, ob der Grundtatbestand der einfachen vorsätzlichen Tötung in Verbindung mit dem genannten Strafmilderungsgrund oder Art. 133 zur Anwendung gelangt.⁴³

II.1.1.3. Straffreistellungen

Entsprechend der Unterscheidung von Unrecht und Schuld gibt es Straffreistellungen in der Differenzierung von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen.⁴⁴ In die Rubrik der Entschuldigungsgründe gehört auch der nicht vorwerfbare Irrtum über das Unrecht der Tat, während die als Tatbestandsirrtum in Betracht kommenden Straffreistellungen als Vorsatzverneinungen dem Unrechtstatbestand zugeordnet sind, in der Begründung jedoch teilweise aus Bewertungen unter Schuldgesichtspunkten hervorgehen. Die Zurechnungsfähigkeit ist Schuldvoraussetzung, sodass ihrem Fehlen die Verneinung der Möglichkeit entspricht, zu einer Bewer-

³⁸ Vgl. *Figueiredo Dias*, in: Associação Sindical dos Juizes Portugueses (Hrsg.), *Colecânea de Jurisprudência*, S. 53 f.

³⁹ Von Bedeutung ist ferner die Regelung in Art. 72 port. StGB. Dazu sogleich und später (unter Ziff. I.1.1.4.) im Text.

⁴⁰ Die Beobachtung deckt sich im Ergebnis mit der Beurteilung, dass Fälle des Handelns unter der Herrschaft einer heftigen Gefühlsaufwallung allgemein dahin entschieden werden, bei Aufrechterhaltung der Zurechnungsfähigkeit gegebenenfalls auf eine Milderung von Schuld und Strafe zu schließen, wenn es sich um eine begreifliche Aufwallung des Gefühls handelt. Vgl. *Pizarro de Almeida*, *Modelos de inimputabilidade*, S. 78.

⁴¹ Vgl. die Nachweise bei *Figueiredo Dias*, in: ders. (Hrsg.), *Comentário Conimbricense*, § 9 bei Art. 133.

⁴² Dazu *Figueiredo Dias*, in: ders. (Hrsg.), *Comentário Conimbricense*, § 4 bei Art. 133.

⁴³ Vgl. offenbar in diesem Sinne die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 27.6.1991, abgedruckt in *BMJ* 408, 274. In der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 5.2.1992, abgedruckt in *RPCC* 6 (1996), 113 ff., mit kritischer Anmerkung von *Cristina Libano Monteiro*, lag es so, dass – nach kaum nachvollziehbarer Ablehnung der Unzurechnungsfähigkeit – die Ablehnung des Art. 132 mit einer Anwendung des Art. 73 (a.F., im geltenden Recht Art. 72) verbunden wurde, ohne dass sich das Gericht mit der Frage der Anwendung des Art. 133 befasste, die jedoch – von der Frage der Unzurechnungsfähigkeit abgesehen – dem Fall entsprochen hätte (so zu Recht *Cristina Libano Monteiro* in der angeführten Urteilsanmerkung).

⁴⁴ Vgl. aus neuerer Zeit zum Thema auch *Cortes Rosa*, in: Schönemann/Figueiredo Dias (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*.

tung der Tat unter Schuldgesichtspunkten zu gelangen.⁴⁵ Außerhalb der genannten Kategorien unter gewissen Voraussetzungen noch in Betracht kommende Straffreistellungen brauchen im Hinblick auf die im Rahmen dieses Projekts anstehenden Beurteilungen nicht angesprochen zu werden.

Das Strafgesetzbuch stellt an die Spitze seiner Regelung über die Unrechtsausschließungsgründe den dafür maßgeblichen Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung,⁴⁶ sodass es sich bei den dann im StGB betrachteten Rechtfertigungsgründen nur um eine wegen ihrer Bedeutung hervorgehobene Auswahl handelt. Man trifft hier auf die Notwehr,⁴⁷ den rechtfertigenden Notstand,⁴⁸ die rechtfertigende Pflichtenkollision,⁴⁹ die Einwilligung⁵⁰ und die mutmaßliche Einwilligung.⁵¹ Im Bezugsrahmen der hier zu beurteilenden Varianten der Tötung des tyrannischen Ehemanns kann eine etwas nähere Erläuterung auf die Notwehr beschränkt werden.

Das Notwehrrecht ist seit Beginn der 1990er Jahre durch eingehendere wissenschaftliche Untersuchungen⁵² in Bewegung geraten, doch geht es hier zunächst um den Stand vorherrschender, überkommener Betrachtung,⁵³ der auch die Praxis – mit einem freilich nicht durchgängig einheitlichen Bild der Judikate⁵⁴ – verbunden ist.

Der Festlegung des Strafgesetzbuchs (Art. 32) ist zu entnehmen, dass die Notwehr als Rechtfertigung der Tat verstanden wird, die der Täter als notwendiges Mittel der Abwehr eines gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriffs auf sich selbst oder einen Dritten begangen hat. Die Regelung ist nicht von der Wahrung eines bestimmten Proportionalitätsverhältnisses der betroffenen Güter abhängig gemacht, doch wird dem Ausschluss der Notwehr in Fällen eines extremen Missverhältnisses durch Berufung auf den Rechtsmissbrauchsgedanken Rechnung getragen.⁵⁵ Hinzu

⁴⁵ Infolge der Unzurechnungsfähigkeit besteht ein „Hinderungsgrund“ für die Schuldfeststellung, vgl. *Figueiredo Dias*, ZStW 95 (1983), 248.

⁴⁶ Art. 31 Ziff. 1.

⁴⁷ Art. 32; die teilweise abweichende Regelung in Art. 337 port. Código Civil (vom 25.11.1966 mit späteren Änderungen) ist überholt; vgl. dazu *Cortes Rosa*, in: Schünemann/Figueiredo Dias (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts, S. 197 f., unter Berufung auf *Conceição Valdàgua*.

⁴⁸ Art. 34.

⁴⁹ Art. 36.

⁵⁰ Art. 38. Dazu *Costa Andrade*, in: Eser/Perron (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung III, S. 137.

⁵¹ Art. 39.

⁵² Vgl. vor allem die Untersuchungen von *Palma*, A justificação por legítima defesa, und *Taipa de Carvalho*, A legítima defesa. Dazu später im Text.

⁵³ Repräsentiert durch *Figueiredo Dias*, Legítima defesa, Spalte 1.004 ff.

⁵⁴ Vgl. dazu die Übersichten bei *Leal-Henriques/Simas Santos*, Código Penal, S. 339 ff. (zu Art. 32), sowie *Maia Gonçalves*, Código Penal, unter 3 bei Art. 32.

⁵⁵ Insoweit ergibt sich ein Rückgriff auf Art. 334 (*abuso de direito*) des portugiesischen Zivilgesetzbuchs, Código Civil, vom 25.11.1966 (mit späteren Abänderungen). In der ak-

kommen weitere Einschränkungen unter sozialetischen Gesichtspunkten (z.B. im Hinblick auf Angriffe eines Schuldunfähigen).⁵⁶ Stets ist im Übrigen zu beachten, dass nur der gegenwärtige Angriff als Voraussetzung einer gerechtfertigten Abwehr in Betracht kommt, die rechtmäßige Abwehrhandlung auf das bei größtmöglicher Schonung des Angreifers zur Abwehr Notwendige beschränkt ist⁵⁷ und schließlich die subjektiven Voraussetzungen der Rechtfertigung erfüllt sind, die nicht um die Kenntnis der Notwehrlage, sondern auch noch als wenigstens mitbestimmendes Motiv den erforderlichen *animus defendendi* verlangen.⁵⁸ Nach der in Art. 33 port. StGB getroffenen Regelung des Notwehrexzesses liegt es so, dass darunter ausschließlich der Exzess bezüglich der zur Anwendung gelangten Abwehrmittel verstanden wird. Das Gesetz stellt klar, dass die Tat unter der genannten Voraussetzung rechtswidrig bleibt; der Fall des Exzesses eröffnet jedoch die Möglichkeit einer besonderen Strafmilderung, und liegt es so, dass der Täter in nicht vorwerfbarer Weise durch Verwirrung, Furcht oder Schrecken zu dem Exzess gelangt ist, tritt Straflosigkeit ein.

Bei den eingangs angesprochenen neueren Untersuchungen handelt es sich um verschiedenartige, einschränkende Interpretationen der Notwehr. Die Arbeit von *Fernanda Palma*⁵⁹ verbindet unterschiedlich weitreichende Möglichkeiten der Rechtfertigung mit einer Unterscheidung von Kategorien betroffener Güter. Danach kann in keinem Fall eines bloßen Angriffs auf das Eigentum oder auch auf die körperliche Unversehrtheit bei geringerer Intensität eine Rechtfertigung der Tötung des Angreifers in Betracht kommen. Einen anderen Weg geht die Untersuchung von *Taipa de Carvalho*,⁶⁰ der die Möglichkeit der Notwehr unter dem Aspekt begrenzt, dass sie nur in Fällen eines vorsätzlichen und schuldhaften Angriffs in Betracht kommt, während die Abwehrinteressen in den übrigen Fällen – und auch in Konstellationen von Angriffen innerhalb einer gefestigten Lebensgemeinschaft – nur im eingeschränkten Rahmen eines defensiven Notstands gerechtfertigt werden können.

tualisierten Betrachtung beruft man sich auf die sozialetischen Begrenzungen des Notwehrrechts. Vgl. *Figueiredo Dias*, *Legítima defesa*, Spalte 1.012 f.

⁵⁶ Vgl. *Figueiredo Dias*, *Legítima defesa*, Spalte 1.012 f.

⁵⁷ Zum Aspekt der Notwendigkeit gehört auch die Abwesenheit der Möglichkeit, (prä-sente) öffentliche Hilfe (z.B. Eingreifen eines Polizeibeamten) in Anspruch zu nehmen (*impossibilidade de recorrer à força pública*): vgl. dazu etwa die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 6.5.1991 bei *Leal-Henriques/Simas Santos*, *Código Penal*, S. 341. Ausdrücklich berücksichtigt ist dieses Erfordernis in Art. 21 port. Verfassung (von 1976 mit späteren Abänderungen) in der dortigen Festlegung des Rechts, Angriffe mit Gewalt abzuwehren.

⁵⁸ Vgl. *Figueiredo Dias*, *Legítima defesa*, Spalte 1.006.

⁵⁹ *Legítima defesa*, *passim* und S. 441 ff. Kritisch dazu *Figueiredo Dias*, in: ders. (Hrsg.), *Comentário Conimbricense*, §§ 35 f. bei Art. 131, sowie eingehend *Taipa de Carvalho*, *Legítima defesa*, *passim* u. S. 425 ff.

⁶⁰ *Legítima defesa*.

Die Strafmündigkeit wird mit der Vollendung des 16. Lebensjahres erreicht.⁶¹ Jenseits dieser Altersgrenze ist für die Frage eines Ausschlusses der Zurechnungsfähigkeit (Schuldfähigkeit) die in Art. 20 port. StGB getroffene Regelung maßgeblich. Zwei Besonderheiten sind hervorzuheben: Die Kombination des erforderlichen biologischen und psychologischen Kriteriums ist so gestaltet, dass unter dem Gesichtspunkt des Krankheitsbefundes alles insoweit in Betracht kommende unter dem Begriff der psychischen Anomalie (*anomalia psiquica*) zusammengefasst ist. Es ist davon auszugehen, dass dieser Ansatz auch Fälle eines hochgradigen Affekts einzubeziehen gestattet,⁶² doch fehlt es – soweit ersichtlich – an Nachweisen entsprechender Fälle der Praxis, und es wurde schon oben darauf hingewiesen, dass möglicherweise im Hinblick auf die Regelung der privilegierten vorsätzlichen Tötung⁶³ eine hauptsächlich dorthin vorhandene Orientierung in Rechnung zu stellen ist.⁶⁴ Die zweite hervorzuhebende Besonderheit besteht darin, dass auch in Fällen erheblich verminderter Zurechnungsfähigkeit eine Erklärung des Betroffenen für unzurechnungsfähig in Betracht kommt, wobei nachgewiesenes Fehlen der Empfänglichkeit für Strafe als mögliches Indiz für eine entsprechende Erklärung hervorgehoben ist.⁶⁵ Die Praxis scheint sich jedoch dieser erweiterten Möglichkeit der Feststellung von Unzurechnungsfähigkeit zu verweigern und bleibt auf dem Weg der Verhängung einer Strafe, die aufgrund der Schuldmilderung entsprechend herabgesetzt ist.⁶⁶

Unter den Entschuldigungsgründen finden sich der schon herangezogene Notwehrexzess,⁶⁷ der entschuldigende Notstand⁶⁸ sowie eine besondere Regelung für Amtsträger im Zusammenhang mit einer Befolgung bestimmter rechtswidriger hoheitlicher Anweisungen.⁶⁹ Hinzuzurechnen ist schließlich die Verneinung von Schuld unter Irrtumsgesichtspunkten. Straffreiheit aufgrund von entschuldigendem

⁶¹ Art. 19 port. StGB. Für Täter der Altersgruppe von 16 bis unter 21 Jahren (*juvens adultos*) sind die Bestimmungen des Gesetzes-Dekrets Nr. 401/82 vom 23.9.1982 zu beachten.

⁶² Vgl. dazu oben Fn. 38.

⁶³ Zu benennen ist zugleich der besondere Strafmilderungsgrund des Art. 72 (Art. 73 i.d.F. des StGB bis zur Strafgesetzreform vom 15.3.1995, in Kraft getreten am 1.10.1995).

⁶⁴ Vgl. dazu den Text oben i.V.m. Fn. 40.

⁶⁵ Vgl. Art. 20 Ziff. 2 und 3 port. StGB. Diese Konzeption trägt der monistischen Gestaltung des entsprechenden portugiesischen Rechtsfolgensystems Rechnung, das die Kombination von Strafe und Sicherungsmaßregel gegenüber dem betroffenen Personenkreis ausschließt. Vgl. zu dieser Konzeption des Art. 20 Ziff. 2 *Figueiredo Dias*, in: Centro de Estudos Judiciais (Hrsg.), *Jornadas de Direito Criminal*, S. 76 f.

⁶⁶ Vgl. *Pizarro de Almeida*, *Modelos de inimputabilidade*, S. 143.

⁶⁷ Art. 33 port. StGB.

⁶⁸ Art. 35 port. StGB.

⁶⁹ Art. 37 port. StGB.

Notstand⁷⁰ ist an mehrere Voraussetzungen geknüpft. Es muss sich bei der als entschuldigt in Betracht kommenden rechtswidrigen Tat um die adäquate, auf andere Weise nicht mögliche Beseitigung einer gegenwärtigen Gefahr handeln, die das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Ehre oder die Freiheit des Täters oder eines Dritten bedroht. Weiterhin muss es nach den Umständen des Falls so liegen, dass vom Täter vernünftigerweise ein anderes Verhalten nicht zu verlangen war.

Es steht außer Frage, dass sich auch in Fällen vorsätzlicher Tötungen Konstellationen der Ausweglosigkeit ergeben können, die in Übereinstimmung mit Art. 35 port. StGB die Schuld des Täters ausschließen. Allerdings fehlt es – soweit ersichtlich – an näheren Erörterungen der Grenzfragen, und auch die veröffentlichte Rechtsprechung liefert keine Beispiele, die eine nähere Konturierung der Praxis gestatten würden.

Zu den Entschuldigungsgründen gehört der nicht vorwerfbare Irrtum über das Unrecht der Tat.⁷¹ Bei der entsprechenden Beurteilung nach Art. 17 Ziff. 1 port. StGB handelt es sich um eine Regelung auf der Schuldebene, die einen vorhandenen Tatbestandsvorsatz unberührt lässt. Für das Gesamtbild ist allerdings von großer Bedeutung, dass bereits auf der Ebene eines erheblich erweiterten Verständnisses des Tatbestandsirrtums Fälle der Vorsatzverneinung anzutreffen sind, die dem bestimmenden Einfluss des Schuldgedankens zuzuschreiben sind.⁷² Die entsprechende Regelung in Art. 16 port. StGB erfasst nicht nur den Irrtum über ein Merkmal des Tatbestands im engeren Sinn, sondern darüber hinaus bestimmte Fälle von Verbotsunkenntnis, den Irrtum über die sachlichen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes sowie den Irrtum bezüglich des Vorliegens einer Konstellation, bei der die Schuld des Täters ausgeschlossen wäre. Der Vorsatzverneinung in den genannten Fällen entspricht die verbleibende Möglichkeit einer Strafbarkeit unter dem Gesichtspunkt der Fahrlässigkeit, die allerdings auf das Vorhandensein eines entsprechenden Fahrlässigkeitstatbestands beschränkt ist.

II.1.1.4. Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe, Strafzumessung

Die den jeweiligen Straftatbeständen entsprechenden Strafordrohungen bezeichnen Strafraumen, während für die danach erforderliche Konkretisierung der im Einzelfall zu verhängenden Strafe auf die allgemeine gesetzliche Regelung der

⁷⁰ Dazu *Figueiredo Dias*, in: Centro de Estudos Judiciarios (Hrsg.), *Jornadas de Direito Criminal*, S. 74 f.

⁷¹ Grundlegend dazu *Figueiredo Dias*, *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*; vgl. ferner *ders.*, in: Eser/Perron (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, S. 201–215.

⁷² In den fraglichen Fällen handelt es sich um die gesetzliche Gleichstellung eines an sich lediglich die Beseitigung der Vorsatzschuld betreffenden Sachverhalts mit der Beseitigung des Tatbestandsvorsatzes. Vgl. dazu *Figueiredo Dias*, *RPCC* 2 (1992), 20 f. Kritisch jedoch *Cortes Rosa*, in: Schünemann/Figueiredo Dias (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*, S. 188 ff.

Strafzumessung⁷³ verwiesen wird. Es kann in bestimmten Fällen auch so liegen, dass die Voraussetzungen einer besonderen Strafmilderung zu beachten sind, als deren Folge von in Übereinstimmung mit den Regeln des Art. 73 port. StGB herabgesetzten Strafraumen auszugehen ist. Einen Anknüpfungspunkt dafür bilden nicht nur die in Art. 72 port. StGB festgelegten Gründe besonderer Strafmilderung, sondern auch an anderen Stellen entsprechend berücksichtigte Konstellationen, wie sie beispielsweise im Zusammenhang mit dem Irrtum über das Unrecht der Tat (fakultativer Strafmilderungsgrund)⁷⁴ oder hinsichtlich der Strafe in Versuchsfällen (zwingender Strafmilderungsgrund)⁷⁵ anzutreffen sind. Es gibt auch Fälle des Absehens von Strafe; nach der entsprechenden allgemeinen Regelung⁷⁶ freilich beschränkt auf den Bereich von Strafen bis zu 6 Monaten Gefängnis oder Geldstrafen bis zu 120 Tagen. Die allgemeinen Regeln der Strafzumessung kennen auch die Strafschärfung, die sich allerdings auf eine Rückfallsregelung beschränkt.⁷⁷ Besondere Regeln gelten der Bestrafung in Fällen der Mehrheit von Verbrechen⁷⁸ sowie im Hinblick auf die Konstellation der Fortsetzungstat,⁷⁹ und auch Anrechnungen haben in einer eigenen Rubrik ihre Regelung gefunden.⁸⁰

Es gibt natürlich Strafmilderung oder Strafschärfung schon auf der Ebene entsprechender tatbestandlicher Regelungen. In neuerer Zeit hat sich die Lage durch die Einführung der Technik der Regelbeispiele kompliziert. Betroffen davon ist auch die schon mitgeteilte Regelung der Tötungsdelikte, soweit es sich um die Abgrenzung der qualifizierten vorsätzlichen Tötung (Art. 132) von der einfachen vorsätzlichen Tötung (Art. 131) handelt. Man trifft zum Teil auf eine Interpretation des Art. 132 im Sinne einer (der Regelbeispielstechnik entnommenen) Strafzumessungsregelung.⁸¹ Vorherrschend ist jedoch die Auffassung, dass Art. 132 im Zusammenhang einer Qualifikation zu verstehen ist, die über den in Ziff. 1 der Vorschrift gekennzeichneten Schuldtatbestand zustande kommt. In diesem Qualifika-

⁷³ Art. 70 port. StGB betrifft das Kriterium der Auswahl der Strafarm, der nachfolgende Art. 71 bezieht sich auf die Kriterien der konkreten Bemessung der Strafe innerhalb des jeweiligen Strafraumens.

⁷⁴ Vgl. Art. 17 Ziff. 2 port. StGB: Im Fall der eine Entschuldigung ausschließenden Vorwerfbarkeit des Irrtums gelangt die Strafe für die entsprechende Vorsatztat zur Anwendung, die Strafe kann jedoch besonders gemildert werden.

⁷⁵ Vgl. den entsprechenden Hinweis auf die besondere Strafmilderung in Art. 23 Ziff. 2 port. StGB.

⁷⁶ Vgl. Art. 74 port. StGB. Auch an anderen Stellen getroffene Regelungen des Absehens von Strafe (*dispensa de pena*) liegen außerhalb der Reichweite dieses Projekts.

⁷⁷ Art. 75 f. port. StGB.

⁷⁸ Art. 77 f. port. StGB.

⁷⁹ Art. 79 port. StGB.

⁸⁰ Art. 80 ff. port. StGB.

⁸¹ In diesem Sinne das Verständnis der Regelbeispiele bei *Serra*, Homicidio qualificado; dagegen jedoch *Figueiredo Dias*, in: ders. (Hrsg.), *Comentário Conimbricense*, § 2 ff. bei Art. 132.

tionszusammenhang steht auch die Festlegung der der Vorschrift entsprechenden Strafandrohung.

Die allgemeinen Regeln der Strafzumessung werden mit Art. 70 eröffnet, einer Vorschrift, nach der bei alternativer Androhung einer freiheitsentziehenden und einer nicht freiheitsentziehenden Strafe der Letzteren immer dann der Vorzug einzuräumen ist, wenn auf diese Weise den Strafzwecken angemessen und ausreichend Rechnung getragen ist.

Erst durch die große Strafrechtsreform von 1995 ist mit entsprechenden Gestaltungen der Strafandrohungen im Besonderen Teil des StGB erweiterter Raum für Entscheidungen im Sinne des Art. 70 geschaffen worden. Von der Wahl der nicht freiheitsentziehenden Strafe sind verschiedene Ersatzstrafen zu unterscheiden, die bei Anwendung bestimmter kurzer Freiheitsstrafen in Betracht kommen; desgleichen die bedingte Aussetzung der Strafvollstreckung, die bei Gefängnis bis zur Höchstgrenze von 3 Jahren möglich ist. Die entsprechenden Regelungen hat das StGB in den Art. 50–57 getroffen.

Innerhalb der durch den jeweiligen Strafrahmen gezogenen Grenzen ist die Zumessung der konkret zur Anwendung gelangenden Strafe in Übereinstimmung mit den Kriterien des Art. 71 port. StGB vorzunehmen. Die portugiesische Strafrechtswissenschaft hat sich in neuerer Zeit mit besonderem Nachdruck der Strafzumessung als Rechtsanwendung angenommen⁸² und entsprechende rechtliche Kriterien einer Strafzumessungslehre entwickelt. Im Zusammenhang mit Art. 71 zeigt sich das folgende Bild:

Leitprinzip der Vorschrift ist die Bemessung der Strafe in Abhängigkeit von der Schuld des Täters und den Erfordernissen der Verbrechensverhütung (Art. 71 Ziff. 1). Dem verbreiteten Verständnis der Rolle der Schuld entspricht eine darauf bezogene Spielraumtheorie mit einer Schuldober- und Schulduntergrenze und der Verwirklichung der präventiven Zielsetzungen in den Schranken dieses Rahmens.⁸³ Neuerdings⁸⁴ wird demgegenüber der Ausgang bei den konkreten Anforderungen des Rechtsgüterschutzes genommen, die in Übereinstimmung mit dem Konzept der positiven Generalprävention – nunmehr an dieser Stelle unter Berücksichtigung eines Spielraums – festzulegen sind, während die Schuld als unübersteigbare Grenze gegenüber generalpräventiven und spezialpräventiven Zwecksetzungen fungiert. Das Verständnis der Schuld trägt dem Gedanken einer Persönlichkeitsschuld Rech-

⁸² Hervorzuheben sind das Lehrbuch *Figueiredo Dias*, *Direito penal português*, sowie die Monografie von *Miranda Rodrigues*, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*.

⁸³ So schon *Correia*, *Direito Criminal*, Bd. 2, S. 318. Nachweise zu dieser in Portugal vorherrschenden Auffassung bei *Figueiredo Dias*, *Direito penal português*, S. 224 (Fn. 29), sowie ebda., S. 225 ff., die vom Autor dagegen vorgebrachte Kritik.

⁸⁴ Vgl. die Entwicklung des nachstehend im Text zum Ausdruck gebrachten Konzepts durch *Figueiredo Dias*, *Direito penal português*, S. 227 ff.

nung, die in den Grenzen ihrer Manifestation durch die Tat zu berücksichtigen ist und als materielle Schuld die Stufungen gestattet, die ihre Verwendung als Faktor für die Zumessung der Strafe voraussetzt. Der Grundsatz des Schuldmaßes als Obergrenze einer möglichen Strafe entspricht einer ausdrücklichen Regelung in Art. 40 Ziff. 2 port. StGB.

Art. 71 Ziff. 2 stellt der Hervorhebung der insbesondere in Betracht zu ziehenden Faktoren das Verbot der Doppelverwertung voran (Ausschluss von Umständen, die bereits zum gesetzlichen Tatbestand des zur Anwendung gelangenden Verbrechens gehören). Als in Rechnung zu stellen finden sich Stufungen des Unrechts und Unterscheidungen im Hinblick auf die Stärke von Vorsatz oder Fahrlässigkeit, die Motive der Tat und die bei der Tatbegehung zum Ausdruck gebrachten Gefühle, die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters, sein Verhalten vor und nach der Tat – in letzter Hinsicht unter besonderer Berücksichtigung des Aspekts der Wiedergutmachung – und schließlich der Gesichtspunkt einer durch die Tat zum Ausdruck gebrachten mangelnden Vorbereitung des Täters auf die Wahrung einer gesetzmäßigen Führung, soweit ein derartiger Mangel im Wege der Anwendung der Strafe vorzuwerfen ist.

In den Fällen der besonderen Strafmilderung, auf deren Voraussetzungen nach der Regelung in Art. 72 port. StGB⁸⁵ sogleich noch einzugehen sein wird, ergeben sich die Konsequenzen aus Art. 73 port. StGB. Die der Vorschrift entsprechenden Verschiebungen des Strafrahmens verdeutlicht das folgende Schaubild:

	Regelstrafrahmen	Gemilderter Strafrahmen
Obergrenze	Gefängnis	Reduktion um ein Drittel
	Geldstrafe	Reduktion um ein Drittel
Untergrenze	Gefängnis über 3 Jahre	Reduktion auf ein Fünftel
	Gefängnis bis zu 3 Jahren	Reduktion auf einen Monat (Untergrenze der Strafart)
	Geldstrafe	Reduktion auf 10 Tage (Untergrenze der Strafart)

Die Voraussetzungen der besonderen Strafmilderung ergeben im Regelungs-zusammenhang des Art. 72 port. StGB das folgende Bild: Nach Ziff. 1 der Vorschrift bezieht sich die besondere Strafmilderung auf vor, bei oder nach der Tatbegehung vorhandene Umstände, die das Unrecht der Tat, die Schuld des Täters oder die Notwendigkeit der Strafe deutlich (*por forma acentuada*) herabsetzen. Die

⁸⁵ In den übrigen Fällen ergeben sich die Voraussetzungen aus dem Regelungs-zusammenhang der einzelnen Vorschriften, die eine besondere Strafmilderung vorsehen.

folgende Ziff. 2 benennt danach zu betrachtende Umstände, die jedoch keinen abschließenden Katalog bilden, sodass entsprechende weitere Umstände allein oder in Verbindung mit anderen nur einmal veranschlagt werden.

Der in Art. 72 Ziff. 2 anzutreffende Katalog besonderer Umstände bezieht sich auf Konstellationen der Tatbegehung unter dem Einfluss schwerer Bedrohung oder in einem bestimmten Abhängigkeitsverhältnis, auf die Fälle des Bestimmtwordenseins durch ein ehrenwertes Motiv, inständiges Ansuchen oder Verführung durch das Opfer selbst, durch ungerechte Provokation⁸⁶ oder unverdiente Verletzung. Gesichtspunkten des Nachtatverhaltens durch die Kriterien der aufrichtigen Reue und speziell der Schadenswiedergutmachung (soweit dem Täter möglich) sowie auch der guten Führung (hier im Zusammenhang mit einer zeitlich schon weit zurückliegenden Tatbegehung) ist hingegen eigens Rechnung getragen. Es ist nochmals der lediglich beispielhafte Charakter der hier katalogisierten Umstände hervorzuheben. Die als Rechtsanwendung verstandene Strafzumessung verlangt auch unter dem Aspekt der besonderen Strafmilderung die dem Grundgedanken des Art. 72 Ziff. 1 entsprechende umfassende Würdigung der im Einzelfall in Betracht kommenden Umstände.⁸⁷

Zum Gesamtbild des Rechtsfolgensystems gehören auch die Nebenfolgen sowie der Sonderbereich der „relativ unbestimmten Strafe“ und die Anwendung von Sicherungsmaßnahmen.

Die unter der Rubrik „Nebenstrafen und Auswirkungen der Strafe“⁸⁸ getroffenen Regelungen sind im Rahmen dieser Untersuchung ohne Belang. Eigenständig geregelt sind Einziehung und Verfall. Die Einziehung des Tatwerkzeugs ist Art. 109 port. StGB zu entnehmen.⁸⁹

Die Einrichtung der „relativ unbestimmten Strafe“⁹⁰ ist bestimmten Tätergruppen (Hangtäter, Alkoholiker und Gleichgestellte)⁹¹ zugeordnet und liegt damit wiederum außerhalb des hier relevanten Rechtsfolgenbereichs.

⁸⁶ Die Rechtsprechung verlangt hier die Auslösung der Tat durch eine heftige Emotion, zugleich aber eine Beurteilung, die der Perspektive eines durchschnittlichen Empfindens standhält und auch einem herangezogenen Proportionalitätskriterium Rechnung trägt. Vgl. zur Rechtsprechung *Leal-Henriques/Simas Santos*, Código Penal, S. 579 ff. (Rechtsprechungsnachweise zu Art. 72).

⁸⁷ Art. 65–69 port. StGB.

⁸⁸ Auf Unklarheiten der Rechtsprechung bezüglich der Abgrenzung zu Fällen des Art. 133 (privilegierte vorsätzliche Tötung) ist oben schon bei der Behandlung der Tötungstatbestände hingewiesen worden.

⁸⁹ Es handelt sich dabei weder um eine Nebenstrafe noch um eine „Auswirkung der Strafe“ (*efeito da pena*), sondern um eine ausschließlich auf die Verhütung künftiger Straftaten bezogene Rechtsfolge. Dazu – auch im Vergleich zum abweichenden Konzept des vorherigen portugiesischen StGB – *Figueiredo Dias*, Direito penal português, S. 615 ff.

⁹⁰ Die Einrichtung der „relativ unbestimmten Strafe“ steht im Zusammenhang mit grundsätzlichen Überlegungen der Fundierung eines einspurigen Rechtsfolgensystems

Als Sicherungsmaßregeln gibt es die Unterbringung Unzurechnungsfähiger⁹² sowie verschiedene, hier aber nicht relevante Maßregeln ohne Freiheitsentzug. Die Unterbringung Unzurechnungsfähiger setzt zunächst eine in Übereinstimmung mit Art. 20 getroffene Entscheidung voraus und zeigt im Weiteren die folgende Regelung: Es muss so liegen, dass aufgrund der jeweiligen psychischen Anomalie und der Schwere der begangenen Tat die begründete Gefahr der Begehung neuer Taten derselben Art besteht.⁹³ Handelt es sich bei der Tat des Unzurechnungsfähigen um ein Verbrechen gegen die Person oder um ein gemeingefährliches Verbrechen mit jeweiligen Strafandrohungen von über 5 Jahren Gefängnis, ist für die Unterbringung eine Mindestdauer von 3 Jahren vorgeschrieben, doch bleibt die Entlassung zu einem früheren Zeitpunkt gleichwohl möglich, soweit sie mit der Verteidigung der Rechtsordnung und des sozialen Friedens vereinbar ist.⁹⁴ Im Übrigen gilt die Grundregel,⁹⁵ dass die Unterbringung mit der gerichtlichen Feststellung der Beendigung des zugrunde liegenden Zustands der Gefahr endet, wobei außerdem eine jeweilige zeitliche Höchstdauer zu beachten ist, die unter bestimmten Voraussetzungen allerdings nicht als absolute Grenze für die mögliche Dauer einer Unterbringung gesetzt ist. Die genannte Höchstdauer entspricht der oberen Grenze des Strafrahmens der von dem Unzurechnungsfähigen begangenen Straftat. Handelt es sich um eine Tat mit einer Höchststrafe von über 8 Jahren Gefängnis, liegt es jedoch so, dass periodische Verlängerungen um jeweils 2 Jahre möglich sind, solange der Zustand der Gefahr andauert. Die Voraussetzung der Verlängerung ist ein-

(Monismus) gegenüber bestimmten gefährlichen Straftätern, das im Zuge der durch die große Reform von 1936 (*Reforma Prisional*) von José Beleza dos Santos im Sinne eines „praktischen Monismus“ auf den Weg gebracht, durch die Lehre und den Strafgesetzentwurf (Allgemeiner Teil, 1963) von Eduardo Correia auf der Grundlage und in den Grenzen der „Tatschuld wegen mangelhafter Einstellung der Persönlichkeit auf die Gebote der Strafrechtsordnung“ als „relativ unbestimmte Strafe“ schuldstrafrechtlich umgestaltet worden ist. Vgl. dazu Hünerfeld, Die Entwicklung der Kriminalpolitik in Portugal, S. 215 ff. (zu Beleza dos Santos), S. 235 ff. (zu Eduardo Correia) und S. 253 ff. (zum Strafgesetzentwurf Eduardo Correias). Die Auseinandersetzung mit der in das neue StGB übernommenen „relativ unbestimmten Strafe“ hat inzwischen zu teilweise abweichenden Interpretationen geführt. Zwar wird nicht daran gezweifelt, dass unter Schuldaspekten (Persönlichkeitsschuld) auch eine die Gefährlichkeit des Täters in Rechnung stellende Strafschärfung grundsätzlich möglich ist. Für den Anwendungsfall der „relativ unbestimmten Strafe“ wird jedoch lediglich die Untergrenze der Verurteilung schuldstrafrechtlich legitimiert, während die darüber hinausgehende Reichweite der Strafe infolge ihrer ausschließlichen Abhängigkeit von Präventionsgesichtspunkten in der Sache als eine Rechtsfolge mit Maßregelcharakter eingestuft wird, sodass die befürwortete Beibehaltung der „relativ unbestimmten Strafe“ zu ihrer Beurteilung als eine „gemischte Rechtsfolge“ bzw. in die Argumentation der Befürwortung eines „praktischen Monismus“ zurückführt. Vgl. in diesem Sinne und näher Figueiredo Dias, Direito penal português, S. 555, 558 ff.

⁹¹ Vgl. dazu die Art. 83 ff. port. StGB.

⁹² Art. 91 ff. port. StGB.

⁹³ Art. 91 Ziff. 1 port. StGB.

⁹⁴ Art. 91 Ziff. 2 port. StGB.

⁹⁵ Art. 92 port. StGB.

engend an das Vorhandensein einer Gefahr gebunden, die sich so schwer zeigt, dass von einer Entlassung abzuraten ist.

II.1.2. Wesenszüge des Strafverfahrensrechts

Grundlage des portugiesischen Strafverfahrens ist die portugiesische StPO (*Código de Processo Penal*) vom 17.2.1987⁹⁶ (in Kraft getreten am 1.1.1988) mit nachfolgenden teilweisen Abänderungen, wobei die umfangreichere Reform durch Gesetz Nr. 65/98 vom 2.9.1998⁹⁷ schon in die Zeit nach den im Zusammenhang mit diesem Projekt geführten Interviews fällt.

II.1.2.1. Generelle Charakterisierung der Verfahrensstrukturen

Die Struktur des portugiesischen Strafprozesses⁹⁸ ist gekennzeichnet durch die Verbindung des Akkusationsprinzips mit dem Grundsatz der Amtsermittlung durch den Richter. Die Verbindung ist so zu verstehen, dass der akkusatorischen Komponente die mit der Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes in größtmöglichem Umfang vereinbare Ausrichtung des Verfahrens zugewiesen ist.⁹⁹

Aus dem Akkusationsprinzip folgt die von ihm geforderte Rollenverteilung unter voneinander unabhängigen Justizbehörden, die bei strenger Trennung durchgeführt ist. Im selben Prinzip ist die Subjektstellung der Prozessbeteiligten mit der Zuweisung der entsprechenden Rechte begründet. Die rechtsstaatliche Ausgestaltung des Prozesses bietet hiernach für den Beschuldigten die Garantien seiner Verteidigung¹⁰⁰ und – darin zugleich enthalten – das Recht der aktiven Mitwirkung am Verfahren.¹⁰¹ Die Staatsanwaltschaft ist Organ der Strafverfolgung.¹⁰² Durch die

⁹⁶ Gesetzesdekret Nr. 78/87 vom 17.2.1987.

⁹⁷ Vgl. dazu *Pinto de Albuquerque*, in: Becker/Kinzig (Hrsg.), Rechtsmittel im Strafrecht, S. 366 ff. Aktuelle Textausgabe der StPO *Antunes* (Hrsg.), *Código de Processo Penal*.

⁹⁸ Eingehend und grundsätzlich dazu *Figueiredo Dias*, ZStW 104 (1992), 448–471. Über die Strafprozessreform vom 2.9.1998 unterrichtet *Lopes da Mota*, RPCC 8 (1998), 163–198. Zur Beibehaltung der grundsätzlichen Strukturprinzipien auch nach der Reform vgl. *Figueiredo Dias*, RPCC 8 (1998), 199–213.

⁹⁹ So auch die Anweisung durch das die neue Strafprozessordnung betreffende Ermächtigungsgesetz, Gesetz Nr. 43/86 vom 26.9.1986. Vgl. dazu, auch im Zusammenhang mit der Gewährleistung der akkusatorischen Struktur des Strafprozesses durch Art. 32 Ziff. 5 der portugiesischen Verfassung, *Figueiredo Dias*, ZStW 104 (1992), 451.

¹⁰⁰ Die Gewährung „aller Garantien der Verteidigung“ gehört zu den Garantien der Verfassung – Art. 32 Ziff. 1 der port. Verfassung vom 2.4.1976 (mit späteren Abänderungen). Vgl. dazu *Gomes Canotilho/Moreira*, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Ziff. B II bei Art. 32. Zur Stellung des Beschuldigten näher *Figueiredo Dias*, ZStW 104 (1992), 461 ff.

¹⁰¹ Im Hinblick auf deren Bedeutung wird dem Amtsermittlungsgrundsatz, der freilich als solcher unverzichtbar ist, lediglich ein subsidiärer Charakter zugemessen. In diesem Sinne *Figueiredo Dias*, ZStW 104 (1992), 469 f.

Gewährleistung eines autonomen Statuts¹⁰³ sowie durch ihre Verpflichtung auf Wahrheit und Gerechtigkeit¹⁰⁴ ist sie jedoch in eine objektive Position versetzt, die sie grundsätzlich von der Rolle einer bloßen „Partei“ unterscheidet. Dem zur Entscheidung berufenen Richter ist die Letztverantwortlichkeit für die gerechte Aburteilung der Sache aufgebürdet, und in diesem Zusammenhang steht auch die Befugnis zu amtlichen Ermittlungen, der nach den Bedingungen des jeweiligen Verfahrens die Pflicht zur Anordnung entsprechender Maßnahmen entspricht.¹⁰⁵ Dem Verletzten sind wichtige Rechte eingeräumt, die er im Rahmen einer Zulassung als Nebenbeteiligter (*assistente*) wahrnimmt.¹⁰⁶ Schließlich gibt es auch, und zwar als Regel,¹⁰⁷ die Adhäsion des Antrags auf Schadensersatz aus dem Verbrechen im Strafprozess; der spezifisch strafrechtliche Charakter des Schadensersatzes im früheren Recht ist jedoch im Zusammenhang mit Art. 128 des neuen port. StGB beseitigt worden.¹⁰⁸

II.1.2.2. Zuständige Spruchkörper und einschlägige Verfahrensarten

Die erstinstanzliche Aburteilung von Straftaten ist auf den Einzelrichter (*tribunal singular*), das Kollektivgericht (*tribunal colectivo*) und das Geschworenengericht (*tribunal do júri*) verteilt.¹⁰⁹

Die Zuständigkeit des Einzelrichters¹¹⁰ ergibt sich teils aus der Unzuständigkeit der anderen Gerichte, teils aus bestimmten positiven Zuweisungen. Dabei handelt es sich einerseits um bestimmte Straftatbestände sowie andererseits um Zuweisungen, die sich auf Straftaten mit einer maximalen Strafandrohung von bis zu 5 Jah-

¹⁰² Vgl. dazu die Art. 48 ff. port. StGB.

¹⁰³ Dazu bereits Art. 221 der port. Verfassung sowie das Organgesetz der Staatsanwaltschaft, Gesetz Nr. 47/86 vom 15.10.1986 mit späteren Abänderungen (darunter Gesetz Nr. 23/92 vom 20.8.1992 – Autonomie der Staatsanwaltschaft). Text in *Pedrosa Machado/Moraes Rocha* (Hrsg.), *Organização judiciária* 1994 mit Nachtrag 1996.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 53 Ziff. 1 port. StPO. Zur Stellung der Staatsanwaltschaft vgl. *Figueiredo Dias*, ZStW 104 (1992), 459 ff.

¹⁰⁵ Vgl. die für die Hauptverhandlung grundlegende Regelung in Art. 340 port. StPO. Zu entsprechender Subsidiarität amtlicher Ermittlungen vgl. oben Fn. 103.

¹⁰⁶ Zur Figur des als „assistente“ Nebenbeteiligten Art. 68 ff. port. StPO sowie *Figueiredo Dias*, ZStW 104 (1992), 464 f.

¹⁰⁷ Vgl. dazu und zu den Ausnahmen die Art. 71 f. port. StPO.

¹⁰⁸ Dazu *Figueiredo Dias*, ZStW 104 (1992), 466 f.

¹⁰⁹ Sonderregelungen der Zuständigkeit wie bezüglich der des Obersten Gerichtshofs für in Ausübung ihres Amtes begangene Straftaten des Präsidenten der Republik, des Präsidenten der Nationalversammlung und des Premierministers (Art. 11 Ziff. 2 a port. StPO) und für Straftaten von Richtern des Obersten Gerichtshofs bzw. der Distriktsgerichte und dort tätigen Staatsanwälten (Art. 11 Ziff. 3 a) sowie bezüglich der Distriktsgerichte für die Aburteilung von sonstigen Richtern und Staatsanwälten (Art. 12 Ziff. 2 a port. StPO) bleiben hier außer Betracht.

¹¹⁰ Vgl. Art. 16 port. StPO.

ren Gefängnis sowie auch auf Straftaten mit einer weiter reichenden Strafandrohung beziehen, wenn im konkreten Fall eine Bestrafung mit mehr als 5 Jahren Gefängnis nicht in Betracht kommt.

Die Zuständigkeit des aus drei Berufsrichtern zusammengesetzten Kollektivgerichts¹¹¹ folgt einer Regelung,¹¹² die unter Vorbehalt der Zuständigkeit des Geschworenengerichts teils auf bestimmte, ausdrücklich genannte Straftatbestände und teils auf die Straftaten bezogen ist, bei denen das Maximum des Strafrahmens bei über 5 Jahren Gefängnis liegt. Unter die ausdrücklich genannten Straftatbestände fällt die privilegierte vorsätzliche Tötung (Art. 133 port. StGB) sowie auch die einfache Körperverletzung mit Todesfolge (Art. 145 Ziff. 1 a port. StGB) – Straftatbestände, bei denen das Maximum des Strafrahmens 5 Jahre Gefängnis nicht übersteigt. Entscheidend ist hier die tatbestandliche Erfassung von Tötungen – entweder unter dem Gesichtspunkt des Vorsatzes oder einer entsprechenden Erfolgsqualifikation. Die Zuständigkeit des Kollektivgerichts in Fällen der einfachen vorsätzlichen Tötung (Art. 131 port. StGB) und der qualifizierten vorsätzlichen Tötung (Art. 132 port. StGB) ergibt sich aus den über das Maximum von 5 Jahren Gefängnis hinausgehenden Strafrahmen dieser Straftatbestände, steht jedoch unter dem Vorbehalt der Zuständigkeit des Geschworenengerichts.

Für die Zuständigkeit des Geschworenengerichts,¹¹³ das sich aus den 3 Berufsrichtern des Kollektivgerichts und 4 mit gleichrangiger richterlicher Gewalt ausgestatteten Geschworenen (daher eigentlich Schöffen) zusammensetzt,¹¹⁴ gibt es gesetzliche Zuweisungen bezüglich bestimmter Straftatbestände sowie im Hinblick auf die Straftaten, bei denen das Maximum der Strafandrohung über 8 Jahre Gefängnis hinausreicht; die Kompetenz des Geschworenengerichts ist jedoch zusätzlich und stets von einem Antrag auf entsprechende Aburteilung abhängig. Der Antrag kann vom Angeschuldigten, von der Staatsanwaltschaft oder auch von dem als „assistente“ Nebenbeteiligten gestellt werden. In der Praxis kommt es nur selten zu solchen Anträgen,¹¹⁵ sodass man es bezüglich der im Rahmen dieses Projekts rele-

¹¹¹ Die Besetzung des Kollektivgerichts (*Tribunal Colectivo*) mit drei Richtern (Berufsrichtern) ergibt sich aus Art. 50 des port. GVG (*Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais* = Gesetz Nr. 38/87 vom 23.12.1987 mit späteren Abänderungen).

¹¹² Art. 14 port. StPO.

¹¹³ Art. 13 port. StPO.

¹¹⁴ Nach Art. 1 Ziff. 1 des Gesetzesdekrets Nr. 387-A/87 vom 29.12.1987 (*Regime do Júri*) besteht das Geschworenengericht aus den drei Richtern des Kollektivgerichts sowie vier Geschworenen als „jurados efectivos“ und vier weiteren Geschworenen als „suplentes“ (Ergänzungsrichter). Die Geschworenen entscheiden allein nach Gesetz und Recht, und zwar sowohl über die Schuldfrage als auch über die Festlegung der Sanktion (vgl. Art. 14 Ziff. 1 sowie Art. 2 Ziff. 3 des Gesetzesdekrets Nr. 387-A/87).

¹¹⁵ Nach Angaben von *Lopes da Mota* in seinem Rechenschaftsbericht für die Staatsanwaltschaft, veröffentlicht in RPCC 3 (1993), 585, 594 f., standen 1992 im allgemeinen Strafverfahren 8 Fälle des Antrags auf Entscheidung durch das Geschworenengericht 12.661 Verfahren vor dem Kollektivgericht und 73.163 Verfahren vor dem Einzelrichter gegenüber. In dem entsprechenden Bericht für 1996 von *Silva Miguel*, RPCC 7 (1997),

vanten Fälle vorsätzlicher Tötung im Regelfall nicht mit einem Verfahren vor dem Geschworenengericht, sondern mit einer Aburteilung durch das Kollektivgericht zu tun haben dürfte.

Über den erstinstanzlichen Gerichten stehen die höherrangigen Distriktsgerichte (*Tribunais da Relação*)¹¹⁶ und der Oberste Gerichtshof.¹¹⁷ Für das Verständnis der Bedeutung des sogleich zu erläuternden Instanzenzuges ist zunächst eine Klärung der unterschiedlichen Spruchgewalt der Distriktsgerichte und des Obersten Gerichtshofs erforderlich. Die Distriktsgerichte erkennen „de facto e de direito“;¹¹⁸ die Spruchgewalt des Obersten Gerichtshofs ist auf Erkenntnisse „de direito“¹¹⁹ beschränkt.

Die Strafprozessordnung versieht die Beschränkung der Spruchgewalt auf die Rechtsmaterie allerdings mit dem Zusatz „unbeschadet der Regelung in Art. 410 Ziff. 2 und 3“. Die Ziff. 2 der Vorschrift entspricht dem zur Geltung gebrachten Konzept einer „erweiterten Revision“, wobei es im Hinblick auf die angefochtene Entscheidung – allein aus dem Text heraus oder in Verbindung mit der Lebenserfahrung – um die folgenden Mängel geht:

- a) Unzulänglichkeit bezüglich der Entscheidung der bewiesenen Tatmaterie;
- b) unheilbare Widersprüchlichkeit der Begründung oder zwischen dieser und der Entscheidung;
- c) offensichtlicher Irrtum in der Beweiswürdigung.

Durch den Hinweis auf Art. 410 Ziff. 3 ist klargestellt, dass sich die Anfechtung auch auf die Geltendmachung noch nicht als geheilt anzusehender Nichtigkeitsgründe¹²⁰ erstrecken kann.

515, 523, werden 20 Anträge der Aburteilung durch das Geschworenengericht benannt. Sonstige Zahlen sind zu derartigen Anträgen nicht verfügbar.

¹¹⁶ Bezeichnung der Justizgerichte (*Tribunais Judiciais*) der zweiten Instanz nach Art. 12 Ziff. 2 port. VVG. Es gibt vier Distriktsgerichte, nämlich in Lissabon, Porto, Coimbra und Evora.

¹¹⁷ *Supremo Tribunal de Justiça*, vgl. Art. 212 der port. Verfassung sowie Art. 21 ff. port. VVG. Sitz des Gerichts ist Lissabon. Der Oberste Gerichtshof ist auch zuständig für die Entscheidung in den Fällen von außerordentlichen Rechtsmitteln (zur Festlegung von Rechtsprechung – *fixação de jurisprudência*, Art. 437 ff. port. StPO; Wiederaufnahme des Verfahrens – *revisão*, Art. 449 ff. port. StPO), die hier nicht näher zu betrachten sind.

¹¹⁸ Siehe Art. 428 port. StPO.

¹¹⁹ Vgl. Art. 434 port. StPO.

¹²⁰ Das portugiesische Strafverfahren unterscheidet heilbare und nicht heilbare Nichtigkeitsgründe. Während diese (Art. 199 port. StPO und gegebenenfalls an anderen Stellen des Gesetzes) stets von Amts wegen zu berücksichtigen sind, liegt es bei den heilbaren Nichtigkeitsgründen (Art. 120 und an anderen Stellen des Gesetzes) so, dass sie rechtzeitig (sogleich bzw. vor Abschluss der betroffenen Prozesshandlung oder, in bestimmten Fällen, bezogen auf festgelegte Fristen oder bestimmte Stadien des Verfahrensablaufs) gerügt werden müssen und unter bestimmten Voraussetzungen (Art. 121) als geheilt und damit un-

Auch bei den Distriktsgerichten gibt es in Abwesenheit der Voraussetzungen für eine Erkenntnis „de facto e de direito“ Rechtsmittelverfahren, deren Entscheidung entsprechend der gekennzeichneten Lage beim Obersten Gerichtshof auf die Rechtsmaterie¹²¹ beschränkt ist. Die Voraussetzungen der einer Entscheidung „de facto e de direito“ entsprechenden Spruchgewalt der Distriktsgerichte sind seit der Strafprozessreform von 1998, die eine Erweiterung gebracht hat, Art. 431 n.F. der port. StPO zu entnehmen. Drei Konstellationen sind benannt:

- a) Vorhandensein sämtlicher Beweise, auf denen die angefochtene Entscheidung gründet, in den Verfahrensakten;
- b) Vorhandensein einer Aufzeichnung der erstinstanzlichen Beweisaufnahme¹²² und deren Anfechtung;
- c) Durchführung einer „Erneuerung des Beweises“ (in einer Hauptverhandlung vor dem Distriktsgericht).¹²³

Die zuvor geltende Regelung war auf den Fall der „Erneuerung der Beweise“¹²⁴ beschränkt. Die Voraussetzungen dafür sind ein entsprechender Antrag in Abhängigkeit vom Vorhandensein einer Aufzeichnung der erstinstanzlichen Beweisaufnahme,¹²⁵ die Konstatierung eines der Mängel im Sinne des oben beschriebenen Art. 410 Ziff. 2 port. StPO sowie eine gerichtliche Zulassung, die auszusprechen ist, wenn Aussichten bestehen, auf diese Weise eine Zurückweisung des Verfahrens vermeiden zu können.¹²⁶

beachtlich angesehen werden. Vgl. zu der Materie auch *Pinto de Albuquerque*, in: Becker/Kinzig (Hrsg.), Rechtsmittel im Strafrecht, S. 342 ff.

¹²¹ Unter Einschluss der durch Art. 410 Ziff. 2 und 3 geschaffenen Erweiterungen. Der Fall einer derartigen eingeschränkten Überprüfung ist Konsequenz der fehlenden Voraussetzung einer Überprüfung „de facto e de direito“ (dazu sogleich im Text).

¹²² Im Zuständigkeitsbereich des Einzelrichters findet eine derartige Aufzeichnung statt, soweit nicht Staatsanwalt, Verteidiger und der Anwalt des als „assistente“ Nebenbeteiligten bis zum Beginn der Vernehmung gemeinsam zu Protokoll geben, dass sie auf die Aufzeichnung verzichten (Art. 364 Ziff. 1 port. StPO). In den Fällen des Kollektivgerichts (und des Geschworenengerichts) gilt der allgemeine Grundsatz der Aufzeichnung, die jedoch von den entsprechenden technischen Voraussetzungen abhängig gemacht ist und in der Praxis selten stattfindet – vgl. *Pinto de Albuquerque*, in: Becker/Kinzig (Hrsg.), Rechtsmittel im Strafrecht, S. 347 (dortige Fn. 64).

¹²³ Zur „renovação da prova“ vgl. Art. 430 port. StPO.

¹²⁴ Vgl. Art. 430 a.F. An der Hauptverhandlung wirken nach geltendem Recht der Präsident und drei weitere Richter mit (Art. 429 Ziff. 1 n.F.), während vor der Reform von 1998 neben dem Präsidenten lediglich zwei weitere Richter beteiligt waren (Art. 429 Ziff. 1 a.F.).

¹²⁵ Abweichend vom geltenden Stand der StPO hinsichtlich der Aufzeichnung der Beweisaufnahme (dazu oben Fn. 124) lautete die Regelung für Verfahren vor dem Einzelrichter so, dass nicht ein Verzicht auf die Aufzeichnung zu erklären, sondern ein Antrag auf Aufzeichnung zu stellen war (vgl. Art. 364 Ziff. 1 a.F.).

¹²⁶ Vgl. zur Rechtslage vor der Reform *Pinto de Albuquerque*, in: Becker/Kinzig (Hrsg.), Rechtsmittel im Strafrecht, S. 347 ff.

Nach dem Stand der portugiesischen Strafprozessordnung vor ihrer Reform durch Gesetz vom 25.8.1998 war die Anfechtung erstinstanzlicher Urteile durchgängig auf eine Rechtsmittelinstanz beschränkt.¹²⁷ So verhält es sich auch noch im geltenden Recht, soweit es um die Urteile des Geschworenengerichts oder des Einzelrichters geht: Bezüglich Ersterer kommt ausschließlich eine zum Obersten Gerichtshof führende Anfechtung in Betracht;¹²⁸ Letztere können lediglich durch eine Anfechtung zum Distriktsgericht infrage gestellt werden.¹²⁹ Im Hinblick auf Urteile des Kollektivgerichts hat sich die Lage mit der genannten Reform jedoch teilweise verändert. In diesem Bereich besteht zunächst die Möglichkeit der Anrufung des Distriktsgerichts,¹³⁰ sodann aber auch noch – von bestimmten Ausnahmen allerdings abgesehen – die Möglichkeit der Anrufung des Obersten Gerichtshofs,¹³¹ sodass derartige Verfahren durch drei Instanzen laufen können. Bei den Ausnahmen¹³² handelt es sich um folgende Regelungen: Die Anfechtung der zweitinstanzlichen Urteile ist ausgeschlossen, wenn es sich dabei um die Bestätigung eines erstinstanzlichen Freispruchs handelt, ferner bei Verurteilungen wegen Straftaten, die mit nicht mehr als 8 Jahren Gefängnis bedroht sind, soweit es sich bei der Entscheidung des Distriktsgerichts um die Bestätigung einer erstinstanzlichen Verurteilung handelt. Gegen Urteile des Kollektivgerichts besteht auch die Möglichkeit einer unmittelbaren Anfechtung zum Obersten Gerichtshof im Sinne der „Sprungrevision“.¹³³ Vor der Reform kam bei Urteilen des Kollektivgerichts allein die Anrufung des Obersten Gerichtshofs in Betracht.

¹²⁷ Dieser Rechtslage entspricht: ausschließliche Möglichkeit der Anfechtung der Urteile des Einzelrichters zum Distriktsgericht, ausschließliche Möglichkeit der Anfechtung der Urteile des Kollektivgerichts und des Geschworenengerichts zum Obersten Gerichtshof; vgl. dazu die Regelung der port. StPO in Art. 427 und Art. 432 a.F. Unberührt bleiben der hier nicht zu berücksichtigende außerordentliche Rekurs zur Festlegung von Rechtsprechung (Art. 437 ff. port. StPO) wie auch die in Ausnahmefällen für bestimmte Amtsträger geltende Regelung (vgl. oben Fn. 111). Der Landesbericht von *Pinto de Albuquerque* bezieht sich in seinen Abschnitten I–IV auf die Lage vor der Reform, während in einem weiteren Abschnitt V die Neuerungen der Reform berücksichtigt sind.

¹²⁸ Art. 432 lit. c port. StPO.

¹²⁹ Vgl. dazu in der port. StPO Art. 427 i.V.m. der im Hinblick auf die Anfechtbarkeit vor dem Obersten Gerichtshof durch Art. 432 lit. b n.F. gezogenen Grenze (Verweis auf Art. 400 bei Begrenzung der Strafgewalt des Einzelrichters auf maximal 5 Jahre Gefängnis entsprechend Art. 16 port. StPO).

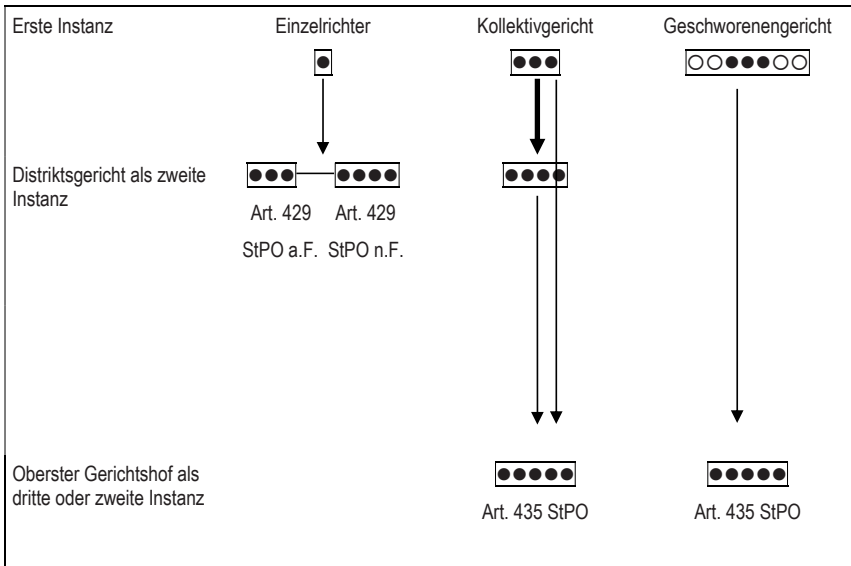
¹³⁰ Diese Möglichkeit folgt aus der Regelung in Art. 427 port. StPO.

¹³¹ Vgl. Art. 432 lit. b n.F. port. StPO.

¹³² Vgl. dazu Art. 400 Ziff. 1 d und f n.F. sowie den Verweis auf Art. 400 in Art. 432 Ziff. b n.F. port. StPO.

¹³³ Vgl. Art. 432 lit. d n.F. port. StPO.

Schaubild zum Instanzenzug und zur Besetzung der Gerichte (● = Berufsrichter;
○ = Geschworener)



Der Regelablauf des portugiesischen Strafverfahrens¹³⁴ ist in die Abschnitte des Vorverfahrens, des Aburteilungsverfahrens und des Verfahrens in der Rechtsmittelinstanz gegliedert. Grundprinzip der Strafverfolgung ist das Legalitätsprinzip.¹³⁵ Soweit es Einschränkungen gibt, liegen sie außerhalb des Bereichs der im Rahmen dieses Berichts relevanten Straftaten.

Zum Vorverfahren gehört stets das Ermittlungsverfahren (*inquérito*),¹³⁶ das von der Staatsanwaltschaft geleitet wird, während bestimmte Prozesshandlungen dem Richter vorbehalten sind.¹³⁷ Führt das Ermittlungsverfahren zu einer Anklage, kann der Angeschuldigte die Eröffnung einer gerichtlichen Voruntersuchung (*instrução*)¹³⁸ beantragen. Die gerichtliche Voruntersuchung gibt es allein auf entsprechenden Antrag. Neben dem Antragsrecht des mit einer Anklage konfrontierten Angeschuldigten ist ein Antragsrecht des als „assistente“ Nebenbeteiligten zu beachten, das sich auf den Fall einer Nichtanklage durch die Staatsanwaltschaft bezieht.

¹³⁴ Vgl. dazu Hünerfeld, in: Perron (Hrsg.), Beweisaufnahme, S. 413 ff.

¹³⁵ Art. 262 Ziff. 2 port. StPO.

¹³⁶ Art. 262 ff. port. StPO.

¹³⁷ Dazu Figueiredo Dias, ZStW 104 (1992), 453.

¹³⁸ Art. 286 ff. port. StPO.

Ein Zwischenverfahren ist nicht eingerichtet, doch wird eingangs des der Aburteilung dienenden Verfahrensabschnitts (*juízo*)¹³⁹ richterlich zunächst geprüft, ob Gründe vorhanden sind, die einer Sachentscheidung entgegenstehen. Hat eine gerichtliche Voruntersuchung nicht stattgefunden, erstreckt sich das Vorprüfungsverfahren¹⁴⁰ auch auf die Frage einer etwaigen sofortigen Verwerfung der Anklage, zu der es kommt, wenn diese offensichtlich unbegründet ist. Es folgt die Festsetzung und Vorbereitung der Hauptverhandlung, die das Kernstück des Aburteilungsverfahrens darstellt. Die Liste der von der Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift benannten Beweismittel¹⁴¹ kann noch abgeändert oder ergänzt werden.¹⁴² Aber auch der Angeschuldigte hat in der Vorbereitungsphase der Hauptverhandlung die Gelegenheit, der Anklage entgegenzutreten und seine Zeugen und Sachverständigen zu benennen.¹⁴³ Der Ablauf der vom Richter beziehungsweise Gerichtsvorsitzenden geleiteten öffentlichen Hauptverhandlung¹⁴⁴ ist kontradiktorisch gestaltet¹⁴⁵ und den Grundsätzen der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit¹⁴⁶ verpflichtet. Nach Schließung der Beweisaufnahme, den darauf folgenden Schlussvorträgen mit ihren Anträgen sowie dem letzten Wort des Angeklagten geht es für das Gericht zunächst um die Schuldfrage. Vor der davon abgesetzten Beratung und Entscheidung über die Rechtsfolgen ist – soweit erforderlich – ein Wiedereintritt in die Beweisaufnahme möglich.¹⁴⁷

Das Urteil¹⁴⁸ besteht aus dem sogenannten Bericht (*relatório*), den Entscheidungsgründen und dem Urteilstenor. Es wird in öffentlicher Sitzung durch Verlesung verkündet, wobei der Bericht weggelassen und bei besonders umfangreichen Entscheidungsgründen eine Zusammenfassung (*símula*) vorgenommen werden kann.¹⁴⁹ Hervorzuheben ist, dass zu diesem Zeitpunkt bereits die endgültige Urteilsniederschrift vorliegt. In Fällen besonderer Komplexität besteht die Möglich-

¹³⁹ Art. 311–398 port. StPO.

¹⁴⁰ Art. 311 (*saneamento do processo*).

¹⁴¹ Vgl. Art. 283 Ziff. 3 d–f port. StPO.

¹⁴² Vgl. Art. 316 port. StPO. Entsprechende Möglichkeiten sind den anderen Prozessbeteiligten eingeräumt.

¹⁴³ Art. 315 port. StPO (*contestação e rol de testemunhas*).

¹⁴⁴ Vgl. die Regelungen in Art. 321 ff. port. StPO.

¹⁴⁵ Das Gestaltungsprinzip gehört zu den verfassungsrechtlich gewährleisteten Garantien. Vgl. Art. 32 Ziff. 5 port. Verfassung.

¹⁴⁶ Dazu näher Hünerfeld, in: Perron (Hrsg.), Beweisaufnahme, S. 418 ff.

¹⁴⁷ Hervorhebung und Bewertung der Besonderheit der im Text angeführten Aufteilung bei Figueiredo Dias, ZStW 104 (1992), 470.

¹⁴⁸ Die allgemeinen inhaltlichen Anforderungen ergeben sich aus Art. 374 port. StPO, im Weiteren (Art. 375 ff.) finden sich spezielle Regelungen im Hinblick auf Verurteilung, Freispruch und Entscheidung über die geltend gemachte zivilrechtliche Entschädigung.

¹⁴⁹ Zur Urteilsverkündung Art. 372 Ziff. 3 port. StPO.

keit, den Zeitpunkt der Urteilsverkündung aufzuschieben. Die Dauer eines möglichen Aufschubs ist im Gesetz knapp bemessen.¹⁵⁰

Die Urteile der 1. Instanz sowie – in den mitgeteilten Grenzen – der 2. Instanz (Distriktsgerichte) können durch Einlegung des „recurso“ beim *iudex a quo* angefochten werden.¹⁵¹ Es ist stets eine Begründung erforderlich.¹⁵² Nach Gewährung der Möglichkeit zu einer Erwiderung,¹⁵³ die den betroffenen Prozessbeteiligten innerhalb einer bestimmten Frist zusteht, gelangt das Verfahren nach entsprechender Zulassung¹⁵⁴ zum *iudex ad quem*, also in Übereinstimmung mit dem mitgeteilten Instanzenzug an das Distriktsgericht oder den Obersten Gerichtshof. Dort gibt es nach einer Vorprüfung durch den Berichterstatte die Möglichkeit einer – notwendigerweise einstimmigen – Verwerfung des Rechtsmittels durch den in nicht öffentlicher Sitzung entscheidenden Spruchkörper des Gerichts, wenn das Rechtsmittel offensichtlich unbegründet ist oder bestimmte formale Mängel zu konstatieren sind.¹⁵⁵ Im Einverständnis aller Prozessbeteiligten kann auch in Fällen eines auf die Rechtsmaterie beschränkten „recurso“ in nicht öffentlicher Sitzung des Spruchkörpers entschieden werden.¹⁵⁶ Im Übrigen kommt es zu einer Hauptverhandlung (*audiência*), die jedoch nur beim Distriktsgericht und auch dort nur unter den oben schon genannten Voraussetzungen mit einer Erneuerung der Beweisaufnahme (*renovação da prova*) verbunden ist.¹⁵⁷ In diesen Fällen wird zur Hauptverhandlung

¹⁵⁰ Art. 373 Ziff. 1 port. StPO berücksichtigt einen Aufschub innerhalb von 10 Tagen.

¹⁵¹ Regelung im IX. Buch der port. StPO (Art. 399 ff.). Der Begriff „recurso“ deckt die hier behandelten Möglichkeiten der Anfechtung eines Urteils durch ein ordentliches Rechtsmittel ab. Zu beachten sind die schon behandelten Regeln des Instanzenzugs sowie die sich aus der Unterschiedlichkeit der Spruchgewalt des Distriktsgerichts („de facto e de direito“) und des Obersten Gerichtshofs („de direito“) ergebenden Konsequenzen, wobei – wie ebenfalls bereits hervorgehoben wurde – die Beschränkung auf die Rechtskontrolle im Sinne einer „erweiterten Revision“ (Art. 410 Ziff. 2) modifiziert ist. Vgl. zu der Materie *Pinto de Albuquerque*, in: Becker/Kinzig (Hrsg.), Rechtsmittel im Strafrecht, Abschnitte I–IV des Landesberichts Portugal (Rechtsslage vor der Reform von 1998) sowie Abschnitt V des Berichts (Berücksichtigung der Neuerungen durch die Reform).

¹⁵² Dazu Art. 412 port. StPO.

¹⁵³ Art. 413 port. StPO.

¹⁵⁴ Art. 414 port. StPO.

¹⁵⁵ Vgl. dazu Art. 417 (Vorprüfung) und Art. 419 port. StPO (Entscheidung des Spruchkörpers).

¹⁵⁶ Diese zuvor nur bei Anfechtungen zum Obersten Gerichtshof bestehende Möglichkeit ist durch die Strafprozessreform vom 25.8.1998 auf den entsprechenden Bereich des Distriktsgerichts ausgedehnt worden. In diesem Verfahren, das vom Rechtsmittelführer beantragt wird, liegen die Vorträge der Prozessbeteiligten dem Gericht in schriftlicher Form vor. Vgl. insgesamt *Pinto de Albuquerque*, in: Becker/Kinzig (Hrsg.), Rechtsmittel im Strafrecht, S. 369.

¹⁵⁷ Zur Hauptverhandlung allgemein Art. 421 ff. sowie für das Distriktsgericht Art. 429 f. und für den Obersten Gerichtshof Art. 435 f. port. StPO.

auch stets der Beschuldigte geladen,¹⁵⁸ während es sonst bei der Ladung der Staatsanwaltschaft, des Verteidigers sowie gegebenenfalls der Vertreter des Nebenbeteiligten und der Zivilparteien sein Bewenden hat.

Der Erfolg des Rechtsmittels führt zur Aufhebung der betroffenen Entscheidung und zur Zurückverweisung des Verfahrens oder auch zu eigener Sachentscheidung durch das Rechtsmittelgericht selbst, wenn dafür – wie in den schon gekennzeichneten Fällen des Distriktsgerichts – die Voraussetzungen gegeben sind.¹⁵⁹

II.1.2.3. Besonderheiten des Beweisverfahrens

Die Prozessbeteiligten sind berechtigt, die Erhebung der ihnen erforderlich erscheinenden Beweise zu beantragen.¹⁶⁰ Im Hinblick auf das Ermittlungsverfahren und eine sich gegebenenfalls anschließende gerichtliche Voruntersuchung bildet die Unzulänglichkeit der Ermittlung oder der Untersuchung einen sogenannten heilbaren Nichtigkeitsgrund.¹⁶¹ Damit ist gesagt, dass ein darauf gerichtetes, zeitlich genau festgelegtes¹⁶² Rügerecht besteht, durch das ein etwaiger Mangel zur Geltung gebracht und gegebenenfalls behoben werden kann.

Für die Hauptverhandlung¹⁶³ ist der Grundsatz des Art. 340 port. StGB Ausgangspunkt. Das Gericht verfügt danach – von Amts wegen oder auf Antrag – die Erhebung aller Beweise, die ihm für die Ermittlung der Wahrheit und die „gute Entscheidung der Sache“ erforderlich erscheinen.

¹⁵⁸ Vgl. Art. 430 Ziff. 4 port. StPO. Allerdings wird bei Nichterscheinen des ordnungsgemäß geladenen Beschuldigten die Hauptverhandlung nur dann vertagt, wenn das Gericht eine entsprechende Anordnung trifft.

¹⁵⁹ Das ergibt sich für die dort berücksichtigten Fehler im Sinne des Art. 410 Ziff. 2 aus Art. 426 Ziff. 1 port. StPO.

¹⁶⁰ Vgl. für den Beschuldigten Art. 61 Ziff. 1 f port. StPO im Zusammenhang mit der Zusammenstellung der Rechte, die dem Beschuldigten, von gesetzlichen Ausnahmen abgesehen, in jeder Phase des Strafverfahrens zustehen (Art. 61 Ziff. 1 a–h). Im Hinblick auf den als „assistente“ Nebenbeteiligten ist auf Art. 69 Ziff. 2 a port. StPO zu verweisen. Die Herrschaft über das Ermittlungsverfahren liegt bei der Staatsanwaltschaft (Art. 263 Ziff. 1 port. StPO). Eine sich (auf Antrag) anschließende gerichtliche Voruntersuchung steht unter der Herrschaft eines Untersuchungsrichters (Art. 288 Ziff. 1 port. StPO) und bezweckt vor diesem eine mündliche und kontradiktorische Verhandlung darüber, ob aus den Ermittlungen und der Untersuchung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht genügende Anhaltspunkte im Sinne der Rechtfertigung des gerichtlichen Aburteilungsverfahrens hervorgehen (Art. 298 port. StPO).

¹⁶¹ Vgl. Art. 120 Ziff. 2 d port. StPO.

¹⁶² Zum zeitlichen Aspekt vgl. Art. 120 Ziff. 3 c port. StPO, zur Heilung (*saneamento*) von Nichtigkeitsgründen Art. 121, zu den Wirkungen der Nichtigkeitserklärung Art. 122 port. StPO.

¹⁶³ Zum Beweisverfahren in der Hauptverhandlung vgl. *Hünerfeld*, in: Perron (Hrsg.), *Beweisaufnahme*, S. 417 ff.

Im kontradiktorischen Ablauf der Hauptverhandlung ist für den Regelfall vorgesehen, dass sich die Beweisaufnahme nach der Vernehmung des Angeklagten zur Sache zunächst den im Vorfeld von Anklage und Verteidigung benannten Beweisen zuwendet. Später kann sich die Notwendigkeit weiterer Beweiserhebungen ergeben; der Fall zusätzlicher Beweise hat im Allgemeinen jedoch offenbar keine große Bedeutung.¹⁶⁴ Die Zeugen werden im Kreuzverhör vernommen,¹⁶⁵ an das sich gegebenenfalls eine zusätzliche Befragung durch den oder die Richter anschließen kann. Im Hinblick auf die Vernehmung des aussagebereiten Angeklagten zur Sache, die vom Gerichtsvorsitzenden durchgeführt wird, haben der Staatsanwalt, der Verteidiger sowie der Anwalt eines als „assistente“ Nebenbeteiligten das Recht der Befragung, das jedoch über den Vorsitzenden auszuüben ist.¹⁶⁶ Bei der Regelung der Vernehmung eines Sachverständigen ist von der Möglichkeit sachdienlicher (nützlicher) Anregungen an den vornehmenden Richter die Rede.¹⁶⁷

Art. 340 port. StPO enthält nicht nur den schon oben mitgeteilten Grundsatz, sondern auch Bestimmungen über die Ablehnung von Beweisanträgen.¹⁶⁸ Es handelt sich zunächst um den gesetzlich unzulässigen Beweis. Die Unzulässigkeit gesetzlich verbotener Beweise ist bereits durch Art. 125 port. StPO zum Ausdruck gebracht, und im gegebenen Zusammenhang ist die eingehende gesetzliche Regelung zum Thema der Beweisverbote¹⁶⁹ zu beachten. Beweisanträge sind ferner zurückzuweisen, wenn der Beweis als irrelevant oder überflüssig,¹⁷⁰ als ungeeignet oder unerreichbar beziehungsweise nur sehr zweifelhaft erreichbar anzusehen ist, schließlich auch dann, wenn es sich um einen Beweisantrag handelt, der lediglich in prozessverschleppender Absicht gestellt worden ist.

¹⁶⁴ Es ist von Ausnahmefällen entsprechender Anordnungen die Rede. Vgl. *Barreiros*, in: Centro de Estudos Judiciários (Hrsg.), *Jornadas de direito processual penal*, S. 277.

¹⁶⁵ Vgl. dazu die einschlägigen Regeln in Art. 348 port. StPO. Art. 349 bildet demgegenüber die Ausnahme: In Fällen von minderjährigen Zeugen unter 16 Jahren wird die Vernehmung vom Gerichtsvorsitzenden durchgeführt, und das Befragungsrecht der übrigen Richter sowie der Prozessbeteiligten wird durch Anträge an den Vorsitzenden ausgeübt, entsprechende Fragen an den Zeugen zu stellen.

¹⁶⁶ Vgl. Art. 345 Ziff. 2 port. StPO (Fragen zur Tat).

¹⁶⁷ Vgl. Art. 350 Ziff. 1 port. StPO.

¹⁶⁸ Art. 340 Ziff. 3 und 4 port. StPO.

¹⁶⁹ Vgl. dazu in der port. StPO die Art. 126 (verbotene Beweismethoden), Art. 129 (Verbot des Zeugnisses vom Hörensagen), Art. 167 (Beweisverbot bezüglich mechanischer Reproduktionen), Art. 187 ff. (Telefonüberwachung mit Regelung der Beweisverbote) und Art. 355 (Verbot der Bewertung von Beweisen). Vgl. zum Thema *Costa Andrade*, *Sobre as proibições de prova em processo penal*.

¹⁷⁰ Im Hinblick auf den überflüssigen Beweis (vor allem Zeugenbeweis) kritisiert *Marques da Silva*, *Curso de Processo Penal II*, S. 99 f. (dortige Fn. 3), sehr häufig zu konstatierende Fälle einer überlasteten Praxis, die ohne gebotene Vorklärung beantragte Beweise als überflüssig ablehnt und dadurch in inakzeptabler Weise das Recht von Anklage und Verteidigung auf Beweiserhebung verkürzt.

Die durch das Gericht im Wege seiner Anordnungen bestimmte Reichweite der Beweiserhebungen ist unter bestimmten Voraussetzungen überprüfbar. Handelt es sich um die Ablehnung einer beantragten Beweiserhebung, ist Anknüpfungspunkt ein Zusammenhang mit der Regelung in Art. 120 Ziff. 2 d port. StPO. Nach dieser Bestimmung erfüllt auch die später, d.h. nach Abschluss des Vorverfahrens, vorhandene Unterlassung von Maßnahmen, die für die Wahrheitsfindung wesentlich sein können, die Voraussetzungen eines „heilbaren Nichtigkeitsgrundes“. Das bedeutet, der mit seinem Beweisantrag nicht erfolgreiche Prozessbeteiligte muss sich sogleich durch Anfechtung der Ablehnung seines Antrags zur Wehr setzen. Kommt es darauf nicht zu der begehrten Abhilfe, besteht im Weiteren die Möglichkeit der Überprüfung in der Rechtsmittelinstanz.¹⁷¹ Fehlt es dagegen an der Konstellation der Ablehnung eines Beweisantrags, ist der beschriebene Weg versperrt, und es bleibt nur noch die Frage, inwieweit über die Kontrollmöglichkeiten der erweiterten Revision (Art. 410 Ziff. 2 port. StPO) Abhilfe möglich ist. Da es sich auch beim Fall der „Unzulänglichkeit bezüglich der Entscheidung der bewiesenen Tatmaterie“ (Art. 410 Ziff. 2 a) immer nur um Fehler handeln kann, die aus dem Urteilstext allein oder in Verbindung mit der Lebenserfahrung erschlossen werden können, hält sich die Möglichkeit einer Kontrolle in Grenzen.¹⁷² Es geht im Grunde um die Frage, ob das angefochtene Urteil durch ausreichende tatsächliche Feststellungen getragen wird, die in Abwesenheit von Widersprüchlichkeit¹⁷³ und von einem offensichtlichen Irrtum in der Beweiswürdigung¹⁷⁴ als erwiesen angesehen

¹⁷¹ Für die Linie der im Text verdeutlichten Zusammenhänge lässt sich verweisen auf die Entscheidung des Distriktsgerichts Porto vom 10.11.1993, veröffentlicht in: Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Colectânea de Jurisprudência XVIII, Band 5, S. 250. Vgl. ferner *Costa Pimenta*, Código de Processo Penal, Anm. Ziff. 5 bei Art. 340. Die entsprechende Möglichkeit der Kontrolle durch das Distriktsgericht beziehungsweise des Obersten Gerichtshofs ergibt sich aus Art. 410 Ziff. 3 port. StPO, setzt daher den Fall eines noch nicht als geheilt anzusehenden Nichtigkeitsgrundes (hier Art. 120 Ziff. 2 d port. StPO) voraus. Hat der Betroffene die Ablehnung seines Beweisantrags in der Hauptverhandlung erfolglos gerügt, ist grundsätzlich die Möglichkeit geschaffen, über einen entsprechenden Rekurs die Entscheidung des Rechtsmittelgerichts im Rahmen des genannten Art. 410 Ziff. 3 port. StPO herbeizuführen.

¹⁷² In ablehnenden Entscheidungen findet sich immer wieder der Hinweis darauf, dass die hier (also entsprechend Art. 410 Ziff. 2) zu betrachtende „Unzulänglichkeit bezüglich der bewiesenen Tatmaterie“ nicht mit der sehr verschiedenen „Unzulänglichkeit des Beweises bezüglich der getroffenen Tatentscheidung“ verwechselt werden dürfe. Vgl. dazu die Rechtsprechungsnachweise bei *Simas Santos* u.a., Código de Processo Penal II, S. 525 bei Art. 410.

¹⁷³ Vgl. zur Beachtlichkeit des entsprechenden Mangels einer Entscheidung im Sinne des Art. 410 Ziff. 2 b port. StPO (unheilbare Widersprüchlichkeit der Begründung oder zwischen dieser und der Entscheidung) und die entsprechende Berücksichtigung im Zusammenhang mit der schriftlichen Urteilsbegründung nachfolgend im Text unter Ziff. I.1.2.4.

¹⁷⁴ Die Beachtlichkeit eines entsprechenden Mangels ergibt sich aus Art. 410 Ziff. 2 c port. StPO. Dazu nachfolgend im Text unter Ziff. I.1.2.4.

worden sind. *Pinto de Albuquerque*¹⁷⁵ nennt als Hauptanwendungsfall die Aufhebung von Entscheidungen, die bei mangelndem Nachweis des Vorsatzes lediglich zu Verurteilungen wegen fahrlässiger Tatbegehung oder auch zu Freisprüchen gelangt sind, ohne die gebotene Prüfung der Voraussetzungen des bedingten Vorsatzes vorzunehmen. Im besonderen Zusammenhang dieses Berichts ist ferner wichtig, dass die fehlende Heranziehung eines Sachverständigen als Aufhebungs- und Zurückweisungsgrund in Betracht kommen kann.¹⁷⁶

Die Beauftragung eines Sachverständigen ist anzuordnen, wenn für die Wahrnehmung oder Beurteilung von Tatsachen besondere Sachkunde erforderlich ist.¹⁷⁷ Im Fall der psychiatrischen Begutachtung¹⁷⁸ ist der Auftrag grundsätzlich an eine amtliche Einrichtung, eines der Institute für Gerichtsmedizin,¹⁷⁹ zu richten – bei ausdrücklich möglicher weiterer Hinzuziehung von Psychologen und Kriminologen.¹⁸⁰ Bestehen begründete Zweifel an der Schuldunfähigkeit, ist ein Sachverständiger zu konsultieren.¹⁸¹ Es liegt jedoch wohl offenbar so, dass auch in Fällen schwerer Tötungsverbrechen die Heranziehung eines Sachverständigen keineswegs

¹⁷⁵ *Pinto de Albuquerque*, in: Becker/Kinzig (Hrsg.), Rechtsmittel im Strafrecht, S. 344 (dortige Fn. 55).

¹⁷⁶ Nach dem Stand der Rechtsprechung kann allerdings wohl nur unter eingeschränkten Voraussetzungen von dieser Möglichkeit die Rede sein. Im Fall der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 9.5.1990, veröffentlicht in BMJ 397 (1990), 349, handelte es sich um die Aufhebung eines erstinstanzlichen Urteils, bei dem das Gericht ohne sachverständige Hilfe auf eine Schuldmilderung wegen erheblich verminderter Schuldunfähigkeit erkannt hatte. Die Aufhebung erfolgte auf der Grundlage des Art. 410 Ziff. 2 a port. StPO („Unzulänglichkeit bezüglich der bewiesenen Tatmaterie“) wegen mangelnder Sachkunde. Dagegen ist die Frage über das Vorhandensein von Zweifeln bezüglich der geistigen Gesundheit des Beschuldigten und entsprechender Notwendigkeit einer psychiatrischen Untersuchung als eine Tatfrage beurteilt worden, die der Spruchgewalt des Obersten Gerichtshofs entzogen ist. Vgl. die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 28.1.1993, nachgewiesen bei *Maia Gonçalves*, Código de Processo Penal, S. 364 (zu Art. 159).

¹⁷⁷ Art. 151 port. StPO. Das dabei anzuwendende Verfahren ergibt sich aus den nachfolgenden Artikeln.

¹⁷⁸ Art. 159 Ziff. 2 port. StPO. Vgl. ferner für die Hauptverhandlung im besonderen Zusammenhang von Schuldunfähigkeit und verminderter Schuldfähigkeit Art. 351 port. StPO.

¹⁷⁹ Vgl. zur Organisation dieser Einrichtungen (mit u.a. Abteilungen – *serviços* – für forensische Psychiatrie) die Regelung im Gesetzesdekret Nr. 11/98 vom 24.1.1998 (*Organização médico-legal*).

¹⁸⁰ Nach Art. 351 Ziff. 3 (Hauptverhandlung) kann das Gericht in berechtigten Fällen die Sachkunde einer spezialisierten Einrichtung (*estabelecimento especializado*) einholen.

¹⁸¹ Vgl. Art. 351 Ziff. 1 port. StPO. Geht es um die begründete Frage, ob verminderte Schuldfähigkeit vorliegt, wird zwar nach dem Wortlaut des Gesetzes (Art. 351 Ziff. 2 „kann“) lediglich die Möglichkeit der Beiziehung des Sachverständigen angeführt; den Grundsätzen des Strafverfahrens und der Rolle des Sachverständigen kann es jedoch nur genügen, auch insoweit von einer obligatorischen Konsultation auszugehen. In Übereinstimmung damit das oben (Fn. 178) angeführte Judikat des Obersten Gerichtshofs vom 9.5.1990. Da es bei dem angeführten Art. 351 um eine spezielle Bestimmung im Bereich der Hauptverhandlung geht, findet sich in Ziff. 4 der Vorschrift noch eine Regelung zur Unterbrechung oder, wenn das unabweislich ist, Vertagung der Hauptverhandlung.

die Regel ist. Im Hinblick auf Konstellationen des schweren Affekts ist daran zu erinnern, dass es – soweit ersichtlich – bisher noch nicht zu gerichtlicher Anerkennung entsprechender Schuldunfähigkeit gekommen ist. Dagegen gibt es Urteile, die eine deutliche Milderung der Schuld in Rechnung stellen und über die Anwendung des besonderen Strafmilderungsgrundes (Art. 72 port. StGB) zur Geltung bringen.¹⁸² Hinzuweisen ist schließlich auf eine eigene Regelung zum Beweiswert der Beurteilung durch Sachverständige (*valor da prova pericial*),¹⁸³ die eine Einschränkung des Grundsatzes der freien richterlichen Beweiswürdigung¹⁸⁴ bedeuten könnte. Jedoch kann von einer Einschränkung eigentlich nicht die Rede sein, da das Gesetz die richterliche Abweichung ausdrücklich zugesteht und lediglich von einer Begründung der unterschiedlichen Beurteilung abhängig macht.¹⁸⁵ Eine Verurteilung ist nur möglich, wenn das Gericht eine Zweifel ausschließende Überzeugung über die Voraussetzungen der Strafbarkeit des Angeklagten erlangt hat.¹⁸⁶ Das gilt auch für die entsprechenden negativen Voraussetzungen (Frage des Vorhandenseins von Straffreistellungsgründen). Allerdings lässt sich eine insoweit angenommene Beweislast der Verteidigung durch Rechtsprechung belegen, die bei einer Berufung auf Notwehr ein *non liquet* des Beweises für eine Verurteilung ausreichen lässt.¹⁸⁷ Es gibt jedoch eine neuere Rechtsprechung,¹⁸⁸ die auch für eine derartige Konstellation dem Grundsatz *in dubio pro reo* Geltung verschafft hat, sodass die abweichende, etwas ältere Beurteilung wohl als definitiv überholt angesehen werden kann.

II.1.2.4. Anforderungen an die schriftliche Urteilsbegründung

Das schon im Zeitpunkt seiner Verkündung in vollständiger schriftlicher Fassung vorliegende Urteil muss in seiner Begründung den durch die Art. 374 ff. port. StPO

¹⁸² Verweisen lässt sich insoweit auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 5.2.1992, abgedruckt in RPCC 6 (1996), 113 ff. (mit kritischer Anmerkung von *Cristina Libano Monteiro*). Vgl. ferner das durch den Obersten Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 9.5.1990 (oben Fn. 178) aufgehobene erstinstanzliche Urteil, dessen Aufhebung auf der fehlenden Heranziehung eines Sachverständigen beruhte.

¹⁸³ Art. 163 port. StPO.

¹⁸⁴ Der Grundsatz findet sich in Art. 127 port. StPO. Näher dazu (und zu partiellen Abstrichen), *Hünerfeld*, in: Perron (Hrsg.), *Beweisaufnahme*, S. 417.

¹⁸⁵ Vgl. Art. 163 Ziff. 2 port. StPO gegenüber dem in Ziff. 1 der Vorschrift zum Ausdruck gebrachten Vorrang der Beurteilung durch den Sachverständigen.

¹⁸⁶ Zur entsprechenden Bedeutung des Grundsatzes *in dubio pro reo* vgl. *Ferreira*, in: *Centro de Estudos Judiciários* (Hrsg.), *Jornadas de direito processual penal*, S. 221 ff., 232 f.

¹⁸⁷ Vgl. das Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 13.10.1982, abgedruckt in *BMJ* 320 (1982), 332.

¹⁸⁸ Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 15.12.1982, abgedruckt in *BMJ* 322 (1983), 281, mit näheren Nachweisen zur wechselhaften Entwicklung der Rechtsprechung und Literaturangaben (S. 284).

gestellten Anforderungen entsprechen. In allen Fällen gehören dazu die Bezeichnung der bewiesenen und der nicht bewiesenen Tatsachen sowie eine möglichst vollständige, wenn auch konzentrierte Mitteilung der die Entscheidung tragenden tatsächlichen und rechtlichen Gründe, wobei es seit der Strafprozessreform vom 25.8.1998 so liegt, dass ausdrücklich eine kritische Würdigung der Beweise verlangt wird, die der gerichtlichen Überzeugung zugrunde gelegt sind. Bei Verurteilungen¹⁸⁹ kommt die erforderliche Begründung der Auswahl und Bemessung der vom Gericht verhängten Sanktionen hinzu. Zum Freispruch¹⁹⁰ gehört die Aufhebung etwaiger Zwangsmittel. Für den Fall der Unzurechnungsfähigkeit des Abgeurteilten ist klargestellt, dass es sich auch hier um einen Freispruch handelt, ein in diesem Zusammenhang erfolgender Ausspruch einer sichernden Maßregel jedoch der einer Verurteilung entsprechenden Begründungspflicht unterliegt und ferner unter dem Gesichtspunkt der Anfechtung einer Verurteilung gleichgestellt ist.

Die gesetzliche Regelung zum erforderlichen Urteilsinhalt ist in Verbindung mit der in Art. 379 port. StPO anzutreffenden Regelung zu vorhandenen Mängeln zu betrachten. Der Erläuterung bedürftig sind die Folge und der Umfang der berücksichtigten Mängel. Die Folge wird durch den Eingangssatz der Vorschrift bestimmt, nach dem ein Urteil unter den im Weiteren festgelegten Voraussetzungen nichtig ist (Art. 379 Ziff. 1 „E nula a sentença“). Nachdem es uneinheitliche Rechtsprechung dazu gab, ob es sich dabei um „unheilbare“ (absolute) Nichtigkeit oder „heilbare“ (relative) Nichtigkeit handelt, hat der Oberste Gerichtshof in seiner bindenden Entscheidung (*assento*) vom 6.5.1992¹⁹¹ festgelegt, dass der Fall der „heilbaren“ Nichtigkeit gemeint ist. Des Weiteren wurde gerichtlich geklärt, dass der Mangel im Wege der Urteilsanfechtung geltend gemacht werden kann.¹⁹² Art. 379 port. StPO in seiner Fassung durch die Strafprozessreform vom 25.8.1998 hat eine gesetzliche Bestätigung dieser Interpretation gebracht.

Im Hinblick auf den Umfang der berücksichtigten Mängel ist zwischen dem Stand vor und nach der Reform vom 25.8.1998 zu unterscheiden. Art. 379 a.F. bezog sich unter a) auf die nach Art. 374 Ziff. 2 a.F. erforderlichen Angaben sowie unter b) auf Verurteilungen in Abweichung von der im Verfahren zur Aburteilung festgelegten Tat. Die inhaltliche Erweiterung durch Art. 379 n.F. besteht einmal darin, dass der Verweis auf Art. 374 Ziff. 2 (in Art. 379 Ziff. 1 a n.F.) hinsichtlich der schon genannten Erweiterung in der Fassung vom 25.8.1998 das Erfordernis der kritischen Würdigung der der gerichtlichen Überzeugung zugrunde gelegten Beweise einbezieht. Wichtig ist ferner die durch Art. 379 Ziff. 1 c n.F. gebrachte

¹⁸⁹ Art. 375 port. StPO.

¹⁹⁰ Art. 376 port. StPO.

¹⁹¹ Veröffentlicht im Gesetzblatt D.R., Série I vom 6.8.1992. Dort auch Nachweise zu der vorausgehenden Rechtsprechung.

¹⁹² Vgl. dazu die bindende Entscheidung (*assento*) des Obersten Gerichtshofs vom 2.12.1993, veröffentlicht im Gesetzblatt D.R., Série I vom 11.2.1994.

Erweiterung. Der Fall eines zu berücksichtigenden Urteils mangels liegt danach auch vor, wenn es das Gericht unterlässt, sich zu Fragen zu äußern, die es zu würdigen hat, oder über Fragen befindet, vor denen es keine Kenntnis erlangen konnte. Hervorhebung verdient, dass hiernach auch die erforderliche Präsenz der Begründung hinsichtlich der Auswahl und Zumessung der vom Gericht verhängten Sanktionen abgesichert wird.

Die erörterte Bestandskontrolle liegt im Bereich der (hier relativen) Nichtigkeitsgründe. Bei Gewährleistung der Anforderungen, deren Verfehlung ein Urteil unter dem Gesichtspunkt der Nichtigkeit zu Fall bringt, bleiben mit der Überprüfung der „matéria de direito“ noch die durch die „erweiterte Revision“ eröffneten Möglichkeiten des Art. 410 Ziff. 2 port. StPO. Die Urteilsanfechtung unter dem Gesichtspunkt der „Unzulänglichkeit bezüglich der Entscheidung der bewiesenen Tatmaterie“ (Art. 410 Ziff. 2 a ist oben¹⁹³ schon behandelt worden. Als weiterer Anfechtungsgrund ist die „unheilbare Widersprüchlichkeit der Begründung oder zwischen dieser und der Entscheidung“ (Art. 410 Ziff. 2 b) berücksichtigt.¹⁹⁴ Als reversibler Mangel des Urteils ist schließlich in Rechnung gestellt der „offensichtliche Irrtum in der Beweiswürdigung“ (Art. 410 Ziff. 2 c), wobei – wie *Pinto de Albuquerque*¹⁹⁵ berichtet – dieser Mangel in der Rechtsprechung die reichste Kasuistik hervorgebracht hat. Es muss sich, wie der Oberste Gerichtshof entschieden hat,¹⁹⁶ um einen so offenkundigen Mangel handeln, dass er der Beobachtung eines Betrachters von durchschnittlicher Bildung nicht entginge, und als Grundlage der Beurteilung kommt – allein oder in Verbindung mit der Lebenserfahrung – ausschließlich der Text der angefochtenen Entscheidung in Betracht.¹⁹⁷

¹⁹³ Unter Ziff. II.1.2.3.

¹⁹⁴ Der gerügte Mangel muss aus dem Text des angefochtenen Urteils hervorgehen und darin bestehen, dass in ein und derselben Frage gegensätzliche beziehungsweise unvereinbare Positionen angenommen werden, wie es z.B. der Fall ist, wenn eine Tatsache gleichzeitig als bewiesen und unbewiesen angesehen worden ist. Vgl. die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 22.5.1996, nachgewiesen bei *Maia Gonçalves*, Código de Processo Penal, S. 733 (zu Art. 410 port. StPO). Die am Maßstab der Denkgesetze (*raciocínio lógico* – vgl. beispielsweise die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 25.3.1998, veröffentlicht in *BMJ* 475 (1998) orientierte Prüfung des Widerspruchs kann sich auch auf das Verhältnis zwischen bewiesenen Tatsachen und dafür angeführten Gründen wie auch zwischen den die strafrechtliche Verantwortlichkeit begründenden Tatsachen und den Tatsachen beziehen, auf die die zivilrechtliche Verantwortlichkeit gegründet worden ist, vgl. die Nachweise bei *Pinto de Albuquerque*, in: Becker/Kinzig (Hrsg.), Rechtsmittel im Strafrecht, S. 344 f. (dortige Fn. 56).

¹⁹⁵ Vgl. oben Fn. 99, hier S. 345 (dortige Fn. 57).

¹⁹⁶ Vgl. die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 17.12.1997, nachgewiesen bei *Maia Gonçalves*, Código de Processo Penal, S. 733 (zu Art. 410 port. StPO).

¹⁹⁷ In der Rechtsprechung (Nachweise dazu bei *Simas Santos* u.a., Código de Processo Penal II, S. 516 ff., zu Art. 410) wird häufig klargestellt, dass es hier nicht um die allein beim Instanzgericht liegende Beweiswürdigung als solche, sondern um eine Fehlerkontrolle geht, die bei teilweise vorhandenen Abstrichen vom Grundsatz der freien Würdigung (*prova vinculada*) allerdings auch eine entsprechende rechtliche Einschränkung (z.B. spe-

II.1.3. Äußerer Rahmen der Strafvollstreckung

Die Materie ist auf Regelungen in verschiedenen Gesetzen verteilt. Dazu gehört das X. Buch der Strafprozessordnung, das der Strafvollstreckung unter strafverfahrensrechtlichen Gesichtspunkten zugeordnet ist. Das port. StGB erstreckt seine Regelungen auf die Bereiche der Strafaussetzung zur Bewährung und der bedingten Entlassung, während die Materie des Freiheitsstrafvollzugs einer eigenen gesetzlichen Regelung zugewiesen ist. Bedeutung hat hier vor allem das Gesetzesdekret Nr. 265/79 vom 1.8.1979, das in der Folgezeit einzelne Aktualisierungen¹⁹⁸ erfahren hat. Die Strafvollstreckung wird von der Staatsanwaltschaft betrieben,¹⁹⁹ hervorzuheben ist jedoch, dass wichtige Entscheidungen in der Kompetenz des Strafvollstreckungsgerichts liegen.²⁰⁰

II.1.3.1. Verkürzungen des Vollzugs der Freiheitsstrafe

In Fällen der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe, die nicht durch eine andere Strafe ersetzt worden ist,²⁰¹ kann der Vollzug von Freiheitsstrafen bis zu drei Jahren nach Maßgabe der Regeln über die bedingte Strafaussetzung zur Bewährung²⁰² ganz vermieden werden. Es gibt die einfache Strafaussetzung im Sinne des klassischen „*sursis simple*“ sowie die Strafaussetzung in Verbindung mit Auflagen und Weisungen einschließlich der Begleitung des Verurteilten durch einen Bewährungshelfer.

zifische Begründungspflicht bei Abweichung von Beurteilung durch einen Sachverständigen – vgl. oben Fn. 187 – oder z.T. auch beim Urkundenbeweis – vgl. Art. 169 port. StPO für den Fall von Urkunden öffentlichen Glaubens) erfasst. Im Bereich der Fehlerkontrolle liegen die Frage der korrekten Anwendung des Grundsatzes *in dubio pro reo*, Widersprüchlichkeiten der Beweiswürdigung, Nichtbeachtung von Beweisverboten; vgl. *Pinto de Albuquerque*, in: Becker/Kinzig (Hrsg.), Rechtsmittel im Strafrecht, S. 345 (dortige Fn. 57), der auch noch auf eine Entscheidung verweist, in der selbst das Fehlen anderer Beweismittel erfasst worden ist.

¹⁹⁸ Durch Gesetzesdekret Nr. 49/80 vom 22.3.1980. Vgl. zum Thema Strafvollstreckung und Strafvollzug *Miranda Rodrigues*, BMJ 380 (1988), 5.

¹⁹⁹ Art. 49 port. StPO.

²⁰⁰ Dazu *Miranda Rodrigues*, BMJ 380 (1988), 18 f. (und *passim*), auch zur frühen Einrichtung (1944/1945) richterlicher Zuständigkeit und zu ihrem späteren Ausbau in Richtung auf Überwachung und Beratung (*função de vigilância e de consulta*).

²⁰¹ Gefängnisstrafen bis zu 6 Monaten sind nach Art. 44 port. StGB durch Geldstrafen zu ersetzen, soweit nicht das Erfordernis der Verhütung künftiger Straftaten entgegensteht. Muss es bei der Freiheitsstrafe bleiben, gibt es bei Freiheitsstrafen bis zu 3 Monaten zunächst den Vorrang der Anordnung von Wochenendvollzug (Art. 45 „*prisão por dias livres*“) und danach noch den des Vollzugs in Halbfreiheit (Art. 46 „*regime de semide-tenção*“).

²⁰² Art. 50 ff. port. StGB.

Verkürzungen des Vollzugs von Freiheitsstrafen folgen den Regeln über die bedingte Entlassung,²⁰³ deren Anordnung in allen Fällen das Einverständnis des Verurteilten voraussetzt. Im Weiteren ist zu bemerken: Schon nach einer Verbüßung der Hälfte der Freiheitsstrafe (bei einem Mindestvollzug von 6 Monaten) gibt es die bedingte Entlassung unter den begründeten Voraussetzungen für die entsprechende günstige Prognose und Übereinstimmung der Maßnahme mit der Verteidigung der Rechtsordnung und des sozialen Friedens. Bei Verbüßung von zwei Dritteln der Freiheitsstrafe kommt es allein auf die günstige Prognose an. Ausnahmen gelten jedoch bei Verurteilungen zu mehr als 5 Jahren Freiheitsstrafe wegen einer Straftat gegen die Person oder wegen einer gemeingefährlichen Straftat. In diesen Fällen kommt die bedingte Entlassung stets erst bei Verbüßung von zwei Dritteln der Strafe in Betracht, und die Anordnung ist wiederum an die beiden Voraussetzungen der günstigen Prognose und der Verträglichkeit mit der Verteidigung der Rechtsordnung und des sozialen Friedens gebunden. Schließlich gilt noch die Besonderheit, dass der zu mehr als 6 Jahren Freiheitsstrafe Verurteilte bei Verbüßung von fünf Sechsteln der Strafe obligatorisch und ohne weitere Voraussetzungen als sein Einverständnis bedingt zu entlassen ist. Die Bewährungszeit entspricht allgemein dem Rest der Strafe, maximal jedoch einem Zeitraum von 5 Jahren. Entsprechend der Regelung bei der bedingten Strafaussetzung zur Bewährung kann die bedingte Entlassung mit Auflagen und Weisungen verbunden werden. Im Fall eines erforderlichen Widerrufs der bedingten Entlassung ist die Reststrafe zu verbüßen. Dabei ist unter Voraussetzung der Erfüllung der entsprechenden gesetzlichen Anforderungen erneut die Gewährung der bedingten Entlassung möglich.

II.1.3.2. Substanzielle Vollzugslockerungen

Der Vollzug der Freiheitsstrafe hat die soziale Wiedereingliederung des Gefangenen zum Ziel und dient zugleich dem Schutz der Gesellschaft durch die Verhütung neuer Straftaten.²⁰⁴ Die in Betracht kommende Vollzugslockerung hat ihren Platz im Konzept des genannten Vollzugszieles, dessen Verwirklichung die Lockerung andererseits nur dann zulässt, wenn dies mit den Sicherheitsinteressen der Gesellschaft vereinbar ist.

²⁰³ Art. 61 ff. port. StGB. Die Entscheidung fällt in die Kompetenz des Strafvollstreckungsgerichts. Für das Verfahren vgl. Art. 484 ff. port. StPO.

²⁰⁴ Vgl. Art. 2 Ziff. 1 und 2 des portugiesischen Strafvollzugsgesetzes (Gesetzesdekret Nr. 265/79 vom 1.8.1979, teilweise abgeändert durch Gesetzesdekret Nr. 49/80 vom 22.3.1980). Die Sicherheit der Gesellschaft bildet den Teil ihres Schutzes, bei dem es um die gebotene Abwehr von Gefahr geht, die gegebenenfalls in der Person des Verurteilten begründet ist. Im Hinblick auf die Generalprävention ist eine gegebenenfalls in Betracht kommende Begrenzung resozialisierender Maßnahmen auf das unabwiegend unter dem Gesichtspunkt positiver Generalprävention Erforderliche beschränkt, vgl. in diesem Sinne *Figueiredo Dias*, *Direito penal português*, S. 110 f.

Wesentlich für den Ablauf des Vollzugs ist die Erstellung des jeweils individuellen Vollzugsplans (*plano individual de readaptação*), der nach der Einweisung bei einer über 6 Monaten liegenden Dauer des Vollzugs stets zu erstellen ist.²⁰⁵ Der Inhalt dieses Plans muss bestimmten gesetzlich festgelegten Mindestanforderungen entsprechen.²⁰⁶ An erster Stelle handelt es sich um die Festlegung des Vollzugsregimes, das in die Alternativen des geschlossenen und des offenen Vollzugs geschieden ist. Das Gesetz²⁰⁷ sieht den geschlossenen Vollzug vor, soweit nicht die Voraussetzungen möglicher Einweisung in den offenen Vollzug bestehen. Diese Möglichkeit, die an das Einverständnis des Betroffenen gebunden ist, setzt voraus,²⁰⁸ dass nicht zu befürchten ist, der im offenen Vollzug Untergebrachte werde sich dem Strafvollzug entziehen oder die ihm eingeräumten Möglichkeiten zur Begehung von Straftaten nutzen. Die Einweisung zunächst in den geschlossenen Vollzug kann bei entsprechend günstiger Entwicklung des Gefangenen zur späteren Überweisung in den offenen Vollzug führen,²⁰⁹ ferner bildet die Vorbereitung für die bedingte Entlassung Anlass für die Entscheidung bestimmter in Betracht kommender Maßnahmen.²¹⁰

Im Einzelfall kann es so liegen, dass der Betroffene unter den benannten Voraussetzungen sogleich in den offenen Vollzug eingewiesen wird.

Als Vollzugslockerung²¹¹ kommt unter den dafür gestellten Voraussetzungen in Betracht, dass dem Gefangenen gestattet wird, die Anstalt unter Bewachung oder ohne Bewachung zu verlassen, um außerhalb der Anstalt der Arbeit nachzugehen oder Kurse der beruflichen Ausbildung oder Weiterbildung zu besuchen; auch kann dem Gefangenen gestattet werden, die Anstalt zu bestimmten Tagesstunden unter Bewachung oder ohne diese zu verlassen. Voraussetzung einer derartigen Maßnahme ist, dass der Gefangene seine Strafe im offenen Vollzug verbüßt²¹² oder sich in der Vorbereitungsphase der bedingten Entlassung befindet, wo die Vollzugs-

²⁰⁵ Vgl. Art. 8 – hier wie im Folgenden – des port. Strafvollzugsgesetzes (Fn. 206).

²⁰⁶ Dazu näher Art. 9. Hervorzuheben bleibt hier lediglich, dass auch schon Angaben zu der nachstehend im Text behandelten Vollzugslockerung sowie zur Vorbereitung auf die bedingte Entlassung als obligatorischer Inhalt des individuellen Vollzugsplans festgelegt sind.

²⁰⁷ Vgl. Art. 14 Ziff. 1.

²⁰⁸ Vgl. Art. 14 Ziff. 2.

²⁰⁹ Der individuelle Vollzugsplan ist in Übereinstimmung mit der Entwicklung des Betroffenen zu aktualisieren (dazu Art. 9 Ziff. 3). Während die Abfolge geschlossener Vollzug, offener Vollzug, Vorbereitung auf die bedingte Entlassung einem insoweit berücksichtigten Progressionsgedanken Rechnung trägt, gibt es unter umgekehrten Voraussetzungen auch die Rückstufung aus dem offenen in den geschlossenen Vollzug (dazu Art. 14 Ziff. 3).

²¹⁰ Dazu Art. 15.

²¹¹ Das Strafvollzugsgesetz (hier Art. 58) behandelt das zu erörternde Thema unter dem Aspekt der „Flexibilität im Vollzug“ (*flexibilidade na execução*).

²¹² Diese Voraussetzung gehört zum Inhalt der erörterten Vorschrift.

lockerung im oben beschriebenen Sinne eine der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten darstellt.²¹³ Weitere Voraussetzungen sind die oben schon genannten persönlichen Bedingungen.²¹⁴ Ferner dürfen weder ernstliche Nachteile für die öffentliche Sicherheit noch eine etwaige Gefährdung general- und spezialpräventiver Belange entgegenstehen.²¹⁵ Auch außerhalb der erörterten Vollzugslockerung (ebenso außerhalb des offenen Vollzugs) gibt es Gestattungen, die Strafanstalt (mit oder ohne Bewachung) zu verlassen – bei besonderen Anlässen oder im Rahmen eines knapp bemessenen Hafturlaubs.²¹⁶

II.2. Befragung der Landesjuristen

II.2.1. Bildung der Stichprobe

Die Auswahl der neun Gesprächspartner folgte dem Anliegen, die mit dem portugiesischen Strafrecht in unterschiedlichen Funktionen befassten Berufsgruppen zu Wort kommen zu lassen. Durch Vermittlung eines Hochschullehrers, der über entsprechend weitreichende Kontakte verfügt, kamen für die Praxis Gespräche mit jeweils zwei Richtern, Staatsanwälten und Verteidigern zustande, ferner Gespräche mit zwei Dozenten des Centro de Estudos Judiciários (Richterschule) sowie mit einem Hochschullehrer. Bei diesem handelt es sich um einen einflussreichen Gelehrten, der zugleich als Mitgestalter der Vorarbeiten für gesetzliche Reformen auf dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts hervorgetreten ist. Die beiden Dozenten des Centro de Estudos Judiciários repräsentieren die ihrer Stellung entsprechende Verknüpfung von Wissenschaft und Praxis, mit der sie durch einschlägige Berufserfahrung und die Ausrichtung ihrer Lehrtätigkeit besonders verbunden sind. Mit den befragten Richtern, Staatsanwälten, Dozenten des Centro de Estudos Judiciários sowie einem der beiden Verteidiger bestanden zuvor keine eigenen persönlichen Kontakte. Bei den Richtern und Staatsanwälten handelte es sich ausschließlich um Praktiker auf der Ebene der Instanzgerichte.

²¹³ Bei den Vorkehrungen im Rahmen des Art. 15 kann es sich handeln um: Einweisung in den offenen Vollzug, Maßnahmen im Sinne des Art. 58 (im Text erörtert), Gestattungen, die Anstalt vorübergehend ohne Bewachung zu verlassen, und zwar in den letzten 9 Monaten für maximal 6 Tage pro Monat, um außerhalb der Anstalt zu arbeiten oder eine Ausbildungseinrichtung zu besuchen, oder in den letzten 3 Monaten (ohne benannte Zweckbestimmung) für maximal 8 Tage.

²¹⁴ Es darf nicht zu befürchten sein, der Betroffene werde sich dem Strafvollzug entziehen oder die ihm eingeräumten Möglichkeiten zu Straftaten nutzen.

²¹⁵ Vgl. Art. 58 Ziff. 2 (dort auch die in Fn. 216 genannten Voraussetzungen).

²¹⁶ Vgl. dazu die einschlägigen Bestimmungen aus dem V. Titel des Strafvollzugsgesetzes. Hafturlaub (*saidas prolongadas*) gibt es im offenen Vollzug für maximal 16 Tage im Jahr (Art. 59 mit den insoweit zu beachtenden Voraussetzungen), im geschlossenen Vollzug für 2x 8 Tage im Jahr (näher dazu Art. 61; vgl. auch den Ausschluss nach Art. 52 e).

II.2.2. Verlauf der Gespräche

Die Gespräche fanden im Frühjahr 1997 im Zeitraum von neun Tagen statt (6. bis 14.3.1997), und zwar mit sieben Partnern in einer an der Universität Coimbra zur Verfügung gestellten Räumlichkeit. Der Ort der beiden weiteren Gespräche war das Centro de Estudos Judiciários in Lissabon.

Die jeweilige Gesprächsdauer betrug zwischen einer und zwei Stunden. Den Gesprächspartnern lagen die zu erörternden und ihnen zuvor nicht bekannten Fallvarianten in einer für die Erörterung gefertigten portugiesischen Übersetzung vor. Das Gespräch wurde in portugiesischer Sprache geführt. Nach einer Vorerörterung folgte eine eingehende und grundlegende Besprechung der Fallvariante 1. Die drei weiteren Varianten wurden im Hinblick auf die insoweit vorhandenen Unterschiede besprochen. Der Schwerpunkt lag bei den materiellrechtlichen Fragen. Die Erörterung der ausgewählten Fragen zum Strafverfahren erfolgte in einem Durchgang in Anbindung an Fallvariante 1, wobei die allgemeine Lage zu den erfragten Positionen im Vordergrund stand. Wenig ergiebig waren Erörterungen zur Strafvollstreckung. Hier und in einigen anderen Zusammenhängen wurde häufiger zur Geltung gebracht, dass die erörterten Fallvorgaben für weiter reichende Beurteilungen zu wenig Substanz hätten. Mit anderen Worten: Für zutreffende Beurteilungen wären letztlich noch weitere Informationen nötig, die der Fall nicht liefert, so etwa – aber nicht nur – im Bereich der Strafzumessung und im Zusammenhang mit der Strafvollstreckung. Besonders dort, wo die eingehendere Kenntnis der Persönlichkeit der T und deren Entwicklung eine wichtige Voraussetzung der jeweils individuell angepassten Beurteilung wäre, wären weitere Informationen nötig gewesen. Auch eindeutige Antworten sind daher teilweise mit einem entsprechenden Vorbehalt gedacht.

Vorhandene Lücken ergeben sich teilweise aus den Besonderheiten des Gesprächsverlaufs, gelegentlich haben sich technische Pannen eingestellt, sodass Lücken bei der möglichen Übertragung der Texte aus den Bandaufnahmen entstanden sind. Ein besonderes Problem stellte die später erwünschte Übertragung der Ergebnisse in differenzierte und nuancierte Tabellen dar. Eine nur in wenigen Fällen mögliche Differenzierung von Auskünften unter den Aspekten „eigene Ansicht“, „Wie würde wohl entschieden?“ ist schließlich nicht mehr berücksichtigt, weil der angesichts der Lücken erforderliche Anteil an Interpretationen mit ihren Unsicherheiten übergroß gewesen wäre. Auch die bezüglich der Stellungnahmen erwünschten Nuancierungen bereiteten Schwierigkeiten, die jedoch in gewissen Grenzen überwindbar erschienen. Insgesamt ist auch darauf zu verweisen, dass (jedenfalls gilt das für den Bearbeiter) mit den Befragungen Neuland betreten wurde, spätere Unternehmungen jedoch von den bisherigen Erfahrungen profitieren mögen. Den portugiesischen Gesprächspartnern ist zu bescheinigen, dass sie sich mit großem Engagement und unübertrefflicher freundlicher Kooperationsbereitschaft für die Fallerörterungen zur Verfügung gestellt sowie wesentliche Einsichten aus ihrer Berufspraxis erschlossen haben, auf denen der Ertrag der Befragung beruht. Auch an dieser Stelle ist ihnen dafür herzlich zu danken.

III. Beurteilung der Fallvarianten

Vorbemerkung: Für die jeweiligen rechtlichen Vorgaben wird ergänzend auf die entsprechenden Rubriken im voranstehenden Teil über die rechtlichen Rahmenbedingungen (Ziff. II.1.) und die dortigen Nachweise Bezug genommen.

III.1. Fallvariante 1

III.1.1. Materielle rechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.1.1.1. Tatbestandliche Einstufung

III.1.1.1.1. Rechtliche Vorgaben

Der Systematik des portugiesischen Strafgesetzbuchs entspricht eine mehrgliedrige Erfassung der Tötungsverbrechen. Im Rahmen der Fallbeurteilung bietet sich eine dreigliedrige Ordnung, bei der Art. 131 (einfache vorsätzliche Tötung) den Grundtatbestand liefert, während Art. 132 (qualifizierte vorsätzliche Tötung) und Art. 133 (privilegierte vorsätzliche Tötung) die tatbestandlichen Abstufungen gegenüber dem Grunddelikt zum Ausdruck bringen. Die Besonderheit und zugleich auch Schwierigkeit der Abgrenzung ergibt sich aus dem dabei zur Anwendung gelangenden Verfahren. Bedeutung hat ferner die Frage des Verhältnisses zu einer allgemeinen Regelung auf dem Gebiet der Strafzumessung, nämlich zu der Regelung besonderer Strafmilderung in Art. 72 port. StGB.

Nach dem Verständnis der in Rede stehenden Tötungstatbestände liegt es so, dass sich die qualifizierte von der einfachen vorsätzlichen Tötung ausschließlich auf der Ebene des Schuldtatbestands unterscheidet. Die Qualifikation bezieht sich auf Fälle, die eine besondere Vorwerfbarkeit (*especial censurabilidade ou perversidade*) zum Ausdruck bringen. Während eine Zuweisung zum Schuldtatbestand, freilich nur für Teile der Mordqualifikation, auch in Deutschland durchaus geläufig ist,²¹⁷ kommt für das portugiesische Recht nun allerdings eine weitere Besonderheit hinzu: Die Konzeption der ausschließlich²¹⁸ schuldsteigernden Relevanz der qualifizierten Tötung ist mit der Technik der Regelbeispiele verbunden.²¹⁹ Danach ist in Rechnung zu stellen, dass die Verwirklichung eines der zahlreichen und unterschiedlich gearteten Beispiele nicht zwangsläufig auch zur Bejahung des vo-

²¹⁷ So etwa im Hinblick auf das Merkmal der Habgier in § 211 StGB, das als echtes Gesinnungsmerkmal dem Schuldtatbestand zugerechnet wird. Vgl. dazu *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil, S. 472 f.

²¹⁸ Oder jedenfalls im Ansatz primär ausschlaggebend, vgl. dazu *Figueiredo Dias*, oben in Fn. 32.

²¹⁹ Zum Verständnis dieser Verfahrensweise *Figueiredo Dias*, oben unter Fn. 32 und 33 sowie im dazugehörigen Text.

rausgesetzten besonderen Schuldvorwurfs führt und andere, vergleichbare, wenn auch nicht eigens benannte Umstände den Anforderungen einer Verurteilung wegen qualifizierter Tötung (Art. 132) genügen können.

Bei einer Betrachtung der Liste der Regelbeispiele des Art. 132 in der zur Zeit der Gespräche geltenden Fassung ist zu bemerken: Das Kriterium bestimmter familienrechtlicher Beziehungen zwischen Täter und Opfer (Art. 132 Ziff. 2 a) erstreckt sich nicht auf das Eheband, sodass die Beurteilung der Tötung des Ehemanns unter Rückgriff auf familienrechtliche Beziehungen lediglich bei entsprechend erweiterter Gewichtung (Gleichstellung des Ehebandes) in Betracht kommen könnte.²²⁰ Als weiteres Kriterium zu benennen ist der Gebrauch eines „heimtückischen Mittels“ (*meio insidioso*).²²¹ Nach der Rechtsprechung handelt es sich um einen weiten Begriff, der „falsche, verräterische und treuwidrige Mittel“ erfasst,²²² dementsprechend auch die Anwendung des Regelbeispiels auf den Ehemann, der seine Frau im Schlaf erstickt.²²³

In der Neufassung aus dem Jahr 1998 – jetzt Art. 132 Ziff. 2 g – ist der Terminus nunmehr allerdings durch „besonders gefährlich“ ersetzt. Im Rahmen der Regelbeispiele, bei denen stets auch zu entscheiden ist, ob *in casu* auf die vorausgesetzte besondere Schuldsteigerung zu schließen ist, sind für den Fall schließlich auch noch die Kriterien des Art. 132 Ziff. 2 g relevant. Dabei geht es zum einen um „Gefühlskälte“ (*frieza de animo*), zum anderen um die „Überlegung“ hinsichtlich der zur Anwendung gelangenden Tatmittel und schließlich um die Aufrechterhaltung des Tötungsvorsatzes über einen Zeitraum von mehr als 24 Stunden.

Der Privilegierungstatbestand (Art. 133) betrifft vorsätzliche Tötungen mit der Besonderheit einer deutlich gemilderten Schuld des Täters, die sich daraus ergibt,

²²⁰ In der veröffentlichten Rechtsprechung ist, soweit ersichtlich, kein Fall einer Erstreckung des Merkmals auf andere als die genannten familiären Beziehungen vorhanden. In der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 16.11.1983, veröffentlicht in BMJ 331, 326, hat es das Gericht abgelehnt, den Fall der Tötung des Schwiegersohnes gleichzustellen. Häufig ist der umgekehrte Hinweis, dass die Merkmale des Art. 132 Ziff. 2 port. StGB im Zusammenhang mit dem Verständnis der Qualifikation stets darauf zu überprüfen sind, ob sie im Einzelfall den erforderlichen gesteigerten Schuldvorwurf zum Ausdruck bringen, also nicht eine automatische, sondern entsprechend einschränkende Berücksichtigung geboten ist. In diesem Sinne verschiedene Judikate in der Auflistung der Rechtsprechung bei *Maia Gonçalves*, Código Penal, S. 456 ff. (bei Art. 132 port. StGB).

²²¹ Es handelt sich um eines der in Art. 132 Ziff. 2 f (a.F.) port. StGB zusammengestellten Regelbeispiele.

²²² Vgl. die Entscheidung des Distriktgerichts Porto vom 2.7.1986, nachgewiesen in BMJ 359, 775 („meios aleivosos, traiçoeiros e desleais“).

²²³ Vgl. die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 4.7.1996, abgedruckt in Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça IV (1996), Band 2, S. 222. Die bloße Benutzung eines Messers (genauer: *navalha*) als Tatwaffe genügt dagegen noch nicht. Vgl. dazu die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 10.12.1997, abgedruckt in BMJ 472, 142. Vgl. schließlich auch noch unten Fn. 226 im Hinblick auf die dort berücksichtigte Konstellation.

dass der Täter „durch eine verständliche heftige Aufwallung des Gefühls, Mitleidsregung, Verzweiflung oder durch ein Motiv von gesellschaftlich oder sittlich relevantem Wert“ bestimmt wurde.

Schließlich ist auf den besonderen Strafmilderungsgrund des Art. 72 hinzuweisen. Die Vorschrift kombiniert die leitenden Kriterien deutlicher Minderung des Tatunrechts, der Schuld des Täters oder des Strafbedürfnisses mit einer Auflistung beispielhaft dafür in Betracht kommender Umstände. Insoweit könnte Bedeutung haben: Handeln des Täters unter dem Einfluss einer schweren Bedrohung oder dem Einfluss einer Person, von der der Täter abhängig ist (Art. 72 Ziff. 2 a), Handeln des Täters im Zusammenhang mit einer ungerechtfertigten Provokation oder unverdienten Verletzung vonseiten des Opfers (Art. 72 Ziff. 2 b).²²⁴ Zu beachten ist das Verhältnis der Vorschrift zu den Tötungstatbeständen im Hinblick auf verbotene Doppelwertung: Verbot gleichzeitiger Anwendung der Art. 132 und 72²²⁵ sowie die entsprechende Problemstellung im Verhältnis von Art. 133 und 72.²²⁶

III.1.1.1.2. Ergebnisse der Befragung

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Summe
Art. 131	1	3	0	2	3	9
Art. 132	3	2	0	2	2	9
Art. 133	0	0	1	2	6	9

Die Stellungnahmen im Sinne der qualifizierten vorsätzlichen Tötung (Art. 132) beriefen sich auf die Kriterien der „Gefühlskälte“ (so ausdrücklich in zwei eindeutigen Voten, weniger darauf abstellend jedoch das weitere eindeutige Votum), des Gebrauchs eines „heimtückischen Mittels“ (durchgängig in allen befürworteten

²²⁴ Hinzuweisen ist auf eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 5.2.1992, abgedruckt in Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Colectânea de Jurisprudência XVII (1992), Band 1, S. 30, bei der es um die Beurteilung der Tötung des Ehemanns ging, der über Jahre die Täterin körperlich und seelisch misshandelt hatte. In diesem Fall wurde der Tatbestand der qualifizierten vorsätzlichen Tötung verneint, weil die Anwendung eines „heimtückischen Mittels“ (*meio insidioso*) hier nicht die Bedeutung der von der Qualifikation vorausgesetzten Schuldsteigerung hatte. Das Gericht erkannte weiterhin auf gemilderte Schuld im Sinne des Art. 72, wobei die Feststellung herabgesetzter Schuldunfähigkeit maßgeblich war (erhebliche Milderung der Schuld ohne Rückgriff auf eines der Regelbeispiele).

²²⁵ Dem Verbot entspricht die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 2.5.1996, nachgewiesen bei *Maia Gonçalves*, Código Penal, hier S. 462.

²²⁶ Die im Fall der Anwendung des Art. 133 berücksichtigte Schuldmilderung kann nicht nochmals über Art. 72 in Rechnung gestellt werden.

Voten), der „Überlegung“ in Bezug auf das Tatmittel und des längeren Durchhaltens des Tötungsvorsatzes (so ausdrücklich in zwei eindeutigen Voten). Im Hinblick auf die mit der Regelbeispielstechnik verbundenen Unsicherheiten ergab sich teilweise sowohl die Verweigerung des Indizcharakters (Bejahung sowohl des „heimtückischen Mittels“ als auch der „Gefühlskälte“ beziehungsweise der Planungsgesichtspunkte bei doch gleichzeitiger Beurteilung des Fehlens der vorausgesetzten gesteigerten Schuld im Sinne der Qualifikation) als auch z.T. ein in Betracht zu ziehender Rückgriff auf vergleichbare, wenn auch nicht eigens benannte Umstände. Diese wurden jedoch als Ausdruck der gesteigerten Schuld angesprochen (mögliche Gleichstellung des Ehebandes zwischen Täter und Opfer mit den ausdrücklich benannten Beispielen familienrechtlicher Beziehungen zwischen Täter und Opfer; die nur teilweise aufgegriffene Gleichstellungsfrage wurde aber auch ausdrücklich abgelehnt). Die Voten für einfache vorsätzliche Tötung ergeben sich naturgemäß aus der Verneinung qualifizierender Umstände. Soweit der Privilegierungsstatbestand (Art. 133) nicht ausdrücklich verneint wurde, lag es an der weiteren Klärung für bedürftig erachteter Fragen einer Verzweiflungstat. Über Art. 72 ist erst später zu berichten, doch ist schon hier zu vermerken, dass nicht durchgängig auf das Verbot einer gleichzeitigen Anwendung des Art. 132 (qualifizierte vorsätzliche Tötung) und des Art. 72 (besonderer Strafmilderungsgrund) geschlossen wurde, sodass sich das Spektrum um diese spezifische Variante erweiterte.

III.1.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen

III.1.1.2.1. Rechtliche Vorgaben

Alle Gesprächspartner wurden danach befragt, ob in der zu beurteilenden Fallkonstellation die Möglichkeit des entschuldigenden Notstandes (Art. 35) in Betracht zu ziehen ist. Es handelt sich bei der portugiesischen Vorschrift um eine § 35 des deutschen StGB nahestehende Regelung.²²⁷ Ausgangspunkt der erbetenen Stellungnahme war die unter Umständen mögliche Anknüpfung an den Gesichtspunkt einer Dauergefahr.

Der Verlauf der materiellrechtlichen Fallerörterung ergab keinen Anlass, Straffreiheit unter dem Gesichtspunkt der Unzurechnungsfähigkeit (Art. 20) zu erfragen.

²²⁷ Abweichend jedoch: Zu den in Betracht kommenden bedrohten Rechtsgütern gehört auch die Ehre; der Fall der Gefahr für einen Dritten ist nicht auf Angehörige des Täters oder ihm nahestehende Personen beschränkt; schließlich muss es stets so liegen, dass vom Täter nach den Umständen des Falles ein anderes Verhalten vernünftigerweise nicht zu verlangen war. Nach Art. 35 Ziff. 2 port. StGB kommt bei entsprechender Notlage im Hinblick auf andere Rechtsgüter als Leben, körperliche Unversehrtheit, Ehre oder Freiheit, die Anwendung des besonderen Strafmilderungsgrundes (Art. 72, 73 port. StGB) sowie in Ausnahmefällen Absehen von Strafe in Betracht.

gen.²²⁸ Die portugiesische Regelung des Falls der Unzurechnungsfähigkeit beruht auf der Kombination eines Krankheitsbefundes (psychische Anomalie) mit einem dadurch bedingten Verlust der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit. Auch im Fall erheblich verminderter Zurechnungsfähigkeit kann es zu entsprechender Straffreiheit kommen.²²⁹ Die Freistellung führt unter den dafür gestellten weiteren Voraussetzungen²³⁰ zur Anordnung der Unterbringung in einer psychiatrischen Anstalt (Verhängung der entsprechenden Sicherungsmaßregel). Dass es auf Straffreiheit unter Aspekten fehlender Zurechnungsfähigkeit hinauslaufen könnte, lag *in casu* offensichtlich außerhalb der möglichen Beurteilung. Im Übrigen ist zu bemerken, dass Gesichtspunkte des Affekts in gewisser Weise jedenfalls schon in dem Privilegierungstatbestand des Art. 133 einfließen. Die Stellungnahme zu Art. 133 ist deshalb an dieser Stelle nochmals in Erinnerung zu rufen.

III.1.1.2.2. Ergebnisse der Befragung

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Summe
Entschuldigung nach Art. 35 port. StGB	0	0	0	1	8	9

Zur Straffreistellung infolge von Unzurechnungsfähigkeit (Art. 20 port. StGB) gab es infolge fehlender Relevanz keine Befragungsergebnisse.²³¹

²²⁸ Eine gewisse Unstimmigkeit könnte sich im Hinblick auf die Einzelstimme eines Verteidigers ergeben – bezüglich einer geäußerten Strategie der Beauftragung eines psychiatrischen Sachverständigen (vgl. dort unter der entsprechenden späteren Rubrik des Strafverfahrensrechts), doch ergibt der Zusammenhang, dass die befürwortete Expertise mit der Erlangung einer besonderen Strafmilderung verbunden ist. Zur materiellrechtlichen Lage hat sich der Befragte dahin geäußert, dass auf Art. 132 port. StGB (qualifizierte vorsätzliche Tötung) i.V.m. Art. 72 port. StGB (besonderer Strafmilderungsgrund) zu schließen sei (mit einer prognostizierten Strafe von 12 Jahren Gefängnis).

²²⁹ Vgl. Art. 20 Ziff. 2 und 3 port. StGB. Es kann aber auch so sein, dass verminderte Schuldfähigkeit zu einer über Art. 72 port. StGB entsprechend gemilderten Strafe führt (vgl. die Entscheidung, auf die oben in Fn. 226 hingewiesen worden ist). In jedem Fall stellt das portugiesische Strafrecht sicher, dass als freiheitsentziehende Rechtsfolge nur eine Strafe oder – unter den entsprechenden Voraussetzungen – eine Sicherungsmaßregel in Betracht kommt (Grundsatz der Einspurigkeit).

²³⁰ Vgl. dazu oben II.1.1.3.

²³¹ Dazu oben im Text mit Fn. 230.

III.1.1.3. Strafraumenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.1.1.3.1. Rechtliche Vorgaben

III.1.1.3.1.1. Konkret anzuwendender Strafraumen

Auszugehen ist von den in Betracht kommenden Tötungstatbeständen, d.h.:

Art. 131 (einfache vorsätzliche Tötung):	Gefängnis von 8 bis 16 Jahren
Art. 132 (qualifizierte vorsätzliche Tötung)	Gefängnis von 12 bis 25 Jahren
Art. 133 (privilegierte vorsätzliche Tötung)	Gefängnis von 1 bis 5 Jahren

Die Ausgangslage verändert sich bei Anwendung der besonderen Strafzumessungsregel des Art. 72, die eine Art. 73 entsprechende Herabstufung der Strafraumen zur Folge hat. Danach wird die Obergrenze der Gefängnisstrafe um ein Drittel herabgesenkt, während die Untergrenze, wenn sie wenigstens bei drei Jahren liegt, auf ein Fünftel und in den anderen Fällen auf das gesetzliche Mindestmaß herabsinkt.²³²

III.1.1.3.1.2. Strafzumessungsfaktoren

Die genannten Straftatbestände weisen spezifische Merkmale auf, die im Rahmen der für die Fallbeurteilung in Betracht kommenden Relevanz in ihrem spezifischen Verständnis bereits oben unter III.1.1.1. behandelt worden sind. Dabei war hervorzuheben, dass die Qualifikation des Art. 132 infolge der zur Anwendung gebrachten Regelbeispielstechnik letztlich stets an die Feststellung des vorausgesetzten gesteigerten Schuldvorwurfs gebunden ist.²³³

Bei Abwesenheit der Voraussetzungen der besonderen Strafmilderung, die in Art. 72 und in weiteren Einzelbestimmungen geregelt ist, richtet sich die Strafzumessung innerhalb der jeweils vorgegebenen Strafraumen nach der schon oben²³⁴ dargestellten Regelung in Art. 71 port. StGB.

Im Falle der Voraussetzung der besonderen Strafmilderung mit der Folge der Strafraumenverschiebung des Art. 73 port. StGB sind die in Art. 72 dafür genannten Regelbeispiele²³⁵ sowie gegebenenfalls einschlägige Festlegungen in Einzel-

²³² Vgl. auch dazu das oben im Zusammenhang mit II.1.1.4 erstellte Schaubild.

²³³ Dazu eingehender oben im Text unter Ziff. II.1.1.2.

²³⁴ Im Text unter Ziff. II.1.1.4.

²³⁵ Dazu oben im Text unter Ziff. II.1.1.4.

regelungen²³⁶ zu beachten.²³⁷ Innerhalb des danach abgeänderten Strafrahmens sind für die Bemessung der konkreten Strafe wiederum die in Art. 71 port. StGB zum Ausdruck gebrachten Grundsätze zu beachten.

III.1.1.3.2. Ergebnisse der Befragung

Die Befragung bezog sich zunächst darauf, ob auf Art. 72 (besondere Strafmilderung) zu schließen ist.

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Summe
Anwendung des Art. 72	2	5	1	0	1	9
Darunter:	Art. 131 i.V.m. Art. 72 = 4 Voten					
	Art. 132 i.V.m. Art. 72 = 4 Voten					

Gründe für die Befürwortung der Anwendung des Art. 72 (teilweise auch unter dem Vorbehalt, es sei weiter reichende Aufklärung geboten).

Art. 72 Ziff. 2 b (vor allem²³⁸ ungerechtfertigte Provokation durch Tatopfer): 3 Voten.

Art. 72 Ziff. 1 (erhebl. Unrechts- bzw. Schuld-milderung allgemein):²³⁹ 3 Voten.

Ohne Angabe von Gründen: 1 Votum.

Die Antwort „Unentschieden“ bezieht sich auf die Unsicherheit des Ausgangs bei Art. 132 oder Art. 131 (in diesem Fall Art. 72, gestützt auf Art. 72 Ziff. 2 b: ungerechtfertigte Provokation).

²³⁶ Beispiele dafür sind fehlendes Unrechtsbewusstsein (Art. 17 Ziff. 2: fakultativer Strafmilderungsgrund) oder die zwingende Strafmilderung, wenn der Täter lediglich eine versuchte Tatbegehung zu verantworten hat (Art. 23 Ziff. 2 port. StGB). Dagegen bildet verminderte Schuldfähigkeit, soweit nicht auf Unzurechnungsfähigkeit erkannt wird (dazu oben im Zusammenhang mit Fn. 231), einen Fall der Anwendung des Art. 72 (allgemeiner Fall entsprechender Schuld-milderung, die unabhängig von der Verwirklichung eines der Regelbeispiele in Betracht kommt).

²³⁷ Auch bei Prüfung der Voraussetzungen des Art. 72 ist das Doppelverwertungsverbot zu beachten, auf das oben unter III.1.1.1.1. am Ende bereits hingewiesen wurde, das jedoch nicht durchgängig beachtet wird.

²³⁸ Daneben in einem Votum auch „Tatbegehung durch einen vom Opfer Abhängigen“ (zur selben Ziffer gehörig).

²³⁹ Das heißt ohne Rückgriff auf die als für die Entscheidung nicht relevant beurteilten Regelbeispiele des Art. 72 Ziff. 2.

Die Ablehnung durch 1 Votum beruht auf der gesetzlichen Unzulässigkeit, Art. 72 neben dem befürworteten Art. 132 anzuwenden.

Konkrete Sanktionsprognose:

Allgemein ist zu bemerken, dass die Strafzumessung auch nach portugiesischem Verständnis eine weit über die Daten der Fallkonstellation reichende Kenntnis weiterer Umstände und vor allem eine Kenntnis der Persönlichkeit des Täters voraussetzt. Schon bei der voranstehenden Rubrik konnte es sich daher zum Teil nur um Annäherungswerte handeln. Für die vorliegende Frage der Strafzumessung innerhalb der gegebenen Strafrahmen schien es wenig sinnvoll, die Befragung auf einzelne Kriterien des Art. 71 zu erstrecken, entsprechende Unterfragen wiederum zueinander zu gewichten und auf diese Weise das Gesamtergebnis zu erarbeiten. Nach dieser Vorbemerkung ist als Ergebnis festzuhalten:

Strafdauer (Gefängnis in Jahren)	Prognose (Anzahl)	Erklärung dazu
6–7	2	(Art. 131 u. Art. 72), eine davon unter dem Vorbehalt noch weiterer Aufklärung bezüglich Anwendung des Art. 72
9	1	(Art. 131 und Art. 72)
9–10	1	(Art. 131 bei Ablehnung des an sich befürworteten Art. 72)
10	1	(Art. 132 und Art. 72)
10–12	2	(Art. 131 ohne Art. 72 bzw. Art. 132 mit Art. 72)
12	2	(Art. 132 mit Art. 72)
15 (nicht über 15 Jahre)	1	(Art. 132 ohne Art. 72)

III.1.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte

Es ist daran zu erinnern, dass die Regelbeispiele des Art. 132 nur dann zur Bejahung der qualifizierten vorsätzlichen Tötung führen, wenn sie als Ausdruck der verlangten spezifischen Schuldsteigerung Bestand haben.

Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben haben sich²⁴⁰ 5 Voten für die Bejahung des Art. 132 ausgesprochen. Diese Beurteilung ist in allen fünf Fällen auf entspre-

²⁴⁰ Die folgenden Angaben beziehen sich auf die bejahende Beurteilung der in Betracht kommenden Merkmale. Die Unterscheidung in Bezug auf die Heranziehung mehrerer

chende Bejahung der Heimtücke („meio insidioso“ – Art. 132 Ziff. 2 f) gestützt worden, in vier Fällen ist das Votum außerdem gestützt auf die überlegte Einsetzung des Tatmittels („reflexão sobre os meios empregados“ – Art. 132 Ziff. 2 g), in drei Fällen weiterhin auf Gefühlskälte („frieza de ânimo“ – Art. 132 Ziff. 2 g); die über lange Zeit andauernde Aufrechterhaltung des Tötungsvorsatzes (Art. 132 Ziff. 2 g) ist in einem Votum (zusätzlich) benannt.

Bei den hier in Rede stehenden Entscheidungen für Art. 132 haben vier Voten dennoch eine Anwendung des besonderen Strafmilderungsgrundes (Art. 72) befürwortet, in zwei Fällen davon gestützt auf „ungerechtfertigte Provokation von Seiten des Opfers“ (Art. 72 Ziff. 2 b), in einem Fall ohne Rückgriff auf eines der Regelbeispiele. Ein Votum für Art. 72 ist ohne Begründung geblieben.

Zurückgekehrt zur Ausgangsfrage des Art. 132 ist festzustellen, dass vier Voten dessen Anwendung nicht befürworten. Es handelt sich um Beurteilungen, die im Hinblick auf in Betracht kommende Regelbeispiele die Ansicht vertreten, es fehle jeweils daran, in der Verwirklichung derartiger Beispiele den Ausdruck der verlangten spezifischen Schuldsteigerung zu erkennen.

In drei der Voten wird im Weiteren die Anwendung des Art. 72 befürwortet, in zwei Fällen unter Berufung auf das Regelbeispiel der „ungerechtfertigten Provokation von Seiten des Opfers“ (Art. 72 Ziff. 2 b), in einem Fall ohne Rückgriff auf eines der Regelbeispiele.

III.1.2. Einflüsse des Strafverfahrens

Die Befragung zu strafverfahrensrechtlichen Aspekten erfolgte zur Kennzeichnung der Lage und Problemstellung in den angesprochenen Bereichen des prozessualen Ablaufs, eher im Sinne von Rahmenbedingungen und Präferenzen denn als durchgängiger Ausdruck konkreter Strategien. Die Anbindung an Fallvariante 1 lässt bei dieser Verfahrensweise gewisse Spielräume der Interpretation, reicht andererseits aber auch in die Problemstellungen der später nicht mehr eigens erörterten prozessualen Lage bezüglich der übrigen Fallvarianten hinein, sodass Besonderheiten dort teilweise noch gekennzeichnet werden können.

III.1.2.1. Einflussnahme auf Spruchkörper und Verfahrensart

In Übereinstimmung mit den unter II.1.2. gekennzeichneten Wesenszügen des portugiesischen Strafverfahrensrechts musste das Thema der hier zu behandelnden Rubrik erweitert werden. Zunächst stellt sich die Frage der Durchführung einer gerichtlichen Voruntersuchung (III.1.2.1.1.). Im Weiteren geht es um die Frage der Aburteilung durch das Geschworenengericht (III.1.2.1.2.).

Merkmale beschränkt sich ebenfalls auf das ausdrücklich Benannte, wobei das Fehlende nicht ohne Weiteres mit einer Ablehnung gleichgesetzt werden kann.

III.1.2.1.1. Die Frage der Durchführung einer gerichtlichen Voruntersuchung

III.1.2.1.1.1. Rechtliche Vorgaben

Bei der Behandlung des Regelablaufs des portugiesischen Strafverfahrens²⁴¹ ist verdeutlicht worden, dass es im Vorverfahren im Anschluss an das staatsanwaltlich geleitete Ermittlungsverfahren nur auf Antrag zu einer gerichtlichen Voruntersuchung kommt. Es gibt den Antrag des als „assistente“ Nebenbeteiligten, der jedoch auf die Konstellation eines nicht zur Anklage führenden Ermittlungsverfahrens beschränkt ist. Dagegen ist hier relevant, dass der mit einer Anklage konfrontierte Angeschuldigte das Recht hat, eine gerichtliche Voruntersuchung zu beantragen. Daher ist von Interesse zu erfahren, wie es um die praktische Wahrnehmung dieses Antragsrechts und damit die forensische Relevanz der gerichtlichen Voruntersuchung bestellt ist.

III.1.2.1.1.2. Ergebnisse der Befragung

Die Befragung hat ergeben, dass nur selten von der Möglichkeit der gerichtlichen Voruntersuchung Gebrauch gemacht wird, weil sie vielfach nicht notwendig erscheint und daher wegen der mit ihr verbundenen Verfahrensverzögerung als nachteilig empfunden wird. Es gibt jedoch gewisse Fälle, in denen die Durchführung einer gerichtlichen Voruntersuchung als angezeigt beurteilt wird.

Die beiden befragten Verteidiger haben unterschiedliche Positionen zum Ausdruck gebracht. Einer von ihnen wollte die gerichtliche Voruntersuchung nicht beantragen, um der Verteidigung in der Hauptverhandlung den Vorrang zu geben. Der andere äußerte sich dahin gehend, dass zwar in der größten Zahl der Fälle eine gerichtliche Voruntersuchung nicht beantragt werde, weil die Betroffenen die alsbaldige Klärung ihres Falles in der Hauptverhandlung anstrebten, es aber auch Konstellationen gebe, in denen die gerichtliche Voruntersuchung im Hinblick auf wichtige Beweise für eine spezielle Strafmilderung beantragt werde. Das Votum für die gerichtliche Voruntersuchung bezog sich auf die Notwendigkeit einer Persönlichkeitserforschung und die Einschaltung eines Psychiaters.

Die übrigen, als Antragsteller selbst nicht in Betracht kommenden Befragten haben nicht direkt Stellung genommen, sondern sich allgemein geäußert. Als Gründe für die Ausnahmefälle einer gerichtlichen Voruntersuchung wurde verwiesen auf die möglichen Anliegen, einer gegebenenfalls unbegründeten Anklage²⁴² entgegenzutreten oder eine Herabstufung der Anklage²⁴³ zu erlangen. Es wurde aber auch

²⁴¹ Vgl. oben unter II.1.2.2.

²⁴² Zum Beispiel infolge Nichtbeachtung einer Notwehrlage oder bei begründetem Zweifel an der Schuld des Betroffenen.

²⁴³ Z.B. Herabstufung einer qualifizierten vorsätzlichen zu einer einfachen vorsätzlichen Tötung.

darauf hingewiesen, dass mit zunehmenden Anklagen im Bereich der *white collar*-Kriminalität weiter reichende Gründe²⁴⁴ in Betracht kämen. Schließlich wurde ein Ansteigen der Zahlen in den letzten Jahren vermerkt, sodass nunmehr davon ausgegangen werden könne, dass in 6 bis 7 % der in Betracht kommenden Fälle Anträge auf gerichtliche Voruntersuchung gestellt werden.

III.1.2.1.2. Die Frage der Aburteilung durch das Geschworenengericht

III.1.2.1.2.1. Rechtliche Vorgaben

Es gehört zu den Besonderheiten des portugiesischen Strafprozesses,²⁴⁵ dass die Einrichtung von Geschworenengerichten mit einer Regelung verbunden ist, nach der dieser Spruchkörper mit Beteiligung von Laienrichtern (nicht Geschworenen im klassischen Sinne, sondern Schöffen) nur auf Antrag zur Aburteilung berufen ist. Im Hinblick auf die hier in Betracht kommenden Straftaten ergibt sich die Zuständigkeit des allein aus drei Berufsrichtern zusammengesetzten Kollektivgerichts, sofern nicht auf entsprechenden Antrag das Geschworenengericht zu entscheiden hat. Antragsberechtigt sind der Angeschuldigte, die Staatsanwaltschaft sowie gegebenenfalls auch der als „assistente“ Nebenbeteiligte. Bei dieser Ausgangslage ergibt sich die Frage, wie es in der Praxis mit derartigen Anträgen steht und welche Gründe für oder gegen eine Aburteilung durch das Geschworenengericht anzutreffen sind.

III.1.2.1.2.2. Ergebnisse der Befragung

Nach übereinstimmender Bekundung aller Befragten ist die Aburteilung durch das Geschworenengericht ein sehr seltenes Phänomen. Einer der beiden befragten Verteidiger hatte in seiner langjährigen Berufskarriere noch nie einen Antrag dieses Inhalts gestellt; ein Staatsanwalt benannte für eine Praxis von acht Jahren das Vorhandensein fünf derartiger Anträge; eine weitere konkrete Bezifferung aus der eigenen praktischen Erfahrung belief sich auf drei Fälle in 13 Berufsjahren. Bei den seltenen Fällen des Geschworenengerichts handelt es sich zwar nicht stets, aber offenbar vorrangig um entsprechende Initiativen der Verteidigung.

Bei den für die geringe Präsenz der Geschworenengerichte benannten Gründen handelte es sich um die fehlende Tradition,²⁴⁶ die Komplizierung des Verfah-

²⁴⁴ Nämlich den Mandanten allen erdenklichen Beistand in der Bewahrung vor der stigmatisierenden Wirkung des Hauptverfahrens zu leisten.

²⁴⁵ Näher dazu oben unter Ziff. II.1.2.2.

²⁴⁶ Es handelt sich bei der Einführung der Schwurgerichte um einen Teilaspekt der Redemokratisierung im Zusammenhang mit der durch die „Nelkenrevolution“ (25.4.1974) eingeleiteten Wende. In der Traditionsfrage geht es auch um die erst wachsende innere Bereitschaft zur Übernahme des Laienrichteramts. Die Befragung führte teilweise zur Be-

rens,²⁴⁷ Gesichtspunkte des Misstrauens²⁴⁸ sowie vielfach auch die Befürchtung härterer Strafen, wenn Laienrichter darüber zu befinden hätten. Diese Befürchtung wurde zum Teil auch ausdrücklich mit der besonders empfindlichen Reaktion der Öffentlichkeit auf Bluttaten in Beziehung gesetzt. Unter dem Blickwinkel der öffentlichen Reaktion kann es freilich in Einzelfällen entsprechender Konstellationen einer Tatbegehung auch so liegen, dass eine Gefühlskomponente zugunsten des Täters besteht und sich in der Strategie der Verteidigung zeigt, die Aburteilung durch das Geschworenengericht zu beantragen. Näheres im Sinne der Beurteilung der unterbreiteten Fallkonstellation ist den Befragungsergebnissen bei der teilweise in diese Richtung geöffneten Perspektive²⁴⁹ allerdings nicht zu entnehmen.

III.1.2.2. Besonderheiten des Beweisverfahrens

Aus der bereits oben²⁵⁰ näher gekennzeichneten Lage ist in Erinnerung zu rufen: Der auf die Erforschung der materiellen Wahrheit angelegte Strafprozess verbindet die insoweit durch die Prozessbeteiligten entfalteten Aktivitäten mit dem gerichtlichen Amtsermittlungsgrundsatz. Aufgrund der Bezeichnung der Beweismittel durch die Prozessbeteiligten im Vorfeld der Hauptverhandlung (vor allem „*acusação*“ und „*contestação*“ mit jeweils möglichen Ergänzungen) haben erst später in der Hauptverhandlung beantragte neue Beweiserhebungen im Verfahrensablauf eine entsprechend geringere praktische Bedeutung. Neue Beweiserhebungen kommen allerdings durchaus in Betracht, wobei die Anordnung von Amts wegen oder auf Antrag der Prozessbeteiligten dem Verfahrensauftrag der Wahrheitsermittlung unterstellt ist. Das Gesetz benennt die Gründe für die mögliche Ablehnung von Beweisanträgen.

Gegenstand der Befragung waren die Einführung neuer Beweismittel in der Hauptverhandlung auf Antrag der Prozessbeteiligten sowie die spezifische Lage in Bezug auf die Beauftragung eines psychiatrischen Sachverständigen.

nennung entsprechender Defizite. Teilweise wurden von den Befragten auch eine durchaus positive Einstellung zur Einführung der Geschworenengerichte sowie eine wünschenswerte Entwicklung benannt, die eine weiter reichende Präsenz dieser Gerichte zur Folge hat.

²⁴⁷ Bezogen speziell auf die dann im Einzelfall noch jeweils anstehende Bildung des Geschworenengerichts, das unbeschadet seiner Besetzung mit Schöffen keine ständige Einrichtung der Gerichtsorganisation darstellt.

²⁴⁸ Gesichtspunkte dieser Art beziehen sich auf eher zu befürchtende Einflüsse der Medien; hinzu kommt eine bestimmt geartete Entwicklung des Rechts, sodass dessen Anwendung wachsende Anforderungen an Professionalität stellt.

²⁴⁹ So von einem der befragten Verteidiger, der sich andererseits bei der materiellrechtlichen Fallbeurteilung im Sinne von qualifizierter vorsätzlicher Tötung (Art. 132 port. StGB) bei gleichzeitiger Anwendung des besonderen Strafmilderungsgrundes (Art. 72 port. StGB) geäußert und eine Strafe von 12 Jahren Gefängnis prognostiziert hat.

²⁵⁰ Vgl. insbesondere Ziff. II.1.2.3., aber auch zuvor unter Ziff. II.1.2.1.

III.1.2.2.1. Einführung neuer Beweismittel in der Hauptverhandlung auf Antrag der Prozessbeteiligten

III.1.2.2.1.1. Rechtliche Vorgaben

Im Hinblick auf die bereits erbrachten Vorklärunen genügt ein Hinweis auf Art. 340 port. StPO (Grundnorm zur Reichweite der Beweiserhebungen einschließlich der Gründe für die mögliche Ablehnung von Beweisanträgen).

III.1.2.2.1.2. Ergebnisse der Befragung

Die Befragung hat bestätigt, dass neue Beweisanträge in der Hauptverhandlung nicht sehr häufig sind. In einer Beurteilung ist von – freilich fallabhängig – häufigeren Fällen derartiger Anträge die Rede. Im Hinblick auf die Erfolgsaussichten wird vorwiegend die Ansicht vertreten, dass den Anträgen im Rahmen der gesetzlichen Voraussetzungen entsprochen werde. Teilweise wird auf Abstriche im Zusammenhang mit einer exzessiven Tendenz der Verfahrensbeschleunigung verwiesen oder ein zu beobachtender Wandel angesprochen, bei dem es sich um die in Gang befindliche Überwindung älterer, restriktiver Tendenzen handelt.²⁵¹

III.1.2.2.2. Zur spezifischen Lage in Bezug auf die Beauftragung eines psychiatrischen Sachverständigen

III.1.2.2.2.1. Rechtliche Vorgaben

Für die Rechtslage im Hinblick auf die Beauftragung eines Sachverständigen und in Sonderheit die psychiatrische Begutachtung wird auf die entsprechende Darstellung oben unter Ziff. II.1.2.3. verwiesen. Hervorzuheben ist, dass im Fall der psychiatrischen Begutachtung nicht jeder Fachmann in Betracht kommt, sondern der entsprechende Auftrag an eines der Institute für Gerichtsmedizin zu richten ist, wobei die Möglichkeit der ergänzenden Heranziehung von Psychologen und Kriminologen besteht. In begründeten Fällen ist die Heranziehung eines Sachverständigen obligatorisch. Sie ist ausdrücklich auch noch für die Hauptverhandlung möglich und in der dortigen Regelung mit einer insoweit notwendigen Unterbrechung der Hauptverhandlung in Beziehung gesetzt. Die Bedeutung des Votums eines Sachverständigen ist schließlich dadurch zum Ausdruck gebracht, dass ein gerichtliches Abweichen von den Ergebnissen der Begutachtung durch den Sachverständigen nach ausdrücklicher Regelung nur bei einer entsprechenden Begründung gestattet ist.

²⁵¹ Vgl. auch im Hinblick auf das zu Überwindende die früher in Fn. 172 vermerkte Position.

III.1.2.2.2. Ergebnisse der Befragung

Bezüglich der konkreten Lage des zu beurteilenden Falles hat sich lediglich ein Befragter – ein Verteidiger – dahin geäußert, dass er die Heranziehung eines psychiatrischen Sachverständigen beantragen würde, und zwar in einer daher für erforderlich erachteten gerichtlichen Voruntersuchung, wobei es in der Sache um die Erlangung einer speziellen Strafmilderung geht.

Den übrigen Äußerungen²⁵² sind allgemeinere Beurteilungen zu entnehmen, die zum Teil Unterschiede aufweisen. In einer der Äußerungen wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Einschaltung eines Psychiaters in Fällen von Tötungsverbrechen nicht die Regel ist. Dieser Standpunkt deckt sich mit drei weiteren Äußerungen, die einen (*in casu* nicht angenommenen) besonderen Anlass voraussetzen. Auch bei zum Ausdruck gebrachter Häufigkeit (2 Stellungnahmen) wird auf die Notwendigkeit des entsprechenden Anlasses verwiesen. In zwei Äußerungen wird schließlich zunächst die Einholung einer Persönlichkeitsbegutachtung²⁵³ berufen, deren Ergebnisse dann gestatteten, über die Notwendigkeit einer psychiatrischen Begutachtung zu entscheiden. Was den Zeitpunkt der Beauftragung eines Gutachters betrifft, wird zwar in der Regel bereits das Vorverfahren benannt, teilweise aber auch zur Geltung gebracht, dass bevorzugt das Urteilsverfahren abgewartet werde.²⁵⁴

III.1.2.3. Anforderungen an die Entscheidungsbegründung

III.1.2.3.1. Rechtliche Vorgaben

Die Anforderungen des Gesetzes an die Urteilsbegründung sowie die insoweit bestehende Kontrolle in der Rechtsmittelinstanz sind oben unter Ziff. II.1.2.4. eingehender dargestellt worden. Dabei war auch auf die wichtige Strafprozessreform vom 25.8.1998 einzugehen, die erst nach dem Zeitpunkt der im Rahmen dieses Projekts durchgeführten Befragung hinzugekommen ist.²⁵⁵

²⁵² Insgesamt liegen Äußerungen von 8 der 9 Befragten vor.

²⁵³ Vgl. dazu Art. 160 der port. StPO (*perícia sobre a personalidade*). Es handelt sich dabei um eine der Gerichtshilfe vergleichbare Einrichtung.

²⁵⁴ In diesen Zusammenhang passt andererseits auch eine Äußerung, bei Entscheidungen in der Hauptverhandlung (hier speziell allerdings im Zusammenhang mit den Geschworenengerichten) handle es sich normalerweise um Zurückweisungen, die wohl mit dem spezifischen Charakter der Erlangung einer entsprechenden Expertise (notwendige Einschaltung des Instituts für Gerichtsmedizin) in Verbindung stünden.

²⁵⁵ Die Reform hat Bedeutung sowohl für die Reichweite der Begründungspflicht als auch für die die Klärung und Erweiterung der entsprechenden Kontrollen. Außerdem handelte es sich bei den vormaligen Anfechtungsmöglichkeiten durchgängig allein um *eine* Möglichkeit des Rekurses, und zwar – im Hinblick auf die hier ausschließlich in Betracht kommende erstinstanzliche Zuständigkeit des Kollektivgerichts oder des Geschworenengerichts – um die alleinige Möglichkeit der Anfechtung zum Obersten Gerichtshof.

Die Befragung konzentrierte sich auf die gerichtliche Beweiswürdigung, deren Anforderungen im Sinne einer „kritischen Prüfung“ allerdings erst in der Fassung des Art. 374 Ziff. 2 (port. StPO) durch die Reform vom 25.8.1998 ausdrücklich berücksichtigt sind.

III.1.2.3.2. Ergebnisse der Befragung

Verfügbar sind die Angaben von 8 Befragten.

Obgleich vor der Reform vom 25.8.1998 befragt, haben sich alle Gesprächspartner im Sinne der Erforderlichkeit einer kritischen Beweiswürdigung in der Urteilsbegründung ausgesprochen, vorwiegend jedoch zugleich auf vorhandene Abstriche in der Praxis hingewiesen. Dabei handelt es sich darum, dass sich die Gerichte teilweise²⁵⁶ mit der bloßen Benennung der Beweismittel begnügen. Eine Äußerung gibt dem Wandel einer sich verändernden Praxis Ausdruck und verweist auf den vor allem noch auf dem Gebiet der Strafzumessung²⁵⁷ bestehenden Nachholbedarf.²⁵⁸ Unter Kontrollgesichtspunkten wurde in der Regel auf Art. 410 port. StPO²⁵⁹ verwiesen. In einer Äußerung wurde darüber hinaus ausdrücklich auch der im Zusammenhang mit Unzulänglichkeiten in Betracht kommende Nichtigkeitsaspekt²⁶⁰ benannt.

III.1.2.4. Verteidigungsstrategie und Absprachen

Zu diesem Thema liegen keine Erkenntnisse vor.

III.1.3. Einflüsse der Strafvollstreckung

Das Thema der Strafvollstreckung war für weiter reichende Erörterungen ungeeignet, und auf die Frage von Einflüssen war das Gespräch nicht gemünzt. Die kriminologische Forschung hat sich – soweit ersichtlich – noch nicht mit diesem Thema befasst.

²⁵⁶ In der Regel ohne nähere Gewichtung; anders wohl, wenn in einer Äußerung vorangestellt wird: Die Praxis macht es sich viel zu leicht!

²⁵⁷ Das Thema der Einhaltung der gesetzlich auch insoweit bestehenden Begründungspflicht (dazu näher oben unter Ziff. II.1.2.4.) wurde ergänzend in der einen referierten Äußerung angesprochen.

²⁵⁸ Abgesehen vom Thema der aber auch schon im Wandel begriffenen Praxis der Strafzumessungsbegründung liegt es nach dieser Äußerung so, dass gelegentlich sogar Übertreibungen in der Reichweite von Urteilsbegründungen zu konstatieren seien.

²⁵⁹ Vgl. dazu oben unter Ziff. II.1.2.4.

²⁶⁰ Auch dazu näher oben unter Ziff. II.1.2.4.

III.1.3.1. Bedingte Entlassung

III.1.3.1.1. Rechtliche Vorgaben

Die rechtlichen Vorgaben entsprechen den Darlegungen oben unter Ziff. II.1.3.1. (bedingte Entlassung).

Da es sich im vorliegenden Zusammenhang um eine Straftat gegen die Person handelt und alle Befragten eine Strafe von über 5 Jahren Gefängnis prognostiziert haben, ist die besondere Regelung in Art. 61 Ziff. 4 port. StGB zu beachten. Danach kann hier eine bedingte Entlassung frühestens nach Verbüßung von zwei Dritteln der Strafe in Betracht kommen, und dafür ist neben einer entsprechenden günstigen Prognose²⁶¹ weiterhin erforderlich, dass die Entlassung mit der Verteidigung der Rechtsordnung und des sozialen Friedens verträglich ist.²⁶²

III.1.3.1.2. Ergebnisse der Befragung

Den Gesprächen sind Äußerungen von sechs der neun Gesprächspartnern zum Thema zu entnehmen. Sämtliche Prognosen hielten dafür, dass aufgrund der verfügbaren (beziehungsweise wegen der erst viel späteren Fälligkeit einer Entscheidung entsprechend unterstellten) Daten mit einer bedingten Entlassung zu dem dafür gesetzlich frühestmöglichen Zeitpunkt zu rechnen sei.²⁶³

III.1.3.2. Vollzugslockerungen

Aufgrund der Besonderheiten hinsichtlich einer Entscheidung einschlägiger Fragen²⁶⁴ bietet die begrenzte Reichweite der geführten Erörterungen keine ausreichende Grundlage für eine Rubrizierung von Ergebnissen. Es muss daher bei den bereits angestellten²⁶⁵ allgemeinen Darlegungen sein Bewenden haben.

²⁶¹ Vgl. Art. 61 Ziff. 2 a port. StGB.

²⁶² Vgl. Art. 61 Ziff. 4 i.V.m. Ziff. 2 b des Artikels.

²⁶³ Also nach Verbüßung von zwei Dritteln der Strafe. Soweit teilweise eine Entlassung nach Verbüßung der Hälfte der Strafe benannt wurde, liegt ein offensichtliches Versehen vor, das in Übereinstimmung mit Art. 61 Ziff. 4 port. StGB (vgl. zuvor oben im Text) bei der Feststellung der Befragungsergebnisse korrigiert wurde.

²⁶⁴ Zu den Besonderheiten: Bedeutung der jeweils individuellen Lage des Gefangenen, Zeitpunkt der Fälligkeit und Vielfalt von in Betracht kommenden Entscheidungen unter Berücksichtigung des Vollzugsverlaufs, Verteilung von Entscheidungskompetenzen, praktische Aspekte des Frauenstrafvollzugs.

²⁶⁵ Vgl. oben Ziff. II.1.3.2.

III.2. Fallvariante 2

III.2.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.2.1.1. Tatbestandliche Einstufung

III.2.1.1.1. Rechtliche Vorgaben

Die erforderlichen Angaben finden sich oben unter Ziff. III.1.1.1.1.

III.2.1.1.2. Ergebnisse der Befragung

Es handelt sich hier speziell um die Frage der Anwendung des Art. 133 port. StGB (privilegierte vorsätzliche Tötung). Im Verbund mit Art. 131 (einfache vorsätzliche Tötung), der als Alternative allein in Betracht kommt, lassen sich die Ergebnisse in der nachfolgenden Tabelle verdeutlichen.

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Summe
Art. 133	4	3	0	2	0	9
Art. 131	0	2	0	3	4	9

III.2.1.2. Eingreifen von Straffreistellungsgründen

III.2.1.2.1. Rechtliche Vorgaben

Für das hier allein in Betracht kommende Thema der Schuldunfähigkeit wird auf die früheren Erörterungen verwiesen.²⁶⁶

III.2.1.2.2. Ergebnisse der Befragung

Stellungnahme zur Erwartung im Hinblick auf die Anwendung des Art. 20 port. StGB (Schuldunfähigkeit):

²⁶⁶ Vgl. oben unter Ziff. III.1.1.2.1. sowie unter II.1.3.

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Ohne Angabe	Summe
Art. 20	0	1 ²⁶⁷	1 ²⁶⁸	5	1	1	9

Die berücksichtigten Beurteilungen entsprechen nicht zwangsläufig den eigenen Präferenzen der Befragten, jedenfalls jedoch dem von ihnen praktisch Erwarteten. Für weiter reichende Übersichten fehlt es an Material, doch lässt sich wenigstens noch ergänzen, dass in zwei Äußerungen auf die Anerkennung möglicherweise schuldausschließender Wirkung von schweren Affekten durch die Rechtswissenschaft ausdrücklich hingewiesen worden ist.

III.2.1.3. Strafraumenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.2.1.3.1. Rechtliche Vorgaben

Zu verweisen ist auf die früheren Darlegungen unter Ziff. III.1.1.3.1. sowie unter Ziff. II.1.1.4.

III.2.1.3.2. Ergebnisse der Befragung

Es geht hier zunächst speziell um das Eingreifen des Art. 72 port. StGB und die damit verbundene Herabsenkung des Strafraumens.²⁶⁸ Die Verknüpfung des Art. 131 (einfache vorsätzliche Tötung) mit Art. 72 ist als solche unproblematisch. Eine Verbindung mit Art. 133 (privilegierte vorsätzliche Tötung) begegnet jedoch grundsätzlichen Bedenken unter dem Aspekt des Verbots der Doppelverwertung. Diese Beurteilung wird indessen – wie sich zeigt – nicht durchgängig geteilt.

Stellungnahme zur Anwendung des Art. 72 port. StGB

Art der Beurteilung	Anzahl der Stimmen	Erklärung dazu
Eindeutig ja	1	i.V.m. Art. 131
Tendenz ja	2	i.V.m. Art. 133

²⁶⁷ Die beiden gekennzeichneten Stimmen beziehen sich lediglich auf verminderte Schuldfähigkeit, deren rechtliche Bedeutung *in casu* jedoch aufgrund der begrenzten Reichweite der Fallschilderung offenbleibt. Unter bestimmten Voraussetzungen kommt eine Gleichstellung mit Schuldunfähigkeit in Betracht (dazu Art. 20 Ziff. 2 u. 3 port. StGB). Es kann aber auch so liegen, dass es zur Anwendung von Strafe mit Anwendung der bes. Strafmilderung (über Art. 72) kommt. Näher dazu im Zusammenhang mit den Verweisen in Fn. 268.

²⁶⁸ In Übereinstimmung mit der Regelung in Art. 73 port. StGB.

Unentschieden	2	wegen Offenheit i.V.m. Art. 131 oder 133
Tendenz nein	1	i.V.m. Art. 133
Eindeutig nein	3	wegen Bejahung des Art. 133

Konkrete Strafprognose

Gefängnis (in Jahren)	Prognose (Anzahl)	Erläuterungen
2½–3	2	1 Votum: Art. 133 + 72 1 Votum: Art. 133 (soweit nicht Art. 131 + 72) ²⁶⁹
3	5	3 Voten: Art. 133 1 Votum: Art. 133 oder Art. 131 + 72 1 Votum: Art. 133 + 72
3½	1	Art. 133
5–6	1	Art. 131 + 72 (soweit nicht Art. 133) ²⁷⁰

Soweit die Prognosen 3 Jahre Gefängnis nicht überschreiten, kommt bedingte Strafaussetzung in Betracht.²⁷¹ Ergebnisse zu diesem Thema beschränken sich auf 2 Gesprächspartner, die dazu befragt wurden und sich im Sinne der Aussetzung²⁷² äußerten.

III.2.2. Einflüsse des Strafverfahrens

Unter Bezugnahme auf das oben unter Ziff. III.1.2. Ausgeführte muss es hier bei zwei knappen Hinweisen sein Bewenden haben.

Zu Ziff. III.2.2.1.2. Die Frage der Aburteilung durch das Geschworenengericht

Für den Fall, dass es schon zu einer Anklage allein aus Art. 133 port. StGB käme, wäre ausschließlich die Zuständigkeit des Kollektivgerichts gegeben, da die

²⁶⁹ Für den alternativen Ausgang bei Art. 131 (mit Art. 72) werden als Strafe 4 Jahre Gefängnis prognostiziert.

²⁷⁰ Für die Alternative der Verurteilung aus Art. 133 werden als Strafe 4 Jahre Gefängnis vorausgesagt.

²⁷¹ Zum Thema Strafaussetzung zur Bewährung vgl. oben unter Ziff. II.1.1.4. und II.1.3.1. (am Anfang).

²⁷² In einem Fall noch unter Vorbehalt, weil es gegebenenfalls noch auf weitere, nicht bekannte Umstände ankommen könne.

Möglichkeit des Antrags auf die Aburteilung durch das Geschworenengericht im Hinblick auf Tötungsdelikte nicht allein schon deswegen, sondern erst bei einem angeklagten Straftatbestand gegeben ist, dessen Strafrahmen ein bei über 8 Jahren Gefängnis liegendes Maximum aufweist.²⁷³ Die Befragung hat sich nicht auf die Konstellation der möglichen Relevanz der angesprochenen Zuständigkeitsfrage erstreckt.

Zu Ziff. III.2.2.2.2. (Beauftragung eines psychiatrischen Sachverständigen)

Im Hinblick auf die aus oben Ziff. III.2.1.2.2. ersichtliche Relevanz der in Betracht gezogenen Möglichkeit, Art. 20 port. StGB anzuwenden, lässt sich folgern, dass die Beauftragung eines psychiatrischen Sachverständigen entsprechend befürwortet wird.²⁷⁴ Das kommt in einem die Lage im Vergleich mit Fallvariante 1 differenzierenden Votum auch ausdrücklich zur Sprache. Im Übrigen muss es bei dem sich aus entsprechenden Folgerungen Ergebenden sein Bewenden haben.

III.2.3. Einflüsse der Strafvollstreckung

Unter Bezugnahme auf das oben unter Ziff. III.1.3. Ausgeführte lässt sich hier lediglich vermerken, dass in den Fällen der Strafprognosen, die 5 Jahre Gefängnis nicht übersteigen, die Schwelle einer frühestmöglichen bedingten Entlassung bereits mit Verbüßung der Hälfte der Strafe erreicht wird²⁷⁵ und die Entscheidung über die bedingte Entlassung nach Verbüßung von zwei Dritteln der Strafe nur noch von der dafür erforderlichen günstigen Prognose abhängt.²⁷⁶ Befragungsergebnisse zur bedingten Entlassung liegen nicht vor.

²⁷³ Vgl. Art. 13 Ziff. 2 port. StPO. Bei Art. 133 port. StGB (privilegierte vorsätzliche Tötung) liegt es so, dass die Tat mit Gefängnis von 1 bis 5 Jahren bedroht ist.

²⁷⁴ Die relativ größte Nähe zur Anwendung des Art. 20 port. StGB („Tendenz ja“ sowie „Unentschieden“ in jeweils einem Votum) betrifft verminderte Schuldfähigkeit. Auch insoweit ist jedoch die Beziehung des Sachverständigen unverzichtbar (vgl. ausdrücklich in diesem Sinne die oben in Fn. 178 berücksichtigte Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 9.5.1990).

²⁷⁵ Vgl. dazu Art. 61 Ziff. 2 port. StGB.

²⁷⁶ Vgl. Art. 61 Ziff. 3 port. StGB, wonach lediglich die Ziff. 2 a des Artikels entsprechende Prognose vorausgesetzt ist, während eine bedingte Entlassung schon nach Verbüßung der Hälfte der Strafe außerdem den Anforderungen der Ziff. 2 b des Artikels genügen muss (Verträglichkeit der bedingten Entlassung mit der Verteidigung der Rechtsordnung und des sozialen Friedens).

III.3. Fallvariante 3

III.3.1. Materieellrechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.3.1.1. Tatbestandliche Einstufung

III.3.1.1.1. Rechtliche Vorgaben

Die erforderlichen Angaben finden sich oben unter Ziff. III.1.1.1.1.

III.3.1.1.2. Ergebnisse der Befragung

Es handelt sich hier wiederum um die Frage, ob Art. 133 port. StGB (privilegierte vorsätzliche Tötung) oder Art. 131 port. StGB (einfache vorsätzliche Tötung) zur Anwendung gelangt.²⁷⁷

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Summe
Art. 133	4 ²⁷⁸	0	1 ²⁷⁹	0	4	9
Art. 131	3	1	1 ²⁸¹	0	4	9
Art. 132	0	0	0	1	8	9

Die befürwortende Anwendung des Art. 133 entspricht der Bejahung der ersten tatbestandlichen Variante.²⁸⁰ Die Stellungnahme im Sinne der einfachen vorsätzlichen Tötung ergibt sich vor allem aus einer die Anwendung des Art. 133 versäugnenden Beurteilung der Bedeutung des Zeitablaufs.

²⁷⁷ Dass in der nachfolgenden Tabelle auch noch nach Art. 132 port. StGB gefragt wird, ist zur Vervollständigung des Überblicks erforderlich.

²⁷⁸ In zwei der hier berücksichtigten Voten wurde ausdrücklich auch auf den Nachweis der heftigen Gemütsregung abgestellt. Ein Abstrich (nur „Tendenz ja“) erschien deshalb aber noch nicht angemessen.

²⁷⁹ Im Hinblick auf die gerichtlich für weiter aufklärungsbedürftig erachtete Bedeutung des Zeitablaufs von 30 Minuten.

²⁸⁰ „Verständliche heftige Aufwallung des Gefühls“, unter deren Herrschaft die Tat begangen worden ist.

III.3.1.2. Eingreifen von Straffreistellungsgründen

Es ergab sich kein Anlass, die Befragung auf derartige Gesichtspunkte zu erstrecken.²⁸¹

III.3.1.3. Strafraumenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.3.1.3.1. Rechtliche Vorgaben

Zu verweisen ist auf die früheren Angaben unter Ziff. III.1.1.3.1. sowie unter Ziff. II.1.1.4.

III.3.1.3.2. Ergebnisse der Befragung

Die Äußerungen zur Anwendung des Art. 72 port. StGB können im Zusammenhang mit den konkreten Strafprognosen zum Ausdruck gebracht werden.

Gefängnis (in Jahren)	Prognose (Anzahl)	Erläuterungen
2-2½	2	Verurteilung aus Art. 133
3	2	Verurteilung aus Art. 133
5-6	1	Verurteilung aus Art. 131 unter Anwendung des Art. 72
9	1	Verurteilung aus Art. 131
Unbenannt	2	1 Votum: bezogen auf Verurteilungen aus Art. 131 unter Anwendung des Art. 72 1 Votum: bei Ungewissheit, ob Art. 133 oder Art. 131 vorliegt

Bei Strafen bis zu 3 Jahren Gefängnis kommt Strafaussetzung zur Bewährung in Betracht. Es gibt dazu keine Befragungsergebnisse.

III.3.2. Einflüsse des Strafverfahrens

Zu dieser Rubrik fehlen Befragungsergebnisse. Im Übrigen wird für Entsprechendes auf die früheren Ausführungen unter Ziff. III.1.2. und ergänzend unter Ziff. III.2.2. verwiesen.

²⁸¹ Lediglich ein Gesprächspartner hat die Frage einer eventuellen Schuldunfähigkeit angesprochen, die er als Verteidiger immerhin auch ins Spiel brächte, auch wenn er nur geringste Chancen sähe, dass es darauf hinauslaufen könnte.

III.3.3. Einflüsse der Strafvollstreckung

Auch hier liegt es so, dass für Entsprechendes lediglich auf frühere Ausführungen²⁸² verwiesen werden kann.

III.4. Fallvariante 4

III.4.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.4.1.1. Tatbestandliche Einstufung

Es ist vom Grundtatbestand der einfachen vorsätzlichen Tötung (Art. 131 port. StGB) auszugehen.²⁸³

III.4.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen

III.4.1.2.1. Notwehr

III.4.1.2.1.1. Rechtliche Vorgaben

Die in Ausübung der Notwehr²⁸⁴ begangene Tat ist nicht rechtswidrig.²⁸⁵ Dafür ist erforderlich, dass die Begehung der Tat das notwendige Mittel war, um einen gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff auf rechtlich geschützte Interessen des Täters oder eines Dritten abzuwehren.²⁸⁶ Auf Gesichtspunkte der Verhältnismäßigkeit kommt es, abgesehen von Fällen, die sich unter dem Gesichtspunkt eines extremen Missverhältnisses als rechtsmissbräuchliche Berufung auf Notwehr darstellen würden, grundsätzlich nicht an, doch ist das nicht unumstritten. Unumstritten ist dagegen, dass unter mehreren gleich tauglichen Mitteln nur das schonendere eingesetzt werden kann. Putativnotwehr ist dem Tatbestandsirrtum gleichgestellt.²⁸⁷ Im Fall des (intensiven) Notwehrexzesses bleibt die Tat rechtswidrig, die Strafe kann aber besonders gemildert werden.²⁸⁸ Beruht der Exzess auf nicht vorwerfbarer Verwirrung, Furcht oder nicht vorwerfbarem Schrecken, wird der Täter nicht bestraft.²⁸⁹

²⁸² Vgl. unter Ziff. III.1.3. und ergänzend unter Ziff. III.2.3.

²⁸³ Ergänzend ist auf Art. 137 port. StGB (fahrlässige Tötung) deshalb zu verweisen, weil die weitere Beurteilung eines Gesprächspartners über einen Putativnotwehrexzess, der aber unter Gesichtspunkten des Exzesses als (näherliegenderweise) nicht schuldhaft angesehen wird, auf den genannten Straftatbestand (Art. 137) hinausläuft.

²⁸⁴ Dazu eingehender oben unter Ziff. II.1.1.3. (Notwehr).

²⁸⁵ Art. 31 Ziff. 2 a port. StGB.

²⁸⁶ Transponiert aus Art. 16 Ziff. 2 port. StGB.

²⁸⁷ Art. 33 Ziff. 1 i.V.m. Art. 73 port. StGB.

²⁸⁸ Art. 33 Ziff. 2 port. StGB.

²⁸⁹ Damit entspricht der zu berücksichtigende Strafraum Gefängnis von 1 Jahr, 9 Monaten und 6 Tagen (Untergrenze) bis zu 10 Jahren und 8 Monaten (Obergrenze).

III.4.1.2.2. Ergebnisse der Befragung

Frage: Welche Bedeutung hat eine mögliche Notwehr der T?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Kommt in Betracht	8	0	0	0	0	1	9
Führt zu Straffreiheit	5	0	0	2	1	1	9

Bei den 5 eindeutigen Voten im Sinne der Straffreiheit handelt es sich in 3 Fällen um die Bejahung der rechtfertigenden Notwehr. In einem Fall wird bei Verneinung der Notwehr ein strafloser Notwehrexzess angenommen. In einem weiteren Fall bleibt unentschieden, ob auf rechtfertigende Notwehr oder straflosen Notwehrexzess zu schließen ist. Die beiden Voten, die Straffreiheit tendenziell verneinen, tendieren zur Verneinung einer rechtfertigenden Notwehr und geben einer Beurteilung den Vorzug, die auf nicht straflosen, aber speziell milder bestraften Notwehrexzess schließt.

Bei dem einen Votum, das die Straffreiheit eindeutig verneint, handelt es sich um eine Beurteilung, die über einen Putativnotwehrexzess, der aber unter Gesichtspunkten des Exzesses als (näherliegenderweise) nicht schuldhaft angesehen wird, auf Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung (Art. 137 port. StGB) hinausläuft.

III.4.1.2.3. Entschuldigung

Relevanz hat insoweit allein der schon unter Ziff. III.4.1.2.1. mitbehandelte Gesichtspunkt eines in Betracht kommenden entschuldigenden Notwehrexzesses.

III.4.1.3. Strafraumenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.4.1.3.1. Rechtliche Vorgaben

Nach den von 5 Gesprächspartnern eindeutig getroffenen Prognosen der Straffreiheit verbleiben für die Frage einer rechtlichen Vorklärung der Strafzumessung nur noch die bezüglich der drei abweichenden Voten anstehenden Aufgaben. Für die Befürwortung eines speziell milder bestraften Notwehrexzesses ist auf Art. 131 in Verbindung mit Art. 73 port. StGB zu verweisen. Danach ist der Strafraumen der einfachen vorsätzlichen Tötung im Maximum um ein Drittel und im Minimum auf ein Fünftel reduziert. Im Hinblick auf die fahrlässige Tötung gelten die Rege-

lungen in Art. 137.²⁹⁰ Für die Kriterien der Strafzumessung wird auf die frühere Darstellung²⁹¹ verwiesen.

III.4.1.3.2. Ergebnisse der Befragung

Zu den konkreten drei Prognosen:

Gefängnis (Jahre)	Prognose (Anzahl)	Erläuterung
1½–2	1	Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung ²⁹²
Deutlich unter 2–2½	1	Verurteilung wegen einfacher vorsätzlicher Tötung bei Anwendung des Art. 73 im Zusammenhang mit Notwehrexzess
2	1	Entsprechend der voranstehenden Erläuterung

Bei sämtlichen prognostizierten Strafen kommt Strafaussetzung in Betracht. Befragungsergebnisse dazu liegen jedoch nicht vor.

Gesamtergebnis:

5 Voten für Freispruch aus den mitgeteilten Gründen

3 Voten für Bestrafung nach den mitgeteilten Prognosen

1 Fehlanzeige (Fehlen von Angaben)

III.4.2. Einflüsse des Strafverfahrens

Die Befragung unter dieser Rubrik hat sich ausschließlich auf den Aspekt einer eventuellen Beweislast der Verteidigung in Bezug auf Notwehr²⁹³ beschränkt.

Die Ergebnisse der Befragung lassen sich nicht in der dafür vorgesehenen Tabelle vermitteln und müssen daher auf andere Weise zum Ausdruck gebracht werden.

Von 7 der 9 Befragten liegen Äußerungen vor. Als eigener Standpunkt wurde durchgängig die erfragte Beweislast verneint. Im Hinblick auf die Praxis der Gerichte ist mitzuteilen: 3 der 7 Äußerungen enthalten keine Angaben zur Praxis der Gerichte.

²⁹⁰ Strafdrohung bei einfacher Fahrlässigkeit: Gefängnis bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe; Strafdrohung bei grober Fahrlässigkeit (*negligência grosseira*): Gefängnis bis zu 5 Jahren.

²⁹¹ Oben unter Ziff. II.1.1.4.

²⁹² Dazu oben in Fn. 285 und später im Text.

²⁹³ Vgl. dazu oben unter Ziff. II.1.2.3. (am Ende).

Nach einer Äußerung ist die vormalig mit der gerichtlichen Praxis anzutreffende Bejahung der Beweislast zugunsten des auch hier geltenden Grundsatzes *in dubio pro reo* inzwischen überwunden, nach einer weiteren Äußerung setzt sich diese neuere Beurteilung mit der jüngeren Richtergeneration zunehmend durch. Eine Äußerung geht dahin, dass es trotz Bestätigungen des neuen Standpunkts durch Rechtsprechung doch immer wieder Judikate gibt, die hier explizit oder implizit eine Beweislast auf die Schultern der Verteidigung legen. Schließlich geht ein Gesprächspartner davon aus, das Gericht werde den rechtfertigenden Gesichtspunkt, wenn er infolge bestehender Zweifel nicht erwiesen ist, beiseite lassen.

III.4.3. Einflüsse der Strafvollstreckung

Es liegt hier so, dass für Entsprechendes lediglich auf frühere Ausführungen²⁹⁴ verwiesen werden kann.

²⁹⁴ Vgl. unter Ziff. III.1.3. und ergänzend unter Ziff. III.2.3.

Anhang

Artigo 20º Inimputabilidade em razão de anomalia psíquica

1. É inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica, for incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação.

2. Pode ser declarado inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica grave, não acidental e cujos efeitos não domina, sem que por isso possa ser censurado, tiver, no momento da prática do facto, a capacidade para avaliar a ilicitude deste ou para se determinar de acordo com essa avaliação sensivelmente diminuída.

3. A comprovada incapacidade do agente para ser influenciado pelas penas pode constituir índice da situação prevista no número anterior.

4. A imputabilidade não é excluída quando a anomalia psíquica tiver sido provocada pelo agente com intenção de praticar o facto.

Artigo 32º Legítima defesa

Constitui legítima defesa o facto praticado como meio necessário para repelir a agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro.

Artigo 33º Excesso de legítima defesa

1. Se houver excesso dos meios empregados em legítima defesa, o fac-

Art. 20 Zurechnungsunfähigkeit aufgrund psychischer Anomalie

1. Eine Person ist zurechnungsunfähig, wenn sie aufgrund einer psychischen Anomalie unfähig ist, im Zeitpunkt der Begehung der Tat deren Rechtswidrigkeit zu bewerten oder sich selbst gemäß dieser Bewertung zu verhalten.

2. Eine Person kann für zurechnungsunfähig erklärt werden, wenn, wegen einer schweren, nicht zufälligen psychischen Anomalie, deren Auswirkungen sie nicht beherrscht und deren Nichtbeherrschung ihr nicht zur Last gelegt werden kann, ihre Fähigkeit, die Rechtswidrigkeit der Tat zu bewerten oder sich selbst gemäß dieser Bewertung zu verhalten, im Zeitpunkt der Begehung der Tat nicht unbedeutend gemindert ist.

3. Die nachgewiesene Unfähigkeit des Täters, von Strafen beeinflusst zu werden, kann ein Hinweis auf den im vorhergehenden Absatz dargestellten Zustand sein.

4. Die Zurechnungsunfähigkeit wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die psychische Anomalie vom Täter in der Absicht herbeigeführt wurde, die Tat zu begehen.

Art. 32 Notwehr

In Notwehr handelt, wer die Tat als erforderliches Mittel begeht, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff gegen rechtlich geschützte Interessen des Täters oder eines Dritten abzuwenden.

Art. 33 Überschreitung der Notwehr

1. Wenn die in Notwehr angewendeten Mittel übermäßig sind, ist die Tat

to é ilícito mas a pena pode ser especialmente atenuada.

2. O agente não é punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis.

Artigo 34º Direito de necessidade

Não é ilícito o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo actual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro, quando se verificarem os seguintes requisitos:

- a) Não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro;
- b) Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; e
- c) Ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado.

Artigo 35º Estado de necessidade desculpante

1. Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente.

2. Se o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se verificarem os restantes pressupostos ali mencio-

rehtswidrig, aber die Strafe kann besonders gemildert werden.

2. Wenn die Überschreitung sich aus berechtigter Verwirrung, Furcht oder Schrecken ergibt, wird der Täter nicht bestraft.

Art. 34 Rechtfertigender Notstand

Eine Tat ist nicht rechtswidrig, wenn sie als angemessenes Mittel begangen wurde, um eine gegenwärtige Gefahr abzuwenden, die rechtlich geschützte Interessen des Täters oder eines Dritten bedroht, wenn die folgenden Erfordernisse vorliegen:

- a) Die Gefahrenlage wurde vom Täter nicht freiwillig geschaffen, es sei denn, dass er die Tat zum Schutz des Interesses eines Dritten begeht;
- b) das geschützte Interesse überwiegt das beeinträchtigte wesentlich und
- c) in Anbetracht der Natur oder des Wertes des bedrohten Interesses ist es vernünftig, dem Geschädigten die Beeinträchtigung seines Interesses zuzumuten.

Art. 35 Entschuldigender Notstand

1. Wer eine rechtswidrige Tat begeht, die angemessen ist, um eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr abzuwenden, die Leben, Leib, Ehre oder Freiheit des Täters oder eines Dritten bedroht, handelt immer dann ohne Schuld, wenn es gemäß den Umständen des Falls unvernünftig wäre, ihm ein anderes Verhalten zuzumuten.

2. Wenn die Gefahr andere rechtliche Interessen als die im vorhergehenden Absatz ausgeführten bedroht und wenn die dort erwähnten übrigen Vorausset-

nados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excepcionalmente, o agente ser dispensado de pena.

Artigo 40º Finalidades das penas e das medidas de segurança

1. A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.
2. Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa.
3. A medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente.

Artigo 70º Critério de escolha da pena

Se ao crime forem aplicáveis, em alternativa, pena privativa e pena não privativa da liberdade, o tribunal dá preferência à segunda sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

Artigo 71º Determinação da medida da pena

1. A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.
2. Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente:

a) O grau de ilicitude do facto, o modo

zungen vorliegen, kann entweder die Strafe besonders gemildert oder ausnahmsweise von Strafe abgesehen werden.

Art. 40 Der Zweck der Strafen und der Maßregeln der Besserung und Sicherung

1. Die Anwendung von Strafen und Maßregeln der Besserung und Sicherung bezweckt den Rechtsgüterschutz und die Resozialisierung des Täters.
2. In keinem Fall darf die Strafe das Maß der Schuld überschreiten.
3. Eine Maßregel der Besserung und Sicherung kann nur angewendet werden, wenn sie der Schwere der Tat und der Gefährlichkeit des Täters angemessen ist.

Art. 70 Kriterium für die Strafauswahl

Wenn eine Straftat entweder mit einer Freiheitsstrafe oder mit einer Strafe ohne Freiheitsentzug bestraft wird, gibt das Gericht der zweiten Strafe den Vorzug, wenn diese den Zweck der Bestrafung angemessen und hinreichend verwirklicht.

Art. 71 Strafzumessung

1. Innerhalb der im Gesetz bestimmten Grenzen sind die Schuld des Täters und die Anforderungen der Prävention die Grundlagen der Zumessung der Strafe.
2. Bei der Zumessung berücksichtigt das Gericht alle Umstände, die, obwohl sie keine Merkmale des Tatbestands sind, für oder gegen den Täter sprechen, insbesondere

a) das Maß der Rechtswidrigkeit der

de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente;

- b) A intensidade do dolo ou da negligência;
 - c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram;
 - d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica;
 - e) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime;
 - f) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.
3. Na sentença são expressamente referidos os fundamentos da medida da pena.

Artigo 72º Atenuação especial da pena

1. O tribunal atenua especialmente a pena, para além dos casos expressamente previstos na lei, quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena.
2. Para efeito do disposto no número anterior, são consideradas, entre outras, as circunstâncias seguintes:
 - a) Ter o agente actuado sob influência de ameaça grave ou sob ascendente de pessoa de quem dependa ou a

Tat, die Art ihrer Ausführung und ihrer Auswirkungen sowie das Maß der Verletzung der dem Täter obliegenden Pflichten;

- b) die Intensität des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit;
 - c) die bei der Begehung der Straftat gezeigten Gefühle und die Ziele oder Beweggründe, die die Straftat bestimmt haben;
 - d) die persönliche Verfassung des Täters und seine wirtschaftlichen Verhältnisse;
 - e) das Verhalten des Täters vor und nach der Tat, insbesondere wenn dieses die Wiedergutmachung der Folgen der Straftat bezweckt;
 - f) seinen bei der Ausführung der Tat gezeigten Mangel an Bereitschaft, sich gesetzestreu zu verhalten, wenn dieser Mangel durch die Strafe gerügt werden soll.
3. Im Urteil werden die Grundlagen der Strafzumessung ausdrücklich dargestellt.

Art. 72 Besondere Milderungsgründe

1. Außer in den im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen mildert das Gericht die Strafe insbesondere, wenn vor der Tat, nach der Tat oder zum Zeitpunkt der Tat Umstände vorliegen, die die Rechtswidrigkeit der Tat, die Schuld des Täters oder die Notwendigkeit der Strafe erheblich vermindern.
2. Zum Zweck der Vorschrift des vorhergehenden Absatzes werden unter anderen die folgenden Umstände in Betracht gezogen:
 - a) Der Täter handelte unter dem Einfluss schwerer Bedrohung oder unter dem Einfluss einer ihm überlegenen

quem deva obediência;

- b) Ter sido a conduta do agente determinada por motivo honroso, por forte solicitação ou tentação da própria vítima ou por provocação injusta ou ofensa imerecida;
- c) Ter havido actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados;
- d) Ter decorrido muito tempo sobre a prática do crime, mantendo o agente boa conduta.

3. Só pode ser tomada em conta uma única vez a circunstância que, por si mesma ou conjuntamente com outras circunstâncias, der lugar simultaneamente a uma atenuação especial prevista na lei e à prevista neste artigo.

Artigo 73º Termos da atenuação especial

1. Sempre que houver lugar à atenuação especial da pena, observa-se o seguinte relativamente aos limites da pena aplicável:

- a) O limite máximo da pena de prisão é reduzido de um terço;
- b) O limite mínimo da pena de prisão é reduzido a um quinto se for igual ou superior a 3 anos e ao mínimo legal se for inferior;
- c) O limite máximo da pena de multa é reduzido de um terço e o limite mínimo reduzido ao mínimo legal;
- d) Se o limite máximo da pena de

Person, von der er abhängt oder der er Gehorsam schuldet.

- b) Die Handlung des Täters wurde von einem ehrenwerten Beweggrund, von einem starken Ersuchen oder einer starken Versuchung des Opfers selbst oder von einer ungerechten Provokation oder unverdienten Beleidigung bestimmt.
- c) Der Täter zeigte eine aufrichtige tätige Reue, insbesondere durch die ihm mögliche Wiedergutmachung des verursachten Schadens.
- d) Die Begehung der Straftat liegt eine lange Zeit zurück und der Täter hat sich seitdem gut geführt.

3. Ein Umstand, der allein oder zusammen mit anderen Umständen eine im Gesetz besonders vorgesehene Milderung der Strafe und gleichzeitig eine Milderung gemäß diesem Artikel begründet, darf nur einmal berücksichtigt werden.

Art. 73 Ausführung der besonderen Milderungsgründe

1. Ist eine besondere Milderung des Strafmaßes der anwendbaren Strafe vorgesehen, gilt Folgendes:

- a) Das Höchstmaß der Freiheitsstrafe wird um ein Drittel herabgesetzt.
- b) Das Mindestmaß der Freiheitsstrafe wird auf ein Fünftel herabgesetzt, wenn es 3 Jahre oder mehr beträgt und auf das gesetzliche Mindestmaß, wenn die Freiheitsstrafe weniger als 3 Jahre beträgt.
- c) Vom Höchstmaß der Geldstrafe wird ein Drittel abgezogen und das Mindestmaß wird auf das gesetzliche Mindestmaß herabgesetzt.
- d) Wenn das Höchstmaß der Freiheits-

prisão não for superior a 3 anos pode a mesma ser substituída por multa, dentro dos limites gerais.

2. A pena especialmente atenuada que tiver sido em concreto fixada é passível de substituição, incluída a suspensão, nos termos gerais.

Artigo 131º Homicídio

Quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos.

Artigo 132º Homicídio qualificado

1. Se a morte for produzida em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade, o agente é punido com pena de prisão de 12 a 25 anos.

2. É susceptível de revelar a especial censurabilidade ou perversidade a que se refere o número anterior, entre outras, a circunstância de o agente:

- a) Ser descendente ou ascendente, adoptado ou adoptante, da vítima;
- b) Praticar o facto contra cônjuge, ex-cônjuge, pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação, ou contra progenitor de descendente comum em 1º grau;
- c) Praticar o facto contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez;
- d) Empregar tortura ou acto de cruel-

strafe nicht mehr als 3 Jahre beträgt, kann sie innerhalb der gesetzlichen Grenzen durch Geldstrafe ersetzt werden.

2. Eine verhängte besonders gemilderte Strafe kann nach den allgemeinen Bestimmungen, einschließlich der Strafaussetzung, ersetzt werden.

Art. 131 Tötung

Wer eine andere Person tötet, wird mit Freiheitsstrafe von 8 bis 16 Jahren bestraft.

Art. 132 Qualifizierte Tötung

1. Wenn der Tod unter Umständen herbeigeführt wurde, die eine besondere Verwerflichkeit oder Grausamkeit offenbaren, wird der Täter mit Freiheitsstrafe von 12 bis 25 Jahren bestraft.

2. Unter anderen offenbaren folgende Umstände die im vorhergehenden Absatz genannte besondere Verwerflichkeit oder Grausamkeit:

- a) Der Täter ist Verwandter absteigender oder aufsteigender Linie, Adoptivkind, Adoptivvater oder Adoptivmutter des Opfers.
- b) Der Täter begeht die Tat gegen den Ehegatten, den früheren Ehegatten, gegen eine Person anderen oder gleichen Geschlechts, mit der er, auch ohne zusammenzuleben, eine eheähnliche Beziehung hat oder hatte, oder gegen den anderen Elternteil eines gemeinsamen Nachkommens ersten Grades.
- c) Der Täter begeht die Straftat gegen eine aufgrund ihres Alters, ihrer Behinderung, Krankheit oder Schwangerschaft besonders schutzlose Person.
- d) Der Täter wendet Folter an oder

- dade para aumentar o sofrimento da vítima;
- e) Ser determinado por avidez, pelo prazer de matar ou de causar sofrimento, para excitação ou para satisfação do instinto sexual ou por qualquer motivo torpe ou fútil;
- f) Ser determinado por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo ou pela orientação sexual da vítima;
- g) Ter em vista preparar, facilitar, executar ou encobrir um outro crime, facilitar a fuga ou assegurar a impunidade do agente de um crime;
- h) Praticar o facto juntamente com, pelo menos, mais duas pessoas ou utilizar meio particularmente perigoso ou que se traduza na prática de crime de perigo comum;
- i) Utilizar veneno ou qualquer outro meio insidioso;
- j) Agir com frieza de ânimo, com reflexão sobre os meios empregados ou ter persistido na intenção de matar por mais de vinte e quatro horas;
- l) Praticar o facto contra membro de órgão de soberania, do Conselho de Estado, Representante da República, magistrado, membro de órgão de governo próprio das Regiões Autónomas, Provedor de Justiça, governador civil, membro de órgão das autarquias locais ou de serviço ou organismo que exerça autoridade
- handelt grausam, um das Leiden des Opfers zu steigern.
- e) Der Täter handelt aus Habgier, aus Mordlust oder aus Lust, Leiden zuzufügen, zur Erregung oder Befriedigung des Geschlechtstriebes oder aus einem anderen abstoßenden oder belanglosen Grund.
- f) Der Täter handelt aus rassistischem, religiösem oder politischem Hass oder aus Hass gegen die Hautfarbe, die ethnische oder nationale Herkunft, das Geschlecht oder die sexuelle Orientierung des Opfers.
- g) Der Täter bezweckt, eine andere Straftat vorzubereiten oder deren Ausführung zu erleichtern oder sie auszuführen oder sie zu verdecken oder die Flucht des Täters zu erleichtern oder dessen Straflosigkeit zu sichern.
- h) Der Täter begeht die Straftat zusammen mit mindestens zwei weiteren Personen oder er verwendet ein besonders gefährliches Mittel oder ein Mittel, dessen Verwendung die Begehung einer gemeingefährlichen Straftat darstellt.
- i) Der Täter verwendet Gift oder ein anderes heimtückisches Mittel.
- j) Der Täter handelt kaltblütig, er hat über die zu verwendenden Mittel nachgedacht, oder er beharrt bei der Tötungsabsicht für mehr als 24 Stunden.
- l) Der Täter begeht die Straftat gegen ein Mitglied eines Souveränitätsorgans, ein Mitglied des Staatsrats, einen Repräsentanten der Republik, einen hohen Justizbeamten, ein Mitglied eines Organs der Regierung der Autonomen Regionen, einen Ombudsmann, einen Zivilgouverneur, ein Mitglied eines kommunalen

pública, comandante de força pública, jurado, testemunha, advogado, todos os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos, agente das forças ou serviços de segurança, funcionário público, civil ou militar, agente de força pública ou cidadão encarregado de serviço público, docente, examinador ou membro de comunidade escolar, ou ministro de culto religioso, juiz ou árbitro desportivo sob a jurisdição das federações desportivas, no exercício das suas funções ou por causa delas;

- m) Ser funcionário e praticar o facto com grave abuso da autoridade.

Artigo 133° Homicídio privilegiado

Quem matar outra pessoa dominado por compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral, que diminuam sensivelmente a sua culpa, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

Organs oder einer Dienststelle oder eines Organs, die öffentliche Gewalt ausüben, einen Befehlshaber der öffentlichen Ordnungskräfte, einen Geschworenen, einen Zeugen, einen Rechtsanwalt, Personen, die im Bereich des Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktlösung Befugnisse ausüben, einen Beamten der Sicherheitskräfte oder des Sicherheitsdienstes, einen Staatsdiener, sei es ein Zivil- oder Militärbeamter, einen Beamten der öffentlichen Ordnungskräfte oder einen Bürger, der mit einer öffentlichen Aufgabe betraut wurde, einen Dozenten, Prüfer oder ein Mitglied der Schulgemeinde oder einen Priester einer Religionsgemeinschaft, einen Sportrichter oder einen Schiedsrichter unter der Gerichtsbarkeit der sportlichen Verbände in Ausübung oder wegen seines Amts.

- m) Der Täter ist Beamter und begeht die Tat unter schwerem Missbrauch der Amtsgewalt.

Art. 133 Privilegierte Tötung

Wer unter dem Einfluss einer nachvollziehbaren starken Emotion, aus Mitleid, Verzweiflung oder aus einem sozial oder moralisch wertvollen Grund eine andere Person tötet, wird, wenn diese Umstände seine Schuld erheblich mindern, mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis 5 Jahren bestraft.

Literaturverzeichnis

Antunes, Maria João (Hrsg.), Código de Processo Penal. Coimbra 1998.

– (Hrsg.), Código Penal. Coimbra 1998.

Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Colectânea de Jurisprudência XVII (1992), Band 1. Coimbra 1992.

– Colectânea de Jurisprudência XVIII (1993), Bd. 5. Coimbra 1993.

– Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça IV, Bd. 2. Coimbra 1996.

Barreiros, José António, O julgamento no novo código de processo penal. In: Centro de Estudos Judiciários (Hrsg.), Jornadas de direito processual penal – O novo Código de Processo Penal. Coimbra 1988, S. 271–287.

Basedau, Dierk [Übers.], Das Portugiesische Strafgesetzbuch vom 16. September 1886 (Sammlung Außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Nr. 79). Berlin 1962.

Comissão da Condição Feminina, Violência na família, alguns números para pensar. Boletim da Comissão da Condição Feminina, Nr. 4 (1982), 43–47.

Correira, Eduardo, Direito Criminal (com a colaboração de Jorge de Figueiredo Dias), Bd. 1. Coimbra 1963.

– Código Penal – Projecto da Parte Geral. Ohne Ort 1963 (Separatdruck aus der Zeitschrift: Boletim do Ministério da Justiça, Nr. 127).

– Direito Criminal (com a colaboração de Jorge de Figueiredo Dias), Bd. 2. Coimbra 1965.

Cortes Rosa, Manuel, Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld im Strafrechtssystem. In: Bernd Schünemann/Jorge de Figueiredo Dias (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts (Coimbra-Symposium für Claus Roxin). Köln u.a. 1995, S. 183–211.

Costa Andrade, Manuel da, Die Einwilligung des Verletzten im Gesetz und in der Lehre Portugals. In: Albin Eser/Walter Perron (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung III. Freiburg 1990, S. 137–146.

– Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra 1992.

Costa Pimenta, José da, Código de Processo Penal anotado. 2. Aufl. Lissabon 1991.

Ferreira, Amadeu, Homicídio privilegiado. Coimbra 1991.

Ferreira, Marques, Meios de prova. In: Centro de Estudos Judiciários (Hrsg.), Jornadas de direito processual penal – O novo Código de Processo Penal. Coimbra 1988, S. 219–270.

Ferreira da Silva, Luisa, „O direito de bater na mulher“ – violência interconjugal na sociedade portuguesa. *Análise Social*, Bd.. XXVI – 2 n° 111 (1991), 385–397.

Figueiredo Dias, Jorge de, O problema da consciência da ilicitude em direito penal. Coimbra 1969.

- Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa. In: Centro de Estudos Judicarios (Hrsg.), Jornadas de Direito Criminal, Fase 1. Caxias 1983, S. 39–83.
 - Schuld und Persönlichkeit. Für eine rechtsethische Erneuerung des Schuldbegriffs im Strafrecht. ZStW 95 (1983), 220–255.
 - Legítima defesa. In: Polis-Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, Bd. 3. Lissabon u.a. 1985.
 - Homicídio qualificado. In: Associação Sindical dos Juizes Portugueses (Hrsg.), Colectânea de Jurisprudência XII (1987), Bd. 4. Coimbra 1987. S. 50–55.
 - Der Irrtum als Schuldausschließungsgrund. In: Albin Eser/Walter Perron (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung III. Freiburg 1990, S. 201–215.
 - Sobre o estado actual da doutrina do crime. RPCC 1 (1991), 9–53.
 - Sobre o estado actual da doutrina do crime. RPCC 2 (1992), 7–44.
 - Die Reform des Strafverfahrens in Portugal. ZStW 104 (1992), 448–471.
 - Direito penal português – As consequências jurídicas do crime. Lissabon 1993.
 - Das portugiesische Strafgesetzbuch von 1982 in der Bewährung. ZStW 105 (1993), 77–107.
 - Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1998 do Código de Processo Penal. RPCC 8 (1998), 199–213.
 - (Hrsg.), Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial, Bd. I. Coimbra 1999.
- Gomes Canotilho, José J./Moreira, Vital*, Constituição da República Portuguesa anotada. 3. Aufl. Coimbra 1993.
- Hünerefeld, Peter*, Die Entwicklung der Kriminalpolitik in Portugal. Bonn 1971.
- Strafrechtsdogmatik in Deutschland und Portugal. Baden-Baden 1981.
 - Neues Strafrecht in Portugal. JZ 1983, 673.
 - Landesbericht Portugal. In: Walter Perron (Hrsg.), Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands. Freiburg 1995, S. 409–433.
- Infante, Fernanda* u.a., O homicídio doloso em 4 distritos do continente. Lissabon 1991.
- Crime de homicídio doloso consumado em Portugal: Contributo para o seu estudo. Lissabon 1994.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Berlin 1996.
- Leal-Henriques, Manuel de Oliveira/Sima Santos, Manuel José Carrilho de*, Código Penal anotado, Bd. I. 2. Aufl. Lissabon 1995.
- Código Penal anotado, Bd. II. 2. Aufl. Lissabon 1996.
- Lopes da Mota, José Luis*, Relatório dos serviços do ministério público do ano de 1992. RPCC 3 (1993), 585–596.
- A revisão do código processo penal. RPCC 8 (1998), 163–198.

- Maia Gonçalves, Manuel Lopes*, Código Penal Português. 13. Aufl. Coimbra 1999.
- Código de Processo Penal anotado. 10. Aufl. Coimbra 1999.
- Marques da Silva, Germano*, Curso de Processo Penal II. Lissabon 1993.
- Ministério da Justiça – Gabinete de Estudos e Planeamento, Estatísticas da Justiça 1996, 1997 und 1998 (Jahresbände). Lissabon 1996, 1997 und 1998.
- Miranda Rodrigues, Anabela*, A fase da execução das penas e medidas de segurança no direito português. BMJ 380 (1988), 5–58.
- A determinação da medida da pena privativa de liberdade. Coimbra 1995.
- Organisation Internationale de Police Criminelle – Interpol: Statistiques Criminelles Internationales, Jahrgänge 1994–1998. Paris u.a. 1994–1998.
- Palma, Maria Fernanda*, A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos, 2 Bände (durchpaginiert). Lissabon 1990.
- Pedrosa Machado, Miguel/Moraes Rocha, João L. de* (Hrsg.), Organização judiciária e estatutos das profissões forenses. Lissabon 1994.
- Pinto de Albuquerque, Paulo*, Landesbericht Portugal. In: Monika Becker/Jörg Kinzig (Hrsg.), Rechtsmittel im Strafrecht, Bd. 1. Freiburg 2000, S. 317 ff.
- Pizarro de Almeida, Carlota*, Modelos de inimputabilidade – Da teoria à prática. Coimbra 2000.
- Schünemann, Bernd/Figueiredo Dias, Jorge de* (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts (Coimbra-Symposium für Claus Roxin). Köln u.a. 1995.
- Serra, Teresa*, Homicídio qualificado – Tipo de culpa e medida da pena. Coimbra 1995.
- Homicídios em série. In: Centro de Estudos Judiciários (Hrsg.), Jornadas de direito criminal – Revisão do Código Penal, Bd. II. Lissabon 1998, S. 137–179.
- Silva Miguel, João Manuel da*, Relatório de actividade do ministério público do ano de 1996. RPCC 7 (1997), 515–524.
- Simas Santos, Manuel José Carrilho de* u.a., Código de Processo Penal II. Lissabon 1996.
- Taipa de Carvalho, Américo A.*, A legítima defesa. Coimbra 1995.

§ 9

Landesbericht Schweden*

Karin Cornils

* Eine Zusammenfassung des schwedischen Landesberichts ist veröffentlicht in Cornils, JFT 2004, 279–293. Dem Landesbericht ist die Rechtslage in Schweden zur Zeit der Befragung (1996/97) zugrunde gelegt.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	625
I. Rechtstatsächlicher Hintergrund	626
I.1. Empirische Erkenntnisse zur allgemeinen Tötungskriminalität	626
I.2. Angaben zur Sanktionspraxis	628
I.3. Gesellschaftliche Diskussion und rechtliche Initiativen in Bezug auf Gewalt gegen Frauen	630
II. Rechtliche Rahmenbedingungen und allgemeiner Verlauf der Befragung	631
II.1. Rechtlicher Rahmen	631
II.1.1. Einschlägige materiellrechtliche Regelungen	631
II.1.1.1. Überblick über den systematischen Aufbau der Strafbarkeitsmerkmale	631
II.1.1.2. Tötungstatbestände	633
II.1.1.2.1. Vorsätzliche Tötungsdelikte	634
II.1.1.2.2. Fahrlässige Tötungsdelikte	636
II.1.1.2.3. Konkrete Lebensgefährdungsdelikte	638
II.1.1.3. Straffreistellungen	641
II.1.1.3.1. Allgemeines	641
II.1.1.3.2. Notwehr	642
II.1.1.3.3. Notstand	644
II.1.1.3.4. Zurechnungsunfähigkeit	646
II.1.1.3.5. Rauschzustand	647
II.1.1.4. Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe, Strafzumessung	648
II.1.1.4.1. Strafzumessungsregeln für Versuch und Teilnahme	648
II.1.1.4.2. Allgemeine Strafzumessungsregeln	649
II.1.1.4.3. Sanktionswahl	652
II.1.2. Wesenszüge des Strafverfahrensrechts	654
II.1.2.1. Generelle Charakterisierung der Verfahrensstruktur	654
II.1.2.2. Zuständige Spruchkörper und einschlägige Verfahrens- arten	655
II.1.2.3. Besonderheiten des Beweisverfahrens	656
II.1.2.4. Anforderungen an die schriftliche Entscheidungs- begründung	659
II.1.3. Äußerer Rahmen der Strafvollstreckung	661
II.1.3.1. Verkürzung des Vollzugs von Freiheitsstrafen	661
II.1.3.2. Substanzielle Vollzugslockerungen	661
II.2. Befragung der Landesjuristen	662
II.2.1. Bildung der Stichprobe	662
II.2.2. Verlauf der Gespräche	663

III. Beurteilung der Fallvarianten	663
III.1. Fallvariante 1	663
III.1.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung	663
III.1.1.1. Tatbestandliche Einstufung	663
III.1.1.1.1. Rechtliche Vorgaben	663
III.1.1.1.2. Ergebnisse der Befragung	664
III.1.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen	665
III.1.1.2.1. Rechtliche Vorgaben	665
III.1.1.2.2. Ergebnisse der Befragung	666
III.1.1.3. Strafrahmenbestimmung und konkrete Strafzumessung	667
III.1.1.3.1. Rechtliche Vorgaben	667
III.1.1.3.2. Ergebnisse der Befragung	668
III.1.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte	670
III.1.1.4.1. Gesichtspunkte zulasten der T	670
III.1.1.4.2. Gesichtspunkte zugunsten der T	671
III.1.2. Einflüsse des Strafverfahrens	671
III.1.2.1. Einflussnahme der Anklagebehörde auf Spruchkörper und Verfahrensart	671
III.1.2.2. Besonderheiten des Beweisverfahrens	672
III.1.2.3. Verteidigungsstrategie und Absprachen	673
III.1.2.4. Anforderungen an die Entscheidungsbegründung	674
III.1.3. Einflüsse der Strafvollstreckung	674
III.1.3.1. Tatsächliche Haftdauer	674
III.1.3.1.1. Rechtliche Vorgaben	674
III.1.3.1.2. Ergebnisse der Befragung	675
III.1.3.2. Vollzugslockerungen	677
III.2. Fallvariante 2	677
III.2.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung	677
III.2.1.1. Tatbestandliche Einstufung	677
III.2.1.1.1. Rechtliche Vorgaben	677
III.2.1.1.2. Ergebnisse der Befragung	678
III.2.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen	679
III.2.1.2.1. Rechtliche Vorgaben	679
III.2.1.2.2. Ergebnisse der Befragung	679
III.2.1.3. Strafrahmenbestimmung und konkrete Strafzumessung	680
III.2.1.3.1. Rechtliche Vorgaben	680
III.2.1.3.2. Ergebnisse der Befragung	680
III.2.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte	682
III.2.1.4.1. Gesichtspunkte zulasten der T	682
III.2.1.4.2. Gesichtspunkte zugunsten der T	682
III.2.2. Einflüsse des Strafverfahrens	682
III.2.3. Einflüsse der Strafvollstreckung	683

III.3. Fallvariante 3	684
III.3.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung	685
III.3.1.1. Tatbestandliche Einstufung	685
III.3.1.1.1. Rechtliche Vorgaben	685
III.3.1.1.2. Ergebnisse der Befragung	685
III.3.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen	686
III.3.1.2.1. Rechtliche Vorgaben	686
III.3.1.2.2. Ergebnisse der Befragung	686
III.3.1.3. Straffrahmenbestimmung und konkrete Strafzumessung	687
III.3.1.3.1. Rechtliche Vorgaben	687
III.3.1.3.2. Ergebnisse der Befragung	687
III.3.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte	689
III.3.1.4.1. Gesichtspunkte zulasten der T	689
III.3.1.4.2. Gesichtspunkte zugunsten der T	689
III.3.2. Einflüsse des Strafverfahrens	690
III.3.3. Einflüsse der Strafvollstreckung	690
III.4. Fallvariante 4	691
III.4.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung	691
III.4.1.1. Tatbestandliche Einstufung	691
III.4.1.1.1. Rechtliche Vorgaben	691
III.4.1.1.2. Ergebnisse der Befragung	692
III.4.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen	692
III.4.1.2.1. Rechtliche Vorgaben	692
III.4.1.2.2. Ergebnisse der Befragung	693
III.4.1.3. Straffrahmenbestimmung und konkrete Strafzumessung	694
III.4.1.3.1. Rechtliche Vorgaben	694
III.4.1.3.2. Ergebnisse der Befragung	695
III.4.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte	696
III.4.1.4.1. Gesichtspunkte zulasten der T	696
III.4.1.4.2. Gesichtspunkte zugunsten der T	696
III.4.2. Einflüsse des Strafverfahrens	697
III.4.3. Einflüsse der Strafvollstreckung	697
Literaturverzeichnis	699

Abkürzungsverzeichnis

BrB	Brottsbalken (das schwedische Kriminalgesetzbuch)
BRÅ	Brottsförebyggande Rådet (Schwedischer Rat für Verbrechenverhütung)
Ds	Departementsserien (hier: Gutachten des Justizministeriums)
JFT	Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland (Zeitschrift, herausgegeben von der Juristischen Vereinigung in Finnland)
JT	Juridisk Tidskrift (Juristische Zeitschrift)
LPUB	lag om särskild personutredning i brottmål (Gesetz über die besondere Personenuntersuchung in Strafsachen)
LRU	lag om rättspsykiatrisk undersökning (Gesetz über die rechtspsychiatrische Untersuchung)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv (Neues Juristisches Archiv, Teil I: Rechtsprechung; Teil II: Gesetzgebung)
NTfK	Nordisk Tidskrift for Kriminalvidenskab (Nordische Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft)
Prop.	Regeringens proposition (Gesetzesvorlage der Regierung)
RB	Rättegångsbalken (das schwedische Prozessgesetz)
RH	Rättsfall från hovrätterna (Entscheidungssammlung der Obergerichte)
SFS	Svensk författningssamling (Veröffentlichungsblatt der Gesetzgebung)
SOU	Statens offentliga utredningar (Veröffentlichungsreihe amtlicher Gutachten)
SvJT	Svensk Juristtidning (Schwedische Juristenzeitung)

I. Rechtstatsächlicher Hintergrund

I.1. Empirische Erkenntnisse zur allgemeinen Tötungskriminalität

Der Anteil der vorsätzlichen Tötungsdelikte an der Gesamtkriminalität in Schweden beträgt seit Anfang der 1980er Jahre mit geringen Schwankungen etwa 0,07 %. Von insgesamt 1.190.812 angezeigten Straftaten im Jahr 1998 betrafen 187 vollendeten Mord, Totschlag oder Körperverletzung mit Todesfolge und 732 versuchte Tötung.¹ Während bei der kontinuierlich zunehmenden Gewaltkriminalität im Übrigen mit einer erheblichen Dunkelziffer gerechnet wird, geht man davon aus, dass Delikte mit tödlichem Ausgang nahezu vollständig der Polizei zur Kenntnis gelangen und in die Anzeigenstatistik eingehen.² Hier liegt die Zahl der tatsächlich begangenen Straftaten sogar niedriger als die der registrierten Anzeigen, weil sich in einem Teil der Fälle eine andere Todesursache als die zunächst angenommene Gewalteinwirkung herausstellt.³

Seit Mitte der 1970er Jahre sind relativ konstant im Durchschnitt jährlich 145 Strafanzeigen wegen *vollendeter* Tötung oder Körperverletzung mit Todesfolge erstattet worden; das sind zwei Anzeigen pro 100.000 Einwohner.⁴ Demgegenüber ist die Zahl der angezeigten Fälle von *versuchtem* Mord oder Totschlag in diesem Zeitraum auf das Fünffache angestiegen.⁵ Besonders drastisch war die Zunahme während der 1990er Jahre.

¹ Kriminalstatistik 1998, Tabell 1.1.

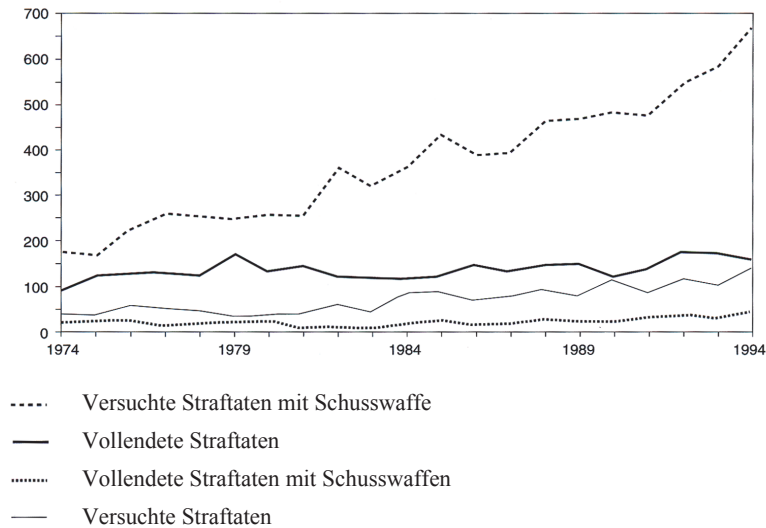
² Vgl. *Wikström*, in: Ahlberg (Hrsg.), BRÅ-rapport 1994:3, S. 23.

³ Siehe die Gegenüberstellung der Anzeigenstatistik mit der offiziellen Todesursachenstatistik bei *Ryning*, in: Ahlberg (Hrsg.), BRÅ-rapport 1998:2, S. 32 f., sowie den Zahlenvergleich bei *Olsson*, in: Ahlberg (Hrsg.), BRÅ-rapport 1996:4, S. 49 f. (Bilaga).

⁴ Kriminalstatistik 1998, Tabell 1.2.

⁵ Vgl. *Olsson*, in: Ahlberg (Hrsg.), BRÅ-rapport 1996:4, S. 36 f.

Abbildung 1: Angezeigte Straftaten – Mord, Totschlag und Körperverletzung – mit tödlichem Ausgang (1974–1994)



Quelle: BRÅ-rapport 1996:4, S. 46, Figur 12

Das kaum veränderte Niveau der vollendeten Tötungsdelikte seit mehr als zwei Jahrzehnten bei gleichzeitig stetem Anstieg der Gewaltkriminalität insgesamt kann teilweise auf eine Verbesserung der lebensrettenden Medizin zurückzuführen sein.⁶ Diese Vermutung wird einerseits gestützt durch die im selben Zeitraum gestiegene Zahl der angezeigten Tötungsversuche und andererseits durch die Beobachtung, dass sich bei den vollendeten Tötungsdelikten der Anteil mit Waffengewalt begangener Taten verdoppelt hat, während der Anteil ohne Waffen begangener Taten (bei denen in der Regel bessere Rettungschancen bestehen) gesunken ist.⁷ Die erhebliche Zunahme der Anzeigen wegen versuchter Tötung wird teilweise ebenfalls mit dem vermehrten Waffengebrauch erklärt, der dazu beiträgt, dass die Polizei bei der Anzeigenaufnahme immer mehr geneigt ist, Fälle von Gewaltanwendung als Tötungsversuche einzuordnen.⁸

Hinsichtlich der Tatsituation lassen sich für vorsätzliche Tötungsdelikte drei Hauptgruppen unterscheiden: familiärer Bereich, innerhäuslicher, nicht familiärer Bereich und Außenbereich. Tödliche Gewalt innerhalb der Familie steht ganz überwiegend im Zusammenhang mit Alkoholproblemen. Zwischen Eheleuten oder

⁶ So die Vermutung von Wikström, Våld, S. 33 f.

⁷ Vgl. speziell für Stockholm Wikström, Våld, S. 34, Figur 18; ders., in: Ahlberg (Hrsg.), BRÅ-rapport 1994:3, S. 30 f., Figur 3.

⁸ So Rying, in: Ahlberg (Hrsg.), BRÅ-rapport 1998:2, S. 34 f.

Lebenspartnern spielt neben dem Alkohol oft Eifersucht eine Rolle. Auch außerhalb familiärer Beziehungen werden die meisten Tötungsdelikte (etwa 70 %) *in einer Wohnung* begangen. Die Beteiligten sind in der Regel miteinander bekannt, und die Tatsituation entsteht oft spontan. Alkoholeinfluss und Waffengebrauch haben bei diesen Taten erheblich zugenommen. Tödliche Gewalttaten *auf öffentlichen Plätzen und Straßen* sind seltener, sie werden jedoch in größerem Umfang mit Waffen, insbesondere mit Messern begangen.⁹ Täter und Opfer kennen sich dabei gewöhnlich nicht.¹⁰

Nur etwa 10 % der Tatverdächtigen sind Frauen. Dieser Anteil, der sowohl für versuchte als auch für vollendete Tötungsdelikte gilt, ist seit mehr als hundert Jahren in Schweden konstant geblieben. Frauen richten ihre Gewalt am ehesten (in etwa 85 % der Fälle) gegen ein Familienmitglied, während Männer vornehmlich Bekannte außerhalb der Familie töten. Unter den Opfern haben Frauen einen Anteil von 30 %.¹¹

1.2. Angaben zur Sanktionspraxis

Tötungsdelikte werden heute überwiegend mit Gefängnisstrafe geahndet. Bedingte Verurteilung und Schutzaufsicht¹² als alternative Sanktionsarten spielen lediglich bei Fahrlässigkeitstaten eine gewisse Rolle.¹³ Leidet der Täter an einer schweren psychischen Störung, so verurteilt das Gericht ihn statt zu einer Gefängnisstrafe zu psychiatrischer Fürsorge. Bis etwa 1980 war die Überweisung an die Rechtspsychiatrie die mit Abstand am häufigsten verhängte Sanktion bei vorsätzlicher Tötung; sie wurde in zwei von drei Verurteilungsfällen angewandt. Seitdem ist ihr Anteil kontinuierlich zurückgegangen und gleichzeitig die Gefängnisstrafe in den Vordergrund getreten, sodass das Verhältnis sich inzwischen gerade umgekehrt hat.¹⁴

⁹ Zu den verschiedenen bei tödlichen Gewaltdelikten verwendeten Waffenarten siehe *Rying*, in: Ahlberg (Hrsg.), BRÅ-rapport 1996:4, S. 87; vgl. auch *Wikström*, in: Ahlberg (Hrsg.), BRÅ-rapport 1994:3, S. 30.

¹⁰ Vgl. *Rying*, in: Ahlberg (Hrsg.), BRÅ-rapport 1998:2, S. 37.

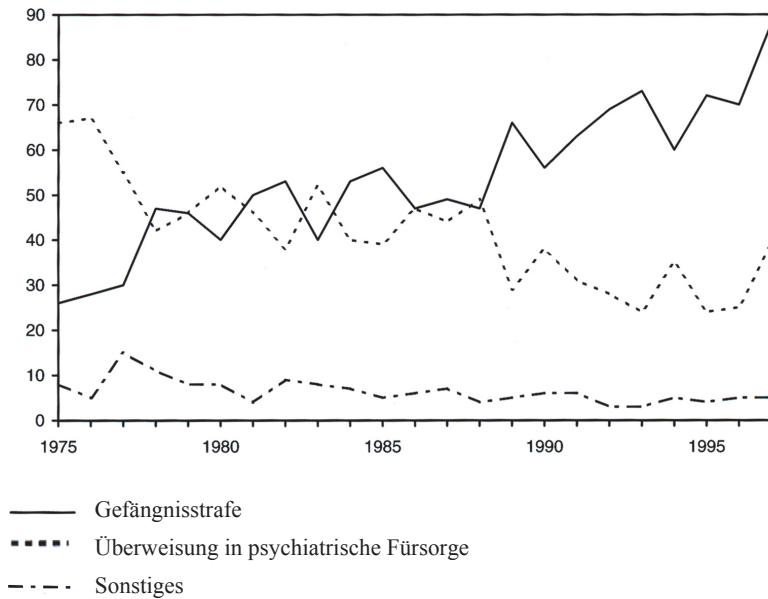
¹¹ Vgl. *Rying*, in: Ahlberg (Hrsg.), BRÅ-rapport 1996:4, S. 93.

¹² Zu diesen selbstständigen Sanktionsarten siehe unten II.1.1.4.3.

¹³ Bei fahrlässiger Tötung im Zusammenhang mit Trunkenheitsfahrt wird jedoch in aller Regel eine Gefängnisstrafe als unumgänglich angesehen. Vgl. unten II.1.1.2.2.

¹⁴ Da man von einem hohen Anteil (etwa 70 %) psychisch Gestörter unter den wegen Mordes oder Totschlags verurteilten Personen ausgeht, bedeutet dies, dass gegen sie immer häufiger Gefängnisstrafen verhängt werden; vgl. *Schütz-Gårdén*, Psychisch gestörte Straftäter, S. 404, 407 f.; *Rying*, in: Ahlberg (Hrsg.), BRÅ-rapport 1998:2, S. 39 f.

Abbildung 2: Verhängte Sanktionen für Mord und Totschlag in prozentualer Verteilung, 1975–1997



Quelle: BRÅ-rapport 1998:2, S. 40, Figur 3

Eine 1994 im Auftrag des Justizministeriums durchgeführte Untersuchung über die Strafzumessungspraxis der Amtsgerichte bei schweren Gewaltdelikten¹⁵ hat ergeben, dass die Mehrzahl der verhängten Gefängnisstrafen an der unteren Grenze des Strafrahmens liegt und dessen obere Hälfte nur selten erreicht wird. Lediglich in Fällen der Vergewaltigung wird der gesamte Strafrahmen genutzt.

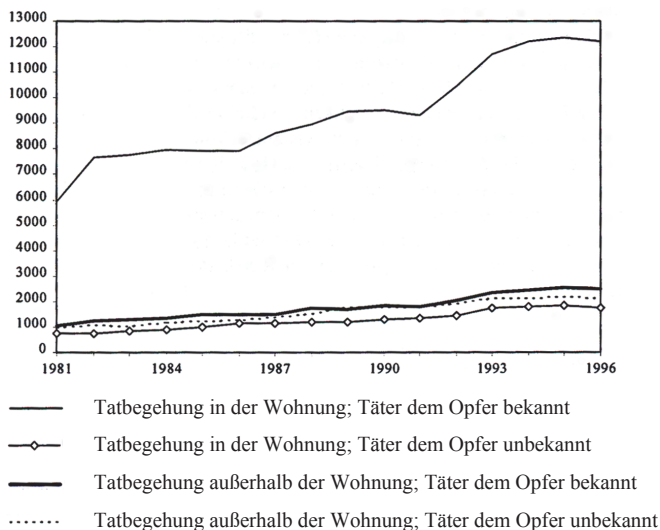
Aus derselben Studie geht hervor, dass über 80 % der erstinstanzlichen Entscheidungen in Fällen wegen Mordes oder Totschlags sowie mehr als die Hälfte der Untergerichtsurteile wegen schwerer Körperverletzung im Wege der Berufung durch die zweite Tatsacheninstanz überprüft werden. Von den in der Untersuchung erfassten Berufungsentscheidungen dreier Obergerichte hatten 62 % das erstinstanzliche Urteil bestätigt.

¹⁵ Tingsrätternas straffmättningspraxis vid vissa grova våldsbrott 1989–1992.

I.3. Gesellschaftliche Diskussion und rechtliche Initiativen in Bezug auf Gewalt gegen Frauen

Zur Zeit der Befragung (1996/97) spielte in Schweden das Thema der häuslichen Gewalt gegen Frauen eine besondere Rolle in der öffentlichen Diskussion. Die Zahl der angezeigten Körperverletzungsdelikte gegen Frauen hatte seit 1986 um 56 % zugenommen.¹⁶ Im Jahr 1996 wurden 18.560 Straftaten dieser Art angezeigt; davon waren 12.210 (66 %) innerhalb einer Wohnung und von einer Person begangen worden, die mit dem Opfer zuvor bekannt war,¹⁷ in aller Regel vom Ehemann oder Lebenspartner der Frau und häufig in wiederholten Fällen.¹⁸ Obwohl die Anzeigebereitschaft in den vorausgegangenen Jahren deutlich gestiegen war – was teilweise auch die Statistik beeinflusst hatte –, ging man noch immer von einer erheblichen Dunkelziffer in diesem Bereich aus.¹⁹

Abbildung 3: Anzahl der angezeigten Körperverletzungstaten gegen Frauen, 1981–1996



Quelle: Prop. 1997/98:55, S. 32, Figur 1

Vor diesem Hintergrund hatte das Sozialministerium eine Sachverständigenkommission (*kvinnoväldskommisionen*) eingesetzt mit dem Auftrag, eine Untersuchung über Gewalt gegen Frauen durchzuführen und geeignete Gegenstrategien

¹⁶ Die Zahl der angezeigten Vergewaltigungen war im selben Zeitraum um 80 % gestiegen; vgl. Prop. 1997/98:55, S. 33.

¹⁷ Siehe Kriminalstatistik 1996, Tabell 1.5, S. 27.

¹⁸ Vgl. Olsson, in: Ahlberg (Hrsg.), BRÅ-rapport 1996:4, S. 40 f.

¹⁹ Vgl. Prop. 1997/98:55, S. 31, 33 f.

vorzuschlagen. In ihrem 1995 vorgelegten Gutachten²⁰ empfahl die Kommission neben vorbeugenden Maßnahmen sowie verschiedenen Hilfsangeboten für Frauen, die bereits Opfer von Gewalttaten geworden sind, insbesondere auch die Einführung eines neuen Straftatbestands „Schwere Integritätsverletzung einer Frau“ in das Kriminalgesetzbuch. Damit sollte die wiederholte Anwendung physischer oder psychischer Gewalt gegen die eigene Lebenspartnerin als eine Gesamtheit mehrerer Straftaten selbstständig kriminalisiert werden. Eine entsprechende Bestimmung ist seit 1998 in Kraft.²¹

Es wurde in diesem Zusammenhang auch diskutiert, ob sich eine Frau, die wiederholten Misshandlungen und schweren Kränkungen durch ihren Mann ausgesetzt gewesen ist, auf (präventive) Notwehr berufen könne, wenn sie den Mann töte, um sich vor weiteren Übergriffen zu retten.²²

Hilfsangebote der Sozialbehörden sowie von staatlich unterstützten freiwilligen Organisationen für Frauen, die einen Ausweg aus einer gewaltbedrohten Lebenssituation suchen, stehen in Schweden zahlreich und vielfältig zur Verfügung. Es ist jedoch bekannt, dass gerade die am meisten bedrohten Frauen oft nicht den Mut aufbringen, hiervon Gebrauch zu machen.²³

II. Rechtliche Rahmenbedingungen und allgemeiner Verlauf der Befragung

II.1. Rechtlicher Rahmen

II.1.1. Einschlägige materiellrechtliche Regelungen

II.1.1.1. Überblick über den systematischen Aufbau der Strafbarkeitsmerkmale

Eine Straftat ist nach schwedischem Verständnis eine mit Strafe bedrohte Handlung oder Unterlassung, für die der Täter persönliche Verantwortung trägt. Traditionell wird in der Lehre unterschieden zwischen der „objektiven Seite“ der Straftat, die den gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen entspricht, und der „subjektiven Sei-

²⁰ SOU 1995:60, Kvinnofrid. Slutbetänkande av Kvinnovaldskommissionen.

²¹ Kap. 4 § 4a BrB, eingeführt durch Gesetz SFS 1998:393 und kurz darauf geändert durch Gesetz SFS 1999:845.

²² Vgl. SOU 1995:60, S. 306; Ds 1996:28, S. 264 f.; Prop. 1997/98:55, S. 78 f. Diese Frage war 1986 vom Untergericht Helsingborg im sog. Hammer-Fall negativ beantwortet worden (Urteil vom 23.12.1986 DB 1570) und wird allgemein in Schweden verneint; siehe näher dazu unten III.1.1.2.1.

²³ Vgl. SOU 1995:60 Del A, S. 117–135, 143–153, 157–172; *Hydén*, in: Olsson/Wiklund (Hrsg.), BRÅ-rapport 1997:2, S. 18 f.

te“, die Vorsatz und Fahrlässigkeit umfasst.²⁴ Sind die Voraussetzungen der Strafbarkeit insoweit erfüllt, kann die Tat dennoch aufgrund einer gesetzlichen oder sonst anerkannten Ausnahmeregel straffrei bleiben. Die herkömmliche Lehre und das Gesetz sprechen hier von „allgemeinen (objektiven) Gründen für den Ausschluss der Strafbarkeit“, ohne zu unterscheiden, ob diese rechtfertigenden oder entschuldigenden Charakter haben.

Jareborg hingegen strukturiert den Verbrechensbegriff nach allgemeinen Merkmalen der unerlaubten Tat (Rechtswidrigkeit) und solchen der persönlichen Verantwortung (Schuld). Seinem Aufbau zufolge ist eine rechtswidrige Tat gegeben, wenn ein bestimmtes Verhalten rechtlich kriminalisiert ist und keine Umstände vorliegen, die es ausnahmsweise als „vertretbar“, „berechtigt“ oder „sozialadäquat“ (also gerechtfertigt) erscheinen lassen. Zu den Merkmalen der Schuld zählt *Jareborg* insbesondere Vorsatz oder Fahrlässigkeit sowie das Fehlen von Tatumständen, die ausnahmsweise das rechtswidrige Verhalten entschuldigen.²⁵ Ein wesentlicher Unterschied zur traditionellen Lehre besteht in der Differenzierung zwischen rechtfertigenden und entschuldigenden Straffreistellungsgründen; eine wesentliche Gemeinsamkeit liegt in der Zuordnung von Vorsatz und Fahrlässigkeit zur Schuld.

Sofern nicht fahrlässiges Verhalten ausdrücklich kriminalisiert ist, sind nur vorsätzlich begangene Taten strafbar (Kap. 1 § 2 Abs. 1 BrB). Der *Vorsatz* muss sich nach dem allgemein anerkannten sogenannten Deckungsprinzip grundsätzlich auf alle objektiven Tatmerkmale erstrecken.²⁶ Als Vorsatzformen kennt das schwedische Strafrecht *dolus directus*, *dolus indirectus* und *dolus eventualis*. Letzterer wurde zur Zeit der Befragung dann angenommen, wenn der Täter den Erfolg als eine mögliche Folge seiner Handlung erkannt hatte und davon auszugehen war, dass er gleichermaßen gehandelt hätte, wenn er mit dem sicheren Eintritt des Erfolgs gerechnet hätte (sogenannte *hypothetische Probe*).²⁷ Nur wenn das Gericht zu der Überzeugung gelangte, dass der Täter auch bei Gewissheit über den Erfolg die Tathandlung begangen hätte, war er wegen vorsätzlicher Straftat zu verurteilen. Die Rechtsprechung folgte dieser Lehre vom hypothetischen *dolus eventualis*,²⁸ seitdem der Oberste Gerichtshof 1959 in einem Grundsatzurteil den in den nordischen Nachbarländern vertretenen sogenannten Wahrscheinlichkeitsvorsatz abgelehnt und diesen Kurs 1980 noch einmal ausdrücklich bekräftigt hatte.²⁹ Dabei zeigte

²⁴ Vgl. BrB-Kommentar I, S. 28; *Leijonhufvud/Wennberg*, Straffansvar, S. 32 ff.

²⁵ *Jareborg*, in: Eser/Fletcher (Hrsg.), Rechtfertigung, S. 414–416; *ders.*, Straffrätrens ansvarslära, S. 21–26.

²⁶ Vgl. *Leijonhufvud/Wennberg*, Straffansvar, S. 33 f., 74 f.; *Jareborg*, Straffrätrens ansvarslära, S. 232–257; BrB-Kommentar I, S. 43 f.

²⁷ Vgl. BrB-Kommentar I, S. 38 f. Es ist an dieser Stelle noch einmal ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass hier die Rechtslage zur Zeit der Befragung wiedergegeben wird.

²⁸ Diese Lehre ist von der ersten Frank'schen Formel abgeleitet.

²⁹ Urteile vom 28.2.1959, NJA I 1959, S. 63 ff., und vom 21.10.1980, NJA I 1980, S. 514 ff.

sich in den 1990er Jahren eine Tendenz der Gerichte, anstelle der hypothetischen Probe die Frage zu stellen, ob der Täter hinsichtlich des Erfolgs gleichgültig war.³⁰ Eine von der Regierung eingesetzte Reformkommission empfahl 1996, in Abkehr von der bisherigen Lehre und Praxis eine qualifizierte Form des Wahrscheinlichkeitsvorsatzes einzuführen,³¹ und die Rechtsprechung ist diesem Vorschlag später – einige Jahre nach unserer Befragung – gefolgt.

Versuch wird als Beginn der Tatausführung definiert (Kap. 23 § 1 Abs. 1 BrB). Er ist strafbar, wo das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht und „sofern die Gefahr bestanden hat, dass die Handlung zur Vollendung der Straftat führen würde, oder eine solche Gefahr nur aufgrund zufälliger Umstände ausgeschlossen war“. Das schwedische Recht unterscheidet nicht zwischen tauglichem und untauglichem Versuch, sondern danach, ob ein Versuch ernst zu nehmen ist.³² Wer beispielsweise in der Absicht, einen anderen zu vergiften, versehentlich das bereitgelegte Gift mit einem harmlosen Stoff verwechselt und diesen dem anderen verabreicht, ist wegen Versuchs strafbar, weil seine Handlung nur aufgrund zufälliger Umstände harmlos war.³³

Wegen Versuchs wird nicht bestraft, wer durch Abbruch seiner Tatausführung oder in anderer Weise freiwillig die Vollendung der Straftat verhindert (Kap. 23 § 3 BrB). Im Fall eines beendeten Versuchs ist aktives Eingreifen erforderlich. Entgegen dem Gesetzeswortlaut ist ein *strafbefreiender Rücktritt* ausnahmsweise auch dann möglich, wenn die Vollendung nicht durch den Täter verhindert wird, sondern aus rein zufälligen Gründen (wie etwa in dem oben genannten Vergiftungsfall) ohnehin nicht eingetreten wäre. Demgegenüber kann bei einem fehlgeschlagenen Versuch der Täter durch Abbruch der Tatausführung nicht die strafbefreiende Wirkung eines Rücktritts erlangen.³⁴

II.1.1.2. Tötungstatbestände

Das schwedische Kriminalgesetzbuch (*Brottsbalken*) von 1962 enthält Strafbestimmungen für vorsätzliche und fahrlässige Tötungsdelikte sowie für vorsätzliche und fahrlässige, abstrakte und konkrete Lebensgefährdungsdelikte.

Vorschriften über Straftaten mit „objektivem Überschuss“, das heißt *erfolgsqualifizierte Tatbestände*, sind mit der Einführung des Kriminalgesetzbuchs sämtlich ausgemustert worden. Fälle der Körperverletzung mit Todesfolge werden seitdem als Körperverletzung, ggf. in Tateinheit mit fahrlässiger Tötung, behandelt.

³⁰ Vgl. *Jareborg*, Straffrättens ansvarslära, S. 211 mit Rechtsprechungshinweisen; siehe auch *Löfmarck*, SvJT 1991, 185 f.

³¹ SOU 1996:185, S. 116–145.

³² Vgl. BrB-Kommentar II, S. 23:13.

³³ Vgl. *Jareborg*, Straffrättens ansvarslära, S. 85.

³⁴ Vgl. BrB-Kommentar II, S. 23:36 f.

Demgegenüber gibt es eine Reihe von Tatbeständen mit „subjektivem Überschuss“, zu denen außer den ausdrücklich geregelten Fällen des strafbaren Versuchs unter anderem auch Delikte mit dem (qualifizierenden) Merkmal der Tötungsabsicht gehören.³⁵

II.1.1.2.1. Vorsätzliche Tötungsdelikte

Mord, Kap. 3 § 1 BrB

Wer einen anderen des Lebens beraubt, wird wegen Mordes (*mord*) zu Gefängnisstrafe von zehn Jahren oder auf Lebenszeit verurteilt.

Totschlag, Kap. 3 § 2 BrB

Ist eine Straftat gemäß § 1 hinsichtlich der Umstände, die zu der Tat geführt haben, oder in sonstiger Hinsicht als minder schwer anzusehen, so wird wegen Totschlags (*dråp*) auf Gefängnisstrafe von mindestens sechs und höchstens zehn Jahren erkannt.

Das schwedische Strafrecht unterscheidet zwischen *Mord* als Grundtatbestand der vorsätzlichen Tötung und *Totschlag* als deren minder schwerer Form. Mit dieser Konstruktion soll hervorgehoben werden, dass es sich grundsätzlich um eine Straftat von hohem Schweregrad handelt, bei der ausnahmsweise mildernde Tatumstände vorliegen können.³⁶

Bis zum Inkrafttreten des Kriminalgesetzbuchs im Jahr 1965 bildete der Totschlag das Grunddelikt und der Mord den qualifizierten Fall, wobei die Unterscheidung in erster Linie danach erfolgte, ob die Tat im Affekt oder mit Überlegung begangen wurde.³⁷

Nach der geltenden Regelung spielt das Merkmal der überlegten und geplanten Tatbegehung keine entscheidende Rolle mehr. So kann es als minder schwerer Fall, das heißt als Totschlag gewertet werden, wenn jemand nach reiflicher Überlegung einen anderen tötet, etwa um sich von dessen andauernden seelischen oder körperlichen Misshandlungen zu befreien oder den anderen selbst von einer schweren unheilbaren Krankheit zu erlösen.³⁸ Mildernde Umstände im Sinne von Kap. 3 § 2 BrB können insbesondere sein: Provokation durch körperlichen Angriff, Beleidigung oder dergleichen, vorausgehende Streitigkeiten, Eifersucht oder auch die irrtümliche Annahme einer Notstandssituation. Ein Selbstmordversuch des Täters im unmittelbaren Anschluss an die Tat wird häufig als Anzeichen für eine Gemütslage gewertet, die die Tat als minder schwer erscheinen lässt.³⁹

³⁵ Beispielsweise Menschenraub, Kap. 4 § 1 BrB (mit dem Vorsatz, den Entführten an Leib oder Leben zu schädigen) oder Verbreitung von Gift oder Ansteckung in einem schweren Fall, Kap. 13 § 7 Abs. 2 BrB (mit dem Vorsatz, einen anderen an Leib oder Leben zu schädigen).

³⁶ So die amtliche Begründung zum Kriminalgesetzbuch NJA II 1962, S. 95.

³⁷ Strafflag Kap. 14 §§ 1 und 3. Siehe dazu *Wallén*, NTfK 1963, 202–212.

³⁸ Vgl. NJA II 1962, S. 93, 95.

³⁹ Vgl. *Jareborg*, Brotten I, S. 186.

Andererseits ist gemäß den Gesetzesmotiven die Privilegierung gegenüber dem Grundtatbestand des Mordes in der Regel ausgeschlossen, wenn die Tat heimtückisch, mit besonderer Grausamkeit, unter Ausnutzung einer allgemeinen Not- oder Gefahrensituation, zur Ermöglichung einer anderen Straftat, gemeinschaftlich mit anderen Tatbeteiligten oder gegen einen nahen Angehörigen (abgesehen vom Fall der Sterbehilfe) begangen worden ist.⁴⁰

Subjektiv muss ein Tötungsvorsatz gegeben sein, der sich nach dem sogenannten Deckungsprinzip auf sämtliche objektiven Tatbestandsmerkmale erstrecken muss.⁴¹

Die Regelstrafe für *Mord* ist Gefängnis auf Lebenszeit, während die zehnjährige Gefängnisstrafe als Ausweichmöglichkeit dienen soll, wenn im Einzelfall die Tat zwar als Mord zu werten ist, eine lebenslange Freiheitsstrafe aber zu streng wäre. Dass der Gesetzeswortlaut die Sanktionsalternativen in umgekehrter Reihenfolge anführt, beruht allein auf der systematischen Gewohnheit, die mildere Strafe zuerst zu nennen.⁴²

Totschlag wird mit Gefängnis zwischen sechs und zehn Jahren bestraft. Entgegen dem ursprünglichen Vorschlag, Gefängnis auf Lebenszeit auch hier als Höchststrafe anzudrohen,⁴³ endet der mildere Strafrahmen dort, wo der strengere beginnt.

Bei den Vorarbeiten zum Kriminalgesetzbuch wurde auch die Einführung eines besonderen Privilegierungstatbestands für Fälle der *Tötung aus Mitleid oder auf Verlangen* diskutiert, in denen eine mildere Bestrafung als nach Kap. 3 § 2 BrB geboten erscheint. Man entschied sich jedoch gegen eine entsprechende Regelung, um Patienten in Krankenhäusern und Pflegeheimen nicht zu verunsichern.⁴⁴ Stattdessen wurde auf die Möglichkeit des Anklageverzichts und des Absehens von Strafe sowie auf die allgemeinen Strafmilderungsvorschriften verwiesen. Nach den heute geltenden Strafzumessungsregeln sind unter anderem Absichten und Motive des Täters besonders zu berücksichtigen und kann der Strafwert der Tat dadurch gemindert sein, dass sie aus starkem menschlichem Mitgefühl oder mit Einwilligung des Getöteten begangen worden ist.⁴⁵

Kindestötung, Kap. 3 § 3 BrB

Tötet eine Frau ihr Kind bei der Geburt oder sonst zu einem Zeitpunkt, in dem sie sich aufgrund der Niederkunft in aufgewühltem Gemütszustand oder in schwerer Bedrängnis befindet, so wird sie wegen Kindestötung (*barnadráp*) zu Gefängnisstrafe von höchstens sechs Jahren verurteilt.

Eine gegenüber dem Totschlag nochmals privilegierte Straftat ist die *Kindestötung*. Während die entsprechende Regelung nach früherem Recht auf unverheira-

⁴⁰ NJA II 1962, S. 93 f. Siehe auch BrB-Kommentar I, S. 151.

⁴¹ Siehe dazu oben II.1.1.1.

⁴² BrB-Kommentar I, S. 150.

⁴³ NJA II 1962, S. 92 ff.

⁴⁴ Vgl. BrB-Kommentar I, S. 136.

⁴⁵ Siehe dazu unten II.1.1.4.2.

tete Frauen und die Dauer der Geburt selbst beschränkt war, gilt die heutige Bestimmung für alle Mütter und erstreckt sich auf einen längeren Zeitraum, der auch die Stillzeit, das heißt die Zeit mehrere Monate nach der Geburt umfassen kann.⁴⁶ Der Strafraum ist ungewöhnlich weit und reicht von vierzehn Tagen bis zu sechs Jahren Gefängnis. Dem Vorschlag des Strafrechtskomitees, die Kindestötung als Antragsdelikt auszugestalten, ist der Gesetzgeber mit Rücksicht auf den grundsätzlich hohen Unwertgehalt der Straftat nicht gefolgt.⁴⁷

Der frühere *Abtreibungstatbestand*, anfangs noch als Kap. 3 § 4 im Kriminalgesetzbuch enthalten, ist mit dem Erlass des Schwangerschaftsabbruchgesetzes von 1974 aufgehoben worden. Seitdem ist die Schwangere in jedem Fall straffrei und lediglich der vorschriftswidrige Fremddbruch mit Strafe bedroht.⁴⁸

In allen Fällen vorsätzlicher Tötung sind Versuch und Vorbereitung, bei Mord und Totschlag auch die Verabredung und die unterlassene Verhinderung eines solchen Verbrechens, strafbar.⁴⁹

II.1.1.2.2. Fahrlässige Tötungsdelikte

Fahrlässige Tötung, Kap. 3 § 7 BrB

(1) Wer aus Fahrlässigkeit den Tod eines anderen verursacht, wird wegen fahrlässiger Tötung (*vållande till annans död*) zu Gefängnisstrafe von höchstens zwei Jahren oder, wenn die Straftat leicht ist, zu Geldstrafe verurteilt.

(2) Ist die Straftat schwer, so wird auf Gefängnisstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens sechs Jahren erkannt. Ist die Tat beim Führen eines Kraftfahrzeugs begangen worden, so ist bei der Beurteilung, ob die Straftat schwer ist, besonders zu berücksichtigen, ob der Täter unter dem Einfluss von Alkohol oder einem anderen Mittel stand.

Die Strafbarkeit wegen *fahrlässiger Tötung* setzt voraus, dass der Täter durch sein Handeln oder Unterlassen den tödlichen Ausgang *ursächlich herbeigeführt* hat. Er muss nicht notwendig selbst die unmittelbare Todesursache gesetzt haben, sondern es genügt für den Kausalzusammenhang, wenn der Erfolg seinem Verhalten objektiv zurechenbar ist. So hat der Oberste Gerichtshof beispielsweise einen

⁴⁶ Vgl. BrB-Kommentar I, S. 154; NJA II 1962, S. 96.

⁴⁷ Vgl. NJA II 1962, S. 114 f.

⁴⁸ Siehe dazu im Einzelnen *Cornils*, in: Eser/Koch (Hrsg.), Schwangerschaftsabbruch, S. 1389–1482.

⁴⁹ *Vorbereitung* wird angenommen, wenn jemand „mit dem Vorsatz, eine Straftat auszuführen oder zu fördern, Geld oder sonstiges als Vorauszahlung oder Gegenleistung für die Straftat gewährt oder entgegennimmt“ oder wenn jemand „Gift, Sprengstoff, Waffen, Nachschlüssel, Fälscherwerkzeug oder andere derartige Hilfsmittel beschafft, anfertigt, weitergibt, entgegennimmt, verwahrt, fortschafft oder sich in ähnlicher Weise mit ihnen befasst“ (Kap. 23 § 2 Abs. 1 BrB). Unter *Verabredung* wird verstanden, „dass jemand im Einvernehmen mit einem anderen die Tat beschließt, sowie auch, dass jemand einen anderen anzustiften sucht oder es übernimmt oder sich erbietet, die Tat auszuführen“ (Kap. 23 § 2 Abs. 2 BrB).

Autofahrer wegen fahrlässiger Tötung verurteilt, der nach einem von ihm verschuldeten Unfall seinen nur geringfügig verletzten Beifahrer auf der Straße liegend zurückgelassen hatte, wo dieser von einem nachfolgenden Fahrzeug überfahren und getötet wurde.⁵⁰ Eine objektive Zurechnung aufgrund des Sorgfaltsmangels wird verneint, wenn der Erfolg auch bei sorgfältigem Verhalten des Täters eingetreten wäre. Wer etwa mit überhöhter Geschwindigkeit fährt und dabei einen Fußgänger überrollt, der plötzlich vor das Auto gesprungen ist, wird nur dann wegen fahrlässiger Tötung verurteilt, wenn der Unfall bei ordnungsgemäßer Fahrweise hätte vermieden werden können.⁵¹

Der tödliche Geschehensverlauf muss für den Täter *vorhersehbar* gewesen sein. Hierfür wird im schwedischen Strafrecht häufig folgende Formel gebraucht: Der Täter muss (begründeten) Anlass gehabt haben, das Risiko des eingetretenen Erfolgs in Betracht zu ziehen.⁵² In der oben genannten höchstrichterlichen Entscheidung hat es das Gericht aufgrund der Umstände als ein offenkundiges Risiko angesehen, dass ein auf der Fahrbahn liegender Mensch überfahren werden kann. Die Rechtsprechung geht ferner davon aus, dass ein sorgfaltswidrig fahrender Autofahrer allgemein damit rechnen muss, irgendeinen anderen Verkehrsteilnehmer zu verletzen, und dass sich im Kreis der potenziell Betroffenen auch Alte, Gebrechliche oder Kranke befinden können, bei denen das Risiko einer lebensgefährlichen Verletzung ungewöhnlich hoch ist. Wer hingegen durch unvorsichtiges Verhalten oder auch durch tätlichen Angriff eine konkrete Person verletzt, die er bereits zuvor wahrgenommen hat, muss nicht ohne Weiteres in Betracht ziehen, dass der andere an einer verborgenen Krankheit leidet und bei ihm deshalb selbst eine leichte Verletzung zum Tod führen kann.⁵³

Sowohl bei der Beurteilung des Maßstabs für die Sorgfaltspflicht im Einzelfall als auch im Zusammenhang mit der persönlichen Vorwerfbarkeit ihrer Verletzung wird auf die individuellen Fähigkeiten des Täters wie Ausbildung, Erfahrung, Intelligenz, psychische Verfassung oder körperliche Mängel abgestellt.⁵⁴

An den Tatbestand der fahrlässigen Tötung sind, ohne Unterscheidung nach dem Grad der Fahrlässigkeit, drei verschiedene Strafrahmen geknüpft: Gefängnis bis zu zwei Jahren für das Grunddelikt, Geldstrafe für minder schwere Fälle und Gefängnis von sechs Monaten bis zu sechs Jahren für schwere Fälle.

⁵⁰ Urteil des Obersten Gerichtshofs (KMs dom) vom 31.1.1966, NJA I 1966, S. 30.

⁵¹ Vgl. BrB-Kommentar I, S. 171.

⁵² Vgl. *Jareborg*, Straffrättens ansvarslära, S. 37, 216; NJA II 1962, S. 109.

⁵³ Vgl. BrB-Kommentar I, S. 172.

⁵⁴ Vgl. *Leijonhufvud/Wennberg*, Straffansvar, S. 70. *Jareborg*, Straffrättens ansvarslära, S. 35 ff., spricht hier von persönlicher Fahrlässigkeit als Schuldenelement im Gegensatz zur sog. Tatfahrlässigkeit (d.h. Sorgfaltsmangel als relevante Erfolgsursache), die er der Rechtswidrigkeit zuordnet.

Die letztgenannte Höchststrafe ist mit Wirkung ab 1.2.1994 von vier auf sechs Jahre angehoben worden.⁵⁵ Zugleich wurde auch die Trunkenheitsfahrt als einziges Regelbeispiel für einen schweren Fall in das Gesetz aufgenommen. Diese Änderung erfolgte im Zusammenhang mit einer Reihe gesetzgeberischer Maßnahmen zur Förderung der Verkehrssicherheit. Andere, nicht ausdrücklich genannte Qualifizierungsgründe können darin bestehen, dass der Täter Gewalt gegen das Opfer ausgeübt oder sonst den anderen bewusst einer ernststen Gefahr ausgesetzt hat, beispielsweise indem er eine geladene und entsicherte Schusswaffe auf ihn gerichtet hat.⁵⁶

Nach den schwedischen Konkurrenzregeln kann fahrlässige Tötung in Tateinheit etwa mit vorsätzlicher Körperverletzung oder schwerer Sorgfaltswidrigkeit im Straßenverkehr⁵⁷ begangen werden.

II.1.1.2.3. Konkrete Lebensgefährdungsdelikte

Schwere Körperverletzung, Kap. 3 § 6 BrB

(1) Ist eine Straftat gemäß § 5 [Körperverletzung]⁵⁸ als schwer anzusehen, so ist wegen schwerer Körperverletzung (*grov misshandel*) auf Gefängnisstrafe von mindestens einem und höchstens zehn Jahren zu erkennen.

(2) Bei der Beurteilung, inwieweit die Straftat schwer ist, ist besonders zu berücksichtigen, ob die Tat lebensgefährlich war oder ob der Täter einen schweren Körperschaden oder eine ernste Krankheit verursacht oder sonst besondere Rücksichtslosigkeit oder Rohheit gezeigt hat.

Das Kriminalgesetzbuch unterscheidet bei der Körperverletzung drei nach dem Schweregrad abgestufte Begehungsformen, wobei es auf sämtliche Tatumstände ankommt und nicht mehr nur, wie nach früherem Recht, auf das jeweilige Ausmaß der Folgen.

Die *schwere Körperverletzung* ist in einem eigenen Paragraphen erfasst, der zugleich die wichtigsten Qualifizierungsmerkmale nennt, bei deren Vorliegen in der Regel ein schwerer Fall anzunehmen ist. Zu diesen Merkmalen, auf die sich der Vorsatz des Täters erstrecken muss, zählt die Lebensgefährlichkeit der Tat. Sie ist typischerweise gegeben beim Angriff mit einer gefährlichen Waffe (z.B. Schuss-

⁵⁵ Durch Änderungsgesetz SFS 1993:1462.

⁵⁶ Vgl. BrB-Kommentar I, S. 180.

⁵⁷ § 1 Abs. 2 Verkehrsstrafgesetz: Wer beim Führen eines Kraftfahrzeugs oder einer Straßenbahn sich grober Fahrlässigkeit schuldig macht oder offensichtliche Gleichgültigkeit gegenüber Leben oder Eigentum anderer Menschen zeigt, wird wegen schwerer Sorgfaltswidrigkeit im Straßenverkehr zu Gefängnisstrafe von höchstens zwei Jahren verurteilt.

⁵⁸ Kap. 3 § 5 BrB: Wer einer anderen Person einen Körperschaden, eine Krankheit oder Schmerzen zufügt oder sie in Ohnmacht oder einen anderen derartigen Zustand versetzt, wird wegen Körperverletzung zu Gefängnisstrafe von höchstens zwei Jahren oder, wenn die Straftat leicht ist, zu Geldstrafe oder Gefängnisstrafe von höchstens sechs Monaten verurteilt.

waffe oder Messer) sowie auch bei der Verabreichung von Gift, sofern hier nicht ein Tötungsvorsatz nachzuweisen ist.⁵⁹

Der tatsächlich eingetretene Verletzungserfolg selbst braucht nicht lebensbedrohend zu sein; die Tat kann auch dann als schwerer Fall gewertet werden, wenn das Opfer durch einen glücklichen Zufall nur leicht verletzt wird.⁶⁰ Umgekehrt kann selbst bei eingetretener Todesfolge nur einfache Körperverletzung anzunehmen sein, wenn der Täter seine Handlungsweise überhaupt nicht als lebensgefährlich eingeschätzt hatte. In der Regel kommt jedoch, wenn die Tat zum Tode des Opfers führt, ohne dass dieser Erfolg vom direkten oder bedingten Tätervorsatz gedeckt ist, eine Bestrafung wegen schwerer Körperverletzung in Tateinheit mit fahrlässiger Tötung in Betracht.

Der frühere Tatbestand der *Körperverletzung mit Todesfolge* ist in das Kriminalgesetzbuch nicht übernommen worden, weil es dem Reformgesetzgeber darauf ankam, alle vorsätzlichen Deliktsformen mit sogenanntem objektivem Überschuss, das heißt bei denen ein nicht vom Vorsatz gedeckter Erfolg für die Strafdrohung entscheidend war, abzuschaffen.⁶¹ Diese als Vereinfachung gedachte Maßnahme hat in der Praxis zu erheblichen Beweisschwierigkeiten bei der Frage geführt, bis zu welchem Schaden der Tätervorsatz im Einzelnen reichte.⁶² Es wird auch vermutet, dass die Gerichte nach wie vor die Gefährlichkeit und Schwere der Tat häufig rein objektiv nach dem eingetretenen Erfolg beurteilen.⁶³

Der Strafrahmen für schwere Körperverletzung (Gefängnis von einem bis zu zehn Jahren) ist gegenüber dem Grunddelikt (Gefängnis bis zu zwei Jahren) deutlich erhöht. Versuch, Vorbereitung und Verabredung sowie die unterlassene Abwendung einer schweren Körperverletzung sind strafbar (Kap. 3 § 11 BrB).

Als vergleichbaren Qualifizierungstatbestand, in dem ebenfalls auf die Anwendung lebensgefährlicher Gewalt abgestellt wird, enthält das Kriminalgesetzbuch Kap. 8 § 6 (schwerer Raub, *grovt rån* – bei lebensgefährlicher Gewalt ist Gefängnisstrafe von vier bis zehn Jahren angedroht, während der Strafrahmen des Grundtatbestands ein bis sechs Jahre Gefängnis umfasst).

Gefährdung eines anderen, Kap. 3 § 9 BrB

Setzt jemand einen anderen aus grober Fahrlässigkeit einer Lebensgefahr oder der Gefahr eines schweren Körperschadens oder einer ernsten Krankheit aus, so wird er wegen Gefährdung eines anderen (*framkallande av fara för annan*) zu Geldstrafe oder Gefängnisstrafe von höchstens zwei Jahren verurteilt.

⁵⁹ Vgl. NJA II 1962, S. 108 f.; *Jareborg*, Brotten I, S. 192.

⁶⁰ Vgl. BrB-Kommentar I, S. 166 f., unter Hinweis auf die höchstrichterliche Entscheidung NJA I 1981, S. 967.

⁶¹ Vgl. NJA II 1962, S. 90, 92. Siehe dazu auch oben II.1.1.2.

⁶² Vgl. *Strahl*, Allmän straffrätt, S. 127.

⁶³ Vgl. *Strömmerstedt*, Med vett och vilja?, S. 22 m.w.N.

Für die *grob fahrlässige Gefährdung* eines anderen ist ein eigenständiger Tatbestand geschaffen worden. Er dient als Auffangbestimmung für Fälle, in denen die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen für eine gemeingefährliche Straftat⁶⁴ oder ein entsprechendes Gefährdungsdelikt nach dem Nebenstrafrecht (z.B. nach dem Verkehrsstrafgesetz) nicht erfüllt sind.

Mit Strafe bedroht ist eine Handlung oder Unterlassung, durch die eine konkrete Gefahr für Leib oder Leben eines anderen herbeigeführt wird. Die häufigsten Anwendungsfälle in der Praxis betreffen den grob fahrlässigen Gebrauch von Schusswaffen.⁶⁵ Auch ungeschützter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten wird unter diese Vorschrift subsumiert.⁶⁶

Es ist jedoch weder erforderlich, dass die Gefahr bereits im Augenblick der Tathandlung eintritt, noch dass schon zu diesem Zeitpunkt feststeht, welche Person gefährdet wird. Vielmehr genügt es, wenn irgendwann irgendein Mensch in die zuvor geschaffene Gefahrenzone gelangt. In der Literatur wird beispielhaft angeführt, dass jemand einen tiefen Schacht in der Nähe eines Wohnhauses gräbt und Absperrmaßnahmen unterlässt oder dass eine nicht tragfähige Brücke gebaut wird, die später für den allgemeinen Verkehr geöffnet wird.⁶⁷

Solange die konkrete Gefahr noch nicht eingetreten ist, kann der Täter mit strafbefreiender Wirkung ihren Eintritt verhindern. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu den konkreten Lebensgefährdungsdelikten des Kapitels 13 (gemeingefährliche Straftaten), bei denen unmittelbar mit der Tathandlung ein Erfolg – oder die Gefahr eines solchen Erfolgs – herbeigeführt wird, der die Gefährdung eines bestimmten oder mehrerer bestimmter Menschen bereits in sich birgt.

Während der Gesetzesvorarbeiten wurde auch die Einführung einer besonderen Vorschrift für die Gefährdung anderer durch *unterlassene Hilfeleistung* erwogen, im Ergebnis aber nicht für erforderlich gehalten.⁶⁸

Entgegen der vom Strafrechtskomitee ursprünglich vorgeschlagenen Fassung ist die vorsätzliche Tatbegehung nicht in den Wortlaut der Bestimmung aufgenommen worden, um dem Missverständnis vorzubeugen, es könnten solche Sachverhalte mit erfasst sein, bei denen der Tätersatz sich nicht allein auf die Gefährdung, son-

⁶⁴ Siehe dazu unten II.1.1.2.4.

⁶⁵ Beispiele aus der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs: NJA I 1968, S. 389 (ziellose Abgabe mehrerer Pistolenschüsse aus dem Fenster auf die Straße); NJA I 1969, S. 346 (Schüsse eines ungeübten Schützen auf die Reifen eines fahrenden Autos im Dunkeln).

⁶⁶ Vgl. BrB-Kommentar I, S. 186; *Leijonhufvud*, HIV-smitta, S. 123 ff.

⁶⁷ Vgl. BrB-Kommentar I, S. 186; *Jareborg*, Brott I, S. 195.

⁶⁸ Vgl. NJA II 1962, S. 111. 1996 hat eine Reformkommission erneut die Einführung eines Tatbestands der unterlassenen Hilfeleistung vorgeschlagen, SOU 1996:185, S. 335 ff., 428 ff.

dern auch auf die Schädigung des anderen erstreckt.⁶⁹ In diesen Fällen liegt versuchte Körperverletzung bzw. Tötung vor.

Es herrscht jedoch in Lehre und Rechtsprechung Einigkeit darüber, dass Kap. 3 § 9 BrB über den Wortlaut hinaus auch auf die vorsätzliche Herbeiführung einer Gefahr für Leib oder Leben anzuwenden ist. Dementsprechend hat das Obergericht in Göteborg nach dieser Vorschrift einen Mann verurteilt, der mit geladenem Gewehr einen Jungen bedroht hatte, um ihn am Diebstahl eines Plakats von seinem Grundstück zu hindern. Als der Junge sich anschickte, auf seinem Moped davonzufahren, gab der Grundstückseigentümer einen Schuss ab, der den Tank des Fahrzeugs traf.⁷⁰

Die Bestimmungen über fahrlässige Tötung und grob fahrlässige Gefährdung eines anderen ersetzen in gewissem Umfang die früheren Tatbestände der *Aussetzung von Kindern oder hilflosen Personen*. Wenn eine entsprechende Handlung oder Unterlassung den Tod des Opfers zur Folge hat und insoweit zumindest bedingter Vorsatz gegeben ist, erfolgt die Bestrafung nach den Vorschriften über Mord bzw. Totschlag.

Für Taten, die die Merkmale der fahrlässigen Tötung oder grob fahrlässigen Gefährdung erfüllen und zugleich eine vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung von Arbeitsschutzpflichten zur Verhütung von Betriebsunfällen darstellen, ist 1991 der besondere Tatbestand der *Arbeitsumweltstraftat*, Kap. 3 § 10 BrB, eingeführt worden. Man hielt es vor allem aus pädagogischen Gründen für sinnvoll, schwere Verstöße gegen Arbeitsschutzvorschriften als Delikte gegen Leib oder Leben unmittelbar in das Kernstrafrecht aufzunehmen.⁷¹

II.1.1.3. Straffreistellungen

II.1.1.3.1. Allgemeines

Die traditionelle schwedische Strafrechtslehre unterscheidet nicht zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen, sondern kennt nur „allgemeine Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit“.⁷² Auch das Kriminalgesetzbuch, das die wichtigsten dieser Straffreistellungsgründe in Kapitel 24 zusammenfasst, bringt nicht klar zum Ausdruck, inwieweit ihnen rechtfertigende oder entschuldigende Wirkung beizumessen ist. Einen gewissen Anhaltspunkt bietet der Gesetzeswortlaut durch die Formulierung, dass eine in Notwehr oder Notstand oder mit Einwilligung des Opfers begangene und nicht unvermeidbare Tat „keine Straftat darstellt“.⁷³

⁶⁹ Vgl. NJA II 1962, S. 112, 234 f.

⁷⁰ Hovrätten för Västra Sverige, RH 1987:7.

⁷¹ Vgl. BrB-Kommentar I, S. 190.

⁷² So die Kapitelüberschrift im Kriminalgesetzbuch. Siehe dazu *Leijonhufvud/Wennberg*, Straffansvar, S. 89 ff.; BrB-Kommentar II, S. 24:3.

⁷³ Kap. 24 §§ 1, 4, 7 BrB.

Jareborg unterscheidet ausdrücklich zwischen *rechtfertigenden* Umständen, bei deren Vorliegen eine mit Strafe bedrohte Handlung ausnahmsweise erlaubt – also keine Straftat – ist, und *entschuldigenden* Umständen, die dazu führen, dass eine begangene Straftat ausnahmsweise nicht bestraft wird.⁷⁴ Zu den Rechtfertigungsgründen zählt er insbesondere *Notwehr*, *Notstand*, *dienstlich begründete Gewaltanwendung*, *Handeln auf Befehl* und *Einwilligung*; zu den Entschuldigungsgründen vor allem *Exzess* (einschließlich Putativexzess), *entschuldbares Verbotsirrtum* und *vorübergehende* nicht selbst verschuldete *Geistesverwirrung*.

Notwehr,⁷⁵ Notstand und Einwilligung werden gelegentlich als *objektive* Strafreistellungsgründe bezeichnet,⁷⁶ da sie auch dann eingreifen, wenn die entsprechenden Umstände dem Täter nicht bekannt sind. Es genügt, dass objektiv eine Notsituation bzw. eine Zustimmung des Opfers vorliegt, um die Strafbarkeit der Handlung – ebenso wie der Beteiligung an ihr – auszuschließen. Umgekehrt handelt ein Täter, der irrtümlich solche Umstände für gegeben hält, ohne Vorsatz. Dies gilt auch für dienstlich begründete Gewalt und Handeln auf Befehl.⁷⁷

Gelangt einer der in Kap. 24 BrB geregelten Strafausschließungsgründe nicht zur Anwendung, weil die gesetzlichen Voraussetzungen nur teilweise erfüllt sind oder andere Hindernisse entgegenstehen,⁷⁸ so ist er jedoch bei der *Strafzumessung* als mildernder Umstand zu berücksichtigen, das heißt, der Strafwert der Tat ist in diesen Fällen regelmäßig herabgesetzt.⁷⁹

II.1.1.3.2. Notwehr

Kap. 24 § 1 BrB

(1) Eine Tat, die jemand in Notwehr begeht, stellt nur dann eine Straftat dar, wenn sie im Hinblick auf die Art des Angriffs, die Bedeutung des Angegriffenen und die sonstigen Umstände offensichtlich unvertretbar ist.

(2) Ein Recht zur Notwehr besteht gegenüber

1. einem begonnenen oder unmittelbar bevorstehenden strafbaren Angriff gegen eine Person oder gegen Sachen,

[...]

⁷⁴ Siehe *Jareborg*, in: Eser/Fletcher (Hrsg.), *Rechtfertigung*, S. 420–426; *ders.* *Straffrätens ansvarslära*, S. 135 ff., 268 ff.; vgl. auch oben II.1.1.1.1.

⁷⁵ Siehe ausführlich hierzu unten III.4.1.2.1.

⁷⁶ Im Gegensatz etwa zum Verbotsirrtum, der als subjektiver Strafreistellungsgrund bezeichnet wird, vgl. BrB-Kommentar II, S. 24:4, 24:75.

⁷⁷ Vgl. *Jareborg*, *Straffrätens ansvarslära*, S. 160 f., 170.

⁷⁸ So ist beispielsweise im Fall vorsätzlicher Tötung eine Einwilligung unwirksam, vgl. NJA II 1994, S. 443.

⁷⁹ Kap. 29 § 3 Nr. 5 BrB; siehe dazu unten II.1.1.4.2.

Die Notwehrhandlung selbst ist seit einer Gesetzesänderung von 1994 im Gegensatz zum früheren Recht⁸⁰ nicht mehr beschrieben. Damit sollte unter anderem klargestellt werden, dass die Vorschrift auch auf denjenigen anzuwenden ist, der sich objektiv in einer Notwehrsituation befindet, dies jedoch nicht erkennt und sich erst später darauf beruft.⁸¹

Eine strafbefreiende Wirkung tritt nicht ein, wenn die Notwehrhandlung *offensichtlich unververtretbar* ist. Die gesetzliche Neufassung beschränkt den eigentlichen Notwehrbegriff nicht mehr wie früher auf die jeweils zulässige Verteidigung. Vielmehr kann auch eine offensichtlich unververtretbare und deshalb strafbare Handlung eine „in Notwehr begangene Tat“ darstellen.⁸² Inhaltlich sind damit die Grenzen der Strafbarkeit jedoch nicht verändert worden. So braucht der Angegriffene nach wie vor nicht die objektiv beste Verteidigungsart zu wählen, doch darf seine Abwehrmaßnahme nicht deutlich das Maß des objektiv Erforderlichen überschreiten und nicht in offensichtlichem Missverhältnis zum durch den Angriff drohenden Schaden stehen. Je nach den Umständen, die stets als Gesamtsituation zu berücksichtigen sind, kann in bestimmten Fällen ein kräftigeres Mittel zulässig sein, als zur Verteidigung notwendig wäre, während es in anderen Fällen bereits unververtretbar sein kann, das objektiv geeignete und notwendige Mittel einzusetzen.⁸³

Umstände, die bei der Beurteilung des Notwehrrechts in der Praxis eine Rolle spielen, sind neben der Art des Angriffs (gegenüber dem Einsatz einer gefährlichen Waffe ist in der Regel stärkere Gewalt zulässig als gegen einen unbewaffneten Angriff) und des angegriffenen Rechtsguts (die Verteidigung von Leib oder Leben berechtigt zu größerer Gewalt als die Sachwehr) insbesondere persönliche Eigenschaften des Angreifers bzw. des Angegriffenen (ein körperlich schwacher Mensch darf sich u.U. mit anderen Mitteln zur Wehr setzen als ein starker). Steht der Angreifer unter Alkoholeinfluss, so kann dies einerseits seine Gefährlichkeit erhöhen, andererseits aber auch die Abwehr auf andere als gewaltsame Weise erleichtern.⁸⁴

Selbst im Fall eines *Notwehrexzesses* kann die Strafbarkeit entfallen, wenn unter den gegebenen Umständen eine besonnene Reaktion des Angegriffenen nur schwerlich möglich war:

Kap. 24 § 6 BrB

Hat jemand in einem Fall, auf den §§ 1-5 dieses Kapitels [...] anwendbar sind, mehr getan, als zulässig war, so entfällt die Strafbarkeit, wenn die Umstände derartig waren, dass er sich nur schwerlich besinnen konnte.

⁸⁰ [...] um einen Angriff „abzuwehren“, [...] einen anderen zu „bezwingen“, am Eindringen zu „hindern“, [...] (Kap. 24 § 1 BrB a.F.).

⁸¹ Vgl. NJA II 1994, S. 434.

⁸² Vgl. NJA II 1994, S. 430.

⁸³ Beispielsweise gegenüber dem Angriff eines Kindes. Vgl. NJA II 1994, S. 432.

⁸⁴ Vgl. BrB-Kommentar II, S. 24:15, unter Hinweis auf die höchstrichterliche Entscheidung NJA I 1970, S. 58.

In der Praxis wird dies häufig bei einem sehr schnellen Handlungsablauf angenommen oder wenn der Täter in einer solchen Bedrängnis ist, dass er keine Gelegenheit hat, sich zu besinnen.⁸⁵

Die irrtümliche Annahme einer Notwehrsituation lässt – sofern nicht die Fehlvorstellung auf einem selbst verschuldeten Rausch beruht⁸⁶ – den Vorsatz des vermeintlich Angegriffenen bei einer gewaltsamen Abwehrhandlung entfallen. Jedoch muss sich die Verteidigung im Rahmen dessen halten, was gegen den vorgestellten Angriff zulässig wäre. Überschreitet der in *Putativnotwehr* Handelnde dieses Maß, so gilt das Gleiche wie beim Notwehrexzess, das heißt, er bleibt straffrei, wenn er angesichts der Umstände des vermeintlichen Angriffs nur schwerlich besonnen handeln konnte. Beruhte der Irrtum über das Vorliegen der Notwehrsituation auf Fahrlässigkeit, so kommt eine Bestrafung wegen fahrlässiger Tatbegehung in Betracht.⁸⁷

II.1.1.3.3. Notstand

Auch der Notstand bildet einen allgemeinen *objektiven Straffreistellungsgrund* (bzw. Rechtfertigungsgrund), der die Strafbarkeit der Handlung entfallen lässt. Bis zur Einführung des Kriminalgesetzbuchs im Jahr 1965 war der Notstand nur gewohnheitsrechtlich anerkannt. Die gesetzliche Regelung erfolgte in der Weise, dass die Notwehr einen Sonderfall des Notstands darstellt und dieser ihr gegenüber subsidiär ist. Einen Notstand mit entschuldigender Wirkung kennt das schwedische Strafrecht nicht.

Kap. 24 § 4 BrB

(1) Eine Tat, die jemand in einem anderen als den vorstehend in diesem Kapitel genannten Fällen in Notstand begeht, stellt nur dann eine Straftat dar, wenn sie im Hinblick auf die Art der Gefahr, den Schaden, der einem anderen zugefügt wird, und die sonstigen Umstände unvermeidbar ist.

(2) Notstand liegt vor, wenn Leib, Leben, Vermögen oder ein anderes wichtiges, von der Rechtsordnung geschütztes Interesse durch eine Gefahr bedroht ist.

Die *Notstandsfrage* setzt vornehmlich eine Gefahr für Leib oder Leben eines Menschen oder für eine Sache voraus. Während ursprünglich auf „wertvolles Vermögen“ abgestellt wurde, kommt heute eine Notstandshandlung auch zugunsten einer Sache mit rein affektivem Wert in Betracht (beispielsweise das Einschlagen einer Fensterscheibe, um einen alten Hund vor einer Gasvergiftung zu retten). Bei den anderen rechtlich geschützten Interessen muss es sich um Rechtsgüter von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit handeln. Da der Schutz solcher Interessen in erster Linie dem Staat obliegt, kann das Eingreifen einer Privatperson im

⁸⁵ Vgl. BrB-Kommentar II, S. 24:19, 24:56.

⁸⁶ Siehe dazu oben II.1.1.3.3.

⁸⁷ Vgl. *Jareborg*, Straffrättens ansvarslära, S. 144, unter Hinweis auf die höchstrichterliche Entscheidung NJA I 1977, S. 655; BrB-Kommentar II, S. 24:17 f.

Einzelfall nur dann als Notstandshandlung gerechtfertigt sein, wenn hoheitliche Hilfe nicht rechtzeitig erreichbar ist (häufig genanntes Beispiel: gewaltsames Einschreiten gegen einen Spion, der im Begriff ist, Geheimnisse der Landesverteidigung an eine fremde Macht zu verraten).

Im Gegensatz zur Notwehrsituation muss die Notstandslage nicht durch ein menschliches Handeln hervorgerufen worden sein. Sie kann auch in einem Angriff durch ein Tier oder in einer sonstigen Gefahrenlage bestehen. Dabei geht die Gefahr – anders als bei der Notwehr – in der Regel nicht von demjenigen aus, in dessen Interessen die Rettungsmaßnahme eingreift. Ebenso wie die Notwehr in Form der Nothilfe kann auch die Rettungshandlung beim Notstand von einer anderen als der in Not befindlichen Person vorgenommen werden (Kap. 24 § 5 BrB).

Durch die Gesetzesänderung von 1994 ist klargestellt worden, dass *keine subjektiven Anforderungen* an den Täter gestellt werden. Er braucht weder mit Rettungsabsicht zu handeln noch überhaupt die Notstandssituation zu erkennen. Die Straffreistellung knüpft ausschließlich an objektive Umstände an.

Die rechtfertigende Wirkung tritt jedoch nur ein, wenn die Notstandshandlung *nicht unvertretbar* ist (bei der Notwehr genügt bereits, dass die Abwehr nicht „offensichtlich unvertretbar“ ist). Die Vertretbarkeit setzt grundsätzlich voraus, dass das zu rettende Interesse von erheblich höherem Gewicht ist als das durch die Rettungsmaßnahme verletzte. So darf beispielsweise fremdes Eigentum geopfert werden, um eine Gefahr für Leib oder Leben eines Menschen abzuwenden, nicht jedoch umgekehrt. Wenn die Gefahr von der in Notstand handelnden Person selbst hervorgerufen worden ist, sind erhöhte Anforderungen an die Vertretbarkeit zu stellen. Unter keinen Umständen ist es im Rahmen des Notstands erlaubt, ein Menschenleben zu opfern (in Ausnahmefällen wie etwa dem Überlebenskampf eines Schiffbrüchigen auf Kosten eines anderen kann Notstandsexzess angenommen werden; siehe dazu unten).

Anders als die Notwehr muss die Notstandshandlung *erforderlich* sein. Unter Umständen ist die Rettungsmaßnahme auch gegen den Willen des Geretteten gerechtfertigt (Beispiele: Zwangsernährung eines Hungerstreikenden, Zwangsbehandlung eines Lebensmüden, operativer Eingriff gegen den Willen des Patienten). Der Einsatz von Folter ist jedoch selbst im Extremfall, etwa der terroristischen Bedrohung vieler Menschen, aufgrund verfassungsrechtlichen Verbots ausgeschlossen.

Für den Fall, dass die Grenzen der Vertretbarkeit überschritten werden (*Notstandsexzess*), gelten nach Kap. 24 § 6 BrB dieselben Grundsätze wie für den Notwehrexzess (siehe dazu oben): Der Täter kann straffrei bleiben, wenn er unter den gegebenen Umständen, insbesondere bei einem sehr schnellen Geschehensablauf, nur schwerlich zu einer abwägenden Handlungsweise imstande war. Dies wird als ein subjektiver Straffreistellungsgrund bzw. als Entschuldigungsgrund betrachtet.

Ebenso wie bei der Notwehr lässt die irrtümliche Annahme einer Notstandssituation (*Putativnotstand*) den Vorsatz des vermeintlichen Retters entfallen, sofern nicht seine Fehlvorstellung auf einem selbst verschuldeten Rausch beruht. Die Handlung muss sich jedoch im Rahmen dessen halten, was im Fall einer tatsächlichen Notstandslage zulässig wäre. Bei einer Überschreitung des vertretbaren Maßes gilt das Gleiche wie beim Notstandsexzess, das heißt, der Täter bleibt straffrei, wenn er angesichts der Umstände nur schwerlich besonnen reagieren konnte. Beruhte sein Irrtum über das Vorliegen der Notstandssituation auf Fahrlässigkeit, so kommt eine Bestrafung wegen fahrlässiger Tatbegehung in Betracht.

II.1.1.3.4. Zurechnungsunfähigkeit

Die *Zurechnungsunfähigkeit* als Straffreistellungsgrund ist mit Einführung des Kriminalgesetzbuchs 1965 abgeschafft worden. Nach geltendem Recht kann auch ein Geisteskranker oder psychisch schwer Gestörter eine Straftat begehen und deswegen verurteilt werden, sofern seine geistige Reife und seelische Verfassung ausreicht, um die subjektiven Voraussetzungen für die Strafbarkeit zu erfüllen. Das heißt, es muss ihm auf der Grundlage seiner individuellen Vorstellungen und Fähigkeiten Vorsatz oder Fahrlässigkeit nachgewiesen werden, was in der Praxis oft zu erheblichen Schwierigkeiten führt.⁸⁸ Regelmäßig bedarf es hierfür eines Sachverständigengutachtens.⁸⁹

Krankhafte Geisteszustände, die nach den meisten Rechtsordnungen im Rahmen des Verbrechensaufbaus berücksichtigt werden und die Strafbarkeit des Täters wegen Schuldunfähigkeit ausschließen, bleiben jedoch auch nach schwedischem Recht nicht völlig unbeachtet, sondern wirken sich auf die *Strafzumessung* aus. So werden gegen einen Täter, der unter dem Einfluss einer schweren psychischen Störung gehandelt hat, in der Regel nur bestimmte Sanktionsarten wie Geldstrafe oder Überweisung in psychiatrische Fürsorge verhängt. Eine Gefängnisstrafe ist in diesem Fall gesetzlich ausgeschlossen.⁹⁰

Auch *Kinder* unter 15 Jahren können nach dem geltenden Recht Straftaten begehen; eine kriminalrechtliche Sanktion darf allerdings gegen sie nicht verhängt werden.⁹¹

Umstände, die nach anderen Rechtsordnungen eine verminderte Zurechnungsfähigkeit begründen, wie etwa eine (im Schweregrad geminderte) psychische Stö-

⁸⁸ Deshalb sowie auch aus dogmatischen Erwägungen wird diese Besonderheit des schwedischen Strafrechts teilweise kritisiert und eine Rückkehr zur Straflosigkeit für zurechnungsunfähige Täter gefordert; vgl. *Jareborg*, Straffrättens ansvarslära, S. 259; *ders.*, in: Eser/Fletcher (Hrsg.), Rechtfertigung, S. 416.

⁸⁹ Siehe dazu eingehend *Schütz-Gårdén*, Psychisch gestörte Straftäter, S. 250–280.

⁹⁰ Kap. 30 § 6 BrB. Siehe jedoch zur Sanktionspraxis oben I.2.

⁹¹ Kap. 1 § 6 BrB.

rung oder Gemütsbewegung oder sonstige Zustände, die die Fähigkeit des Täters zur Kontrolle seines Handelns stark herabgesetzt haben, bilden einen gesetzlichen *Strafmilderungsgrund*.⁹²

Die Frage der Strafbarkeit psychisch gestörter Täter ist in Schweden wiederholt Gegenstand von Reformdiskussionen gewesen.⁹³ In einem 1996 vorgelegten Sachverständigengutachten wird ausdrücklich vorgeschlagen, die Zurechnungsfähigkeit als Voraussetzung für eine strafbare Handlung wieder einzuführen.⁹⁴

II.1.1.3.5. Rauschzustand

Die Abschaffung der Zurechnungsunfähigkeit als Strafausschließungsgrund durch das Kriminalgesetzbuch sollte sich nur auf dauerhafte, nicht aber auf *vorübergehende Geistesstörungen* beziehen, die nach früherem Recht ebenfalls zur Straffreiheit geführt hatten. Eine entsprechende Regelung, wie sie noch in den Entwürfen ausdrücklich vorgesehen war, wurde jedoch vom Gesetzgeber für entbehrlich gehalten, da in den betreffenden Fällen ohnehin mangels Vorsatzes keine Strafbarkeit anzunehmen sei.⁹⁵

Geregelt wurde stattdessen nur der Fall eines *schuldhaft* herbeigeführten kurzfristigen Störungszustands:

Kap. 1 § 2 Abs. 2 BrB

Ist die Tat in selbstverschuldetem Rausch begangen worden oder war der Täter auf andere Weise durch eigenes Verschulden vorübergehend seiner Sinne nicht mächtig, so führt dies nicht dazu, dass die Tat nicht als Straftat anzusehen ist.

Um den Rauschtäter strafrechtlich zur Verantwortung ziehen zu können, wird ein rauschbedingter Vorsatzmangel überbrückt und darauf abgestellt, ob der Täter in nüchternem Zustand vorsätzlich gehandelt hätte.

Auch andere auf einem selbst verschuldeten Rausch beruhende Fehlvorstellungen wie etwa ein Irrtum über Tatbestandsmerkmale bleiben unbeachtet, indem der Vorsatz insoweit fingiert wird. Ein Tatbestandsirrtum ebenso wie ein Irrtum über die objektiven Voraussetzungen eines Straffreistellungsgrundes kann nur dann zur Straffreiheit führen, wenn der Täter ihm auch nüchtern erlegen wäre.⁹⁶

⁹² Kap. 29 § 3 Abs. 1 Nr. 2 BrB.

⁹³ Siehe hierzu *Cornils*, in: Eser/Huber (Hrsg.), Strafrechtsentwicklung in Europa 2, S. 1305–1308; *Schütz-Gårdén*, Psychisch gestörte Straftäter, S. 117 ff., 125 ff.

⁹⁴ SOU 1996:185, S. 521 ff.

⁹⁵ Siehe die amtliche Begründung, NJA II 1962, S. 510 f., sowie auch die nachgeschobene Erklärung des Justizministers, NJA II 1964, S. 110.

⁹⁶ Vgl. *Jareborg*, Straffrättens ansvarslära, S. 236 ff.; *Wallén*, Advokaten 1987, 254. Zur Putativnotwehr und zum Putativnotwehrexzess siehe unten III.4.1.2.1.

Die Gerichte fingieren den Vorsatz zumeist, ohne dabei ausdrücklich auf Kap. 1 § 2 Abs. 2 BrB Bezug zu nehmen.⁹⁷

Bei Fahrlässigkeitstaten kann die subjektive Strafbarkeitsvoraussetzung bereits dadurch erfüllt sein, dass der Täter sich vor der Tatbegehung berauscht und damit seine Fähigkeit zu sorgfältigem Handeln vermindert hat.⁹⁸

Neben dem *Alkoholrausch* fallen auch vorübergehende Sinnesstörungen aufgrund von *Drogen- oder Medikamenteneinnahme* unter Kap. 1 § 2 Abs. 2 BrB, und die Rechtsprechung zählt – im Gegensatz zur Lehre – selbst den sogenannten *pathologischen Rausch* dazu, der auf einer krankhaften Alkoholintoleranz beruht und bereits bei geringen Mengen zu persönlichkeitsfremden Reaktionen führen kann.⁹⁹ Im Übrigen stellt die Rechtsprechung – abweichend von den Vorstellungen des Gesetzgebers – unverschuldete (krankheitsbedingte) kurzfristige Störungszustände in einem Umkehrschluss aus Kap. 1 § 2 Abs. 2 BrB den dauerhaften psychischen Störungen gleich und prüft, ob im Einzelfall trotz der verminderten Einsichts- und Sorgfaltsfähigkeit des Täters Vorsatz oder Fahrlässigkeit gegeben ist.

In der Lehre wird hingegen die Auffassung vertreten, dass die unverschuldete vorübergehende Sinnesverwirrung einen „außergesetzlichen Strafausschlussgrund“ bilde, und wird seit Langem eine entsprechende gesetzliche Klarstellung verlangt.¹⁰⁰ Zwei Sachverständigenkommissionen haben sich bereits mit dieser Frage befasst. Beide haben in ihren Gutachten die gesetzliche Straffreistellung befürwortet.¹⁰¹

II.1.1.4. Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe, Strafzumessung

II.1.1.4.1. Strafzumessungsregeln für Versuch und Teilnahme

Besondere Strafmilderungsregeln für Versuch, Vorbereitung und Verabredung enthält das Kriminalgesetzbuch in Kapitel 23:

Kap. 23 § 1 Abs. 2

Für einen Versuch wird höchstens die Strafe festgesetzt, die für die vollendete Straftat gilt; sie darf nicht milder sein als Gefängnisstrafe, wenn als Mindeststrafe für die vollendete Straftat Gefängnisstrafe von zwei Jahren oder darüber vorgesehen ist.

⁹⁷ Vgl. BrB-Kommentar I, S. 52.

⁹⁸ Vgl. BrB-Kommentar I, S. 55.

⁹⁹ Siehe HD NJA I 1968, S. 389, 396; S. 471, 481; SvJT 1978 rf 49, 53; *Löfmarck*, SvJT 1985, 339 f.

¹⁰⁰ So bereits *Strahl*, SvJT 1965, 379 f.; *Nelson*, Ansvar, S. 359; *Jareborg*, in: Eser/Fletcher (Hrsg.), Rechtfertigung, S. 422; BRÅ-rapport 1977:7, S. 367 f.

¹⁰¹ SOU 1988:7, S. 26, und SOU 1996:185, S. 558 ff.

Kap. 23 § 2 Abs. 3

Die Strafe für Vorbereitung oder Verabredung wird unterhalb des Höchstmaßes festgesetzt und darf unter dem Mindestmaß liegen, das für die vollendete Straftat gilt; auf eine höhere Strafe als Gefängnisstrafe von zwei Jahren darf nur erkannt werden, wenn für die vollendete Straftat Gefängnisstrafe von acht Jahren oder darüber verhängt werden kann. War die Gefahr einer Vollendung der Straftat gering, so entfällt die Strafbarkeit.

Für *Anstiftung* und *Beihilfe* gilt, dass jeder Tatbeteiligte nach dem eigenen Vorsatz oder der Fahrlässigkeit beurteilt wird, die ihm zur Last fällt (Kap. 23 § 4 Abs. 3). Ist jemand durch Zwang, durch List oder unter Ausnutzung seiner Abhängigkeit oder mangelnden Einsichtsfähigkeit zur Teilnahme an einer Straftat bewegt worden, so darf die Strafe unter das gesetzliche Mindestmaß gesenkt werden. Das Gleiche gilt für denjenigen, der nur einen geringfügigen Tatbeitrag geleistet hat. In leichten Fällen dieser Art entfällt die Strafbarkeit (Kap. 23 § 5).

II.1.1.4.2. Allgemeine Strafzumessungsregeln

Orientiert an den Forderungen des sogenannten Neoklassizismus nach verstärkter Gerechtigkeit, Vorhersehbarkeit und Proportionalität im Sanktionensystem sowie nach Zurückdrängung spezialpräventiver Positionen hat der schwedische Gesetzgeber 1988 zwei neue Kapitel über *Strafbemessung* (Kap. 29) und *Sanktionswahl* (Kap. 30) in das Kriminalgesetzbuch eingefügt.

Die zuvor geltende Grundregel, nach welcher die Deliktsfolge im Wege einer Abwägung zwischen dem Strafverlangen der Allgemeinheit und dem Streben nach Wiedereingliederung des Täters in die Gesellschaft zu bestimmen war, wurde aufgehoben. Stattdessen ist für die Sanktionswahl wie für die Strafbemessung nunmehr vor allem der Strafwert der Tat maßgebend, der sich hauptsächlich aus der Schädlichkeit bzw. Gefährlichkeit des Verhaltens und der Schuld des Täters ergibt, wie sie in der Tat zum Ausdruck kommt:

Kap. 29 § 1

(1) Die Strafe ist, unter Berücksichtigung des Interesses an einer einheitlichen Rechtsanwendung, innerhalb des jeweiligen Strafrahmens nach dem Strafwert der Straftat oder einer Gesamtheit von Straftaten festzusetzen.

(2) Bei der Beurteilung des Strafwerts ist besonders zu berücksichtigen, welchen Schaden, welche Beeinträchtigung oder Gefahr die Tat bewirkt hat, was der Angeklagte davon erkannte oder hätte erkennen müssen und welche Absichten oder Motive er hatte.

Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem *abstrakten* Strafwert der Deliktsart (im Verhältnis zu anderen Deliktsarten) und dem *konkreten* Strafwert der einzelnen begangenen Tat (im Verhältnis zu anderen begangenen Taten derselben Deliktsart).¹⁰² Obwohl der Begriff des Strafwerts eine zentrale Rolle im neuen Straf-

¹⁰² Vgl. *Asp/v. Hirsch*, SvJT 1999, 165 ff. *Stenborre*, JT 1999–2000, 361 ff., unterscheidet hiervon wiederum einen *generellen* Strafwert.

zumessungsrecht spielt, ist auf seine nähere Definition im Gesetz verzichtet worden.¹⁰³ Auf diese Weise sollte die Möglichkeit erhalten bleiben, neben den zahlreichen gesetzlichen Anhaltspunkten für einen höheren bzw. niedrigeren Strafwert auch andere, insbesondere generalpräventive Gesichtspunkte in die Sanktionsentscheidung mit einfließen zu lassen. Es sollen dabei die objektiven Umstände der Tat im Vordergrund stehen, während die Person des Täters sowie sein Lebenswandel vor oder nach der Tat grundsätzlich für den Strafwert ohne Bedeutung bleiben.

Dementsprechend ist der *Rückfall* als ein selbstständiges und vom Strafwert gesondert zu berücksichtigendes Kriterium für die Sanktionswahl und Strafbemessung geregelt (Kap. 29 § 4; Kap. 30 § 4 Abs. 2, §§ 10, 11).¹⁰⁴ Ebenfalls unabhängig vom Strafwert sind Umstände zu beachten, die nicht die Tat selbst, sondern ihre Auswirkungen für den Täter (etwa ein schwerer Körperschaden infolge der Tat) oder dessen Nachtatverhalten (etwa Schadensbegrenzung oder -beseitigung) betreffen und aus Gründen der Humanität oder Billigkeit zur Unterschreitung des vorgesehenen Strafrahmens (Kap. 29 § 5) und ausnahmsweise zum Absehen von Strafe (Kap. 29 § 6) führen können.

In erster Linie hat das Gericht seine Erwägungen jedoch am Strafwert zu orientieren. Der Ausgangspunkt für dessen Feststellung liegt gewöhnlich im unteren Bereich des Strafrahmens, nahe der Mindeststrafdrohung, während der obere Bereich eher für besonders schwere Fälle vorbehalten bleibt. Lediglich bei Drogendelikten wird in der Praxis regelmäßig die gesamte Strafskala genutzt.

Das Kriminalgesetzbuch enthält eine Aufzählung von Tatumständen, die bei der Beurteilung des Straferts als *erschwerend* (Kap. 29 § 2) bzw. als *mildernd* (Kap. 29 § 3) zu berücksichtigen sind.

Kap. 29 § 2

Als erschwerend sind, unbeschadet anderweitiger Regelungen für die einzelnen Deliktsarten, bei der Beurteilung des Straferts die folgenden Umstände besonders zu berücksichtigen:

1. wenn der Angeklagte wesentlich schwerer wiegende Folgen der Straftat beabsichtigt hat, als tatsächlich eingetreten sind,
2. wenn der Angeklagte besondere Rücksichtslosigkeit gezeigt hat,
3. wenn der Angeklagte die schutzlose Stellung einer anderen Person oder deren besondere Schwierigkeiten, sich zu wehren, ausgenutzt hat,
4. wenn der Angeklagte seine Stellung gröblich ausgenutzt oder sonst ein besonderes Vertrauensverhältnis missbraucht hat,

¹⁰³ Kap. 29 § 1 Abs. 2 BrB lautet: „Bei der Beurteilung des Straferts ist besonders zu berücksichtigen, welchen Schaden, welche Beeinträchtigung oder Gefahr die Tat bewirkt hat, was der Angeklagte davon erkannte oder hätte erkennen müssen und welche Absichten oder Motive er hatte.“

¹⁰⁴ Siehe dazu *Träskman*, SvJT 1999, 200 ff.

5. wenn der Angeklagte eine andere Person in schwerwiegender Weise durch Zwang, List oder Ausnutzung ihres jugendlichen Alters, ihrer mangelnden Einsicht oder abhängigen Stellung zur Teilnahme an der Straftat bestimmt hat,
6. wenn die Straftat im Rahmen einer besonders sorgfältig geplanten oder in besonders großem Umfang betriebenen kriminellen Tätigkeit begangen worden ist, bei welcher der Angeklagte eine bedeutende Rolle gespielt hat, oder
7. wenn ein Motiv für die Straftat darin bestanden hat, eine Person, eine Volksgruppe oder eine andere solche Personengruppe aufgrund ihrer Rasse, Hautfarbe, ihres nationalen oder ethnischen Ursprungs, ihres Glaubensbekenntnisses oder eines anderen vergleichbaren Umstands zu verletzen.

Kap. 29 § 3

(1) Als mildernd sind, unbeschadet anderweitiger Vorschriften für bestimmte Fälle, bei der Beurteilung des Strafworthes die folgenden Umstände besonders zu berücksichtigen:

1. wenn die Straftat durch das grob kränkende Verhalten eines anderen provoziert worden ist,
2. wenn aufgrund einer psychischen Störung oder Gemütsbewegung oder einer anderen Ursache die Fähigkeit des Angeklagten, sein Verhalten zu kontrollieren, stark herabgesetzt gewesen ist,
3. wenn das Verhalten des Angeklagten mit seinem offensichtlichen Mangel an Reife, Erfahrung oder Urteilsvermögen zusammengehangen hat,
4. wenn die Straftat durch starkes menschliches Mitgefühl veranlasst worden ist oder
5. wenn die Tat unter Kapitel 24 fällt, ohne jedoch straffrei zu sein.

(2) Wenn es mit Rücksicht auf den Strafworthes geboten ist, darf auf eine mildere als die für die Straftat vorgesehene Strafe erkannt werden.

Bei den erschwerenden und mildernden Gründen handelt es sich teilweise um Gesichtspunkte, die sich bei bestimmten Delikten bereits im Rahmen der tatbestandlichen Qualifikation oder Privilegierung der Tat auswirken. Um eine doppelte Bewertung zu vermeiden, bleiben sie bei der Strafzumessung grundsätzlich außer Betracht. Soweit jedoch ein solcher erschwerender oder mildernder Umstand im Einzelfall von so erheblicher Bedeutung ist, dass seine Berücksichtigung bei der Subsumtion nicht ausreicht, kann er ausnahmsweise bei der Festsetzung des Strafworthes erneut beachtet werden. Dies kann beispielsweise dazu führen, dass eine vorsätzliche Tötung wegen Provokation als minder schwerer Fall, das heißt als Totschlag gemäß Kap. 3 § 2 eingestuft und aus demselben Grund zusätzlich noch einmal gemäß Kap. 29 § 3 Nr. 1 im Strafworthes gemindert wird.¹⁰⁵

Durch die nachträglich eingefügte Regelung in Kap. 29 § 3 Nr. 5 hat der Gesetzgeber klargestellt, dass ein nur *teilweise vorliegender Strafausschließungsgrund* nach Kapitel 24 wie Notwehr, Notstand, Einwilligung usw. als mildernder Umstand zu werten ist.¹⁰⁶ Auch wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für einen sol-

¹⁰⁵ Vgl. *Jareborg*, ZStW 106 (1994), 151 f.; *Zila*, Det straffrättsliga påföljdssystemet, S. 44 f.; a.A. offenbar *Asp/v. Hirsch*, SvJT 1999, 174. Siehe auch unten III.1.1.3.1.

¹⁰⁶ So die amtliche Begründung NJA II 1994, S. 460 f.; vgl. oben II.1.1.3.1.

chen Strafausschließungsgrund in vollem Umfang erfüllt sind, eine Strafbefreiung jedoch aus anderen Gründen nicht in Betracht kommt, wie es beispielsweise der Fall ist bei der Einwilligung im Zusammenhang mit vorsätzlicher Tötung, ist der Strafwert der Tat regelmäßig herabgesetzt.¹⁰⁷

II.1.1.4.3. Sanktionswahl

Anhand des Strafworths wird zunächst die Entscheidung zwischen *Geldstrafe* und *Gefängnis* getroffen. Nur diese beiden Sanktionsarten gelten nach dem Kriminalgesetzbuch als Strafen im eigentlichen Sinne (Kap. 1 § 3), und nur sie sind in den Strafdrohungen zu den einzelnen Tatbeständen genannt. Als mildere Alternativen zur Gefängnisstrafe stehen jedoch die selbstständigen Sanktionsarten *bedingte Verurteilung* und *Schutzaufsicht* zur Verfügung (Kap. 30 § 1).¹⁰⁸ Eine weitere kriminalrechtliche Sanktion ist die *Überweisung in besondere Fürsorge*, deren Verhängung sich nicht nach dem Strafworth der Tat, sondern nach dem Fürsorge- oder Behandlungsbedarf des Täters richtet (Kap. 31 §§ 1, 2, 3).

Gemäß Kap. 30 § 4 hat das Gericht vorrangig eine mildere Sanktion als Gefängnis zu wählen. Sofern nach dem gesetzlichen Strafrahmen oder dem Strafworth der Tat eine Geldstrafe ausscheidet, kommt bedingte Verurteilung oder Schutzaufsicht in Betracht. Das Gesetz enthält keine konkreten Angaben darüber, in welchen Fällen eine Gefängnisstrafe unumgänglich ist. Es verweist insoweit auf den Strafworth, die Art des Delikts und die eventuelle Rückfälligkeit des Täters. Aus den Gesetzesmotiven¹⁰⁹ lassen sich jedoch genauere Anhaltspunkte entnehmen. Dort ist hinsichtlich des *Strafworths* die Grenze von einem Jahr Gefängnis genannt. Ab diesem Niveau müssen besondere Gründe für eine mildere Sanktionsart vorliegen.¹¹⁰ Als Beispiele für *Deliktsarten*, bei denen angesichts ihres grundsätzlich hohen Schweregrades praktisch keine Alternative zur Gefängnisstrafe – abgesehen von der Überweisung in besondere Fürsorge – infrage kommt, sind Mord, Vergewaltigung, schwerer Raub und schwere Drogenstraftaten angegeben. Bei einer anderen Gruppe von Deliktsarten, zu denen beispielsweise Trunkenheitsfahrt, Verstöße gegen Waffen- und Jagdgesetze, Körperverletzung, Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte und Steuerhinterziehung gezählt werden, soll aus *generalpräventiven Gründen* selbst bei relativ niedrigem Strafworth eine Vermutung zugunsten der Gefängnisstrafe bestehen.¹¹¹ Die Rechtsprechung folgt diesen Regeln und wendet sie darüber

¹⁰⁷ Vgl. NJA II 1994, S. 443.

¹⁰⁸ Gegen Straftäter unter 18 Jahren ist anstelle einer Gefängnisstrafe grundsätzlich geschlossene Jugendfürsorge zu verhängen (Kap. 30 § 5, Kap. 31 § 1 a BrB).

¹⁰⁹ Siehe die amtliche Begründung NJA II 1988, S. 196.

¹¹⁰ Vgl. *Zila*, Det straffrättsliga påföljdssystemet, S. 52.

¹¹¹ NJA II 1988, S. 196 f.; vgl. *Jareborg*, ZStW 106 (1994), 161.

hinaus auch in Fällen von Meineid, Betäubungsmitteldelikten, Zeugenbedrohung sowie bei Verstößen gegen Aufenthalts- und Alkoholbestimmungen an.¹¹²

Das Mindestmaß der *Gefängnisstrafe* liegt bei 14 Tagen, ihr Höchstmaß bei zehn (im Fall einer Gesamtstrafenbildung oder Straferhöhung wegen Rückfalls: 14, bei- des kombiniert: 18) Jahren oder lebenslang.

Die *bedingte Verurteilung* besteht in einem Schuldspruch mit der Verpflichtung, während einer zweijährigen Bewährungszeit ohne Überwachung ein ordentliches und gesetzestreuendes Leben zu führen, nach Kräften für den eigenen Unterhalt zu sorgen und einen eventuell angerichteten Schaden wiedergutzumachen. Kommt der Verurteilte diesen Forderungen nicht nach, so kann das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft verschiedene Maßnahmen treffen, von der Verwarnung über eine Verlängerung der Bewährungszeit bis zur Umwandlung in eine andere Sanktion. Letzteres kommt selten vor. Die bedingte Verurteilung wird in der Regel mit einer *Geldstrafe* bis zu 200 Tagessätzen kombiniert¹¹³ und kann mit der *Auflage gemeinnütziger Arbeit* verbunden werden.¹¹⁴

Obwohl das Kriminalgesetzbuch im Schweregrad nicht zwischen bedingter Verurteilung und *Schutzaufsicht* unterscheidet, wird Letztere gewöhnlich als strenger angesehen, da sie in einer dreijährigen Bewährungszeit, davon mindestens ein Jahr mit Überwachung, besteht. Nach den Gesetzesmotiven soll jedoch für die Wahl zwischen beiden Sanktionsarten nicht etwa der Strafwert der begangenen Tat ausschlaggebend sein, sondern vielmehr individualpräventive Gesichtspunkte im Hinblick auf das zukünftige Verhalten des Täters. Im Gegensatz zur bedingten Verurteilung, die besonders für Täter vorgesehen ist, bei denen sich keine Rückfallgefahr abzeichnet (Kap. 30 § 7), soll die Schutzaufsicht gerade dann zur Anwendung kommen, wenn die mit ihr verbundenen Maßnahmen geeignet erscheinen, einem bestehenden Rückfallrisiko entgegenzuwirken (Kap. 30 § 9). Um diese Wirkung zu fördern, kann die Schutzaufsicht mit der *Auflage gemeinnütziger Arbeit* oder mit einem *Behandlungsplan* (etwa für eine Suchttherapie) verbunden werden, zu dessen Einhaltung der Verurteilte sich verpflichtet. Außerdem kann die Schutzaufsicht in Ausnahmefällen mit *Geldstrafe* bis zu 200 Tagessätzen oder einer *kurzen Gefängnisstrafe* von mindestens 14 Tagen und höchstens drei Monaten verbunden werden.

¹¹² Siehe hierzu Prop. 1997/98:96, S. 116. Zur Rechtsprechungspraxis und kritisch zur Anwendung der Gefängnisstrafe aus generalpräventiven Gründen siehe *Stenborre*, SvJT 1998, 755 ff.

¹¹³ Das Gesetz sieht diese Möglichkeit unabhängig davon vor, ob das begangene Delikt mit Geldstrafe bedroht ist oder nicht (Kap. 27 § 2 BrB).

¹¹⁴ In einem Reformgutachten von 1995 wird vorgeschlagen, die gemeinnützige Arbeit als selbstständige Sanktionsform einzuführen, SOU 1995:91, S. 62 ff., 255 ff.

Die *Überweisung in besondere Fürsorge* schließlich kann an die Stelle jeder anderen Sanktion, also auch der Gefängnisstrafe,¹¹⁵ treten. Sie besteht darin, dass das Gericht unter bestimmten Voraussetzungen die Sache an die entsprechenden Institutionen der Sozialfürsorge zur Durchführung geeigneter Maßnahmen abgibt. In drei verschiedene Richtungen kann eine Überweisung erfolgen: an die Jugendfürsorge (Kap. 31 § 1), an die Suchtfürsorge (Kap. 31 § 2) und an die Rechtspsychiatrie (Kap. 31 § 3). Nur die Auswahl und Verhängung der Sanktion als solcher sowie die Bestimmung des zeitlichen Rahmens ist Sache des Gerichts; die inhaltliche Ausgestaltung der Sanktion durch bestimmte Maßnahmen und die Entscheidung über deren konkrete Dauer liegen dagegen in der Hand der Sozialverwaltung.¹¹⁶

II.1.2. Wesenszüge des Strafverfahrensrechts

II.1.2.1. Generelle Charakterisierung der Verfahrensstruktur

Mit der Einführung des geltenden Prozessgesetzes (*Rättegångsbalk*, RB) im Jahr 1948 wurde in Schweden der frühere inquisitorische Strafprozess durch ein *akkusatorisches Parteiverfahren* abgelöst. Es stellt einen Kompromiss zwischen der angelsächsischen und der kontinentaleuropäischen Prozessform dar.

Ebenso wie im zivilen Rechtsstreit, der aufgrund traditioneller Gemeinsamkeiten und Verflechtungen im selben Gesetz geregelt ist, sollen sich auch im Strafprozess zwei formell gleichrangige Parteien (Ankläger und Angeklagter) gegenüberstehen. Zugunsten des Angeklagten gelten allerdings der Grundsatz *in dubio pro reo* sowie das Verbot der *reformatio in peius* und die Objektivitätspflicht der Staatsanwaltschaft.

Schon während des *Ermittlungsverfahrens* stehen dem Beschuldigten bestimmte „Parteibefugnisse“ zu. Er kann in gewissem Umfang mittels Akteneinsicht und Anwesenheit bei Zeugenvernehmungen die von der Polizei geführten Ermittlungen kontrollieren und sie auch beeinflussen, indem er ergänzende Beweiserhebungen verlangt. Insbesondere hat er einen Anspruch auf Verteidigerbeistand, und zwar weitgehend auf Bestellung eines Pflichtverteidigers.

¹¹⁵ Eine Überweisung an die Suchtfürsorge ist bei Delikten, die mit einer Strafe von mehr als einem Jahr Gefängnis bedroht sind, nur zulässig, wenn besondere Gründe vorliegen (Kap. 31 § 2 Abs. 2). Gegenüber Straftätern, die bei der Tatbegehung unter 18 Jahre waren, ist anstelle einer verwirkten Gefängnisstrafe grundsätzlich auf geschlossene Jugendfürsorge von mindestens 14 Tagen und höchstens vier Jahren zu erkennen (Kap. 31 § 1 a).

¹¹⁶ Bei der Überweisung in psychiatrische Fürsorge kann das Gericht eine besondere gerichtliche Entlassungsprüfung anordnen und damit sicherstellen, dass die Entlassung des Verurteilten nur aufgrund richterlicher Entscheidung erfolgen darf (Kap. 31 § 3 Abs. 2).

Die *Hauptverhandlung*, in der die Prinzipien der Konzentration, der Unmittelbarkeit und der Mündlichkeit gelten, ist dadurch geprägt, dass die Parteien kontradiktorisch verhandeln. In ihren Händen liegt regelmäßig die Beweisaufnahme, während der Richter im Wesentlichen passiv bleibt. Das Gericht ist zwar für die vollständige, korrekte Sachverhaltsaufklärung verantwortlich und darf ausnahmsweise Vernehmungen selbst durchführen oder von Amts wegen Beweis erheben, soweit dies erforderlich ist.¹¹⁷ Doch beschränken sich die Richter in der Praxis eher darauf, durch Fragen oder Hinweise die Parteien selbst zu vertiefter Ausschöpfung der Beweismittel oder ergänzenden Beweisanträgen anzuregen.

Nach übereinstimmender Einschätzung durch Richter und Staatsanwälte zeigen die Verteidiger im Allgemeinen ein hohes Maß an Prozessdisziplin und Bereitschaft zu einer konzentrierten Durchführung des Hauptverfahrens. Dies lässt sich unter anderem darauf zurückführen, dass in mehr als 90 % aller Fälle der Verteidiger gerichtlich bestellt ist und bei mangelhafter Aufgabenerfüllung (etwa in Verschleppungsabsicht verursachter Prozessverzögerung) oder sonst schwerwiegendem Fehlverhalten von seiner aus der Staatskasse bezahlten Tätigkeit entbunden und durch einen anderen Pflichtverteidiger ersetzt werden kann.¹¹⁸

II.1.2.2. Zuständige Spruchkörper und einschlägige Verfahrensarten

Die schwedische ordentliche Gerichtsbarkeit gliedert sich in Untergericht (*tingsrätt*: ein Berufsrichter, drei bzw. fünf Laienrichter),¹¹⁹ Obergericht (*hovrätt*: drei Berufsrichter, zwei Laienrichter)¹²⁰ und den Obersten Gerichtshof (*Högsta Domstolen*: fünf Berufsrichter).

Eingangsstanz für nahezu sämtliche Strafsachen (mit Ausnahme von Verfahren wegen bestimmter Amtsdelikte) ist das Untergericht. Gegen dessen Urteile ist die *Berufung*¹²¹ zum Obergericht gegeben, die eine vollständige Überprüfung der untergerichtlichen Entscheidung ermöglicht und nur bei geringeren Straftaten einer besonderen Zulassung bedarf. Die Obergerichte sind fast ausschließlich mit Beru-

¹¹⁷ Kap. 46 § 4 Abs. 2 RB.

¹¹⁸ Kap. 21 § 6 Abs. 1 RB.

¹¹⁹ Die Laienbeteiligung entfällt in Geldstrafsachen; sie ist erhöht auf fünf Schöffen in Strafsachen wegen eines mit Gefängnis von mindestens zwei Jahren bedrohten Delikts. In besonders umfangreichen oder schwierigen Verfahren kann die Besetzung des Gerichts um je einen Berufs- und Laienrichter erweitert werden (Kap. 1 § 3 b RB).

¹²⁰ In Geldstrafsachen sowie in Berufungsverfahren ohne Hauptverhandlung sind keine Schöffen beteiligt. Andererseits kann die Zahl der Berufs- und Laienrichter in besonders umfangreichen oder schwierigen Strafsachen um je einen erhöht werden (Kap. 2 § 4 Abs. 2 RB).

¹²¹ Seit 1994 werden die Rechtsmittel gegen Urteile und Beschlüsse des Unter- und des Obergerichts einheitlich als Anfechtung (*överklagande*) bezeichnet.

fungsverfahren befasst.¹²² Die *Revision* der Berufungsentscheidungen durch den Obersten Gerichtshof umfasst grundsätzlich ebenfalls Tatsachen- und Rechtsfehlerkontrolle. Sie dient vorwiegend dazu, die Rechtsprechung durch Präjudikate zu vereinheitlichen, und ist immer zulassungsbedürftig.¹²³ Eine „Sprungrevision“ gegen Urteile des Untergerichts kennt das schwedische Prozessrecht nicht.

In allen Strafsachen, die zur Anklage gelangen, muss das erstinstanzliche Gericht eine *Hauptverhandlung* durchführen. Sie ist nur dann entbehrlich, wenn der Staatsanwalt nach Eröffnung des Hauptverfahrens die Anklage niederlegt. In diesem Ausnahmefall kann das Gericht ohne Hauptverhandlung entscheiden, weil das Urteil nicht auf einer Prüfung der Schuldfrage beruht.¹²⁴

Prinzipiell findet auch im Rechtsmittelverfahren eine Hauptverhandlung statt und bildet deren Inhalt die Entscheidungsgrundlage für das Gericht. Aus prozessökonomischen Gründen sind jedoch Ausnahmeregelungen geschaffen worden, die es ermöglichen, unter bestimmten Voraussetzungen auf die Hauptverhandlung zu verzichten und nach Aktenlage zu entscheiden.¹²⁵ In der Berufungsinstanz stellt die Hauptverhandlung noch die Regel dar, während die Revisionsverfahren überwiegend schriftlich durchgeführt werden.¹²⁶

II.1.2.3. Besonderheiten des Beweisverfahrens

Es gelten grundsätzlich *freie Beweisführung* und *freie Beweiswürdigung*. Die Beweisführung liegt in den Händen der Parteien.¹²⁷ Dabei trägt der Staatsanwalt allein die *Beweislast*, das heißt, er hat sämtliche Umstände zu beweisen, die für eine Verurteilung vorausgesetzt werden.¹²⁸ Der Angeklagte hingegen könnte im Extremfall völlig passiv bleiben, ohne dass ihm dies zur Last gelegt werden dürfte.¹²⁹ Wenn er einen Verteidiger hat, wird dieser sich freilich an der Beweisaufnahme beteiligen. Dabei braucht er *Verteidigungseinreden* nicht zu beweisen. Sie können zwar dann unbeachtet bleiben, wenn die entsprechenden Umstände ohne

¹²² Etwa 13 % der erstinstanzlichen Urteile werden mit der Berufung angefochten; vgl. *Schütz-Gårdén/Cornils*, in: Becker/Kinzig (Hrsg.), Rechtsmittel, S. 409. Zur Anfechtungshäufigkeit bei Verurteilungen wegen vorsätzlicher Tötung siehe oben I.2.

¹²³ Gegen rund ein Sechstel der Berufungsurteile in Strafsachen wird Revision eingelegt, die jedoch in mehr als 95 % der Fälle bereits am Zulassungserfordernis scheitert; vgl. *Schütz-Gårdén/Cornils*, in: Becker/Kinzig (Hrsg.), Rechtsmittel, S. 412.

¹²⁴ Kap. 20 § 9 RB.

¹²⁵ Kap. 51 § 13 RB.

¹²⁶ Vgl. *Schütz-Gårdén/Cornils*, in: Becker/Kinzig (Hrsg.), Rechtsmittel, S. 396 ff., 406 f., 411.

¹²⁷ Dies entspricht der gesetzlichen Regelung in Kap. 35 § 6 Satz 1 RB: „Für die Beweisführung haben die Parteien zu sorgen.“

¹²⁸ Vgl. *Fitger*, Domstolsprocessen, S. 208; RB-Kommentar II, S. 35:15.

¹²⁹ So ausdrücklich betont in der Begründung zum Entwurf des Prozessgesetzes, SOU 1938:44, S. 381.

eine nähere Beschreibung des Sachverhalts lediglich behauptet werden. Sobald sie jedoch mit einer nicht ganz offensichtlich wahrheitsfremden Schilderung der Tatsituation vorgebracht werden, liegt auch insoweit die Beweislast bei der Staatsanwaltschaft.¹³⁰

Das Gericht darf einen *Beweisantrag* dann ablehnen, wenn es den Beweis für nicht erforderlich oder ohne Bedeutung in der Sache ansieht oder wenn es der Meinung ist, dass der Beweis mit wesentlich geringerem Aufwand oder erheblich kostengünstiger auf andere Weise geführt werden kann.¹³¹

Im Übrigen kennt das schwedische Prozessrecht die *Maxime des „besten Beweismaterials“*, von der zahlreiche Verfahrensvorschriften geprägt sind. Sie hat zum Inhalt, dass von mehreren möglichen Beweismitteln, die eine bestimmte Erkenntnisquelle erschließen, dasjenige zu wählen ist, welches die sicherste Beweisführung erlaubt. Die Beweiskette ist so kurz wie möglich zu halten, und der beste Beweis ist stets der in der Hauptverhandlung selbst gewonnene, das heißt, eine unmittelbare Zeugenaussage ist gegenüber der Verlesung eines Vernehmungprotokolls, die unmittelbare Vorlage einer Urkunde ist gegenüber einer Zeugenaussage zu deren Inhalt vorzuziehen.¹³² Der Grundsatz des besten Beweismaterials schränkt einerseits die ansonsten freie Beweisführung ein, andererseits wird aus ihm der Umkehrschluss hergeleitet, dass ein schlechteres Beweismittel dann zulässig ist, wenn ein besseres nicht zur Verfügung steht. Dies wird beispielsweise dann angenommen, wenn die unmittelbare Beweisaufnahme im Gerichtssaal unangemessene Kosten oder andere erhebliche Nachteile mit sich bringen würde.¹³³

In der Praxis werden solche Fälle mit den Parteien bereits vor der Hauptverhandlung besprochen, damit diese nach dem *Konzentrationsprinzip* möglichst ohne Unterbrechung durchgeführt werden kann. Ankläger und Angeklagter teilen dem Gericht bereits in der Anklageschrift bzw. der Stellungnahme dazu mit, welche Beweise sie in der Hauptverhandlung führen wollen, und zwar unter genauer Angabe von Beweisthema und Beweismittel. Soweit vorbereitende Maßnahmen erforderlich sind wie etwa die Ladung von Zeugen oder die Beauftragung eines Sachverständigen, werden unverzüglich entsprechende Gerichtsbeschlüsse gefasst. Eine übliche vorbereitende Maßnahme besteht darin, dass das Gericht im Hinblick auf die spätere Sanktionswahl und Strafzumessung ein amtliches Gutachten der Bewährungshilfebehörde über die Person und die Lebensverhältnisse des Angeklagten (sogenannte *besondere Personenuntersuchung*) einholt.

¹³⁰ Ekelöf/Boman, Rättegång IV, S. 120 f.; speziell zur Einrede der Notwehr siehe Wallén, Advokaten 1987, 258 f.

¹³¹ Kap. 35 § 7 RB.

¹³² Der Grundsatz der Beweisunmittelbarkeit ist gesetzlich festgelegt in Kap. 35 § 8 RB.

¹³³ Vgl. Ekelöf/Boman, Rättegång IV, S. 30.

Wenn der Verdacht einer psychischen Störung des Angeklagten besteht, ordnet das Gericht auf Antrag einer Partei oder von Amts wegen eine psychiatrische Untersuchung an. Hierfür kommen zwei unterschiedlich umfangreiche Untersuchungsformen in Betracht: die sogenannte § 7-Untersuchung,¹³⁴ die ein einzelner Arzt vornimmt, sowie eine umfassende sogenannte *rechtspsychiatrische Untersuchung*, die von einem Ärzteteam in einer speziellen Klinik ambulant oder stationär durchgeführt wird.¹³⁵ Die Anordnung setzt in jedem Fall voraus, dass der Angeklagte mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die ihm zur Last gelegte Tat begangen hat. Für die § 7-Untersuchung genügt insoweit die Tatsache der Anklageerhebung gegen ihn. Wird eine solche Untersuchung bereits im Ermittlungsverfahren von einer der Parteien beantragt, so kann das Gericht sie anordnen, wenn entweder ein Geständnis des Beschuldigten oder „wahrscheinliche Gründe“ für den Tatverdacht vorliegen.¹³⁶ Häufig wird hierüber im Zusammenhang mit der Anordnung von Untersuchungshaft entschieden. Für die rechtspsychiatrische Untersuchung als den schwerer wiegenden Eingriff gelten jedoch strengere Voraussetzungen: Es muss die Täterschaft des Angeklagten durch dessen Geständnis oder durch „überzeugenden Beweis“ erwiesen sein.¹³⁷ Die Beweisforderungen sind hier ebenso hoch wie für eine Verurteilung, weshalb diese Untersuchung zumeist erst in der Hauptverhandlung angeordnet wird.

Im Zusammenhang mit der freien Beweiswürdigung geht die schwedische Prozessrechtslehre und -praxis davon aus, dass in Strafsachen strengere *Beweisanforderungen* gelten als in Zivilsachen¹³⁸ und dass die Ansprüche an die Vollständigkeit und die Stichhaltigkeit der Beweisführung mit der Schwere des angeklagten Delikts zunehmen.¹³⁹ So sind beispielsweise die Gerichte in Fällen leichterer Kriminalität eher geneigt, ein Geständnis ohne genaue Überprüfung als wahr zu akzeptieren, während sie ihm bei schweren Straftaten regelmäßig einen geringeren Beweiswert zumessen, auf den sich eine Verurteilung nicht ohne Weiteres stützen lässt.¹⁴⁰ Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung muss bei einem schweren Delikt die Tatschuld des Angeklagten „außer jedem vernünftigen Zweifel“ ste-

¹³⁴ Nach § 7 des Gesetzes über die besondere Personenuntersuchung in Strafsachen.

¹³⁵ Siehe dazu ausführlich *Schütz-Gårdén*, Psychisch gestörte Straftäter, S. 250–287.

¹³⁶ § 7 Abs. 1 i.V.m. § 2 Gesetz über die besondere Personenuntersuchung in Strafsachen (*lag om särskild personutredning i brottmål m.m.*, LPUB), SFS 1991:2041.

¹³⁷ § 2 Abs. 1 Satz 1 Gesetz über die rechtspsychiatrische Untersuchung (*lag om rättspsykiatrisk undersökning*, LRU), SFS 1991:1137.

¹³⁸ Vgl. *Fitger*, Domstolsprocessen, S. 208; RB-Kommentar II, S. 35:23.

¹³⁹ Vgl. *Ekelöf/Boman*, Rättegång IV, S. 116 ff. Zur Lockerung der Beweisforderungen im Fall einer Verhandlung in Abwesenheit des Angeklagten siehe *Cornils*, in: Perron (Hrsg.), *Beweisaufnahme*, S. 452 f.

¹⁴⁰ Gemäß Kap. 35 § 3 Abs. 2 RB hat das Gericht den Beweiswert eines Geständnisses unter Berücksichtigung der Umstände zu prüfen.

hen, das heißt, die Beweislage muss eingehender Kontrolle standhalten und andere denkbare Geschehensabläufe ausschließen.¹⁴¹

II.1.2.4. Anforderungen an die schriftliche Entscheidungsbegründung

In dem schriftlich abzufassenden Urteil müssen sämtliche Anträge und Einreden der Parteien angeführt werden einschließlich der Umstände, auf die sie jeweils gegründet sind, und aus den Urteilsgründen muss hervorgehen, was im Einzelnen bewiesen ist.¹⁴² Die Unter- und Obergerichte verwenden für ihre Entscheidungen verschiedene Formblätter und füllen diese nach detaillierten Anweisungen aus.¹⁴³ Als Gedächtnisstütze bei der Abfassung des Urteils dient dem Richter das *Hauptverhandlungsprotokoll*, das weitgehend nur den formalen Geschehensablauf festhält, bei der Beweisaufnahme aber deren Inhalt möglichst präzise wiedergibt.¹⁴⁴ Außerdem wird die mündliche Beweisaufnahme heute an allen schwedischen Gerichten auf ein mitlaufendes *Tonband* aufgezeichnet und dieses dem Protokoll als Anlage beigefügt.¹⁴⁵

Hat der Angeklagte die Tat gestanden und ist die gegen ihn verhängte Sanktion nicht strenger als Gefängnisstrafe von sechs Monaten, so darf das Urteil in vereinfachter Form ausgefertigt werden. Dies gilt jedoch nur, wenn die Feststellung des Sachverhalts keine Beweisaufnahme erforderte und auch hinsichtlich der rechtlichen Würdigung kein Zweifel bestand. Für die vereinfachte Urteilsausfertigung steht ein besonderes Formblatt zur Verfügung, das anstelle einer eigentlichen Begründung nur den Eintrag derjenigen Tat verlangt, die der Angeklagte gestanden hat und die der Entscheidung zugrunde liegt.¹⁴⁶ Entsprechend geminderte Anforderungen an die schriftlichen Entscheidungsgründe gelten auch für ein Rechtsmittelurteil, mit dem die vorinstanzliche Entscheidung bestätigt wird.¹⁴⁷

Berufung und Revision eröffnen grundsätzlich jeweils eine *Tatsachen- und Rechtsfehlerkontrolle*.¹⁴⁸ Dabei können neue Beweise erhoben oder die frühere Beweisaufnahme erneut durchgeführt werden. Bereits erhobene Beweise können auch in das Rechtsmittelverfahren eingebracht werden, indem auf die Ausführungen zur Beweisaufnahme des vorinstanzlichen Gerichts in dessen Urteilsgründen

¹⁴¹ Vgl. RB-Kommentar II, S. 35:23 mit zahlreichen Rechtsprechungshinweisen.

¹⁴² Kap. 30 § 5 Abs. 1 Nr. 4 und 5 RB.

¹⁴³ Vgl. RB-Kommentar I.2, S. 30:13.

¹⁴⁴ Kap. 6 §§ 5, 6 RB.

¹⁴⁵ Hierzu sowie auch zu dem Folgenden siehe *Cornils*, in: Perron (Hrsg.), *Beweisaufnahme*, S. 471–481.

¹⁴⁶ Vgl. RB-Kommentar I.2, S. 30:14.

¹⁴⁷ Kap. 30 § 6 Abs. 1 Satz 2 RB.

¹⁴⁸ Siehe dazu oben II.1.2.2.

Bezug genommen oder das Protokoll der früheren Hauptverhandlung bzw. die bei Zeugenaussagen übliche Tonbandaufnahme herangezogen wird.¹⁴⁹

Für das *Berufungsverfahren* gilt, dass das Obergericht, wenn es von der Beweiswürdigung des Untergerichts *zum Nachteil* des Angeklagten abweichen will, einen für das erstinstanzliche Urteil relevanten Beweis erneut erheben muss.¹⁵⁰ *Zugunsten* des Angeklagten kann es auch ohne erneute Beweisaufnahme von der Beweiswürdigung des Untergerichts abweichen. Dies kommt jedoch nur äußerst selten vor.¹⁵¹ In der Praxis werden solche Beweise, auf die sich das untergerichtliche Urteil wesentlich stützt, vor dem Obergericht erneut erhoben und nur die weniger relevanten Beweise aus dem erstinstanzlichen Verfahren über dessen Hauptverhandlungsprotokoll, Tonbandaufzeichnung oder Urteilsbegründung eingeführt.

Vor dem *Revisionsgericht* darf eine Beweisaufnahme, die bereits in einer der Vorinstanzen durchgeführt worden ist, nur dann wiederholt werden, wenn außerordentliche Gründe dafür vorliegen.¹⁵² Mündliche Beweise werden deshalb regelmäßig durch Bezugnahme auf das schriftliche oder akustische Protokoll der früheren Hauptverhandlung oder auf die Urteilsbegründung eingeführt. Wenn der Oberste Gerichtshof die Zulassung der Revision auf eine Präjudikatfrage beschränkt hat, kann er seine Entscheidung im Übrigen auf die Feststellungen und Beurteilungen des Obergerichts stützen.¹⁵³ Von der Beweiswürdigung des Berufungsgerichts¹⁵⁴ darf der Oberste Gerichtshof grundsätzlich nur dann abweichen, wenn er sich dadurch der erstinstanzlichen Beweiswürdigung *zugunsten* des Angeklagten wieder anschließen will. Zu dessen *Nachteil* ist eine derartige Urteilsänderung nur aus außerordentlichen Gründen zulässig.¹⁵⁵

¹⁴⁹ Gemäß Kap. 35 § 13 Abs. 2 RB *braucht* das Berufungsgericht die Beweiserhebung nur dann selbst zu wiederholen, wenn dies für die Sachprüfung von Bedeutung ist, und *darf* das Revisionsgericht eine erneute Beweiserhebung nur dann durchführen, wenn hierfür besondere Gründe vorliegen.

¹⁵⁰ Kap. 51 § 23 RB.

¹⁵¹ Vgl. *Schütz-Gårdén/Cornils*, in: Becker/Kinzig (Hrsg.), Rechtsmittel, S. 395 f., mit Hinweis auf RB-Kommentar 4, S. 51:74 f.

¹⁵² Kap. 35 § 13 Abs. 2 Satz 2 RB.

¹⁵³ Kap. 55 § 12 Abs. 1 RB.

¹⁵⁴ Dies gilt für Zeugen-, Sachverständigen- und Augenscheinsbeweise.

¹⁵⁵ Kap. 55 § 14 RB. Vgl. hierzu *Cornils*, in: Perron (Hrsg.), Beweisaufnahme, S. 475.

II.1.3. Äußerer Rahmen der Strafvollstreckung

II.1.3.1. Verkürzung des Vollzugs von Freiheitsstrafen¹⁵⁶

Die Vollstreckung der Gefängnisstrafe erfolgt grundsätzlich im (offenen oder geschlossenen) Anstaltsvollzug, aus dem regelmäßig eine *bedingt vorzeitige Entlassung* erfolgt. Die Strafstreuaussetzung kommt nicht in Betracht bei einer Strafdauer bis zu einem Monat, bei kurzer Gefängnisstrafe in Verbindung mit Schutzauufsicht¹⁵⁷ und bei Ersatzfreiheitsstrafen. Im Übrigen wird sie grundsätzlich nach Verbüßung von zwei Dritteln der Strafzeit, frühestens jedoch nach einem Monat gewährt.¹⁵⁸ Der Entlassungszeitpunkt kann jeweils um bis zu 15 Tage hinausgeschoben werden, wenn der Verurteilte in erheblichem Maß gegen die Regeln für den Anstaltsvollzug verstößt.¹⁵⁹

Nach der bedingten Entlassung gilt eine *Bewährungszeit*, die der restlichen Strafzeit entspricht, mindestens aber ein Jahr beträgt. Während des ersten Jahres kann der Entlassene unter *Überwachung* gestellt werden. Kommt er seinen Pflichten, Bewährungsauflagen oder Weisungen nicht nach, so kann die Überwachungszeit verlängert oder in schwerwiegenden Fällen die Strafstreuaussetzung jeweils für die Dauer von 15 Tagen widerrufen werden.¹⁶⁰

Eine auf *Lebenszeit* verhängte Gefängnisstrafe kann im Wege der *Begnadigung* in zeitlich bestimmten Freiheitsentzug umgewandelt werden. Das Gnadenrecht steht der Regierung zu. Traditionell wird die gnadenweise Umwandlung nach einer Verbüßungsdauer von 15 bis 25 Jahren gewährt. Danach ist eine bedingte Strafstreuaussetzung möglich.

Insgesamt befinden sich durchschnittlich ungefähr 3.700 Gefangene (davon 250 Frauen) im Anstaltsvollzug;¹⁶¹ die Zahl der bedingt vorzeitig Entlassenen mit Überwachung liegt heute durchschnittlich zwischen 4.000 und 4.500.

II.1.3.2. Substanzielle Vollzugslockerungen

Kurze Gefängnisstrafen bis zu drei Monaten (auch Ersatzfreiheitsstrafen) können in Form der *Intensivüberwachung mit elektronischer Kontrolle* außerhalb der An-

¹⁵⁶ Bei bedingter Verurteilung und Schutzauufsicht handelt es sich nicht um Formen der Bewährungsaussetzung einer Freiheitsstrafe, sondern um selbstständige Sanktionsarten als Alternative zum Gefängnis.

¹⁵⁷ Schutzauufsicht kann mit einer Gefängnisstrafe zwischen 14 Tagen und drei Monaten kombiniert werden (Kap. 28 § 3 Abs. 1 BrB).

¹⁵⁸ Kap. 26 § 6 BrB. Zu der differenzierten Rechtslage im Zeitpunkt der Befragung siehe unten III.1.3.1.1.

¹⁵⁹ Kap. 26 § 7 BrB.

¹⁶⁰ Kap. 26 §§ 10–19 BrB.

¹⁶¹ Zusammen mit den Untersuchungshäftlingen sind es etwa 5.000 Anstaltsinsassen, was einer Zahl von knapp 60 pro 100.000 Einwohner entspricht.

stalt vollstreckt werden. Damit sollen zum einen die Vollzugskosten gesenkt und zum anderen die schädlichen Wirkungen des Freiheitsentzugs gemildert werden.¹⁶²

Auch der Anstaltsvollzug selbst soll so gestaltet sein, dass „die Anpassung des Gefangenen in der Gesellschaft gefördert und den schädlichen Folgen des Freiheitsentzugs entgegengewirkt“ wird. Soweit die Schutzinteressen der Gesellschaft es zulassen, soll der Gefangene vom Beginn des Vollzugs an auf die Zeit nach seiner Entlassung vorbereitet werden.¹⁶³

Die Vollzugsanstalten sind je nach Sicherheitsgrad in vier Klassen, I–IV, eingeteilt: Den Sicherheitsklassen I bis III gehören die geschlossenen, der Klasse IV die offenen Anstalten an. Die Unterbringung eines Verurteilten in *geschlossenenem* oder *offenem Vollzug* erfolgt nach Gesichtspunkten der Fluchtgefahr, der Gefahr des Drogenmissbrauchs sowie bestimmter Ausbildungs- oder Behandlungsmöglichkeiten. Auch die Strafhöhe, die Art der begangenen Straftat und ein eventuelles Rückfallrisiko während des Vollzugs spielen eine Rolle. Wer zu mindestens vier Jahren Gefängnis verurteilt ist, wird vorzugsweise einer geschlossenen Anstalt zugewiesen.

Zur Förderung der Resozialisierung des Gefangenen und insbesondere zur Vorbereitung auf seine Entlassung kann ihm *Ausgang* gewährt werden. *Freigang* kommt in Betracht, um ihm eine Arbeit oder Ausbildung außerhalb der Anstalt zu ermöglichen.

II.2. Befragung der Landesjuristen

II.2.1. Bildung der Stichprobe

In fünf schwedischen Städten – Göteborg, Lund, Malmö, Stockholm und Uppsala – wurden insgesamt 15 Interviews mit Richtern, Staatsanwälten, Strafverteidigern und Universitätsprofessoren durchgeführt. Unter den Befragten waren vier Frauen. Bei der Auswahl der Gesprächspartner spielte deren Berufserfahrung innerhalb der aktuellen Funktion eine besondere Rolle; sie lag zwischen elf und 40 Jahren, im Durchschnitt bei 26 Jahren einschlägiger Tätigkeit. Die Richter wurden so ausgewählt, dass jeweils zwei einem Untergericht (in den Positionen *chefsrådmann* und *lagman*) und einem Obergericht (in den Positionen *hovrättslagman* und *hovrättsråd*) sowie einer dem Obersten Gerichtshof (*justitieråd*) angehörte. Ebensovaren auch die Staatsanwälte in unterschiedlichen Dienststufen (drei *chefsåklagare*, ein *överåklagare*) tätig. Als Verteidiger wurden drei Rechtsanwälte aus unterschiedlich großen Kanzleien befragt, die sich auf Strafsachen spezialisiert hatten. Bei den Professoren handelte es sich um drei führende Strafrechtslehrer von verschiedenen Universitäten.

¹⁶² Siehe dazu *Haverkamp*, Bewährungshilfe, 51–67.

¹⁶³ § 4 Gesetz über den Strafvollzug in Anstalten (*lag om kriminalvård i anstalt*), SFS 1974:203.

II.2.2. Verlauf der Gespräche

Die Interviews fanden im Dezember 1996 und im Januar 1997 statt. Zur Vorbereitung war jedem Gesprächspartner ein Blatt mit den Fallvarianten in schwedischer Sprache zugesandt worden.

Die Gespräche wurden auf Schwedisch geführt und dauerten zwischen 90 und 120 Minuten. Sie verliefen ausnahmslos in freundlicher, sachlich konzentrierter Atmosphäre. Die Befragten waren in unterschiedlichem Maß vorbereitet, jedoch sämtlich dem Projekt gegenüber sehr aufgeschlossen und an dessen Ergebnis interessiert. Der Tonbandaufzeichnung stimmten sie bereitwillig zu. Im Interesse der Einheitlichkeit wurden die Fragen anhand eines ausführlichen Interviewleitfadens gestellt, der jedoch nicht immer vollständig eingehalten werden konnte, beispielsweise weil manche Antworten so ausfielen, dass sich bestimmte weitere Fragen erübrigten, oder weil manche Gesprächspartner sich für einzelne Teilbereiche (etwa den Strafvollzug) nicht kompetent fühlten. Einige Fragen (etwa zum Verfahren) wurden nur im Zusammenhang mit der Fallvariante 1 und später nicht erneut gestellt, um Wiederholungen zu vermeiden. Daraus erklären sich teilweise fehlende Angaben zu einzelnen Punkten.

III. Beurteilung der Fallvarianten

III.1. Fallvariante 1

Die Ehe von O und T ist zerrüttet, seit der O arbeitslos geworden ist und jeden Tag große Mengen Alkohol trinkt. Es kommt zu ständigen Streitereien, bei denen der O die T immer wieder heftig schlägt.

T will die Misshandlungen nicht mehr länger erdulden und wartet nur noch auf einen günstigen Augenblick, um O umzubringen. Als sie eines Abends sieht, dass er eingeschlafen ist, erschlägt sie ihn mit einem bereitgestellten Beil.

III.1.1. Materielle rechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.1.1.1. Tatbestandliche Einstufung

III.1.1.1.1. Rechtliche Vorgaben

Die Handlung der T ist entweder als Mord (*mord*, Kap. 3 § 1 BrB) oder als Totschlag (*dråp*, Kap. 3 § 2 BrB) einzustufen.¹⁶⁴

¹⁶⁴ Siehe hierzu oben II.1.1.2.

Da Mord den Grundtatbestand bildet, ist für eine entsprechende Subsumtion keine besondere Begründung erforderlich. Ein Totschlag als minder schwere Form der vorsätzlichen Tötung darf hingegen nur dann angenommen werden, wenn mildernde Tatumstände vorliegen. Die Subsumtion erfolgt aufgrund einer Gesamtwürdigung der Tatumstände.

Nach den Gesetzesmotiven steht es der Anwendung des privilegierenden Tatbestands in der Regel entgegen, wenn die Tat etwa unter Ausnutzung einer wehrlosen Situation des Opfers oder gegen einen nahen Angehörigen begangen wurde. Im vorliegenden Fall treffen beide Gründe zusammen. Demgegenüber fällt jedoch als mildernder Tatumstand ins Gewicht, dass die T ständigen schweren Misshandlungen durch O ausgesetzt war und sich mit der Tat von ihrem Peiniger befreien wollte. Hierin wird ein wichtiger Grund gesehen, selbst eine mit Vorbedacht geplante Tötungshandlung als minder schweren Fall einzustufen.¹⁶⁵

III.1.1.1.2. Ergebnisse der Befragung

Frage: Welchen Tatbestand würden Sie auf die Fallvariante 1 anwenden?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Mord BrB 3:1 (Ausgangstatbestand)	6	2	–	3	4	–	15
Totschlag BrB 3:2 (Privilegierung)	4	3	–	2	6	–	15

Tabelle 1-1

In ihrer Ansicht zur Einstufung der Tat wichen die Gesprächspartner voneinander ab. Innerhalb der Berufsgruppen bestand jedoch teilweise Übereinstimmung.

Frage: Welchen Tatbestand würden Sie auf die Fallvariante 1 anwenden?

	Berufsgruppe	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Daten	Summe
Mord BrB 3:1	Staatsanwalt	4	–	–	–	–	–	4
	Richter	1	2	–	1	1	–	5
	Strafverteidiger	–	–	–	–	3	–	3
	Strafrechtslehrer	1	–	–	2	–	–	3
Totschlag BrB 3:2	Staatsanwalt	–	–	–	–	4	–	4
	Richter	1	1	–	2	1	–	5
	Strafverteidiger	3	–	–	–	–	–	3
	Strafrechtslehrer	–	2	–	–	1	–	3

Tabelle 1-1-1

¹⁶⁵ NJA II 1962, S. 93 f.; vgl. BrB-Kommentar I, S. 148 f., 151 f.

So nahmen sämtliche befragten Staatsanwälte eindeutig („ohne Zögern“, „zweifellos“, „ohne Zweifel“, „ganz klar“) Mord und sämtliche befragten Strafverteidiger eindeutig Totschlag an. Dabei wurde es in beiden Gruppen für „möglich“, „wahrscheinlich“ oder „ziemlich sicher“ gehalten, dass das Gericht eine andere Subsumtion vornehmen würde. Tatsächlich kamen die Richter zu unterschiedlichen und weniger eindeutigen Einstufungen, ebenso wie auch die Strafrechtslehrer.

Auf konkrete Befragung, welche Tatumstände einer privilegierenden Einstufung der Tat als Totschlag entgegenstehen könnten, nannten alle Gesprächspartner ausnahmslos das *geplante Vorgehen* der T und fast alle die *Ausnutzung der Wehrlosigkeit* des Opfers.¹⁶⁶ Die *enge Lebensgemeinschaft* wurde dagegen von den meisten nicht als erschwerender Umstand angesehen, und zwar überwiegend mit der Begründung, dass O selbst durch sein Verhalten gegenüber der T das Vertrauensverhältnis bereits vorher zerstört habe. Als mildernde Tatumstände, die für eine Anwendung des Privilegierungstatbestands sprechen, wurden vielfach übereinstimmend die *ständigen Misshandlungen* der T und ihre daraus resultierende *psychische Belastung* angeführt. Sämtliche Staatsanwälte und ein Teil der Richter sowie ein Strafrechtslehrer waren jedoch der Auffassung, dass diese Umstände nicht ausreichen, um von dem Grundtatbestand des Mordes herunterzugehen.

III.1.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen

III.1.1.2.1. Rechtliche Vorgaben

Es könnte ein objektiver Strafausschließungsgrund vorliegen, der – ähnlich wie nach deutschem Verständnis ein Rechtfertigungsgrund – zur Folge hätte, dass die tatbestandsmäßige Handlung ausnahmsweise keine Straftat darstellt.¹⁶⁷

In Betracht kommt *Notwehr* (Kap. 24 § 1 BrB), die einen begonnenen oder drohenden Angriff voraussetzt.¹⁶⁸ Drohen kann ein Angriff selbst dann, wenn er nicht unmittelbar bevorsteht. So braucht derjenige, der mit Sicherheit weiß, dass er zu einem späteren Zeitpunkt angegriffen werden wird, nicht untätig abzuwarten, sondern darf bereits zuvor geeignete Gegenmaßnahmen ergreifen. Diese müssen freilich der im Augenblick noch relativ ungefährlichen Situation angepasst sein. Gewaltanwendung als sogenannte *präventive Notwehr* wird deshalb grundsätzlich für unzulässig gehalten.¹⁶⁹ Sie wird auch für den Fall abgelehnt, dass eine Frau, die wiederholten Misshandlungen durch ihren Lebenspartner ausgesetzt ist, diesen tötet, um weiteren Übergriffen zu entgehen.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Zu der einen Ausnahme siehe unten III.1.1.4.1.

¹⁶⁷ Siehe näher dazu oben II.1.1.3.1.

¹⁶⁸ Siehe dazu oben II.1.1.3.2.

¹⁶⁹ Vgl. SOU 1988:7, S. 73; *Jareborg*, Straffrättens ansvarslära, S. 139–140.

¹⁷⁰ So *Asp*, in: Granström (Hrsg.), *Lika inför lagen?*, S. 95–97; siehe auch Prop. 1997/98:55, S. 78.

Der objektive Strafausschlussgrund des *Notstands* (Kap. 24 § 4 BrB)¹⁷¹ kommt kaum in Betracht. Er würde im vorliegenden Fall eine Dauergefahr für Leib oder Leben der T voraussetzen, die im Augenblick der Tatbegehung so akut war, dass eine Gewaltanwendung gegen O unter diesem Gesichtspunkt gerechtfertigt wäre.

Störungen der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit, die nach anderen Rechtsordnungen eine verminderte oder fehlende Zurechnungsfähigkeit begründen, können nach geltendem schwedischem Recht nur im Rahmen der *Strafzumessung* berücksichtigt werden.¹⁷²

III.1.1.2.2. Ergebnisse der Befragung

Die meisten Gesprächspartner (neun) haben die Frage der *Notwehr* angesprochen und eindeutig verneint. Einige andere (drei) bezeichneten die Situation als notwehrähnlich, aber nicht ausreichend für einen Strafausschluss; ein Staatsanwalt konnte sich vorstellen, dass das Gericht Notwehrexzess in Betracht ziehen würde.

Ein Verteidiger hielt *Notstand* für gegeben; alle übrigen Befragten schlossen Notstand ausdrücklich aus oder erwähnten ihn überhaupt nicht.

Für mehr als die Hälfte der Gesprächspartner (acht) war eine *Störung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit* hier nicht naheliegend, und zwar hauptsächlich wegen der geplanten Vorgehensweise der T. Andere (fünf) hingegen nahmen ein stark herabgesetztes Kontrollvermögen der T an. Dabei sah jeder es als selbstverständlich an, dass eine solche Störung allenfalls zur Strafmilderung, nicht aber zur Straffreiheit führen könnte.

Frage: Welche Bedeutung hat eine mögliche Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der T?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Daten	Summe
Ist naheliegend	4	1	1	–	8	1	15
Führt zu Strafmilderung	4	1	1	–	8	1	15
Führt zu Straffreiheit	–	–	–	–	–	15	15

Tabelle 1-2

¹⁷¹ Siehe dazu oben II.1.1.3.3.

¹⁷² Siehe ausführlich oben II.1.1.3.4.

III.1.1.3. Strafraumenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.1.1.3.1. Rechtliche Vorgaben

Der gesetzliche Strafraumen für Totschlag reicht von sechs bis zu zehn Jahren Gefängnis. Mord ist mit Gefängnis auf Lebenszeit (Regelstrafe) oder mit zehn Jahren Gefängnis bedroht.

Für die Strafzumessung enthält das Kriminalgesetzbuch ausführliche Regeln, nach denen in erster Linie der sogenannte *Strafwert* der begangenen Tat maßgebend ist. Dieser ergibt sich vorwiegend aus der Schädlichkeit des Verhaltens und der Schuld des Täters.¹⁷³

Als einen Umstand, der den Strafwert *erhöhen* kann, nennt das Gesetz unter anderem die Ausnutzung einer besonderen Wehrlosigkeit des Opfers (Kap. 29 § 2 Nr. 3 BrB). Obwohl es nahezu liegen scheint, diese Vorschrift anzuwenden, wenn das Opfer im Schlaf überfallen wird, ist hier dieser Fall nicht gemeint, sondern vielmehr die Tatbegehung gegen eine dem Täter in besonderer Weise ausgelieferte oder aufgrund körperlichen Leidens zur Gegenwehr unfähige Person.¹⁷⁴

Strafwert*mindernde* Umstände sind unter anderem die Provokation der Tat durch grob kränkendes Verhalten gegenüber dem Täter (Kap. 29 § 3 Abs. 1 Nr. 1 BrB) und eine durch Gemütsbewegung oder aus anderem Grund stark herabgesetzte Fähigkeit des Täters, sein Handeln zu kontrollieren (Kap. 29 § 3 Abs. 1 Nr. 2 BrB).

Das provozierende Verhalten muss nicht notwendig der Tathandlung direkt vorausgegangen sein. Es kann auch in wiederholten Kränkungen bestehen, aufgrund derer sich beim Täter über längere Zeit hinweg eine wachsende Wut anstaut und dann in einem plötzlichen Ausbruch entlädt.¹⁷⁵ Löst grob kränkendes Verhalten eine starke Gemütsbewegung beim Provozierten aus, so ist in erster Linie Nr. 1 anzuwenden. Nr. 2 kommt demgegenüber in Betracht, wenn die herabgesetzte Fähigkeit zur Selbstkontrolle auf einer sonstigen lang andauernden seelischen Belastung beruht.¹⁷⁶

Soweit es sich bei den strafwerterhöhenden oder -mindernden Umständen um Merkmale handelt, die bereits im Rahmen der tatbestandlichen Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag eine Rolle gespielt haben, können sie bei der Festsetzung des Strafwerts ausnahmsweise *erneut* berücksichtigt werden, wenn dies erforderlich ist, damit ihrer Bedeutung für den Einzelfall hinreichend Rechnung getragen wird.¹⁷⁷

¹⁷³ Vgl. *Jareborg*, ZStW 106 (1994), 148 ff. Siehe hierzu oben II.1.1.4.2.

¹⁷⁴ Dies trifft insbesondere auf Kinder, alte Menschen und Körperbehinderte zu; vgl. BrB-Kommentar III, S. 207 f.

¹⁷⁵ Vgl. v. *Hirsch/Jareborg*, NTfK 1986, 436.

¹⁷⁶ So BrB-Kommentar III, S. 212.

¹⁷⁷ Siehe dazu oben II.1.1.4.2.

Das Gericht hat darüber hinaus bei der Strafzumessung jeden Umstand angemessen zu berücksichtigen, der eine mildere Strafe erfordert, als sie vom Strafwert her angezeigt wäre (Kap. 29 § 5 Abs. 1 Nr. 8 BrB). Diese Auffangregel eröffnet einen bemerkenswerten Spielraum, der – wenn besondere Gründe es erfordern (Kap. 29 § 5 Abs. 2 BrB) – auch die Unterschreitung des gesetzlichen Strafrahmens und – wenn mit Rücksicht auf den mildernden Umstand eine Bestrafung offensichtlich unbillig wäre (Kap. 29 § 6 BrB) – das Absehen von Strafe mit erfasst. Hier liegen die größten Variationsmöglichkeiten in Bezug auf die Lösung des Falls.

Als Sanktionsart kommt hier nur Gefängnis in Betracht. Zwar soll das Gericht vorrangig eine mildere Sanktion erwägen (Kap. 30 § 4 Abs. 1 BrB), doch hat es andererseits den Strafwert der Tat und die Art des Delikts zu berücksichtigen, die eine Freiheitsstrafe unumgänglich machen können (Kap. 30 § 4 Abs. 2 BrB).¹⁷⁸ Das Kriminalgesetz enthält keine genaueren Anhaltspunkte hierfür. In Anlehnung an die Gesetzesmotive hat sich jedoch eine Praxis herausgebildet, nach der bei besonders schweren Deliktsarten, insbesondere bei Mord, und einem Strafwert ab einem Jahr Gefängnis grundsätzlich eine Gefängnisstrafe verhängt wird. Selbst wenn die Handlung der T nicht als Mord, sondern als Totschlag eingestuft wird, liegt der Strafwert deutlich über einem Jahr Gefängnis, sodass hier eine mildere Sanktion ausscheidet.

III.1.1.3.2. Ergebnisse der Befragung

Frage: Welche konkrete Sanktion hat T zu erwarten?

	Ansicht des Gesprächspartners		Prognose der gerichtlichen Entscheidung	
	Tatbestand	Sanktion	Tatbestand	Sanktion
Staatsanwalt (1)	Mord	10 Jahre	Totschlag	6–10 Jahre
Staatsanwalt (7)	Mord	10 Jahre/ lebenslang	Totschlag	6–10 Jahre
Staatsanwalt (10)	Mord	lebenslang	Mord	10 Jahre/ lebenslang
Staatsanwalt (11)	Mord	10 Jahre	Mord	8 Jahre*
Richter (2)	Mord	10 Jahre	Mord/ Totschlag	10 Jahre/ 6 Jahre
Richter (4)	Mord	10 Jahre	Mord/ Totschlag	10 Jahre/ 6 Jahre

¹⁷⁸ Siehe näher oben II.1.1.4.3.

Richter (6)	Totschlag	6–8 Jahre	Totschlag	6–8 Jahre
Richter (12)	Totschlag	8–9 Jahre	Totschlag	8–9 Jahre
Richter (13)	Mord	lebenslang	Mord	lebenslang
Strafverteidiger (3)	Totschlag	<6 Jahre*	Mord	<10 Jahre*
Strafverteidiger (9)	Totschlag	<6 Jahre*	Totschlag	6 Jahre
Strafverteidiger (14)	Totschlag	Freispruch/ <6 Jahre*	Mord	6–8 Jahre*
Strafrechtslehrer (5)	Mord	10 Jahre	Mord	10 Jahre
Strafrechtslehrer (8)	Totschlag	4–5 Jahre*	Totschlag	<6 Jahre*
Strafrechtslehrer (15)	Totschlag	6 Jahre	Totschlag	6 Jahre

Tabelle 1-3; *Unterschreitung des gesetzlichen Strafrahmens

Wie bereits bei der tatbestandlichen Einstufung rechneten auch hier die Staatsanwälte und Verteidiger mit einer von ihrer eigenen Ansicht abweichenden Gerichtsentscheidung. Insgesamt lagen die Urteilsprognosen nahezu sämtlich innerhalb eines Strafrahmens von sechs bis zehn Jahren Gefängnis. Lediglich ein Richter hätte auf lebenslange Freiheitsstrafe erkannt, und ein Staatsanwalt hielt dieses Urteil für möglich. Ein Strafrechtslehrer nahm an, dass das Gericht die Mindeststrafdrohung für Totschlag (sechs Jahre) unterschreiten würde. Zwei Gesprächspartner gingen von einer Verurteilung wegen Mordes, jedoch zu einer Sanktion unter dem gesetzlichen Strafminimum (zehn Jahre) aus.

Auf ausdrückliche Befragung zur Möglichkeit einer Unterschreitung des gesetzlichen Strafrahmens gaben einige Staatsanwälte und Verteidiger an, dass die Gerichte eher geneigt seien, bei der Subsumtion einen milderen Tatbestand zu wählen, als die Strafe unter das vorgesehene Minimum zu senken. Tatsächlich sprachen sich sämtliche befragten Richter – teilweise sehr entschieden („Keinesfalls“, „Dafür sehe ich überhaupt keine Möglichkeit“) – gegen eine Unterschreitung des Strafrahmens aus. Dennoch gingen einige Befragte der anderen Berufsgruppen in ihrer Prognose der gerichtlichen Entscheidung davon aus, dass es zu einer Strafrahmensunterschreitung kommen würde (siehe die mit * gekennzeichneten Angaben).

III.1.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte

III.1.1.4.1. Gesichtspunkte zulasten der T

Obwohl das Merkmal der *geplanten und überlegten Tatbegehung* nach dem geltenden Recht keine entscheidende Rolle mehr spielt, wurde es von allen Befragten bei der tatbestandlichen Einstufung des Sachverhalts als ein Gesichtspunkt berücksichtigt, der gegen die Privilegierung sprechen könnte. Sämtliche Staatsanwälte, zwei Richter und ein Strafrechtslehrer sahen in dem geplanten Vorgehen der T einen wesentlichen Grund für die Anwendung des Mordtatbestands.

Unter den Interviewpartnern, die sich in der Gesamtwürdigung aller Tatumstände zugunsten von Totschlag entschieden hatten (sieben), werteten vier (zwei Richter, ein Verteidiger und ein Strafrechtslehrer) die geplante Handlungsweise innerhalb des milderen Strafrahmens als strafwerterhöhend bzw. eventuell strafwerterhöhend. Ein Staatsanwalt berücksichtigte denselben Aspekt sowohl bei der Subsumtion als auch im Rahmen der Strafzumessung zum Nachteil der T.

Ebenfalls von jedem Befragten angesprochen wurde die *Ausnutzung der Wehrlosigkeit* des O. Für einen Staatsanwalt, zwei Richter und einen Strafrechtslehrer war dieser Gesichtspunkt mit ausschlaggebend bei der Ablehnung des Privilegierungstatbestands. Sieben Interviewpartner, darunter vier Richter, sahen in der Tötung des schlafenden O einen Umstand, der den Strafwert der Tat erhöhe. Ein Richter wertete den Aspekt zunächst bei der tatbestandlichen Einstufung sowie nochmals bei der Strafzumessung. Ein Strafrechtslehrer hielt die doppelte Berücksichtigung für unzulässig, ein anderer stellte ausdrücklich klar, dass es sich beim Angriff auf einen Schlafenden nicht um einen Fall der strafwerterhöhenden Ausnutzung besonderer Wehrlosigkeit des Opfers im Sinne von Kap. 29 § 2 Nr. 3 BrB handelt. Letzterer war im Übrigen der Ansicht, dass die Tötung im Schlaf kein erschwerender Umstand, sondern eine besonders rücksichtsvolle Vorgehensweise sei und deshalb eher mildernd wirken könne.

Die *enge Lebensgemeinschaft* zwischen T und O wurde von der Mehrzahl der Gesprächspartner (elf) als irrelevant für die tatbestandliche Einstufung bezeichnet. Ein Richter und ein Strafrechtslehrer hielten diesen Umstand für erwähnenswert, aber letztlich unbedeutend. Lediglich ein Richter maß ihm sowohl tatbestandsbestimmende als auch strafwerterhöhende Bedeutung bei; alle übrigen Befragten ließen die Ehegattenbeziehung auch im Rahmen der Strafzumessung außer Betracht. Einige (ein Staatsanwalt und zwei Richter) fanden im Gegenteil, dass die ständigen Integritätsverletzungen innerhalb der Ehe sich eher zugunsten der T auswirken könnten.

Wegen besonderer Grausamkeit wurde die *Art der Waffe* (Beil) von einem Richter als taterschwerend bei der Subsumtion und von zwei anderen Richtern als Strafschärfungsgrund gewertet.

III.1.1.4.2. Gesichtspunkte zugunsten der T

Die *seelische Belastung* der T aufgrund ständiger Misshandlungen war für diejenigen Interviewpartner (acht), die den Sachverhalt als Totschlag einstuften, der entscheidende Privilegierungsaspekt. Von den übrigen Befragten wurde dieser Gesichtspunkt zwar überwiegend (fünf) gesehen, in der Gesamtwürdigung jedoch nicht als maßgeblich erachtet, weil T einen anderen Ausweg hätte suchen können.

Weitgehende Übereinstimmung bestand freilich insoweit, als die vorausgegangenen Misshandlungen ein *grob kränkendes Verhalten* gegenüber der T darstellten, das gemäß Kap. 29 § 3 Abs. 1 Nr. 1 BrB innerhalb des jeweils gewählten Tatbestands den Strafwert mindert. Soweit Totschlag angenommen wurde, fanden die Misshandlungen somit zweifache Berücksichtigung. Lediglich ein Strafrechtslehrer war der Ansicht, dass der Aspekt des provozierenden Opferverhaltens bereits durch die privilegierende Subsumtion verbraucht sei; ein anderer hielt einen engeren zeitlichen Zusammenhang mit der Kränkung für erforderlich. Eine Provokation im eigentlichen Sinne wurde von keinem der Befragten angenommen.

Die *Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit* kann nach schwedischem Strafrecht nur im Rahmen der Strafzumessung gemäß Kap. 29 § 3 Abs. 1 Nr. 2 BrB berücksichtigt werden. Hierfür sahen die Verteidiger hinreichende Anhaltspunkte, die Richter dagegen nicht. Zwei Staatsanwälte und zwei Strafrechtslehrer führten das geplante Vorgehen der T als Indiz gegen eine Beeinträchtigung ihrer Steuerungsfähigkeit an.

Ein Staatsanwalt hielt es für möglich, dass das Gericht zugunsten der T zu einer mildernden Beurteilung kommen könnte, weil sie O tötete, *ohne ihn in Todesangst zu versetzen*. Tatsächlich sah ein Richter einen strafmildernden Umstand darin, dass das Opfer nicht zu leiden brauchte. In ähnlichem Sinne hielt ein Strafrechtslehrer der T zugute, dass sie durch ihr planmäßiges Vorgehen, die Wahl einer sicheren Waffe und die Tötung des O im Schlaf sich diesem gegenüber nicht rücksichtslos, sondern eher *rücksichtsvoll* verhalten habe.

III.1.2. Einflüsse des Strafverfahrens

III.1.2.1. Einflussnahme der Anklagebehörde auf Spruchkörper und Verfahrensart

Da das Untergericht hier in jedem Fall erstinstanzlich zuständig ist,¹⁷⁹ haben die Prozessbeteiligten keine Einflussmöglichkeit im Hinblick auf den Spruchkörper. Sie können lediglich dessen Zusammensetzung unter dem Gesichtspunkt der Befangenheit beanstanden.

¹⁷⁹ Vgl. oben II.1.2.2.

In Strafsachen wegen Kapitalverbrechen unterliegt auch die Prozessart keiner Disposition, insbesondere ist selbst bei Vorliegen eines Geständnisses ein summarisches Verfahren ausgeschlossen. Dementsprechend hat die Befragung in diesem Punkt zu keinem nennenswerten Ergebnis geführt.

III.1.2.2. Besonderheiten des Beweisverfahrens

Die Ermittlungen werden angesichts des schweren Tatvorwurfs von der Staatsanwaltschaft geleitet (Kap. 23 § 3 Abs. 1 RB). Diese trägt die Beweislast hinsichtlich aller entscheidungsrelevanten Tatsachen, auch gegenüber Verteidigungseinreden.¹⁸⁰

Drei der befragten Staatsanwälte gaben an, dass sie selbst an den polizeilichen Vernehmungen der T teilnehmen würden, um sich ein eigenes Bild von ihr und ihrer Glaubwürdigkeit zu machen, und dass sie – etwa durch die Vernehmung von Nachbarn und Bekannten als Zeugen– sorgfältig das Verhältnis zwischen T und O ermitteln würden. Der vierte Staatsanwalt fand es wichtig, möglichst genau zu untersuchen, auf welche Weise die T sich sonst aus ihrer Situation hätte befreien können. Ebenso ging ein Richter davon aus, dass die Staatsanwaltschaft versuchen würde, durch Zeugenvernehmungen herauszufinden, ob T wirklich keinen anderen Ausweg hatte und wie sehr sie unter der Gewalt des O stand. Ein anderer Richter betonte, die Anklagebehörde lege in Strafsachen wegen vorsätzlicher Tötung in aller Regel eine *umfangreiche Beweisführung* vor, selbst wenn der Beschuldigte geständig sei.

Sowohl die Richter als auch die Verteidiger waren sicher, dass die Staatsanwaltschaft hier wegen Mordes anklagen würde; ein Strafrechtslehrer hingegen meinte, ein objektiver Anklagevertreter würde Totschlag annehmen.

Einig waren sich sämtliche Interviewpartner in Bezug auf die Einholung eines *ärztlichen Gutachtens* gemäß § 7 des Gesetzes über die besondere Personenuntersuchung in Strafsachen. Dies wurde als Standardverfahren bei Kapitalverbrechen bezeichnet, selbst wenn kein Verdacht einer psychischen Störung des Täters bestehe. Ob darüber hinaus auch eine eingehende *rechtspsychiatrische Untersuchung* der T erforderlich sei, würde nach Ansicht von sechs Befragten vom Ergebnis des § 7-Gutachtens abhängig gemacht. Ein Richter hielt im vorliegenden Fall eine rechtspsychiatrische Untersuchung für ohne Zweifel geboten, ein anderer vermutete, dass die Verteidigung auf deren Anordnung hinwirken würde. Ein Strafrechtslehrer sah für die Notwendigkeit einer rechtspsychiatrischen Untersuchung keinen Anhaltspunkt.

¹⁸⁰ Siehe dazu oben II.1.2.3.

III.1.2.3. Verteidigungsstrategie und Absprachen

Die Verteidiger betonten, es sei wichtig, zu einem möglichst frühen Zeitpunkt am Ermittlungsverfahren beteiligt zu werden. Zwei der befragten Richter erklärten, dass in einem Fall der vorliegenden Art ein Pflichtverteidiger „von der ersten Stunde an“ bestellt würde.

Als Verteidigungsstrategie wurde vonseiten der Staatsanwälte, der Richter und der Strafrechtslehrer überwiegend erwartet, dass die Belastungssituation der T hervorgehoben würde mit dem Ziel, eine Unterschreitung der Mindeststrafdrohung zu erreichen. Ein Staatsanwalt, ein Richter und ein Professor rechneten mit der Notwehreinde. Ein Richter bezeichnete es als üblich, dass der Tötungsvorsatz infrage gestellt und auf schwere Körperverletzung in Tateinheit mit schwerer fahrlässiger Tötung plädiert werde.

Die Verteidiger selbst gaben an, dass sie eine Strafmilderung bis deutlich unter sechs Jahren Gefängnis anstreben und dafür das Verhältnis zwischen den Eheleuten und die psychische Situation der T so gründlich wie möglich beleuchten würden. Übereinstimmend sahen sie ihre Aufgabe darin, die Polizei zu bestimmten Ermittlungsschritten zu veranlassen und ihr Zeugen zu benennen. Im Hinblick auf eigene Nachforschungen und unmittelbaren Zeugenkontakt wären sie eher zurückhaltend. Ein Verteidiger wollte in erster Linie auf Freispruch wegen Notstands plädieren und erst hilfsweise auf eine Strafmilderung nach Kap. 24 oder Kap. 29 BrB hinwirken; ein anderer fand es vorteilhaft, mit den eigenen Anträgen maßvoll zu bleiben („Als Verteidiger darf man auch nicht übertreiben“).

Frage: Welche Bedeutung hat die Verteidigungseinrede der Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Daten	Summe
Geltendmachung erwartbar	13	–	–	–	–	2	15
Beweisaufwand erwartbar	11	–	–	–	–	4	15
Beziehung eines Sachverständigen erwartbar	14	–	–	–	–	1	15

Tabelle 1-4

Soweit die Interviewpartner zu den jeweiligen Punkten Stellung nahmen, waren ihre Aussagen eindeutig bejahend.

Zur Frage von *Absprachen im Strafverfahren* äußerten sich nicht alle Gesprächspartner. Ein Richter, zwei Staatsanwälte und ein Strafrechtslehrer erklärten, dass eine solche Praxis in Schweden grundsätzlich als unzulässig gelte und auch tatsäch-

lich nicht vorkomme. Die übrigen Staatsanwälte sowie die Verteidiger räumten ein, sie würden in zahlreichen Fällen miteinander sprechen, insbesondere um die jeweilige Gegenstrategie kennenzulernen. Einer der Verteidiger würde dabei nicht ernsthaft versuchen, den Staatsanwalt zu beeinflussen, ihn jedoch auf bestimmte Umstände hinweisen, die zu einer milderen Anklage – hier wegen Totschlags statt Mordes – führen könnten. Ein anderer Verteidiger erwähnte, dass Absprachen im Sinne eines gewissen „Kuhhandels“ gelegentlich in Drogenstrafsachen vorkommen. Dort könne ein Beschuldigter, der den Ermittlungsbehörden wertvolle Hinweise gebe, vielleicht selbst etwas großzügiger behandelt werden. Ein Staatsanwalt gab an, der Beschuldigte könne in weniger schwerwiegenden Strafsachen durch ein gezieltes Geständnis einen Einfluss ausüben, im vorliegenden Fall jedoch nicht.

III.1.2.4. Anforderungen an die Entscheidungsbegründung

Ebenso wie mit der Schwere der verfolgten Tat die Beweisanforderungen zunehmen, steigen die Anforderungen an die Entscheidungsbegründung.¹⁸¹ Dies wurde durch die Befragung klar bestätigt.

Auf die besonderen Auswirkungen eines *Geständnisses* angesprochen, differenzierten die meisten Interviewpartner jedoch. Während die Beweisführung bei schweren Straftaten auch durch ein Geständnis nicht gelockert werde, brauchten die Urteilsgründe, wenn das Geständnis durch Beweise gestützt sei, weniger ausführlich zu sein. In diesem Sinne äußerten sich drei Staatsanwälte, drei Richter und ein Verteidiger. Ein Strafrechtslehrer vertrat die Ansicht, die Entscheidungsgründe müssten unabhängig von einem Geständnis in einem Fall wie dem vorliegenden besonders sorgfältig die Subsumtionsfrage behandeln; ein Richter gab an, dass ein Geständnis bereits die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung vereinfachen würde, weil man auf Zeugenvernehmungen verzichten und sich auf das Obduktionsprotokoll stützen könne.

III.1.3. Einflüsse der Strafvollstreckung

III.1.3.1. Tatsächliche Haftdauer

III.1.3.1.1. Rechtliche Vorgaben

Eine lebenslange Freiheitsstrafe wird gewöhnlich nach Verbüßung von 15 bis 25 Jahren durch Begnadigung in eine zeitliche Strafe umgewandelt. Bei zeitlich bestimmter Gefängnisstrafe erfolgt in aller Regel eine bedingt vorzeitige Entlassung aus dem Anstaltsvollzug.¹⁸²

¹⁸¹ Siehe dazu oben II.1.2.3. und II.1.2.4.

¹⁸² Siehe dazu oben II.1.3.1.

Die bedingte Strafrestausssetzung ist in der schwedischen Kriminalpolitik jahrzehntelang als sanktionsrechtliche Schlüsselfrage angesehen und häufig geändert worden. Die Regelungen schwankten mehrmals zwischen obligatorischer Halbzeitentlassung und fakultativer Aussetzung nach Zweidrittelverbüßung. Zum Zeitpunkt der Projektumfrage galt eine differenzierte Regelung, der zufolge bei Gefängnisstrafen ab zwei Jahren eine Entlassung aus dem Anstaltsvollzug frühestens nach Verbüßung der halben Strafzeit möglich war, während bei Strafen unter einem Jahr sowie bei Verurteilungen wegen besonders schwerer Taten¹⁸³ und erheblichem Rückfallrisiko mindestens zwei Drittel der Strafzeit verbüßt werden mussten. Für Strafen zwischen einem und zwei Jahren war die Mindestverbüßung derart gestaffelt, dass der frühestmögliche Entlassungszeitpunkt mit zunehmender Strafhöhe kontinuierlich von zwei Dritteln auf die Hälfte der Strafzeit sank. Auf diese relativ komplizierte Rechtslage im Anschluss an häufig wechselnde Regelungen mag es zurückzuführen sein, dass unter den befragten Praktikern eine auffallende Unsicherheit in Bezug auf die zu erwartende Strafrestausssetzung bestand.

T kann, wenn sie zu mehr als zwei Jahren Gefängnis verurteilt wird, trotz der Schwere ihrer Straftat mit einer Halbzeitentlassung rechnen, da kein Rückfallrisiko anzunehmen ist.

III.1.3.1.2. Ergebnisse der Befragung

Die beiden Gesprächspartner, die eine Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe annahmen, hielten es für wahrscheinlich, dass die T nach etwa sechs bis sieben Jahren bzw. acht bis zehn Jahren ein Gnadengesuch stellen und damit die Umwandlung der Strafe in einen zeitlichen Freiheitsentzug erreichen würde. Ein Richter prognostizierte für diesen Fall ihre Entlassung nach 16 oder 17 Jahren.

Die übrigen Befragten gingen zwar übereinstimmend von einer zeitlich bestimmten Gefängnisstrafe aus, hatten jedoch unterschiedliche Vorstellungen vom Zeitpunkt einer vorzeitigen Entlassung. Zwei Staatsanwälte hielten eine bedingte Strafrestausssetzung nach Verbüßung von zwei Dritteln der Strafzeit für realistisch; ein Staatsanwalt, drei Richter und drei Verteidiger rechneten mit einer Halbzeitentlassung. Ein Staatsanwalt und ein Richter gaben keine Prognose ab, weil über die Strafrestausssetzung im Einzelfall entschieden werde und das Ergebnis vom Vollzugsverlauf abhängig sei.

Die Frage, ob die vorzeitige Entlassung bereits im Strafantrag bzw. bei der richterlichen Sanktionsverhängung Berücksichtigung finde, wurde von einem Staatsanwalt und zwei Richtern entschieden verneint („Nein, nein, das dürfen wir absolut nicht“). Strafrestausssetzung und Begnadigung seien politische Entscheidungen; für die Verurteilung würden nur die Tat und ihr Strafwert gelten. Demgegenüber hielt

¹⁸³ Hierzu wurden insbesondere Fälle vorsätzlicher Tötung gezählt.

es ein Strafrechtslehrer für sehr wahrscheinlich, dass die Richter bei der Strafzumessung die tatsächliche Vollzugsdauer bereits mit berücksichtigen würden. Ein Verteidiger vermutete, sie würden es vielleicht nicht tun, weil sie über den Vollzug zu wenig Bescheid wüssten. Ein Richter meinte, eine eventuelle Begnadigung dürfe durchaus vom Gericht mit ins Kalkül gezogen werden; ein anderer Richter räumte unumwunden ein, er beachte bei der Festsetzung des Strafmaßes tatsächlich eine vorzeitige Entlassung und spreche dies in der Beratung auch offen an, wodurch häufig eine Anhebung der Strafe bewirkt werde.

Frage: Mit welcher tatsächlichen Haftdauer hat T zu rechnen?

	Prognose der gerichtlichen Entscheidung	Prognose der tatsächlichen Haftdauer (Jahre, Monate)
Staatsanwalt (1)	6–10	4–6,8
Staatsanwalt (7)	6–10	3–5
Staatsanwalt (10)	10/lebenslang	–
Staatsanwalt (11)	8	5,4
Richter (2)	10/6	5/3
Richter (4)	10/6	5/3
Richter (6)	6–8	3–4
Richter (12)	8–9	–
Richter (13)	lebenslang	16–17
Strafverteidiger (3)	<10	<5
Strafverteidiger (9)	6	3
Strafverteidiger (14)	6–8	3–4
Strafrechtslehrer (5)	10	–
Strafrechtslehrer (8)	<6	–
Strafrechtslehrer (15)	6	–

Tabelle 1-5

Auffallend sind die großen Unterschiede in der Haftdauerprognose unter den Richtern, wo die Abweichung bis zu 13 Jahre beträgt. Die Mehrzahl der Befragten nahm an, dass die tatsächliche Verbüßungsdauer für T deutlich unter der Mindeststrafdrohung des Privilegierungstatbestands (sechs Jahre) liegen würde.

III.1.3.2. Vollzugslockerungen

Alle Befragten, die sich zum Vollzug äußerten (13), waren sicher, dass die T ihre Strafe zunächst in einer geschlossenen und später in einer offenen Vollzugsanstalt verbüßen würde.

III.2. Fallvariante 2

Die Ehe von O und T ist zerrüttet, seit der O arbeitslos geworden ist und jeden Tag große Mengen Alkohol trinkt. Es kommt zu ständigen Streitereien, bei denen der O die T immer wieder heftig schlägt.

T ist aufgrund der desolaten Situation völlig verzweifelt. Eines Abends wird sie beim Anblick des nach starkem Alkoholkonsum eingeschlafenen O plötzlich von ihren Gefühlen überwältigt, ergreift einen schweren Gegenstand und erschlägt ihn.

III.2.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.2.1.1. Tatbestandliche Einstufung

III.2.1.1.1. Rechtliche Vorgaben

Wiederum kommt für die Einstufung Mord oder Totschlag in Betracht. Im Gegensatz zur Fallvariante 1 handelt T hier jedoch nicht mit Vorbedacht, sondern aufgrund einer plötzlichen Gefühlsaufwallung.

Nach der Rechtslage vor 1965 wäre dies das entscheidende Merkmal für eine Verurteilung gemäß dem damaligen Grundtatbestand des Totschlags gewesen.¹⁸⁴ Das geltende Recht unterscheidet nicht mehr in erster Linie zwischen geplanter und affektbedingter Tatbegehung, sondern geht vom Mord als Grunddelikt aus und knüpft die Privilegierung (Totschlag) an eine Gesamtwürdigung der Tatumstände, wobei etwa eine schwere seelische Dauerbelastung des Täters oder die Provokation durch das Opfer eine wesentliche Rolle spielen.

Da die Belastung der T als Ausgangssituation die gleiche ist wie in der Fallvariante 1 und ebenso wie dort die Tat nicht durch eine unmittelbar vorausgehende Misshandlung provoziert worden ist, dürften sich eventuelle Abweichungen in der Subsumtion vornehmlich auf die unüberlegte Handlungsweise beziehen.

¹⁸⁴ Siehe hierzu oben II.1.1.2.1.

III.2.1.1.2. Ergebnisse der Befragung

Frage: Welchen Tatbestand würden Sie auf die Fallvariante 2 anwenden?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Daten	Summe
Mord BrB 3:1 (Ausgangstatbestand)	1	–	1	1	12	–	15
Totschlag BrB 3:2 (Privilegierung)	12	1	1	–	1	–	15

Tabelle 2-1

Die Übereinstimmungen waren hier deutlich größer als bei der Fallvariante 1. Lediglich ein Staatsanwalt sprach sich eindeutig für den Mordtatbestand aus, und ein anderer war unentschieden, weil es auf das Beweisergebnis ankomme. Ein Richter tendierte zur Privilegierung, und alle übrigen Befragten (zwölf) stufte die Tat eindeutig als Totschlag ein. Ein Strafrechtslehrer äußerte dabei Zweifel am Tötungsvorsatz.

Als wesentlichen Grund, der für eine Privilegierung spreche, nannten sämtliche Gesprächspartner neben dem *Misshandlungshintergrund* den Umstand, dass T in diesem Fall *nicht planmäßig*, sondern impulsiv gehandelt habe. Zwei Verteidiger und ein Strafrechtslehrer erklärten an dieser Stelle, im Grunde gelte noch immer die frühere Differenzierung zwischen geplanter Handlung (Mord) und unüberlegter Affekttat (Totschlag).

Einige der Befragten (neun) gingen auf die Frage der *Provokation* ein. Ein Staatsanwalt zwei Richter, ein Verteidiger und zwei Strafrechtslehrer betonten, dass es sich bei den vorausgegangenen Misshandlungen durch O zwar um ein *provozierendes grob kränkendes Verhalten* gemäß der Strafzumessungsregel Kap. 29 § 3 Abs. 1 Nr. 1 BrB gehandelt habe, nicht aber um eine Provokation im technischen Sinne. Dafür wäre ein enger zeitlicher Zusammenhang erforderlich. Ein Verteidiger sprach von Dauerprovokation, zwei Richter von Provokation in dem Sinne, dass das Fass der verletzten Gefühle nach jahrelangem Anstauen plötzlich zum Überlaufen gebracht wurde. Ein zeitlicher Zusammenhang sei umso leichter herzustellen, je länger das provozierende Verhalten angedauert habe.

Die *Ausnutzung der Wehrlosigkeit* des schlafenden O wurde von mehreren Interviewpartnern (fünf) als ein taterschwerender Umstand in Betracht gezogen, in der Gesamtwürdigung aber nicht für ausschlaggebend gehalten.

Die beiden Staatsanwälte, die sicher bzw. eventuell wegen Mordes anklagen wollten, beriefen sich darauf, dass dies der Ausgangstatbestand sei und es gewichtiger Anhaltspunkte bedürfe, um zu einer privilegierenden Einstufung zu gelangen. Für sie würde es bei dem vorliegenden Sachverhalt entscheidend darauf ankommen, ob der schwere Gegenstand, mit dem T den O tötete, in Griffnähe lag oder ob sie ihn erst umständlich von weither holen musste.

III.2.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen

III.2.1.2.1. Rechtliche Vorgaben

Hier ist noch einmal besonders hervorzuheben, dass die Zurechnungsunfähigkeit als Entschuldigungsgrund in Schweden 1965 mit Inkrafttreten des Kriminalgesetzbuchs abgeschafft worden ist. Nach geltendem Recht kann auch ein Geistesgestörter wegen einer begangenen Straftat verurteilt werden. Krankhafte Geisteszustände, die in den meisten Rechtsordnungen die Strafbarkeit des Täters wegen Schuldunfähigkeit ausschließen, werden nach schwedischem Recht im Rahmen der Sanktionswahl und der Strafbemessung berücksichtigt. Umstände, die in anderen Rechtsordnungen eine verminderte Schuldfähigkeit begründen, bilden einen Strafmilderungsgrund.¹⁸⁵

III.2.1.2.2. Ergebnisse der Befragung

Ein Strafausschließungsgrund wurde lediglich von einem Verteidiger gesehen. Er wollte, wie bereits bei der Fallvariante 1, *Notstand* geltend machen, hatte jedoch erhebliche Zweifel, ob das Gericht dem folgen würde. Im Übrigen wurde Notstand nur von einem Richter angesprochen und ohne Zögern abgelehnt.

Ein Staatsanwalt, vier Richter und ein Strafrechtslehrer schlossen *Notwehr* ausdrücklich aus.

Für zwölf von 15 Befragten war hier eine *Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit* der T eindeutig naheliegend. Allen war dabei klar, dass es sich nicht um einen Straffreistellungs-, sondern um einen Strafmilderungsgrund handelt.

Frage: Welche Bedeutung hat eine mögliche Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der T?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Daten	Summe
Ist naheliegend	12	1	1	1	–	–	15
Führt zu Strafmilderung	12	1	1	1	–	–	15
Führt zu Straffreiheit	–	–	–	–	–	15	15

Tabelle 2-2

¹⁸⁵ Siehe ausführlich oben II.1.1.3.4.

III.2.1.3. Strafrahmenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.2.1.3.1. Rechtliche Vorgaben

Im Vergleich zur Fallvariante 1 kommt hier dem Strafwertminderungsgrund des *durch Gemütsbewegung stark herabgesetzten Kontrollvermögens* gemäß Kap. 29 § 3 Abs. 1 Nr. 2 BrB eine größere Bedeutung zu. Zusätzlich könnte man erwägen, ob es sich bei dem gewalttätigen Gefühlsausbruch der T um eine „psychoartige Krisenreaktion auf extreme psychosoziale Belastung“ handelt, also nicht nur um eine vorübergehende Sinnesverwirrung, sondern um eine *schwere psychische Störung*, die eine Gefängnisstrafe ausschließen und stattdessen andere Sanktionsformen wie etwa die Überweisung in psychiatrische Behandlung nahelegen würde.¹⁸⁶ Für eine solche Annahme enthält die Fallbeschreibung jedoch nicht genügend Anhaltspunkte.

Die Tat kann *durch grob kränkendes Verhalten provoziert* und deshalb nach Kap. 29 § 3 Abs. 1 Nr. 1 BrB in ihrem Strafwert gemindert sein. Hierfür verlangt ein Teil der schwedischen Lehre einen gewissen zeitlichen Zusammenhang, für andere genügt es, dass sich eine durch frühere Provokationen lang angestaute Verzweiflung in einem spontanen Ausbruch entlädt.

III.2.1.3.2. Ergebnisse der Befragung

Frage: Welche konkrete Sanktion hat T zu erwarten?

	Ansicht des Gesprächspartners		Prognose der gerichtlichen Entscheidung	
	Tatbestand	Sanktion (Gefängnis)	Tatbestand	Sanktion (Gefängnis)
Staatsanwalt (1)	Totschlag	>6 Jahre	Totschlag	<6 Jahre*
Staatsanwalt (7)	Totschlag	<6 Jahre*	Totschlag	1–3 Jahre*
Staatsanwalt (10)	Totschlag/Mord	–	Totschlag	8 Jahre
Staatsanwalt (11)	Mord	<10 Jahre*	Totschlag	6 Jahre
Richter (2)	Totschlag	8 Jahre	Totschlag	8 Jahre
Richter (4)	Totschlag	4–6 Jahre*	Totschlag	4–6 Jahre*
Richter (6)	Totschlag	4–5 Jahre*	Totschlag	4–5 Jahre*

¹⁸⁶ Siehe näher dazu oben II.1.1.3.4. und II.1.1.4.3.

Richter (12)	Totschlag	6 Jahre	Totschlag	6 Jahre
Richter (13)	Totschlag	8 Jahre	Totschlag	8 Jahre
Verteidiger (3)	Totschlag	<6 Jahre/ alternative Sanktion*	Totschlag	<6 Jahre*
Verteidiger (9)	Totschlag	<6 Jahre/ alternative Sanktion*	Totschlag	3–4 Jahre*
Verteidiger (14)	Totschlag	Freispruch/<6 Jahre*	Totschlag	6 Jahre
Strafrechtslehrer (5)	Totschlag	6–7 Jahre	Totschlag	6–7 Jahre
Strafrechtslehrer (8)	Totschlag	3–4 Jahre*	Totschlag	6–7 Jahre
Strafrechtslehrer (15)	Totschlag	4 Jahre*	Totschlag	4 Jahre*

Tabelle 2-3; *Unterschreitung des gesetzlichen Strafrahmens

Im Vergleich mit der Sanktionsprognose zur Fallvariante 1 lag hier das Strafniveau durchweg niedriger. Die Staatsanwälte blieben mit ihren eigenen Vorstellungen zur Strafhöhe deutlich hinter denen im ersten Fall zurück und gingen davon aus, dass die Gerichtsentscheidung noch einmal milder ausfallen würde. Selbst derjenige Staatsanwalt, der keine Alternative zu einer Mordanklage sah, würde in seinem Strafantrag ausdrücklich die Möglichkeit einer Unterschreitung der gesetzlichen Mindeststrafe von zehn Jahren Gefängnis einräumen. Zwei der Verteidiger wollten sogar versuchen, auf eine andere Sanktion als Gefängnis hinzuwirken, und erwarteten ein Urteil, das zwar über ihrem Antrag, aber unter der gesetzlichen Mindeststrafe für Totschlag (sechs Jahre Gefängnis) liegt. Die Prognose der Richter bewegte sich zwischen vier und acht Jahren Gefängnis.

Zwei Staatsanwälte, alle drei Verteidiger und ein Strafrechtslehrer rechneten klar mit einer *Unterschreitung des gesetzlichen Strafrahmens* durch das Gericht, ein Strafrechtslehrer hielt dies für „nicht undenkbar“, ein anderer für „sehr zweifelhaft“. Ein Staatsanwalt wollte selbst ausdrücklich darauf plädieren. Die Richter zeigten sich in diesem Punkt wesentlich zurückhaltender. Zwei von ihnen sahen eine Unterschreitung des Strafrahmens als „nicht ausgeschlossen, wenn auch unwahrscheinlich“ an, die drei übrigen lehnten sie ab, zum Teil entschieden („An den Strafrahmen sind wir steinhart gebunden“).

III.2.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte

III.2.1.4.1. Gesichtspunkte zulasten der T

Gegen die Einstufung nach dem Privilegierungstatbestand könnte nach Ansicht eines Staatsanwalts, dreier Richter und eines Strafrechtslehrers die *Ausnutzung der Wehrlosigkeit* des O sprechen. Ein Staatsanwalt nannte daneben das *enge Familienverhältnis*, dem er allerdings weniger Gewicht beimaß. Für einen Richter spielte die *Tötungswaffe* eine taterschwerende Rolle.

Die *Ausnutzung der Wehrlosigkeit* wurde von sämtlichen fünf Richtern, einem Staatsanwalt und zwei Strafrechtslehrern als Strafschärfungsgrund angeführt. Dabei hatten die meisten dieser Interviewpartner (fünf von acht) denselben Aspekt bereits im Zusammenhang mit der Subsumtionsfrage erwogen, dort allerdings nicht für ausschlaggebend gehalten. Ein Staatsanwalt erkannte hier, dass die Tötung eines Schlafenden kein strafwerterhöhender Umstand im Sinne von Kap. 29 § 2 Nr. 3 BrB ist.

III.2.1.4.2. Gesichtspunkte zugunsten der T

Neben der *unüberlegten Affekthandlung* der T, die sämtliche Gesprächspartner als Privilegierungsgrund angaben (siehe dazu oben III.2.1.1.), wurden von einem Staatsanwalt, vier Richtern, einem Verteidiger und einem Strafrechtslehrer die vorausgegangenen *Misshandlungen* erwähnt. Die *psychische Belastung* der T führten in diesem Zusammenhang ein Staatsanwalt, drei Richter, ein Verteidiger und ein Strafrechtslehrer ausdrücklich an. Zur Frage der *Provokation* siehe oben III.2.1.1.2.

Innerhalb des milderen Strafrahmens wurden die Misshandlungen als *provozierendes Verhalten* im Sinne von Kap. 29 § 3 Abs. 1 Nr. 1 BrB und das *stark herabgesetzte Kontrollvermögen* im Sinne von Kap. 29 § 3 Abs. 1 Nr. 2 BrB erneut als strafwertsenkend berücksichtigt, und zwar von einem Staatsanwalt, vier Richtern, zwei Verteidigern und zwei Professoren. Ein Strafrechtslehrer hielt nur in Bezug auf das verminderte Kontrollvermögen die doppelte Berücksichtigung für gerechtfertigt. Dagegen würden ein Staatsanwalt und ein Richter die Strafwertminderung nach Kap. 29 § 3 Abs. 1 Nr. 2 BrB überhaupt nur aufgrund eines ärztlichen Gutachtens anerkennen. Als zusätzlichen Strafmilderungsgrund gemäß Kap. 29 § 3 Abs. 1 Nr. 8 BrB wollte ein Verteidiger geltend machen, dass sich die seelische Verfassung der T hier bereits einer psychischen Störung nähere.

III.2.2. Einflüsse des Strafverfahrens

Vonseiten der Richter wurde damit gerechnet, dass in diesem Fall die Anklagebehörde besonders streng prüfen würde, ob T nicht doch geplant gehandelt habe.

Tatsächlich erklärte ein Staatsanwalt, dass hier eventuell eine *Rekonstruktion* der letzten Viertelstunde vor der Tat *mit Videoaufnahme* angebracht wäre, um herauszufinden, wie plötzlich der Tatentschluss gefasst worden sei.

Ein Richter vermutete, dass T während der Ermittlungen in einer geschlossenen psychiatrischen Klinik untergebracht würde.

Als *Verteidigungsstrategie* wurde übereinstimmend erwartet, dass die lange seelische Belastung der T und ihre Verzweiflung in den Vordergrund gestellt und eine weite Unterschreitung der im Gesetz angedrohten Mindeststrafe für Totschlag angestrebt würde. Ein Strafrechtslehrer konnte sich vorstellen, dass die Verteidigung über die Strafraumenunterschreitung hinaus eine zusätzliche Strafmilderung aus Billigkeitsgründen gemäß Kap. 29 § 3 Abs. 1 Nr. 8 BrB beantragen würde. Zwei der Verteidiger bestätigten dies und gaben an, dass ihr Ziel eine mildere Strafe als Gefängnis wäre.

Frage: Welche Bedeutung hat die Verteidigungseinrede der Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Daten	Summe
Geltendmachung erwartbar	12	–	–	–	–	3	15
Beweisaufwand erwartbar	5	–	–	–	–	10	15
Beziehung eines Sachverständigen erwartbar	6	–	–	–	–	9	15

Tabelle 2-4

Soweit die Gesprächspartner sich zu dieser Frage äußerten, war ihre Antwort eindeutig bejahend. Für die Übrigen war das Ergebnis so selbstverständlich, dass sie es nicht bei jeder Fallvariante wiederholten.

III.2.3. Einflüsse der Strafvollstreckung

Ähnliches gilt für die *tatsächliche Haftdauer*. Die Prognose, die die Befragten im Rahmen der Fallvariante 1 zur vorzeitigen Entlassung abgaben, kann hierher übertragen und mit der Urteilsprognose im vorliegenden Fall kombiniert werden.

Frage: Mit welcher tatsächlichen Haftdauer hat T zu rechnen?

Gesprächspartner	Prognose der gerichtlichen Entscheidung	Prognose der tatsächlichen Haftdauer (Jahre, Monate)
Staatsanwalt (1)	<6	<4
Staatsanwalt (7)	1–3	0,6–1,6
Staatsanwalt (10)	8	–
Staatsanwalt (11)	6	4
Richter (2)	8	4
Richter (4)	4–6	2–3
Richter (6)	4–5	2–2,6
Richter (12)	6	–
Richter (13)	8	–
Verteidiger (3)	<6	<3
Verteidiger (9)	3–4	1,6–2
Verteidiger (14)	6	3
Strafrechtslehrer (5)	6–7	–
Strafrechtslehrer (8)	6–7	–
Strafrechtslehrer (15)	4	–

Tabelle 2-5

III.3. Fallvariante 3

Die Ehe von O und T ist zerrüttet, seit der O arbeitslos geworden ist und jeden Tag große Mengen Alkohol trinkt. Es kommt zu ständigen Streitereien, bei denen der O die T immer wieder heftig schlägt.

Eines Abends ist T von O wieder schwer misshandelt worden. Als sie ihn etwa dreißig Minuten später schlafend vor sich sieht, ersticht sie ihn mit einem Messer.

III.3.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.3.1.1. Tatbestandliche Einstufung

III.3.1.1.1. Rechtliche Vorgaben

Für die Subsumtion des Sachverhalts unter den privilegierenden Tatbestand des Totschlags spricht hier neben der *Dauerbelastung* der T als mildernder Umstand zusätzlich die unmittelbar vorausgegangene *Provokation* durch O, der sie erneut schwer misshandelt hat.

III.3.1.1.2. Ergebnisse der Befragung

Frage: Welchen Tatbestand würden Sie auf die Fallvariante 3 anwenden?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unent- schieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Daten	Summe
Mord BrB 3:1 (Ausgangstatbestand)	2	–	–	–	13	–	15
Totschlag BrB 3:2 (Privilegierung)	13	–	–	–	2	–	15

Tabelle 3-1

Sämtliche Antworten fielen hier eindeutig aus. Ein Staatsanwalt und ein Richter entschieden sich ohne Zweifel für den Mordtatbestand. Für sie wog die Tat bei dieser Fallvariante schwerer als im Fall 2, weil T *überlegt* und nicht in unbeherrschter Aufwallung gehandelt hat. Nach Ansicht des Staatsanwalts hätte die Provokation „zur besinnungslosen Raserei führen“ müssen, um die Tat vom Mord abzugrenzen. Stattdessen sei hier „so etwas wie Hass oder Rache zu spüren“. Für den Richter war der *Zeitablauf* von etwa einer halben Stunde seit der Misshandlung entscheidend. Nachdem O eingeschlafen war, hätte T sich beruhigen, weggehen oder Hilfe herbeirufen können.

Diese Überlegung stellten auch andere Befragte (ein Richter und ein Verteidiger) an, sahen jedoch zugleich in der Handlungsweise der T eine *Affekentladung*, die für sie den Ausschlag zugunsten des Privilegierungstatbestands gab. Gerade die zeitliche Nähe zu der letzten – schweren – Misshandlung sprach nach Meinung von neun Gesprächspartnern (zwei Staatsanwälten, drei Richtern, einem Verteidiger und drei Strafrechtslehrern) unter dem Gesichtspunkt der *Provokation* für eine Privilegierung; ein Richter gab an, dass der hierfür erforderliche Zusammenhang „wohl gesprengt wäre, wenn eine Nacht dazwischen gelegen hätte“.

Über die Gefühlslage der T gingen die Vorstellungen weit auseinander. Diejenigen, die Mord annahmen, sowie ein Strafrechtslehrer fanden, auf eine *starke Gemütsbewegung* könne nicht sicher geschlossen werden („Die Misshandlungen war

sie ja schon gewohnt“); andere (zwei Richter und ein Strafverteidiger) folgerten aus der vorausgegangenen Misshandlung mit Sicherheit, dass die seelische Verfassung der T eine große Rolle gespielt habe, dass sie „vielleicht gar nicht wusste, was sie tat,“ oder dass sie „wie im Traum“ gehandelt haben könne.

Besonderes Interesse fand das *Messer*. Wenn T es eigens zu diesem Zweck gekauft hätte, würde dies nach Ansicht eines Staatsanwalts für ein geplantes Vorgehen und gegen die Privilegierung sprechen. Zwei Richter stellten diese Erwägung an für den Fall, dass T das Messer erst umständlich aus der Küche holen musste. Während für einen dritten Richter „das Messer hier nicht so sehr ins Gewicht“ fiel, meinte ein Strafverteidiger, es sei ein besonders ernst zu nehmendes Merkmal, weil bei Tötung mit einer Waffe stets die Einstufung als Mord naheliege.

Die Gesamtwürdigung führte jedenfalls 13 von 15 Befragten zur Annahme des Privilegierungstatbestands. Ein Richter und ein Strafverteidiger rechneten mit einer Anklage wegen Mordes.

III.3.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen

III.3.1.2.1. Rechtliche Vorgaben

Der objektive Strafausschlussgrund der *Notwehr* kann auch hier nicht angenommen werden, weil der Angriff durch O beendet ist und solange O schläft ein neuer Angriff nicht unmittelbar droht.

III.3.1.2.2. Ergebnisse der Befragung

Entsprechend schlossen zehn der 15 Gesprächspartner *Notwehr* ausdrücklich aus, zum Teil sehr entschieden („Absolut nicht, nicht einmal annäherungsweise“). Angesichts der lang andauernden Gesamtsituation mit immer wiederkehrenden Misshandlungen fand ein Richter, die Frage, ob eine Notwehrlage bestanden habe, sei zumindest diskussionswürdig, wenn auch nicht zu bejahen. Eine „große Nähe zur Notwehr“ sah ein Strafrechtslehrer. Zwei Verteidiger wollten auf Notwehr – hilfsweise Putativnotwehr – plädieren, wenn nur eine halbe Stunde und nicht etwa ein ganzer Tag seit dem letzten Übergriff des O vergangen wäre und die T ausgesagt hätte, dass sie befürchtet habe, O würde aufwachen und sie wieder schwer misshandeln.

Eine mögliche *Störung der Steuerungsfähigkeit* – die sich jedoch allenfalls strafmildernd auswirken könnte – erschien vier Richtern, einem Staatsanwalt, einem Verteidiger und einem Strafrechtslehrer naheliegend. Für die übrigen Befragten war die Sachlage in diesem Punkt weniger eindeutig bzw. sie äußerten sich nicht dazu.

Frage: Welche Bedeutung hat eine mögliche Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der T?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Daten	Summe
Ist naheliegend	7	1	2	2	–	3	15
Führt zu Strafmilderung	7	1	2	2	–	3	15
Führt zu Straffreiheit	–	–	–	–	–	15	15

Tabelle 3-2

III.3.1.3. Strafraumenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.3.1.3.1. Rechtliche Vorgaben

Anders als bei der Fallvariante 2 dürfte hier kein Zweifel bestehen, dass die Voraussetzungen für eine Strafwertminderung gemäß Kap. 29 § 3 Abs. 1 Nr. 1 BrB wegen *Provokation durch grob kränkendes Verhalten* erfüllt sind.

Ob sich T wie im vorausgehenden Fall in einem Zustand heftiger *Gemütsbewegung* befindet und dadurch ihre *Fähigkeit zur Selbstkontrolle stark herabgesetzt* ist, lässt die Sachverhaltsbeschreibung offen. Sofern man dies annimmt, liegt ein Umstand vor, der gemäß Kap. 29 § 3 Abs. 1 Nr. 2 BrB bei der Festsetzung des Straferts ebenfalls als mildernd zu berücksichtigen ist.

III.3.1.3.2. Ergebnisse der Befragung

Frage: Welche konkrete Sanktion hat T zu erwarten?

	Ansicht des Gesprächspartners		Prognose der gerichtlichen Entscheidung	
	Tatbestand	Sanktion (Gefängnis)	Tatbestand	Sanktion (Gefängnis)
Staatsanwalt(1)	Totschlag	<6 Jahre*	Totschlag	<6 Jahre/ alternative Sanktion*
Staatsanwalt (7)	Totschlag	<6 Jahre *	Totschlag	<6 Jahre/ alternative Sanktion*
Staatsanwalt (10)	Totschlag	6 Jahre	Totschlag	6 Jahre
Staatsanwalt (11)	Mord	10 Jahre	Totschlag	6 Jahre

Richter (2)	Totschlag	<6 Jahre*	Totschlag	<6 Jahre*
Richter (4)	Totschlag	4 Jahre*	Totschlag	4 Jahre*
Richter (6)	Totschlag	3 Jahre*	Totschlag	3 Jahre*
Richter (12)	Totschlag	3 Jahre*	Totschlag	3 Jahre*
Richter (13)	Mord	10 Jahre	Totschlag	10 Jahre
Verteidiger (3)	Totschlag	–	Totschlag	<6 Jahre*
Verteidiger (9)	Totschlag	Freispruch/ alternative Sanktion*	Totschlag	2 Jahre*
Verteidiger (14)	Totschlag	Freispruch/ <6 Jahre*	Totschlag	4 Jahre*
Strafrechtslehrer (5)	Totschlag	3–4 Jahre*	Totschlag	3–4 Jahre*
Strafrechtslehrer (8)	Totschlag	4–5 Jahre*	Totschlag	4–5 Jahre*
Strafrechtslehrer (15)	Totschlag	2–4 Jahre*	Totschlag	2–4 Jahre*

Tabelle 3-3; *Unterschreitung des gesetzlichen Strafrahmens

Nahezu sämtliche Interviewpartner erwarteten bei dieser Fallvariante eine mildere Sanktionierung als im vorausgehenden Fall 2. Nur der Richter, der Mord annahm, prognostizierte eine Verurteilung zu zehn Jahren Gefängnis (im Vergleich zu acht Jahren Gefängnis wegen Totschlags unter den Voraussetzungen der Fallvariante 2). Auch der Staatsanwalt, der diesen Fall schwerer einstufte als den zweiten, wollte hier in seinem Strafantrag keine Unterschreitung der Mindeststrafdrohung für Mord (zehn Jahre Gefängnis) einräumen. Er rechnete jedoch mit einer milderer Entscheidung des Gerichts und sagte ebenso wie ein anderer Staatsanwalt sechs Jahre Gefängnis voraus.

Alle übrigen Befragten (zwölf) blieben mit ihrer Prognose unterhalb des gesetzlichen Strafrahmens für Totschlag. Zwei Staatsanwälte gaben an, dass sie in ihrem Plädoyer die Möglichkeit einer *Unterschreitung der Mindeststrafe* von sechs Jahren Gefängnis ausdrücklich offenhalten würden, und beide konnten sich die Verhängung von *Schutzaufsicht* anstatt einer Gefängnisstrafe durch das Gericht vorstellen. Eine solche Erwartung hielten zwei Strafrechtslehrer für nicht realistisch. Ebenso gingen zwei Verteidiger, die hilfsweise auf eine alternative Sanktion ohne Freiheitsentzug plädieren, in erster Linie jedoch Freispruch beantragen wollten, davon aus, dass die T tatsächlich zu Gefängnis verurteilt würde.

III.3.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte

III.3.1.4.1. Gesichtspunkte zulasten der T

Im Rahmen der Subsumtion wurde als taterschwerender Umstand vor allem die *überlegt wirkende Handlungsweise* der T genannt (von drei Staatsanwälten, einem Richter und einem Strafrechtslehrer). Nach Ansicht eines Staatsanwalts und eines Strafrechtslehrers fiel die *Ausnutzung der Wehrlosigkeit* des O hier wiederum ins Gewicht. Der Eindruck eines geplanten Vorgehens wurde für zwei Richter und einen Strafrechtslehrer durch das *Herbeiholen des Messers* erweckt; für einen Staatsanwalt hätte sich dieser Eindruck ergeben, wenn T das Messer eigens zu diesem Zweck angeschafft hätte.

Der Strafrechtslehrer und der Staatsanwalt sahen im Zusammenhang mit dem *Messer* außerdem einen Grund zur Strafschärfung – im Gegensatz zu zwei Richtern, die die Bedeutung der *Tatwaffe* hier ausdrücklich als gering bezeichneten.

III.3.1.4.2. Gesichtspunkte zugunsten der T

Das entscheidende Merkmal für eine Privilegierung war bei dieser Fallvariante die *Provokation*. Sie wurde von der Mehrzahl der Interviewpartner (neun von 15) als tatmildernd berücksichtigt und nur von zwei Richtern und einem Verteidiger wegen mangelnder zeitlicher Nähe der Tat zu der vorausgegangenen schweren Misshandlung abgelehnt bzw. infrage gestellt. Ein Staatsanwalt, drei Richter, ein Verteidiger und ein Strafrechtslehrer führten darüber hinaus die *impulsive, unüberlegte Handlungsweise* der T an. Ihre *ständige Bedrohung* durch O und die Furcht, er würde sie beim Erwachen erneut misshandeln, sprachen aus der Sicht eines Richters für die Anwendung des milderen Tatbestands.

Fast alle Befragten (zwölf von 15) erkannten in der letzten Misshandlung ein *grob kränkendes Verhalten* gegenüber der T, durch welches der Strafwert ihrer Tat gemäß Kap. 29 § 3 Abs. 1 Nr. 1 BrB gemindert ist. Für die meisten war damit der Gesichtspunkt der Provokation hier so schwerwiegend, dass er sowohl bei der tatbestandlichen Einstufung als auch bei der Strafzumessung gewertet wurde. Demgegenüber trat in dieser Fallvariante der strafwertmindernde Aspekt der *stark herabgesetzten Selbstkontrolle* im Sinne von Kap. 29 § 3 Abs. 1 Nr. 2 BrB deutlich zurück. Er wurde von fünf Interviewpartnern (zwei Richtern, zwei Verteidigern und einem Strafrechtslehrer) angenommen und von zwei anderen (einem Richter und einem Professor) wegen fehlender Anhaltspunkte abgelehnt. Für einen Strafrechtslehrer stellte die *Nähe zur Notwehr* einen Grund dafür dar, den Strafrahmen des Privilegierungstatbestands zu unterschreiten.

III.3.2. Einflüsse des Strafverfahrens

Ein Staatsanwalt hielt auch hier eine Rekonstruktion des Tathergangs mit Videoaufzeichnung im Ermittlungsverfahren für sinnvoll. Im Übrigen nahmen die Gesprächspartner zu prozessualen Fragen nicht erneut Stellung, weil sie keine Abweichungen gegenüber der Fallvariante 2 sahen.

Frage: Welche Bedeutung hat die Verteidigungseinrede der Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Daten	Summe
Geltendmachung erwartbar	-	-	-	-	-	15	15
Beweisumfang erwartbar	1	-	-	-	-	14	15
Beiziehung eines Sachverständigen erwartbar	-	-	-	-	-	15	15

Tabelle 3-4

Trotz der fehlenden Daten kann davon ausgegangen werden, dass die Mehrzahl der Interviewpartner als selbstverständlich annahm, die Verteidigung würde zugunsten der T eine Störung ihrer Steuerungsfähigkeit geltend machen. Die Erwartung einer entsprechenden Beweisaufnahme und der Beiziehung eines Sachverständigen für die ärztliche Begutachtung gemäß § 7 des Gesetzes über die besondere Personenuntersuchung sind als ebenso selbstverständlich zu unterstellen.

III.3.3. Einflüsse der Strafvollstreckung

Wendet man die bei der Fallvariante 1 abgegebene Prognose der Befragten zur vorzeitigen Entlassung entsprechend auf die Urteilsprognose im vorliegenden Fall an, so ergibt sich folgendes Bild:

Frage: Mit welcher tatsächlichen Haftdauer hat T zu rechnen?

	Prognose der gerichtlichen Entscheidung	Prognose der tatsächlichen Haftdauer (Jahre, Monate)
Staatsanwalt (1)	<6/alternative Sanktion	<4/-
Staatsanwalt (7)	<6/alternative Sanktion	<3/-
Staatsanwalt (10)	6	-

Staatsanwalt (11)	6	4
Richter (2)	<6	<3
Richter (4)	4	2
Richter (6)	3	1,6
Richter (12)	3	-
Richter (13)	10	-
Verteidiger (3)	<6	<3
Verteidiger (9)	2	1
Verteidiger (14)	4	2
Strafrechtslehrer (5)	3-4	-
Strafrechtslehrer (8)	4-5	-
Strafrechtslehrer (15)	2-4	-

Tabelle 3-5

III.4. Fallvariante 4

Die Ehe von O und T ist zerrüttet, seit der O arbeitslos geworden ist und jeden Tag große Mengen Alkohol trinkt. Es kommt zu ständigen Streitereien, bei denen der O die T immer wieder heftig schlägt.

Als O bei einer erneuten schweren Auseinandersetzung auf T zugeht und ihr Schläge androht, flieht sie in die Küche, ergreift ein Messer und ersticht den ihr nacheilenden O.

III.4.1. Materielle rechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.4.1.1. Tatbestandliche Einstufung

III.4.1.1.1. Rechtliche Vorgaben

Mildernde Gründe für die Subsumtion als Totschlag sind in diesem Fall insbesondere der vorausgehende Streit und die Provokation seitens des O, der der T Schläge angedroht hat.

III.4.1.1.2. Ergebnisse der Befragung

Frage: Welchen Tatbestand würden Sie auf die Fallvariante 4 anwenden?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Daten	Summe
Mord BrB 3:1 (Ausgangstatbestand)	-	-	-	-	7	8	15
Totschlag BrB 3:2 (Privilegierung)	7	-	-	-	-	8	15

Tabelle 4-1

Nicht alle Interviewpartner haben diese Frage ausdrücklich beantwortet. Dennoch ist als sicher anzunehmen, dass niemand hier eine Einstufung als Mord in Betracht zog. Die Mehrzahl der Staatsanwälte (drei) und Richter (drei) sowie je ein Verteidiger und Strafrechtslehrer sprachen die Möglichkeit eines fehlenden Tötungsvorsatzes und damit einer Subsumtion des Sachverhalts als schwere Körperverletzung in Tateinheit mit fahrlässiger Tötung an. Bei unterstelltem Vorsatz hätte jeder der Befragten den Totschlagstatbestand angewandt.

III.4.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen

III.4.1.2.1. Rechtliche Vorgaben

Die Strafbarkeit der T kann durch *Notwehr* ausgeschlossen sein,¹⁸⁷ wenn sie die Tat beging, um einen Angriff gegen sich abzuwehren.

Ob O seine Frau tatsächlich angreifen wollte, als er ihr in die Küche nacheilte, steht nicht fest. Im Ergebnis kann diese Frage dahingestellt bleiben, denn zumindest durfte T aufgrund ihrer Erfahrungen mit der Gewalttätigkeit ihres Mannes von einem unmittelbar drohenden Angriff ausgehen und hat somit entweder in Notwehr oder in Putativnotwehr gehandelt. Aufgrund der Androhung durch O und aufgrund ihrer Erfahrungen konnte T die üblichen heftigen Schläge erwarten. Hiergegen durfte sie (die dem O offenbar körperlich unterlegen war) sich auch mittels einer Waffe verteidigen. Den O absichtlich zu erstechen, muss allerdings in dieser Situation und vor dem Hintergrund der vorausgegangenen Erlebnisse (die für T offenbar nicht lebensbedrohlich waren) als Exzess angesehen werden.

Obwohl sie das zulässige Maß einer vertretbaren (Putativ-)Notwehrhandlung überschritten hat, kann T dennoch straffrei bleiben, wenn die Umstände in der Tat-situation es nur schwerlich zuließen, dass sie besonnen reagierte. Falls das Gericht hier zu dieser Überzeugung gelangt, wird T freigesprochen, andernfalls ist sie strafbar wegen Totschlags.

¹⁸⁷ Siehe ausführlich dazu oben II.1.1.3.2.

III.4.1.2.2. Ergebnisse der Befragung

Sämtliche Gesprächspartner nahmen eine *objektive Notwehrsituation* an. Zwei Staatsanwälte und ein Richter stellten diese Annahme ausdrücklich unter den Vorbehalt, dass T keine Fluchtmöglichkeit hatte. Ein Richter, ein Verteidiger und ein Strafrechtslehrer erklärten, es mache im Ergebnis keinen Unterschied, ob die Notwehrlage objektiv gegeben gewesen sei oder T in *Putativnotwehr* gehandelt habe.

Abweichende Ansichten bestanden in Bezug auf die Vertretbarkeit der Verteidigungshandlung. Zwei Staatsanwälte, ein Richter und ein Verteidiger hielten die Handlungsweise der T für *vertretbar* bzw. *nicht offensichtlich unvertretbar*, wobei sie ausdrücklich unterstellten, dass T körperlich dem O unterlegen war und keine andere Möglichkeit hatte, sich wirksam zu wehren.

Für alle übrigen Befragten (elf) stellte sich die Tat als (eindeutig, offensichtlich oder zumindest tendenziell) unvertretbar, also als *Notwehrexzess* dar. Dies wurde überwiegend damit begründet, dass T bei unterstellter körperlicher Unterlegenheit wohl berechtigt gewesen sei, sich mithilfe eines Messers zu verteidigen, nicht aber den O vorsätzlich töten durfte.

Diejenigen, die Notwehrexzess annahmen, waren allerdings geteilter Auffassung über eine eventuelle *Straffreiheit* der T gemäß Kap. 24 § 6 BrB. Ein Staatsanwalt blieb unentschieden, ein anderer betonte, dass diese Bestimmung restriktiv ausgelegt werde und die strengen Voraussetzungen für ihre Anwendung hier nicht erfüllt seien. Ein Richter wandte ein, es falle ihm schwer, einerseits von vorsätzlicher Handlung auszugehen und andererseits anzunehmen, dass T sich nur schwerlich besinnen konnte. Ein anderer Richter argumentierte ebenso wie ein Strafrechtslehrer, dass T sich hätte besinnen können, weil sie die Situation bereits hinreichend gewohnt war. Die Mehrheit war jedoch der Ansicht, dass T straffrei bleiben würde.

Frage: Welche Bedeutung hat eine mögliche Notwehr der T?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Daten	Summe
Notwehr kommt in Betracht	15	–	–	–	–	–	15
Objektive Notwehrlage gegeben	13	2	–	–	–	–	15
Verteidigungshandlung vertretbar	4	–	–	4	7	–	15
Straffreier Notwehrexzess	2	2	3	2	2	4	15
Straffreiheit insgesamt	6	2	3	2	2	–	15

Tabelle 4-2

III.4.1.3. Strafrahmenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.4.1.3.1. Rechtliche Vorgaben

Für den Fall, dass T nicht wegen Notwehr freigesprochen wird, ist der Strafwert ihrer Tat aufgrund der *Provokation* durch O gemindert (Kap. 29 § 3 Abs. 1 Nr. 1 BrB). Inwieweit sie sich in einer *Gemütsbewegung* befand, die ihr Kontrollvermögen stark herabsetzte und deshalb ebenfalls mildernd zu berücksichtigen wäre (Kap. 29 § 3 Abs. 1 Nr. 2 BrB), lässt die Sachverhaltsbeschreibung offen.

Der Umstand, dass die Voraussetzungen für eine objektive oder putative Notwehrlage erfüllt waren, stellt einen selbstständigen Strafmilderungsgrund dar (Kap. 29 § 3 Abs. 1 Nr. 5 BrB). Angesichts des auf diese Weise mehrfach geminderten Straferts der Tat kann die Strafe gemäß Kap. 29 § 3 Abs. 2 BrB unter dem gesetzlichen Mindestmaß und ausnahmsweise auch in einer milderer als der für das Delikt vorgesehenen Sanktionsart festgesetzt werden.

Als Alternative zur Freiheitsstrafe kommen *bedingte Verurteilung* oder *Schutzaufsicht* in Betracht. Sie sind gegenüber dem Gefängnis vorrangig zu wählen (Kap. 30 § 4 BrB), sofern nicht einerseits aufgrund des hohen Straferts der Tat eine Freiheitsstrafe unverzichtbar ist (in den Gesetzesmotiven ist als Beispiel hierfür unter anderem Mord angeführt, nicht aber Totschlag) oder andererseits eine Geldstrafe ausreicht.¹⁸⁸ In der Praxis werden bedingte Verurteilung oder Schutzaufsicht vorrangig gegenüber Gefängnisstrafen bis zu einem Jahr angewandt, und sie werden regelmäßig in Betracht gezogen, wenn der Strafwert zwischen einem und zwei Jahren Gefängnis liegt. Je weiter der Strafwert diesen Rahmen übersteigt, desto gewichtigere Gründe müssen für die alternative Sanktionsform sprechen. Für die Wahl zwischen bedingter Verurteilung und Schutzaufsicht ist vor allem das Rückfallrisiko entscheidend.

Kap. 30 § 7 BrB

(1) Bei der Sanktionswahl hat das Gericht es als Grund für bedingte Verurteilung zu berücksichtigen, wenn kein besonderer Anlass zu der Befürchtung besteht, der Angeklagte würde sich weiterer Straftaten schuldig machen.

Kap. 30 § 9 BrB

(1) Bei der Sanktionswahl hat das Gericht es als Grund für Schutzaufsicht zu berücksichtigen, wenn Anlass zu der Annahme besteht, diese Sanktion werde dazu beitragen, dass der Angeklagte in Zukunft nicht mehr straffällig wird.

Im vorliegenden Fall liegt somit eine bedingte Verurteilung näher als Schutzaufsicht, da eine Rückfälligkeit der T nicht zu befürchten ist.

¹⁸⁸ Siehe dazu oben II.1.1.4.3.

III.4.1.3.2. Ergebnisse der Befragung

Frage: Welche konkrete Sanktion hat T zu erwarten?

	Ansicht des Gesprächspartners		Prognose der gerichtlichen Entscheidung	
	Tatbestand	Sanktion (Gefängnis)	Tatbestand	Sanktion (Gefängnis)
Staatsanwalt (1)	Totschlag	Freispruch/ keine Anklage	Totschlag	Freispruch
Staatsanwalt (7)	Totschlag	Freispruch/ keine Anklage	Totschlag	Freispruch
Staatsanwalt (10)	Totschlag	<6 Jahre	Totschlag	Freispruch/ <6 Jahre
Staatsanwalt (11)	Totschlag	<6 Jahre	Totschlag	2 Jahre
Richter (2)	Totschlag	Freispruch/ 2–3 Jahre	Totschlag	Freispruch/ 2–3 Jahre
Richter (4)	Totschlag	<4 Jahre/ Schutzaufsicht	Totschlag	<4 Jahre/ Schutzaufsicht
Richter (6)	Totschlag	Freispruch/ bedingte Verurteilung	Totschlag	Freispruch/ bedingte Verurteilung
Richter (12)	Totschlag	Freispruch/ bedingte Verurteilung	Totschlag	Freispruch/ bedingte Verurteilung
Richter (13)	Totschlag	4 Jahre	Totschlag	4
Verteidiger (3)	Totschlag	Freispruch	Totschlag	Freispruch/ 1 Jahr
Verteidiger (9)	Totschlag	Freispruch	Totschlag	–
Verteidiger (14)	Totschlag	Freispruch	Totschlag	<3 Jahre
Strafrechtslehrer(5)	Totschlag	Freispruch/<6	Totschlag	Freispruch/ <6 Jahre
Strafrechtslehrer (8)	Totschlag	Freispruch	Totschlag	Freispruch
Strafrechtslehrer (15)	Totschlag	bedingte Verurteilung	Totschlag	bedingte Verurteilung

Tabelle 4-3

Bei dieser Fallvariante hätten zwei der Staatsanwälte keine Anklage erhoben, weil nach ihrer Ansicht nicht mit einer Verurteilung der T zu rechnen war. Ein an-

derer Staatsanwalt hob hervor, dass er schon deshalb anklagen würde, weil die infrage stehende Straftat besonders schwer und eine gerichtliche Entscheidung daher in jedem Fall geboten sei, selbst wenn es eventuell zu einem Freispruch käme. Der vierte schließlich nahm eine Verurteilung der T zu zwei Jahren unbedingter Gefängnisstrafe als sicher an. Ebenso schlossen zwei Richter und ein Strafrechtslehrer einen Freispruch aus, weil T – im Notwehrexzess handelnd – sich nicht auf Kap. 24 § 6 BrB berufen könne (siehe oben III.4.1.2.2.). Ihre Urteilsprognose variierte jedoch zwischen vier Jahren Gefängnis, Schutzaufsicht und bedingter Verurteilung. Soweit von den übrigen Befragten alternativ zum Freispruch eine Sanktion ohne Freiheitsentzug für möglich gehalten wurde, kam für sie nur die bedingte Verurteilung in Betracht.

III.4.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte

III.4.1.4.1. Gesichtspunkte zulasten der T

Gegen die Annahme einer objektiven Notwehrlage hätte es nach Ansicht zweier Staatsanwälte und eines Richters sprechen können, wenn T die *Möglichkeit* gehabt hätte, aus der Wohnung zu *fliehen*.

Für diejenigen Gesprächspartner, die von Notwehrexzess ausgingen, war die Verteidigungshandlung der T deshalb *nicht vertretbar*, weil sie zwar ein Messer gebrauchten, den O jedoch nicht töten durfte.

Im Rahmen des Notwehrexzesses würde T nach Auffassung eines Richters und eines Strafrechtslehrers deshalb keine Straffreiheit gemäß Kap. 24 § 6 BrB erlangen, weil sie die *Misshandlungssituation bereits gewohnt* war und aus diesem Grund nicht anzunehmen sei, sie habe sich im Sinne dieser Vorschrift nur schwerlich besinnen können.

III.4.1.4.2. Gesichtspunkte zugunsten der T

Aus dem Umstand, dass die *Situation* der T *vertraut* war, wurde andererseits auf das Vorliegen einer objektiven oder zumindest putativen Notwehrlage geschlossen, da T aufgrund ihrer Erfahrungen die Drohung des O habe ernst nehmen müssen.

Vier Interviewpartner (zwei Staatsanwälte, ein Richter und ein Verteidiger) hielten die Tötungshandlung der T für vertretbar bzw. nicht offensichtlich unvertretbar, weil sie dem O *körperlich unterlegen* und *nicht imstande* gewesen sei, *sich auf andere Weise wirksam zu verteidigen*.

Unter denjenigen Befragten, die demgegenüber Notwehrexzess annahmen, sah die Mehrzahl einen Straffreistellungsgrund darin, dass T sich in der konkreten Situation schwerlich besinnen konnte, ihre *Fähigkeit zur Selbstkontrolle* also erheblich *eingeschränkt* war.

III.4.2. Einflüsse des Strafverfahrens

Der Angeklagte braucht nach schwedischem Prozessrecht die Notwehrlage oder die Schwierigkeit einer besonnenen Reaktion im Fall des Exzesses nicht zu beweisen. Zwar kann seine bloße Behauptung, er habe in Notwehr gehandelt oder sich nicht besinnen können, dann unbeachtet bleiben, wenn er den Sachverhalt nicht näher beschreibt. Sobald er jedoch eine nicht ganz offensichtlich wahrheitsfremde Schilderung der Tatsituation abgibt, liegt die Beweislast bei der Staatsanwaltschaft.¹⁸⁹

Frage: Welche Bedeutung hat die Verteidigungseinrede der Notwehr?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Daten	Summe
Geltendmachung erwartbar	15	–	–	–	–	–	15
Beweisaufwand erwartbar	15	–	–	–	–	–	15

Tabelle 4-4

Sowohl vonseiten der Staatsanwälte als auch vonseiten der Richter wurden hier sehr genaue Ermittlungen für erforderlich gehalten und es wurde mit Beweisschwierigkeiten gerechnet.

Zwei Staatsanwälte und drei Richter äußerten die Vermutung, die Verteidigungsstrategie würde darin bestehen, fehlenden Vorsatz geltend zu machen. Doch zog nur einer der befragten Verteidiger diese Möglichkeit überhaupt in Betracht, während im Übrigen die Notwehreinde im Mittelpunkt stand. Dass die Staatsanwaltschaft auch insoweit die Beweislast trägt, wurde von mehreren Interviewpartnern ausdrücklich hervorgehoben.

Als Gegenstrategie erwarteten Richter und Verteidiger, dass der Anklagevertreter versuchen würde, die Notwehrsituation zu widerlegen durch den Nachweis, dass T andere Auswege gehabt hätte. Tatsächlich problematisierten drei der befragten Staatsanwälte diesen Gesichtspunkt.

III.4.3. Einflüsse der Strafvollstreckung

Kombiniert man die Prognose der Gesprächspartner zur tatsächlichen Haftdauer bei der Fallvariante 1 mit ihrer Urteilsprognose im vorliegenden Fall, so ergibt sich folgendes Bild:

¹⁸⁹ Vgl. oben II.1.2.3.

Frage: Mit welcher tatsächlichen Haftdauer hat T zu rechnen?

	Prognose der gerichtlichen Entscheidung	Prognose der tatsächlichen Haftdauer (Jahre, Monate)
Staatsanwalt (1)	Freispruch	–
Staatsanwalt (7)	Freispruch	–
Staatsanwalt (10)	Freispruch/<6	–
Staatsanwalt (11)	2	1,4
Richter (2)	Freispruch/2–3	–/1–1,6
Richter (4)	<4/Schutzaufsicht	<2/–
Richter (6)	Freispruch/bedingte Verurteilung	–
Richter (12)	Freispruch/bedingte Verurteilung	–
Richter (13)	4	2
Verteidiger (3)	Freispruch/1	–/0,8 ¹⁹⁰
Verteidiger (9)	–	–
Verteidiger (14)	<3	<1,6
Strafrechtslehrer (5)	Freispruch/<6	–
Strafrechtslehrer (8)	Freispruch	–
Strafrechtslehrer (15)	bedingte Verurteilung	–

Tabelle 4-5

Soweit die Befragten überhaupt mit einer Verurteilung der T rechneten, schätzten sie die tatsächliche Haftdauer auf weniger als zwei Jahre. Lediglich ein Richter hielt einen faktischen Freiheitsentzug von zwei Jahren für unverzichtbar und gab an, dies sei bereits bei der Strafzumessung zu bedenken, sodass im Hinblick auf die vorzeitige Entlassung nicht weniger als vier Jahre Gefängnis verhängt werden dürften („Man muss auch irgendwie die Erwartungen der Allgemeinheit berücksichtigen.“).

¹⁹⁰ Bei diesem Wert wurde unterstellt, dass der Befragte in Kenntnis der Rechtslage hier abweichend von den vorausgehenden Fallvarianten nicht eine Halbzeitentlassung angenommen hätte, sondern die bei seiner Urteilsprognose von einem Jahr Gefängnis frühestmögliche Strafrestausschüttung nach Verbüßung von zwei Dritteln der Strafzeit (siehe dazu oben III.1.3.1.).

Literaturverzeichnis

- Asp, Petter*, Nödvärnsrätten i kvinnoperspektiv. In: Görel Granström (Hrsg.), *Lika inför lagen? Rätten ur ett genusperspektiv*. Uppsala 1999, S. 85–108.
- Asp, Petter/von Hirsch, Andrew*, Straffvärde. SvJT 1999, 151–176.
- Brottsförebyggande Rådet (Hrsg.), *Nytt straffsystem. Idéer och förslag*. BRÅ-rapport 1977:7. Stockholm 1977.
- Kriminalstatistik 1994, BRÅ-rapport 1996:5. Stockholm 1996; Kriminalstatistik 1995, BRÅ-rapport 1997:5. Stockholm 1997; Kriminalstatistik 1996, BRÅ-rapport 1998:1. Stockholm 1998; Kriminalstatistik 1997, BRÅ-rapport 1998:3. Stockholm 1998; Kriminalstatistik 1998, BRÅ-rapport 2000:12. Stockholm 2000.
- Cornils, Karin*, Landesbericht Schweden 1984/1986. In: Albin Eser/Barbara Huber (Hrsg.), *Strafrechtsentwicklung in Europa 2*. Freiburg 1988, S. 1287–1345.
- Landesbericht Schweden. In: Albin Eser/Hans-Georg Koch (Hrsg.), *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Teil 1*. Freiburg 1988, S. 1383–1482.
 - Landesbericht Schweden. In: Walter Perron (Hrsg.), *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands*. Freiburg 1995, S. 435–488.
 - Strafrechtsvergleichung in der Praxis. JFT 2004, 279–293 (zit. als *Cornils*, JFT 2004).
- Cornils, Karin/Jareborg, Nils*, *Das schwedische Kriminalgesetzbuch – Brottsbalken*. Deutsche Übersetzung und Einführung. Freiburg 2000.
- Ds 1996:28, Remissammanställning Kvinnofrid (SOU 1995:60). Stockholm 1996.
- Ekelöf, Per Olof/Boman, Robert*, *Rättegång*, Bd. IV. 6. Aufl. Stockholm 1992.
- Fitger, Peter*, *Domstolsprocessen*. En kommentar till rättegångsbalken. Stockholm 1993.
- Fitger, Peter* u.a. (Hrsg.), *Rättegångsbalken*. Kommentar. Stockholm. Loseblattausgabe. Stand: 1999.
- Haverkamp, Rita*, *Intensivöverwachung mit elektronischer Kontrolle. Das schwedische Modell, seine Bedingungen und Ergebnisse*. Bewährungshilfe 1999, 51–67.
- von Hirsch, Andrew/Jareborg, Nils*, *Provokation*. NTfK 1986, 436–443.
- Holmqvist, Lena* u.a. (Hrsg.), *Brottsbalken*. En kommentar. Del I (Kap. 1–12). 7. Aufl. Stockholm 1998. Del II (Kap. 13–24), Del III (Kap. 25–38). Stockholm. Loseblattausgabe. Stand: 1999 (zit. als BrB-Kommentar I, II, III).
- Hydén, Margareta*, *Kvinnomisshandel. Aktuella frågor i Sverige*. In: Monika Olsson/Gunilla Wiklund (Hrsg.), *Våld mot kvinnor*. BRÅ-rapport 1997:2. Stockholm 1997.
- Jareborg, Nils*, *Brotten*. Första häftet. Grundbegrepp, Brotten mot person. 2. Aufl. Stockholm 1984 (zit. als *Jareborg*, Brotten I).
- Rechtfertigung und Entschuldigung im schwedischen Strafrecht. In: Albin Eser/George P. Fletcher (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven I*. Freiburg 1987, S. 411–436.
 - Straffrättens ansvarslära. Uppsala 1994.
 - Zur Reform des schwedischen Strafzumessungsrechts. ZStW 106 (1994), 140–162.

- Leijonhufvud, Madeleine*, HIV-smitta, straff- och skadeståndsansvar. Stockholm 1993.
- Leijonhufvud, Madeleine/Wennberg, Suzanne*, Straffansvar. 5. Aufl. Stockholm 1997.
- Löfmarck, Madeleine*, Svensk rättspraxis: straffrätt 1975–1983. SvJT 1985, 337–389; 1984–1990. SvJT 1991, 185–220.
- Nelson, Alvar*, Ansvar utan skuld? Den straffrättsliga bedömningen av gärningar, företagna under rus. Rättshistoriska studier. Skrifter utgivna av Institutet för rättshistorisk forskning. Serie II, Band 5. Lund 1977, S. 349–359.
- Olsson, Monika*, Våldsbrott. In: Jan Ahlberg (Hrsg.), Brottutvecklingen 1994. BRÅ-rapport 1996:4. Stockholm 1996, S. 27–52.
- Prop. 1997/98:55, Kvinnofrid. Stockholm 1998.
- Prop. 1997/98:96, Vissa reformer av påföljdssystemet. Stockholm 1998.
- Ryding, Mikael*, Dödligt våld. In: Jan Ahlberg (Hrsg.), Brottutvecklingen 1994. BRÅ-rapport 1996:4. Stockholm 1996, S. 79–100.
- Dödligt våld och försök till mord eller dråp. In: Jan Ahlberg (Hrsg.), Brottutvecklingen i Sverige 1995–1997. BRÅ-rapport 1998:2. Stockholm 1998, S. 31–43.
- Schütz-Gärdén, Bettina*, Psychisch gestörte Straftäter im schwedischen und deutschen Recht. Strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit oder soziale Verantwortlichkeit? Freiburg 1998.
- Schütz-Gärdén, Bettina/Cornils, Karin*, Landesbericht Schweden. In: Monika Becker/Jörg Kinzig (Hrsg.), Rechtsmittel im Strafrecht. Freiburg 2000, S. 379–418.
- SOU 1938:44, Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk. II. Motov m.m. Stockholm 1938.
- SOU 1988:7, Frihet från ansvar. Slutbetänkande av fängelsestraffkommittén. Stockholm 1988.
- SOU 1995:60, Kvinnofrid. Slutbetänkande av Kvinnovåldskommissionen, Del A och B. Stockholm 1995.
- SOU 1995:91, Ett reformerat straffsystem. Del II, Motiv. Betänkande av Straffsystemkommittén. Stockholm 1995.
- SOU 1996:185, Straffansvarets gränser. Betänkande av Straffansvarsutredningen. Malmö 1996.
- Stenborre, Eva*, Artbrott. SvJT 1998, 742–761.
- Brottets straffvärde. JT 1999–2000, 356–387.
- Strahl, Ivar*, Straffansvar vid rus. SvJT 1965, 369–398.
- Allmän straffrätt i vad angår brotten. Stockholm 1976.
- Strömmerstedt, Monica*, Med vett och vilja? Uppsåtets gränser i doktrin och rättspraxis. Stockholm 1987.
- Träskman, Per Ole*, Om återfall i brott. SvJT 1999, 200–217.
- Wallén, Per Edwin*, Mord och dråp – två brottsbegreppens utveckling i svensk rätt. NTfK 1963, 202–212.

– Nödvärnsrätten. Advokaten 1987, 156–169 und 253–264.

Wikström, Per-Olof H., Utvecklingen inom olika brottskategorier. In: Jan Ahlberg (Hrsg.), *Brottsutvecklingen 1992 och 1993. BRÅ-rapport 1994:3*. Stockholm 1994, S. 23–33.

– Våld – En kunskapsöversikt. Brottsförebyggande rådet. Stockholm 1992.

Zila, Josef, *Det straffrättsliga påföljdssystemet*. 2. Aufl. Stockholm 1999.

§ 10

Landesbericht Schweiz

Hans Vest

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	707
I. Rechtstatsächlicher Hintergrund	709
II. Rechtliche Rahmenbedingungen und allgemeiner Verlauf der Befragung	713
II.1. Rechtlicher Rahmen	713
II.1.1. Einschlägige materiellrechtliche Regelungen	713
II.1.1.1. Überblick über den systematischen Aufbau der Strafbarkeitsmerkmale	713
II.1.1.2. Tötungstatbestände	714
II.1.1.2.1. Dreistufiger Aufbau der Tötungsdelikte	714
II.1.1.2.2. Versuch	717
II.1.1.3. Straffreistellungsgründe	718
II.1.1.3.1. Rechtfertigungsgründe	718
II.1.1.3.1.1. Notwehr	718
II.1.1.3.1.2. Rechtfertigender Notstand	719
II.1.1.3.1.3. Subjektive Rechtfertigungs- elemente	720
II.1.1.3.2. Entschuldigungsgründe	720
II.1.1.3.2.1. Notstand	720
II.1.1.3.2.2. Notstandshilfe und Notstands- exzess	721
II.1.1.3.3. Der Irrtum über die rechtfertigende oder entschuldigende Sachlage	721
II.1.1.4. Strafzumessung, Strafschärfungs- und Strafmilderungs- gründe	722
II.1.1.4.1. Grundlagen der Strafzumessung	722
II.1.1.4.1.1. Freiheitsstrafen	722
II.1.1.4.1.2. Strafschärfung und Strafmilderung	723
II.1.1.4.2. Grundzüge des Strafvollzuges	724
II.1.2. Wesenszüge des Strafverfahrensrechts	725
II.1.2.1./	
II.1.2.2. Generelle Charakterisierung der Verfahrensstruktur und Spruchkörper	725
II.1.2.3. Besonderheiten des Beweisverfahrens	726
II.1.2.4. Anforderungen an die schriftliche Entscheidungs- begründung	726
II.1.2.5. Verfahrensabsprachen/Strafverfahren als Sanktion	727
II.1.3. Äusserer Rahmen der Strafvollstreckung	728
II.2. Befragung der Landesjuristen/Landesjuristinnen	728
II.2.1. Bildung der Stichprobe	728

III. Beurteilung der Fallvarianten	729
III.1. Fallvariante 1	729
III.1.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung	729
III.1.1.1. Tatbestandliche Einstufung	729
III.1.1.1.1. Rechtliche Vorgaben	729
III.1.1.1.2. Ergebnisse der Befragung	731
III.1.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen	733
III.1.1.2.1. Rechtliche Vorgaben	733
III.1.1.2.2. Ergebnisse der Befragung	734
III.1.1.3. Strafrahmenbestimmung und konkrete Strafzumessung	735
III.1.1.3.1. Rechtliche Vorgaben	735
III.1.1.3.2. Ergebnisse der Befragung	735
III.1.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte	737
III.1.2./	
III.1.3. Einflüsse des Strafverfahrens und der Strafvollstreckung	738
III.2. Fallvariante 2	739
III.2.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung	739
III.2.1.1. Tatbestandliche Einstufung	739
III.2.1.1.1. Rechtliche Vorgaben	739
III.2.1.1.2. Ergebnisse der Befragung	739
III.2.1.2. Eingreifen von Straffreistellungsgründen	741
III.2.1.3. Strafrahmenbestimmung und konkrete Strafzumessung	741
III.2.1.3.1. Rechtliche Vorgaben	741
III.2.1.3.2. Ergebnisse der Befragung	741
III.2.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte	742
III.2.2./	
III.2.3. Einflüsse des Strafverfahrens und der Strafvollstreckung	743
III.3. Fallvariante 3	743
III.3.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung	743
III.3.1.1. Tatbestandliche Einstufung	743
III.3.1.1.1. Rechtliche Vorgaben	743
III.3.1.1.2. Ergebnisse der Befragung	743
III.3.1.2. Eingreifen von Straffreistellungsgründen	745
III.3.1.2.1. Rechtliche Vorgaben	745
III.3.1.2.2. Ergebnisse der Befragung	745
III.3.1.3. Strafrahmenbestimmung und konkrete Strafzumessung	746
III.3.1.3.1. Rechtliche Vorgaben	746
III.3.1.3.2. Ergebnisse der Befragung	746
III.3.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte	747

III.3.2./	
III.3.3. Einflüsse des Strafverfahrens und der Strafvollstreckung	748
III.4. Fallvariante 4	748
III.4.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung	748
III.4.1.1. Tatbestandliche Einstufung	748
III.4.1.1.1. Rechtliche Vorgaben	748
III.4.1.1.2. Ergebnisse der Befragung	748
III.4.1.2. Eingreifen von Straffreistellungsgründen	749
III.4.1.2.1. Rechtliche Vorgaben	749
III.4.1.2.2. Ergebnisse der Befragung	751
III.4.1.3. Straffrahmenbestimmung und konkrete Strafzumessung	752
III.4.1.3.1. Rechtliche Vorgaben	752
III.4.1.3.2. Ergebnisse der Befragung	752
III.4.2./	
III.4.3. Einflüsse des Strafverfahrens und der Strafvollstreckung	753
IV. Zusammenfassende Bewertung	753
IV.1. Kritik und Anregungen der Praktiker	753
IV.2. Schlussbemerkung des Berichterstatters	754
Anhang	756
Literaturverzeichnis	758

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle juristische Praxis
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BSK	Basler Kommentar
BStP	Bundesgesetz vom 15.6.1934 über die Bundesstrafrechtspflege, SR 312.0
BT	Besonderer Teil
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999, SR 101
bzw.	beziehungsweise
ca.	cirka
d.h.	das heisst
ebd.	ebenda
EMRK	Konvention vom 4.11.1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101
evtl.	eventuell
f., ff.	folgende. fortfolgende
FV	Fallvariante
ggf.	gegebenenfalls
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
m.E.	meines Erachtens
max.	maximal

Mio.	Million(en)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OG	Bundesgesetz vom 16.12.1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz, OG), SR 173.110
resp.	respektive
Rn.	Randnummer
S.	Seite
sFr.	Schweizer Franken
sog.	sogenannt
SR	Systematische Rechtssammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937, SR 311
StPO	Strafprozessordnung
u. a.	und andere
vgl.	vergleiche
VStGB 3	Verordnung (3) zum StGB vom 16.12.1985, SR 311.03
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

I. Rechtstatsächlicher Hintergrund*

Gewalt im Alltag, und hierbei insbesondere die überwiegend männliche Gewalt in der Familie, bildet in der Schweiz zumindest seit den 1980er Jahren ein wichtiges politisches und wissenschaftliches Thema.¹ Eine neue Studie zeigt, dass „mehr als einer von vier Frauen im Laufe ihres Lebens physische Gewalt widerfährt“.² Demgegenüber fehlt neuere empirische Literatur zur Tötungsdelinquenz im Allgemeinen und zur Tötung des Lebenspartners bzw. der Lebenspartnerin im Besonderen.³ Die Justizpraxis ist somit an vorderster Front, fällt doch im Jahr 1996 das Bundesgericht einen Grundsatzentscheid zur Tötung des sogenannten Haus tyrannen (BGE 122 IV 1).⁴ Danach kann bei geschlagenen Frauen, die ihren Peiniger töten, neben Notwehr ggf. auch entschuldigender Notstand (Art. 34 StGB) in Betracht kommen.

Tötungsdelikte haben in der Schweiz seit Mitte des 19. Jahrhunderts, einem Trend in den meisten fortgeschrittenen Industrieländern folgend, ausserordentlich stark abgenommen. Seit dem historischen Tiefststand um 1960⁵ ist ein merklicher, aber nicht dramatischer Wiederanstieg zu verzeichnen, sodass die Durchschnittswerte mittlerweile in etwa den Stand des ersten Viertels des 20. Jahrhunderts erreicht haben.⁶ Als interessanter denn dieser chronologische Verlauf erweist sich der Befund, dass die massive Reduktion ganz überwiegend männliche (und kindliche) Opfer betrifft. Die absoluten Zahlen pro eine Mio. Einwohner bei den weiblichen Opfern sind recht konstant geblieben.⁷ Der Rückgang betraf somit überwiegend von Männern an anderen Männern verübte Tötungsdelikte im öffentlichen Raum. Vorsätzliche Tötungsdelikte als extremste Form häuslicher Gewalt werden hingegen ähnlich häufig verübt wie Ende des 19. Jahrhunderts. In der Schweiz machen „Tötungen Angehöriger und enger Freunde gut die Hälfte aller Tötungsdelikte aus“. Hierbei „stellen Frauen die meisten Opfer von Tötungsdelikten im privaten Rahmen, während Männer nur sehr selten von Frauen ermordet werden“.⁸

* Stand: Oktober 2005; einzelne statistische Quellen neueren Datums.

¹ Vgl. *Pieth* u.a., S. 37 ff., 47 ff.; *Killias/Simonin/De Puy*, S. 12 ff.

² *Killias/Simonin/De Puy*, S. 115 (zusammenfassend); vgl. auch S. 35 ff.

³ Das einschlägige Schrifttum beschränkt sich auf vereinzelte Studien von eher kriminalistischem Zuschnitt, in der Regel älteren Datums.

⁴ Deutsche Übersetzung in *Praxis* 1996, Nr. 191. BGE 125 IV 49 betrifft einen ähnlich gelagerten Fall, bei dem die Tötung aber vom Sohn der geschlagenen Frau (und des Opfers) verübt worden ist. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesen beiden Leitentscheiden findet sich bei *Trechsel*, *KritV* 2000, 183 ff.

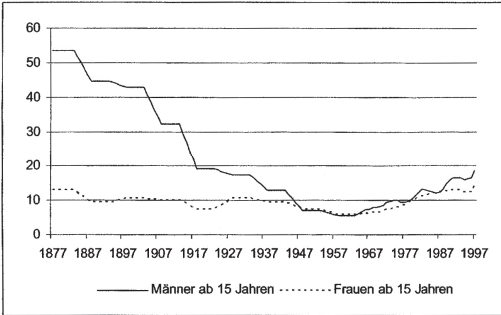
⁵ Vgl. *Clinard*, S. 37 f., 47.

⁶ Vgl. den Überblick über den Verlauf der allgemeinen Gewaltdelinquenz seit den 1980er Jahren bei *Schwarzenegger*, in: *Morishita* u.a. (Hrsg.), *FS für Tsukasa Satô*, S. 638 ff.

⁷ *Killias*, Rn. 310 f.

⁸ *Killias*, Rn. 734 f.

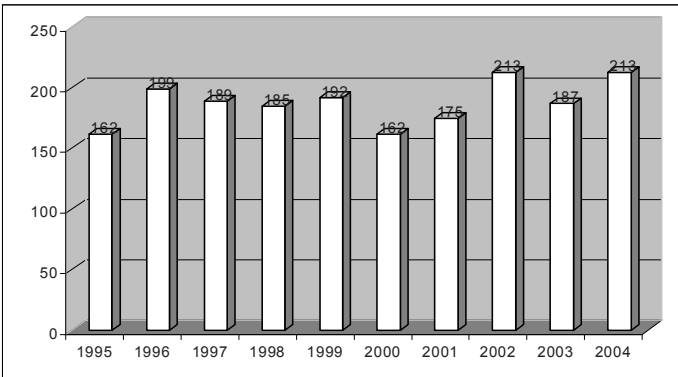
Abbildung 1: Anzahl vorsätzlich getöteter Männer und Frauen (ab 15 Jahren) in der Schweiz 1877–1996, pro Mio. Einwohner (gleichen Geschlechts/Alters), Durchschnittswerte pro Jahrzehnt



Quelle: Bundesamt für Statistik, unveröffentlichte Daten der Todesursachen-Statistik

Der Zehnjahresüberblick von 1995 bis 2004 vermittelt für die Jahre 1995 und 2000 Minima von je 162 vorsätzlichen (versuchten und vollendeten) Tötungsdelikten. Negative Rekorde lieferten die Jahre 2002 und 2004 mit jeweils 213 Delikten. Die in absoluten Zahlen recht erheblichen Schwankungen erklären sich durch die relative Seltenheit vorsätzlicher Tötungsdelikte.

Abbildung 2: Tötungsdelikte 1995–2004⁹



Die polizeiliche Kriminalstatistik weist für das Jahr 2004 213 vorsätzliche Tötungsdelikte¹⁰ mit insgesamt 244 Opfern auf; davon waren 92 Personen weiblichen

⁹ Bundesamt für Polizei, Polizeiliche Kriminalitätsstatistik PKS, Bern 2004, Anhang E. Im Jahr 2005 belaufen sich diese auf 204, im Jahr 2006 auf 198, im Jahr 2007 auf 203 und im Jahr auf 165, vgl. Bundesamt für Polizei, Polizeiliche Kriminalitätsstatistik PKS, Bern 2009, Anhang E.

und 152 männlichen Geschlechts. Bei einer Wohnbevölkerung von 7,415 Mio.¹¹ ergibt sich eine Rate von 2,87 Fällen pro 100.000 Einwohner.¹² 197 Täter waren männlichen und 16 Täter weiblichen Geschlechts.¹³ Der relative Anteil der weiblichen Täter liegt im Durchschnitt bei unter 15 % und widerspiegelt damit recht genau den vergleichbaren Anteil ermittelter weiblicher Straftäter insgesamt. Vollendet wurden 79 Tötungsdelikte (37 %), die einer Rate von 1,06 Fällen pro 100.000 Einwohner¹⁴ entsprechen; die restlichen 134 Registrierungen betrafen versuchte Tötungen. Meistens liegt die Rate der versuchten vorsätzlichen Tötungen etwas höher (2003: 39 %; 2002: 40 %; 2001: 49 %; 2000: 43 %; 1999: 46 %), somit aber noch immer mehr oder weniger deutlich unter 50 %.

Tötungsdelinquenz 1998–2004:

	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Gesamtdeliktszahl	185	192	162	175	213	187	213
– davon vollendete	76	89	69	86	86	73	79
– davon versuchte	109	103	93	89	127	114	134
Opfer, männlich	122	140	113	131	133	134	152
Opfer, weiblich	71	82	81	85	103	68	92
Täter	165	175	145	160	203	193	197
Täterinnen	26	24	30	19	29	28	16

¹⁰ Als vorsätzliche Tötungsdelikte werden erfasst, leider ohne im Einzelnen aufgeschlüsselt zu werden: vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB), Mord (Art. 112 StGB), Totschlag (Art. 113 StGB), Tötung auf Verlangen (Art. 114 StGB), Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord (Art. 115 StGB), Kindstötung (Art. 116 StGB).

¹¹ Bundesamt für Statistik, Statistik des jährlichen Bevölkerungsstandes (ESPOP) 2009, Neuenburg 2010, S. 3.

¹² Für das Jahr 2000 ist eine Rate von 2,2 pro 100.000 Einwohner ermittelt worden, Bundesamt für Statistik, Statistisches Jahrbuch der Schweiz 2004, Zürich 2004, S. 828, 843; vgl. *Niggli*, plädoyer 2004, 33.

¹³ 2002 betrug die Anzahl weiblicher Täter 29, die der männlichen Täter 203, Bundesamt für Polizei, Polizeiliche Kriminalitätsstatistik PKS, Bern 2002, S. 1. Der höchste relative Anteil weiblicher Täter ergab sich mit 30 im Vergleich zu 145 Männern im Jahr 2000; Bundesamt für Polizei, Polizeiliche Kriminalitätsstatistik PKS, Bern 2000, S. 1.

¹⁴ Im Jahr 2000 lag die entsprechende Rate bei 1,2 pro 100.000 Einwohner (Bundesamt für Statistik, Statistisches Jahrbuch der Schweiz 2004, Zürich 2004, S. 828) und 1999 bei 1,0 (Bundesamt für Statistik, Statistisches Jahrbuch der Schweiz 2002, Zürich 2002, S. 839).

Eine aktuelle Justizstatistik, die diesen Namen verdient, existiert in der Schweiz nicht mehr. Das letzte publizierte Heft bezieht sich auf das Jahr 1984. Es erfolgten damals 31 Verurteilungen wegen des Grundtatbestands von Art. 111 StGB und je fünf wegen Mordes (Art. 112 StGB) und Totschlags (Art. 113 StGB). Fünf der 41 Verurteilten waren Frauen.¹⁵ Für die neuere und neueste Zeit finden sich nur sektorielle Daten, welche allerdings mit Bezug auf die Tötungsdelikte vergleichsweise genaue Angaben ermöglichen. Während die Verurteilungen wegen vorsätzlicher Tötung (Art. 111 StGB) und Mordes (Art. 112 StGB) stets aufgeführt werden, fehlen meist Angaben zu den Art. 113–116 StGB. Da es sich bei den Verurteilungen wegen Totschlags (Art. 113 StGB) im Regelfall höchstens um eine Handvoll Fälle handelt, können sie vernachlässigt werden.¹⁶

Statistik der Strafurteile gemäss Art. 111 und 112 StGB:

Jahr	Art. 111 StGB	Art. 112 StGB	Total
1997	58	11	69
1998	57	13	70
1999	49	9	58
2000	62	14	76
2001	57	13	70

Der längerfristige statistische Vergleich zeigt, dass bis in die 1970er Jahre durchschnittlich noch weniger als 20 Verurteilungen gemäss Art. 111 StGB pro Jahr und zwischen 3 und 11 Urteile wegen Mordes ergingen.¹⁷

¹⁵ Bundesamt für Statistik, Statistische Quellenwerke der Schweiz: Die Strafurteile in der Schweiz 1984, Bern 1986, S. 27. Für 1981 lauten die Verurteilungszahlen bei Art. 111 StGB: 24, bei Art. 112 StGB: 17 und bei Art. 113 StGB: 4, Bundesamt für Statistik, Statistische Quellenwerke der Schweiz: Die Strafurteile in der Schweiz 1981, Bern 1983, S. 48.

¹⁶ 1994 erfolgten 61 Verurteilungen wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts gemäss Art. 111–116 StGB, *Niggli/Pfister*, AJP 1997, 522; vgl. für die folgende Tabelle Bundesamt für Statistik, Statistisches Jahrbuch der Schweiz 2000, Zürich 1999, S. 488; Bundesamt für Statistik, Statistisches Jahrbuch der Schweiz 2001, Zürich 2001, S. 838; Bundesamt für Statistik, Statistisches Jahrbuch der Schweiz 2002, Zürich 2002, S. 859; Bundesamt für Statistik, Statistisches Jahrbuch der Schweiz 2003, Zürich 2003, S. 837; Bundesamt für Statistik, Statistisches Jahrbuch der Schweiz 2004, Zürich 2004, S. 843.

¹⁷ BSK StGB II-Schwarzenegger, Art. 111 Rn. 1, Art. 112 Rn. 1.

II. Rechtliche Rahmenbedingungen und allgemeiner Verlauf der Befragung

II.1. Rechtlicher Rahmen¹⁸

II.1.1. Einschlägige materiellrechtliche Regelungen

II.1.1.1. Überblick über den systematischen Aufbau der Strafbarkeitsmerkmale

Die schweizerische Lehre und Praxis folgen der Sache nach dem auch in Deutschland primär verfochtenen dreistufigen Deliktsaufbau mit den Ebenen Tatbestandsmässigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld. Das im Untersuchungszeitpunkt geltende StGB basierte demgegenüber an sich noch auf der veralteten Systematik der kausalen Handlungslehre.¹⁹

Für die objektive Zurechnung beim vorsätzlichen Erfolgsdelikt ist der Kausalzusammenhang Voraussetzung.²⁰ Das überwiegende Schrifttum geht beim Vorsatzdelikt von der sogenannten *Bedingungs- oder Äquivalenztheorie* aus. Danach gilt jede Bedingung als Ursache, die nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfielen (*conditio sine qua non*).²¹ Dieser Theorie folgt auch die Praxis (BGE 116 IV 310). Nicht vorhersehbare Geschehensabläufe werden bei der Äquivalenztheorie erst auf der Ebene des Vorsatzes ausgeschieden.

(Auch) Aus diesem Grund wird teilweise gefordert, (direkt) der *Adäquanztheorie* zu folgen, da das Ergebnis gleich bleibe.²² Das Bundesgericht formuliert die Adäquanztheorie dahin gehend, dass rechtserheblich nicht jede beliebige, sondern nur diejenige natürliche Ursache sei, die „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen“ (BGE 121 IV 15). Atypische Kausalverläufe, mit denen schlechterdings nicht gerechnet werden muss, lassen die Adäquanz entfallen (BGE 101 IV 31; 103 IV 291).

¹⁸ Der Allgemeine Teil des schweizerischen StGB ist mit Bundesgesetz vom 13.12.2002, in Kraft seit 1.1.2007, einer Gesamtrevision unterzogen worden. Nach dem seither geltenden Recht sind die rechtfertigende Notwehr in Art. 15 StGB, die entschuld-bare Notwehr in Art. 16 StGB, der rechtfertigende Notstand in Art. 17 StGB, der entschuld-bare Notstand in Art. 18 StGB und die Strafmilderungsgründe in Art. 48 StGB geregelt. Bei den Strafbestimmungen wurde die Unterscheidung zwischen Zuchthaus und Gefängnis aufgegeben; stattdessen wird nun Freiheitsstrafe angedroht. Davon abgesehen, bleiben die Strafdrohungen der für die Untersuchung relevanten Art. 111–113 StGB dieselben.

¹⁹ Vgl. *Stratenwerth*, AT I, § 8 Rn. 1 ff.; vgl. jetzt aber Art. 10 ff. des revidierten Allgemeinen Teils des StGB in der Fassung vom 13.12.2002, in Kraft seit 1.1.2007.

²⁰ *Trechsel/Noll*, S. 88 f.

²¹ *Seelmann*, S. 30 ff.; *Stratenwerth*, AT I, § 9 Rn. 20 ff.

²² *Stratenwerth*, AT I, § 9 Rn. 24 mit weiteren Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung.

II.1.1.2. Tötungstatbestände

II.1.1.2.1. Dreistufiger Aufbau der Tötungsdelikte

Die Regelung der vorsätzlichen Tötungsdelikte im schweizerischen StGB basiert auf einer *dreigliedrigen Struktur*, deren *Grunddelikt* durch den Tatbestand des Art. 111 StGB zur *vorsätzlichen Tötung* gebildet wird. Sie wird mit Zuchthaus von fünf bis 20 Jahren bestraft und gelangt zur Anwendung, wenn jemand vorsätzlich einen Menschen tötet, „ohne dass eine der besonderen Voraussetzungen der nachfolgenden Artikel zutrifft“. Art. 111 StGB zur Seite stehen die *qualifizierte* Vorschrift des *Mordes* (Art. 112 StGB) und der *privilegierte Totschlag* (Art. 113 StGB). Während die vorsätzliche Tötung unverändert geblieben ist, sind Art. 112 und 113 StGB durch BG vom 23.6.1989, in Kraft seit 1.1.1990, neu gefasst worden.

Weitere Privilegierungen enthalten Art. 114 StGB (Tötung auf Verlangen) und Art. 116 StGB (Kindestötung). Als Spezialvorschriften brauchen sie jedoch im Rahmen des durchgeführten Strukturvergleichs nicht zu interessieren. Vorsätzlich verübt ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt (Art. 18 Abs. 2 StGB). Nach uneingeschränkt h.L. und Rechtsprechung genügt dabei Eventualvorsatz, der nach der bundesgerichtlichen Formulierung vorliegt, wenn der Täter den als möglich vorausgesehenen Erfolg für den Fall seines Eintritts billigt, sich mit ihm abfindet oder ihn in Kauf nimmt.²³

Der *qualifizierte* Tatbestand des *Mordes* liegt vor, wenn der Täter besonders skrupellos handelt, „namentlich sein Beweggrund, der Zweck der Tat oder die Art der Ausführung besonders verwerflich“ sind. Die angedrohte Strafe ist lebenslangliches Zuchthaus oder Zuchthaus nicht unter zehn Jahren (Art. 112 StGB).²⁴ Der besonders verwerfliche Beweggrund und der Zweck der Tat bilden innere, „subjektive“ Tatumstände. Die besonders verwerfliche Art der Tatausführung beschlägt ein äusseres, „objektives“ Tatelemt. Erstere können auch mit einer in Deutschland verwendeten Terminologie als primär schuldbezogene Merkmale, Letztere als primär unrechtsbezogene Elemente angesehen werden.²⁵

Obwohl die revidierte Vorschrift das altrechtliche Merkmal der „besonders verwerfliche(n) Gesinnung“ durch die „besondere Skrupellosigkeit“ ersetzt hat, bevorzugen Schrifttum und Praxis gegenüber einer empirischen Annäherung an den neuen Gesetzeswortlaut nach wie vor eine *gesinnungsethische Interpretation* der

²³ In diesem Sinn jetzt ausdrücklich Art. 12 Abs. 2 Satz 2 des bundesrätlichen Entwurfs zu einem neuen Allgemeinen Teil des StGB, BBl 1999, S. 2302.

²⁴ Die aufgehobene altrechtliche Bestimmung des Art. 112 lautete: „Hat der Täter unter Umständen oder mit einer Überlegung gehandelt, die seine besonders verwerfliche Gesinnung oder seine Gefährlichkeit offenbaren, so wird er mit lebenslanglichem Zuchthaus bestraft.“

²⁵ Schönke/Schröder/Eser, § 211, Rn. 6.

Vorschrift.²⁶ Diese normative Auslegung wird in ständiger Rechtsprechung auf eine Publikation des Psychiaters *Hans Binder* aus dem Jahr 1952 gestützt. Für *Binder* entstammt Mord „einer ethisch ausgesprochen *schlechten* Gesinnung von krassestem, primitivstem Egoismus“, sodass dem Täter „soziale Regungen [...] weitgehend fehlen“.²⁷

Bei den besonders verwerflichen Beweggründen und Zwecken kommen etwa in Betracht: Mordlust, Habgier (z.B. Raubmord: BGE 100 IV 146; 115 IV 187), Geringschätzung/nichtiger Anlass (BGE 120 IV 274), Rachsucht,²⁸ Auftragsmord gegen Entgelt, Sicherungs- und Verdeckungsmord (BGE 70 IV 5).²⁹ Indizien für eine besonders verwerfliche Art der Ausführung sind: Mehrfachtötung (BGE 80 IV 240), ausserordentliche Grausamkeit, Heimtücke (BGE 101 IV 282 f.), Giftmord (BGE 77 IV 64)³⁰ oder Tötung mittels Brandstiftung oder Sprengstoff.³¹ Beweggrund, Zweck und Art der Ausführung sind nicht abschliessend und haben lediglich Beispielcharakter. Unter die Generalklausel der besonderen Skrupellosigkeit werden etwa auch Tötungen aus religiösem oder politischem Fanatismus subsumiert.³²

Über die Mordqualifikation entscheidet nach absolut h.L. und Praxis letztlich *eine Gesamtwertung der äusseren und inneren Umstände*, unter denen der Täter gehandelt hat (BGE 115 IV 13 f.; BGE 117 IV 390 f.; BGE 120 IV 274).³³ Für diese Gesamtwertung spielen Regelbeispiele, wie sie noch der Entwurf 1918 enthalten hat, eine wichtige Rolle, wobei ihnen aber stets nur indizielle und keine absolute Bedeutung zukommt.³⁴ Elemente, die für Mord sprechen, können durch andere Beurteilungsgesichtspunkte aufgehoben werden. Klargestellt worden ist durch die neue Fassung des Tatbestands (immerhin), dass Umstände vor und nach der Tat, wie sie in der Rechtsprechung zum alten Recht teilweise berücksichtigt worden

²⁶ *Corboz*, S. 34, Rn. 21; kritisch *Schwarzenegger*, ZStrR 118 (2000), 355 ff. mit Hinweisen; BSK StGB II-*Schwarzenegger*, Art. 112 Rn. 4 ff.

²⁷ *Binder*, ZStrR 67 (1952), 314; vgl. *Walder*, ZStrR 96 (1979), 146 ff.

²⁸ Vgl. BJM 1983, S. 305.

²⁹ Vgl. zum sog. Eliminationsmord BGE 127 IV 10.

³⁰ Anders im Fall BGE 118 IV 122.

³¹ Heimtücke ist anzunehmen, wenn der Täter das Vertrauen des Opfers erschleicht, um es unter Ausnutzung seiner Arglosigkeit zu töten; vgl. *Schubarth*, Art. 112 Rn. 16 ff.; *Trechsel*, StGB, Art. 112 Rn. 8 ff.; *Stratenwerth*, BT I, § 1 Rn. 23 f.; *Rehberg/Schmid/Donatsch*, S. 6 ff.

³² Vgl. BGE 115 IV 8 ff.; 117 IV 389 ff.; Kritik hat die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, soweit diese für das neue Recht noch von Bedeutung erscheint, neben der Ablehnung einzelner Entscheidungen insbesondere darin erfahren, dass sie dazu neigt, Heimtücke schon dann anzunehmen, wenn das Opfer ahnungslos ist, obwohl ihm damit eine (besondere) Todesangst erspart wird, vgl. *Trechsel*, StGB, Art. 112 Rn. 11; *Schubarth*, Art. 112 Rn. 22; *Rehberg/Schmid/Donatsch*, S. 7.

³³ *Stratenwerth*, BT I, § 1 Rn. 21; *Rehberg/Schmid/Donatsch*, S. 8 f.; BGE 118 IV 126.

³⁴ Vgl. zur Kasuistik und zu ihrer Diskussion *Trechsel*, StGB, Art. 112 Rn. 10 ff. und 26.

sind, allein noch zur Beurteilung der Tat, aber nicht mehr zur Würdigung der Persönlichkeit des Täters herangezogen werden können (BGE 127 IV 14).³⁵

Vorbedacht (*préméditation*) ist nicht Voraussetzung der Anwendung von Art. 112 StGB (BGE 70 IV 7).³⁶

Der *privilegierte* Tatbestand des *Totschlags* erfordert, dass der Täter in einer nach den Umständen entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung oder unter grosser seelischer Belastung handelt (BGE 100 IV 150). Die Strafe ist Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder Gefängnis von einem bis zu fünf Jahren (Art. 113 StGB). Der Affekt, bei dem sowohl sthenische als auch asthenische Formen erfasst werden,³⁷ bzw. die grosse seelische Belastung müssen unmittelbar vor und während der Tat bestanden haben. Lehre und Rechtsprechung haben klargestellt, dass auch hinsichtlich der grossen seelischen Belastung Entschuldbarkeit erforderlich ist.³⁸

Als entschuldigbar gelten Gemütsbewegung oder Belastung nach der Praxis des Bundesgerichts, wenn sie „bei objektiver Bewertung nach den sie auslösenden äusseren Umständen gerechtfertigt“ sind (BGE 107 IV 106). Psychologische Erklärbarkeit allein reicht nicht aus, es wird vielmehr darauf abgestellt, ob auch ein anderer, an sich anständig gesinnter Mensch leicht in einen solchen Affekt geraten wäre (BGE 107 IV 106; 108 IV 102) bzw. ob die Tat sich als ausnahmsweise Entgleisung unter dem übermässigen Druck einer nicht vorwiegend selbst verschuldeten Konfliktsituation darstellt.³⁹ Als Massstab gilt der *rechtlich gesinnte Durchschnittsmensch* nach Herkunft, Erziehung und täglicher Lebensführung. Besondere individuelle Persönlichkeitsmerkmale sind dagegen nur für die Strafzumessung von Bedeutung.⁴⁰

Bei Affekt infolge einer Konfliktsituation darf der Täter diese nach überwiegender Lehre nicht selbst verschuldet haben.⁴¹

³⁵ Nicht mehr zulässig erscheint auch die frühere Praxis des Bundesgerichts, eine vom Täter beispielsweise wegen psychischer Störung nicht verschuldete Gefährlichkeit als Mord zu qualifizieren, *Stratenwerth*, BT I, § 1 Rn. 19.

³⁶ Vgl. *Hurtado Pozo*, Rn. 114.

³⁷ Vgl. *Walder*, ZStrR 81 (1965), 24 ff.

³⁸ *Stratenwerth*, BT I, § 1 Rn. 32; *Rehberg/Schmid/Donatsch*, S. 11; BGE 118 IV 233, 119 IV 202; trotz eines (unentschuldbaren) Affekts kann eine Tötung Mord sein (BGE 98 IV 153).

³⁹ Vgl. *Stratenwerth*, BT I, § 1 Rn. 30; *Rehberg/Schmid/Donatsch*, S. 10; *Trechsel*, StGB, Art. 113 Rn. 9 f.

⁴⁰ *Stratenwerth*, BT I, § 1 Rn. 30 mit weiteren Hinweisen; *Trechsel*, StGB, Art. 113 Rn. 12.

⁴¹ *Rehberg/Schmid/Donatsch*, S. 10; *Trechsel*, StGB, Art. 113 Rn. 11; *Schubarth*, Art. 113 Rn. 14, gelangt für eigentliche Affekttaten, bei denen im Tatzeitpunkt die Fähigkeit, normgemäss zu handeln, eingeschränkt war, stets zur Entschuldbarkeit ohne Prüfung der Verantwortlichkeit für die Konfliktsituation.

II.1.1.2.2. Versuch

Einen strafbaren Versuch begründet „jede Tätigkeit, die nach dem Plan, den sich der Täter gemacht hat, auf dem Weg zum Erfolg den letzten entscheidenden Schritt darstellt, von dem es in der Regel kein Zurück mehr gibt, es sei denn wegen äusserer Umstände, die eine Weiterverfolgung der Absicht erschweren oder verunmöglichen“ (sog. *Schwellentheorie*: BGE 118 IV 396). Die Gerichtspraxis versteht diese Formel als *subjektive Konzeption*, berücksichtigt aber trotz dieses Etiketts stets – und zu Recht – *auch objektive Kriterien*. Neben dem Tatplan wird das Stadium von dessen Ausführung berücksichtigt. Die Rechtsprechung trifft sich daher im Ergebnis weitgehend mit der Lehre, die die Abgrenzung mittels einer Kombination von objektiven und subjektiven Erfordernissen vornimmt.⁴²

Unbeendeter und beendeter Versuch (das Gesetz spricht von „unvollendet“ bzw. „vollendet“) können in Anwendung von Art. 65 StGB milder bestraft werden (Art. 21 Abs. 1, Art. 22 Abs. 1 StGB). Art. 21 StGB bestimmt den unbeendeten Versuch lediglich formal, indem er darauf abstellt, dass der Täter, nachdem er mit der Ausführung eines Verbrechens oder eines Vergehens begonnen hat, die strafbare Tätigkeit nicht zu Ende führt. Beim beendeten Versuch wird die strafbare Tätigkeit zwar zu Ende geführt, es tritt aber der zur Vollendung des Verbrechens oder des Vergehens gehörende Erfolg nicht ein. Auch für die Abgrenzung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch ist die *subjektive (Tatplan-)Perspektive* des Täters massgebend.

Beim *Rücktritt* vom unbeendeten Versuch aus eigenem Antrieb kann von einer Bestrafung Umgang genommen werden (Art. 21 Abs. 2 StGB), während *tätige Reue* beim vollendeten Versuch Strafmilderung nach freiem Ermessen ermöglicht (Art. 22 Abs. 2, Art. 66 StGB). Insoweit ist die Unterscheidung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch mit Bezug auf die Art der Rücktrittsleistung auch praktisch von Belang. Alle anderen Voraussetzungen des Rücktritts, wie etwa die endgültige Aufgabe der Tatausführung und die Freiwilligkeit, sind die gleichen. Auch der untaugliche Versuch ist strafbar, wobei bei „absoluter“ Untauglichkeit (Handeln aus Unverstand) von Strafe Umgang genommen werden kann (Art. 23 StGB).

Art. 260^{bis} StGB bestraft bestimmte *Vorbereitungshandlungen* unter anderem bei Mord und vorsätzlicher Tötung – nicht aber bei Totschlag – mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis.⁴³ Erforderlich sind planmässige konkrete technische oder organisatorische Vorkehren, deren Art und Umfang zeigen, dass der Täter sich anschickt, eine der Katalogtaten auszuführen.

⁴² Vgl. *Seelmann*, S. 94 ff.; *Rehberg/Donatsch*, S. 101 ff.; *Stratenwerth*, AT I, § 12 Rn. 33; *Trechsel/Noll*, S. 183.

⁴³ *Hurtado Pozo*, Rn. 108.

II.1.1.3. Straffreistellungsgründe

Das StGB regelt Notwehr und Notstand, wobei bei Letzterem nicht zwischen rechtfertigendem und entschuldigendem Notstand unterschieden wird.

II.1.1.3.1. Rechtfertigungsgründe

II.1.1.3.1.1. Notwehr

Nach Art. 33 Abs. 1 StGB sind, wenn jemand ohne Recht angegriffen oder unmittelbar mit einem Angriff bedroht wird, der Angegriffene und jeder andere berechtigt, den Angriff in einer den Umständen angemessenen Weise abzuwehren. Im Einzelnen sind für *Notwehr* die folgenden Voraussetzungen erforderlich:

- Es liegt ein rechtswidriger menschlicher Angriff gegen ein *individuelles* Rechtsgut vor.
- Der Angriff muss *gegenwärtig*, d.h. im Zeitpunkt der Notwehr (noch) im Gang sein oder unmittelbar drohen (BGE 93 IV 83). Dafür genügt beispielsweise ein verbaler Streit, der in eine tätliche Auseinandersetzung übergehen könnte, nicht.
- Nicht nur der Angegriffene selbst, sondern auch jeder Dritte ist abwehrberechtigt (sog. Nothilfe bzw. Notwehrhilfe).
- Die Abwehr muss *den Umständen angemessen* sein („Proportionalitätsklausel“). Nach der h.L. in Rechtsprechung und Literatur braucht der Angegriffene dem Angriff grundsätzlich nicht auszuweichen, es müssen aber die Mittel, die er zu seiner Verteidigung einsetzt, adäquat sein. Dies trifft zu, wenn der Angegriffene das leichteste der ihm zur Verfügung stehenden Verteidigungsmittel auf die leichtest mögliche Weise einsetzt (BGE 101 IV 120). Dabei ist auf die Fähigkeiten des Bedrohten abzustellen, dem gestattet ist, statt unsicherer direkt wirksame Mittel einzusetzen (BGE 79 IV 155; 102 IV 68 f.; 107 IV 15).
- Unzulässig ist dagegen ein Abwehrmittel, das im offenbaren Missverhältnis zur Schwere des Angriffs und des bedrohten Rechtsguts steht (sog. Disproportionalitätsprinzip).
- Angriffen von Kindern oder Geistesgestörten muss grundsätzlich ausgewichen werden. Bei absichtlich provozierte Notwehrlage (Notwehrprovokation) entfällt jegliches Abwehrrecht. Bei „Provokationen“, die der später Angegriffene wohl veranlasst, nicht aber vorhergesehen oder gewollt hat, ist von Fall zu Fall zu entscheiden, ob eine Einschränkung der Notwehrbefugnis eintritt.⁴⁴

Überschreitet der Abwehrende die Grenzen der Notwehr, so mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen (Art. 33 Abs. 2 Satz 1 StGB). Diese Rechtsfolge gilt nach wohl noch überwiegender h.L. nur beim intensiven Exzess, d.h. beim

⁴⁴ *Stratenwerth*, AT I, § 10 Rn. 80 mit Hinweisen.

Überschreiten der angemessenen Abwehr; beim extensiven Exzess durch Überschreiten der zeitlichen Begrenzung für die Notwehr entfällt die Strafmilderung.⁴⁵ Überschreitet der Abwehrende die Grenzen der Notwehr in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung (asthenische Affekte), so bleibt er straflos (Satz 2).

II.1.1.3.1.2. Rechtfertigender Notstand

Art. 34 StGB regelt in Ziff. 1 den *Notstand* und in Ziff. 2 die Notstandshilfe. Nach h.L. und Rechtsprechung ist die Bestimmung *auf den rechtfertigenden und entschuldigenden Notstand* anwendbar. Die Tat, die jemand begeht, um sein Gut, namentlich Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Vermögen, aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu retten, ist straflos, wenn die Gefahr vom Täter nicht verschuldet ist und ihm den Umständen nach nicht zugemutet werden konnte, das gefährdete Gut preiszugeben (Ziff. 1 Abs. 1). Im Fall des *rechtfertigenden* Notstands gelten folgende Voraussetzungen:

- Es besteht eine unmittelbar drohende Gefahr für ein individuelles Rechtsgut.
- Der Notstandseingriff muss strikt *subsidiär* sein, d.h., er muss das einzige Mittel bilden, die Gefahr abzuwenden.
- Das geschützte Rechtsgut muss nach dem *Saldoprinzip* wertvoller sein als das verletzte, wobei zwischen Aggressiv- und Defensivnotstand zu unterscheiden ist.⁴⁶ Gesichtspunkte für die Abwägung sind etwa der Rang des Rechtsguts und die Grösse der ihm drohenden Gefahr sowie die Schwere des Eingriffs.
- Das Gesetz verlangt, dass die Gefahr vom Täter nicht verschuldet ist. Lehre und Rechtsprechung interpretieren dieses problematische Element in dem Sinne, „dass der Täter die Notstandsberechtigung nur dann verliert, wenn er nicht nur die Gefahr verschuldete, sondern zugleich voraussah oder hätte voraussehen können, dass er in fremde Rechtsgüter werde eingreifen müssen“.⁴⁷
- Das Notstandsrecht entfällt bei Duldungs- oder Gefahrtragungspflichten.

Die Voraussetzungen der Notstandshilfe werden in Art. 34 Ziff. 2 StGB in einer von Ziff. 1 Abs. 1 leicht abweichenden Form umschrieben, ohne dass sich daraus sachliche Abweichungen ergeben würden. Für die Notstandshilfe gelten somit die gleichen Voraussetzungen wie für die Notstandstat.

⁴⁵ Anders bei geringfügigem zeitlichen Überschreiten (der vereinzelte) BGE 99 IV 188 f.; zustimmend *Rehberg/Donatsch*, S. 189 f.; *Seelmann*, S. 73; zweifelnd *Stratenwerth*, AT I, § 10.

⁴⁶ Vgl. *Seelmann*, S. 49 ff.

⁴⁷ *Trechsel/Noll*, S. 123 f.; vgl. *Stratenwerth*, AT I, § 10 Rn. 45 ff.

II.1.1.3.1.3. Subjektive Rechtfertigungselemente

Die Frage nach den subjektiven Elementen der Rechtfertigung hat die Praxis bisher offenbar nicht vertieft beschäftigt. Das Schrifttum geht davon aus, dass die volle Rechtfertigung subjektive Erfordernisse voraussetzt. Dabei wird durchwegs Kenntnis der rechtfertigenden Sachlage gefordert, vereinzelt darüber hinaus der Wille, den Rechtfertigungsgrund in Anspruch zu nehmen.⁴⁸ Letzteres ist abzulehnen.

II.1.1.3.2. Entschuldigungsgründe

II.1.1.3.2.1. Notstand

Art. 34 StGB umfasst, wie ausgeführt, neben dem rechtfertigenden auch *den entschuldigenden Notstand*. Hinsichtlich der unmittelbar drohenden Gefahr und der Subsidiarität kann auf die Ausführungen zum rechtfertigenden Notstand verwiesen werden. In Bezug auf das Wertverhältnis der einander gegenüberstehenden Güter ist beim Defensivnotstand erforderlich, dass das gefährdete Gut *wenigstens gleich wertvoll* ist wie dasjenige, in welches der Täter eingreift.

Der einleitend erwähnte Fall der Tötung eines „Haustyrannen“ aus dem Jahr 1996 weist in mancherlei Hinsicht Parallelen zu einigen der in den Interviews untersuchten Fallvarianten auf. Das Bundesgericht hat das Merkmal der unmittelbar drohenden Gefahr unter Rückgriff auf die deutsche Lehre und Rechtsprechung in Analogie zur Situation bei einer Präventivnotwehr definiert. Muss sozusagen jederzeit mit erneuten schwereren körperlichen Angriffen seitens des im Haushalt lebenden Partners gerechnet werden, liegt eine *Dauergefahr* vor, die eine defensive Notstandssituation begründet. Bezüglich der Subsidiarität der Notstandshandlung ist auch genau zu prüfen, ob beispielsweise eine Flucht die Gefahr nicht lediglich erhöht und die Aggression des Tyrannen noch geschürt hätte (BGE 122 IV 1 = Praxis 1996, Nr. 191).⁴⁹

Auch beim entschuldigenden Notstand ergeben sich Probleme mit dem gesetzlichen Merkmal, dass die Gefahr nicht vom Täter verschuldet sein darf. In korrigierender Auslegung wird für den Ausschluss des Notstands verlangt, dass zusätzlich zur Gefahr auch die Notstandslage selbst vorhersehbar war und dass der Täter die Gefahr pflichtwidrig herbeigeführt hat.⁵⁰ Fehlt es daran, so bleibt die Notstands-

⁴⁸ Vgl. *Strathenwerth*, AT I, § 10 Rn. 102 ff.; *Trechsel/Noll*, S. 117 f.; *Graven*, S. 109 ff.; *Rehberg/Donatsch*, S. 175 f.

⁴⁹ Das Walliser Kantonsgericht, an das die Angelegenheit zurückgewiesen worden war, verurteilte die Täterin wegen Putativnotwehr rechtskräftig zu 18 Monaten Gefängnis bedingt, NZZ Nr. 20 vom 25./26.1.1997, 16.

⁵⁰ Vgl. *Strathenwerth*, AT I, § 11 Rn. 73 mit Hinweisen.

befugnis erhalten, während der Täter, Fahrlässigkeit vorausgesetzt, für die Herbeiführung der Gefahrenlage verantwortlich gemacht werden kann.

Subjektiv ist, anders als beim rechtfertigenden Notstand, in Anlehnung an den Gesetzeswortlaut der Wille zur Rettung des eigenen Gutes erforderlich.

II.1.1.3.2.2. Notstandshilfe und Notstandsexzess

Aufgrund der gesetzlichen Regelung von Art. 34 Ziff. 2 StGB ist Notstandshilfe auch beim entschuldigenden Notstand straflos. Dies erscheint in solch allgemeiner Form als sachlich verfehlt, da die persönliche Zwangslage des direkt Betroffenen beliebigen Drittpersonen nicht einfach „zuwächst“. Sachliche Voraussetzung für ihre Entschuldigung ist die Existenz eines persönlichen Näheverhältnisses zum Gefährdeten, das normgemässes Verhalten unzumutbar erscheinen lässt. Die Vorschrift sollte insoweit einschränkend ausgelegt werden.

Strafmilderung nach freiem Ermessen tritt ein, wenn die Gefahr vom Täter verschuldet ist oder ihm den Umständen nach zugemutet werden konnte, das gefährdete Gut preiszugeben (Art. 34 Ziff. 1 Abs. 2 StGB). Auch für den Notstandshelfer gilt Strafmilderung nach freiem Ermessen, wenn er erkennen musste, dass dem Gefährdeten die Preisgabe des gefährdeten Gutes zuzumuten war.⁵¹ Dagegen sprechen die gleichen Bedenken wie gegen die Anerkennung der Notstandshilfe beim entschuldigenden Notstand an sich.

Von einem Notstandsexzess lässt sich sprechen, wenn der Notstandstäter tiefer in die Rechtssphäre des Opfers eingreift als notwendig oder wenn ihm hätte zugemutet werden können, das gefährdete Gut preiszugeben. In solchen Fällen ist die Schuld gemildert.⁵²

II.1.1.3.3. Der Irrtum über die rechtfertigende oder entschuldigende Sachlage

Art. 19 StGB (Sachverhaltsirrtum) erfasst nach unangefochten h.L. und Rechtsprechung auch die *irrtümliche Annahme der tatsächlichen Voraussetzungen* eines Rechtfertigungsgrundes (*Putativnotwehr und Putativnotstand*). Handelt der Täter in einer irrigen Vorstellung über den Sachverhalt, so beurteilt der Richter die Tat zugunsten des Täters nach dem Sachverhalt, den sich der Täter vorgestellt hat (Abs. 1). Hätte der Täter den Irrtum bei pflichtgemässer Vorsicht vermeiden können, so ist er wegen Fahrlässigkeit strafbar, wenn die fahrlässige Verübung der Tat mit Strafe bedroht ist (Abs. 2).

⁵¹ Die Vorschrift ist gesetzestechnisch gänzlich missglückt, weil sie die Voraussetzung für die Strafbarkeit des Nothelfers fälschlich als eine Bedingung der Strafmilderung formuliert, vgl. *Stratenwerth*, AT I, § 11 Rn. 79.

⁵² *Stratenwerth*, AT I, § 11 Rn. 79.

Der Wortlaut der Vorschrift erfasst an sich auch den Fall der *irrigen Annahme einer schuldausschliessenden Sachlage* (BGE 75 IV 52; 122 IV 4 f.). Dogmatisch sachgerecht ist dies nicht, weil diese Art von Irrtum den Vorsatz in Wahrheit nicht tangiert. „Richtiger wäre deshalb die entsprechende Anwendung der für den *Verbotsirrtum* geltenden Regeln [...]: Der unvermeidbare Irrtum schliesst die Schuld des Täters völlig aus und muss zur Straflosigkeit führen, der vermeidbare vermindert sie nur und wäre durch eine Strafmilderung“ zu berücksichtigen.⁵³ Beim sogenannten *Putativnotwehrexzess* verbindet sich der Irrtum über die rechtfertigende Sachlage mit der Überschreitung der angemessenen Abwehr – auch bzw. gerade mit Bezug auf die fälschlicherweise angenommene Situation.⁵⁴

Probleme der Zurechnungsfähigkeit regelt das Gesetz in Art. 10–13 StGB. Wer wegen Geisteskrankheit, Schwachsinn oder schwerer Störung des Bewusstseins zur Zeit der Tat nicht fähig war, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäss seiner Einsicht in das Unrecht der Tat zu handeln, ist nicht strafbar (*Unzurechnungsfähigkeit* nach Art. 10 StGB). War der Täter zur Zeit der Tat in seiner geistigen Gesundheit oder in seinem Bewusstsein beeinträchtigt oder geistig mangelhaft entwickelt, sodass die Fähigkeit, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäss seiner Einsicht in das Unrecht der Tat zu handeln, herabgesetzt war, so kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern (Art. 11 StGB: *verminderte Zurechnungsfähigkeit*).⁵⁵ Nicht anwendbar sind die Art. 10, 11 StGB im Fall einer *actio libera in causa* (Art. 112 StGB).

Bei Zweifeln an der Zurechnungsfähigkeit oder beim Entscheid über eine sichernde Massnahme ist eine Begutachtung anzuordnen. Aus Sicht der Praxis ist auf diesem Gebiet Art. 13 StGB besonders wichtig. Danach hat die Untersuchungs- oder die urteilende Behörde eine Untersuchung des Geisteszustands der beschuldigten Person anzuordnen, wenn sie an deren (voller) Zurechnungsfähigkeit zweifelt oder daran hätte zweifeln sollen (BGE 116 IV 273; 118 IV 6). Bei Kapitalverbrechen wird regelmässig eine psychiatrische Begutachtung durchgeführt.

II.1.1.4. Strafzumessung, Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe

II.1.1.4.1. Grundlagen der Strafzumessung

II.1.1.4.1.1. Freiheitsstrafen

Das StGB unterscheidet bei den Freiheitsstrafen zwischen *Zuchthaus*, *Gefängnis* und *Haft*. Der allgemeine gesetzliche Strafrahmen der Zuchthausstrafe als schwerster Freiheitsstrafe geht von einem Jahr bis zu 20 Jahren. Wo das Gesetz es beson-

⁵³ *Stratenwerth*, AT I, § 11 Rn. 83.

⁵⁴ Vgl. *Stratenwerth*, AT I, § 11 Rn. 84.

⁵⁵ Vorbehalten bleiben in beiden Fällen der ausgeschlossenen bzw. verminderten Zurechnungsfähigkeit strafrechtliche Massnahmen.

ders bestimmt, ist die Zuchthausstrafe lebenslänglich (Art. 35 StGB). Die kürzeste Dauer der Gefängnisstrafe beträgt drei Tage. Wo das Gesetz nicht ausdrücklich anderes bestimmt, ist die längste Dauer drei Jahre (Art. 36 StGB). Haftstrafen bilden die leichteste Form der Freiheitsstrafe und dauern von einem Tag bis zu drei Monaten (Art. 39 StGB).⁵⁶

Nach der *allgemeinen Strafzumessungsregel* von Art. 63 StGB misst der Richter die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu; dabei berücksichtigt er die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse. „Der Vollzug der Zuchthaus- und der Gefängnisstrafe soll erziehend auf den Gefangenen einwirken und ihn auf den Wiedereintritt in das bürgerliche Leben vorbereiten. Er soll zudem darauf hinwirken, dass das Unrecht, das dem Geschädigten zugefügt wurde, wiedergutmacht wird“ (Art. 37 Abs. 1 StGB).

II.1.1.4.1.2. Strafschärfung und Strafmilderung

Strafschärfungsgründe sind der *Rückfall* und das *Zusammentreffen von strafbaren Handlungen oder Strafbestimmungen* gemäss Art. 67 und 68 StGB. Wird der Täter zu Zuchthaus oder Gefängnis verurteilt und sind zur Zeit der Tat noch nicht fünf Jahre vergangen, seit er eine Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe ganz oder teilweise verbüsst hat, so erhöht der Richter die Dauer der Strafe, darf aber das Höchstmass der Strafart nicht überschreiten (Art. 67 Ziff. 1 StGB). Hat jemand durch eine oder mehrere Handlungen mehrere Freiheitsstrafen verwirkt, so verurteilt ihn der Richter zu der Strafe der schwersten Tat und erhöht ihre Dauer angemessen. Er kann jedoch das höchste Mass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen (Asperationsprinzip). Dabei ist er an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden (Art. 68 Ziff. 1 StGB: Absorptionsprinzip).

Gesetzliche Strafmilderungsgründe sind nach Art. 64 StGB:

- achtungswerte Beweggründe;
- schwere Bedrängnis;
- der Eindruck einer schweren Drohung;
- die Veranlassung durch eine Person, der der Täter Gehorsam schuldig oder von der er abhängig ist;
- die ernstliche Versuchung durch das Verhalten des Verletzten;
- Zorn oder grosser Schmerz über eine ungerechtfertigte Reizung oder Kränkung;
- aufrichtige Reue, namentlich Ersatz des Schadens, soweit zumutbar;
- Verstreichen einer verhältnismässig langen Zeit seit der Tat und Wohlverhalten des Täters während dieser Zeit sowie

⁵⁶ Die konkreten Strafrahmen der Tötungsdelikte sind unter Ziff. 1 bereits erwähnt worden.

- fehlende volle Einsicht in das Unrecht seiner Tat durch einen Täter im Alter von 18 bis 20 Jahren.

Art. 65 StGB enthält die Strafsätze, auf die der Richter bei *Strafmilderung* zu erkennen hat:

- statt auf lebenslängliches Zuchthaus: auf Zuchthaus von mindestens zehn Jahren;
- statt auf Zuchthaus mit besonders bestimmter Mindestdauer: auf Zuchthaus;
- statt auf Zuchthaus: auf Gefängnis von sechs Monaten bis zu fünf Jahren;
- statt auf Gefängnis mit besonders bestimmter Mindestdauer: auf Gefängnis;
- statt auf Gefängnis: auf Haft oder Busse.

Wo das Gesetz eine *Strafmilderung nach freiem Ermessen* vorsieht (z.B. bei verminderter Zurechnungsfähigkeit, tätiger Reue, Notwehrexzess, Überschreiten von Notstand und Notstandshilfe), ist der Richter an die Strafart und das Strafmass, die für Verbrechen oder Vergehen angedroht sind, nicht gebunden, wohl aber an das gesetzliche Mindestmass der Strafart (Art. 66 StGB).⁵⁷ Ist der Täter durch die unmittelbaren Folgen seiner Tat so schwer betroffen worden, dass eine Strafe unangemessen wäre, so sieht die zuständige Behörde von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung ab (*Verzicht auf Weiterverfolgung und Strafbefreiung* nach Art. 66^{bis} StGB).

II.1.1.4.2. Grundzüge des Strafvollzuges

Nach der Regelung über den *bedingten Strafvollzug* von Art. 41 StGB kann der Richter den Vollzug einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als 18 Monaten oder einer Nebenstrafe aufschieben, wenn Vorleben und Charakter des Verurteilten erwarten lassen, er werde dadurch von weiteren Verbrechen oder Vergehen abgehalten, und wenn er den gerichtlich oder durch Vergleich festgestellten Schaden, soweit es ihm zuzumuten war, ersetzt hat (Ziff. 1 Abs. 2). Der Aufschub ist nicht zulässig, wenn der Verurteilte innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat wegen eines vorsätzlich begangenen Verbrechens oder Vergehens eine Zuchthaus- oder eine Gefängnisstrafe von mehr als drei Monaten verbüsst hat, wobei ausländische Urteile den schweizerischen grundsätzlich gleichgestellt sind (Ziff. 1 Abs. 2).

Nach BGE 118 IV 337 ist die Grenze des bedingten Strafvollzugs bei der Strafzumessung mitzubersichtigen, wenn eine Freiheitsstrafe von nicht erheblich längerer Dauer in Betracht fällt und die Voraussetzungen des bedingten Vollzugs im Übrigen erfüllt sind. Dabei ist insbesondere abzuklären, ob angesichts der persönlichen Verhältnisse des Schuldigen der Vollzug einer unbedingten Freiheits-

⁵⁷ Die Mindeststrafe reduziert sich damit auf eine Busse in Höhe von 1 sFr. Die Höchststrafe ist nicht festgelegt, vgl. *Trechsel*, StGB, Art. 66 Rn. 3. Sie muss jedoch niedriger sein als die ordentliche Maximalstrafe.

strafe nicht dem spezialpräventiven Zweck der Verbrechensverhütung zuwiderläuft.⁵⁸ Nicht erheblich länger sind Freiheitsstrafen bis ca. 21 Monate.

Halbgefängenschaft ist für Freiheitsstrafen bis maximal sechs Monate zulässig (VStGB 3).

II.1.2. Wesenszüge des Strafverfahrensrechts

II.1.2.1./II.1.2.2. Generelle Charakterisierung der Verfahrensstruktur und Spruchkörper

Im Jahr 2000 haben Volk und Stände beschlossen, die bisher unter kantonaler Hoheit stehende Kompetenz zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafprozessrechts dem Bund zu übertragen (Art. 123 Ziff. 1 BV: sog. Justizreform).⁵⁹ In der Schweiz gab es im Zeitpunkt der Untersuchung 26 kantonale und drei bundesrechtliche Strafprozessordnungen.

Im vorgegebenen Rahmen können deshalb nur einige wenige schweizerische Besonderheiten gestreift werden. „Eine lange Tradition und die Kleinheit mancher Kantone oder Gerichtssprengel [...] bedingen ein ausgeprägtes (und weitgehend unbestrittenes) *Laienrichtertum*.“ Gesetzesbestimmungen, welche beispielsweise für vielfach als Einzige vollamtlich tätige Gerichtspräsidenten/Gerichtspräsidentinnen einen rechtswissenschaftlichen Abschluss voraussetzen, sind selten.⁶⁰ Der *Gerichtsschreiber* nimmt mit beratender Stimme an der Verhandlung und Beratung teil, besitzt wie der/die Vorsitzende volle Aktenkenntnis und begründet in der Folge das schriftliche Urteil. Urteilsfindung und -begründung sind demnach personell getrennt.

Die überwiegende Mehrzahl der Kantone kennt, abgesehen von sogenannten Bagatelldelikten, die Möglichkeit der Berufung (Appellation), bei der Tat- und Rechtsfragen überprüft werden können. Gemäss Art. 32 Abs. 3 BV hat jede verurteilte Person das Recht, ein gegen sie gefälltes Strafurteil „von einem höheren Gericht überprüfen zu lassen“. Gegen Urteile des Zürcher Geschworenengerichts ist keine Appellation möglich. Die Mehrzahl der Kantone, so auch Zürich, kennt das Institut der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde, auch Kassationsbeschwerde genannt. Mit diesem Rechtsmittel können nur (bestimmte) Rechtsverstösse gerügt werden, so insbesondere gravierende Verfahrensmängel und Willkür.

⁵⁸ Der Fall betraf die Beteiligung am professionellen Handel mit ca. 300 Kilogramm Haschisch.

⁵⁹ Am 1.1.2011 ist die neue eidgenössische Strafprozessordnung vom 5.10.2007 in Kraft getreten.

⁶⁰ Vgl. *Hauser/Schweri/Hartmann*, S. 86; allerdings sind in der Praxis immer mehr Richter Juristen.

II.1.2.3. Besonderheiten des Beweisverfahrens

Beweisregeln oder Beweislastverschiebungen kennt das schweizerische Strafrecht grundsätzlich nicht, werden doch die entscheidenden Behörden der Kantone durch Art. 249 BStP verpflichtet, die *Beweise frei zu würdigen*. Die Vorschrift legt weiter fest, dass sie dabei nicht an gesetzliche Beweisregeln gebunden sind. Alle Straftat- und Schuld-elemente sind von der Anklage zu beweisen. Es gilt der Grundsatz *in dubio pro reo*, den das schweizerische Bundesgericht aus der Unschuldsumutung von Art. 6 Ziff. 3 EMRK und dem Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 BV ableitet und den es als Beweis(würdigungs)regel und als Beweislastregel interpretiert (BGE 120 Ia 31).

Die in diesen Vorbericht einbezogenen Delikte enthalten weder Beweisregeln noch Beweislastverschiebungen. Immerhin kann die von Lehre und Rechtsprechung entwickelte dogmatische Konzeption des Eventualvorsatzes, sieht man von ihrer strafbarkeitserweiternden materiellrechtlichen Komponente einmal ab, als Beweisregel für den Beweis des direkten Vorsatzes eingestuft werden. „Praktisch dient das Institut des Eventualvorsatzes vor allem als *Beweishilfe* zum Schluss vom Wissen auf das Wollen, wenn sich dem Täter der Eintritt des Erfolges als so wahrscheinlich aufdrängte, dass ein Handeln vernünftigerweise nicht anders ausgelegt werden kann.“⁶¹

II.1.2.4. Anforderungen an die schriftliche Entscheidungsbegründung

Art und Umfang der *Begründung des Urteils* sind primär eine Frage des kantonalen Prozessrechts. Subsidiär ergibt sich jedoch ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Begründung, der in der Begründungspflicht des Art. 29 Abs. 2 BV enthalten ist. Im Übrigen muss die Begründung faktisch so differenziert sein, dass die Gesetzesanwendung auf Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts hin nachgeprüft werden kann (Art. 277 BStP). Bei Schwurgerichtsurteilen ist der Begründungspflicht Genüge getan, wenn die Geschworenen auf die ihnen gestellten Fragen mit Ja oder Nein antworten. Dafür ist Voraussetzung, dass der ihnen vorgelegte Fragebogen genau genug und so detailliert ist, „dass aus dem Urteilspruch erkennbar ist, welche Tatsachen das Gericht festgestellt hat und welchen Begehren der Anklage und Behauptungen der Verteidigung es aus welchen Gründen nicht gefolgt ist“.⁶² Die Entscheidungsbegründung erfolgt nach eigenem Wissen des Berichterstatters mit Bezug auf die Sachverhaltsfeststellung und die Strafzumessung eher oberflächlich, während Beweiswürdigung und rechtliche Erwägungen sehr viel eingehender ausfallen. Diese Wertung darf jedoch nicht zu

⁶¹ Trechsel, StGB, Art. 18 Rn. 15 (mit Hinweisen); ausführlich Vest, ZStW 103 (1991), 605 ff., besonders 609 f.

⁶² Schwenk, § 3 Rn. 61 mit Hinweis auf BGE 117 Ia 3.

dem Fehlschluss führen, dass auch die Sachverhaltsaufklärung oberflächlich sei. Diese ist gerade bei Tötungsdelikten sehr genau.

Gegen letztinstanzliche kantonale Urteile ist die Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts zulässig. Sie kann ausschliesslich damit begründet werden, dass die angefochtene Entscheidung eidgenössisches Recht verletze (Art. 268 ff. BStP). Gegen die Verletzung verfassungsgemässer Rechte einschliesslich Willkür steht die staatsrechtliche Beschwerde offen (Art. 84 OG).

II.1.2.5. Verfahrensabsprachen/Strafverfahren als Sanktion

Verfahrensabsprachen im Sinne von *plea bargainings*⁶³ waren in der schweizerischen Praxis kaum üblich.⁶⁴ Möglich sind entsprechende Konstellationen, wenn die Prozessordnung zumindest faktisch einen entsprechenden Spielraum eröffnet, was etwa im Rahmen des (gemässigten) Opportunitätsprinzips zutrifft. Rechtlich zulässig sind Absprachen, sofern sie gesetzlich vorgesehen sind (vgl. §§ 137 ff. StPO des Kantons Basel-Landschaft vom 3.6.1999: abgekürztes Verfahren; sowie Art. 316a ff. StPO des Kantons Tessin vom 19.12.1994: *procedura abbreviata*).⁶⁵

Ein gewisser Verhandlungsspielraum ergibt sich aus § 198a StPO des Kantons Zürich, wonach der Angeklagte dem Geschworenengericht überwiesen wird, wenn er den eingeklagten Sachverhalt nicht anerkennt. Wenn er den eingeklagten Sachverhalt anerkennt und sich schuldig erklärt oder wenn die Bestreitung nur solche Teile der Anklage oder des Deliktbetrags betrifft, die an sich die Zuständigkeit des Geschworenengerichts nicht begründen, wird er dem Obergericht überwiesen. Der Angeklagte hat die Wahl zwischen Geschworenengericht oder Obergericht, wenn er lediglich die rechtliche Würdigung des anerkannten eingeklagten Sachverhalts bestreitet oder wenn er den eingeklagten Straftatbestand zwar anerkennt, jedoch eine Qualifikation dieses Straftatbestands, die im Rahmen des gleichen Artikels des schweizerischen Strafgesetzbuchs einen besonderen Strafraum begründet, bestreitet oder wenn er die eingeklagten strafbaren Handlungen vor der Vollendung des 25. Lebensjahres begangen hat.

Die Problematik eines bewussten Einsatzes des Strafverfahrens als Sanktion wird im schweizerischen Schrifttum, soweit ersichtlich, nicht diskutiert und es sind dem Berichterstatter keine einschlägigen Fälle bekannt.

⁶³ Piquerez, S. 260 ff.

⁶⁴ Oberholzer, AJP 1992, 7 ff.; ders., ZStrR 110 (1993), 157 ff.; Donatsch, ZStrR 110 (1992), 159 ff.; vgl. nun aber die gesetzliche Regelung des sog. abgekürzten Verfahrens in Art. 358 ff. schweizerische StPO.

⁶⁵ Vgl. Braun.

II.1.3. Äusserer Rahmen der Strafvollstreckung

Gefangene, die mindestens die Hälfte der Strafzeit – bei lebenslänglichem Zuchthaus mindestens zehn Jahre – verbüsst haben, können bei Bewährung in freier geführte Anstalten oder Anstaltsabteilungen eingewiesen oder auch ausserhalb der Strafanstalten beschäftigt werden (Halbfreiheit nach Art. 37 Ziff. 3 Abs. 2 StGB). Die bedingte Entlassung setzt in formeller Hinsicht voraus, dass der zu Zuchthaus oder Gefängnis Verurteilte zwei Drittel der Strafe, bei Gefängnis mindestens drei Monate, verbüsst hat. In materieller Hinsicht ist erforderlich, dass sein Verhalten während des Strafvollzugs nicht dagegen spricht und anzunehmen ist, er werde sich in der Freiheit bewähren (Art. 38 Ziff. 1 Abs. 1 StGB). Hat ein zu lebenslänglicher Zuchthausstrafe Verurteilter 15 Jahre erstanden, so kann ihn die zuständige Behörde bedingt entlassen (Art. 38 Ziff. 1 Abs. 2). Die zuständige Behörde ist in aller Regel eine Verwaltungsinstanz.⁶⁶

II.2. Befragung der Landesjuristen/Landesjuristinnen

II.2.1. Bildung der Stichprobe

Die Mitwirkung an der Befragung war mit nicht unerheblichem Zeitaufwand verbunden.⁶⁷ Befragt wurden neun Juristen und eine Juristin, die sich auf drei Kantone verteilten.⁶⁸ Alle verfügten über langjährige bzw. jahrzehntelange praktische Erfahrung in ihrer Funktion.⁶⁹

In zwei Kantonen konnten dabei von allen Verfahrensbeteiligten je eine Vertreterin bzw. ein Vertreter (Staatsanwältin/Staatsanwalt, Verteidiger, Gerichtspräsident) erfasst werden. Im dritten Kanton wurden ein Verteidiger, ein Gerichtspräsident und ein Vize-Gerichtspräsident befragt.

Die Gespräche fanden zwischen dem 29.10.1996 und dem 6.3.1997 statt. Ihre Dauer betrug zwischen anderthalb und drei Stunden. Neun Interviews wurden auf

⁶⁶ Vgl. *Trechsel*, StGB, Art. 38 Rn. 11.

⁶⁷ Es sei deshalb an dieser Stelle allen Beteiligten nochmals herzlich gedankt.

⁶⁸ Den Interviewten wurde strikte Vertraulichkeit zugesichert. Angesichts der Kleinräumigkeit gewisser Schweizer Kantone verbietet es sich, diese zu nennen, weil sonst Rückschlüsse auf die Identität der Befragten nicht ausgeschlossen wären. Es handelt sich um städtisch geprägte Kantone.

⁶⁹ In einem Fall handelt es sich um einen im fraglichen Zeitpunkt erst seit Kürzerem im Amt stehenden Gerichtspräsidenten, der vorher aber langjähriger erster Staatsanwalt des gleichen Kantons gewesen ist.

Frage: Funktion und Berufserfahrung der befragten Personen (in Jahren)?

Funktion	Anzahl	Erfahrung	Erfahrung	Erfahrung	Erfahrung
Staatsanwalt*	3	5	7	12	
Richter**	4	1	12	19	20+
Verteidiger	3	13	14	20+	

Allgemeine Tabelle: Landesjuristen; * davon ist einer Untersuchungsrichter; ** davon ist einer gleichzeitig Universitätsprofessor.

Tonband aufgenommen.⁷⁰ Den Gesprächen lag der im Anhang wiedergegebene Interview-Leitfaden zugrunde, wobei es bei den Fallvarianten 2 und 3 zu Kürzungen kam; so wurde unter anderem Selbstverständliches nicht nochmals abgefragt. Allen befragten Personen wurde bei der – entweder mündlichen oder schriftlichen – Kontaktaufnahme der Zweck des Projektes erläutert – sie erhielten zudem vorgängig per Post die Fallbeispiele, nicht aber – natürlich – den Fragebogen.

III. Beurteilung der Fallvarianten

III.1. Fallvariante 1

III.1.1. Materielle rechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.1.1.1. Tatbestandliche Einstufung

III.1.1.1.1. Rechtliche Vorgaben

Der Grundtatbestand der *vorsätzlichen Tötung* nach Art. 111 StGB ist aufgrund der Vorgaben der Fallbeispiele, insbesondere der angenommenen Vorsätzlichkeit, ohne weitere Prüfung als gegeben vorauszusetzen.⁷¹ Zu prüfen ist, ob statt Art. 111 StGB entweder die privilegierte Variante des Totschlags (Art. 113 StGB) oder die qualifizierte des Mordes (Art. 112 StGB) infrage kommt.

⁷⁰ Eines wurde nachträglich durch den Berichtersteller anhand der angefertigten Notizen auf Band diktiert.

⁷¹ Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts genügt Eventualvorsatz, der vorliegt, wenn der Täter den als möglich vorausgesehenen Erfolg für den Fall seines Eintritts billigt, sich mit ihm abfindet oder ihn in Kauf nimmt. Vgl. jüngst *Maier/Schöning*, ZStrR 118 (2000), 270 ff. mit Hinweisen.

Voraussetzung des *Totschlags* ist, dass der Täter „in einer nach den Umständen entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung oder unter grosser seelischer Belastung“ gehandelt hat. Die erste Gesetzesvariante bezieht sich auf die schuldmlindernde Wirkung sthenischer und asthenischer Affekte, die unmittelbar vor und während der Tat bestanden haben müssen. Der Sachverhalt enthält keinerlei Anhaltspunkte für das Bestehen einer Affektsituation im Tatzeitpunkt. Der zweite Milderungsgrund der grossen seelischen Belastung erfordert eine schwere und unausweichliche Zwangslage, welche die Entscheidungsfreiheit des Täters wesentlich einengt (und zwar stärker als die schwere Bedrängnis im Sinne des Strafmilderungsgrundes von Art. 64 Abs. 2 StGB). Ob eine ausreichend grosse seelische Belastung bei der T vorliegt, bleibt vom Sachverhalt her offen, desgleichen, ob der Konflikt unausweichlich ist, was allerdings eher zu verneinen sein wird. Zusätzliches Erfordernis des Totschlags wäre die Entschuldbarkeit (des Affekts oder) der grossen seelischen Belastung.⁷²

Mord verlangt, dass der Täter besonders skrupellos gehandelt hat, namentlich sein Beweggrund, der Zweck der Tat oder die Art der Ausführung besonders verwerflich sind. Entscheidend für die Mordqualifikation ist eine Gesamtwürdigung der äusseren und inneren Umstände, unter denen der Täter gehandelt hat. Die im Gesetzestext aufgeführten Varianten bilden nicht abschliessende Indizien für eine gegenüber dem Grundtatbestand der vorsätzlichen Tötung gesteigert verwerfliche und damit in besonderem Mass vorwerfbare Tötung. Im Fall der T erscheinen Beweggrund und Zweck der Tat in diesem Licht von vornherein nicht als besonders verwerflich, nachdem es in der Ehe zu ständigen Streitereien gekommen ist, der O täglich grosse Mengen Alkohol trinkt und die T immer wieder heftig schlägt. Hinsichtlich des Beweggrundes zielt die Tat auf Befreiung vom despotischen Ehemann und ist insoweit psychologisch erklärbar. Die Beseitigung des Mannes als ihr Zweck geht nicht über die normale Verwerflichkeit einer vorsätzlichen Tötung hinaus. Es verbleibt die Art der Ausführung, bei der Mord in der Regel bei Grausamkeit, Heimtücke oder besonderen Tatmitteln wie z.B. Gift angenommen wird. Im Fall der T kommt Heimtücke infrage, da die Tat unter Ausnutzung der besonderen Arg- und Wehrlosigkeit des schlafenden O verübt wird. Die Lehre verlangt insofern aber nahezu geschlossen, dass der Täter das Vertrauen des Opfers erschlichen hat, um es zu töten, was hier ausscheidet. T nützt hingegen die Wehrlosigkeit des O aus, was die Praxis unter dem Widerspruch der Doktrin teilweise für Mord genügen lässt. Die Tötung des Ehegatten gilt *per se* nicht als Regelbeispiel für Mord, sondern sie ist ein Bestandteil der Gesamtwertung, in der auf der anderen Seite der Waagschale die ständigen Misshandlungen seitens des O ein Gegengewicht bilden.

⁷² Nach bundesgerichtlicher Praxis wird auch hinsichtlich der grossen seelischen Belastung Entschuldbarkeit vorausgesetzt.

Gegen Mord spricht, dass sich die Tat als verzweifelte Entladung einer gravierenen Konfliktsituation darstellt.⁷³

Meines Erachtens ist deshalb davon auszugehen, dass das Gericht auf vorsätzliche Tötung entscheiden würde, zumindest nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* unterstellt, dass die T im Tatzeitpunkt effektiv keinen anderen Ausweg gesehen hat. Die Strafe sollte sich meiner Ansicht nach im Rahmen von fünf bis sieben Jahren Freiheitsentzug bewegen. Für die Prognose des Urteils dürfte sich ein Bereich zwischen fünf und zwölf Jahren als angemessen erweisen.

III.1.1.1.2. Ergebnisse der Befragung

Die *Einschätzungsfrage*⁷⁴ nach dem durch das Gericht angewendeten Tötungsdelikt brachte eine klare Mehrheit von sieben Praktikern für den *Grundtatbestand des Art. 111 StGB*, ein weiterer Interviewter war tendenziell der gleichen Auffassung. Ein befragter Verteidiger vertrat die Auffassung, es liege zwar ein Fall des Art. 111 StGB vor, das Gericht würde jedoch eher auf Mord erkennen.⁷⁵ Der befragte Untersuchungsrichter stufte die Tatbegehung als heimtückisch ein und gelangte tendenziell zur Mordqualifikation. Bei der Frage nach dem konkreten Strafmass äusserte er jedoch ungefragt eine Alternativprognose mit Blick auf Art. 111 StGB. Einer der befragten Gerichtspräsidenten hielt die Fallschilderung für zu mager, um sich zur Frage der tatbestandlichen Qualifikation äussern zu können.⁷⁶

Bei den befragten Richtern dürfte sich die Antwort auf die Einschätzungsfrage mit ihrer persönlichen Prognose decken. Gleiches gilt wohl bezüglich der beiden Staatsanwälte, die den Grundtatbestand von Art. 111 StGB nannten, eine erwartete abweichende Meinung des Gerichts aber wohl geäussert hätten.⁷⁷ Die Verteidiger waren geschlossen der Auffassung, Art. 111 StGB müsse zur Anwendung gelangen. Einer ging allerdings davon aus, das Gericht würde wahrscheinlich auf Mord erkennen. Eine mögliche Anwendung des Strafmilderungsgrundes der schweren Bedrängnis im Sinne von Art. 64 StGB wurde von allen Befragten in Erwägung

⁷³ Letzteres war für das Bundesgericht im Fall BGE 104 IV 150 Anlass für die Annahme vorsätzlicher Tötung. Die Tötung des schlafenden Vaters und des schlafenden Ehegatten durch die Ehefrau, um zu verhindern, dass sie Kenntnis von ihren Schulden erhielten (BGE 80 IV 240), sowie der Fall, dass der Täter die von ihm Geschwängerte unter dem Vorwand der Durchführung einer Abtreibung an eine einsame Stelle lockte und dort erschoss (BGE 101 IV 279), wurden dagegen als Mord beurteilt.

⁷⁴ Es wurde gefragt, wie die Fallvariante *zu subsumieren ist* bzw. wie der/die Gesprächspartner/-in die Fallvariante *subsumieren würde*.

⁷⁵ Hinter dieser Einschätzung stand eine entsprechend kurze Zeit vorher gemachter Erfahrung.

⁷⁶ Ein anderer kam zur gleichen Schlussfolgerung hinsichtlich der Unmöglichkeit, ggf. Totschlag in der Alternative der grossen seelischen Belastung prüfen zu können.

⁷⁷ Für die professionelle Tätigkeit des befragten Untersuchungsrichters, der von Mord ausgeht, ist die tatbestandliche Einstufung nicht unmittelbar entscheidungserheblich.

gezogen. Verschiedentlich wurde in diesem Zusammenhang auf die insoweit nicht ausreichenden Sachverhaltsvorgaben hingewiesen. Alle befragten Verteidiger äusserten, zwar auf schwere Bedrängnis plädieren zu wollen, erachteten ihre Erfolgsaussichten diesbezüglich aber als sehr bescheiden. Für wahrscheinlich hielten den entsprechenden Milderungsgrund der Untersuchungsrichter und drei der befragten Richter. Der Verteidiger, der ein auf Mord lautendes Urteil prognostizierte, erachtete aufgrund der langen Konfliktsituation eine Verminderung der Zurechnungsfähigkeit gemäss Art. 11 StGB als wahrscheinlich.

Frage: Welcher Tatbestand würde auf die Fallvariante 1 angewendet werden?

	Straftateinschätzung	Milderungsgründe, Art. 64 StGB
1/Richter	Vorsätzliche Tötung, Art. 111 StGB	Evtl. schwere Bedrängnis; Provokation
2/Richter	Vorsätzliche Tötung, Art. 111 StGB	Nein
3/Richter	Vorsätzliche Tötung, Art. 111 StGB	Evtl. schwere Bedrängnis
4/Untersuchungsrichter	Mord, Art. 112 StGB	Schwere Bedrängnis; evtl. Provokation
5/Staatsanwalt	Vorsätzliche Tötung, Art. 111 StGB	Evtl. schwere Bedrängnis
6/Staatsanwalt	Vorsätzliche Tötung, Art. 111 StGB	Nein
7/Verteidiger	Vorsätzliche Tötung, Art. 111 StGB	Evtl. schwere Bedrängnis
8/Verteidiger	Mord, Art. 112 StGB	Evtl. schwere Bedrängnis
9/Verteidiger	Vorsätzliche Tötung, Art. 111 StGB	Evtl. schwere Bedrängnis
10/Richter	Vorsätzliche Tötung, Art. 111 StGB	Evtl. schwere Bedrängnis

Tabelle 1-1: Tatbestandliche Einstufung

Das Ergebnis der Befragung ist hinsichtlich der Urteilsprognose klar, hielt doch eine eindeutige Mehrheit der befragten Personen den Grundtatbestand der vorsätzlichen Tötung (Art. 111 StGB) für anwendbar. In der Tendenz dürften sich die Antworten mit der persönlichen Einschätzung recht weitgehend decken. Ein Verteidiger ging explizit davon aus, das Gericht würde die Fallvariante 1 als Mord (Art. 112 StGB) qualifizieren. Die nachfolgende Tabelle enthält eine Zusammenfassung der geäusserten Urteilsprognosen.

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unent- schieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Mord, qualifiziert	1	1	–	1	7	–	10
Vorsätzliche Tötung, Aus- gangstatbestand	7	1	–	1	1	–	10
Totschlag, privilegiert	–	–	–	–	–	–	–

III.1.1.2. Eingreifen von Straffreistellungen

III.1.1.2.1. Rechtliche Vorgaben

Für die Annahme von Notwehr in dem Sinne, dass die T durch O ohne Recht angegriffen oder unmittelbar mit einem Angriff bedroht war, findet sich im Sachverhalt kein Hinweis.⁷⁸ Es fehlt ein gegenwärtiger oder unmittelbar drohender Angriff. Rechtfertigender Notstand kommt nicht infrage, weil bedrohtes und verletztes Rechtsgut gleichwertig sind. Ein übergesetzlicher rechtfertigender Notstand kommt nach schweizerischem Recht allein dort in Betracht, wo die abzuwendende Gefahr ein Rechtsgut der Allgemeinheit betrifft, und scheidet deshalb vorliegend aus.

In BGE 122 IV 1 ff. hat das Bundesgericht in Anlehnung an die deutsche Praxis ein kantonales Urteil aufgehoben, weil nicht geprüft worden war, ob die Täterin in entschuldigendem Notstand gehandelt hatte. Nachdem ihr Ehemann sie wiederholt misshandelt hatte, bedrohte er sie eines Abends mit einem Revolver und erklärte ihr danach, er hätte sie erschossen, wenn die Kinder nicht so geschrien hätten, als er ihr die Waffe gezeigt habe. Des Nachts nahm sie den Revolver, der unter dem Kopfkissen ihres Mannes lag, und erschoss ihn. Das Bundesgericht verwies auf den Unterschied zwischen unmittelbarem Angriff und unmittelbarer Gefahr, wobei Letztere auch in einer Dauergefahr bestehen könne. Beim Erfordernis, dass die Gefahr nicht anders abwendbar gewesen sein dürfe, sei zu beachten, dass eine Flucht die Gefahr auch erhöhen könne.⁷⁹

Im vorliegenden Fall fehlt es an einer (Dauer-)Gefahr für das Leben der T. Eine (Dauer-)Gefahr für ihre körperliche Integrität reicht nicht zur Annahme eines entschuldigenden Zustands. Auch ist der T ein anderer Ausweg zumutbar. Anhaltspunkte für eine Unzurechnungsfähigkeit im Sinne von Art. 10 StGB bestehen nicht.

⁷⁸ *Trechsel* stellt allerdings bei andauernden Misshandlungen durch Haustyrannen wegen Dauerangriffs ein Notwehrrecht zur Debatte, KritV 2000, 186 ff.

⁷⁹ In der Folge verurteilte das Walliser Kantonsgericht die Frau wegen fahrlässiger Tötung in Putativnotstand zu 18 Monaten bedingt. Das Bundesgericht hat dieses Urteil am 29.11.1996 bestätigt (Nr. 6, S. 543/1996).

Eine Verminderung der Zurechnungsfähigkeit wäre durch ein psychiatrisches Gutachten abzuklären.

T ist demnach gemäss Art. 111 StGB, ggf. in Verbindung mit Art. 11 StGB, zu verurteilen.

III.1.1.2.2. Ergebnisse der Befragung

Alle befragten Praktiker/-innen haben die Annahme von Notwehr oder Notstand *verneint*.

Angesichts der wenig konkreten Fallschilderung blieben die Befragten hinsichtlich einer möglichen Störung der *Einsichts-* oder *Steuerungsfähigkeit teilweise unentschieden*. Immerhin drei hielten eine solche für tendenziell wahrscheinlich und zwei für naheliegend.

Frage: Welche Bedeutung hat eine mögliche Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit der T?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angabe	Summe
Ist naheliegend	2	3	5	–	–	–	10
Führt zu Strafmilderung	2	3	5	–	–	–	10
Führt zu Straffreiheit	–	–	–	–	–	–	–

Tabelle 1-2: Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit

Der Umstand, dass der Verteidiger, der eher mit einem auf Mord lautenden Urteil rechnete, eingeschränkte Zurechnungsfähigkeit aufgrund der langjährigen Konfliktsituation für wahrscheinlich hielt, spricht gegen einen ausschlaggebenden Einfluss von Art. 111 StGB auf die tatbestandliche Qualifizierung.

Vier der Praktiker plädierten für die Annahme des Strafmilderungsgrundes der *schweren Bedrängnis* (Art. 64 Abs. 2 StGB), während drei weitere diesen Punkt für zumindest prüfenswert hielten. Drei aus der gleichen Siebenergruppe nannten als Möglichkeit noch Provokation im Sinne des Art. 64 Abs. 6 StGB, verwiesen aber gleichzeitig auf die insoweit fehlende Konkretetheit des Fallbeispiels.

Auffallend ist, dass der Interviewte, welcher für Mord aus Heimtücke plädierte, den Milderungsgrund der schweren Bedrängnis für gegeben und gleichzeitig Provokation für möglich hielt. Auch insoweit scheint ein Einfluss auf die eingangs des Interviews gestellte Tatbestandsfrage auszuschneiden.

III.1.1.3. Strafrahmenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.1.1.3.1. Rechtliche Vorgaben

Der Strafrahmen der vorsätzlichen Tötung lautet auf Zuchthaus von 5 bis 20 Jahren (im Fall des Mordes ist die Strafe lebenslängliches Zuchthaus oder Zuchthaus von 10 bis 20 Jahren). Als Strafmilderungsgrund im Sinne von Art. 64 Abs. 2 StGB kommt schwere Bedrängnis in Betracht. Sie ist eine Vorform des Notstands, wobei unerheblich ist, ob der Täter die Notlage selbst verschuldet hat oder nicht. In einzelnen Entscheidungen wird zudem die Berufung auf schwere Bedrängnis ausgeschlossen, wenn die in dieser Lage verübte Tat unverhältnismässig schwer gewesen ist. Die bundesgerichtliche Praxis erscheint mir insgesamt zu wenig gefestigt, als dass ich die etwaige Anwendung des Strafmilderungsgrundes der schweren Bedrängnis beurteilen könnte. Strafschärfungsgründe liegen hier (und in den übrigen Fallvarianten) nicht vor.

Für die konkrete Strafzumessung ist von einem Bereich zwischen fünf und zwölf Jahren Zuchthaus auszugehen. Bei Annahme einer verminderten Zurechnungsfähigkeit durch geringfügig herabgesetzte Steuerungsfähigkeit würde die Strafe um bis zu ein Drittel gemildert. Bei einer mittelgradig verminderten Zurechnungsfähigkeit beträgt die Milderung bis zur Hälfte, bei einer hochgradig verminderten Zurechnungsfähigkeit bis zu drei Viertel. Der bedingte Straferlass kommt kaum infrage, da die Obergrenze hierfür bei 18 Monaten Freiheitsstrafe liegt.

III.1.1.3.2. Ergebnisse der Befragung

Zu den Strafrahmen der Tötungsdelikte ist die Praktikerguppe nicht befragt worden – sie sind den Praktikern ohnehin geläufig und ergeben sich zudem aus dem Gesetz.

Die Einschätzung bzw. *Prognose*⁸⁰ der konkreten Strafbemessung ist zunächst von der tatbestandlichen Einstufung abhängig. Die Strafrahmen der Art. 111–113 StGB überlappen sich jedoch schon als solche teilweise sehr erheblich:

Art. 111 StGB (vorsätzliche Tötung)	5 bis 20 Jahre
Art. 112 StGB (Mord)	10 bis 20 Jahre ⁸¹
Art. 113 StGB (Totschlag)	1 Jahr bis 10 Jahre

⁸⁰ Insoweit wurde nicht nach der persönlichen Einschätzung, sondern nach der Prognose des/der Interviewten gefragt.

⁸¹ Bzw. lebenslänglich.

Tritt einer der technischen Strafmilderungsgründe gemäss Art. 64 StGB hinzu, so erfolgt Strafmilderung nach den Ansätzen des Art. 65 StGB (also z.B. statt Zuchthaus mit besonders bestimmter Mindestdauer Zuchthaus⁸² schlechthin). Eine Verminderung der Zurechnungsfähigkeit im Sinne von Art. 11 StGB eröffnet bereits die Möglichkeit der Strafmilderung nach freiem Ermessen, womit das Gericht nicht mehr an die tatbestandlich vorgesehene Straftat und das Strafmass gebunden ist (Art. 66 StGB). Die theoretische Strafuntergrenze liegt dann bei sFr. 1.

Alle Befragten wurden beim Interview (zumindest implizit) nach ihrer konkreten *Urteilsprognose* gefragt. Während diese bei den Richtern (einschliesslich des Untersuchungsrichters) der persönlichen Einschätzung entsprechend ausfällt, gilt dies für die Verteidiger kraft ihres Auftrags, ein für den Angeklagten möglichst günstiges Urteil zu erwirken, natürlich nicht. Bei den Staatsanwälten lässt sich die per-

Frage: Welche konkrete Sanktion hat T zu erwarten?

	Ansicht des Gesprächspartners	Prognose der gerichtlichen Entscheidung	Prognose bzgl. Strafmilderungsgründen
1/Richter	8 als Ausgangsbasis (Art. 111)	8 als Ausgangsbasis (Art. 111)	Evtl. schwere Bedrängnis
2/Richter	10 (Art. 111)	10 (Art. 111)	Nein
3/Richter	7 (Art. 111)	7 (Art. 111)	Evtl. schwere Bedrängnis
4/Untersuchungsrichter	8–10 (Art. 112)	8–10 (Art. 111, evtl. 112)	Schwere Bedrängnis
5/Staatsanwalt	Nicht gefragt (Art. 111)	6–8 (Art. 111)	Evtl. schwere Bedrängnis und Art. 11 StGB
6/Staatsanwalt	Nicht gefragt (Art. 111)	5–10 (Art. 111)	Evtl. Art. 11 StGB
7/Verteidiger	Nicht gefragt (Art. 111)	6 (Art. 111)	Nein
8/Verteidiger	Nicht gefragt (Art. 111)	8–10 (Art. 112)	Art. 11 StGB
9/Verteidiger	Nicht gefragt (Art. 111)	3–6 (Art. 111)	Nein
10/Richter u. Professor	?–5 (Art. 111)	?–5 (Art. 112)	Evtl. schwere Bedrängnis

Tabelle 1-3: Sanktionsprognose

⁸² Die allgemeine Mindestdauer dieser Straftat beträgt gemäss Art. 35 Satz 2 StGB ein Jahr.

sönliche Einschätzung aus der Antwort auf die Prognosefrage selbst kaum erhehlen.⁸³

Keiner der befragten Praktiker prognostizierte eine Strafe von mehr als zehn Jahren Zuchthaus. Zwischen Prognose und beruflicher Funktion bestand weder eine klar positive noch eine negative Korrelation. Die niedrigsten Prognosen beliefen sich auf drei bis sechs Jahre (Verteidiger) bzw. auf max. fünf Jahre (Gerichtspräsident). Die höchsten Prognosen (zehn Jahre) äusserten ein Richter, der Untersuchungsrichter und ein Verteidiger. Ein Staatsanwalt ging von einer zu erwartenden Strafe von fünf bis zehn Jahren aus.

Der m.E. insgesamt überraschend *hohe Grad an Übereinstimmung* erhöht sich noch, wenn berücksichtigt wird, dass einige der höheren Prognosen unter dem ausdrücklichen *Vorbehalt* erfolgt sind, dass nicht eine Verminderung der Zurechnungsfähigkeit vorliege, während eine solche (bzw. eine Strafmilderung nach Art. 64 StGB) bei einigen niedrigeren Annahmen bereits *enthalten* ist. Im Fall der prognostizierten Strafobergrenze von fünf Jahren wird schwere Bedrängnis als wahrscheinlich angenommen.

Die Annahme – beide Male prognostische Einschätzungen – einer tatbestandlichen Qualifizierung als Mord führte hingegen, unabhängig von der beruflichen Position, zu einer Strafprognose von acht bis zehn Jahren⁸⁴ und liegt damit über dem Durchschnitt. Die insoweit für möglich gehaltenen Strafmilderungsgründe (vgl. III.1.1.2.2.) ändern daran nichts.

III.1.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte

Ein entsprechender Überblick, der über die unverbundene Aufzählung isolierter erschwerender und mildernder Umstände hinausgeht, ist angesichts ausreichender Sachverhaltsangaben kaum möglich.

Es liegen *keine* Strafschärfungsgründe vor, was auch von den hierzu sicherheits halber noch befragten Praktikern bestätigt worden ist. Etwa in Betracht kommende Strafmilderungsgründe (schwere Bedrängnis, Provokation) sind unter III.1.1.2.2. bereits genannt. Soweit sie gegeben sein sollten, führen sie – wie die entlastenden Umstände (Misshandlungen, Konfliktsituation) – jedenfalls zu einer *Strafminderung*. Als erschwerende Momente wurden Vorbedacht und Tatwerkzeug sowie Wehrlosigkeit des Opfers (Letzteres von insgesamt sieben Befragten) genannt. *Keine* Bedeutung wurde der Identität des Opfers (Ehegatte) zugemessen.

⁸³ Auch die Verteidiger wurden nicht gefragt, auf welches Strafmass sie plädieren würden.

⁸⁴ Fast durchwegs wurde betont, dass ein derart abstraktes Lehrbuchbeispiel keine konkrete Urteilsprognose zulasse.

III.1.2./III.1.3. Einflüsse des Strafverfahrens und der Strafvollstreckung

Eine Berücksichtigung vollzugstechnischer Aspekte bei der tatrichterlichen Sanktionierung ist, von der Frage des bedingten Strafvollzugs abgesehen, kaum denkbar, da die Kompetenz für etwaige Lockerungen bei den administrativen Behörden liegt. Aus diesem Grund sind die Praktiker dazu auch nicht befragt worden.

Mit Bezug auf etwaige Einflüsse des Strafverfahrens ist festzuhalten, dass eine Einflussnahme der Anklagebehörde auf Spruchkörper und Verfahrensart – zumindest im Fall der involvierten drei Prozessordnungen – ausscheidet. Tötungsdelikte werden nach diesen durch in maximaler personeller Besetzung (in zwei Kantonen fünf und im dritten drei Richter/-innen) tagende Strafgerichte beurteilt.

Hinweise zu denkbaren Verteidigungsstrategien sind mit Ausnahme der Frage der Zurechenbarkeit kaum erfolgt, was angesichts der als feststehend vorgegebenen Sachverhaltselemente nicht verwundern kann.

Zu behandeln bleibt an dieser Stelle (somit) einzig die Problematik der Beauftragung von Sachverständigen.⁸⁵ Die befragten Praktiker waren allesamt der Ansicht, dass *bei allen vier* Fallvarianten *ein Gutachten zur Frage der Zurechnungsfähigkeit erstellt* würde. Die nachfolgende Tabelle gilt demnach für sämtliche Fallvarianten. Der entsprechende Konsens wird, wenn überhaupt, routinemässig damit begründet, dass dies bei allen Tötungsdelikten, *zumindest aber bei allen tödlichen Beziehungsdelikten*, so gehandhabt werde. Art. 13 StGB wird in der Praxis also in dem Sinn interpretiert, dass die Zurechnungsfähigkeit bei Tötungsdelikten grundsätzlich abzuklären ist. Ein besonderer Beweisaufwand aufseiten der Anklage oder der Ver-

Frage: Welche prozessuale Auswirkung hat die Einrede der Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Geltendmachung	10	–	–	–	–	–	10
Beweisaufwand	–	–	–	–	–	10 (nicht gefragt)	–
Beziehung eines Experten	10	–	–	–	–	–	10

Tabelle 1-4-1: Einrede der Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit im Strafverfahren

⁸⁵ Auf Fragen der Beweislastverteilung wird im Kontext von Fallvariante 4 einzugehen sein.

teidigung ist damit nicht verbunden, sofern man von der Formulierung des Gutachtersauftrags und der begleitenden (Ergänzungs-)Fragen absieht.⁸⁶ Die Expertise wird regelmässig von psychiatrischen Gutachtern (vielfach gerichtsmedizinischer Profession) erstellt.

III.2. Fallvariante 2

III.2.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.2.1.1. Tatbestandliche Einstufung

III.2.1.1.1. Rechtliche Vorgaben

Es ist zu prüfen, ob aufgrund der gegenüber der Fallvariante 1 veränderten Situation *Totschlag* in Betracht kommt.

Da die T völlig verzweifelt und beim Anblick des alkoholisierten und eingeschlafenen O plötzlich von ihren Gefühlen überwältigt zur Ausführung der Tat schreitet, liegt ein asthenischer Affekt vor. Der Affekt allein schliesst die Annahme einer vorsätzlichen Tötung oder eines Mordes nicht zwingend aus. Um zur Anwendung des privilegierten Tatbestands des Totschlags (Art. 113 StGB) zu führen, muss er nicht nur psychologisch erklärbar, sondern bei objektiver Bewertung nach den ihn auslösenden äusseren Umständen entschuldbar sein. Dies trifft nach ständiger Rechtsprechung dann zu, wenn er in Anbetracht der gesamten äusseren Umstände menschlich verständlich erscheint, d.h., es muss angenommen werden können, auch ein anderer, an sich anständig Gesinnter wäre in der betreffenden Situation leicht in einen solchen Affekt geraten. Zusätzlich wird von der überwiegenden Lehre und der Rechtsprechung verlangt, dass der Konflikt oder die Notlage nicht vorwiegend vom Täter verschuldet worden ist.

Aufgrund der feststehenden Ausgangssituation (Zerrüttung der Ehe durch ständige Streitereien und häufige heftige körperliche Misshandlungen der T durch den alkoholisierten O) erscheint es – wenigstens in Anwendung von *in dubio pro reo* – menschlich verständlich, dass die T in einen Affekt geraten ist. Der Affekt ist daher als entschuldbar zu werten, sodass Totschlag anzunehmen ist.⁸⁷

III.2.1.1.2. Ergebnisse der Befragung

Alle befragten Praktiker gingen davon aus, dass T im Affekt gehandelt hat. Neuntendierten auch zur Annahme eines *entschuldbaren Affekts* und gelangten damit im

⁸⁶ Die Gesprächsteilnehmer/-innen sind danach *nicht* gefragt worden.

⁸⁷ Die alternative Totschlagsvariante der grossen seelischen Belastung braucht deshalb nicht geprüft zu werden.

Ergebnis zur Qualifikation der Tat als Totschlag. Für vier der Befragten erschien dieses Resultat im Grunde klar, während vier weitere zwar eindeutig zu ihm neigten, aber betonten, dass die Sachverhaltsangaben eher (zu) knapp ausgefallen seien. Ein Verteidiger bejahte zwar persönlich die Wertung als Totschlag, ging jedoch davon aus, dass ein Gericht wegen fehlender Entschuldbarkeit auf vorsätzliche Tötung erkennen würde. Im Übrigen kann angenommen werden, dass persönliche Einschätzung und Prognose sich decken. Einer der interviewten Staatsanwälte gelangte zur Annahme einer vorsätzlichen Tötung, weil der Affekt der T wahrscheinlich nicht entschuldbar sei.

Frage: Welchen Tatbestand würden Sie auf Fallvariante 2 anwenden?

Gesprächspartner/Fall	Strafateinschätzung
1/Richter	Totschlag, Art. 113 StGB
2/Richter	Totschlag, Art. 113 StGB
3/Richter	Totschlag, Art. 113 StGB
4/Untersuchungsrichter	Totschlag, Art. 113 StGB
5/Staatsanwalt	Vorsätzliche Tötung, Art. 111 StGB
6/Staatsanwalt	Totschlag, Art. 113 StGB
7/Verteidiger	Totschlag, Art. 113 StGB
8/Verteidiger	Totschlag, Art. 113 StGB
9/Verteidiger	Totschlag, Art. 113 StGB
10/Richter	Totschlag, Art. 113 StGB

Tabelle 1-2: Tatbestandliche Einstufung

Die tatbestandliche Qualifizierung der Fallvariante 2 erweist sich als ausgesprochen einheitlich.

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Mord, qualifiziert	–	–	–	–	–	–	–
Vorsätzliche Tötung, Ausgangstatbestand	–	1	–	4	5	–	10
Totschlag, privilegiert	4	5	–	1	–	–	10

III.2.1.2. Eingreifen von Straffreistellungsgründen

Ein Gesprächspartner (Gerichtspräsident) warf die Frage auf, ob bei der T ggf. ein schuldausschliessender Affekt vorliegen könnte, und verwies darauf, dass der Fall dann unter dem Gesichtspunkt der *actio libera in causa* (Art. 12 StGB) geprüft werden müsse.

Ansonsten kann vollumfänglich auf die Ausführungen zur Fallvariante 1 (III.1.1.2.) hingewiesen werden.

III.2.1.3. Straffrahmenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.2.1.3.1. Rechtliche Vorgaben

Der Straffrahmen des Totschlags liegt bei Gefängnis von einem bis fünf Jahren bzw. Zuchthaus bis zu zehn Jahren, während die vorsätzliche Tötung mit Zuchthaus von fünf bis 20 Jahren geahndet wird. Strafmilderungsgründe im Sinne von Art. 64 StGB entfallen, da die schwere Bedrängnis durch den entschuldbaren Affekt des Totschlags konsumiert wird.

Die besondere Konstellation einer länger andauernden Konfliktsituation mit häufigen schweren Misshandlungen durch O spricht dafür, dass die konkrete Strafe sich im mittleren bis unteren Bereich bewegen dürfte. Zu prognostizieren ist demnach eine Strafe zwischen drei Jahren Gefängnis und sechs Jahren Zuchthaus. Die bedingte Strafaussetzung scheidet somit auch hier aus.

III.2.1.3.2. Ergebnisse der Befragung

Von den meisten Gesprächspartnern angesprochen wurde die Problematik, dass der Strafmilderungsgrund der schweren Bedrängnis (Art. 64 StGB) bei Subsumtion der Fallvariante unter Art. 111 StGB zu berücksichtigen ist. Im Fall der Annahme von Totschlag ist die schwere Bedrängnis demgegenüber in der tatbestandlichen Qualifizierung miteingeschlossen.⁸⁸ Entsprechend verweisen die Exponenten dieser Lösung bei den Strafmilderungsgründen allenfalls (nur) auf die verminderte Zurechnungsfähigkeit (Art. 11 StGB).

Zur konkreten Strafbemessungsprognose wollte sich einer der befragten Richter bei Fallvariante 2 nicht direkt äussern, er betonte lediglich, sie würde niedriger ausfallen als bei Fallvariante 1. Acht Gesprächspartner siedelten die zu erwartende Strafe zwischen 18 Monaten und fünf Jahren⁸⁹ an. Beinahe durchwegs wurde be-

⁸⁸ Zu Recht vermerkte ein Staatsanwalt dazu, dass „schwere Bedrängnis“ (begrifflich) an sich eher mit der schweren seelischen Belastung als mit der heftigen Gemütsbewegung korreliere.

⁸⁹ In einem Fall wurde die Obergrenze mit einem Fragezeichen versehen.

tont, dass das effektive Ausmass von den konkreten Umständen, insbesondere vom Ergebnis des psychiatrischen Gutachtens, und vom Verhalten der T abhängen würde. Verschiedentlich wurde auch darauf hingewiesen, dass eine Strafzumessungsprognose bei den verwendeten Lehrbuchbeispielen kaum möglich sei. Ein Verteidiger erwartete eine Strafe von sechs bis acht Jahren.

Bei Fallvariante 2 ist durchwegs nach dem erwarteten Urteil gefragt worden. Vonseiten der Verteidiger ist teilweise spontan die davon divergierende eigene Einschätzung geäußert worden. Bei den Richtern und Staatsanwälten⁹⁰ wurde angenommen, dass beide einander entsprechen.

Frage: Welche konkrete Sanktion hat T zu erwarten?

Gesprächspartner/Fall	Ansicht des Gesprächspartners	Prognose der gerichtlichen Entscheidung	Strafmilderungsgründe
1/Richter	Keine Angabe (tiefer als bei FV 1)	Keine Angabe (tiefer als bei FV 1)	Evtl. Art. 11 StGB
2/Richter	1,5-? (113 StGB)	1,5-? (113 StGB)	Evtl. Art. 11 StGB
3/Richter	2-4 (113 StGB)	2-4 (113 StGB)	Keine
4/Untersuchungsrichter	Nicht gefragt (113 StGB)	3 (113 StGB)	Keine
5/Staatsanwalt	1,5-5 (111 StGB)	1,5-5 (111 StGB)	Art. 11 StGB
6/Staatsanwalt	5 (113 StGB)	5 (113 StGB)	Keine
7/Verteidiger	1,5-? (113 StGB)	4 (113 StGB)	Evtl. Art. 11 StGB
8/Verteidiger	Nicht gefragt (113 StGB)	6-8 (113 StGB)	Evtl. Art. 11 StGB
9/Verteidiger	1,5-? (113 StGB)	3-3,5 (113 StGB)	Evtl. Art. 11 StGB
10/Richter	2-3 (113 StGB)	2-3 (113 StGB)	Keine

Tabelle 2-3: Sanktionsprognose

III.2.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte

Bei der Befragung wurde klargestellt, dass nicht alle schon unter Fallvariante 1 genannten Gründe nochmals anzuführen seien. Die Mehrzahl der Praktiker betonte

⁹⁰ Bei Letzteren ist diese Hypothese mit besonderer Vorsicht zu geniessen.

in diesem Zusammenhang die Bedeutung der persönlichen Verhältnisse⁹¹ der T, insbesondere auch den Grad ihrer Verzweiflung. Hingewiesen wurde auch auf die gegenüber der Fallvariante 1 verschärfte Konfliktsituation.

III.2.2./III.2.3. Einflüsse des Strafverfahrens und der Strafvollstreckung

Vermerkt wurde von einem Verteidiger, dass Fallvariante 2 die Verteidigung weniger einschränke. Die befragte Staatsanwältin betonte, dass (auch) der Affekt gutachterlich abklärbar sei.

III.3. Fallvariante 3

III.3.1. Materiellrechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.3.1.1. Tatbestandliche Einstufung

III.3.1.1.1. Rechtliche Vorgaben

Der Sachverhalt lässt offen, ob bei T im Zeitpunkt der Tat eine heftige Gemütsbewegung vorgelegen hat. Fehlt es daran, liegt eine vorsätzliche Tötung vor (Art. 111 StGB). Lässt sich die Frage nicht klären, so muss der Grundsatz *in dubio pro reo* dazu führen, die für die T günstigere Sachverhaltsalternative (Existenz eines Affekts) anzunehmen. Aufgrund der vorausgegangenen Misshandlung durch O ist ein solcher im Zweifel zu unterstellender Affekt als entschuldbar zu bewerten, was zur Qualifizierung der Fallvariante 3 als Totschlag führt.

III.3.1.1.2. Ergebnisse der Befragung

Die tatbestandliche Prognose-Einstufung zeigt bei Fallvariante 3 erstmals deutliche *Meinungsverschiedenheiten*. Es ergibt sich eine im Prinzip hälftige Spaltung zwischen den Befürwortern von Art. 111 StGB und denjenigen, die die Totschlagsvorschrift bevorzugen. Die *berufliche Stellung* der Befragten schlägt dabei durch, da sich alle drei Verteidiger auf Art. 113 StGB stützen. Immerhin sind der Staatsanwalt und der Untersuchungsrichter der gleichen Meinung. Ganz eindeutig zur Annahme von Art. 111 StGB tendierten drei Richter und die Staatsanwältin. Ein weiterer Richter neigte zur Subsumtion unter Art. 111 StGB, schloss aber die Anwendung von Art. 113 StGB nicht aus.

⁹¹ Darin enthalten sind beispielsweise auch der Leumund im Allgemeinen und Vorstrafen im Besonderen.

Frage: Welchen Tatbestand würden Sie auf die Fallvariante 3 anwenden?

Gesprächspartner/Fall	Straftatprognose
1/Richter	Vorsätzliche Tötung, Art. 111 StGB, bzw. Totschlag, Art. 113 StGB
2/Richter	Vorsätzliche Tötung, Art. 111 StGB
3/Richter	Vorsätzliche Tötung, Art. 111 StGB
4/Untersuchungsrichter	Totschlag, Art. 113 StGB
5/Staatsanwalt	Totschlag, Art. 113 StGB
6/Staatsanwalt	Vorsätzliche Tötung, Art. 111 StGB
7/Verteidiger	Totschlag, Art. 113 StGB
8/Verteidiger	Totschlag, Art. 113 StGB
9/Verteidiger	Totschlag, Art. 113 StGB
10/Richter und Professor	Vorsätzliche Tötung, Art. 111 StGB

Tabelle 1-3: Tatbestandliche Einstufung

Die Vertreter des Grundtatbestands argumentierten vorwiegend damit, dass im Sachverhalt nicht von Affekt die Rede sei bzw. der zeitliche Abstand von 30 Minuten dagegen spreche. Die Befürworter des Totschlags gingen davon aus, dass bei T nach der vorangegangenen schweren Misshandlung ein Affekt vorgelegen habe und die verflossene halbe Stunde daran nichts ändere. Angesichts der Misshandlung sei der Affekt zudem entschuldbar. Die deutliche Differenz betrifft bei der tatbestandlichen Qualifikation demnach keine Rechts-, sondern eine *Tat-* bzw. *Beweisfrage*.

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Mord, qualifiziert	–	–	–	–	–	–	–
Vorsätzliche Tötung, Ausgangstatbestand	3	1	1	–	5	–	10
Totschlag, privilegiert	5	–	1	1	3	–	10

III.3.1.2. Eingreifen von Straffreistellungsgründen

III.3.1.2.1. Rechtliche Vorgaben

Notwehr scheidet aus, weil der Angriff abgeschlossen ist und O schläft, womit auch kein erneuter rechtswidriger Angriff unmittelbar droht. Entschuldigender Notstand greift ebenfalls nicht, da selbst bei Annahme einer seitens des O drohenden Dauer Gefahr für das Leben der T davon auszugehen sein wird, dass die Gefahr anders hätte abgewendet werden können.

Möglich wäre an sich die Prüfung von Notwehrexzess im Sinne von Art. 33 Abs. 2 StGB. Danach tritt Strafmilderung nach freiem Ermessen ein, wenn der Abwehrende die Grenze der Notwehr überschreitet, bzw. Strafflosigkeit, wenn dies in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung über den Angriff geschieht. Unbestritten ist in der Lehre, dass dieser Entlastungs- bzw. Entschuldigungsgrund beim sogenannten intensiven Exzess, bei dem es an der Angemessenheit der Abwehr fehlt, zur Anwendung gelangt. Einzelne Vertreter der Lehre rekurrieren auch in Fällen des extensiven Exzesses, bei dem die zeitlichen Grenzen der Notwehr überschritten werden, auf Art. 33 Abs. 2 StGB (vgl. auch BGE 102 IV 229 f.).⁹² Notwehr ermächtigt den Angegriffenen nach schweizerischem Recht nur zur Abwehr „in einer den Umständen angemessenen Weise“. Gemeint ist damit nach h.L. die Angemessenheit der Abwehrmittel, wobei der Angegriffene das leichteste ihm zur Verfügung stehende Verteidigungsmittel wählen muss.⁹³ Da O schläft, braucht die Frage der Angemessenheit nicht näher geprüft zu werden, weil allerspätestens mit seinem Einschlafen auch für die dogmatische Minderheitsauffassung ein extensiver Notwehrexzess ausscheiden wird.

Hält man entgegen der oben skizzierten Annahme eines *in dubio pro reo* angenommenen Affekts eine vorsätzliche Tötung für gegeben, so liegt der Milderungsgrund der schweren Bedrängnis gemäss Art. 64 Abs. 2 StGB vor. Diskutabel erscheint zudem der – weitere – Strafmilderungsgrund der Provokation. Er wird im Gesetz auf die Art umschrieben, dass Zorn oder grosser Schmerz über eine ungerechtfertigte Reizung oder Kränkung den Täter mitgerissen hat (Art. 64 Abs. 6 StGB).

III.3.1.2.2. Ergebnisse der Befragung

Die Interviewten *verneinten* geschlossen die Existenz eines Rechtfertigungsgrundes. Im Ergebnis wurde auch ein Entschuldigungsgrund abgelehnt. Zum Teil wurde zwar eine (Dauer-)Gefahr angenommen, jedoch sogleich betont, dass – bei Notwendigkeit genauerer Klärung des Sachverhalts – die Subsidiarität des Not-

⁹² Vgl. II.1.1.3. oben.

⁹³ Vgl. für eine umfassendere Diskussion III.4.1.1.2. unten.

standshandelns nicht gewahrt worden sei, womit der T andere Auswege offenstanden seien. Die einzige Frau unter den Befragten verwies an dieser Stelle allerdings darauf, dass möglicherweise ein Putativnotstand vorliege.

Erneut wurde von einzelnen Befragten festgestellt, dass im Fall der Subsumtion unter die Totschlagsvorschrift eine zusätzliche Anwendung des Milderungsgrundes der schweren Bedrängnis ausscheidet (Doppelverwertungsverbot). Mehrfach verneint wurde, dass Art. 64 wohl zur Anwendung gelange, wenn die Fallvariante als vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB) qualifiziert werde. Vielfach genannt wurde von den Anklage- und Angeklagtenvertretern weiter der Strafmilderungsgrund der Provokation, allerdings mit erheblicher Skepsis, ob ein Gericht ihn berücksichtigen würde. Dem entsprach eine ähnliche Einstellung aufseiten der Richter.

III.3.1.3. Strafraumenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.3.1.3.1. Rechtliche Vorgaben

Dass der Grundsatz *in dubio pro reo* zur Annahme von Totschlag führen müsste, ist ausgeführt worden. Die Strafe wäre diesfalls im Bereich von 18 Monaten bis drei Jahren Gefängnis anzusiedeln, sodass im Grenzfall der bedingte Strafvollzug in Betracht käme. Für den in der Praxis m.E. wahrscheinlicheren Fall der Annahme einer vorsätzlichen Tötung würde ich von einer Strafe von drei Jahren Gefängnis bis sechs Jahren Zuchthaus ausgehen.

III.3.1.3.2. Ergebnisse der Befragung

Die Prognosen der Praktiker lassen sich *in zwei, allerdings nicht scharf geschiedene Gruppen* einteilen. Sieht eine starke Minderheit die Sanktion bei 4 bis 6 (zwei Befragte), 4 bis 5 resp. 3,5 bis 4 Jahren Freiheitsstrafe, so tendieren fünf Teilnehmer in Richtung einer Mindeststrafe von 18 Monaten.⁹⁴ Die Obergrenze siedeln sie, wenn sie überhaupt eine angeben, bei 3 bzw. 4 Jahren an. Zwischen den beiden „Lagern“ liegt ein Richter, der von einer Strafe von 2,5 bis 3 Jahren ausgeht. Es ist zu vermuten, dass sich die Positionen mit vermehrter Konkretisierung des Sachverhalts einander annähern würden.

Man fragt sich natürlich sofort, ob die beiden unterschiedenen Gruppen mit denjenigen übereinstimmen, welche die tatbestandliche Qualifizierung alternativ beim Grundtatbestand bzw. bei Art. 113 StGB vorgenommen haben. *Diese Hypothese erweist sich jedoch (erstaunlicherweise) als falsch*: Zwei der drei Maximalprognosen basieren nämlich auf der Annahme einer Subsumtion unter den privilegierten Tatbestand des Totschlags. Auf der anderen Seite gelangt neben der Staatsanwältin auch ein Richter trotz Anwendung des Art. 111 StGB zu einer eher milden Strafe.

⁹⁴ Danach wäre der bedingte Strafvollzug möglich.

Ein Richter, für den das Gleiche gilt, lässt die Qualifikationsfrage ganz offen. Allem Anschein nach bricht sich die Einschätzung der besonderen Sachverhaltskonstellation der Fallvariante 3 somit *unabhängig von der tatbestandlichen Qualifikation* in der konkreten Strafprognose Bahn. Die teilweise als möglich erachtete Annahme verminderter Zurechnungsfähigkeit scheint die Prognose nicht beeinflusst zu haben.

Frage: Welche konkrete Sanktion hat T zu erwarten?

Gesprächspartner/Fall	Ansicht des Gesprächspartners	Prognose der gerichtlichen Entscheidung	Strafmilderungsgründe
1/Richter	1,5-4 (Art. 111 oder 113)	1,5-4 (Art. 111 oder 113)	Evtl. Provokation
2/Richter	4-6 (Art. 111)	4-6 (Art. 111)	Evtl. Art. 11
3/Richter	3,5-4 (Art. 111)	3,5-4 (Art. 111)	Schwere Bedrängnis
4/Untersuchungsrichter	(Art. 113)	4-6 (Art. 113)	Evtl. Art. 11
5/Staatsanwalt	(Art. 113)	1,5-3 (Art. 113)	Keine
6/Staatsanwalt	1,5-? (Art. 113)	1,5-? (Art. 111)	Schwere Bedrängnis
7/Verteidiger	(Art. 113)	1,5-4 (Art. 113)	Provokation
8/Verteidiger	(Art. 113)	4-5 (Art. 113)	Evtl. Art. 11
9/Verteidiger	(Art. 113)	1,5 (Art. 113)	Keine
10/Richter	2,5-3 (Art. 111)	2,5-3 (Art. 111)	Schwere Bedrängnis; evtl. Provokation

Tabelle 3-3: Sanktionsprognose

Alle Interviewten sind nach ihrer konkreten Urteilsprognose gefragt worden. Aus den Überlegungen, welche die Staatsanwältin anstellt, lässt sich schliessen, dass (bei ihr) Prognose und Einschätzung übereinstimmen. Erneut stiessen sich viele der Befragten an der fehlenden Detaillierung der Sachverhaltsvariante.

III.3.1.4. Zusammenfassender Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte

Es ergeben sich gegenüber III.1.1.4./III.2.1.4. keine zusätzlichen Bemerkungen.

III.3.2./III.3.3. Einflüsse des Strafverfahrens und der Strafvollstreckung

Als besondere Verfahrensschwierigkeit ist von einzelnen Befragten die Problematik des *in dubio pro reo* angesprochen worden. Dabei ergab sich für einzelne Interpreten, dass sich T gemäss Sachverhaltsvorgabe weder auf einen Affekt noch auf eine schwere Belastung berufen hat. Ein Richter kritisierte hier die (zu?) kurze Sachverhaltsschilderung, während für einen anderen die kurze Zeitspanne von 30 Minuten allein nicht für einen Affekt spreche, dafür vielmehr zusätzliche Anhaltspunkte erforderlich seien. Demgegenüber waren sich die Verteidiger im Grundsatz einig, dass *in dubio pro reo* von einem Affekt auszugehen sei und auch entsprechend plädiert werden müsse. Einer sah es als die besondere Aufgabe der Verteidigung an, auch eine Erklärung dafür geben zu können, warum T sich nicht darauf berufen hat.

III.4. Fallvariante 4

III.4.1. Materielle rechtliche Einstufung und Strafzumessung

III.4.1.1. Tatbestandliche Einstufung

III.4.1.1.1. Rechtliche Vorgaben

Es finden sich im Sachverhalt *keine* Anhaltspunkte für eine heftige Gemütsbewegung oder eine grosse seelische Belastung, sodass von einer vorsätzlichen Tötung auszugehen ist.⁹⁵ Allerdings fragt sich theoretisch, ob in der vorausgesetzten Situation nicht eine Affektsituation angelegt ist: Nachdem die T nur in der Fallvariante 2 als völlig verzweifelt geschildert wird, erscheint dies als eher unwahrscheinlich. Rein theoretische Zweifel sind für den Zweifelsatz bekanntlich nicht von Bedeutung.

III.4.1.1.2. Ergebnisse der Befragung

Erneut kam es, wie schon bei Variante 3, zu einer Spaltung zwischen der Einstufung bei Art. 113 und Art. 111 StGB. Dabei zeichneten sich die *gleichen berufsspezifischen Unterscheidungslinien* ab. Die befragten drei Verteidiger neigten genauso zur Einordnung als Totschlag wie der Staatsanwalt und der Untersuchungsrichter. Demgegenüber qualifizierten drei der vier Gerichtspräsidenten und die Staatsanwältin die Abwehrhandlung der T als vorsätzliche Tötung⁹⁶ – der

⁹⁵ Läge beispielsweise ein Affekt vor, so wäre er (im Vergleich mit der Fallvariante 2 erst recht) entschuldbar und man müsste von einem Totschlag ausgehen.

⁹⁶ Z.T. wiederum mit dem Hinweis, dass konkrete Anhaltspunkte für einen Affekt fehlen würden.

vierte Richter tendierte zur gleichen Lösung, liess aber die Alternative Totschlag offen. Allerdings massen die Praktiker der tatbestandlichen Qualifizierung bei Fallvariante 4 wohl – im Ergebnis mit Recht – letztlich keine ausschlaggebende Bedeutung zu.

Frage: Welchen Tatbestand würden Sie auf Fallvariante 4 anwenden?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Mord, qualifiziert	–	–	–	–	–	–	–
Vorsätzliche Tötung, Ausgangstatbestand	2	2	2 (ob 111 oder 113)	–	–	–	6 (bzw. 4)
Totschlag, privilegiert	2	2	–	–	–	–	4 (bzw. 6)

Tabelle 4-1: Tatbestandliche Einstufung

III.4.1.2. Eingreifen von Straffreistellungsgründen

III.4.1.2.1. Rechtliche Vorgaben

Zu prüfen ist auf der Ebene der Rechtfertigung Notwehr nach Art. 33 Abs. 1 StGB. Danach ist der ohne Recht Angegriffene oder unmittelbar mit einem Angriff Bedrohte (wie jeder andere auch) berechtigt, den Angriff in einer den Umständen angemessenen Weise abzuwehren. O geht auf T zu, droht ihr Schläge an und eilt ihr nach, als sie in die Küche flieht, sodass T unmittelbar mit einem Angriff bedroht ist (a) oder zumindest irrigerweise von einem Angriff ausgegangen ist (b). Offen bleibt zusätzlich bei beiden Varianten, die getrennt zu behandeln sind, ob ggf. eine Provokation der T vorlag und/oder O schuldunfähig war.

a) Im Fall eines effektiven bzw. unmittelbar drohenden Angriffs des O war T berechtigt, diesen in nach den Umständen angemessener Weise abzuwehren. Eine Notwehrlage war zweifelsohne gegeben. Die Prüfung der Angemessenheit beschränkt sich auf die Frage der eingesetzten Mittel, während das Recht auf Abwehr grundsätzlich feststeht. Prinzipiell muss die angegriffene Person das leichteste zur Verfügung stehende Verteidigungsmittel wählen, wobei ihr aber gestattet ist, statt unsicherer sogleich voraussichtlich wirksame Mittel einzusetzen. Abzustellen ist dabei auf die konkreten Fähigkeiten der T und auf die von O ausgehende Gefahr. Angesichts der im Ausgangssachverhalt vorausgesetzten heftigen Schläge und in der Annahme deutlich unterlegener Körperkraft wird man T zubilligen können, dass sie das nächstbeste wirksame Mittel ergriffen hat. Zu beachten ist auch, dass die Abwehr mit einem unzureichenden Mittel die Aggression des O nochmals hätte steigern können. Aufgrund der vorhandenen Sachverhaltsangaben ist der Fall

schwer zu entscheiden. Wendet man *in dubio pro reo* an, so erscheint die T als gerechtfertigt.

In subjektiver Hinsicht genügt grundsätzlich, dass T in Kenntnis der rechtfertigenden Sachlage zur Notwehr geschritten ist. Die Sachverhaltsdarstellung begründet daran keinen Zweifel.

Geteilt sind die Meinungen in der Doktrin über das Abwehrrecht bei Provokation des Angreifers. Da T ohnehin versucht hat, dem Angriff durch Flucht auszuweichen, wäre sie auch bei fahrlässiger Provokation in den Grenzen des Notwehrrechts verblieben. Bei eigentlicher Provokation ist das Abwehrrecht eingeschränkt.

Bei erkennbarer Schuldunfähigkeit des Angreifers wird vom Notwehrberechtigten Ausweichen oder möglichst schonende Abwehr gefordert. Gerade bei Alkoholisierung ist aber das – nicht hinzunehmende – Risiko einer weiteren Eskalation zu beachten.

Verneint man die Angemessenheit der Abwehr, beispielsweise weil die T dem O körperlich nur leicht unterlegen ist, liegt Notwehrexzess vor, und es hat der Richter die Strafe gemäss Art. 33 Abs. 2 Satz 1 StGB nach freiem Ermessen zu mildern. Auf solche Fälle intensiven Notwehrexzesses ist dieser Schuldminderungsgrund nach h.L. unbestritten anwendbar. Erfolgt der Notwehrexzess in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung (asthenischer Affekt), so bleibt der Abwehrende straflos (Art. 33 Abs. 2 Satz 2 StGB).

b) Die Bestimmung über den Sachverhaltsirrtum von Art. 19 StGB gilt nach absolut h.L. und Rechtsprechung auch für die irrige Annahme eines rechtfertigenden Sachverhalts. Wäre der Irrtum über die Notwehrsituation auf Fahrlässigkeit zurückzuführen, wofür keine Anhaltspunkte vorliegen, so hätte eine Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung im Fallbeispiel aber zu erfolgen (Strafrahmen: 3 Tage bis 3 Jahre Gefängnis). Wenn der Irrtum der T als unvermeidbar einzustufen ist, so wäre sie wegen Putativnotwehr freizusprechen.

Aus praktischer Sicht ist es wahrscheinlicher, dass ein etwaiger Irrtum als vermeidbar eingestuft würde, sodass es zu einer Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung käme. Theoretisch betrachtet ist der Irrtum über die Notwehrlage nach der Sachverhaltsdarstellung aufgrund des Zweifelssatzes m.E. nicht zu vermeiden, die Abwehr erweist sich aber wie im Fall tatsächlicher Notwehr als unangemessen. Die T wäre demnach wegen Putativnotwehrexzess zu verurteilen.⁹⁷

⁹⁷ Das Bundesgericht wendet Art. 19 StGB auch bei der irrigen Annahme einer schuld ausschliessenden Sachlage an. *Stratenwerth* plädiert für das Eingreifen der Vorschrift über den Verbotsirrtum, AT I, § 11 Rn. 86.

III.4.1.2.2. Ergebnisse der Befragung

Alle Praktiker waren sich darin einig, dass Notwehr in der Fallvariante 4 konkret in Betracht kommt. Der Konsens erstreckte sich auch darauf, dass das Bestehen einer *Notwehrsituation einmütig bejaht* wurde. Geschlossen wurde ebenfalls angenommen, dass die T unter den obwaltenden Umständen nicht gehindert war, sich – auch gegen ihren (alkoholisierten) Ehemann⁹⁸ – zu verteidigen, gegebenen- und erforderlichenfalls auch mit dem herumliegenden Messer.⁹⁹

Als die *eigentliche Krux* erwies sich die *Frage der Angemessenheit der* – als wenigstens eventualvorsätzlich vorgegebenen – *Abwehrhandlung*. Die Antworten spiegeln die ganze denkbare Palette: Einerseits wurde die Angemessenheit zweimal eindeutig (Verteidiger, Richter) und zweimal tendenziell (Verteidiger, Richter) bejaht. Dabei wurde durchwegs auf die angenommene körperliche Unterlegenheit der T hingewiesen¹⁰⁰ und vereinzelt auch festgehalten, diese sei zunächst geflohen. Vonseiten zweier Verteidiger kam ferner das Argument der fehlenden Entscheidungsfreiheit der T (Griff nach dem erstbesten Gegenstand). Vier Befragte verneinten andererseits die Angemessenheit der Abwehrhandlung tendenziell, neigten „sozusagen im Ausgleich“ aber zur Annahme eines Notwehrexzesses (Staatsanwältin,¹⁰¹ Untersuchungsrichter, Verteidiger, Richter). Ein Richter und ein Staatsanwalt blieben unter Hinweis auf das Ausmass der zu erwartenden Misshandlung bzw. das körperliche Kräfteverhältnis unentschieden. Darin zeigt sich aufs Neue der massgebende Einfluss ergänzender Sachverhaltsannahmen bezüglich der rudimentären Fallkonstellation. Insgesamt neigten sechs Befragte zur Anwendung von Art. 33 StGB, während vier eine solche eher verneinten.

Frage: Welche Bedeutung hat eine mögliche Notwehr der T?

	Eindeutig ja	Tendenz ja	Unentschieden	Tendenz nein	Eindeutig nein	Keine Angaben	Summe
Führt zur Straffreiheit	3	3	1	3	–	–	10

Tabelle 4-2: Notwehr

In subjektiver Hinsicht wurde fast durchwegs *Kenntnis der Notwehrsituation* – und teilweise Wille zur Abwehr – genannt. Faktisch dürfte die Praxis jedoch in Übereinstimmung mit der Lehre Handeln in Kenntnis der rechtfertigenden Situation genügen lassen.

⁹⁸ Ein Richter erachtete eine etwaige Ausweichpflicht unter Ehegatten für prüfenswert.

⁹⁹ Das Abwehrmittel wird nur vom Untersuchungsrichter als exzessiv bewertet, während die Problematik für die anderen Interviewten eher in seiner Verwendungsart (Stich gegen den Oberkörper) liegt.

¹⁰⁰ Anderenfalls sei Notwehrexzess zu prüfen.

¹⁰¹ Sie verwies auf die Strafbefreiung bei entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung.

Aufgrund der vorgegebenen Befragungsstrategie war der Berichterstatter bei der Fallvariante 4 gehalten, alle interviewten Praktiker zunächst nach einer Sachverhaltsalternative zu fragen und – beim generellen Unverständnis, auf welches diese Frage stiess – bezüglich der Möglichkeit einer *Putativnotwehr* (ggf. in Form eines *Exzesses*) nachzuhaken. Als Antwort kam in der Regel der Hinweis auf die gesetzliche Regelung des Art. 19 StGB zum Sachverhaltsirrtum, die auf dessen (Un-) Vermeidbarkeit abstellt und im Fall Letzterer eine Fahrlässigkeitsstrafe androht. Da die Sachverhaltsalternative durchwegs suggeriert werden musste, bleibt festzuhalten, dass Putativnotwehr(-exzess) für die Praktiker *keine relevante Sachverhaltsalternative* von Fallvariante 4 bildet. Dazu drängt sich, nicht zuletzt unter Bezug auf BGE 122 IV 1, die Bemerkung auf, dass Putativrechtfertigung für die Praxis unter besonderen Umständen durchaus einen gangbaren Weg bildet. Die Fallvariante legt einen solchen Ablauf indessen rein tatsächlich *nicht* nahe.

III.4.1.3. Strafraumenbestimmung und konkrete Strafzumessung

III.4.1.3.1. Rechtliche Vorgaben

Bei Notwehrexzess läge die Strafe m.E. bei sechs bis 18 Monaten bedingt. Im Fall von Notwehr oder entschuldbarem Notwehrexzess würde T freigesprochen.

Bei Annahme eines Putativnotwehrexzesses läge die Strafe vermutlich bei höchstens 18 Monaten bedingt. Das Gleiche gilt für den Fall einer vermeidbaren Putativnotwehr. Bei unvermeidbarem Irrtum hinsichtlich der Notwehrsituation oder bei Putativnotwehrexzess aus entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung wäre die Konsequenz Freispruch.

III.4.1.3.2. Ergebnisse der Befragung

Die Urteilsprognosen sind insoweit einheitlich, als durchwegs auf eine Sanktion innerhalb der Bandbreite zwischen Freispruch und – bedingter – Strafe von nicht mehr als 18 Monaten¹⁰² getippt wurde. Teilweise wurde die Prognose nach dem Schema (Notwehr bzw. Notwehrexzess nach Art. 33 Abs. 1 resp. Abs. 2 oder unvermeidbare resp. vermeidbare Putativnotwehr) abgestuft.¹⁰³ Sehr viel genauer wollte sich eigentlich niemand festlegen, was für einen *ergebnisorientierten* statt eines deduktiv ausgerichteten *Lösungswegs* sprechen dürfte. Hinzu kommt die allseits monierte Dürre der Sachverhaltsvorgaben.

¹⁰² Ein Richter, der je nach Vermeidbarkeit des Irrtums Freispruch bis maximal neun Monate vorsah, ging im Fall eines Putativnotwehrexzesses von einer Strafe bis zu 2,5 Jahren aus.

¹⁰³ Die vielen Eventualitäten schienen ein klareres Resultat verhindert zu haben.

Frage: Welche konkrete Sanktion hat T zu erwarten?

Gesprächspartner/Fall	Ansicht des Gesprächspartners	Prognose der gerichtlichen Entscheidung
1/Richter	0–1,5	0–1,5
2/Richter	0–1,5	0–1,5
3/Richter	0–1,5	0–1,5
4/Untersuchungsrichter	–	0–1
5/Staatsanwalt	–	0–1,5
6/Staatsanwalt	0–?	0–?
7/Verteidiger	–	0–1,5
8/Verteidiger	–	0–2,5
9/Verteidiger	–	0–1,5
10/Richter und Professor	0–1,5	0–1,5

Tabelle 4-3: Sanktionsprognose

Der zusammenfassende Überblick über die Gewichtung der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte (4.1.4.) entfällt, weil die Notwehr- bzw. Putativnotwehrsituation im Vordergrund steht und theoretisch denkbare andere Strafmilderungsgründe im Ergebnis weitgehend verdrängen dürfte.

III.4.2/III.4.3. Einflüsse des Strafverfahrens und der Strafvollstreckung

Es ergeben sich gegenüber den vorangegangenen Sachverhaltsvarianten keine relevanten Unterschiede.

IV. Zusammenfassende Bewertung

IV.1. Kritik und Anregungen der Praktiker

Vonseiten der befragten Praktiker wurde die Untersuchungsanlage, soweit sich dazu Äusserungen finden, mehrheitlich als grundsätzlich sinnvoll eingestuft. Eine Minderheit war demgegenüber sehr skeptisch.

Verschiedentlich ist mit unterschiedlichem Nachdruck bemängelt worden, dass die vorgelegten Fallvarianten zu abstrakt formuliert worden seien, in deutlichem Kontrast zur Detaillierung der Fragestellungen. Aus diesem Grund hätten sich insbesondere die Fragen auf dem Gebiet der konkreten Strafzumessung einschliesslich der Strafmindereungs- bzw. Strafmilderungsgründe oder Straferhöhungsgründe kaum sinnvoll beantworten lassen. Mehr als Annäherungen nach dem Motto „Handgelenk mal Pi“ könnten die entsprechenden Prognosen deshalb nicht bedeuten.¹⁰⁴ In eine ähnliche Richtung gingen die – zumeist nonverbalen – Reaktionen auf die sehr theoretische Frage nach einer etwaigen Putativnotwehr bei der Fallvariante 4. Die Berechtigung zur Nachfrage bezüglich dieser Sachverhaltsvariante wurde, auch angesichts der Formulierung des Beispiels, skeptisch beurteilt.

Obwohl in keinem Fall explizit geäussert, war teilweise deutlich spürbar, dass der mit der Untersuchung verbundene Zeitaufwand als beträchtlich und nicht unbedingt selbstverständlich erachtet worden ist.¹⁰⁵

IV.2. Schlussbemerkung des Berichterstatters

Die durchgeführten Befragungen bestätigen erwartungsgemäss, dass die Urteilsfindung in der Schweiz pragmatisch und ergebnisorientiert abläuft. Ein besonders klares Indiz ist hier der Umstand, dass die bei der Fallvariante 3 strittige tatbestandsmässige Einstufung die Prognose zur konkreten Strafzumessung nicht entscheidend beeinflusste. Die klassischen Auslegungselemente und die formallogische Subsumtion spielen ersichtlich eine nur geringe Rolle.

Einen Grund dafür bildet sicher das erhebliche Gewicht, das Laien in der Strafrechtspflege zukommt: „Abgehobene“ dogmatische Erwägungen gedeihen in diesem Umfeld nicht so leicht. Hinzu tritt wohl der Aspekt, dass Richter in der Schweiz ihre Urteile prinzipiell nicht selbst begründen, dafür vielmehr Gerichtsschreiber zur Verfügung stehen, die an der Entscheidung „nur“ beratend mitwirken.

Ein anderer Grund liegt in der Konzeption des schweizerischen StGB, das im Bereich der vorsätzlichen Tötung mit der tatbestandlichen Dreiteilung in vorsätzliche Tötung, Mord und Totschlag (Art. 111–113 StGB) ein abgestuftes Instrumen-

¹⁰⁴ Methodisch interessant erscheinen insoweit die Ausführungen eines der befragten Richter, wonach dieser bei der Fallbearbeitung relativ früh eine ergebnisorientierte Stimmigkeitskontrolle vornehme, bei der er ggf. trotz abweichender Subsumtion auch bleibe.

¹⁰⁵ Für ähnlich strukturierte Forschungsvorhaben der Zukunft wäre mithin wichtig, dass die Interviewten ausführlicher über Konzeption und Zielsetzung des Gesamtprojekts orientiert würden. Nicht gänzlich abwegig war aus Sicht der befragten Schweizer Praktiker offenbar auch die Befürchtung vor einer Art informeller vergleichender Kontrolle der beruflichen Fähigkeiten. Dies ist auch deshalb nicht vorschnell von der Hand zu weisen, weil die deutsche Strafrechtswissenschaft trotz aller schweizerischen Eigenständigkeit in der Deutschschweiz über einen beträchtlichen Einfluss verfügt.

tarium zur Verfügung stellt, das auf den konkreten Einzelfall zugeschnittene Lösungen begünstigt. Zum gleichen Trend tragen auch die Straffrahmen, die sich teilweise (sehr weitgehend) überlagern, bei.

Die Rechtfertigungsgründe (Notstand: Art. 34 StGB; Notwehr: Art. 33 StGB) sowie die Strafmilderungsgründe des Art. 64 StGB verstärken diese Tendenz noch, indem sie dem richterlichen Ermessen breiten Spielraum gewähren. Es gibt demnach kaum dichotomisch zugeschnittene Entscheidungsalternativen, sondern ein breites Spektrum ineinander übergehender Möglichkeiten.

Erklärungsbedürftig erscheint (zumindest vordergründig) hingegen, dass der weite Ermessensspielraum nicht zu stärker divergierenden Strafbemessungen führt. Neben die skizzierte, gesetzestechnisch bedingte Begünstigung einzelfallorientierter Entscheidungen treten – im Sinne einer rechtssoziologischen Hypothese – wohl der gesellschaftlich-politische Konsens und Elemente der berufsbedingt recht einheitlichen Sozialisation.

Die Untersuchung untermauert im Übrigen die – nur für Theoretiker neue – Erkenntnis, dass für die Praxis Beweisschwierigkeiten häufig vor den Problemen der Rechtsanwendung rangieren.¹⁰⁶ In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der in der Fallvariante 4 unterstellte Tötungsvorsatz unter den gegebenen Umständen alles andere als selbstverständlich erscheint. Dass die Sachverhaltsvarianten auch über diesen spezifischen Aspekt hinaus „schulmässig“ vorgegeben waren, könnte als weiteres Moment zu den einheitlichen Ergebnissen beigetragen haben.

¹⁰⁶ Vgl. nur *Loos*, in: Immenga (Hrsg.), *Rechtswissenschaft*, S. 261 ff.

Anhang

II. Anwendbare Vorschriften des schweizerischen StGB

Art. 33 StGB: Notwehr

1. Wird jemand ohne Recht angegriffen oder unmittelbar mit einem Angriffe bedroht, so ist der Angegriffene und jeder andere berechtigt, den Angriff in einer den Umständen angemessenen Weise abzuwehren.
2. Überschreitet der Abwehrende die Grenzen der Notwehr, so mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen (Art. 66). Überschreitet der Abwehrende die Grenzen der Notwehr in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung über den Angriff, so bleibt er straflos.

Art. 34 StGB: Notstand

1. Die Tat, die jemand begeht, um sein Gut, namentlich Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Vermögen, aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu erretten, ist straflos, wenn die Gefahr vom Täter nicht verschuldet ist und ihm den Umständen nach nicht zugemutet werden konnte, das gefährdete Gut preiszugeben.
Ist die Gefahr vom Täter verschuldet, oder konnte ihm den Umständen nach zugemutet werden, das gefährdete Gut preiszugeben, so mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen (Art. 66).
2. Die Tat, die jemand begeht, um das Gut eines andern, namentlich Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Vermögen, aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu erretten, ist straflos. Konnte der Täter erkennen, dass dem Gefährdeten die Preisgabe des gefährdeten Gutes zuzumuten war, so mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen (Art. 66).

Art. 64 StGB: Strafmilderung – Mildernde Umstände

Der Richter kann die Strafe mildern:

- wenn der Täter gehandelt hat
- aus achtungswerten Beweggründen,
- in schwerer Bedrängnis,
- unter dem Eindruck einer schweren Drohung,
- auf Veranlassung einer Person, der er Gehorsam schuldig oder von der er abhängig ist;
- wenn der Täter durch das Verhalten des Verletzten ernstlich in Versuchung geführt wurde;
- wenn Zorn oder grosser Schmerz über eine ungerechte Reizung oder Kränkung ihn hingerissen hat;
- wenn er aufrichtige Reue betätigt, namentlich den Schaden, soweit es ihm zuzumuten war, ersetzt hat;
- wenn seit der Tat verhältnismässig lange Zeit verstrichen ist und der Täter sich während dieser Zeit wohl verhalten hat;
- wenn der Täter im Alter von 18 bis 20 Jahren noch nicht die volle Einsicht in das Unrecht seiner Tat besass.

Art. 111 StGB: Vorsätzliche Tötung

Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, ohne dass eine der besonderen Voraussetzungen der nachfolgenden Artikel zutrifft, wird mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft.

Art. 112 StGB: Mord

Handelt der Täter besonders skrupellos, sind namentlich sein Beweggrund, der Zweck der Tat oder die Art der Ausführung besonders verwerflich, so ist die Strafe lebenslängliches Zuchthaus oder Zuchthaus nicht unter zehn Jahren

Art. 113 StGB: Totschlag

Handelt der Täter in einer nach den Umständen entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung oder unter grosser seelischer Belastung, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder Gefängnis von einem bis zu fünf Jahren.

Literaturverzeichnis

- Binder, Hans*, Der juristische und der psychiatrische Massstab bei der Beurteilung der Tötungsdelikte. ZStrR 67 (1952), 307–339.
- Braun, Robert*, Strafprozessuale Absprachen im abgekürzten Verfahren. „Plea bargaining“ im Kanton Basel-Landschaft? Liestal 2003.
- Clinard, Marshall Barron*, Cities with Little Crime: the Case of Switzerland. Cambridge 1978.
- Corboz, Bernard*, Les infractions en droit suisse, Bd. 1. Bern 2002.
- Donatsch, Andreas*, Vereinbarungen im Strafprozess. In: Jean Gauthier/Dick F. Marty/Niklaus Schmid (Hrsg.), Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung. Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft. ZStrR 110 (1992), 159–177.
- European Council, Committee of Experts, European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics – 2003. 2. Aufl. Den Haag 2003.
- Graven, Philippe*, L'infraction pénale punissable. 2. Aufl. Bern 1995.
- Hauser, Robert/Schweri, Erhard/Hartmann, Karl*, Schweizerisches Strafprozessrecht. 6. Aufl. Basel 2005.
- Hurtado Pozo, José*, Droit pénal. Partie spéciale I. 3. Aufl. Zürich 1997.
- Killias, Martin*, Grundriss der Kriminologie. Eine europäische Perspektive. Bern 2002.
- Killias, Martin/Simonin, Mathieu/De Puy, Jacqueline*, Violence experienced by women in Switzerland over their lifespan. Bern 2005.
- Loos, Fritz*, Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis. In: Ulrich Immenga (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung. Göttingen 1980.
- Maier, Philipp/Schöning, Rolf*, Bemerkungen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Eventualvorsatz unter Berücksichtigung von Kasuistik des Geschworenengerichts des Kantons Zürich. ZStrR 118 (2000), 270–294.
- Moor, Hartmut*, Erscheinungsformen des Giftmordes. Zürich 1973.
- Niggli, Marcel Alexander*, Strenge Strafen als Beruhigungsmittel. plädoyer 5/2004, 32–41.
- Niggli, Marcel Alexander/Wiprächtiger, Hans*, Basler Kommentar. Strafgesetzbuch II. Art. 111–401 StGB. Basel 2003 [zit. als BSK StGB II-Bearbeiter/in, Art. ... Rn. ...].
- Niggli, Marcel Alexander/Pfister, Fritz*, Verlorenes Paradies? – Über Romantik, Kriminalitätsentwicklung in der Schweiz und die Kunst, Geschichten zu erzählen. AJP 1997, 519–536.
- Oberholzer, Niklaus*, Informelle Absprachen im Strafverfahren. AJP 1992, 7–16.
- Absprachen im Strafverfahren – pragmatische Entlastungsstrategie oder Abkehr vom strafprozessualen Modell? ZStrR 110 (1993), 157–174.
- Pieth, Mark* u.a., Gewalt im Alltag und organisierte Kriminalität. Die Ergebnisse eines Nationalen Forschungsprogramms. Bern 2002.
- Piquerez, Gérard*, Procédure pénale Suisse. Zürich 2000.

- Rehberg, Jörg/Donatsch, Andreas*, Strafrecht I. Verbrechenslehre. 7. Aufl. Zürich 2001.
- Rehberg, Jörg/Schmid, Niklaus/Donatsch, Andreas*, Strafrecht III. Delikte gegen den Einzelnen. 8. Aufl. Zürich 2003.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst* (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar. 26. Aufl. München 2001. [Zitiert als Schönke/Schröder/Bearbeiter, § ..., Rn. ...]
- Schubarth, Martin*, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht. 1. Bd.: Delikte gegen Leib und Leben. Art. 111–136 StGB. Bern 1982.
- Schwarzenegger, Christian*, Skrupellos und verwerflich! – Über Emotionen und unbestimmte Rechtsbegriffe im Strafrecht. ZStrR 118 (2000), 349–377.
- Ecology of Crime in Swiss Cities. A Review of 20 Years of Criminological Research in Switzerland. In: Morishita, Tadashi/Kagawa, Tatsuo/Sone, Takehiko (Hrsg.), Festschrift für Prof. Tsukasa Satô zum 70. Geburtstag. Tokio 2002, S. 608–638.
- Schweri, Erhard*, Eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen. Bern 1993.
- Seelmann, Kurt*, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Basel 1999.
- Stratenwerth, Günter*, Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen. 6. Aufl. Bern 2003.
- Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat. 3. Aufl. Bern 2005.
- Trechsel, Stefan*, Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kurzkomentar. 2. Aufl. Zürich 1997.
- Haustyrannen, „mord“ – ein Akt der Notwehr? KritV 2000, 183–191.
- Trechsel, Stefan/Noll, Peter*, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit. 6. Aufl. Zürich 2004.
- Vest, Hans*, Zur Beweisfunktion des materiellen Strafrechts im Bereich des objektiven und subjektiven Tatbestandes. ZStW 103 (1991), 584–620.
- Walder, Hans*, Der Affekt und seine Bedeutung im schweizerischen Strafrecht. ZStrR 81 (1965), 24–67.
- Vorsätzliche Tötung, Mord und Totschlag, StGB Art. 111–113. ZStrR 96 (1979), 117–166.

Teil 3

Rechtsvergleichende Analyse der Untersuchungsergebnisse

Walter Perron

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	765
§ 11 Einführung	767
§ 12 Tatbestandliche Einstufung der Fallvarianten	770
I. Funktionen der Straftatbestände	770
II. Die Systematik der Tötungsdelikte in den untersuchten Rechtsordnungen	771
II.1. Überblick	771
II.2. Ausgangstatbestand als schwerster Fall (2-stufige Systeme)	779
II.2.1. England und Wales	779
II.2.2. Schweden	781
II.2.3. Österreich	781
II.3. Ausgangstatbestand als mittlerer Fall (3-stufige Systeme)	782
II.3.1. Deutschland	782
II.3.2. Portugal	783
II.3.3. Schweiz	784
II.4. Ausgangstatbestand als milderer Fall (2-stufige Systeme): Frankreich	785
II.5. 1-stufiges System: Italien	786
III. Ergebnisse der Befragung	786
III.1. Maßgebliche Faktoren der Fallvarianten	786
III.2. Fallvariante 1	788
III.2.1. 2-stufige Systeme mit dem schwersten Fall als Ausgangs- tatbestand	788
III.2.2. 3-stufige Systeme	792
III.2.3. 2-stufiges System mit milderem Fall als Ausgangs- tatbestand: Frankreich	796
III.2.4. 1-stufiges System: Italien	797
III.2.5. Bewertung	797
III.3. Fallvariante 2	798
III.3.1. 2-stufige Systeme mit dem schwersten Fall als Ausgangs- tatbestand	799
III.3.2. 3-stufige Systeme	802
III.3.3. 2-stufiges System mit milderem Fall als Ausgangs- tatbestand: Frankreich	805
III.3.4. 1-stufiges System: Italien	806
III.3.5. Bewertung	806
III.4. Fallvariante 3	807
III.4.1. 2-stufige Systeme mit dem schwersten Fall als Ausgangs- tatbestand	808

III.4.2. 3-stufige Systeme	810
III.4.3. 2-stufiges System mit milderem Fall als Ausgangs- tatbestand: Frankreich	814
III.4.4. 1-stufiges System: Italien	814
III.4.5. Bewertung	814
III.5. Fallvariante 4	815
III.5.1. 2-stufige Systeme mit dem schwersten Fall als Ausgangs- tatbestand	815
III.5.2. 3-stufige Systeme	816
III.5.3. 2-stufiges System mit milderem Fall als Ausgangs- tatbestand: Frankreich	818
III.5.4. 1-stufiges System: Italien	819
III.5.5. Bewertung	819
III.6. Gesamtbewertung der Ergebnisse zu allen Fallvarianten	819
§ 13 Straffreistellungen	821
I. Überblick	821
II. Strafflosigkeit der T wegen Notwehr in Fallvariante 4	822
II.1. Rechtliche Vorgaben	822
II.2. Ergebnisse der Befragung und Bewertung	826
§ 14 Straffestsetzung	838
I. Einführung	838
II. Allgemeines System der Tatumwertgraduierung	840
II.1. Rechtliche Bindung und tatrichterliches Ermessen	840
II.1.1. Enge rechtliche Bindung: Italien	841
II.1.2. Weites tatrichterliches Ermessen: Frankreich	842
II.1.3. Kombinationssysteme: England und Wales, Deutschland	843
II.1.4. Mittelwege zwischen rechtlicher Bindung und tatrichterlichem Ermessen: Schweden, Österreich, Schweiz, Portugal	844
II.2. Einschlägige Straffrahmen	848
II.3. Maßgebliche Sachkriterien	855
III. Ergebnisse der Befragung	859
III.1. Darstellung der einzelnen Länder	859
III.1.1. Italien	860
III.1.2. England und Wales	864
III.1.3. Schweden	867
III.1.4. Österreich	870
III.1.5. Frankreich	873
III.1.6. Deutschland	874
III.1.7. Schweiz	878
III.1.8. Portugal	881

III.2. Vergleichende Darstellung und Bewertung	883
III.2.1. Sanktionsprognosen	883
III.2.2. Einstufung der Tatschwere	893
§ 15 Einflüsse des Strafverfahrens	899
I. Einführung	899
II. Laienbeteiligung und allgemeines Prozesssystem	900
III. Spezifische Beweisprobleme	903
IV. Anforderungen an die Entscheidungsbegründung und Intensität der Rechtsmittelkontrolle	905
V. Taktisches Verhalten der Prozessbeteiligten und Absprachen über das Verfahrensergebnis	907
§ 16 Besonderheiten der Strafvollstreckung	909
§ 17 Wesentliche Gemeinsamkeiten und länderübergreifende Strukturen	915
I. Sanktionshöhen	915
II. Bedeutung der Straftatbestände	916
III. Das Verhältnis von Straffreistellung und Tatunwertgraduierung	919
IV. Tatunwertgraduierung, trichterliches Strafzumessungsermessen und Prozesssystem	920
§ 18 Perspektiven eines europäischen Strafrechts	923
I. Harmonisierung der bestehenden Rechtsordnungen	923
II. Schaffung eines supranationalen europäischen Strafrechts	927

Abkürzungsverzeichnis

A	Österreich
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
AusgangsTB	Ausgangstatbestand
BGHSt	Bundesgerichtshof, Amtliche Sammlung der Entscheidungen in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
bzw.	beziehungsweise
CH	Schweiz
CP-F	Code Pénal Français (französisches Strafgesetzbuch)
CP-I	Codice Penale Italiano (italienisches Strafgesetzbuch)
CP-P	Código Penal Português (portugiesisches Strafgesetzbuch)
D	Deutschland
d.h.	das heißt
F	Frankreich
f., ff.	folgende, fortfolgende
Fn.	Fußnote
FV	Fallvariante
GB	Großbritannien (hier: England und Wales)
gem.	gemäß
I	Italien
Kap.	Kapitel
Körperverl.	Körperverletzung
KrimGB-S	Schwedisches Kriminalgesetzbuch
LF	Lebenslange Freiheitsstrafe
O	Opfer (in den hier untersuchten Fallvarianten)
P	Portugal
S	Schweden
S.	Seite
StGB-A	Österreichisches Strafgesetzbuch

StGB-CH

Schweizerisches Strafgesetzbuch

StGB-D

Deutsches Strafgesetzbuch

T

Täterin (in den hier untersuchten Fallvarianten)

z.B.

zum Beispiel

§ 11 Einführung*

Ziel der Untersuchung war es, anhand eines konkreten Fallbeispiels die spezifische Verbindung normativer Regelungen und praktischer Rechtsanwendung in verschiedenen europäischen Rechtsordnungen zu erforschen und dadurch Erkenntnisse über die Strukturen und Funktionsweisen der unterschiedlichen Rechtskulturen zu gewinnen.¹ Dementsprechend versucht die vorliegende Auswertung, anhand der Ergebnisse der Landesberichte länderübergreifende Gemeinsamkeiten herauszuarbeiten und den festgestellten Unterschieden soweit möglich auf den Grund zu gehen.

Die ausgewählten Fallvarianten konfrontieren den Rechtsanwender zudem mit schwierigen Wertungsfragen und zwingen ihn, sich zugunsten oder zulasten der misshandelten Ehefrau zu entscheiden. Dabei kann das anzuwendende Recht unterstützend oder erschwerend wirken, je nachdem ob es eine den Besonderheiten des Falles gerecht werdende Abwägung ermöglicht oder durch zu starre Vorgaben einseitig bestimmte Wertungsaspekte betont und dadurch Entscheidungen fordert, die vom Rechtsanwender möglicherweise nicht als gerecht angesehen werden. Ein wesentliches Anliegen dieser Untersuchung war es daher, herauszufinden, ob sich länderübergreifend ähnliche Bewertungen der Fallvarianten feststellen lassen und wie diese Bewertungen in den Strukturen des jeweiligen Rechtssystems umgesetzt werden.

Die *materiell-straftrechtliche* Beurteilung der Fallvarianten betrifft zum einen die Frage des „Ob“ der Bestrafung der T. Die Kennzeichnung und Grenzziehung strafbaren Verhaltens erfolgt zunächst durch spezifische gesetzliche Deliktsbeschreibungen, die in Deutschland, Österreich und der Schweiz „Straftatbestände“, in England „offences“ usw. genannt und durch allgemeine Regeln, wie etwa zu Vorsatz und Fahrlässigkeit, Täterschaft und Teilnahme oder Versuch und Vollendung, ergänzt werden. Da es sich in allen vier Fallvarianten um eine vorsätzliche Tötung handelt, stand für alle untersuchten Länder außer Frage, dass die Tat die Merkmale eines entsprechenden Straftatbestands verwirklicht.

Die Grenze strafbaren Verhaltens wird daneben aber auch durch negative, strafbarkeitsausschließende Merkmale festgelegt, die zur Folge haben, dass der Täter straffrei bleibt, obwohl er die spezifischen Merkmale eines Delikts verwirklicht und ein fremdes Rechtsgut verletzt oder gefährdet hat. Ob tatsächlich eine Straftat vorliegt, kann daher in allen Strafrechtsordnungen erst nach einer Zusammenschau von Tatbeständen und Straffreistellungsgründen festgestellt werden. Diese Straffreistellungen werden im deutschsprachigen Raum hauptsächlich „Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe“ genannt, in England heißen sie „defences“ usw. Für unsere Fallvarianten kommt ein solcher Ausschluss der Strafbarkeit der T generell

* Stand: 2012.

¹ Vgl. Ziel und Methode der Untersuchung § 2 I.1.

wegen Notstands und eventuell auch wegen fehlender Zurechnungsfähigkeit in Betracht; bei der vierten Variante zusätzlich wegen Notwehr. Tatsächlich stellte sich bei den Befragungen aber sehr schnell heraus, dass eine Straffreistellung wegen Notstands in keiner der vier Varianten ernsthaft zur Diskussion stand, die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit der T nach Ansicht der Gesprächspartner zwar überall gemindert, aber kaum völlig ausgeschlossen sein kann und ein Freispruch nur in Variante 4 wegen der Notwehrsituation realistisch in Erwägung zu ziehen ist.

Die Beurteilung der Fallvarianten 1 bis 3 konzentrierte sich deshalb auf die zweite Ebene der materiell-strafrechtlichen Beurteilung: die *Graduierung des Tatunwerts*, d.h. die Einstufung der Tat in das System der gesetzlichen Strafrahen einschließlich der Erschwerungs- und Milderungsgründe sowie ihre konkrete Bewertung im Rahmen der richterlichen Strafzumessung. Da den Gesprächspartnern keine spezifischen Persönlichkeitsmerkmale der T mitgeteilt wurden, konnten sie ihre Einschätzung auch bei der Strafzumessung nur auf die Bewertung der Tat selbst stützen. Hierfür stellen die verschiedenen Rechtsordnungen allerdings deutlich komplexere Regelungen und Mechanismen zur Verfügung als für die Bestimmung der Grenze zwischen Strafbarkeit und Strafflosigkeit.

Zunächst sind auch insoweit die Straftatbestände maßgeblich, weil sie nicht nur die typischen Merkmale der verschiedenen Delikte festlegen, sondern diesen zudem einen den spezifischen Unwertgehalt charakterisierenden Namen („Raub“, „Mord“, „Diebstahl“) geben und durch die Festlegung eines Sanktionsrahmens zumindest indirekt erkennen lassen, welches Gewicht die betreffenden Taten im Verhältnis zu anderen Taten haben. Darüber hinaus sehen die meisten Strafrechtsordnungen für bestimmte Delikte schon auf der Tatbestandsebene Abstufungen besonders schwerer oder minder schwerer Begehungsformen vor, die oft durch unterschiedliche Deliktsbezeichnungen kenntlich gemacht werden („Mord“ und „Totschlag“ etc.).

Weitere Abstufungen der Tatbewertung ergeben sich in vielen Ländern aus allgemeinen, nicht spezifisch auf ein bestimmtes Delikt bezogenen Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründen, die den anzuwendenden Strafrahen verändern. Schließlich hängt auch die eigentliche Strafzumessung, d.h. die Festsetzung der konkreten Strafe innerhalb des anzuwendenden Strafrahmens, zu einem wesentlichen Teil von der Bewertung des Unwertgehaltes der Tat ab, wobei die verschiedenen Rechtsordnungen den Gerichten teils weite Ermessensspielräume zubilligen, teils aber auch detaillierte Kriterienkataloge vorgeben.

Eine klare Trennung zwischen den Ebenen der tatbestandlichen Einstufung, der Strafrahenverschiebung aufgrund allgemeiner Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe und der Strafzumessung lässt sich freilich zumeist nicht durchführen. Schon bei der tatbestandlichen Abstufung schwererer und weniger schwerer Begehungsformen werden in manchen Ländern pauschale Gesamtabwägungen des Ta-

tunwertgehalts verlangt, die sich nach Art und Inhalt kaum noch von der eigentlichen Strafzumessungsentscheidung abheben. Auch sind die Grenzen zwischen strafrahmenausfüllender Ermessensausübung einerseits und strafrahmenverschiebender Auf- oder Abstufung eines Falles als besonders oder minder schwer andererseits regelmäßig so fließend, dass der gesamte Vorgang der Tatumwertbestimmung und Strafzumessung fast immer als Einheit verstanden werden muss.

Schließlich wurden in die Untersuchung auch Aspekte des Strafverfahrens und der Strafvollstreckung einbezogen. Das *Strafverfahren* kann sowohl für die Entscheidung zwischen Bestrafung und Strafflosigkeit als auch für die Einstufung des Gewichtes der Tat Bedeutung erlangen. Zum einen können die Strafverfolgungsorgane im Rahmen ihres – in der einen oder anderen Form in jeder Rechtsordnung faktisch bestehenden – Strafverfolgungsermessens auf die Durchführung eines Strafverfahrens trotz hinreichenden Tatverdachts ganz verzichten, das Verfahren einer anderen Erledigungsform als dem förmlichen Urteil zuführen oder die Anklage gezielt herab- oder heraufstufen. Diese Mechanismen wurden in unserer Untersuchung jedoch weitgehend ausgeblendet, weil wegen der Schwere des Delikts eine informelle Verfahrenserledigung nicht infrage kam und eine Herabstufung der Anklage etwa auf fahrlässige Tötung angesichts der eindeutigen Sachverhaltsvorgaben allenfalls bei der vierten Variante in Betracht gezogen werden konnte.

Zum anderen wird die materiellrechtliche Tatbewertung häufig auch von spezifischen Beweisproblemen sowie sonstigen prozessualen Schwierigkeiten beeinflusst, denen man durch eine andere materiellrechtliche Klassifizierung der Tat aus dem Weg gehen kann oder die zu entsprechenden Absprachen zwischen Ankläger oder Gericht einerseits und Verteidigung andererseits führen können. Derartige unmittelbare Zusammenhänge zwischen prozessualer und materiellrechtlicher Fallbewältigung konnten in den von uns untersuchten Ländern für die vorgetragenen Fallvarianten allerdings nicht festgestellt werden. Auch sind prozessuale Absprachen bei solchen Sachverhaltskonstellationen offensichtlich wenig üblich. Eine Ausnahme bildet lediglich Italien, dessen formalisiertes Abspracheverfahren freilich eher zur Milderung der allgemein als zu hart empfundenen Strafen des Strafgesetzbuchs als zur Lösung spezifischer Beweisprobleme eingesetzt wird.² Die Beobachtungen zum Einfluss des Prozesssystems beschränken sich daher zumeist auf allgemeine Feststellungen, etwa dass in einem Geschworenenverfahren die Vorhersage des Verfahrensergebnisses schwerer fällt als in einem von Berufsrichtern dominierten System³ oder dass das angelsächsische adversatorische Verfahren eine andere Verteilung der Darlegungs- und Beweislasten vorsieht als kontinentaleuropäische Amtsermittlungsverfahren und die Lösung des Falles dadurch stärker vom konkreten Prozessverlauf abhängt.⁴

² Siehe unten § 15 V.

³ Siehe unten § 15 II, § 17 IV.

⁴ Siehe unten § 15 III.

Die zu erwartenden Bedingungen der *Strafvollstreckung* schließlich können die gerichtliche Entscheidung eines Falles ebenfalls nachhaltig beeinflussen. So mag die Verhängung einer langjährigen oder gar lebenslangen Freiheitsstrafe leichter fallen, wenn aufgrund großzügiger Regelungen zur vorzeitigen Haftentlassung mit einer deutlichen Verkürzung der tatsächlichen Verbüßungsdauer zu rechnen ist oder die mit dem Vollzug verbundenen Nachteile aufgrund substanzieller Haft-erleichterungen (offener Vollzug, Hafturlaub etc.) spürbar abgemildert werden. In der Befragung stellte sich allerdings heraus, dass insbesondere Richter und Staatsanwälte im Allgemeinen wenig präzise Vorstellungen über Dauer und Art der Vollstreckung ihrer Entscheidungen haben, sodass diese allenfalls unschwellig von solchen Faktoren beeinflusst werden.⁵

§ 12 Tatbestandliche Einstufung der Fallvarianten⁶

I. Funktionen der Straftatbestände

Für diese Untersuchung sind verschiedene Funktionen der Straftatbestände von Bedeutung: Indem sie die typischen Merkmale der verschiedenen Delikte umschreiben, legen sie zunächst die *Grenze zwischen strafbarem und straflosem Verhalten* fest. Lässt sich eine konkrete Tat nicht unter die Merkmale (irgend)eines Straftatbestands subsumieren, so ist sie aus strafrechtlicher Sicht irrelevant und bedarf keiner weiteren Prüfung, etwa im Hinblick auf Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe. Was dies betrifft, sind alle vier unserer Fallvarianten unproblematisch, weil die T nach den eindeutigen Vorgaben der Sachverhaltsformulierung den – in allen Rechtsordnungen existierenden – Tatbestand eines vorsätzlichen Tötungsdelikts verwirklicht.⁷

Eine zweite Funktion der Straftatbestände besteht in der *äußeren Kennzeichnung* oder *Etikettierung* der Tat. In allen untersuchten Rechtsordnungen haben die verschiedenen Tatbestände offizielle – d.h. in der Regel gesetzliche – Überschriften, welche die betreffenden Taten schlagwortartig charakterisieren und dadurch insbesondere den Nichtjuristen (Angeklagter, Zeugen, Öffentlichkeit) deutlich machen,

⁵ Siehe unten § 16.

⁶ Auf Einzelnachweise zu den verschiedenen Ländern wird im Folgenden weitgehend verzichtet. Da alle Landesberichte ein einheitliches und anhand der Überschriften unmittelbar nachvollziehbares Gliederungsschema aufweisen, sind die betreffenden Passagen dort leicht zu finden.

⁷ Dies gilt auch für die Länder, deren Juristen bei der vierten Variante den Tötungsvorsatz bezweifelten und deshalb nur eine Körperverletzung mit Todesfolge annehmen wollten (näher dazu unten § 12 III.5., insbesondere § 12 III.5.3.). Damit sollte lediglich das Gewicht der Tat herabgestuft, keinesfalls aber die straftatbestandliche Relevanz der Handlung der T infrage gestellt werden.

um was für eine Art von Delikt es sich handelt. Dabei sind innerhalb einer Deliktsgruppe auch abgestufte Bezeichnungen für unterschiedlich schwere Taten möglich (z.B. für Tötungsdelikte in Deutschland, Österreich und der Schweiz die Bezeichnungen „Mord“ und „Totschlag“, in der Schweiz daneben noch die der „vorsätzlichen Tötung“), womit auf eine einfache – und vergrößernde – Weise das Maß des konkreten Vorwurfs gegenüber dem Täter signalisiert wird.

Diese Etikettierungsfunktion der Straftatbestände ist zum einen für das Verständnis der verschiedenen nationalen Systeme bedeutsam, weil die unterschiedlichen Deliktsbezeichnungen häufig schon als solche Rückschlüsse auf die generelle Haltung einer Rechtsordnung gegenüber der betreffenden Art von Straftat zulassen. Zum anderen kann sie in bestimmten Fällen aber auch bewusst von den Gerichten eingesetzt werden, um durch die Auswahl eines Tatbestands mit besonders drastischer oder besonders zurückhaltender Überschrift dem Angeklagten oder der Bevölkerung ein Zeichen zu geben. Eine derartige gezielte Verwendung der gesetzlichen Deliktsbezeichnung ist dem Gericht insbesondere dann möglich, wenn ihm einerseits für die Subsumption der Tat unter den schwereren oder mildereren Tatbestand Beurteilungsspielräume zur Verfügung stehen und andererseits das Maß der verhängten Strafe im konkreten Fall nicht von der tatbestandlichen Einstufung abhängt, weil sich die in Betracht kommenden Strafraumen im entscheidenden Bereich überschneiden. Solche Situationen kommen, wie im Folgenden gezeigt werden wird, für unsere Fallvarianten in einigen Ländern durchaus vor.

Schließlich enthalten die Straftatbestände regelmäßig Anordnungen zu Art und Höhe der für die betreffenden Taten zu verhängenden Sanktion und legen dadurch deren Gewicht gegenüber anderen Deliktsarten fest. Diese *Graduierungsfunktion* kann je nach Enge oder Weite der betreffenden Strafraumen und dem Maß ihrer Veränderbarkeit durch allgemeine Strafbemessungsregeln mehr oder weniger stark ausgeprägt sein. In allen in die Untersuchung einbezogenen Ländern ist sie jedenfalls bei den Tötungsdelikten deutlich erkennbar und spielt insbesondere für die Fallvarianten 1 bis 3 eine bedeutende Rolle.

II. Die Systematik der Tötungsdelikte in den untersuchten Rechtsordnungen

II.1. Überblick

Die Tatbestände der Tötungsdelikte lassen sich in den in die Untersuchung einbezogenen Rechtsordnungen anhand einiger weniger Parameter systematisieren. Zunächst ist mit Ausnahme Italiens überall eine klare *formale Stufung* zwischen verschiedenen schwer bewerteten Deliktstypen erkennbar, die vom Ausgangspunkt der „einfachen“ vorsätzlichen Tötung entweder zu erschwerten oder zu gemilderten

Tatbestandsformen oder in beide Richtungen zugleich voranschreitet und dadurch die Aufgabe der Tatumwertgraduierung erfüllt (Übersicht 1). Bei 3-stufigen Systemen bildet der Ausgangstatbestand die mittlere Stufe (Deutschland, Portugal, Schweiz), bei 2-stufigen Systemen kann er sowohl die schwerere (England und Wales, Österreich, Schweden) als auch die mildere Stufe (Frankreich) darstellen. Das italienische Strafrecht enthält demgegenüber keine tatbestandlichen Abstufungen: Neben dem „omicidio“ genannten Einheitstatbestand der vorsätzlichen Tötung des Art. 575 CP-I bestehen zwar besondere Strafschärfungsgründe der Art. 576 und 577 CP-I. Diese sind jedoch übergangslos mit dem System der allgemeinen Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe der Art. 61 ff. CP-I verbunden und können deshalb nicht als davon abgrenzbare Qualifikationstatbestände interpretiert werden.

Neben den allgemeinen, auf alle oder zumindest viele unterschiedliche Arten von Tötungshandlungen anwendbaren Tatbeständen finden sich in vielen Rechtsordnungen auch *spezielle* Tötungstatbestände, die nur für begrenzte Sonderkonstellationen einschlägig sind (z.B. Tötung auf Verlangen, Anstiftung oder Beihilfe zur Selbsttötung, Kindestötung). Diese besonderen Tötungsdelikte sind von den unserer Untersuchung zugrunde liegenden Fallvarianten nicht betroffen und werden deshalb aus der Analyse ausgeklammert.

Gelegentlich werden bestimmte *qualifizierte* oder *privilegierte* Formen der vorsätzlichen Tötung nicht als eigener Tatbestand, sondern als unselbstständige Variante (so in England und Wales *manslaughter* im Verhältnis zu *murder*⁸), bloße Strafbemessungs- oder Strafzumessungsregel (so in Deutschland der minder schwere Fall des Totschlags gem. § 213 StGB-D⁹) oder als außerhalb der Stufung stehendes *delictum sui generis* (so der Mord gem. § 211 StGB-D nach Ansicht der deutschen Rechtsprechung) angesehen. Für die Zwecke unserer Untersuchung sind derartige Differenzierungen wenig sinnvoll, da die Übergänge zwischen tatbestandlicher Einstufung, Strafrahmenverschiebung aufgrund außertatbestandlicher Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe und Strafzumessung in vielen Rechtsordnungen ohnehin fließend sind und deshalb nicht für alle Länder einheitlich bestimmt werden. Auch beruht die Einstufung von § 211 StGB-D als *delictum sui generis* auf einer deutschen Sonderproblematik, die nicht zum Maßstab für rechtsvergleichende Analysen taugt.¹⁰ Ausgegangen wurde daher von einem vereinfachten, formal gefassten Tatbestandsbegriff, der in Zweifelsfällen eine zumindest vorläufige Sortierung der Phänomene ermöglichen sollte. Als eigene Qualifikations-

⁸ Vgl. Landesbericht England und Wales § 4 II.1.1.2., § 4 II.1.1.3.

⁹ Vgl. Helmut Gropengießer, Der Haustyrannenmord: Eine Untersuchung zur rechtlichen Behandlung von Tötungskriminalität in normativer und tatsächlicher Hinsicht, Berlin 2008, S. 33 f.

¹⁰ Die Haltung der Rechtsprechung dürfte vornehmlich darin begründet liegen, dass man eine Verjährung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen vermeiden wollte, die sich bei Anwendung von § 28 Abs. 2 StGB-D statt § 28 Abs. 1 StGB-D bei Teilnehmern in bestimmten Fällen ergeben hätte (vgl. auch Gropengießer, [Fn. 9] S. 25).

oder Privilegierungstatbestände wurden danach alle strafrahmenverändernden Regelungen aufgefasst, die erstens spezifisch auf die vorsätzliche Tötung bezogen sind und zweitens entweder eine eigene Deliktsbezeichnung haben (so der englische *manslaughter*) oder feste tatbestandliche Merkmale aufweisen, bei deren Vorliegen der entsprechend veränderte Strafrahmen unmittelbar, d.h. ohne Ausübung zusätzlichen Strafzumessungsermessens, anzuwenden ist (so die erste Alternative des § 213 StGB-D). Lediglich die italienische Regelung konnte auch nach diesem Maßstab nicht als mehrstufiges Tatbestandsmodell angesehen werden, da die in den Art. 576, 577 CP-I aufgeführten erschwerenden Umstände für sich allein betrachtet noch nicht zur Verschärfung der Strafe führen, sondern erst im Rahmen einer Gesamtabwägung aller – überwiegend im Allgemeinen Teil geregelt – strafrahmenverändernden Umstände.

Land	Qualifikation	Ausgangstatabestand	Privilegierung	Modell
GB	–	murder	manslaughter	2-stufig mit Privilegierung
A	–	Mord § 75 StGB-A	Totschlag § 76 StGB-A	2-stufig mit Privilegierung
S	–	Mord Kap. 3 § 1 KrimGB-S	dráp Kap. 3 § 2 KrimGB-S	2-stufig mit Privilegierung
D	Mord § 211 StGB-D	Totschlag § 212 StGB-D	Minder schwerer Fall des Totschlags § 213 StGB-D	3-stufig
P	homicidio qualificado Art. 132 CP-P	homicidio Art. 131 CP-P	homicidio privilegiado Art. 133 CP-P	3-stufig
CH	Mord Art. 112 StGB-CH	Vorsätzliche Tötung Art. 111 StGB-CH	Totschlag Art. 113 StGB-CH	3-stufig
F	Art. 221-2 (assassinat), 221-3/4 CP-F	meurtre Art. 221-1 CP-F	–	2-stufig mit Qualifikation
I	–	omicidio Art. 575 CP-I	–	1-stufig

Übersicht 1: Tatbestandsmodelle im Überblick

Die formale Stufung der Tötungsdelikte wird in den meisten der untersuchten Rechtsordnungen durch entsprechend schärfere oder mildere gesetzliche – in England und Wales stattdessen dem *common law* entstammende – *Deliktsbezeichnungen* unterstützt, die den einzelnen Tatbeständen unterschiedliche Namen verleihen

(Übersicht 1). So heißt die schwerste Form der vorsätzlichen Tötung in Deutschland, Österreich der Schweiz und Schweden „Mord“ und in England „murder“, während die minder schweren Formen in Deutschland und Österreich „Totschlag“, in der Schweiz „Vorsätzliche Tötung“ und „Totschlag“, in Schweden „dråp“ und in England „manslaughter“ genannt werden. Alle diese Begriffe bringen nicht nur die jeweilige Stellung des Tatbestands innerhalb der Tötungsdelikte zum Ausdruck, sondern haben – mit Ausnahme der schweizerischen „Vorsätzlichen Tötung“ – auch alltagssprachlich eine eigenständige, den Tatumwert charakterisierende Bedeutung.

Die romanischen Rechtsordnungen Frankreichs, Italiens und Portugals sind gegenüber dieser Form der alltagssprachlich gefassten Deliktsetkettierung zurückhaltender. So unterscheidet der portugiesische Código Penal nur noch zwischen *homicidio* als Ausgangstatbestand, *homicidio qualificado* als verschärfter und *homicidio privilegiado* als gemilderter Form der vorsätzlichen Tötung. In Frankreich wird der Grundtatbestand im Code Pénal *meurtre* und eine der schwereren Formen der vorsätzlichen Tötung *assassinat* genannt, während für die anderen Qualifikationstatbestände eine entsprechende gesetzliche Bezeichnung fehlt. In Italien existiert überhaupt nur die neutrale Bezeichnung *omicidio* für den Einheitsstatbestand; die *circostanza aggravanti* (erschwerende Umstände) der Art. 576, 577 CP-I werden dagegen als bloße Strafbemessungsregeln ohne Veränderung der Tatbestandsqualifikation verstanden.

Deutliche Unterschiede zwischen den untersuchten Rechtsordnungen zeigen sich bei *Form und Inhalt der einzelnen Qualifikations- und Privilegierungsmerkmale*, mittels derer eine Tat gegenüber dem Ausgangstatbestand als erschwerter oder gemilderter Fall der vorsätzlichen Tötung eingestuft wird (Übersichten 2 und 3). In *formaler Hinsicht* weisen die betreffenden Merkmale sehr unterschiedliche Bestimmtheitsgrade auf. So finden sich teilweise fest umrissene Einzelmerkmale, die zwingend zur Anwendung des betreffenden Tatbestands führen (Deutschland, England und Wales, Frankreich), teilweise aber auch nur vage Generalklauseln, die Gegenstand und Richtung der Bewertung lediglich in allgemeiner Form angeben oder durch Regelbeispiele konkretisieren (Österreich, Portugal, Schweiz), und schließlich mitunter auch die pauschale Aufforderung an das Gericht, anhand einer Gesamtabwägung aller Umstände festzustellen, ob der Fall „minder schwer“ wiege (Deutschland, Schweden).

Was die *Inhalte* der qualifizierenden und privilegierenden Merkmale angeht, so kann an dieser Stelle noch keine besonders aufschlussreiche Übersicht gegeben werden. Viele der in der einen Rechtsordnung auf der Tatbestandsebene aufgegriffenen Gesichtspunkte werden in anderen Rechtsordnungen erst auf der Ebene der konkreten Strafrahmenfestsetzung und Strafzumessung bedeutsam – und umgekehrt. Eine abschließende Bewertung ist daher erst nach einer gemeinsamen Er-

fassung aller dieser Ebenen möglich.¹¹ Immerhin wird die Zuordnung einer Tat zu einem schwereren oder milderen Tatbestand als solche regelmäßig im Schuldspruch des Urteils ausdrücklich kenntlich gemacht (Etikettierungsfunktion der Tatbestände), sodass der Verankerung der betreffenden Merkmale auf der Tatbestandsebene eine gewisse eigenständige, über die Strafraumenfestsetzung hinausreichende Bedeutung zukommt.

Unter dem Vorbehalt der späteren Ergänzung zeigen sich bei den tatbestandlichen Kriterien in den untersuchten Rechtsordnungen folgende generelle Linien:

- Die – entweder Generalklauseln konkretisierenden (Schweiz, Portugal) oder unmittelbar zur Strafschärfung führenden (Deutschland, Frankreich) – *qualifizierenden* Tatbestandsmerkmale betreffen auf der *objektiven Tatseite* besondere (grausame, heimtückische, gefährliche etc.) Begehungsweisen (Deutschland, Portugal, Schweiz), die objektive Verbindung der Tötungshandlung mit einer anderen Straftat (Frankreich) oder eine besondere Qualität des Opfers (Frankreich, Portugal). Auf der *subjektiven Tatseite* werden besonders verwerfliche Motive (Deutschland, Portugal, Schweiz), Vorbedacht bzw. die kühle Kalkulation der Tat (Frankreich, Portugal) sowie die Absicht der Instrumentalisierung der Tötung für eine andere Straftat (Deutschland, Frankreich, Portugal) erfasst.
- Bei den *privilegierenden* Merkmalen wird neben der pauschalen Bewertung des Falles als „minder schwer“ (Deutschland, Schweden) entweder *objektiv* auf eine besondere Provokation des Täters durch das Opfer oder Dritte (Deutschland, England und Wales) oder *subjektiv* auf eine als verständlich oder entschuldbar angesehene seelische Belastung (Österreich, Portugal, Schweiz) bzw. die Verminderung der Zurechnungsfähigkeit (England und Wales) sowie auf wertvolle Tatmotive (Portugal) abgestellt.

¹¹ Siehe unten § 14 II.3.

Merkmal	D	P	CH	F
Generalklausel (besonders skrupellos/besonders vorwerfbar)		+	+	
Generalklauselartiges Einzelmerkmal (niedrige Beweggründe)	+			
Konkrete Einzelmerkmale/Regelbeispiele				
Objektive Tatseite:				
– Begehungsweise (heimtückisch, grausam, gemeingefährlich)	+	+		
– Missbrauch von Amtsbefugnis				+
– besondere Opfereigenschaft (Verwandter, Kind oder Kranker, wichtige Amtsperson etc.)		+		+
– objektive Verbindung mit anderer Straftat				+
Subjektive Tatseite:				
– verwerfliche Motive (Habgier, sexuell etc.)	+	+		
– subjektive Instrumentalisierung der Tötung für Begehung anderer Straftat	+	+		+
– Kaltblütigkeit, Vorbedacht		+		+

Übersicht 2: Qualifizierende Tatbestandsmerkmale

Merkmal	GB	A	S	D	P	CH
Allgemeines Ermessen (minder schwerer Fall)			+	+		
Generalklauselartige Merkmale:						
– begreifliche/entschuldbare Gemütsbewegung		+			+	+
– seelische Belastung						+
– wertvolles Motiv					+	
Konkrete Merkmale:						
– Provokation	+			+		
– verminderte Zurechnungsfähigkeit	+					

Übersicht 3: Privilegierende Tatbestandsmerkmale

Ein wesentlicher Schlüssel zum Verständnis des Stufensystems der Tötungsdelikte sind schließlich die *tatbestandlichen Sanktionsbestimmungen*. Welches Gewicht eine Rechtsordnung den unter den Qualifizierungs- oder Privilegierungstatbestand fallenden Taten gegenüber den unter den Ausgangstatbestand fallenden Taten beimisst, lässt sich oft unmittelbar an den unterschiedlichen Strafrahmen ablesen (Übersicht 4). Für ihre Erfassung und Bewertung sind allerdings verschiedene Kriterien erforderlich, die erst in der Zusammenschau ein aussagekräftiges Bild ergeben.

An erster Stelle ist die *Höhe* der möglichen Strafen zu nennen. Für die *schwerste* Form der vorsätzlichen Tötung sehen alle untersuchten Rechtsordnungen die Höchststrafe vor, die in Portugal 25 Jahre Freiheitsstrafe beträgt und in den anderen Ländern die lebenslange Freiheitsstrafe ist. In England und Wales sowie Deutschland räumt der betreffende Tatbestand keine Möglichkeit einer anderen Strafe ein; in den anderen Ländern kann hingegen auch eine mildere Strafe verhängt werden, deren Untergrenze in Portugal bei 12 Jahren Freiheitsstrafe, in Österreich, Schweden und der Schweiz bei 10 Jahren Freiheitsstrafe und in Frankreich bei 2 Jahren Freiheitsstrafe liegt.

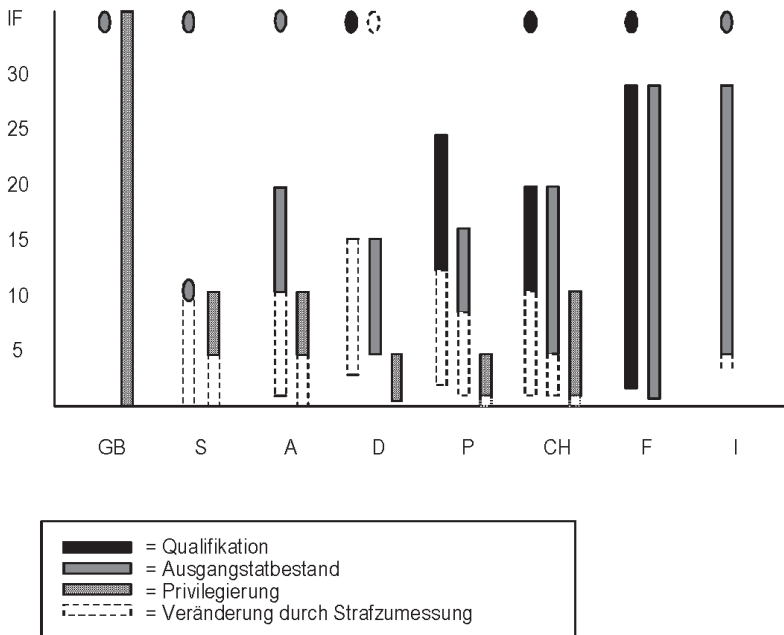
Für die *mildeste* Form der vorsätzlichen Tötung sehen Österreich und Schweden immer noch recht hohe Freiheitsstrafen zwischen 5 und 10 Jahren (Österreich) bzw. 6 und 10 Jahren (Schweden) vor, während bei allen anderen Ländern die betreffende Untergrenze in einem Bereich liegt, der eine Aussetzung der Strafvollstreckung zur Bewährung oder eine bedingte Verurteilung zulässt (England und Wales: bedingte Verurteilung ohne Strafausspruch; Deutschland: 6 Monate;¹² Frankreich, Portugal und die Schweiz: 1 Jahr Freiheitsstrafe). Die Strafrahmengrenzen der mildesten Tatbestandsform der vorsätzlichen Tötung variieren noch stärker (Deutschland und Portugal: 5 Jahre; Schweiz: 10 Jahre; Italien und Frankreich: 30 Jahre; England und Wales: lebenslange Freiheitsstrafe). Die Länder mit 3-stufigen Tatbestandsmodellen weisen zusätzlich für Fälle, die weder qualifizierende noch privilegierende Merkmale verwirklichen, einen mittleren Strafrahmen aus (Deutschland: 5 bis 15 Jahre; Portugal: 8 bis 16 Jahre; Schweiz: 5 bis 20 Jahre Freiheitsstrafe). In Italien ist für den Einheitstatbestand Freiheitsstrafe von 21 bis 30 Jahren vorgesehen, doch kann nach den besonderen und allgemeinen Strafbemessungsvorschriften die Strafe auf lebenslange Freiheitsstrafe erhöht oder bis auf Freiheitsstrafe von 5 Jahren abgesenkt werden.

Ein unmittelbarer länderübergreifender Vergleich dieser Strafrahmen ist freilich wegen ihrer unterschiedlichen *Verbindlichkeit* nicht sinnvoll. So können in den meisten Ländern zumindest einige der Strafrahmen aufgrund außertatbestandlicher Strafbemessungs- und Strafzumessungsregeln verändert werden bzw. die Reichweite der Strafrahmen lässt sich von vornherein nur in Verbindung mit diesen Regeln bestimmen (Frankreich, Italien).¹³ In Deutschland ist etwa im Ausgangstatbestand des Totschlags gem. § 212 Abs. 2 StGB-D in „besonders schweren Fällen“ die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe möglich, während für Tatbestände mit hoher Mindeststrafe in fast allen untersuchten Ländern Möglichkeiten zur deutlichen Absenkung dieser Strafe vorgesehen sind (Übersicht 4).

¹² Nach der Rechtslage zur Zeit der Befragung. Seit dem 6. Strafrechtsreformgesetz vom 26.1.1998 beträgt der Strafrahmen des § 213 StGB-D 1 bis 10 Jahre Freiheitsstrafe (zuvor 6 Monate bis 5 Jahre).

¹³ Vgl. näher unten § 14 II.

Deutliche Unterschiede zeigen sich schließlich bei der *Weite der einzelnen Strafraumen*. Hier vereinigt das englische Recht die beiden Extreme: Während für *murder* zwingend die lebenslange Freiheitsstrafe als Punktstrafe vorgesehen ist, steht dem Gericht für *manslaughter* der gesamte Sanktionsbereich von der lebenslangen Freiheitsstrafe bis zur Untergrenze einer möglichen Sanktionierung zur Verfügung. Verhältnismäßig enge Strafraumen enthält das schwedische Recht mit der Punktstrafe der lebenslangen Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe von 10 Jahren für Mord und Freiheitsstrafe zwischen 6 und 10 Jahren für den Privilegierungstatbestand (*dråp*). Auch in Italien sorgt eine Kombination von besonderen und allgemeinen Strafbemessungsregeln für eher enge Strafraumen, die freilich erst anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls festgelegt werden können.¹⁴ Besonders weit gefasst sind demgegenüber die Strafraumen in Frankreich mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe zwischen 2 und 30 Jahren für die qualifizierten Formen der vorsätzlichen Tötung und Freiheitsstrafe zwischen 1 und 30 Jahren für den Ausgangstatbestand. In den anderen Ländern haben die Strafraumen demgegenüber mittlere Ausdehnungen.



Übersicht 4: Strafraumen

¹⁴ Näher dazu unten § 14 II.1.1.

Die Bedeutung der Zuordnung eines konkreten Falles zum Ausgangstatbestand oder zur Qualifizierung bzw. Privilegierung hängt schließlich auch davon ab, ob und in welchem Ausmaß die betreffenden Strafraumen sich gegenseitig *überlappen*. Ist dies nicht der Fall, so wirkt sich die Wahl des Tatbestands unmittelbar auf die Höhe der zu verhängenden Strafe aus – sofern nicht eine außertatbestandliche Strafraumenveränderung eingreift. Überlappen sich hingegen die Strafraumen der in Betracht kommenden Tatbestände, so bleibt die Sanktionsentscheidung innerhalb dieses gemeinsamen Bereiches von der tatbestandlichen Einstufung weitgehend unabhängig. Die stärksten Überlappungen finden sich in Frankreich und – in deutlich geringerem Maß – in der Schweiz sowie teilweise auch in Portugal. In den anderen Ländern schließen die Strafraumen der verschiedenen Tatbestände dagegen aneinander an, wobei freilich dort – wie auch in Portugal und der Schweiz – zu beachten ist, dass sich aufgrund der Möglichkeit außertatbestandlicher Strafmilderungen fast alle Strafraumen nach unten hin letztlich doch überlappen.

Insgesamt zeigt dieser Überblick, dass die Beurteilung eines konkreten nationalen Systems der Tötungsdelikte von mehreren Faktoren abhängt, die erst in ihrer *Zusammenschau* ein aussagekräftiges Bild ergeben. Wesentlich sind erstens die generelle Haltung einer Rechtsordnung, ob die „einfache“ vorsätzliche Tötung als schwerer, mittelschwerer oder leichter Fall eines Tötungsdelikts angesehen wird, zweitens anhand welcher Kriterien etwaige Qualifikations- oder Privilegierungstatbestände vom Ausgangstatbestand abgeschichtet werden, drittens welche Folgen die tatbestandliche Einstufung für die Sanktionierung hat und viertens ob die äußere Kennzeichnung einer Tat als „Mord“, „Totschlag“ usw. – zumindest bis zu einem gewissen Grad – von der Sanktionsfrage unabhängig ist. Bevor die Ergebnisse der Befragungen zu den vier Fallvarianten einander gegenübergestellt werden können, werden daher zunächst die entsprechenden Wesenszüge der einzelnen Rechtsordnungen bei der tatbestandlichen Erfassung von Tötungsdelikten im Vergleich zueinander kurz vorgestellt.

II.2. Ausgangstatbestand als schwerster Fall (2-stufige Systeme)

Zu dieser Gruppe gehören England und Wales, Schweden und Österreich. Die „einfache“, d.h. nicht durch besondere Umstände qualifizierte oder privilegierte vorsätzliche Tötung wird hier „Mord“ oder „murder“ genannt, als das schwerste Tötungsdelikt angesehen und mit der lebenslangen Freiheitsstrafe bedroht.

II.2.1. England und Wales

In England und Wales ist die lebenslange Freiheitsstrafe für den Ausgangstatbestand *murder* zwingend. Diese Rigorosität wird in zweifacher Hinsicht noch zusätzlich verstärkt: Zum einen ist der Privilegierungstatbestand *manslaughter*,

der die Verhängung einer milderen Strafe ermöglicht, auf wenige Sonderfälle beschränkt, und zum anderen dürfen die zu dieser Privilegierung führenden Tatumstände nicht von der Anklage berücksichtigt und deshalb erst in der Hauptverhandlung zur Sprache gebracht werden.¹⁵

Eine vorsätzliche Tötung muss daher auch dann als *murder* angeklagt werden, wenn offensichtlich ist, dass Umstände vorliegen, die eine Herabstufung der Tat zu *manslaughter* nahelegen. Diese Umstände können erst in der Hauptverhandlung – regelmäßig in der Form von Verteidigungseinreden (*defences*) – geltend gemacht werden. Zudem trägt im Fall der Einrede der verminderten Zurechnungsfähigkeit (*diminished responsibility*) die Verteidigung insoweit auch noch die Beweislast. *manslaughter* ist daher kein selbstständiger Tatbestand, sondern lediglich eine zusätzliche Entscheidungsmöglichkeit für die Geschworenen zwischen uneingeschränkter Verurteilung und Freispruch. Hat die Jury allerdings auf *manslaughter* erkannt, so steht dem Richter bei der anschließenden Straffestsetzung die gesamte Spannbreite möglicher Sanktionen von der lebenslangen Freiheitsstrafe bis zu nicht freiheitsentziehenden Strafen (z.B. *probation*) zur Verfügung.

Als Verteidigungseinreden, die eine Herabstufung der Tat zu *manslaughter* ermöglichen, kommen – abgesehen von Sonderfällen – die verminderte Zurechnungsfähigkeit (*diminished responsibility*) oder eine Provokation des Täters (*provocation*) in Betracht. Die Anforderungen an die verminderte Zurechnungsfähigkeit sind hoch, werden aber von der Rechtsprechung in Fällen wie dem unserer Untersuchung zugrunde liegenden flexibel gehandhabt: Erforderlich ist ein von der Normalität abweichender Geisteszustand, der zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der geistigen Verantwortlichkeit führt, wobei diese Voraussetzungen durch ein ärztliches Gutachten zu bestätigen sind. Für die Annahme einer Provokation ist erforderlich, dass der Täter aufgrund der Reizung seine Selbstbeherrschung verloren hat und ein vernünftiger anderer Mensch sie in dieser Situation ebenfalls verloren hätte.

Beurteilungs- oder Ermessensspielräume für die tatbestandliche Einstufung und Sanktionierung einer vorsätzlichen Tötungshandlung haben englische und walisische Gerichte somit nur in Fällen, in denen die Voraussetzungen der verminderten Zurechnungsfähigkeit oder Provokation so plausibel gemacht und – bei verminderter Zurechnungsfähigkeit – durch Beweise abgesichert werden, dass eine Herabstufung der Tat zu *manslaughter* zumindest möglich erscheint. In allen anderen Fällen muss der Angeklagte wegen *murder* schuldig gesprochen und mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft werden.

¹⁵ Siehe Landesbericht England und Wales § 4 II.1.1.2.

II.2.2. Schweden

Auch in Schweden ist für den als „mord“ bezeichneten Ausgangstatbestand der vorsätzlichen Tötung die lebenslange Freiheitsstrafe vorgesehen. Dennoch ist die Regelung der Tötungsdelikte im Unterschied zu England und Wales überaus flexibel ausgestaltet. So kann erstens bei *mord* statt der lebenslangen Freiheitsstrafe auch eine Freiheitsstrafe von 10 Jahren verhängt werden, wobei sich der große Abstand zur lebenslangen Freiheitsstrafe dadurch erklärt, dass die längste Dauer einer zeitlich begrenzten Freiheitsstrafe für ein einzelnes Delikt eben diese 10 Jahre beträgt.¹⁶ Die Strafe kann außerdem aufgrund der allgemeinen Strafzumessungsregelungen des Kap. 29 KrimGB-S noch weiter abgemildert werden – bis hin zum vollständigen Absehen von Strafe, wenn „besondere Umstände es erfordern“. Zweitens stehen dem Gericht für die Annahme des Privilegierungstatbestands *dråp* (Totschlag) weite Beurteilungsspielräume zur Verfügung: Erforderlich ist lediglich, dass die Tat „hinsichtlich der Umstände, die zu der Tat geführt haben, oder in sonstiger Hinsicht als minder schwer anzusehen“ ist (Kap. 3 § 2 KrimGB-S); die Strafe ist dann Freiheitsstrafe zwischen 6 und 10 Jahren und kann ebenfalls gem. Kap. 29 KrimGB-S abgemildert werden.

Das schwedische Recht geht somit einerseits von einer besonders hohen Strafwürdigkeit der vorsätzlichen Tötung aus und sieht für diese auch ohne Vorliegen erschwerender Umstände die Höchststrafe vor. Auf der anderen Seite wird den Gerichten aber eine sehr großzügige, durch keine näheren Vorgaben eingeschränkte Möglichkeit eingeräumt, die Tat aufgrund einer strafzumessungsähnlichen Gesamtabwägung dem Privilegierungstatbestand zuzuordnen und deutlich milder zu bestrafen. Daneben sehen die allgemeinen Regeln zur Strafzumessung die Möglichkeit einer zusätzlichen Strafabsenkung vor, die es den Gerichten zumindest theoretisch sogar erlaubt, eine Tat einerseits als *mord* einzustufen und im Schuldspruch nach außen als solche kenntlich zu machen, andererseits aber eine Strafe zu verhängen, die dem Strafraum des Privilegierungstatbestands entspricht oder sogar darunter liegt.

II.2.3. Österreich

Das österreichische Recht bezeichnet die „einfache“ vorsätzliche Tötung ebenfalls als „Mord“ und sieht dafür die lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe von 10 bis zu 20 Jahren vor. Obwohl die absoluten Werte von Höchst- und Mindeststrafe übereinstimmen, lässt der Strafraum den Gerichten gegenüber dem schwedischen Recht damit größeren Raum.¹⁷ Unmittelbar daran schließt der Strafraum für den „Totschlag“ genannten privilegierten Tatbestand an, der von 5 bis

¹⁶ Vgl. Kap. 26 § 1 KrimGB-S.

¹⁷ Gem. § 18 Abs. 2 StGB-A beträgt der Höchstwert der zeitlichen Freiheitsstrafe 20 Jahre.

zu 10 Jahren Freiheitsstrafe reicht. Diese Privilegierung hängt zwar von ähnlich engen Voraussetzungen ab wie der englische *manslaughter*: Erforderlich ist gem. § 76 StGB-A, dass der Täter sich „in einer allgemein begreiflichen Gemütsbewegung dazu hinreißen lässt, einen anderen zu töten“, d.h. dass er aufgrund eines die Zumutbarkeit rechtstreuen Verhaltens erheblich herabsetzenden konkreten Anlasses einem hochgradigen Affekt unterliegt, der seine Steuerungsfähigkeit stark beeinträchtigt. Auf der anderen Seite sieht die allgemeine Strafzumessungsregel des § 41 StGB-A aber bei beträchtlichem Überwiegen von Milderungsgründen eine außerordentliche Strafmilderung vor, die auch bei Mord die Verhängung einer so niedrigen Freiheitsstrafe ermöglicht, dass diese nicht mehr zwangsläufig vollstreckt werden muss, sondern dem Täter auch „bedingt nachgesehen“ werden kann.

Insgesamt ist die österreichische Regelung durchaus flexibel. Für schwere Formen der vorsätzlichen Tötung steht ein hinreichend weiter Strafraum zur Verfügung, und bei weniger schweren Formen können die Gerichte auch dann, wenn die engen Voraussetzungen des Privilegierungstatbestands nicht erfüllt sind, über die außerordentliche Strafmilderung zu dem für richtig gehaltenen Ergebnis gelangen.

II.3. Ausgangstatbestand als mittlerer Fall (3-stufige Systeme)

Hierzu gehören Deutschland, Portugal und die Schweiz. Durch die Festlegung eines „mittleren“ Tatbestands für die „einfache“ vorsätzliche Tötung bringen diese Rechtsordnungen zum Ausdruck, dass sie den schwersten Schuldvorwurf und die höchste Strafe auch bei den Tötungsdelikten nur in besonders schweren, durch einen eigenen Tatbestand erfassten Fällen für angemessen erachten. Zugleich wird mit den ebenfalls abgesonderten Privilegierungstatbeständen die Existenz milderer Fallkonstellationen deutlich gemacht, die nur eine verhältnismäßig geringe Strafe verdienen.

II.3.1. Deutschland

Die Bezeichnung „Mord“ ist in Deutschland den durch besondere erschwerende Umstände qualifizierten Tötungshandlungen vorbehalten, für die § 211 StGB-D zwingend die lebenslange Freiheitsstrafe vorsieht. Die einzelnen Erschwerungsgründe („Mordmerkmale“) sind weit gespannt, teils generalklauselartig formuliert (niedrige Beweggründe), zumeist aber konkreter gefasst und betreffen die Motive (Mordlust, Befriedigung des Geschlechtstriebes, Habgier, sonstige niedrige Beweggründe) und Absichten (Ermöglichung oder Verdeckung einer anderen Straftat) des Täters sowie die Art der Tatbegehung (heimtückisch, grausam, mit gemeingefährlichen Mitteln). Die Verhängung einer mildereren Strafe als der lebenslangen Freiheitsstrafe ist vom Gesetz für Mord nicht vorgesehen; allerdings wendet die Rechtsprechung bei Heimtücke in Ausnahmefällen eine außergesetzliche Strafmilderung

an und ist im Übrigen häufig zu einer großzügigen Handhabung des allgemeinen Strafmin­derungsgrundes der verminderten Schuldfähigkeit bereit, wodurch sich jeweils die Strafe auf Freiheitsstrafe zwischen 3 und 15 Jahren ermäßigt.

Für sonstige vorsätzliche Tötungen sieht der „Totschlag“ genannte Ausgangstatbestand des § 212 StGB-D eine Strafe zwischen 5 und 15 Jahren Freiheitsstrafe vor, die in besonders schweren Fällen auf lebenslange Freiheitsstrafe erhöht wird und in minder schweren Fällen gem. § 213 StGB-D zum Zeitpunkt der Befragung¹⁸ auf Freiheitsstrafe zwischen 6 Monaten und 5 Jahren zu ermäßigen war. Ob ein „besonders schwerer“ oder „minder schwerer“ Fall vorliegt, ist nach allgemeinen Strafzumessungsgrundsätzen anhand einer Gesamtbewertung festzustellen. Da der mildere Strafrahmen des § 213 StGB-D daneben aber auch bei Vorliegen einer konkret umschriebenen Form der Provokation („durch [...] zugefügte Misshandlung oder schwere Beleidigung [...] zur Tat hingerissen“) anzuwenden ist, wird er in unserer Untersuchung als eigenständiger Privilegierungstatbestand aufgefasst, der neben einer Generalklausel ein konkretes Privilegierungsmerkmal enthält.

Insgesamt ist die Regelung im Bereich des Qualifikationstatbestands eher starr – wenn auch nicht so rigoros wie in England und Wales – und in den Bereichen des Ausgangs- und Privilegierungstatbestands sehr flexibel.

II.3.2. Portugal

Der portugiesische Código Penal gewährt den Gerichten auf der Tatbestands­ebene ein besonders hohes Maß an Flexibilität und Differenzierung. Der „homicídio“ genannte Ausgangstatbestand des Art. 131 CP-P sieht für „einfache“ vorsätzliche Tötungen Freiheitsstrafe zwischen 8 und 16 Jahren vor, die aufgrund der allgemeinen Strafzumessungsregeln der Art. 72 und 73 CP-P bei Vorliegen von Umständen, welche den Unrechts- und Schuldgehalt der Tat oder die Bestrafungsnotwendigkeit in deutlicher Form verringern, auf Freiheitsstrafe von 1 Jahr und 7 Monaten bis zu 10 Jahren und 8 Monaten abgesenkt werden kann.

Für erschwerte Fälle ordnet der „homicídio qualificado“ genannte Tatbestand des Art. 132 CP-P Freiheitsstrafe zwischen 12 und 25 Jahren an, die ebenfalls gemäß Art. 72 und 73 CP-P gemildert werden kann auf Freiheitsstrafe von 2 Jahren und 5 Monaten bis zu 16 Jahren und 8 Monaten. Die Freiheitsstrafe von 25 Jahren stellt in Portugal die höchste zulässige Strafe dar. Ein erschwerter Fall liegt nach der Generalklausel des Art. 132 Abs. 1 CP-P vor, wenn die Tat „unter Umständen begangen wird, die eine besondere Vorwerfbarkeit oder Perversität offenbaren“; in Abs. 2 werden hierfür konkretisierende, aber weder abschließend noch zwingend gemeinte Regelbeispiele angegeben, welche auf besondere Täter- (Missbrauch einer Amtsautorität) oder Opfereigenschaften (Verwandtschaft in gerader Linie,

¹⁸ Siehe oben Fn. 12.

konstitutionsbedingte Wehrlosigkeit, besondere Amtsperson), Begehungsweisen (grausam, gemeingefährlich, hinterhältig), Motive (sexuelle oder sonstige niedrige Beweggründe, Rassenhass etc.), subjektive Einstellungen (Gefühlskälte, Vorbeacht) sowie Absichten (Ermöglichung, Verdeckung oder Unterstützung einer anderen Straftat) abstellen.

Für minder schwere Fälle sieht der „homicidio privilegiado“ genannte Privilegierungstatbestand des Art. 133 CP-P eine Strafe zwischen 1 und 5 Jahren Freiheitsstrafe vor, die nach den allgemeinen Regeln ebenfalls weiter gemildert werden kann auf Freiheitsstrafe von 1 Monat bis zu 3 Jahren und 4 Monaten. Die Voraussetzungen des Art. 133 CP-P sind mit einer verständlichen heftigen Gefühlsaufwallung, Mitleid, Verzweiflung oder einem sozial oder moralisch hochstehenden Motiv weit und allgemein gefasst.

Nimmt man die auf Generalklauseln gestützten Tatbestände mit ihren im Bereich des Ausgangs- und Qualifikationstatbestands recht weiten Strafraumen und die ebenfalls sehr weit formulierte Option der Strafmilderung nach den allgemeinen Strafzumessungsregeln zusammen, so steht den portugiesischen Gerichten eine breite Palette von Möglichkeiten zur Verfügung, die nicht nur in jedem Fall die Verhängung der als gerecht angesehenen Strafe gestattet, sondern auch eine weitgehende Abkoppelung der mit der tatbestandlichen Einstufung verbundenen äußeren Qualifikation der Tat von der konkreten Sanktion erlaubt.

II.3.3. Schweiz

Die schweizerische Regelung bietet von allen untersuchten Rechtsordnungen das höchste Maß an Flexibilität bei gleichzeitig großen Differenzierungsmöglichkeiten. Die Voraussetzungen des Qualifikations- und Privilegierungstatbestands sind noch allgemeiner formuliert als in Portugal, und die Strafraumen aller drei Tatbestandsstufen, deren Untergrenzen aufgrund allgemeiner Strafzumessungsregeln ebenfalls unterschritten werden können, überlappen sich gegenseitig noch stärker.

Der Ausgangstatbestand wird gemäß Art. 111 StGB-CH „Vorsätzliche Tötung“ genannt und mit Freiheitsstrafe zwischen 5 und 20 Jahren bedroht, die nach den allgemeinen Strafzumessungsregeln der Art. 64 und 65 StGB-CH bis auf Freiheitsstrafe von 1 Jahr abgemildert werden kann, wenn einer der in Art. 64 genannten, weit gespannten Milderungsgründe vorliegt. Ein erschwerter Fall, der „Mord“ genannt wird, liegt gemäß der Generalklausel des Art. 112 StGB-CH vor, wenn der Täter „besonders skrupellos“ handelt, „namentlich sein Beweggrund, der Zweck der Tat oder die Art der Ausführung besonders verwerflich“ ist; als Strafe ist lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe zwischen 10 und 20 Jahren vorgesehen, die – zumindest theoretisch – gemäß Art. 64 und 65 StGB-CH ebenfalls bis auf Freiheitsstrafe von 1 Jahr abgemildert werden kann. Der „Totschlag“ genannte Privilegierungstatbestand des Art. 113 StGB-CH sieht generalklauselartig für Fälle, in denen der Täter „in einer nach den Umständen entschuldbaren heftigen Gemüts-

bewegung oder unter großer seelischer Belastung“ handelt, eine Freiheitsstrafe von 1 bis 10 Jahren vor; auch hier kann die Strafe nach Art. 64 und 65 StGB-CH abgesenkt werden, und zwar bis auf Freiheitsstrafe von 3 Tagen.

Aufgrund der offenen Formulierungen des Qualifikations- und Privilegierungstatbestands sowie der Weite und vor allem der starken gegenseitigen Überlappung der Strafraumen haben die Gerichte sowohl bei der tatbestandlichen Einstufung und äußeren Kennzeichnung der Tat als auch bei der Sanktionierung des Täters große Freiheit und können zudem beide Entscheidungen weitgehend unabhängig voneinander treffen.

II.4. Ausgangstatbestand als milderer Fall (2-stufige Systeme): Frankreich

Die französische Rechtsordnung entspricht hinsichtlich des Ausgangs- und des Qualifikationstatbestands den 3-stufigen Systemen. Sie sieht jedoch keinen eigenen Privilegierungstatbestand vor, sondern ermöglicht eine mildere Bestrafung milderer Fälle durch die allgemeinen Strafzumessungsregeln. Der Ausgangstatbestand wird gemäß Art. 221-1 CP-F „meurtre“ genannt und mit Freiheitsstrafe von 30 Jahren bestraft. Nach der allgemeinen Regel des Art. 132-18 CP-F ist diese Festlegung aber nur als Obergrenze zu verstehen, während die Untergrenze bei 1 Jahr Freiheitsstrafe liegt. Eine Differenzierung zwischen einem „Normalstrafrahmen“ und einer besonderen Strafmilderung wird dabei nicht vorgenommen.

Qualifikationstatbestände enthalten die Art. 221-2, 221-3 und 221-4 CP-F. Sie alle sehen die lebenslange Freiheitsstrafe vor, die aber gemäß Art. 132-18 CP-F generell durch Freiheitsstrafe zwischen 2 und 30 Jahren ersetzt werden kann. Zu nennen ist einmal die Tötung mit Vorbedacht („*préméditation*“) gemäß Art. 221-3 CP-F, die „*assassinat*“ genannt wird. Für die anderen Formen der Tötung unter erschwerenden Umständen sieht der Code Pénal hingegen keine besondere Deliktsbezeichnung vor. Art. 221-2 CP-F setzt für die Erschwerung voraus, dass die Tötung objektiv oder subjektiv mit einer anderen Straftat verbunden ist, und Art. 221-4 CP-F verlangt, dass das Opfer weniger als 15 Jahre alt, ein Abkömmling oder Elternteil des Täters, aufgrund einer besonderen Konstitution (Alter, Krankheit etc.) wehrlos oder eine bestimmte Amtsperson bzw. ein Beteiligter eines Gerichtsverfahrens ist, durch dessen Tötung auf den Prozess eingewirkt werden soll.

Aufgrund der Weite und der sehr starken Überlappung der Strafraumen haben auch die französischen Gerichte große Freiheiten bei der Festlegung des einschlägigen Tatbestands und der Strafe. Im Gegensatz etwa zu den Systemen Portugals und der Schweiz fehlen aber differenzierende, gestufte Strafraumen, die sich dort aus dem Zusammenwirken der verschiedenen Tatbestände mit der Möglichkeit einer außerordentlichen Strafmilderung ergeben.

II.5. Einstufiges System: Italien

Das italienische Recht enthält – neben hier nicht berücksichtigten Sondertatbeständen wie Kindstötung etc. – nur einen „omicidio“ genannten Tatbestand der vorsätzlichen Tötung (Art. 575 CP-I). Der Strafraum wird in dieser Vorschrift mit Freiheitsstrafe zwischen 21 und 24 Jahren angegeben,¹⁹ doch erweitert er sich aufgrund eines komplexen Systems besonderer (Art. 576, 577 CP-I) sowie allgemeiner (Art. 59 ff. CP-I) Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe auf eine Spannweite von 5 Jahren bis zu lebenslanger Freiheitsstrafe.

Die Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe erfassen eine Vielzahl unterschiedlicher Faktoren, und ihre Anwendung führt zu zahlreichen unterschiedlich umgrenzten Strafraum. Das trichterliche Strafzumessungsermessen ist daher stark reduziert; freilich verbleiben dem Gericht bei der Anwendung und gegenseitigen Abwägung der einzelnen Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe nicht unerhebliche Beurteilungsspielräume. Da diese Abwägungen jedoch nicht mehr der Ebene der strafatbestandlichen Einstufung zuzuordnen sind, bleiben sie im Folgenden außer Betracht und werden erst später aufgegriffen.²⁰

III. Ergebnisse der Befragung

III.1. Maßgebliche Faktoren der Fallvarianten

Die vier Fallvarianten wurden so formuliert, dass für die T jeweils be- und entlastende Faktoren in unterschiedlicher Intensität zusammentreffen. Diese Faktoren können sowohl für die tatbestandliche Einstufung als auch für etwaige Straffreistellungen sowie die Strafzumessung bedeutsam sein und müssen deshalb auf allen diesen Ebenen jeweils berücksichtigt werden. Zur Erinnerung seien die vier Fallvarianten noch einmal vorgestellt:

- *Ausgangssituation*: Die Ehe von O und T ist zerrüttet, seit der O arbeitslos geworden ist und jeden Tag große Mengen Alkohol trinkt. Es kommt zu ständigen Streitereien, bei denen der O die T immer wieder heftig schlägt.
- *Variante 1*: T will die Misshandlungen nicht mehr länger erdulden und wartet nur noch auf einen günstigen Augenblick, um O umzubringen. Als sie eines Abends sieht, dass er eingeschlafen ist, erschlägt sie ihn mit einem bereitgestellten Beil.
- *Variante 2*: T ist aufgrund der desolaten Situation völlig verzweifelt. Eines Abends wird sie beim Anblick des nach starkem Alkoholkonsum eingeschlafenen

¹⁹ Die Obergrenze ergibt sich aus Art. 23 CP-I.

²⁰ Siehe unten § 14 II.1.1.

O plötzlich von ihren Gefühlen überwältigt, ergreift einen schweren Gegenstand und erschlägt ihn.

- *Variante 3:* Eines Abends ist T von O wieder schwer misshandelt worden. Als sie ihn etwa 30 Minuten später schlafend vor sich sieht, ersticht sie ihn mit einem Messer.
- *Variante 4:* Als O bei einer erneuten schweren Auseinandersetzung auf T zugeht und ihr Schläge androht, flieht sie in die Küche, ergreift ein Messer und ersticht den ihr nacheilenden O.

Als *belastender* Faktor kommt für alle Varianten zunächst in Betracht, dass die T ihren Ehemann tötet, d.h. eine Person, gegenüber der sie aufgrund des Eheverhältnisses zu besonderer Rücksichtnahme verpflichtet ist. Allerdings kann dagegen eingewendet werden, dass O durch sein eigenes Verhalten dieses Eheverhältnis zumindest faktisch so weit zerstört hat, dass von der T keine besondere Zurückhaltung mehr erwartet werden kann. In den Varianten 13 fällt weiterhin gegen die T ins Gewicht, dass sie den O tötet, während dieser schläft und ihr deshalb wehrlos ausgeliefert ist. Schließlich hat die T in Variante 1 den Tatplan im Vorhinein gefasst und die Tat gezielt vorbereitet. Sie hatte daher auch genügend Zeit, ihren Tatentschluss zu überdenken und einen anderen Ausweg aus der Krise zu suchen.

Von den *entlastenden* Faktoren ist an erster Stelle die für alle Varianten gleichermaßen bedeutsame große seelische Belastung der T zu nennen. Darüber hinaus trägt O aufgrund seines eigenen vorwerfbaren Verhaltens eine erhebliche Mitschuld, wenngleich eine unmittelbare Tatprovokation erst in Variante 3 ernsthaft diskutiert und in Variante 4 sicher angenommen werden kann. Für alle Varianten offensichtlich ist weiterhin der präventive, weiteren Misshandlungen vorbeugende Charakter der Tat, weil die T sich in den Varianten 1 bis 3 in einer zumindest notstandsähnlichen und in Variante 4 möglicherweise sogar in einer ein Notwehrrecht begründenden Lage befindet. Schließlich spricht einiges dafür, dass der Zustand der T den Grad einer deutlich geminderten Einsichts- und Steuerungsfähigkeit erreicht, am stärksten in Variante 2 und am wenigsten in Variante 1.

Die Ausprägungen dieser Faktoren in den einzelnen Fallvarianten sind in der folgenden Übersicht aufgelistet:

	Faktor	Var. 1	Var. 2	Var. 3	Var. 4
Belastend	Tötung des Ehegatten	o	o	o	o
	Schlafendes Opfer	++	++	++	--
	Überlegte Planung	+	--	-	--
Entlastend	Seelische Belastung	++	++	++	++
	Provokation	o	o	+	++
	Gefahr weiterer Misshandlungen	+	+	+	++
	Verminderte Einsichts- und Steuerungsfähigkeit	o	++	+	+

++ = stark ausgeprägt/sehr wahrscheinlich

+ = deutlich vorhanden/wahrscheinlich

o = unerheblich/Wirkung unsicher

- = eher nicht vorhanden/wenig wahrscheinlich

-- = eindeutig nicht vorhanden/völlig unwahrscheinlich

Übersicht 5: Be- und entlastende Faktoren in den vier Fallvarianten

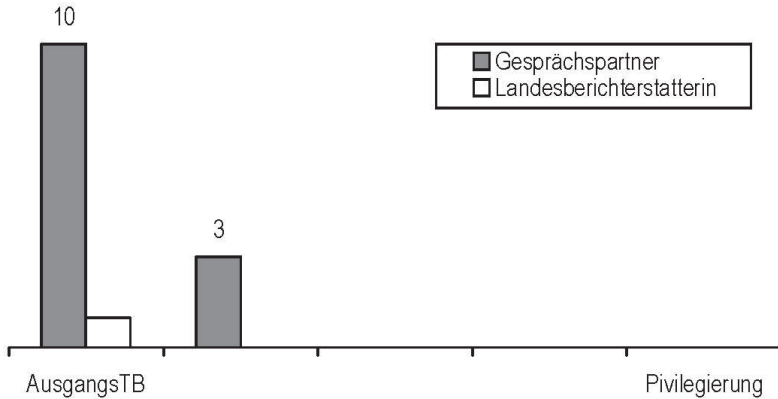
III.2. Fallvariante 1

In der ersten Fallvariante sind die belastenden Faktoren am stärksten und die entlastenden Faktoren am schwächsten ausgeprägt. Besonders zuungunsten der T dürfte ins Gewicht fallen, dass die Tat nicht auf einem spontanen Entschluss beruht, sondern zuvor geplant und durch die Bereitstellung des Beils vorbereitet wurde. Unter diesen Umständen hätte es für die T zumindest nahegelegen, zunächst einmal andere Auswege in Erwägung zu ziehen, bevor sie zum äußersten Mittel griff und O tötete. Auf der anderen Seite ist aber auch nicht unvorstellbar, dass die T in ihrer Verzweiflung keinen klaren Gedanken fassen konnte und ihr keine realistischen Alternativen in den Sinn kamen, sodass die gesamte Tat von ihrem seelischen Ausnahmezustand bestimmt wird.

III.2.1. 2-stufige Systeme mit dem schwersten Fall als Ausgangstatbestand

In diesen Ländern können die belastenden Faktoren bei der tatbestandlichen Einstufung des Falles lediglich mittelbar wirken, indem sie die entlastenden Faktoren

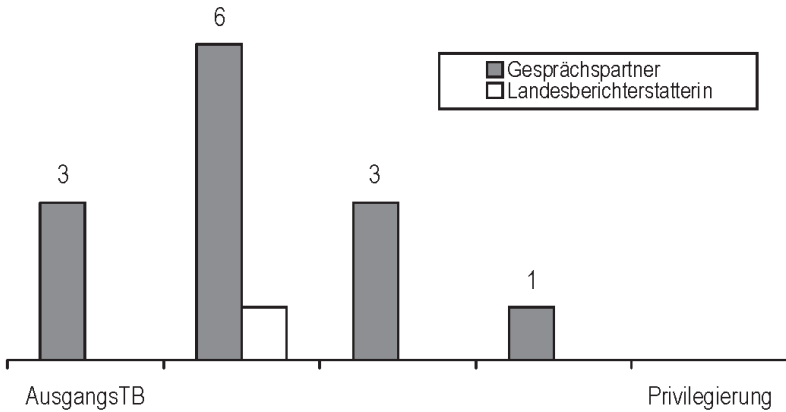
neutralisieren und dadurch die Anwendung des Privilegierungstatbestands verhindern. Maßgeblich ist daher in erster Linie, ob die entlastenden Faktoren nach Art und Intensität ausreichen, um die Tat als einen minder schweren Fall der vorsätzlichen Tötung einzustufen.



Fallvariante 1 – England und Wales: Wie würden Sie die Tat einstufen?

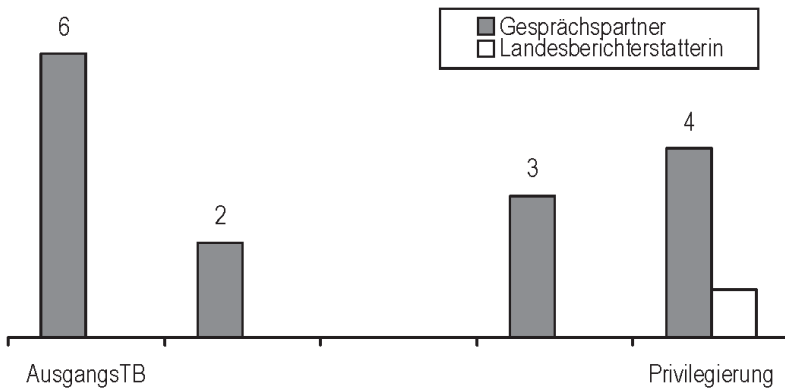
In *England und Wales* wäre hierfür erforderlichlich, dass die Verteidigung entweder die Voraussetzungen der verminderten Zurechnungsfähigkeit beweisen kann oder dass das Verhalten des O vor der Tat als ausreichende unmittelbare Provokation angesehen wird. Angesichts der vorherigen Planung und überlegten Ausführung der Tat sind beide Möglichkeiten aber fernliegend. Deshalb waren auch alle Gesprächspartner der Ansicht,²¹ dass die T wegen *murder* schuldig zu sprechen sei. Ob eine Jury diese rechtliche Vorgabe tatsächlich umsetzen würde, wurde freilich von einzelnen Befragten bezweifelt. Wegen der unausweichlichen Konsequenz der lebenslangen Freiheitsstrafe für *murder*, die in einem solchen Fall unangebracht erscheinen mag, hielten einige eine Herabstufung der Tat zu *manslaughter* durch die Geschworenen durchaus für möglich. Darüber hinaus war knapp die Hälfte der Ansicht, dass die Chancen der Verteidigung, die Herabstufung zu erreichen, durchaus erfolgversprechend wären, wenn sie ein überzeugendes ärztliches Gutachten zur verminderten Schuldfähigkeit vorlegen könne.

²¹ Drei allerdings nur tendenziell.

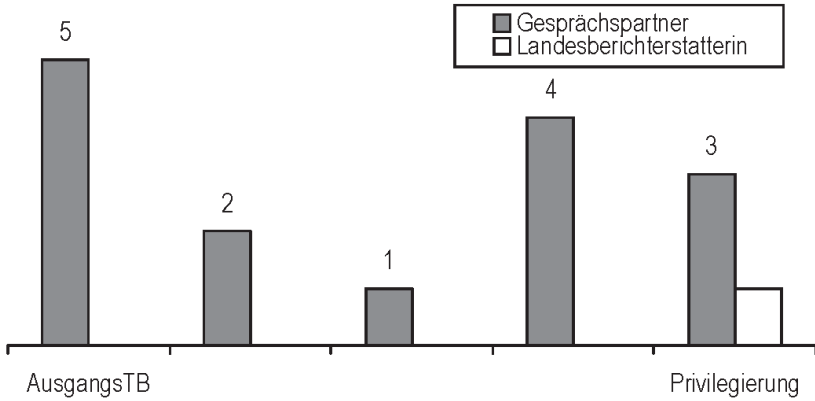


Fallvariante 1 – England und Wales: Wie wird das Gericht die Tat einstufen?

In *Schweden* können die Gerichte hingegen die be- und entlastenden Faktoren frei gegeneinander abwägen und den Privilegierungstatbestand *dråp* anwenden, wenn sie den Fall als „minder schwer“ ansehen. Da in dieser Fallvariante einige belastende Faktoren deutlich ausgeprägt sind, liegt eine solche Einschätzung nicht unbedingt nahe, ist aber wegen der ebenfalls deutlich vorhandenen entlastenden Faktoren auch nicht ausgeschlossen. Die Ansichten der Gesprächspartner waren deshalb auch sehr geteilt, während die Prognosen für die gerichtliche Entscheidung etwas näher beieinanderlagen.

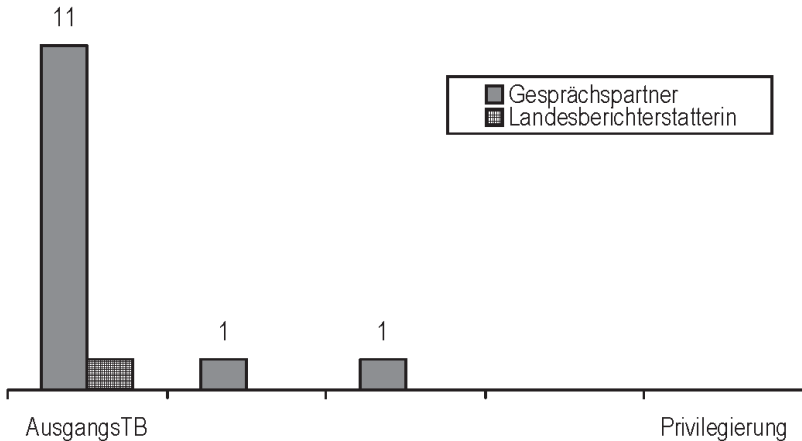


Fallvariante 1 – Schweden: Wie würden Sie die Tat einstufen?



Fallvariante 1 – Schweden: Wie wird das Gericht die Tat einstufen?

In *Österreich* setzt der Privilegierungstatbestand des Totschlags hingegen voraus, dass der Tatentschluss aus einem starken Affekt heraus gefasst wird („Wer sich in einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung dazu hinreißen lässt ...“). Da die T ihre Tat aber zuvor geplant hat, scheidet diese Möglichkeit aus, sodass auch nach Ansicht fast aller österreichischen Gesprächspartner eindeutig der als „Mord“ bezeichnete Ausgangstatbestand anzuwenden ist.



Fallvariante 1 – Österreich: Wie würden Sie die Tat einstufen?

III.2.2. 3-stufige Systeme

In diesen Systemen können die belastenden Faktoren zur Anwendung des Qualifikationstatbestands und die entlastenden Faktoren zur Anwendung des Privilegierungstatbestands führen. Außerdem ist auch die Anwendung des Ausgangstatbestands möglich, entweder weil weder die belastenden Faktoren als solche für den Qualifikationstatbestand noch die entlastenden Faktoren als solche für die Anwendung des Privilegierungstatbestands ausreichen oder weil diese Faktoren sich gegenseitig neutralisieren. Die Einordnung des Falles kann daher zwischen zwei oder zwischen allen drei Stufen schwanken, wobei es auch möglich ist, dass entweder der Qualifikations- oder der Privilegierungstatbestand vorliegt, keinesfalls aber der Ausgangstatbestand in Betracht kommt.

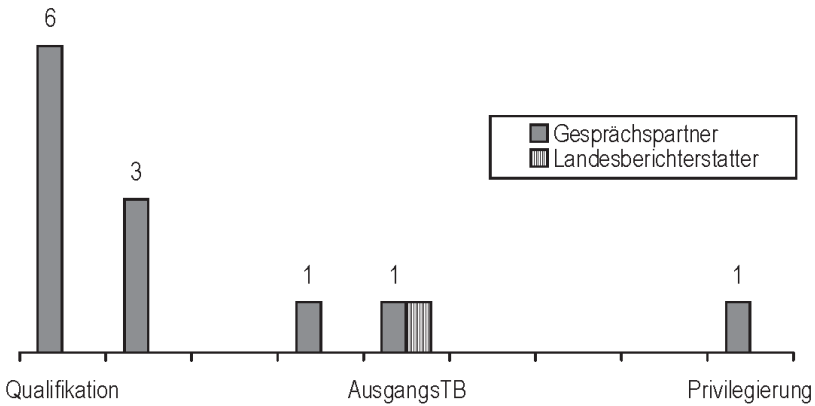
Bei den folgenden grafischen Darstellungen wurden in allen Fällen, in denen die Gesprächspartner ihre Entscheidung nicht nur zwischen zwei benachbarten Stufen (Qualifikation und Ausgangstatbestand oder Ausgangstatbestand und Privilegierung) trafen, sondern alle drei für potenziell relevant hielten, Dreiecksbilder gewählt, welche die Einordnung des Falles gegenüber den jeweils anderen Tatbestandsstufungen sichtbar machen. Die Position der Kreise zeigt die Haltung der betreffenden Gesprächspartner zur Anwendbarkeit der – in den Ecken markierten – verschiedenen Tatbestandsstufen: Je näher die Position an einer bestimmten Ecke liegt, um so stärker wird die Anwendbarkeit dieser Stufe befürwortet, und je weiter sie davon entfernt ist, umso weniger wird diese Stufe als einschlägig angesehen – wobei durch die Dreidimensionalität der Darstellung jede Position gegenüber allen drei Stufen gleichermaßen festgelegt ist. Die Größe der Kreise entspricht der Zahl der Gesprächspartner, die eine entsprechende Einschätzung äußerten.

In *Deutschland* ist nach ganz herrschender Ansicht vorrangig der Qualifikationstatbestand des Mordes zu prüfen. Hat die T aufgrund der belastenden Tatumstände ein Mordmerkmal verwirklicht, so ist dieser Tatbestand anzuwenden, auch wenn die entlastenden Umstände ansonsten zur Anwendung des Privilegierungstatbestands des minder schweren Falls des Totschlags führen. Die im Vorhinein geplante Tötung eines schlafenden Menschen erfüllt nach Ansicht der Rechtsprechung²² eindeutig das Mordmerkmal der Heimtücke, sodass auch die Gesprächspartner bei der ersten Fallvariante eindeutig eine Verurteilung wegen Mordes erwarteten. Da der nach dem Wortlaut des § 211 StGB-D dann zwingend zu verhängenden lebenslangen Freiheitsstrafe, wie noch gezeigt werden wird,²³ auch auf anderem Weg ausgewichen werden kann, ging niemand davon aus, dass die Gerichte sich auf der tatbestandlichen Ebene über die klaren rechtlichen Vorgaben hinwegsetzen würden. Was die Ansicht der Gesprächspartner selbst anging, so waren zwei Professoren und ein Verteidiger hingegen – die Professoren aufgrund

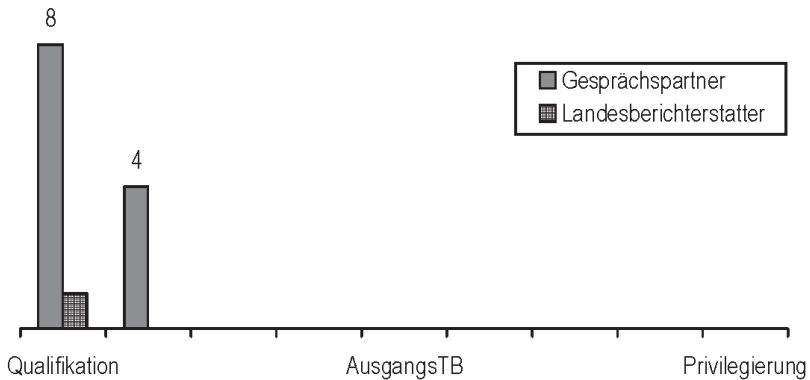
²² Zu abweichenden Literaturauffassungen vgl. *Gropengießer* (Fn. 9) S. 81.

²³ Siehe unten § 14 II.1.3, § 14 III.1.6.

einer von der Rechtsprechung abweichenden Rechtsauffassung – der Ansicht, dass kein Mord vorliege.



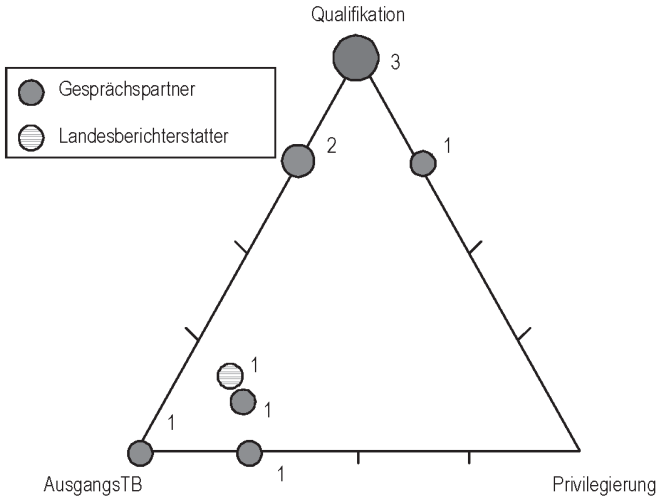
Fallvariante 1 – Deutschland: Wie würden Sie die Tat einstufen?



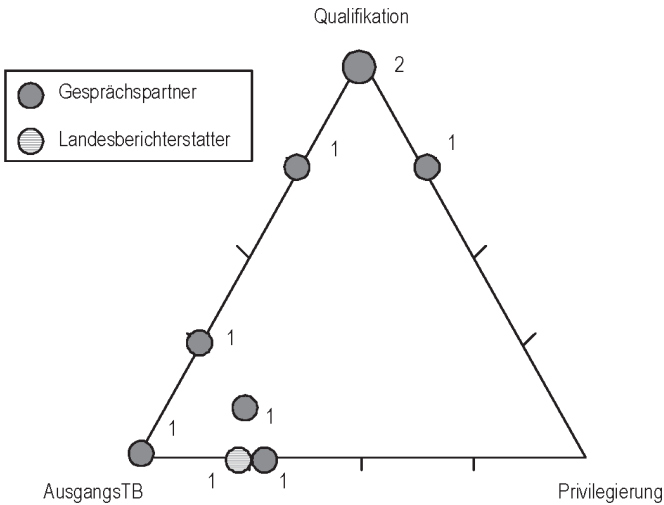
Fallvariante 1 – Deutschland: Wie wird das Gericht die Tat einstufen?

Die portugiesischen Tatbestände ermöglichen demgegenüber eine freiere Bewertung des Falles. Der Qualifikationstatbestand *homicidio qualificado* verlangt allgemein eine „besondere Vorwerfbarkeit“, die unter anderem durch die Regelbeispiele des Gebrauchs eines „heimtückischen Mittels“ und der „Gefühlskälte“ bzw. der „Reflexion über die angewandten Mittel“ konkretisiert wird. Auf die erste Fallvariante könnte dieser Tatbestand wegen der Tötung des schlafenden Opfers und der vorherigen Planung durchaus angewandt werden, wenngleich wegen der starken seelischen Belastung der T auch die Ablehnung der besonderen Vorwerfbarkeit trotz Verwirklichung zweier Regelbeispiele möglich erscheint. Auf der anderen Seite ist auch der Privilegierungstatbestand des *homicidio privilegiado*, der unter

anderem eine „verständliche, heftige Gefühlsaufwallung“ verlangt, hier trotz der überlegten Planung der T nicht völlig ausgeschlossen. Die Gesprächspartner schwankten sowohl bei der eigenen Ansicht als auch bei der Prognose der gerichtlichen Entscheidung zwischen dem Qualifikations- und dem Ausgangstatbestand, während der Privilegierungstatbestand nicht als einschlägig angesehen wurde.

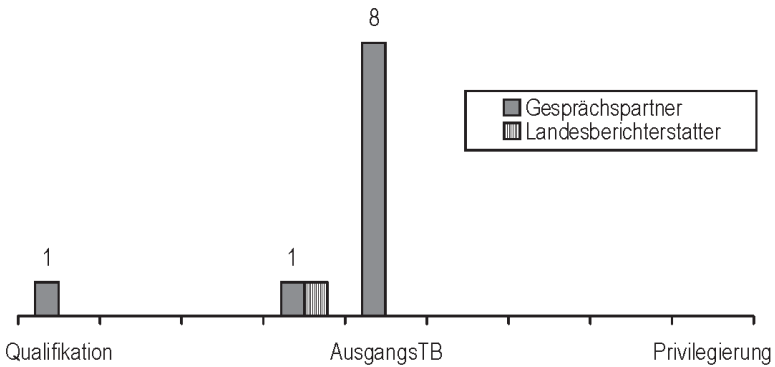


Fallvariante 1 – Portugal: Wie würden Sie die Tat einstufen?

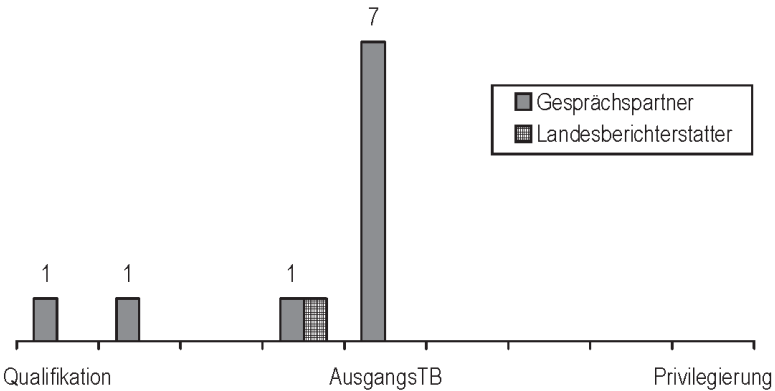


Fallvariante 1 – Portugal: Wie wird das Gericht die Tat einschätzen?

In der *Schweiz* ist aufgrund der sehr allgemein gefassten Qualifikations- und Privilegierungsmerkmale grundsätzlich eine Anwendung aller drei Tatbestandsstufen für die erste Fallvariante möglich. Dennoch ging kein Gesprächspartner davon aus, dass der Privilegierungstatbestand des Totschlags anzuwenden sei. Die Einschätzungen schwankten vielmehr sowohl hinsichtlich der eigenen Ansicht als auch hinsichtlich der Gerichtsprognose nur zwischen dem Qualifikationstatbestand des Mordes, der eine „besonders skrupellose“, „besonders verwerfliche“ Handlung erfordert, und dem Ausgangstatbestand der vorsätzlichen Tötung.



Fallvariante 1 – Schweiz: Wie würden Sie die Tat einstufen?

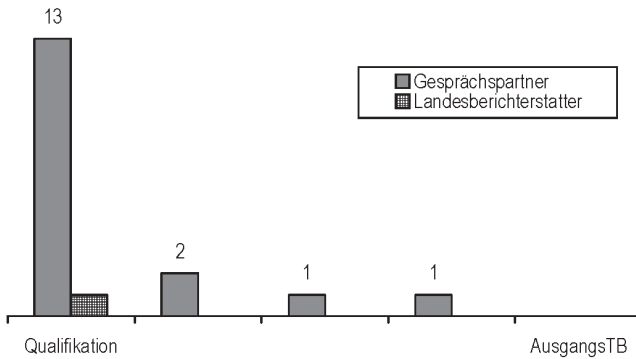


Fallvariante 1 – Schweiz: Wie wird das Gericht die Tat einstufen?

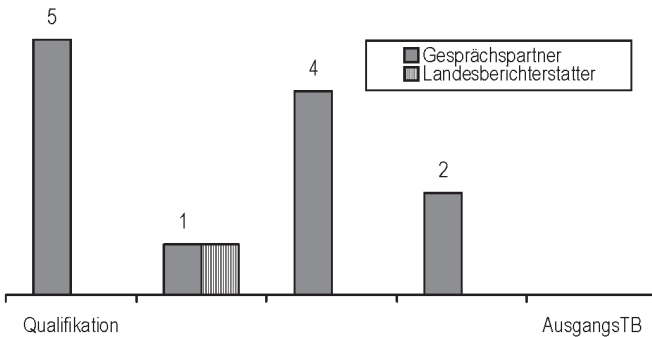
III.2.3. 2-stufiges System mit milderem Fall als Ausgangstatbestand: Frankreich

Hier kommt es darauf an, ob die belastenden Faktoren erstens für sich betrachtet ausreichen, um den Qualifikationstatbestand anzuwenden, und zweitens ob sie gegebenenfalls nicht durch die entlastenden Faktoren wieder neutralisiert werden. Trifft eine der beiden Bedingungen nicht zu, bleibt es beim Ausgangstatbestand.

In *Frankreich* ist die Tat aufgrund der klaren Vorgaben des Art. 221-3 CP-F wegen der überlegten Planung als qualifizierter Fall anzusehen, der vom Gesetz „assassinat“ genannt wird. Dementsprechend eindeutig waren auch die Einschätzungen der Gesprächspartner. Was die Prognose der gerichtlichen Entscheidung angeht, so sahen freilich einige die Möglichkeit, dass die Geschworenen angesichts der erheblichen entlastenden Faktoren dem Gesetz den Gehorsam verweigern und die T nur wegen des Ausgangstatbestands verurteilen würden.



Fallvariante 1 – Frankreich: Wie würden Sie die Tat einstufen?



Fallvariante 1 – Frankreich: Wie wird das Gericht die Tat einstufen?

III.2.4. 1-stufiges System: Italien

Aufgrund der klaren Vorgaben des Sachverhalts wurde der Einheitstatbestand des *omicidio* gem. Art. 575 CP-I von allen Gesprächspartnern unproblematisch bejaht.

III.2.5. Bewertung

Die Einschätzungen der Gesprächspartner weisen trotz der abweichenden Ergebnisse in den verschiedenen Ländern einige erstaunliche Parallelen auf. In England und Wales, Österreich, Deutschland und Frankreich war das Ergebnis durch die jeweilige Rechtslage so eindeutig festgelegt, dass für die Gesprächspartner kein Beurteilungsspielraum mehr übrig blieb. Danach musste in diesen Ländern jeweils der schwerste Tatbestand angewendet werden, d.h. in England und Wales sowie Österreich der Ausgangstatbestand, in Deutschland und Frankreich der Qualifikationstatbestand. Die befragten Landesjuristen erkannten dies für sich selbst – mit Ausnahme Deutschlands – auch durchweg an. Allerdings prognostizierten einige englische und französische Gesprächspartner für die in diesen Ländern urteilenden Geschworenengerichte eine möglicherweise abweichende Entscheidung, weil den Laien ein solches Urteil zu hart erscheinen könnte.

In Schweden, Portugal und der Schweiz konnten die Befragten anhand einer weitgehend freien Abwägung aller Faktoren selbst bestimmen, unter welchen Tatbestand der Fall subsumiert werden soll. Dementsprechend waren die Auffassungen deutlich zweigeteilt. In Schweden sprach sich etwa die Hälfte für den Ausgangs- und die andere Hälfte für den Privilegierungstatbestand aus, in Portugal etwa die Hälfte für den Qualifikations- und die andere Hälfte für den Ausgangstatbestand. Nur in der Schweiz votierte eine klare Mehrheit für den Ausgangs- und gegen den Qualifikationstatbestand. Der Privilegierungstatbestand wurde in den 3-stufigen Systemen – mit Ausnahme eines deutschen Gesprächspartners – von niemandem befürwortet.

Von den genannten *Bewertungsfaktoren* wurden fast überall die geplante und überlegte Tatausführung und die Tötung des im Schlaf wehrlosen Opfers einerseits sowie die seelische Belastung der T wegen der ständigen Misshandlungen andererseits hervorgehoben. Die beiden belastenden Faktoren führen in England und Wales sowie Österreich dazu, dass die Anforderungen des Privilegierungstatbestands deutlich verfehlt werden (wegen der überlegten Planung und Ausführung der Tat; kein spontaner Entschluss nach Provokation und keine hinreichende Beeinträchtigung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit), und in Deutschland und Frankreich muss der Qualifikationstatbestand aufgrund dieser Umstände zwingend angewendet werden. Auch in Portugal und der Schweiz stützten diejenigen Gesprächspartner, die den Qualifikationstatbestand bejahten, ihre Einstufung auf diese Faktoren, und in Schweden wurde die von der Hälfte der Befragten vertretene Ablehnung des Privilegie-

nungstatbestands vorrangig ebenfalls damit begründet. Andererseits stand bei all denjenigen Gesprächspartnern, die bestehende Beurteilungsspielräume für eine mildere Einstufung der Tat nutzten, die generelle seelische Belastung der T im Vordergrund.

Ob bei der tatbestandlichen Einstufung neben der Gewichtung der verschiedenen Bewertungsfaktoren auch die *Auswirkungen* dieser Entscheidung auf die *Strafe* und die *äußere Etikettierung* der Tat eine Rolle spielen, lässt sich hingegen zumeist nicht eindeutig feststellen. In England und Wales ist freilich davon auszugehen, dass die von einigen Befragten für möglich gehaltene Herabstufung der Tat zu *manslaughter* durch die Geschworenen vor allem deshalb erfolgen würde, damit der T die ansonsten nicht zu vermeidende lebenslange Freiheitsstrafe erspart bleibt. Dies zeigt auch der Vergleich mit Deutschland, wo die nach der gesetzlichen Regelung ebenfalls zwingende lebenslange Freiheitsstrafe mittels anderer Mechanismen umgangen werden kann und deshalb die tatbestandliche Einstufung – jedenfalls bei der Prognose der gerichtlichen Entscheidung – nicht weiter problematisiert wurde.

Auf der anderen Seite kann die in Frankreich häufiger geäußerte Prognose, dass die Geschworenen entgegen der eindeutigen Gesetzeslage nicht auf den Qualifikationstatbestand, sondern nur auf den Ausgangstatbestand erkennen würden, nur mit dem Bedürfnis nach Vermeidung des besonders schweren äußeren Etiketts des *assassinat* erklärt werden. Die Strafraumen beider Delikte überschneiden sich nämlich so weitgehend, dass die Höhe der gegen die T zu verhängenden Strafe bei realistischer Betrachtung von der tatbestandlichen Einstufung nicht beeinflusst würde.

In den anderen Rechtsordnungen können die Einstufungen der Tat durch die Gesprächspartner hingegen – zumindest bei isolierter Betrachtung der Tatbestands-ebene – nicht hinreichend sicher mit diesen Gesichtspunkten erklärt werden. Die verschiedenen Tatbestände führen dort zwar zu teilweise deutlich voneinander abweichenden Strafraumen, doch können diese Unterschiede überall durch Unterschreitung der tatbestandlichen Mindeststrafe aufgrund allgemeiner Strafzumessungsregeln wieder ausgeglichen werden. Ob die Entscheidung für den einen oder anderen Tatbestand eher von der Höhe der als richtig angesehenen Strafe abhängt oder von dem Bedürfnis nach besonderer äußerer Kennzeichnung der Tat bestimmt wird, lässt sich daher nicht ohne zusätzliche Informationen feststellen.²⁴

III.3. Fallvariante 2

In der zweiten Fallvariante beruht die Tat auf einem spontanen Entschluss und nicht auf vorheriger Planung, sodass als wesentlicher belastender Faktor allein die Tötung des Opfers im Schlaf verbleibt. Die entlastenden Faktoren sind hingegen

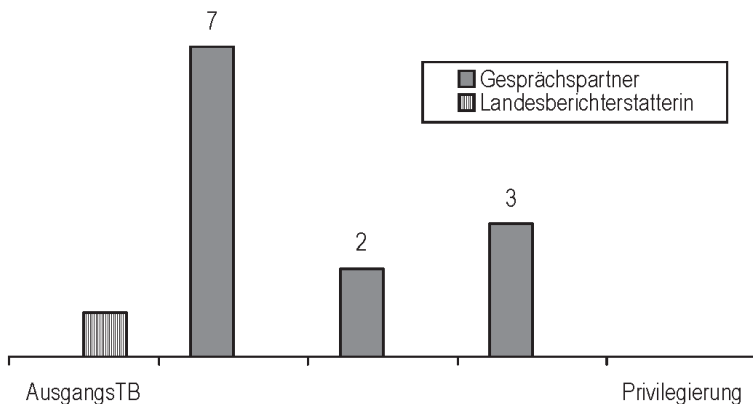
²⁴ Siehe auch unten § 14 III.

deutlich stärker ausgeprägt als in der ersten Fallvariante: Zwar fehlt auch hier eine konkrete Tatprovokation des O, aber die T handelt in einem akuten Affektzustand, der über die allgemeine seelische Belastung hinaus eine erhebliche Beeinträchtigung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit nahelegt.

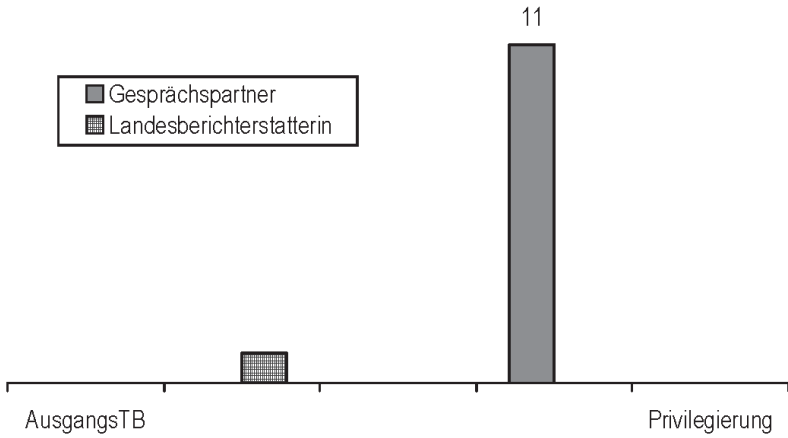
III.3.1. 2-stufige Systeme mit dem schwersten Fall als Ausgangstatbestand

Maßgeblich ist in diesen Ländern, ob die spontane, affektbelastete Tatbegehung die Anwendung des Privilegierungstatbestands ermöglicht oder ob es trotz der erheblichen Veränderung der Tatumstände gegenüber der ersten Fallvariante beim Ausgangstatbestand bleibt.

In *England und Wales* wäre für die Herabstufung der Tat zu *manslaughter* wie in Fallvariante 1 erforderlich, dass die Einreden der verminderten Zurechnungsfähigkeit oder der Provokation erfolgreich geltend gemacht werden. Beides erscheint hier sehr viel eher möglich. Insbesondere scheitert die Einrede der Provokation nicht notwendig an dem Fehlen eines unmittelbaren Tatanlasses, sondern das Gesamtverhalten des O kann insoweit als ausreichend angesehen werden. Dennoch sind nachhaltige Zweifel angebracht, ob die Verteidigung den hohen Anforderungen tatsächlich gerecht würde. Die meisten Gesprächspartner waren daher der Ansicht, dass auch in dieser Fallvariante *murder* vorliege. Von der Jury wurde hingegen einheitlich erwartet, dass diese sich eher für *manslaughter* als für *murder* aussprechen würde. Schließlich stellten immerhin sechs von 13 Gesprächspartnern entgegen den in den Gesprächen ausdrücklich gemachten Vorgaben den Tötungsvorsatz infrage, obwohl in England und Wales hierfür bereits der Vorsatz einer schweren Körperverletzung genügt.

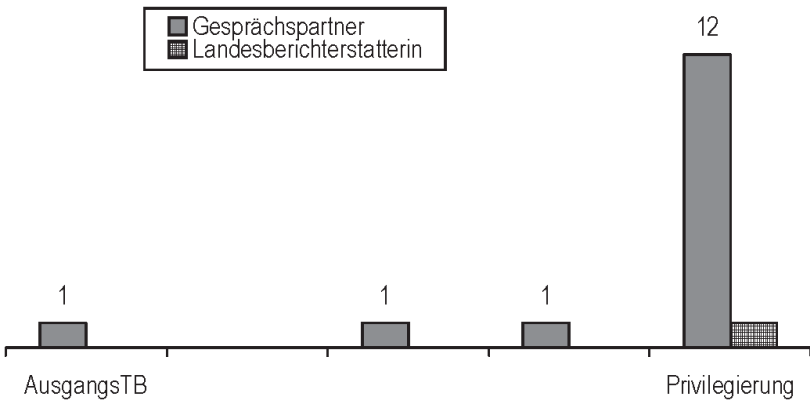


Fallvariante 2 – England und Wales: Wie würden Sie die Tat einstufen?

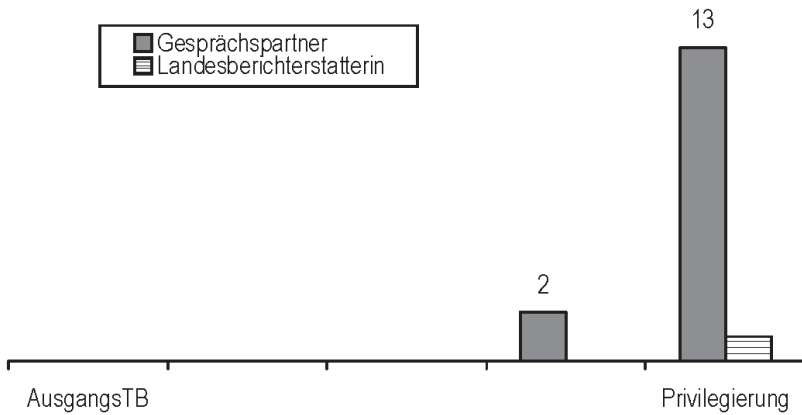


Fallvariante 2 – England und Wales: Wie wird das Gericht die Tat einstufen?

In *Schweden* war schon bei der ersten Fallvariante ein erheblicher Teil der Gesprächspartner der Ansicht, dass nach der erforderlichen Abwägung aller Umstände kein Mord vorliege, sondern der Privilegierungstatbestand *dråp* anzuwenden sei. Es überrascht deshalb nicht, dass sich bei der zweiten Fallvariante eine klare Mehrheit gegen Mord aussprach und selbst die beiden davon abweichenden Gesprächspartner vom Gericht nur eine Verurteilung wegen des milderen Tatbestands erwarteten. Als Begründung dieser Einschätzung wurde vor allem der Umstand genannt, dass die T ihre Tat nicht vorher geplant, sondern sich spontan dazu entschieden hat. Auch hier wurde von einem Gesprächspartner der Tötungsvorsatz bezweifelt.

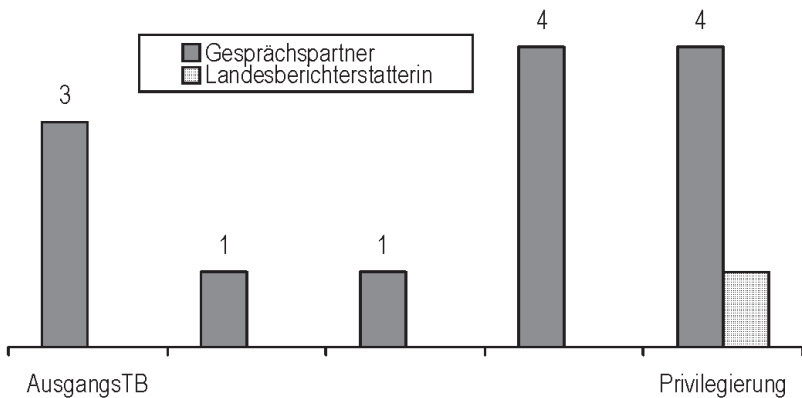


Fallvariante 2 – Schweden: Wie würden Sie die Tat einstufen?



Fallvariante 2 – Schweden: Wie wird das Gericht die Tat einstufen?

In *Österreich* setzt der Privilegierungstatbestand des Totschlags voraus, dass der Tatentschluss aus einem starken, nachvollziehbaren Affekt heraus entsteht („Wer sich in einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung dazu hinreißen lässt ...“). Ob der Zustand der T in der zweiten Fallvariante diesen Anforderungen entspricht, ist offen; es ist aber durchaus möglich. Infolgedessen sprach sich eine deutliche Mehrheit gegen Mord aus.

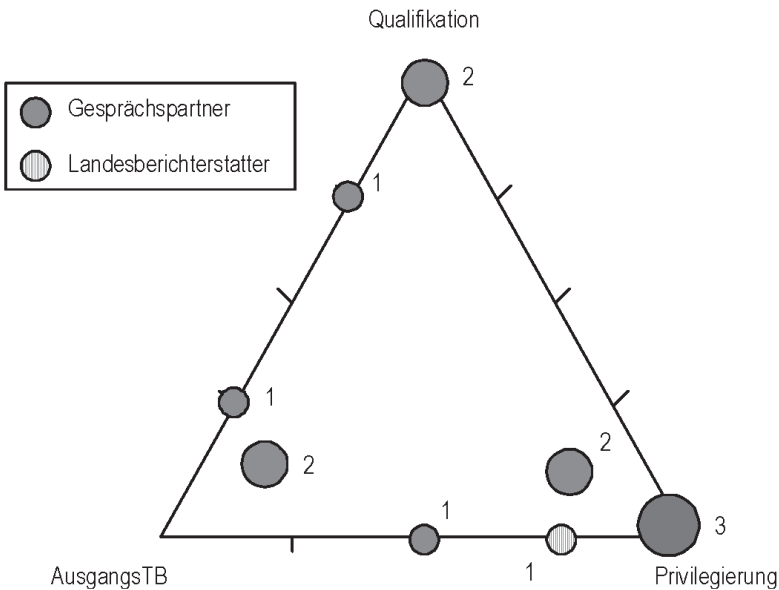


Fallvariante 2 – Österreich: Wie würden Sie die Tat einstufen?

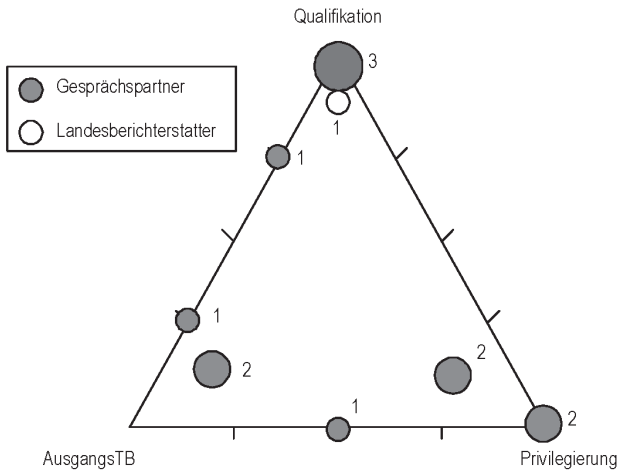
III.3.2. 3-stufige Systeme

Auch bei dieser Fallvariante ist angesichts der Tötung des Opfers im Schlaf nicht ausgeschlossen, dass der Qualifikationstatbestand angewendet wird. Auf der anderen Seite stehen die entlastenden Faktoren hier so im Vordergrund, dass die Anwendung des Privilegierungstatbestands oder zumindest des Ausgangstatbestands grundsätzlich eher zu erwarten ist.

In *Deutschland* liegt wegen des schlafenden Opfers zunächst wie in Fallvariante 1 die Bejahung des Mordmerkmals der Heimtücke nahe. Allerdings verlangt die Rechtsprechung hierfür auf der subjektiven Tatseite ein bewusstes Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers. Angesichts des Affektzustandes der T erscheint es jedoch gut möglich, dass ihr dieses Bewusstsein fehlte und der Mordtatbestand dadurch ausgeschlossen wird. Ist diese Klippe erst einmal überwunden, so kommt nicht nur der Ausgangstatbestand des Totschlags, sondern wegen des Affektzustandes auch der Privilegierungstatbestand in Form eines allgemeinen „minder schweren“ Falles in Betracht. Diese Beurteilungsspielräume wurden von den Gesprächspartnern auch deutlich genutzt, sodass sich sowohl bei der eigenen Ansicht als auch bei der Prognose der Gerichtsentscheidung für alle drei Möglichkeiten mehrere Stimmen fanden. Die Einstufungen schwankten dabei fast ausschließlich zwischen dem Qualifikations- und dem Ausgangstatbestand oder zwischen dem Ausgangstatbestand und der Privilegierung.

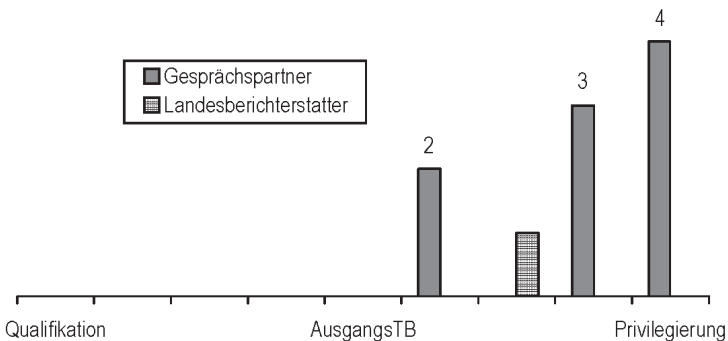


Fallvariante 2 – Deutschland: Wie würden Sie die Tat einstufen?

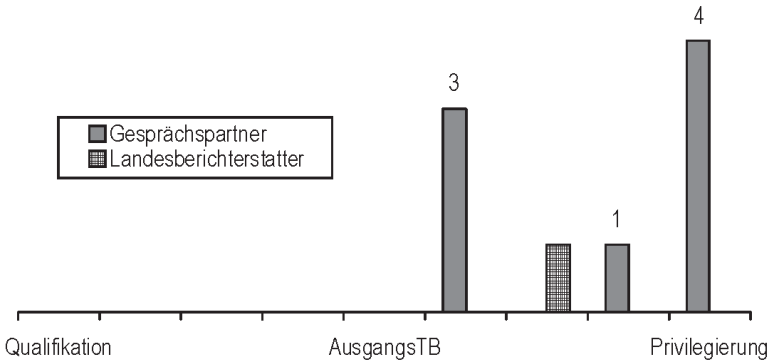


Fallvariante 2 – Deutschland: Wie wird das Gericht die Tat einstufen?

In *Portugal* erscheint die Anwendung des Qualifikationstatbestands wegen des Regelbeispiels des „heimtückischen Mittels“ zwar nicht völlig ausgeschlossen, doch kann angesichts des nachvollziehbaren Affektzustandes der T, aus dem heraus der Tatentschluss entsteht, kaum von einer „besonderen Vorwerfbarkeit“ der Tat die Rede sein. Auf der anderen Seite spricht viel für die Anwendung des Privilegierungstatbestands, der unter anderem eine „verständliche, heftige Gefühlsaufwallung“ verlangt. Tatsächlich sprach sich eine klare Mehrheit für diesen mildesten Tatbestand aus, während der Ausgangstatbestand nur von wenigen tendenziell bejaht und der Qualifikationstatbestand von niemandem in Erwägung gezogen wurde.

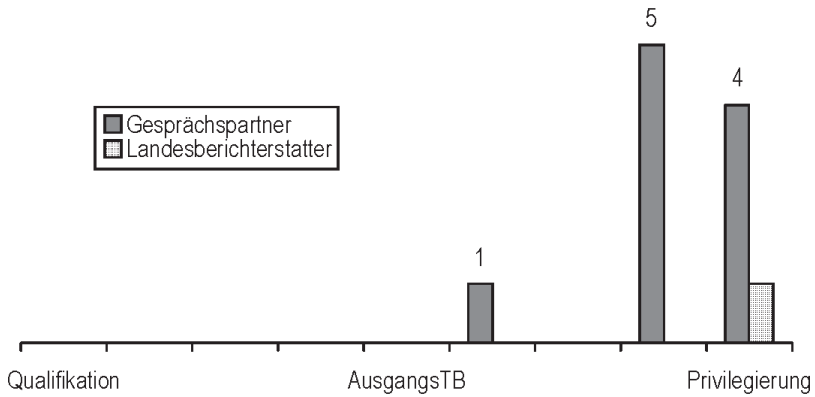


Fallvariante 2 – Portugal: Wie würden Sie die Tat einstufen?

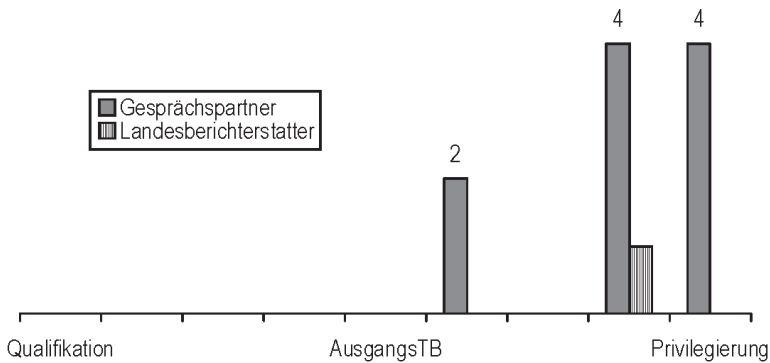


Fallvariante 2 – Portugal: Wie wird das Gericht die Tat einstufen?

Auch in der Schweiz spricht nach den rechtlichen Vorgaben vieles für die Anwendung des Privilegierungstatbestands („entschuld bare heftige Gemütsbewegung“) und alles gegen den Qualifikationstatbestand („besonders skrupellos“). Die Befragungsergebnisse entsprechen daher im Wesentlichen denjenigen Portugals.



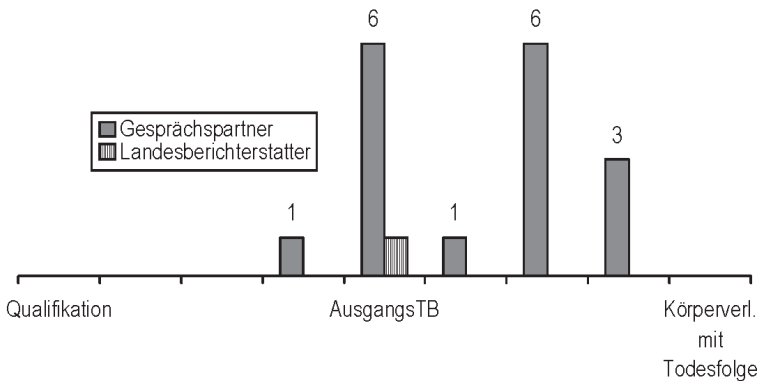
Fallvariante 2 – Schweiz: Wie würden Sie die Tat einstufen?



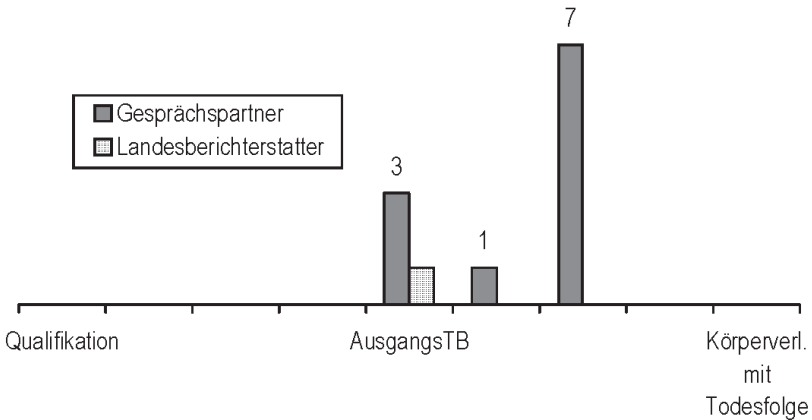
Fallvariante 2 – Schweiz: Wie wird das Gericht die Tat einstufen?

III.3.3. 2-stufiges System mit milderem Fall als Ausgangstatbestand: Frankreich

Nachdem die überlegte Planung in dieser Fallvariante fehlt, kann die Anwendung des Qualifikationstatbestands nur noch auf die Tötung des Opfers im Schlaf oder die Tatsache, dass es sich bei dem Opfer um den Ehegatten handelt, gestützt werden. Beides sind in *Frankreich* aber keine Qualifikationsmerkmale der erschweren vorsätzlichen Tötung. Eigentlich kam deshalb nur der Ausgangstatbestand infrage. Gleichwohl bezweifelte eine größere Zahl der Gesprächspartner (10 von 18) entgegen den Vorgaben auch den Tötungsvorsatz der T und zog deshalb die Anwendung des noch milderen Tatbestands der Körperverletzung mit Todesfolge gem. Art. 222-7 CP-F in Betracht.



Fallvariante 2 – Frankreich: Wie würden Sie die Tat einstufen?



Fallvariante 2 – Frankreich: Wie wird das Gericht die Tat einstufen?

III.3.4. 1-stufiges System: Italien

Aufgrund der klaren Vorgaben des Sachverhalts wurde der Einheitstatbestand des *omicidio* gem. Art. 575 CP-I von fast allen Gesprächspartnern unproblematisch bejaht. Lediglich einer erwog die Möglichkeit einer Herabstufung der Tat zu einer – der Körperverletzung mit Todesfolge entsprechenden – „präterintentionalen Tötung“ gem. Art. 584 CP-I, hielt ein solches Vorgehen des Gerichts aber nicht für wahrscheinlich.

III.3.5. Bewertung

Die Einschätzungen der Gesprächspartner stimmen bei der zweiten Fallvariante in der Tendenz stärker überein als bei der ersten. In allen Ländern wird diese Fallvariante erheblich milder beurteilt als jene, was zu einer entsprechenden Veränderung der tatbestandlichen Einstufung führt.

Feste Vorgaben, die den Gerichten keinerlei Beurteilungsspielraum lassen, finden sich für die zweite Fallvariante in keinem der untersuchten Länder. Dennoch sind die Anforderungen unterschiedlich streng ausgestaltet. In *England und Wales* müssen für eine Herabstufung zu *manslaughter* die engen Voraussetzungen der verminderten Zurechnungsfähigkeit oder der Provokation erfüllt sein, was zumindest fraglich erscheint. Dennoch war ein deutlicher Teil der Gesprächspartner der Ansicht, dass kein *murder* vorliege, und hinsichtlich der Entscheidung der Geschworenen gingen sogar alle tendenziell von *manslaughter* aus. Diese Erwartung dürfte wiederum in der zwingenden Konsequenz der lebenslangen Freiheitsstrafe für *murder* liegen, die bei dieser Fallvariante völlig unangemessen erscheint. In

Deutschland sind die objektiven Voraussetzungen des Mordmerkmals „Heimtücke“ ebenso wie in der ersten Fallvariante erfüllt, aber an den subjektiven Voraussetzungen kann gezweifelt werden. Dementsprechend sprach sich nur noch ein kleinerer Teil der Gesprächspartner für Mord aus, während der Rest zwischen dem Ausgangstatbestand und dem Privilegierungstatbestand schwankte. Ernsthaft in Betracht gezogen wurde der schwerste Tötungstatbestand außerdem nur noch in *Österreich*, weil dieser dort den Ausgangstatbestand darstellt und die Anforderungen an die Privilegierung eher eng formuliert sind; zwei Drittel der Gesprächspartner gingen aber auch dort von dem Privilegierungstatbestand aus.

In allen anderen Ländern wurde entweder eindeutig der mildeste Tatbestand als einschlägig erachtet (*Schweden*) oder die Auffassungen schwankten zwischen dem mittleren Tatbestand und dem Privilegierungstatbestand (*Portugal, Schweiz*). In *Frankreich* fand sich sogar eine Mehrheit nicht mit dem den milderen Fall darstellenden Ausgangstatbestand ab, sondern bezweifelte entgegen der klaren Gesprächsvorgabe des Landesberichterstatters den Tötungsvorsatz der T.

Als maßgeblicher *Bewertungsfaktor* erwies sich in allen Ländern der Umstand, dass die T die Tat nicht zuvor geplant hatte, sondern sich unter dem Einfluss eines Affektzustandes spontan dazu entschied. Dass dieser Umstand in Verbindung mit der allgemeinen seelischen Belastung nicht überall zur Anwendung des mildesten Tatbestands führte, liegt vor allem an der vagen Formulierung des Sachverhalts hinsichtlich der konkreten Affektstärke. Deshalb wurde vornehmlich in Ländern mit strengeren Anforderungen an die Privilegierung von manchen Gesprächspartnern bezweifelt, ob der Affekt hinreichend stark sei, und in Deutschland hielten einige deswegen auch die Bejahung der subjektiven Seite des Mordmerkmals „Heimtücke“ für möglich oder angebracht.

Auch bei dieser Fallvariante ist schließlich davon auszugehen, dass in England und Wales die Prognose der Gerichtsentscheidung vom Bedürfnis nach Vermeidung der lebenslangen Freiheitsstrafe bestimmt wird und in Frankreich die tatbestandliche Herabstufung (hier zu Körperverletzung mit Todesfolge) mit dem Bedürfnis nach Vermeidung des betreffenden äußeren Etiketts zusammenhängt, da auch der Strafraum für den Ausgangstatbestand der Tötungsdelikte weit genug nach unten reicht. Anhaltspunkte dafür, dass die tatbestandliche Einstufung auch in anderen Ländern von den damit verbundenen Konsequenzen für Strafe und äußere Kennzeichnung der Tat abhängig gemacht wurde, fanden sich hingegen nicht.

III.4. Fallvariante 3

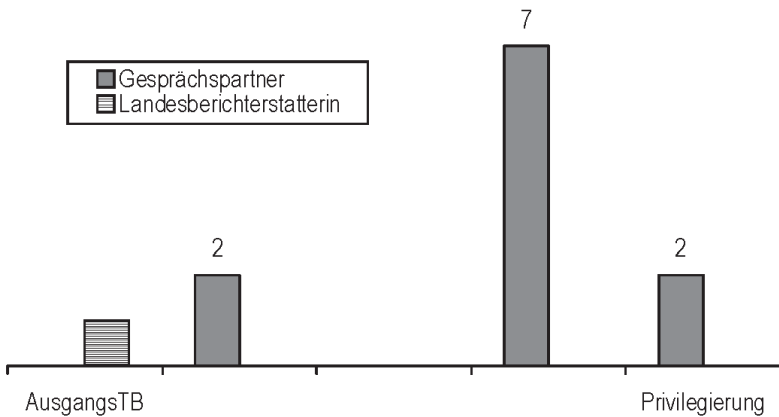
Die dritte Fallvariante kommt der zweiten nahe. Wie dort fehlt der belastende Faktor der vorherigen Tatplanung, auch wenn die Wahl eines Messers als Tatwaffe statt eines gerade daliegenden schweren Gegenstandes für mehr Überlegung bei der Tatausführung spricht, während die Tötung des schlafenden Opfers unverändert

gegen die T ins Gewicht fällt. Auf der Seite der entlastenden Faktoren liegt jetzt freilich eine klare Provokationshandlung des Opfers vor, auf welche die Tat zwar nicht unmittelbar, aber doch in engem zeitlichem Abstand von 30 Minuten folgt. Andererseits beschreibt der Sachverhalt keinen konkreten Affektzustand der T, sondern ein solcher kann nur mittelbar aus dem Fehlen einer vorherigen Tatplanung und der nicht lange zurückliegenden Provokation geschlossen werden.

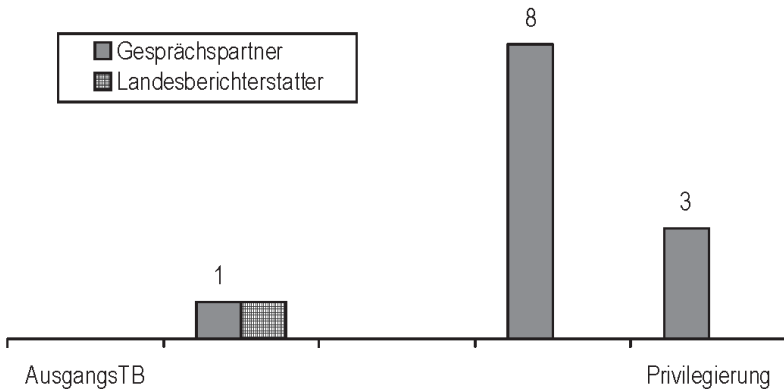
Die rechtliche Ausgangslage entspricht damit weitgehend derjenigen bei der zweiten Fallvariante. Es wurde lediglich ein wesentlicher entlastender Faktor durch einen anderen ausgetauscht.

III.4.1. 2-stufige Systeme mit dem schwersten Fall als Ausgangstatbestand

In *England und Wales* wurden bei dieser Fallvariante von fast allen Gesprächspartnern der Einrede der Provokation gute Erfolgsaussichten eingeräumt, wobei der 30-minütige Abstand zwischen Anlass und Tat zwar als nicht unproblematisch, aber letztlich doch nicht als ausreichender Hinderungsgrund angesehen wurde. Die Einrede der verminderten Zurechnungsfähigkeit wurde hingegen eher zurückhaltend beurteilt. Im Ergebnis ging jedenfalls die ganz überwiegende Mehrheit sowohl nach der eigenen Einschätzung – dies in deutlichem Unterschied zur Fallvariante 2 – als auch hinsichtlich der Prognose der Entscheidung der Geschworenen von *manslaughter* aus. Auch wurde der Tötungsvorsatz hier wegen der Benutzung eines Messers nur noch von zwei Gesprächspartnern problematisiert.

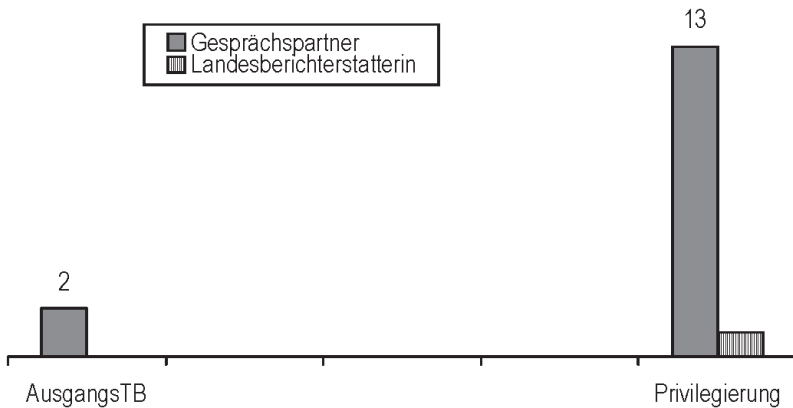


Fallvariante 3 – England und Wales: Wie würden Sie die Tat einstufen?

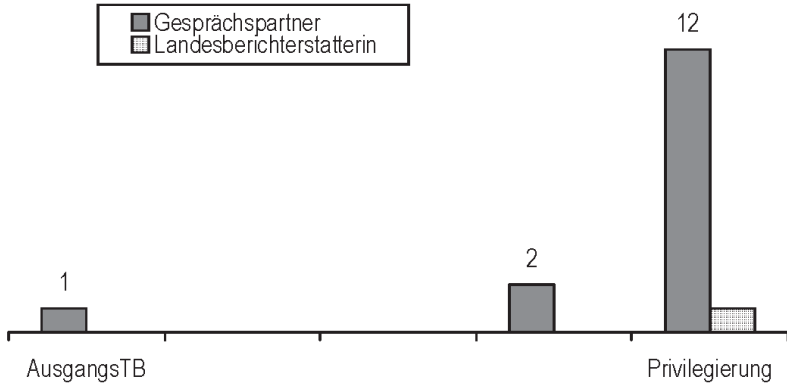


Fallvariante 3 – England und Wales: Wie wird das Gericht die Tat einstufen?

In *Schweden* wurde diese Fallvariante ähnlich wie die zweite eingeschätzt. Allerdings gingen hier zwei Gesprächspartner von dem Ausgangstatbestand Mord aus, und einer prognostizierte auch eine entsprechende gerichtliche Entscheidung, weil kein hinreichender Affekt bei der T vorliege und der zeitliche Abstand zur Provokation zu groß sei. Der Tötungsvorsatz wurde hier von keinem der Gesprächspartner bezweifelt.

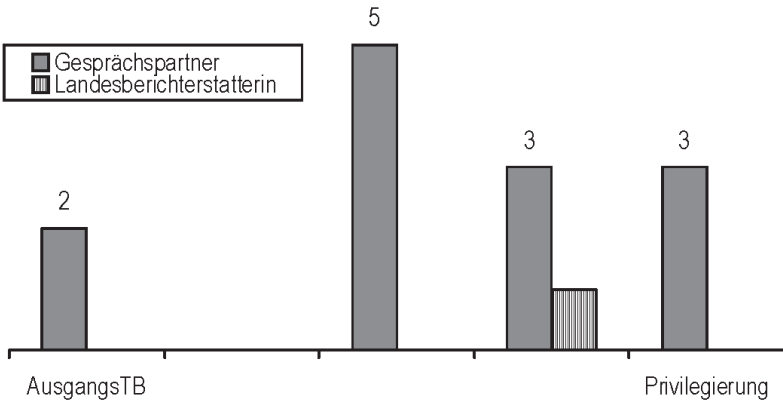


Fallvariante 3 – Schweden: Wie würden Sie die Tat einstufen?



Fallvariante 3 – Schweden: Wie wird das Gericht die Tat einstufen?

In *Österreich* war die Unsicherheit der Gesprächspartner, ob der Privilegierungstatbestand angewendet werden kann, noch größer als bei der zweiten Fallvariante. Fraglich erschien zumeist, ob der dafür erforderliche starke Affekt tatsächlich bei der T vorlag.



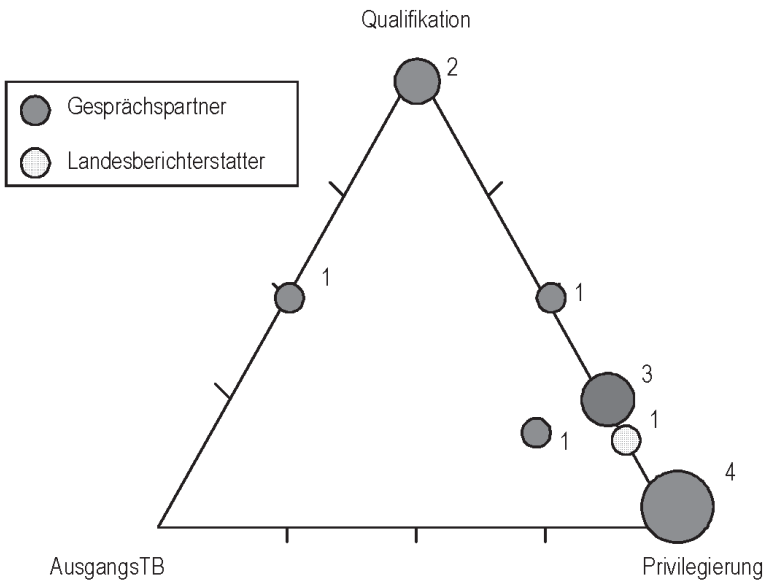
Fallvariante 3 – Österreich: Wie würden Sie den Fall einstufen?

III.4.2. 3-stufige Systeme

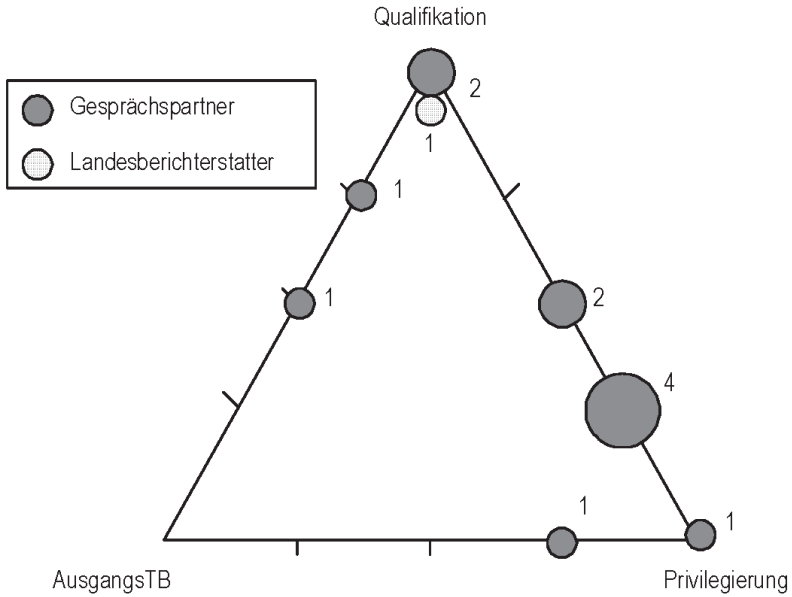
Wie bei der zweiten Fallvariante ist wegen des schlafenden Opfers nicht ausgeschlossen, dass der Qualifikationstatbestand angewendet wird, doch steht auch hier die Provokation als entlastender Faktor so stark im Vordergrund, dass die Anwen-

derung des Privilegierungstatbestands oder zumindest des Ausgangstatbestands näherliegt.

In *Deutschland* ist wie in Fallvariante 2 fraglich, ob die subjektiven Voraussetzungen des Mordmerkmals der Heimtücke vorliegen. Wird dies verneint, so liegt die Anwendung des Privilegierungstatbestands in Form der Tatprovokation sehr nahe. Die Ansichten schwankten daher im Gegensatz zur zweiten Fallvariante unmittelbar zwischen dem Qualifikations- und dem Privilegierungstatbestand, während der Ausgangstatbestand fast einhellig abgelehnt wurde. In Anbetracht der Tatsache, dass es hierbei um die Entscheidung zwischen der lebenslangen Freiheitsstrafe oder einer Freiheitsstrafe zwischen 6 Monaten und 5 Jahren ging, wirkt dieses Ergebnis wenig sachgerecht. Das deutsche Recht gewährt den Gerichten bei dieser Fallvariante offensichtlich keine Flexibilität für einen Mittelweg.

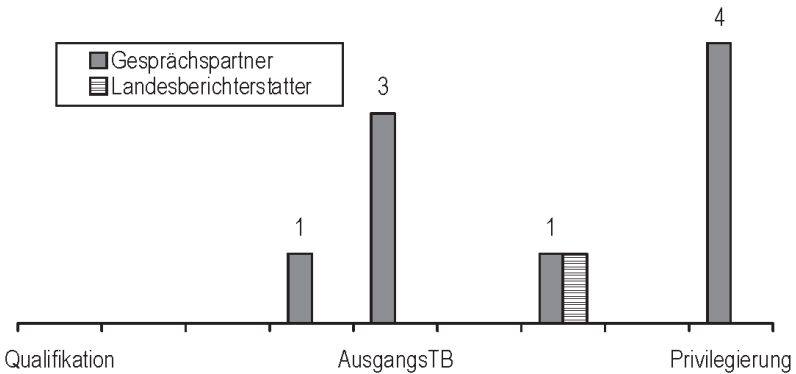


Fallvariante 3 – Deutschland: Wie würden Sie den Fall einstufen?

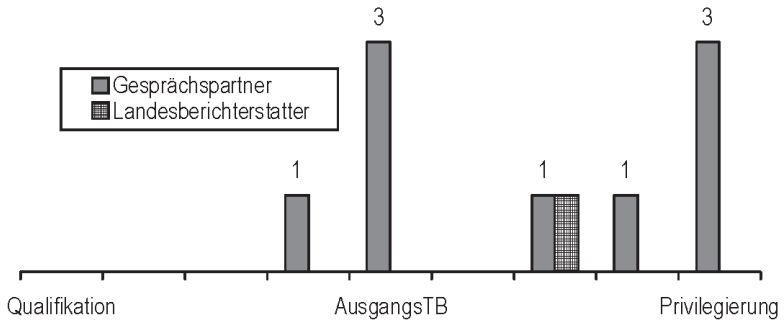


Fallvariante 3 – Deutschland: Wie wird das Gericht den Fall einstufen?

In *Portugal* wurde die dritte Fallvariante insgesamt etwas schwerer eingestuft als die zweite. Der Qualifikationstatbestand wurde immerhin von einem Gesprächspartner erwogen, aber abgelehnt, und der Ausgangstatbestand wurde etwas häufiger genannt. Dennoch lag der Schwerpunkt auch hier klar bei dem Privilegierungstatbestand, auch wenn der dafür erforderliche Affekt nur mittelbar aus dem Sachverhalt erschlossen werden kann.

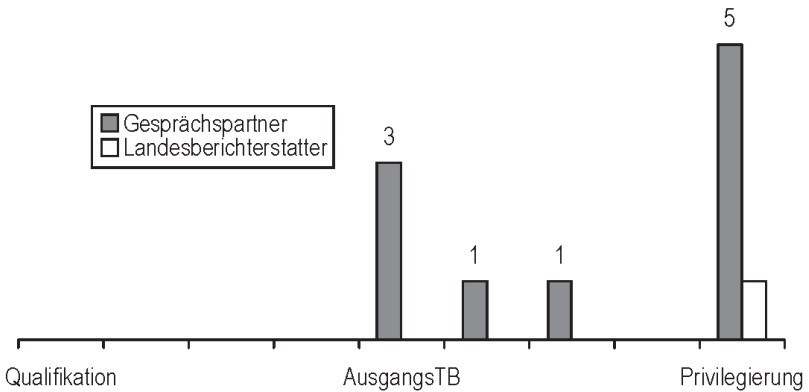


Fallvariante 3 – Portugal: Wie würden Sie die Tat einstufen?

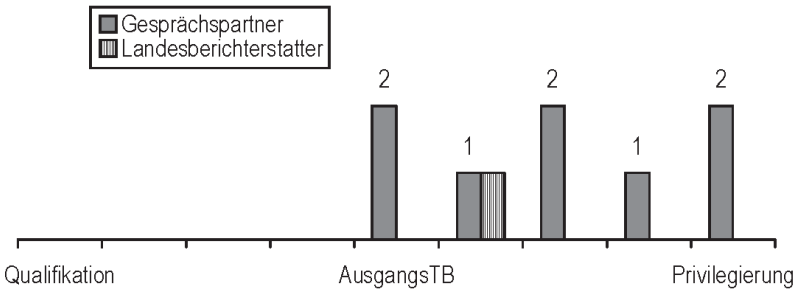


Fallvariante 3 – Portugal: Wie wird das Gericht die Tat einstufen?

In der *Schweiz* entsprechen sowohl die Rechtslage als auch die Befragungsergebnisse im Wesentlichen denen Portugals. Auch hier wird die dritte Fallvariante etwas schwerer eingestuft als die zweite.



Fallvariante 3 – Schweiz: Wie würden Sie die Tat einstufen?



Fallvariante 3 – Schweiz: Wie wird das Gericht die Tat einstufen?

III.4.3 2-stufiges System mit milderem Fall als Ausgangstatbestand: Frankreich

In *Frankreich* ist im Gegensatz zur zweiten Fallvariante hier wieder die Bejahung des Qualifikationstatbestands möglich, da zwischen der Bildung des Tatentschlusses und der Tatausführung möglicherweise eine Spanne von 30 Minuten liegt und deshalb das Qualifikationsmerkmal des Vorbedachts vorliegen könnte. Dies spiegelt sich auch deutlich in den Angaben der Gesprächspartner wider. Zugleich wurde der Tötungsvorsatz von wesentlich weniger Gesprächspartnern als bei der zweiten Fallvariante bezweifelt, sodass die Einstufung ganz mehrheitlich zwischen dem Qualifikationstatbestand und dem Ausgangstatbestand erfolgte. Insgesamt wurde diese Fallvariante deutlich schwerer bewertet als die zweite.

III.4.4. 1-stufiges System: Italien

Der Einheitstatbestand des *omicidio* gem. Art. 575 CP-I wurde von allen Gesprächspartnern unproblematisch bejaht.

III.4.5. Bewertung

Die Einschätzungen der Gesprächspartner gehen bei der dritten Fallvariante stärker auseinander als bei der zweiten, auch wenn die Gesamttenenz immer noch ähnlich ist. Die Unterschiede liegen vor allem darin, wie die hier manifeste Provokationshandlung des Opfers gegenüber dem in der zweiten Fallvariante dominierenden Affektzustand der T eingestuft wird. Dabei zeigt sich, dass die unterschiedlichen Vorgaben der verschiedenen Rechtsordnungen auch zu deutlichen Abweichungen in der Einschätzung der Fallvariante führen.

In *England und Wales* sowie in *Deutschland* wird die Provokation in den Tatbeständen unmittelbar als Privilegierungsmerkmal aufgeführt, während der Affekt

eine geringere Rolle spielt, sofern er nicht die Stärke der verminderten Zurechnungsfähigkeit erreicht. Dementsprechend wurde in diesen Ländern die dritte Fallvariante deutlich milder eingestuft als die zweite.

In *Schweden* kann die Abwägung hingegen frei anhand sämtlicher in Betracht kommenden Umstände erfolgen. Die Gesprächspartner sahen offensichtlich – fast – keinen Bewertungsunterschied zwischen der zweiten und der dritten Fallvariante.

In *Österreich*, *Portugal* und der *Schweiz* stellt hingegen der Privilegierungsstatbestand vorrangig auf einen Affektzustand des Täters ab, der in der zweiten Fallvariante ausdrücklich vorhanden ist, während er in der dritten Fallvariante nur mittelbar aus der Provokationshandlung erschlossen werden kann. Folgerichtig wurde die dritte Variante in allen diesen Ländern etwas häufiger dem Ausgangstatbestand und nicht der Privilegierung zugeordnet als die zweite.

In *Frankreich* ergab sich schließlich der größte Unterschied bei der tatbestandlichen Einstufung dieser beiden Fallvarianten. Wegen des zeitlichen Abstands zwischen Provokation und Tat wurde bei der dritten Variante der Qualifikationsstatbestand teilweise wieder für möglich gehalten, und angesichts der Tatwaffe Messer bezweifelte kaum noch ein Gesprächspartner den Tötungsvorsatz.

III.5. Fallvariante 4

Bei der vierten Fallvariante wird die T von ihrem Ehemann akut bedroht. Es fehlt daher nicht nur der belastende Faktor der vorherigen Tatplanung, sondern auch derjenige der Ausnutzung der Wehrlosigkeit des schlafenden Opfers. Auf der anderen Seite sind die entlastenden Faktoren der Provokation und der Gefahr weiterer Misshandlungen so stark ausgeprägt, dass eine Straffreiheit wegen Notwehr naheliegt oder jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann; auch dürfte der seelische Zustand der T stark affektbelastet sein.

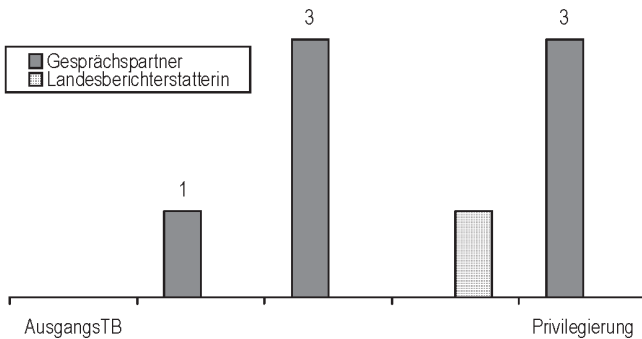
Damit spricht alles für eine Einordnung der Fallvariante auf der mildesten Tatbestandsstufe. Freilich rückt die Frage eines Freispruchs oder einer Strafmilderung bis nahe an den Nullpunkt wegen Notwehr so stark in den Vordergrund, dass die tatbestandliche Einordnung demgegenüber unwesentlich erscheint. Darüber hinaus bietet diese Variante von allen am ehesten Anlass, den Tötungsvorsatz der T infrage zu stellen, da die T ohne die Möglichkeit der Reflexion spontan aus einer akuten Bedrängnis heraus handelt.

III.5.1. 2-stufige Systeme mit dem schwersten Fall als Ausgangstatbestand

In *England und Wales* kann die Frage der tatbestandlichen Einstufung nicht isoliert beantwortet werden. Da die Anklage, sofern sie überhaupt erhoben wird, zwingend auf *murder* lautet, muss die Jury sich zwischen einem Freispruch wegen

Notwehr, der Herabstufung der Tat zu *manslaughter*, der Herabstufung der Tat zu einem fahrlässigen Tötungsdelikt oder der Bestätigung des Mordes entscheiden. Alle 10 Gesprächspartner, die sich zu dieser Fallvariante äußerten, gingen jedoch tendenziell von einem Freispruch aus und bezweifelten darüber hinaus ganz überwiegend den Tötungsvorsatz. Die Verteidigungseinreden der Provokation und der verminderten Zurechnungsfähigkeit wurden daher lediglich hilfsweise erörtert, wobei man ihnen, falls es tatsächlich darauf ankommen sollte, ebenfalls große Chancen einräumte. Eine Verurteilung wegen *murder* war danach so offensichtlich ausgeschlossen, dass sie in den Gesprächen überhaupt nicht ausdrücklich zur Sprache gebracht wurde.

Auch in *Schweden* ging kein Gesprächspartner vom Mordtatbestand aus. Die Mehrheit bezweifelte darüber hinaus den Tötungsvorsatz. Wird dieser unterstellt, so hätte jeder der Befragten den Privilegierungstatbestand angewendet.



Fallvariante 4 – Österreich: Wie würden Sie die Tat einstufen?

In *Österreich* war das Bild nicht ganz so eindeutig Die Anwendung des Privilegierungstatbestands setzt einen konkreten Affekt voraus, der nach den Sachverhaltsvorgaben zwar naheliegt, aber nicht sicher ist. Auch hier wurde zudem der Tötungsvorsatz von einem erheblichen Teil der Gesprächspartner (6 von 13) bezweifelt.

III.5.2. 3-stufige Systeme

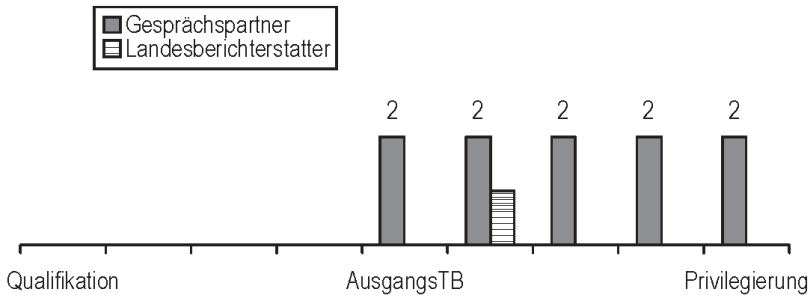
Angesichts des Fehlens jeglicher belastender Faktoren kommt die Anwendung des Qualifikationstatbestands nicht in Betracht. Eine präzise Zuordnung zum Ausgangs- oder Privilegierungstatbestand tritt auch in diesen Ländern gegenüber der Notwehrproblematik in den Hintergrund.

In *Deutschland* äußerte sich nur ein kleiner Teil der Gesprächspartner überhaupt zur tatbestandlichen Einstufung. Angesichts der pauschalen Formulierung des Privilegierungstatbestands kommt im Fall einer Verurteilung ganz offensichtlich nur

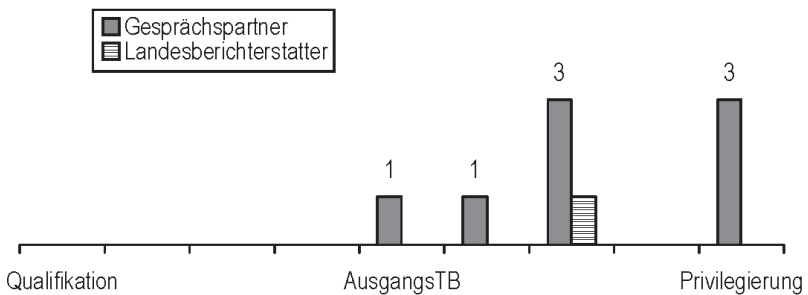
dieser in Betracht. Der Tötungsvorsatz wurde von der Hälfte der Gesprächspartner bezweifelt.

In *Portugal* wurde ohne weitere Diskussion der für die Privilegierung erforderliche Affekt verneint und der Ausgangstabestand unterstellt. Der Tötungsvorsatz wurde nur von einem Gesprächspartner problematisiert.

Auch in der *Schweiz* wurde der tatbestandlichen Einstufung keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen. Dennoch äußerten sich die Gesprächspartner näher hierzu und schwankten angesichts der Unsicherheit hinsichtlich des erforderlichen Affektzustandes der T zwischen dem Ausgangs- und dem Privilegierungstatbestand. Der Tötungsvorsatz wurde wie in Portugal nur von einem der Gesprächspartner problematisiert.



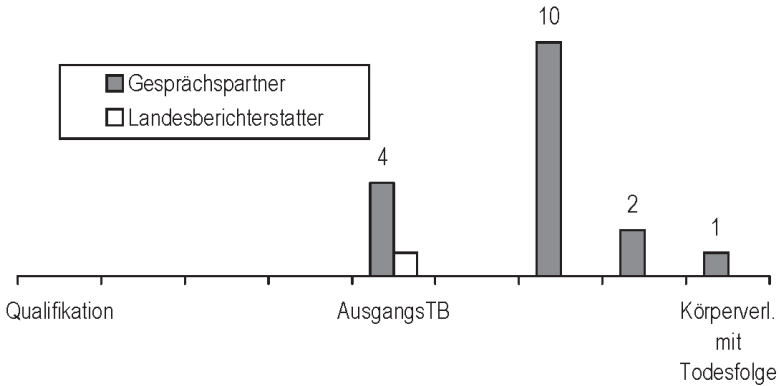
Fallvariante 4 – Schweiz: Wie würden Sie die Tat einstufen?



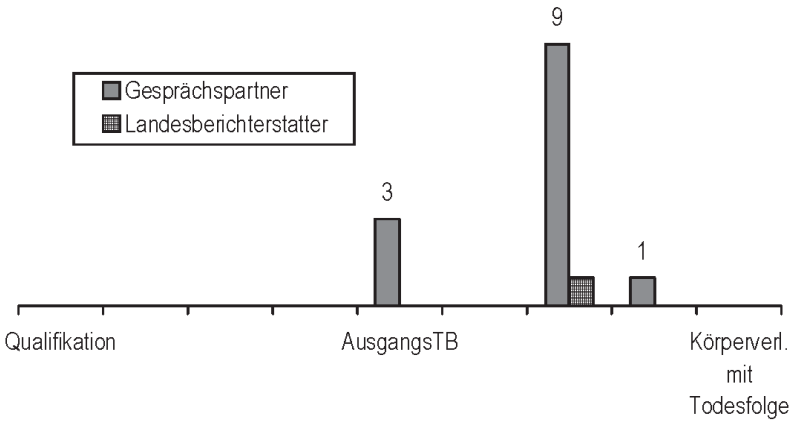
Fallvariante 4 – Schweiz: Wie wird das Gericht die Tat einstufen?

III.5.3. 2-stufiges System mit milderem Fall als Ausgangstatbestand: Frankreich

In *Frankreich* wurde der Qualifikationstatbestand von allen Gesprächspartnern ausgeschlossen. Da 14 von 17 zudem den Tötungsvorsatz problematisierten, lagen die Einschätzungen überwiegend zwischen dem Ausgangstatbestand und der Körperverletzung mit Todesfolge.



Fallvariante 4 – Frankreich: Wie würden Sie die Tat einstufen?



Fallvariante 4 – Frankreich: Wie wird das Gericht die Tat einstufen?

III.5.4. 1-stufiges System: Italien

Auch hier wurde der Einheitstatbestand des *omicidio* gem. Art. 575 CP-I von den meisten Gesprächspartnern unproblematisch bejaht; 3 von 10 zogen freilich den Tötungsvorsatz in Zweifel.

III.5.5. Bewertung

Auch die Ergebnisse zur vierten Fallvariante stimmen in der Tendenz deutlich überein. Da in den meisten Ländern mehrheitlich ein Freispruch wegen Notwehr angenommen wurde,²⁵ äußerte sich häufig nur noch ein Teil der Gesprächspartner zur tatbestandlichen Einstufung. Soweit das jeweilige Landesrecht einen Qualifizierungstatbestand enthält, wurde dieser von niemandem in Erwägung gezogen. Privilegierungstatbestände, die einen konkreten Affektzustand voraussetzen (Österreich, Portugal, Schweiz), wurden zumeist (Österreich, Schweiz) erwogen, aber nicht sicher bejaht, während in Deutschland und Schweden die pauschal für „minder schwere Fälle“ vorgesehene Privilegierung wegen der Nähe zur Notwehr einstimmig angenommen wurde. Schließlich wurde der Tötungsvorsatz der T sehr viel stärker infrage gestellt als bei den anderen Fallvarianten.

III.6. Gesamtbewertung der Ergebnisse zu allen Fallvarianten

Die Ergebnisse zur tatbestandlichen Einstufung der vier Fallvarianten sind angesichts der deutlichen Unterschiede in den jeweils anwendbaren Tatbeständen überraschend ähnlich. Insbesondere werden Entscheidungsspielräume, die dem Rechtsanwender aufgrund der jeweiligen rechtlichen Vorgaben verbleiben, durchweg in der gleichen Richtung ausgenutzt.

Die erste Fallvariante wird überall als die schwerwiegendste angesehen und in allen Ländern von zumindest einem Teil der Befragten dem schwersten Tatbestand zugeordnet. Soweit diese Zuordnung allerdings nicht zwingend aus den gesetzlichen oder höchstrichterlichen Vorgaben folgt, wird sie in allen betroffenen Ländern von einem erheblichen Teil der Gesprächspartner abgelehnt (Schweden, Portugal, Schweiz), und selbst bei Rechtsordnungen ohne Entscheidungsspielraum widersetzt sich der eine oder andere Gesprächspartner entweder in der eigenen Einschätzung oder bei der Prognose des Verhaltens des Gerichts den betreffenden rechtlichen Vorgaben.

Für die zweite und dritte Fallvariante fallen die Ergebnisse deutlich milder aus. In allen Ländern geht eine klare Tendenz zur Anwendung des mildesten Tatbestands, auch wenn der schwerste oder mittlere Tatbestand nicht von allen Befrag-

²⁵ Dazu sogleich unten § 13 II.2.

ten ausgeschlossen wird. Welche der beiden Varianten untereinander als die schwerere oder mildere angesehen wird, hängt von den jeweiligen rechtlichen Vorgaben ab: Soweit der Privilegierungstatbestand einen konkreten Affekt voraussetzt, wird die zweite Fallvariante als die mildere eingestuft (Österreich, Portugal, Schweiz), soweit er dagegen ausdrücklich auf eine besondere Tatprovokation abstellt, ist dies die dritte Fallvariante (England und Wales, Deutschland). In Schweden lässt das Gesetz eine freie Abwägung zu – mit der Folge, dass beide Fallvarianten im Wesentlichen gleich eingeschätzt werden, während in Frankreich die Einstufung der zweiten Fallvariante vor allem deshalb milder ausfällt, weil hier – im Unterschied zur dritten Fallvariante und entgegen den klaren Vorgaben des Interviewers – der Tötungsvorsatz nachhaltig bezweifelt wurde.

Zur vierten Fallvariante schließlich konnten nicht für alle Länder klare Einschätzungen gewonnen werden, weil die Frage einer Straffreiheit wegen Notwehr häufig so sehr im Vordergrund stand, dass man sich nicht mehr zur Tatbestandsfrage äußerte oder diese als nebensächlich ansah.

Die Antworten der Gesprächspartner waren damit über alle Länder hinweg gleichläufig. Ließen die rechtlichen Vorgaben nur eine mögliche Einstufung zu, so wurde diese auch von fast allen Gesprächspartnern tatsächlich vorgenommen. Eine Ausnahme bildeten insoweit nur die Prognosen zur gerichtlichen Entscheidung der ersten Fallvariante in England und Frankreich, wo ein erheblicher Teil der Befragten davon ausging, dass sich die Geschworenen aus Mitleid mit der Täterin möglicherweise über die geltenden Regelungen hinwegsetzen würden.

Bestanden bei der Entscheidung zwischen dem einen oder anderen Tatbestand dagegen innerhalb eines Landes größere Beurteilungsspielräume, so wurden diese von den Gesprächspartnern auch genutzt. Häufig ergaben sich innerhalb eines Landes deutliche Unterschiede in den Einschätzungen. Im Rahmen der statistischen Auswertung wurden diese Angaben in Beziehung zu der beruflichen Funktion der Gesprächspartner gesetzt und auf systematische Zusammenhänge untersucht. In manchen Ländern zeigten sich dabei deutliche Korrelationen in der Weise, dass die befragten Staatsanwälte tendenziell zu einer strengeren Beurteilung neigten als die Richter und diese wiederum zu einer strengeren als die Strafverteidiger. Bei der Prognose der gerichtlichen Entscheidung schwächten sich diese Unterschiede jedoch zumeist erheblich ab oder verschwanden sogar völlig. In anderen Ländern konnte ein solcher Zusammenhang dagegen nicht festgestellt werden, oder die Staatsanwälte und Richter erwiesen sich sogar als milder als die Strafverteidiger.²⁶

²⁶ Für die berufliche Funktion der Gesprächspartner wurde folgende Ordinalskala gebildet: 1 = Staatsanwalt und Polizeibeamter; 2 = Richter; 3 = Rechtsanwalt (Professoren wurden bei dieser Berechnung nicht berücksichtigt). Als Maßzahlen für die Korrelation wurden Tau-b, Tau-c und Gamma verwendet, die bei positivem Zusammenhang jeweils einen Wert zwischen 0 und 1 und bei negativem Zusammenhang einen Wert zwischen 0 und -1 annehmen können. „0“ bedeutet dabei, dass überhaupt kein Zusammenhang besteht, während „1“ oder „-1“ einen vollständigen positiven oder negativen Zusammenhang anzeigt;

§ 13 Straffreistellungen

I. Überblick

Straffreistellungen sind negativ formulierte Strafbarkeitsvoraussetzungen, die besondere Umstände enthalten, aufgrund derer ein Täter straffrei bleibt, obwohl er die Merkmale eines Straftatbestands verwirklicht. In Deutschland, Italien, Österreich, Portugal und der Schweiz werden sie weitgehend anhand der Unterscheidung zwischen „*Rechtfertigung*“ und „*Entschuldigung*“ systematisiert, während in England und Wales, Frankreich und Schweden diese Begriffe zwar ebenfalls nicht unbekannt sind, aber nicht in vergleichbar strenger Form unterschieden werden. Die Systematik der Straffreistellungen erlangte in unserer Untersuchung freilich keine besondere Bedeutung, da es nur um die Strafbarkeit der T selbst ging und potenzielle Unterschiede in den Rechtsfolgen (etwa hinsichtlich eines etwaigen Notwehrrechts des O) nicht zur Diskussion standen.

In den für die Untersuchung ausgewählten Fällen kam ein Ausschluss der Strafbarkeit der T ernsthaft nur für die vierte Fallvariante wegen *Notwehr* in Betracht.²⁷ Eine Straffreistellung wegen *Notstands*, die in allen untersuchten Rechtsordnungen prinzipiell möglich ist und angesichts der bedrückenden, nahezu ausweglosen Situation der T auf den ersten Blick auch nicht ganz abwegig erscheint,²⁸ wurde hingegen von den Gesprächspartnern überall klar verneint, entweder weil in den be-

Zwischenwerte ab etwa 0,3 deuten auf einen – mehr oder weniger starken – Zusammenhang hin. Wenn die Staatsanwälte eher zur Anwendung des schwereren Tatbestands neigen als die Richter und diese wiederum eher als die Rechtsanwälte, dann sind diese Werte im Hinblick auf den schwereren Tatbestand positiv und im Hinblick auf den milderen Tatbestand negativ. Beispiele für einen solchen Zusammenhang bilden Schweden für den Ausgangstatbestand (= schwererer Tatbestand) bei der ersten Fallvariante (eigene Ansicht der Gesprächspartner: Tau-b = 0,878, Tau-c = 0,896, Gamma = 1,0; Prognose der Gerichtsentscheidung: Tau-b = 0,079, Tau-c = 0,083, Gamma = 0,105), England und Wales für den Ausgangstatbestand (= schwererer Tatbestand) bei der zweiten Fallvariante (eigene Ansicht der Gesprächspartner: Tau-b = 0,612, Tau-c = 0,540, Gamma = 0,818; Prognose der Gerichtsentscheidung: Tau-b = 0,361, Tau-c = 0,330, Gamma = 0,524) sowie die Schweiz für den Privilegierungstatbestand bei der dritten Fallvariante (eigene Ansicht der Gesprächspartner: Tau-b = -0,353, Tau-c = -0,333, Gamma = -0,474; Prognose der Gerichtsentscheidung: Tau-b = -0,174, Tau-c = -0,167, Gamma = -0,200). Gegenbeispiele sind Deutschland für den Qualifikationstatbestand bei der zweiten Fallvariante (eigene Ansicht der Gesprächspartner: Tau-b = 0,044, Tau-c = 0,033, Gamma = 0,077; Prognose der Gerichtsentscheidung: Tau-b = 0, Tau-c = 0, Gamma = 0) sowie Portugal für den Qualifikationstatbestand bei der ersten Fallvariante (eigene Ansicht der Gesprächspartner: Tau-b = -0,401, Tau-c = -0,360, Gamma = -0,600; Prognose der Gerichtsentscheidung: Tau-b = -0,825, Tau-c = -0,840, Gamma = -1,0).

²⁷ Einzelne Gesprächspartner (3 aus Schweden, 1 aus Frankreich) zogen Notwehr zwar auch für die Fallvariante 3 in Erwägung, lehnten einen Strafbarkeitsausschluss dann aber (mit einer Ausnahme) ab.

²⁸ Vgl. etwa BGHSt 48, 256.

treffenden Fallvarianten keine hinreichend akute Gefahrensituation vorliegt oder weil der T andere, als zumutbar erachtete Auswege offenstehen.²⁹

Für alle Fallvarianten in Erwägung gezogen wurde stattdessen eine partielle *Störung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit* der T. Da ein darauf gestützter Ausschluss der Strafbarkeit aber in keinem Land ernsthaft zur Debatte stand,³⁰ sondern die seelische Beeinträchtigung der T nach ganz einhelliger Ansicht in allen Varianten nur zu einer Strafmilderung führt, werden die betreffenden Ergebnisse erst im nächsten Abschnitt bei der Strafraumenbestimmung und Strafzumessung vorgestellt.

II. Strafflosigkeit der T wegen Notwehr in Fallvariante 4

II.1. Rechtliche Vorgaben

Die Notwehr ist in allen untersuchten Rechtsordnungen als Strafausschlussgrund anerkannt. Sie setzt auf der einen Seite eine durch einen aktuellen Angriff ausgelöste Notwehrlage voraus, auf der anderen Seite muss die Verteidigungshandlung insgesamt angemessen sein. Liegt tatsächlich keine Notwehrlage vor, sondern bildet sich der Täter diese nur ein oder überschreitet die Verteidigungshandlung – bei tatsächlicher oder vermeintlicher Notwehrlage – das Maß des Zulässigen, so kann der Täter in den meisten Rechtsordnungen dennoch wegen Putativnotwehr, Notwehrexzess oder Putativnotwehrexzess straffrei bleiben.

Die Anforderungen an die *Notwehrlage* sind in allen untersuchten Rechtsordnungen ähnlich formuliert (Übersicht 6). Insbesondere gehören überall das Leben und die körperliche Unversehrtheit zu den *notwehrfähigen Rechtsgütern*. Der *Angriff* muss in allen untersuchten Rechtsordnungen *gegenwärtig* sein, wobei teilweise ausdrücklich klargelegt ist, dass hierfür auch ein unmittelbares Bevorstehen genügt (Österreich, Schweden, Schweiz), und er muss *gegen die Verhaltensanforderungen der Rechtsordnung verstoßen* („rechtswidrig“, „nicht gerechtfertigt“ etc., in Schweden: „strafbar“). Deutliche, auch für unsere Fallkonstellation relevante Unterschiede zeigen sich hingegen bei der *Beurteilungsperspektive* des Angriffs: Während dessen tatsächliches Vorliegen in Deutschland, Italien, Österreich, Portu-

²⁹ In Deutschland, der Schweiz und Schweden sprach sich bei der einen oder anderen Fallvariante zwar jeweils ein einzelner Gesprächspartner dafür aus, Notstand in Betracht zu ziehen; alle anderen Gesprächspartner lehnten das jedoch stets ab.

³⁰ In Schweden führt sogar der völlige Verlust der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit nicht zum Ausschluss der Strafbarkeit (vgl. Landesbericht Schweden § 9 II.1.1.3.4.). In England und Wales hat die spezielle Einrede der *diminished responsibility* bei Mordprozessen die Rolle der allgemeinen *defence of insanity* weitgehend übernommen (vgl. Landesbericht England und Wales § 4 II.1.1.3.1. und § 4 II.1.1.3.2.).

gal, Schweden und der Schweiz anhand einer objektiven *ex post*-Analyse festgestellt werden muss, die auch die Sicht des Angreifers berücksichtigt, genügt in Frankreich hierfür eine aus der *ex ante*-Perspektive des Angegriffenen zu beurteilende objektive Wahrscheinlichkeit, und in England und Wales ist sogar allein die subjektive Vorstellung des Angegriffenen maßgeblich. Damit entfällt in Frankreich sowie in England und Wales auch die Notwendigkeit einer besonderen Regelung der Putativnotwehr, während in den anderen Rechtsordnungen auf solche Konstellationen entweder kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung (Italien, Österreich, Portugal, Schweiz) oder aufgrund einer Analogie (Deutschland, Schweden) die Regeln des Fahrlässigkeitsdelikts angewendet werden.

Die *Verteidigungshandlung* muss in allen untersuchten Rechtsordnungen innerhalb eines gewissen Rahmens *erforderlich*, *verhältnismäßig* und *angemessen* sein. Bei der konkreten Formulierung dieser Anforderungen ergeben sich freilich erhebliche Abweichungen: In Deutschland und Portugal verlangt das Gesetz lediglich, dass die Verteidigung nicht über das Maß des Erforderlichen hinausgeht, während Verhältnismäßigkeits- und Angemessenheitskriterien nicht ausdrücklich vorgesehen sind und von der Rechtsprechung nur in begrenzten Ausnahmefällen als außer-gesetzliche Einschränkungen herangezogen werden. In Frankreich und Österreich betont das Gesetz hingegen zwar zunächst ebenfalls die Erforderlichkeit der Verteidigung als den maßgeblichen Gesichtspunkt, hebt sodann aber ausdrücklich hervor, dass dadurch kein Missverhältnis zwischen den gewählten Verteidigungsmitteln sowie der Schwere und Gefährlichkeit des Angriffs entstehen darf. Das italienische Strafgesetzbuch verlangt weitergehend zudem generell sowohl die Erforderlichkeit als auch die Verhältnismäßigkeit der Verteidigung. In England und Wales, Schweden und der Schweiz enthalten die einschlägigen Notwehrregelungen schließlich Generalklauseln („vernünftig“, nicht „offensichtlich unvertretbar“, „in einer den Umständen angemessenen Weise“), die von der Rechtsprechung jeweils umfassend ausgelegt werden und sich auf alle diese Gesichtspunkte beziehen.

	A	CH	D	F	GB	P	S	I
Notwehrlage: (gegenwärtiger, rw. Angriff auf Leib oder Leben) – objektiver Angriff (bei irriger Annahme: Fahrlässigkeitsregeln) – objektive Wahrscheinlichkeit eines Angriffs – subjektive Überzeugung eines Angriffs	+	+	+			+	+	+
Verteidigungshandlung: – Erforderlichkeit ausreichend, Einschränkungen nur in Ausnahmefällen – Erforderlichkeit maßgeblich, solange kein Missverhältnis – Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit generell neben Erforderlichkeit notwendig			+			+		
Notwehrexzess: – Straffreiheit bei asthenischem Affekt – Straffreiheit bei entschuldbarem/nicht fahrlässigem Affekt – keine Straffreiheit	+	+	+		+	+	+	+
Beweislast des Angeklagten: – Darlegungslast – Beweislast	+	+	+	+	+	+	+	+

Übersicht 6: Straffreiheit wegen Notwehr

Geht die Verteidigungshandlung über das Maß des Zulässigen hinaus, liegt ein *Exzess* vor. Die meisten der untersuchten Rechtsordnungen sehen auch dann noch eine Straffreistellung vor, wenn der Exzess auf einem asthenischen Affekt beruht (Deutschland, Portugal) und – in manchen Ländern – darüber hinaus aufgrund der Umstände entschuldbar (Schweden, Schweiz) oder nicht als Fahrlässigkeitstat strafbar (Italien, Österreich) ist. In England und Wales ist der Notwehrexzess als solcher zwar nicht als Straffreistellung anerkannt, doch berücksichtigt die Rechtsprechung die psychische Situation des Angegriffenen bereits im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung, sodass eine nachvollziehbare Überreaktion nicht zum Ausschluss der Notwehreinnrede führt. Lediglich in Frankreich ist für solche Fälle kein Ausschluss der Strafbarkeit vorgesehen. Werden die Anforderungen an einen Strafbarkeitsausschluss wegen Notwehrexzess verfehlt, so räumt das Gesetz in Portugal und der Schweiz den Gerichten die Möglichkeit einer besonderen, sehr weit nach unten reichenden Strafmilderung ein, während in allen anderen Ländern nur eine Strafmilderung nach den allgemeinen Strafzumessungsregeln in Betracht kommt (die aber ebenfalls sehr weit reichen kann). Schließlich werden die Regeln

des Notwehrexzesses in Österreich, Schweden und der Schweiz auch auf den Putativnotwehrexzess angewendet.

Eine für die Praxis sehr wichtige Frage ist schließlich, welchen *Beweisanforderungen* der Angeklagte genügen muss, wenn er sich auf Notwehr beruft. In fast allen untersuchten Rechtsordnungen ist hierfür – zumindest theoretisch – nur eine plausible Darlegung erforderlich. Gelingt es der Anklage bzw. dem Gericht nicht, diese Darlegung zu entkräften, so ist der Angeklagte freizusprechen. Lediglich in Frankreich wird dem Angeklagten die Beweislast auferlegt, sodass – abgesehen von für unsere Fallvarianten nicht einschlägigen Sonderkonstellationen – ein Freispruch nur möglich ist, wenn das Beweisergebnis das Vorliegen von Notwehr zumindest wahrscheinlich erscheinen lässt.

Wie sich diese Unterschiede in den rechtlichen Vorgaben auf die Lösung der vierten Fallvariante auswirken, lässt sich auf der abstrakten Ebene nur schwer abschätzen. Dies liegt zum einen an der zu pauschalen Formulierung des Sachverhalts, die insbesondere hinsichtlich der Absichten des O bei der Verfolgung der T in die Küche und seiner konkreten Gefährlichkeit unterschiedliche Auslegungen zulässt: Angesichts der ausgesprochenen Drohungen und der einschlägigen Vorgeschichte erscheint es zwar wahrscheinlich, dass O tötlich gegen die T vorgehen wollte. Ob er dabei aber auch vor schweren, möglicherweise lebensgefährlichen Misshandlungen nicht zurückgeschreckt wäre, bleibt offen und ließe sich in einem entsprechenden tatsächlichen Fall kaum noch aufklären. Mit dieser ungenauen Formulierung der Fallvariante sollte deshalb insbesondere den Unsicherheiten bei der forensischen Sachverhaltsaufklärung Rechnung getragen werden, die in derartigen Fällen regelmäßig auftreten.

Zum anderen lassen aber auch die gesetzlichen Begriffe, mittels derer die Anforderungen an die Verteidigungshandlung in den verschiedenen Ländern umschrieben werden („erforderlich“, „verhältnismäßig“, „angemessen“ etc.), erhebliche Wertungsspielräume offen. Den Gesprächspartnern sollte durch die offene Sachverhaltsformulierung auch ein Interpretationsspielraum eröffnet werden, damit festgestellt werden konnte, ob die Sachverhaltsauslegung systematisch von den jeweiligen nationalen rechtlichen Vorgaben und deren Interpretation beeinflusst wird.

Trotz dieser Vorbehalte sind in den untersuchten Rechtsordnungen freilich weitgehend parallele Lösungen zu erwarten. So spricht einerseits viel dafür, dass O tatsächlich tötlich gegen die T vorgehen wollte, als er ihr in die Küche nacheilte, oder dass das Gericht dies zumindest nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* zugrunde legen wird. Dann läge in allen Rechtsordnungen eine Notwehrlage vor. Hätte O hingegen keine entsprechenden Absichten gehabt, so musste die T angesichts der Vorgeschichte dennoch von einem tätlichen Angriff ausgehen, ohne dass man ihr diesen Irrtum als auf Fahrlässigkeit beruhend vorwerfen könnte. In England und Wales sowie in Frankreich würde auch diese Sachverhaltsgestaltung für die An-

nahme einer Notwehrlage ausreichen. In den anderen Ländern läge stattdessen ein Fall der Putativnotwehr vor, der bei – wohl naheliegender – Unvermeidbarkeit des Irrtums und Einhaltung der Anforderungen an die Verteidigungshandlung überall wie eine echte Notwehr behandelt würde.

Was die Intensität der Verteidigung angeht, so liegt es zwar nahe, dass der T gegenüber dem körperlich überlegenen O kein milderes effektives Verteidigungsmittel als das Messer zur Verfügung stand. Fraglich ist jedoch, ob die von O ausgehende Bedrohung so stark war (oder von der T als so stark angesehen werden konnte), dass die T ihn vorsätzlich töten durfte. In allen Ländern außer Frankreich könnte die T aber auch dann straffrei bleiben, wenn man diese Frage verneint und einen Notwehrexzess (in Österreich, Schweden und der Schweiz auch Putativnotwehrexzess) annimmt, der mit hoher Wahrscheinlichkeit auf einem entschuldbaren asthenischen Affekt beruht und nur schwer als fahrlässig angesehen werden kann. In Frankreich würde hingegen bei Verneinung der Erforderlichkeit oder Verhältnismäßigkeit der Verteidigungshandlung der T keine Möglichkeit einer Straffreistellung wegen entschuldbaren Notwehrexzesses zur Verfügung stehen.

Diese Ausnahmestellung von Frankreich wird zudem durch die Verlagerung der Beweislast auf den Angeklagten erheblich verschärft. Angesichts der Unklarheit des Sachverhalts dürfte es der Verteidigung in einem solchen Fall nur schwer gelingen, die für die T günstigere Version als hinreichend wahrscheinlich darzustellen. In allen anderen Ländern würde hingegen zunächst – zumindest theoretisch – eine plausible Darlegung genügen, dass die Notwehrvoraussetzungen erfüllt sind, woraufhin die Staatsanwaltschaft oder das Gericht für eine Verurteilung der T den vollen Beweis des Gegenteils erbringen müssten. Allerdings galt in Italien bis 1989 eine ähnliche Beweislastverteilung wie in Frankreich, die zum Zeitpunkt der Befragung noch in den Köpfen vieler Praktiker präsent war.³¹

Insgesamt spricht in allen Ländern außer Frankreich somit sehr viel für einen Freispruch wegen Notwehr, Putativnotwehr oder Notwehrexzess (in manchen Ländern auch wegen Putativnotwehrexzess), wenngleich auch eine Verurteilung der T nicht ausgeschlossen erscheint. Für Frankreich ist angesichts der für die T ungünstigen Beweislastverschiebung und des Fehlens einer Straffreistellung wegen Notwehrexzess hingegen eher von einer Verurteilung der T auszugehen.

II.2. Ergebnisse der Befragung und Bewertung

Die Befragten in allen Ländern waren sich – von vereinzelten Ausnahmen abgesehen – darin einig, dass eine Straffreistellung wegen Notwehr in der vierten Fallvariante objektiv in Betracht komme, von der Verteidigung im Prozess mit Sicher-

³¹ Vgl. Landesbericht Italien § 6 III.4.1.2.1.1. und § 6 III.4.1.2.1.2.

heit geltend gemacht werde und zu einem nicht unerheblichen Beweisaufwand führen dürfte.

Was die sachlichen Voraussetzungen der Straffreiheit angeht, so ergab sich hingegen ein differenzierteres Bild. Das Vorliegen einer *Notwehrlage* wurde in allen Ländern außer Österreich, wo ein nicht unerheblicher Teil der Befragten diesbezüglich unsicher war, klar bejaht. Die vage Formulierung des Sachverhalts hinsichtlich der konkreten Absichten des O, als er der T in die Küche naheilt, wurde nicht weiter problematisiert; vielmehr war man fast überall der Ansicht, dass die T sich zu diesem Zeitpunkt immer noch einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff gegenübersteht. Dabei spielte es auch keine Rolle, ob die Voraussetzungen der Notwehrlage objektiv *ex post* (Österreich, Schweiz, Deutschland, Portugal, Schweden) oder objektiv (Frankreich) bzw. subjektiv (England und Wales) *ex ante* zu bestimmen sind, und selbst die für den Angeklagten ungünstige Beweislastverteilung in Frankreich – faktisch teilweise auch in Italien – führte zu keiner anderen Beurteilung.

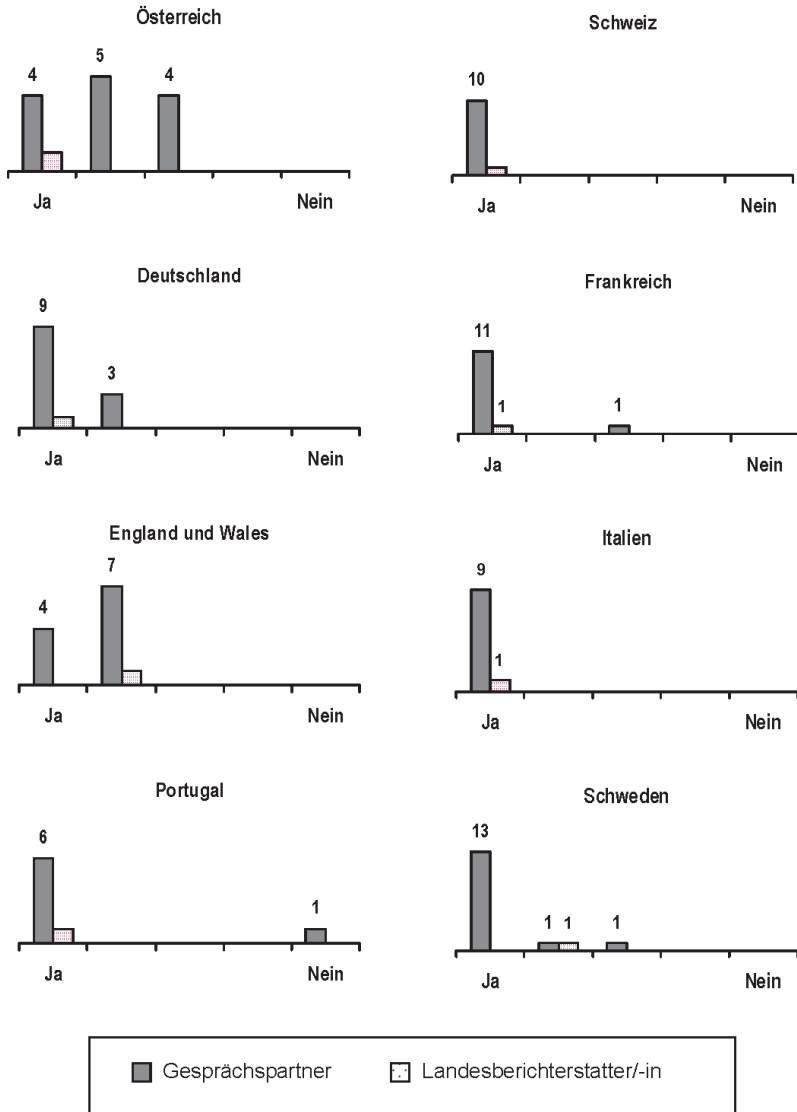
Bei der Bewertung der *Verteidigungshandlung* wirkten sich hingegen die unterschiedlichen rechtlichen Anforderungen deutlich auf die Ergebnisse in den verschiedenen Ländern aus. Dass die Verteidigungshandlung angemessen ist und damit die Voraussetzungen der Straffreiheit insgesamt erfüllt sind, wurde lediglich in England und Wales einhellig bejaht. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass dort auch die *reasonableness* der Verteidigung aus der subjektiven Sicht der angegriffenen O beurteilt wird, weshalb die Unklarheiten des Sachverhalts auch hier nicht ins Gewicht fallen. Eine deutliche Mehrheit für die Annahme einer angemessenen Verteidigungshandlung fand sich daneben nur noch in Deutschland, wo insoweit lediglich auf das Kriterium der „Erforderlichkeit“ abgestellt wird und man außerdem zu einer für den Angegriffenen großzügigen Beurteilung neigt.

Den Gegenpol hierzu bilden Italien und Frankreich. Dort wurden die Erforderlichkeit und insbesondere die Verhältnismäßigkeit der Verteidigungshandlung mehrheitlich verneint und von fast keinem Gesprächspartner definitiv bejaht. Ausschlaggebend für diese Einschätzungen dürfte in Frankreich nicht zuletzt die Beweislastverschiebung zum Nachteil des Angeklagten sein, die sich hier klar gegen die T auswirkt, und auch in Italien könnte die früher geltende entsprechende Regelung trotz der zwischenzeitlichen Gesetzesänderung in den Köpfen der Gesprächspartner noch nachgewirkt haben.

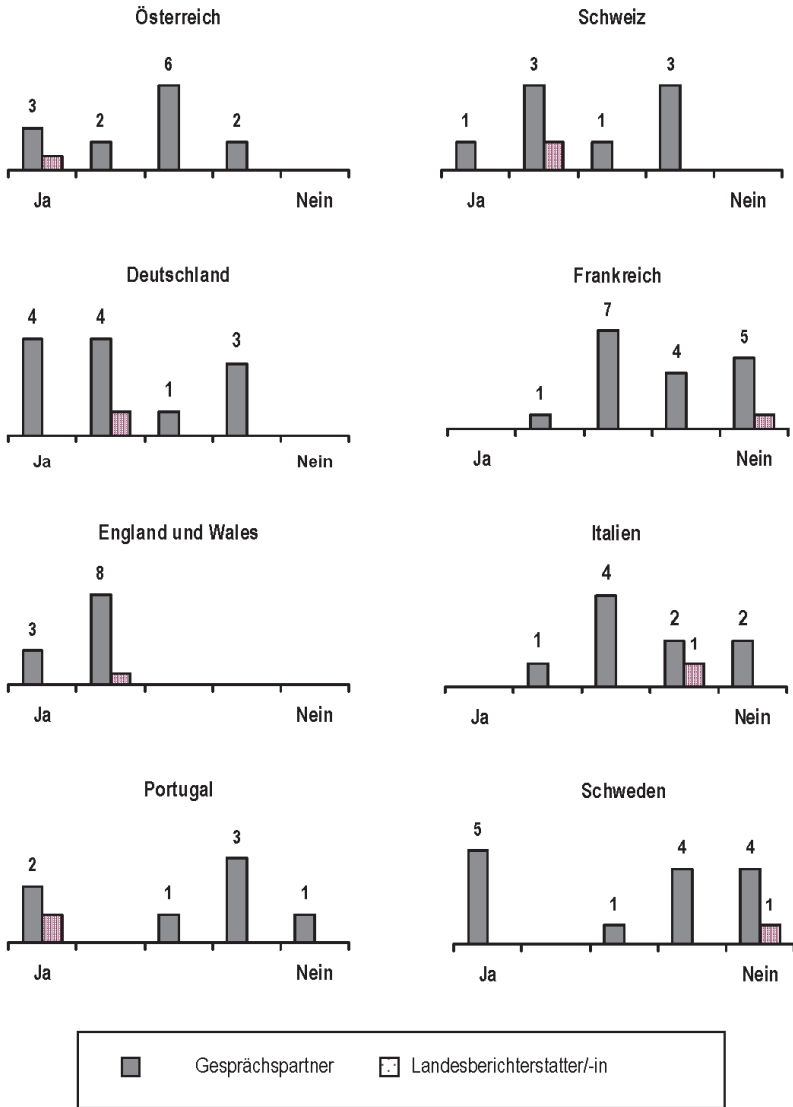
In den anderen Ländern ergaben sich teils überwiegend unentschiedene (Österreich), teils deutlich zwischen Befürwortern und Gegnern gesplante Stellungnahmen (Schweiz, Portugal, Schweden). Diese Unsicherheit und Mehrdeutigkeit der Einschätzungen beruht zwar zum Teil auf der Unklarheit des Sachverhalts, die in diesen Ländern – im Gegensatz zu den notwehrfreundlichen Rechtsordnungen Englands' und Wales' sowie Deutschlands und den notwehrfeindlichen Rechtsordnungen Frankreichs und Italiens – auf die rechtliche Beurteilung durchschlägt. Zumeist

scheiden sich die Ansichten jedoch unabhängig von den tatsächlichen Gegebenheiten an der rein rechtlichen Frage, ob die T trotz ihrer körperlichen Unterlegenheit nicht doch zunächst hätte versuchen müssen, sich auf andere Weise zu retten, bevor sie vorsätzlich den tödlichen Messerstich ausführen durfte.

Insgesamt lassen sich die Unterschiede bei der Beurteilung der Verteidigungshandlung somit im Wesentlichen durch die Unterschiede in den rechtlichen Anforderungen an die Notwehr erklären. Die Unklarheiten des Sachverhalts wirkten sich demgegenüber nur in deutlich geringerem Maß aus. Die Gesprächspartner sind aufgrund ihrer praktischen Tätigkeit offensichtlich daran gewöhnt, dass sich Sachverhalte wie der vorgetragene nicht mit hinreichender Sicherheit aufklären lassen. Bei allen Vorbehalten, die in jedem Land gegen die zu abstrakte Formulierung der Fallvariante erhoben wurden, wurden deshalb durchweg Einschätzungen geäußert, die zwar innerhalb eines einzelnen Landes mitunter nicht unerheblich schwanken, sich in ihrer Gesamtheit aber von denjenigen der Befragten aus den jeweils anderen Ländern deutlich abheben und insgesamt ein erstaunlich klares Bild ergeben.



Liegt eine Notwehrlage vor?

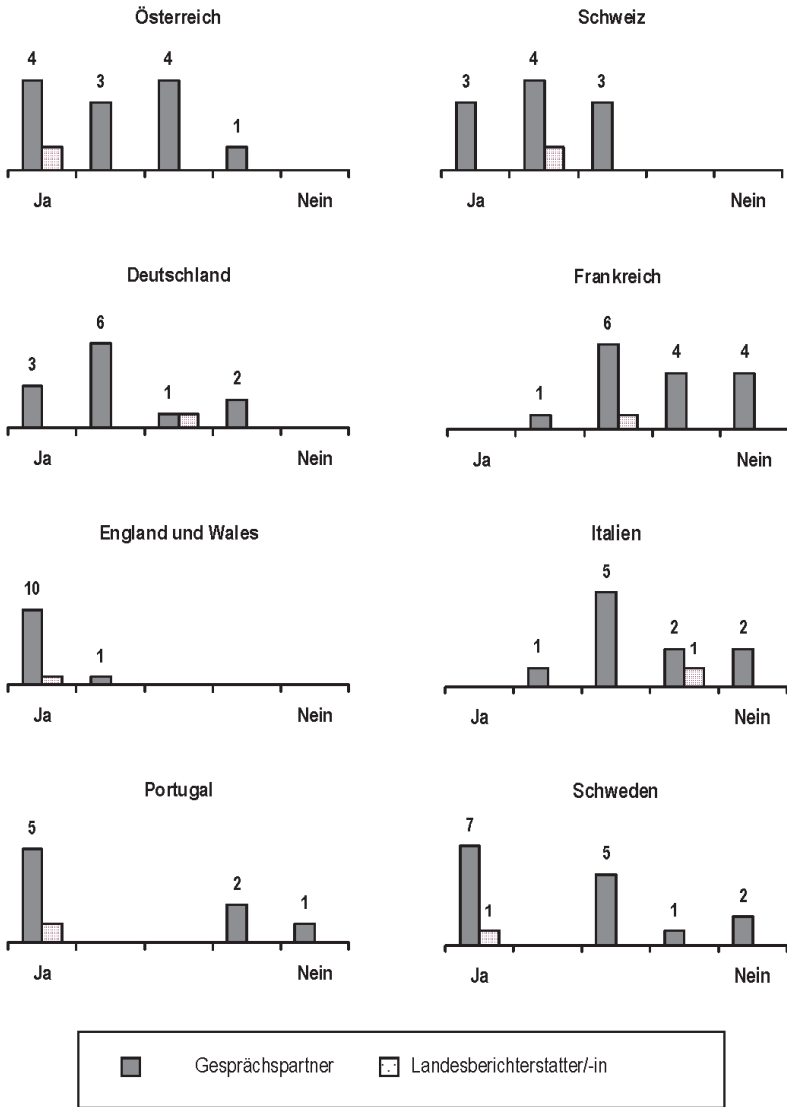


Erfüllt die Verteidigungshandlung die zur Strafbefreiung erforderlichen Voraussetzungen?

Dieses Bild verschiebt sich freilich, wenn der Blick von der Notwehr auf die ergänzenden Straffreistellungen des Notwehrexzesses und der Putativnotwehr bzw. des Putativnotwehrexzesses ausgedehnt wird. Kumuliert man sämtliche dieser Möglichkeiten, so ergibt sich auch für *Österreich*, die *Schweiz*, *Portugal* und

Schweden eine klare Tendenz zur Straffreiheit der T. Lediglich in *Frankreich*, wo keine Regelung existiert, die eine Straffreistellung außerhalb der Notwehr ermöglichen würde, sowie in *Italien*, wo ganz überwiegend davon ausgegangen wurde, dass der Notwehrexzess oder eine etwaige Putativnotwehr auf Fahrlässigkeit beruhen, bleibt es bei dem für die T ungünstigen Ergebnis. Dies ist für *Italien* insoweit überraschend, als der Sachverhalt die Annahme eines nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Notwehrexzesses durchaus nahegelegt hätte. Offensichtlich herrscht in der *italienischen* Praxis eine notwehrskeptische Haltung vor.

Ein Vergleich der eigenen Ansichten der Gesprächspartner mit der Prognose der Entscheidung des Gerichts ist hier mangels ausreichender Daten für die meisten Länder leider nicht möglich. Lediglich in Frankreich gab ein großer Teil der Gesprächspartner zu erkennen, dass die Geschworenen entgegen der für richtig gehaltenen Ablehnung einer Straffreistellung die T möglicherweise doch freisprechen würden.

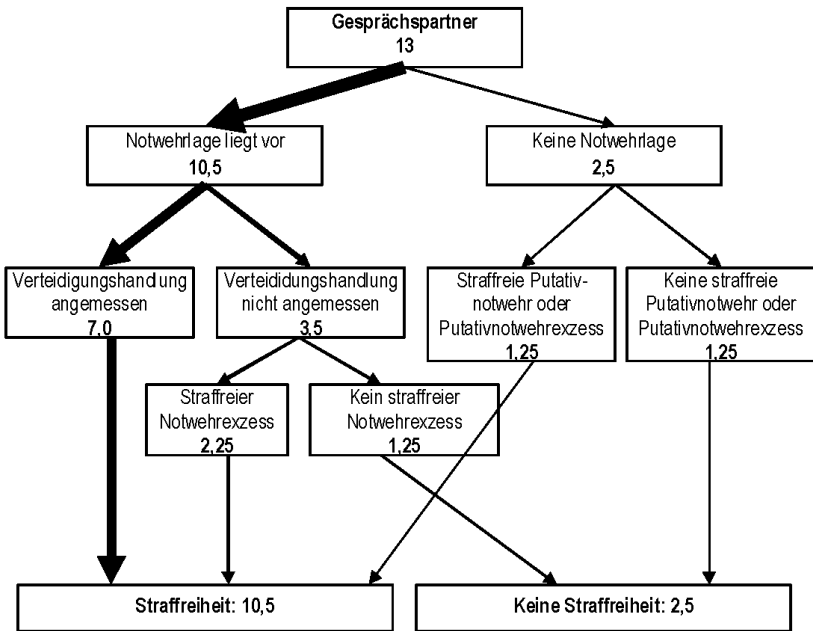


Geht die T insgesamt (wegen Notwehr, Notwehrexzess, Putativnotwehr oder Putativnotwehrexzess) straffrei aus? Ansicht der Gesprächspartner

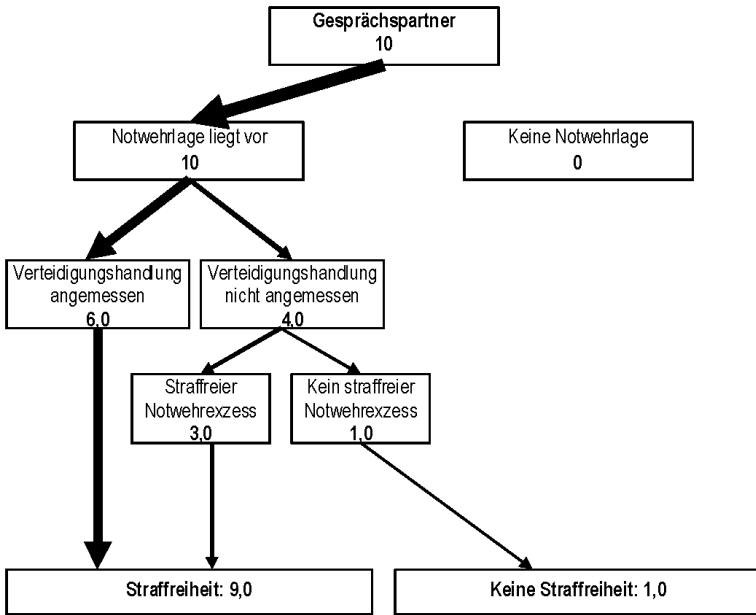
Um die Einschätzungen der Gesprächspartner zu verdeutlichen, werden diese schließlich in den folgenden Flussdiagrammen zusammengefasst. Die Diagramme stellen die verschiedenen Antworten in der Form von nacheinander zu treffenden Entscheidungen dar, die am Ende entweder zu dem Ergebnis „Straffreiheit“ oder zu

dem Ergebnis „keine Straffreiheit“ führen. Diese Form der Darstellung kennt freilich nur die Werte „Ja“ oder „Nein“ und kann insbesondere den Wert „unentschieden“ nicht berücksichtigen. Um die Antworten dennoch vollständig zu erfassen, wurden die Werte „eindeutig Ja“ und „tendenziell Ja“ als positive Entscheidung und die Werte „eindeutig Nein“ und „tendenziell Nein“ als negative Entscheidung aufgefasst, während der Wert „unentschieden“ zu 0,5 als positive und zu 0,5 als negative Entscheidung eingerechnet wurde. Soweit dadurch „halbe“ oder gar „Viertel“-Gesprächspartner auf der einen oder anderen Seite in Erscheinung treten, ist dies durch die Anfügung von Kommastellen kenntlich gemacht (auch wenn der Wert hinter dem Komma „0“ beträgt).

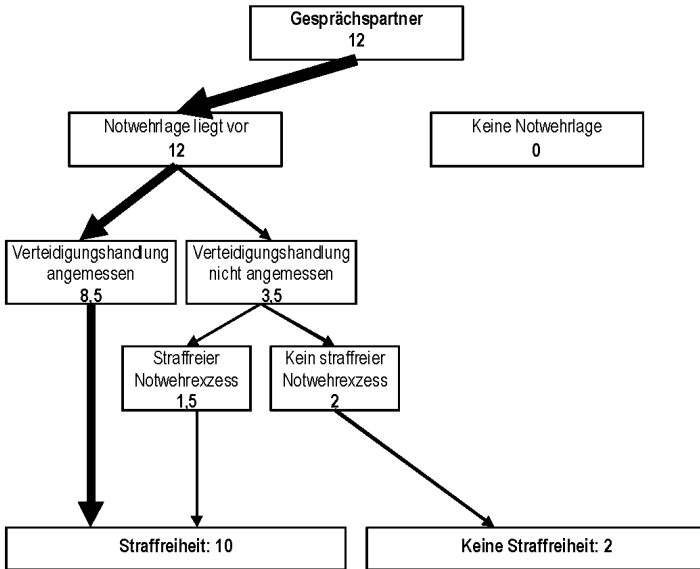
Durch diese Vorgehensweise werden zwar die Ergebnisse von Ländern, bei denen die Antwort „unentschieden“ häufig vorkam, etwas verzerrt. Dennoch ergibt sich, wie auch der Vergleich mit den soeben dargestellten Einzelübersichten verdeutlicht, ein durchaus realistisches Bild.



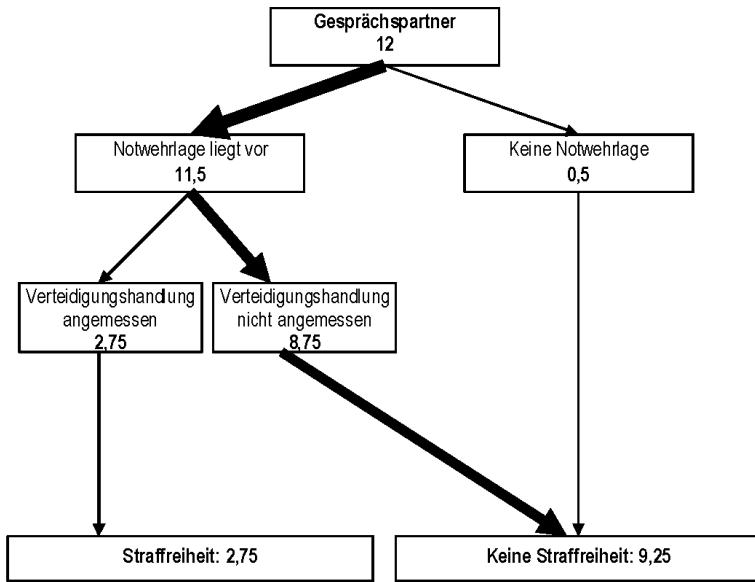
Straffreiheit wegen Notwehr – Österreich



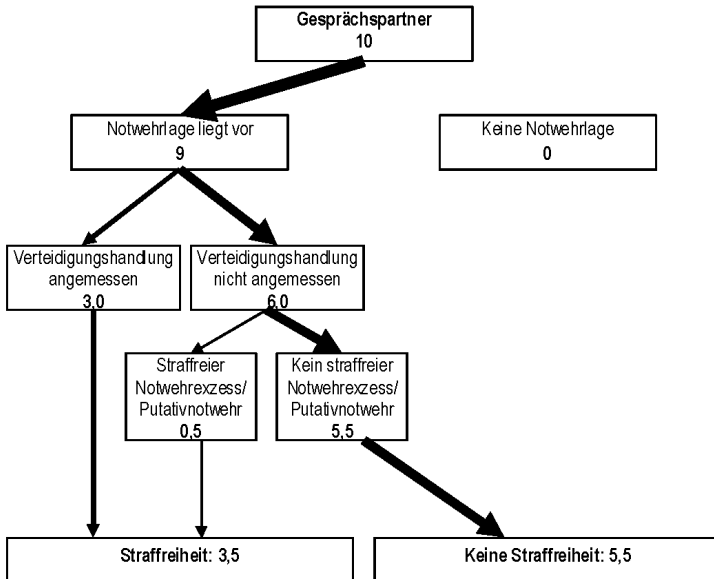
Straffreiheit wegen Notwehr – Schweiz



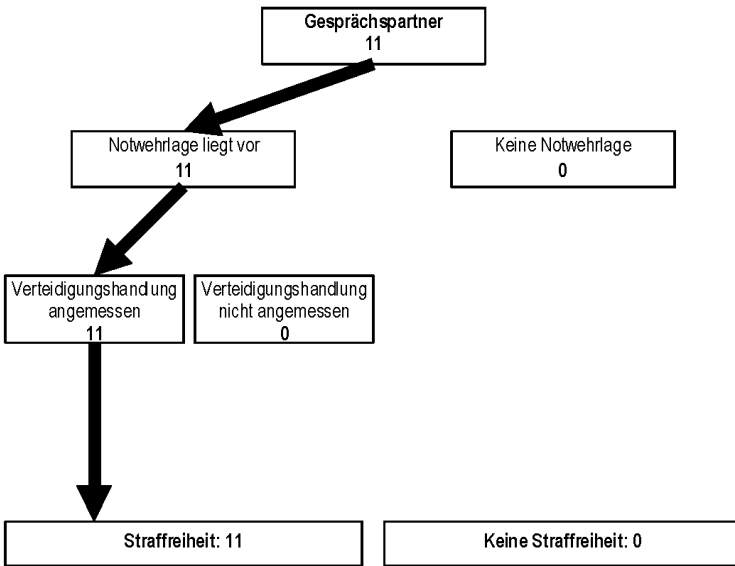
Straffreiheit wegen Notwehr Deutschland



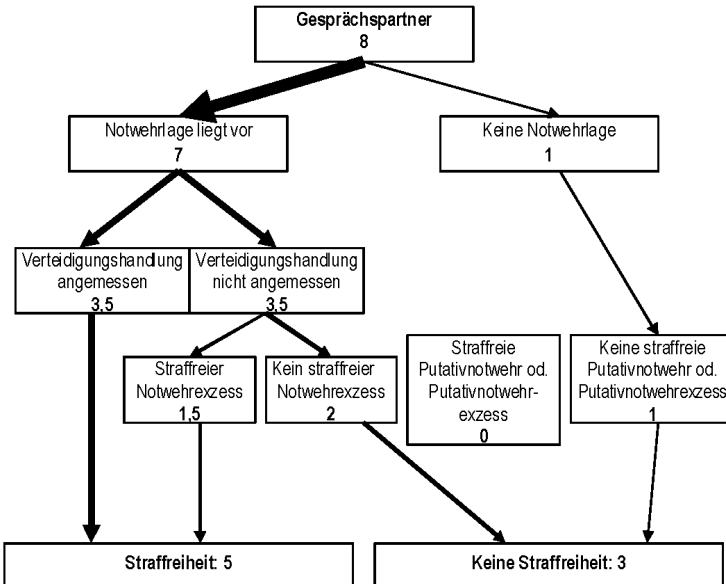
Straffreiheit wegen Notwehr – Frankreich



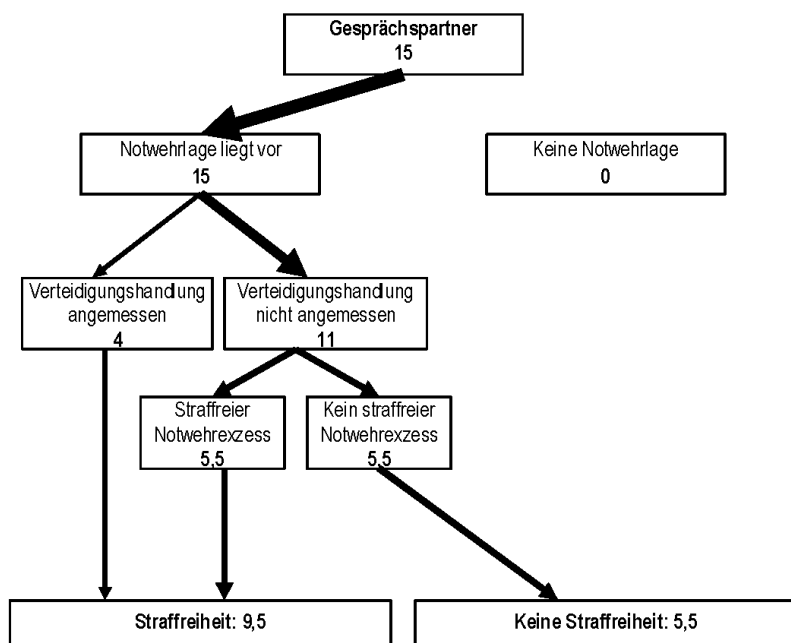
Straffreiheit wegen Notwehr – Italien



Straffreiheit wegen Notwehr – England und Wales



Straffreiheit wegen Notwehr – Portugal



Straffreiheit wegen Notwehr Schweden

Insgesamt zeigt sich auch hier, dass die jeweiligen rechtlichen Vorgaben von den Gesprächspartnern weitgehend beachtet werden. Dies gilt insbesondere für *Frankreich*, wo aufgrund der Beweislastverschiebung kaum ein Freispruch der T bejaht werden kann und dieser deshalb auch ganz überwiegend abgelehnt wurde. Dass die französischen Gesprächspartner selbst dieses Ergebnis für nicht unproblematisch halten, beweist ihre abweichende Prognose zur Entscheidung der Geschworenen.

Eine Ausnahme bildet insoweit allein *Italien*. Dessen Rechtslage unterscheidet sich zwar nicht wesentlich von derjenigen in der Schweiz oder in Portugal und ist insgesamt wegen der Regelungen zu Putativnotwehr und Notwehrexzess sowie der strafprozessualen Beweislastverteilung sehr viel notwehrfreundlicher als die französische. Gleichwohl nahmen die Gesprächspartner eine ähnlich notwehrfeindliche Haltung ein wie ihre französischen Kollegen. Entweder stellen die italienischen Juristen deutlich höhere materiellrechtliche Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der Verteidigungshandlung oder die Unvermeidbarkeit eines Exzesses oder sie arbeiten trotz der zwischenzeitlichen Gesetzesänderung mit einer Beweislastverschiebung zum Nachteil der T. Jedenfalls passen im Unterschied zu allen anderen untersuchten Ländern die Ergebnisse der Befragung nicht ohne Weiteres zur theoretisch ermittelten Rechtslage.

Bei den anderen Ländern geht die mehr oder weniger eindeutige Tendenz hingen zu einem Freispruch. Die wichtigste Frage ist dabei, ob die T ihrem Ehemann in dieser Situation bewusst einen tödlichen Stich versetzen darf oder sich – zumindest zunächst – auf weniger gefährliche Abwehrmaßnahmen beschränken muss. Klar zugunsten der T bejaht wird diese Frage nur in *Deutschland* und in *England und Wales*. Während dieses Ergebnis in England und Wales aber darauf beruht, dass eine eigenständige Straffreistellung bei Notwehrexzess nicht existiert und deshalb schon im Rahmen der Notwehr die subjektive Sicht der Angegriffenen berücksichtigt wird, sofern sie noch als „vernünftig“ anerkannt werden kann, bejahen die meisten deutschen Gesprächspartner ausdrücklich das objektive Recht der T, in dieser Situation so zu handeln, und greifen nicht auf die vom Gesetz vorgesehene Möglichkeit einer bloßen Entschuldigung der T wegen Notwehrexzess zurück. Die deutsche Haltung muss deshalb insgesamt als die notwehrfreundlichste eingestuft werden.

In den anderen Ländern wird von der Abstufung der Straffreistellung nach Notwehr oder Notwehrexzess in weitem Umfang Gebrauch gemacht. Auch wenn diese Stufung nicht notwendig die Unterscheidung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung voraussetzt, wie insbesondere das *schwedische* Beispiel zeigt, wird sie dadurch doch zumindest erleichtert. Dementsprechend ist es auch kein Zufall, dass sie gerade in *England und Wales* und in *Frankreich* fehlt, wo Systemkategorien wie „Unrecht“ und „Schuld“ sowie „Rechtfertigung“ und „Entschuldigung“ weitgehend unbekannt sind. Dass *England und Wales* auf der einen Seite und *Frankreich* auf der anderen Seite die Extrempole darstellen, liegt auch an der mangelnden Flexibilität ihrer Notwehrregelungen.

§ 14 Straffestsetzung

I. Einführung

In den Fallvarianten 1 bis 3 steht – wie in den meisten tatsächlichen Strafverfahren – nicht die Frage nach Freispruch oder Verurteilung im Vordergrund, sondern es geht um Art und Höhe der Sanktion für die T. Die bisherigen rechtsvergleichenden Untersuchungen haben freilich gezeigt, dass in den verschiedenen Ländern sehr unterschiedliche Systeme der Straffestsetzung bestehen, die sich nicht ohne Weiteres vergleichen lassen. Hierbei wirken zumindest drei verschiedene Bereiche zusammen, die maßgeblichen Einfluss auf die Sanktionsentscheidung ausüben können: Tatumwertgraduierung, spezial- und generalpräventive Strafbedürfnisse sowie sanktionsspezifische Gesichtspunkte.

Bei der *Tatumwertgraduierung* geht es um die Bestimmung des Gewichts des in der Tat verwirklichten Unwertgehalts in Relation zu anderen Taten. Das gilt so-

wohl für die äußere Seite, insbesondere Taterfolg und Schadenshöhe (in deutscher Terminologie: Erfolgsunrecht), als auch für die täterpsychischen Vorgänge wie Handlungssteuerung durch Vorsatz, Absichten etc. sowie Motivationslage des Täters (in deutscher Terminologie: Handlungsunrecht und Schuld). Der Tatumwertgehalt stellt heute überall die zentrale Bezugsgröße der Sanktionsbemessung dar.

Die *präventiven Strafbedürfnisse* hängen dagegen vor allem von der Persönlichkeit und konkreten Gefährlichkeit des Täters sowie insbesondere von seiner Vorstrafenbelastung ab.

Sanktionsspezifische Gesichtspunkte sind unter anderem die jeweiligen Präferenzen für einzelne Sanktionsarten (Freiheitsstrafe, Geldstrafe, gemeinnützige Arbeit, Freiheitsbeschränkungen etc.), Möglichkeiten der Strafaussetzung zur Bewährung sowie die Modalitäten der Strafvollstreckung (offener Vollzug, Straferlass wegen Arbeitsleistung etc.), die bereits in der Strafzumessungsentscheidung des erkennenden Gerichts antizipiert werden können.

Schließlich darf auch der *Einfluss des Strafverfahrens* auf die Sanktionsentscheidung nicht vergessen werden. Zum einen kann die Verfahrensgestaltung unmittelbar auf diese einwirken, etwa bei Einstellung des Verfahrens gegen Auflagen nach dem Opportunitätsprinzip, Absprachen über das Strafmaß, *plea bargaining*, abgekürztes Verfahren mit pauschalierter Strafnachlass etc. Zum anderen spielen mittelbar auch die Gerichtsverfassung (insbesondere: Sanktionsentscheidung durch Berufs- oder Laienrichter) sowie die Art und Intensität der Rechtsmittelkontrolle über die Strafzumessung eine nicht unerhebliche Rolle.

Die vorliegende Untersuchung konzentriert sich auf die Tatumwertgraduierung, wobei versucht wird, die anderen Faktoren entweder auszublenden oder separat zu erfassen. Die Bestimmung des Tatumwertgehalts sollte durch die Abstufungen der einzelnen Fallvarianten transparent gemacht und in den Gesprächen mit den Experten der verschiedenen Länder systematisch herausgearbeitet werden. Besondere spezialpräventive und auch über das Gewicht der Tat hinausgehende generalpräventive Strafbedürfnisse können demgegenüber weitgehend ausgeschlossen werden, da nach den Vorgaben des Falles die Täterin nicht vorbestraft ist und angesichts der besonderen Vorgeschichte der Tat auch keine Wiederholungs- oder Nachahmungsgefahr besteht. Der Einfluss sanktionsspezifischer Fragestellungen wurde zum einen durch die Auswahl des Delikts bewusst gering gehalten, da eine andere Sanktion als die unbedingt verhängte Freiheitsstrafe wegen der Schwere der Tat allenfalls in Fallvariante 4 in Betracht kam. Zum anderen wurde getrennt und ausdrücklich nach den Modalitäten der Strafvollstreckung und der zu erwartenden tatsächlichen Verbüßungsdauer gefragt (siehe unten § 16), um etwaige diesbezügliche Einflüsse offenzulegen. Letzteres gilt ebenso für die Einflüsse des Strafverfahrens, denen ein nicht unerheblicher Teil der Landesberichte und auch der Gespräche mit den Landesjuristen gewidmet wurde (siehe unten § 15).

Die folgenden Ausführungen betreffen demgemäß zunächst nur die Einstufung der Tatschwere in den Fallvarianten 1 bis 3 sowie in Fallvariante 4, soweit dort nicht von einem Freispruch wegen Notwehr ausgegangen wurde.

II. Allgemeines System der Tatumwertgraduierung

Das System der Tatumwertgraduierung setzt sich in den in die Untersuchung einbezogenen Ländern zumeist aus drei verschiedenen Bereichen zusammen: strafatbestandliche Schwereabstufungen (siehe dazu bereits oben § 12), Strafraumenveränderung durch allgemeine Strafbemessungsregeln und strafrahmenausfüllende tatrichterliche Strafzumessung. Diese drei Bereiche können deutlich voneinander abgegrenzt sein oder fließend ineinander übergehen. Sie unterscheiden sich zwischen den betreffenden Ländern durch die Weite der vorgegebenen Strafraumen, den Grad tatrichterlicher Beurteilungs- und Ermessensfreiheit wie auch durch die für die Einstufung der Tatschwere maßgeblichen Bewertungsfaktoren. Die folgende Darstellung sieht davon ab, die Systeme als Ganze zu erfassen, und beschränkt sich stattdessen auf die für die vorgelegten Fallvarianten relevanten Regeln. Dies bedeutet unter anderem, dass Sondertatbestände wie Tötung auf Verlangen oder Körperverletzung mit Todesfolge (sofern nicht ausdrücklich von den Gesprächspartnern für die Lösung der Fallvarianten herangezogen), aber auch allgemeine Strafschärfungen bei Rückfall oder Zusammentreffen mehrerer Taten außer Betracht bleiben.

Die Einzelheiten zu den verschiedenen nationalen Systemen sind in den jeweiligen Landesberichten beschrieben. Der folgende Querschnitt beschränkt sich deshalb auf einige wesentliche Aspekte, anhand derer die Unterschiede und Gemeinsamkeiten herausgestellt werden sollen.

II.1. Rechtliche Bindung und tatrichterliches Ermessen

Ein Wesensmerkmal der Tatumwertgraduierungssysteme ist der Grad an Freiheit, der den Tatgerichten bei der Bestimmung der Tatschwere vom Gesetz und von den Obergerichten belassen wird. Das Spektrum erfasst sowohl enge rechtliche Bindungen, die an die Vorstellung des 19. Jahrhunderts vom Richter als „Subsumptionsautomaten“ erinnern, als auch ein extrem weites, nahezu unkontrollierbares Ermessen. In diesen Unterschieden offenbaren sich zwischen den untersuchten Rechtsordnungen die vielleicht größten rechtskulturellen Differenzen, wenngleich vielerorts eine deutliche Tendenz zu Mittelwegen erkennbar ist.

II.1.1. Enge rechtliche Bindung: Italien

Das italienische Recht enthält ein System allgemeiner und besonderer Strafschärfungs- und Strafmilderungsregeln, das den Richter mit geradezu mathematischer Präzision zwingt, den zu beurteilenden Fall innerhalb einer Skala vielfältiger Strafrahmen einzuordnen. Für ein eigentliches trichterliches Strafzumessungsermessen verbleibt deshalb nur wenig Raum.³²

Der italienische Gesetzgeber hat im Bereich der Tötungsdelikte auf straftatbestandliche Abstufungen verzichtet und stattdessen das System der allgemeinen Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe der Art. 59 ff. CP-I durch deliktsspezifische Strafschärfungsregeln (Art. 576, 577 CP-I) ergänzt. In allen diesen Vorschriften werden einzelne Erschwerungs- und Milderungsgründe aufgelistet, deren Eingreifen der Richter durch – vom Revisionsgericht uneingeschränkt überprüfbare – Subsumption des Falles unter die konkret formulierten gesetzlichen Merkmale feststellen muss. Lediglich bei den Milderungsgründen erlaubt es Art. 62-*bis* CP-I, auch sonstige, vom Gesetz nicht genannte Umstände als zusätzlichen unbenannten Strafmilderungsgrund heranzuziehen.

Alle diese allgemeinen und besonderen Erschwerungs- und Milderungsgründe führen jeweils zu einer Erhöhung oder Herabsetzung des anzuwendenden Strafrahmens. Treffen mehrere Erschwerungsgründe zusammen, so erhöht sich die Strafe mehrfach, sofern nicht bereits zuvor die Höchststrafe erreicht ist. Spiegelbildlich führt das Zusammentreffen mehrerer Milderungsgründe zu einer mehrfachen Herabsetzung des anzuwendenden Strafrahmens. Liegen gleichzeitig Erschwerungs- und Milderungsgründe vor, muss der Richter durch Abwägung entscheiden, ob die Erschwerungs- oder die Milderungsgründe überwiegen oder ob sie sich gegenseitig neutralisieren. Entsprechend verändert sich der Strafrahmen oder er bleibt unverändert.

Innerhalb des so bestimmten Strafrahmens erfolgt dann die eigentliche Strafzumessung. Umstände, die bereits für die Festlegung des Strafrahmens herangezogen wurden, dürfen hierbei nicht mehr berücksichtigt werden (Doppelverwertungsverbot). Weil die strafrahmenverändernden Erschwerungs- und Milderungsgründe aber zahlreich sind und zumeist alle wesentlichen Gesichtspunkte erfassen, reduziert sich die Strafzumessungsentscheidung in der Regel auf wenige Faktoren. Auch insoweit ist gem. Art. 133 CP-I die Schwere der Tat maßgebliches Kriterium, ergänzt durch die Gefährlichkeit des Täters. Im Zweifel bewegt sich die Strafzumessung – nicht zuletzt wegen der generell sehr hohen Strafdrohungen – aber am unteren Rand des anzuwendenden Strafrahmens.

Die sich aus dem System der Straffestsetzung ergebenden Strafrahmen sind vielfältig. So kamen für die verschiedenen Fallvarianten im Wesentlichen lebenslange

³² Siehe auch Landesbericht Italien § 6 II.1.1.4.1.1. und § 6 II.1.1.4.3.

Freiheitsstrafe, Freiheitsstrafe von 24 bis 30 Jahren, 21 bis 24 Jahren, 14 bis 24 Jahren, 9 Jahren und 4 Monaten bis 24 Jahren, 6 Jahren und 3 Monaten bis 24 Jahren, 6 Monaten bis 5 Jahren oder 4 Monaten bis 5 Jahren in Betracht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die jeweiligen Obergrenzen wegen des Doppelverwertungsverbots in aller Regel nicht ausgeschöpft werden können und die tatsächlich verhängte Strafe meist an der Untergrenze liegt. Dementsprechend äußerten sich die Gesprächspartner auch kaum noch zur eigentlichen Strafzumessung und sahen die Sanktionsentscheidung mit der Festlegung des anzuwendenden Strafrahmens als im Wesentlichen abgeschlossen an. Eine Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren kann zudem zur Bewährung ausgesetzt werden, was hier aber nur für Fallvariante 4 in Betracht kam.

II.1.2. Weites tatrichterliches Ermessen: Frankreich

Das Gegenmodell zur italienischen Strafbemessungsarithmetik findet sich im französischen Recht. Die Strafen der einzelnen Delikte werden im Besonderen Teil des neuen Code Pénal von 1994 (CP-F) nur noch als Obergrenze festgelegt, während die Untergrenze gemäß Art. 132-18, 132-19 CP-F weit darunterliegt: Bei lebenslanger Freiheitsstrafe beträgt sie 2 Jahre Freiheitsstrafe, bei Freiheitsstrafe mit einer Obergrenze zwischen 15 und 30 Jahren liegt sie bei 1 Jahr Freiheitsstrafe und ansonsten kann das Gericht bis zur minimalen Freiheitsstrafe von 1 Tag heruntergehen. Beträgt eine konkret ausgesprochene Freiheitsstrafe nicht mehr als 5 Jahre, so kann sie zudem ganz oder teilweise zur Bewährung ausgesetzt werden.

Der Grund für den Verzicht auf höhere Mindeststrafen liegt in den vielfältigen, zu einem wesentlichen Teil in das Ermessen des Gerichts gestellten Strafmilderungsmöglichkeiten (*circonstances atténuantes*) des alten Code Pénal, von denen insbesondere die Schwurgerichte nach Belieben Gebrauch machen konnten. Die damaligen Strafuntergrenzen wurden als so „trügerisch“ angesehen, dass man sie in der Reform abgeschafft und das – tatsächlich schon zuvor bestehende – weite tatrichterliche Ermessen offen anerkannt hat.³³

Bei den vier Fallvarianten handelt es sich um ein Tötungsdelikt, das vor dem Schwurgericht angeklagt werden muss. Die Ausfüllung der weiten Strafrahmen (2 Jahre bis lebenslange Freiheitsstrafe bei den Qualifikationstatbeständen der Art. 221-2 bis 221-4 CP-F, 1 Jahr bis 30 Jahre bei dem Grundtatbestand des Art. 221-1 CP-F) bleibt deshalb einem aus Laien und Berufsrichtern zusammengesetzten Richterkollegium überlassen, das seine Strafzumessungsentscheidung nicht begründen muss.³⁴ Eine Kontrolle und Korrektur der Sanktionsentscheidung durch das Kassationsgericht ist somit praktisch nicht möglich, sodass die Schwurgerichte weitgehend nach Belieben entscheiden können. Die Prognosen der Ge-

³³ Vgl. Landesbericht Frankreich § 5 II.1.1.4.

³⁴ Siehe unten § 15 IV.

sprächspartner für die in den einzelnen Fallvarianten zu erwartenden Strafen waren demzufolge auch wesentlich unbestimmter als in allen anderen in die Untersuchung einbezogenen Ländern.

II.1.3. Kombinationssysteme: England und Wales, Deutschland

In beiden Ländern findet sich bei den Tötungsdelikten eine Kombination von starrer rechtlicher Bindung für den Tatbestand des Mordes einerseits und weitem tatrichterlichem Strafzumessungsermessen bei *manslaughter* bzw. Totschlag andererseits.

In *England und Wales* ist für *murder* bei erwachsenen Tätern zwingend die lebenslange Freiheitsstrafe vorgesehen. Das Gericht hat keinen Entscheidungsspielraum und kann lediglich auf die Strafvollstreckung Einfluss nehmen, indem es eine Empfehlung abgibt, nach welcher Verbüßungsdauer seiner Einschätzung nach frühestens eine vorzeitige Entlassung des Verurteilten in Betracht kommt. Wird der Tatbestand in den eng umgrenzten Ausnahmefällen der verminderten Zurechnungsfähigkeit oder Provokation hingegen auf *manslaughter* herabgestuft, so steht dem Richter für die Strafzumessung der volle Spielraum von bedingter Verurteilung (*probation*) über eine minimale Freiheitsstrafe von 1 Tag bis zu lebenslanger Freiheitsstrafe zur Verfügung. Die konkrete Ausübung dieses Strafzumessungsermessens wird vom Rechtsmittelgericht im Gegensatz zu Frankreich allerdings anhand des Wortprotokolls der Hauptverhandlung auf offensichtliche Fehler überprüft, sodass sich in der Praxis für bestimmte Fallgruppen Straftaxen herausgebildet haben. Die Prognosen der Sanktionsentscheidung in den verschiedenen Fallvarianten durch die englischen Gesprächspartner fielen deshalb auch in den Fällen, in denen *manslaughter* angenommen wurde, deutlich präziser aus als die der französischen Gesprächspartner.

Beruhet die Herabstufung der Tat zu *manslaughter* auf verminderter Zurechnungsfähigkeit, so hängt die Sanktion vor allem von der Gefährlichkeit des Täters, der Dauer des krankhaften Zustands und dem Ausmaß der psychischen Beeinträchtigung ab. Je nach Ergebnis des ärztlichen Gutachtens sind hier auch kurze Freiheitsstrafen oder nur eine bedingte Verurteilung – gegebenenfalls mit Behandlungsaufgabe – möglich. Beruht die Herabstufung dagegen auf Provokation, wird in der Regel eine Freiheitsstrafe zwischen 3 und 7 Jahren, bei Waffeneinsatz auch höher, verhängt.

In *Deutschland* ist für Mord ebenfalls zwingend die lebenslange Freiheitsstrafe zu verhängen. Im Gegensatz zum englischen Recht erfasst der deutsche Mordtatbestand aber nicht den „Normalfall“ der vorsätzlichen Tötung, sondern nur deren qualifizierte Form, welche die Verwirklichung zumindest eines – „Mordmerkmal“ genannten – erschwerenden Umstands voraussetzt. Da die Mordmerkmale jedoch einerseits weit gespannt sind und den Tatgerichten andererseits nur wenige Beurteilungsspielräume überlassen, fallen tatsächlich viele Fälle unter diesen Tatbestand,

die nach allgemeinem Empfinden nicht die Höchststrafe verdienen. Die Gerichte sehen sich deshalb immer wieder veranlasst, diese Strafschärfung durch großzügige Annahme verminderter Schuldfähigkeit oder – in Ausnahmefällen – auch durch Anwendung einer außergesetzlichen Strafmilderung zu korrigieren. In diesen Fällen reduziert sich der Strafraum auf Freiheitsstrafe von 3 bis 15 Jahren. Alle diese Schritte müssen freilich in der schriftlichen Urteilsabfassung ausführlich begründet werden und unterliegen einer strengen Kontrolle des Revisionsgerichts. Die Beurteilungs- oder Ermessensspielräume der Tatgerichte bei der Anwendung des Mordtatbestands und der Sanktionierung der betreffenden Taten sind deshalb nicht sehr groß, sodass insgesamt eine strenge rechtliche Bindung dominiert.

Diese Situation ändert sich erheblich, wenn der Ausgangstatbestand des Totschlags gemäß § 212 StGB-D anzuwenden ist, weil kein Mordmerkmal eingreift. Der Strafraum erstreckt sich dann zunächst von 5 bis 15 Jahren Freiheitsstrafe; ergibt die Abwägung aller Umstände im Rahmen der Strafzumessungsentscheidung jedoch einen „minder schweren“ oder „besonders schweren Fall“, so verschiebt bzw. verschob sich der Gesamtstrafrahmen nach der zur Zeit der Befragung geltenden Gesetzesfassung auf Freiheitsstrafe von 6 Monaten³⁵ bis lebenslänglich. Nur in bestimmten Provokationsfällen ist gemäß § 213 StGB-D zwingend ein „minder schwerer Fall des Totschlags“ anzunehmen; ansonsten liegen die Ausweitung des Strafraums und die Bestimmung der konkreten Strafe im Strafzumessungsermessen des Tatgerichts. Allerdings muss auch die Strafzumessungsentscheidung im Urteil eingehend begründet werden und unterliegt deshalb ebenfalls einer detaillierten Kontrolle des Rechtsmittelgerichts. Da bei Tötungsdelikten der Bundesgerichtshof für das gesamte Bundesgebiet als Revisionsinstanz zuständig ist, kann dieser auf eine einigermaßen einheitliche Sanktionierung gleichgelagerter Fälle hinwirken. Die Sanktionsprognosen der deutschen Gesprächspartner waren demgemäß auch vergleichsweise präzise und übereinstimmend. Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren können zur Bewährung ausgesetzt werden, was – wie in den anderen untersuchten Ländern – aber nur für Fallvariante 4 in Betracht kam.

II.1.4. Mittelwege zwischen rechtlicher Bindung und tatrichterlichem Ermessen: Schweden, Österreich, Schweiz, Portugal

Alle diese Rechtsordnungen enthalten weder besonders starre rechtliche Vorgaben für die Sanktionierung von Tötungsdelikten noch räumen sie den Tatgerichten ein freies Strafzumessungsermessen ein. Sie binden die Straffestsetzung einerseits an tendenziell eher enge Strafraum und präzise Strafzumessungsregeln, sehen andererseits aber flexible Kriterien für die Einordnung des Falles in dieses System vor, sodass den Besonderheiten des Einzelfalles in der Regel angemessen Rech-

³⁵ Inzwischen wurde die Strafe für minder schwere Fälle des Totschlags auf Freiheitsstrafe von 1 Jahr bis zu 10 Jahren angehoben.

nung getragen werden kann. Insbesondere können die für die einzelnen Tatbestände festgelegten Strafraumen bei Vorliegen gewichtiger Milderungsgründe jeweils aufgrund der allgemeinen Strafzumessungsregeln unterschritten werden, sodass sich dem Tatgericht zumeist mehrere alternative Strafraumenvarianten eröffnen.

Das *schwedische* Strafgesetzbuch gibt für die vorsätzliche Tötung zwei enge Strafraumen vor: lebenslange Freiheitsstrafe oder 10 Jahre Freiheitsstrafe für den „Mord“ genannten Ausgangstatbestand und Freiheitsstrafe zwischen 6 und 10 Jahren für die in deutscher Übersetzung „Totschlag“ genannte minder schwere Form der vorsätzlichen Tötung. Die Annahme von „Totschlag“ muss besonders begründet werden und setzt voraus, dass die Tat hinsichtlich der Umstände, die zu ihr geführt haben, oder in sonstiger Hinsicht als minder schwer anzusehen ist. Von den Gerichten wird hierfür eine strafzumessungsähnliche Abwägung aller Umstände, die den Unwertgehalt der Tat ausmachen, verlangt.

Die Strafzumessung innerhalb dieser Strafraumen erfolgt gem. Kap. 29 § 1 KrimGB-S anhand des konkreten Tatumwertgehalts, der „Strafwert“ genannt wird. Das Gesetz listet in Kap. 29 §§ 2, 3 KrimGB-S Kataloge von erschwerenden und mildernden Umständen auf, die bei der Festsetzung des Strafwerts besonders zu berücksichtigen sind. Soweit diese Umstände allerdings bereits für die tatbestandliche Einstufung von Bedeutung waren, dürfen sie nicht noch einmal bei der Strafzumessung herangezogen werden (Doppelterwertungsverbot), es sei denn, ihr Gewicht ist dadurch noch nicht ausreichend berücksichtigt. Bei Tötungsdelikten bedeutet das insbesondere, dass mildernde Umstände, die zur Annahme von „Totschlag“ geführt haben, für die Strafzumessung in der Regel bereits verbraucht sind. Ist das Gewicht der mildernden Umstände besonders stark, so kann gemäß Kap. 29 § 3 Abs. 2 KrimGB-S ausnahmsweise die Untergrenze des gesetzlichen Strafraumens unterschritten werden. Zusätzlich sind gemäß Kap. 29 § 5 KrimGB-S bei der Strafzumessung weitere, außerhalb der Tat liegende Umstände wie Nachtatverhalten und die Folgen der Tat für den Täter zu berücksichtigen, die ebenfalls eine Strafraumenunterschreitung rechtfertigen können. Eine bedingte Verurteilung statt Freiheitsstrafe ist grundsätzlich immer möglich, da das Gesetz insoweit keine festen Vorgaben enthält, doch kommt sie bei Tötungsdelikten nach allgemeiner Auffassung kaum in Betracht.

Insgesamt führen die engen Strafraumen und die konkreten Kataloge von Erschwerungs- und Milderungsgründen zwar zu einer starken rechtlichen Bindung des Tatgerichts. Auch kann die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben von den Rechtsmittelgerichten anhand der schriftlichen Urteilsbegründung, des Tonbandprotokolls der Hauptverhandlung und notfalls auch anhand neuer Beweise eingehend überprüft werden. Da es sich bei den Erschwerungs- und Milderungsgründen aber um keine abschließende Aufzählung handelt und die den Tatumwertgehalt bestimmenden Umstände vom Gericht sowohl bei der tatbestandlichen Einstufung als auch bei der nach unten offenen Strafzumessung frei gegeneinander abgewogen werden können, gewährleistet das System zugleich eine große Flexibilität.

Das *österreichische* StGB sieht im Besonderen Teil ebenfalls zwei Strafraumen für die vorsätzliche Tötung vor: Freiheitsstrafe von 10 bis 20 Jahren oder lebenslänglich bei „Mord“ als Ausgangstatbestand und Freiheitsstrafe von 5 bis 10 Jahren bei dem als milderen Fall betrachteten „Totschlag“. Die Abstufung erfolgt im Gegensatz zu Schweden allerdings nicht anhand einer Gesamtabwägung der konkreten Tatumstände, sondern der mildere Tatbestand ist nur im Fall eines begreiflichen, heftigen Affekts anwendbar. Andere Faktoren, die den Tatumwertgehalt möglicherweise in vergleichbarer Stärke herabsetzen, können demgegenüber erst auf der Ebene der Strafzumessung berücksichtigt werden.

Dort wird den Gerichten freilich ein weiter Ermessensspielraum gewährt. Grundlage der Strafzumessung ist gemäß § 32 Abs. 1 StGB-A der – wie in Deutschland „Schuld“ genannte und das „verschuldete Unrecht“ einschließende – Tatumwert. Das Gesetz listet hierfür wie in Schweden einen umfangreichen, aber nur beispielhaft gemeinten Katalog von Erschwerungs- und Milderungsgründen auf, die das Gericht gegeneinander abzuwägen hat. Bei beträchtlichem Überwiegen der Milderungsgründe kann der gesetzliche Strafraumen gemäß § 41 StGB-A deutlich unterschritten und die Strafe bis auf Freiheitsstrafe von 1 Jahr bei Mord bzw. 6 Monaten bei Totschlag herabgesetzt werden. Auch hier besteht ein Doppelverwertungsverbot für solche Umstände, die bereits für die tatbestandliche Einstufung maßgeblich waren. Eine „bedingte Nachsicht“ genannte Strafaussetzung ist bei Freiheitsstrafen bis zu 2 Jahren möglich, was aber auch in Österreich realistischerweise nur für die Fallvariante 4 in Betracht kommt. Die Strafzumessungsentscheidung muss vom Tatgericht schriftlich begründet und kann vom Rechtsmittelgericht umfassend, d.h. auch auf Ermessensfehler, überprüft werden.

Das *Schweizer* StGB enthält ein 3-stufiges Tatbestandsmodell der vorsätzlichen Tötung mit überlappenden Strafraumen und einer Abstufung anhand weitgehend offener, eine Gesamtabwägung aller Umstände ermöglichender Kriterien. Für den „Vorsätzliche Tötung“ genannten Ausgangstatbestand des Art. 111 StGB-CH ist eine Freiheitsstrafe von 5 bis 20 Jahren vorgesehen. Sind Beweggrund, Zweck oder Ausführung der Tat besonders verwerflich, so liegt gemäß Art. 112 StGB-CH „Mord“ vor und die Strafe ist Freiheitsstrafe von 10 bis 20 Jahren oder lebenslänglich; handelt der Täter dagegen in einer „entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung oder unter großer seelischer Belastung“, dann wird die Tat als „Totschlag“ qualifiziert und mit Freiheitsstrafe von 1 bis 10 Jahren bestraft.

Grundlage der Strafzumessung ist gemäß Art. 63 StGB-CH ebenfalls das „Verschulden“ des Täters. Das Gericht kann bei Vorliegen besonderer, in Art. 64 StGB-CH abschließend aufgeführter Milderungsgründe die Strafraumen auch unterschreiten (Herabsetzung der Strafe bei vorsätzlicher Tötung und Mord auf bis zu 1 Jahr Freiheitsstrafe, bei Totschlag auf bis zu 3 Tage); bei verminderter Schuldfähigkeit sowie Notwehr- oder Notstandsexzess ist gemäß Art. 66 StGB-CH eine Strafmilderung nach freiem Ermessen vorgesehen. Freiheitsstrafen bis zu 18 Monaten können in der Vollstreckung „bedingt aufgeschoben“ werden. Die Überprüfung der Straf-

zumessungsentscheidung durch das Rechtsmittelgericht ist wegen der kantonalen Zuständigkeit für das Strafverfahrensrecht sehr unterschiedlich. Insgesamt sind jedoch die schriftlichen Urteilsbegründungen eher oberflächlich, sodass keine intensive Kontrolle erfolgen kann.

Angesichts der überlappenden Strafrahmen, der großzügigen Strafmilderungsmöglichkeiten und der geringen Kontrollintensität der Rechtsmittelgerichte räumt das Schweizer Recht den Tatgerichten deutlich größere Ermessensspielräume ein als das schwedische und das österreichische. Dennoch waren die Prognosen der Schweizer Gesprächspartner zur Sanktionsentscheidung in den Fallvarianten sehr homogen.

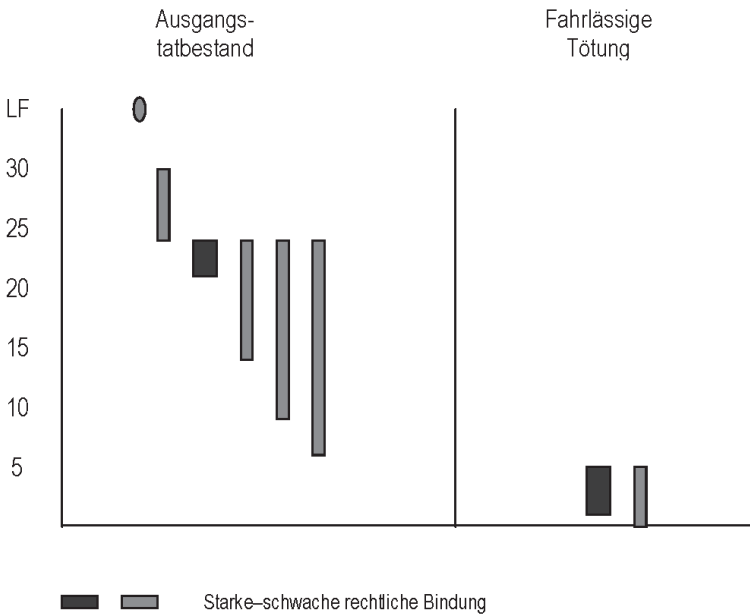
Auch das *portugiesische* Recht folgt dem 3-stufigen Tatbestandsmodell mit Freiheitsstrafe von 8 bis 16 Jahren für den Ausgangstatbestand, 12 bis 25 Jahren für den qualifizierten Fall und 1 bis 5 Jahren für den privilegierten Fall der vorsätzlichen Tötung. Die Abstufungen erfolgen wie in der Schweiz anhand offener, die Umstände des Einzelfalles flexibel erfassender Kriterien. Danach setzt die erschwerte Form der vorsätzlichen Tötung gemäß Art. 132 CP-P eine „besondere Vorwerfbarkeit oder Perversität“ voraus, die mittels eines umfangreichen Katalogs von Regelbeispielen konkretisiert wird, der sowohl die Motive und Absichten des Täters als auch die Art der Tatausführung sowie besondere Qualitäten des Opfers erfasst. Der privilegierte Fall ist gemäß Art. 133 CP-P dagegen anzuwenden, wenn der Täter durch eine verständliche heftige Erregung, Mitleid, Verzweiflung oder andere moralisch wertvolle Beweggründe zu der Tat bestimmt worden ist.

Die auf der Tatbestandsebene ermittelten Strafrahmen können nach den allgemeinen Strafzumessungsregeln nach unten verschoben werden, sofern besondere Umstände das Unrecht der Tat oder die Schuld des Täters deutlich mildern. Gemäß Art. 73 CP-P ergibt sich bei dem Qualifikationstatbestand dann ein Rahmen von 2 Jahren und 5 Monaten bis 16 Jahren und 8 Monaten Freiheitsstrafe, beim Ausgangstatbestand von 1 Jahr und 7 Monaten bis 10 Jahren und 8 Monaten und beim Privilegierungstatbestand von 1 Monat bis 3 Jahren und 4 Monaten. Art. 72 CP-P nennt beispielhaft einige solcher mildernden Umstände, ohne jedoch eine abschließende Regelung zu treffen. Auch in Portugal gilt das Verbot der Doppelverwertung erschwerender oder mildernder Umstände für die tatbestandliche Einstufung und die Strafzumessung. Bei gleichzeitigem Vorliegen erschwerender und mildernder Umstände ist es dagegen durchaus möglich, zunächst auf der Tatbestandsebene den Qualifikationstatbestand anzuwenden, um dann auf der Strafzumessungsebene den erhöhten Strafrahmen wegen der Milderungsgründe wieder abzusenken. Bei einer Freiheitsstrafe von bis zu 3 Jahren kann der Vollzug bedingt zur Bewährung ausgesetzt werden. Die Strafzumessungsentscheidung muss vom Tatgericht in der schriftlichen Urteilsabfassung näher begründet und kann daher vom Rechtsmittelgericht überprüft werden. Insgesamt gewährt das portugiesische Recht dem Tatgericht ebenfalls eine große Flexibilität.

II.2. Einschlägige Strafrahmen

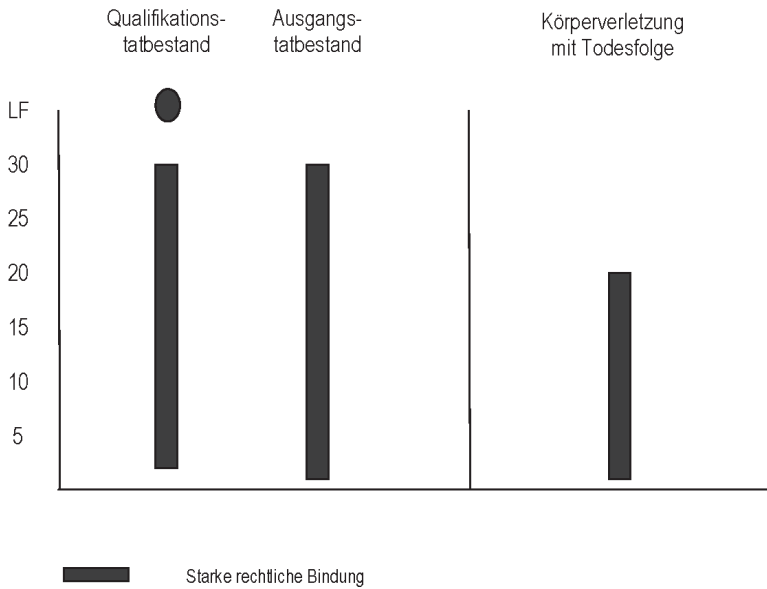
Im Folgenden werden die für die Fallvarianten in Betracht kommenden Strafrahmen grafisch dargestellt. Ausgangspunkt sind jeweils die verschiedenen Tatbestandsstufen, von denen aus die einschlägigen Veränderungen der Strafrahmen aufgrund allgemeiner und besonderer Strafbemessungsregeln aufgezeigt werden.

Die Darstellung versucht darüber hinaus den Grad rechtlicher Bindung bei der Entscheidung zwischen verschiedenen Strafrahmen zu erfassen, was freilich nur in einer stark vergrößernden Weise möglich ist. Die verschiedenen Einfärbungen der Balken zeigen das Verhältnis der Strafrahmen zueinander, d.h. die Freiheit oder Gebundenheit des Tatgerichts bei der Auswahl des anzuwendenden Strafrahmens aus dem jeweiligen Spektrum. Die Strafzumessungsentscheidung innerhalb eines Strafrahmens ist davon nicht betroffen; das dort bestehende tatrichterliche Ermessen lässt sich aber an der Ausdehnung des jeweiligen Strafrahmens erkennen.



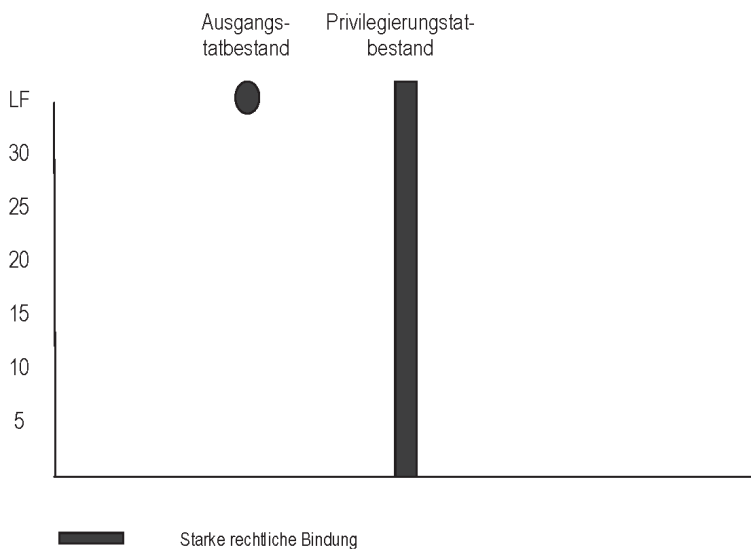
Italien

Die linke Seite zeigt die Strafrahmen, die sich aus der Bejahung eines oder mehrerer Erschwerungs- oder Milderungsgründe ergeben. Die rechte Seite ist nur für Fallvariante 4 von Bedeutung, sofern dort wegen fahrlässigen Notwehrexzesses der Tatbestand zu fahrlässiger Tötung herabgestuft wird.



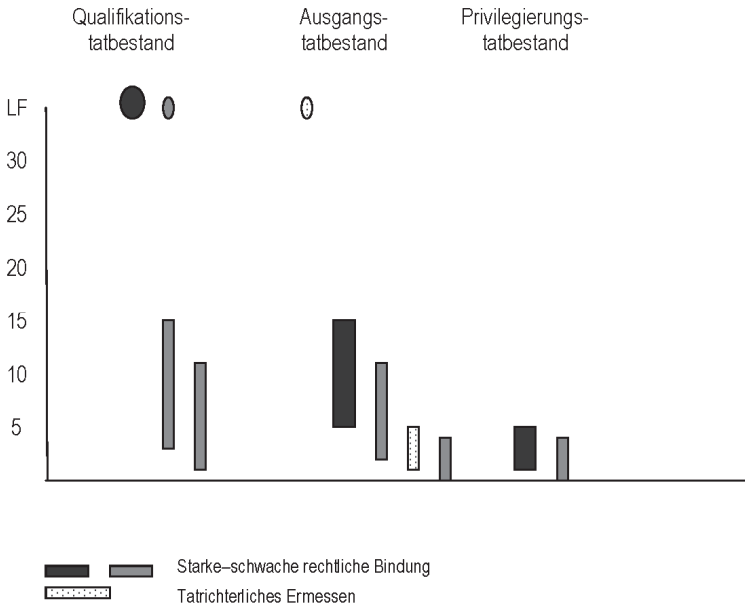
Frankreich

Die linke Seite zeigt die beiden Tatbestände der vorsätzlichen Tötung mit ihren weiten Strafraumen. Auf der rechten Seite wird der Strafraum für eine qualifizierte Körperverletzung mit Todesfolge angezeigt, die viele Gesprächspartner in den Fallvarianten 2 und 4 als den anzuwendenden Tatbestand ansahen.



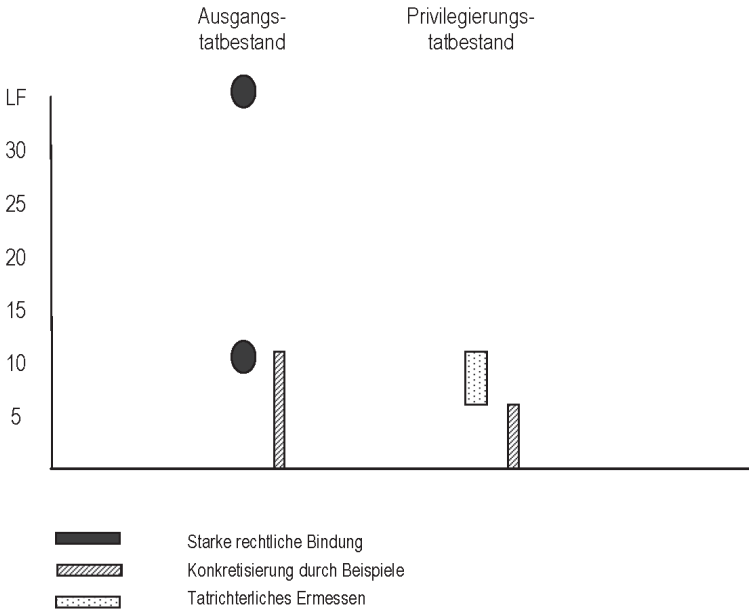
England und Wales

Für den Ausgangstatbestand *murder* ist die lebenslange Freiheitsstrafe als „Punktstrafe“ vorgesehen. Wird die Tat hingegen aufgrund der Verteidigungseinreden der verminderten Zurechnungsfähigkeit oder Provokation zu *manslaughter* herabgestuft, so steht dem Richter der volle Strafraum von 0 Jahren (bedingte Verurteilung) bis lebenslänglich zur Verfügung.



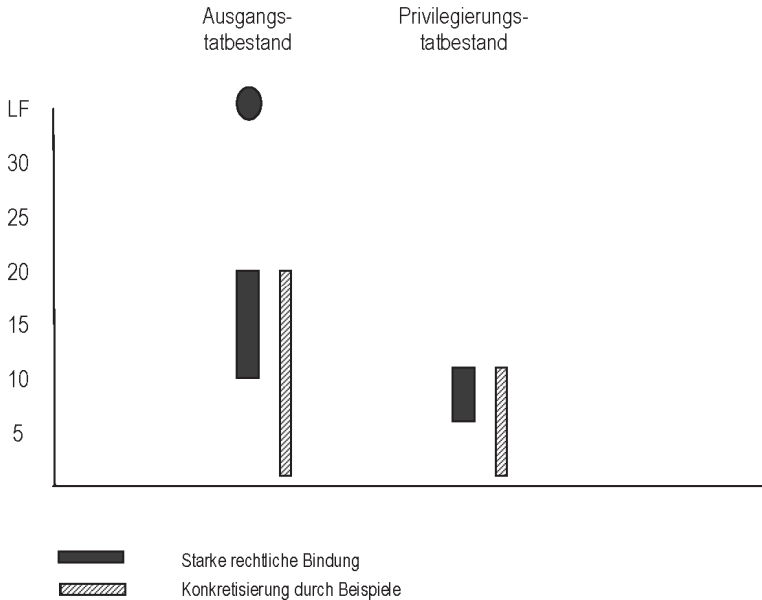
Deutschland

Die linke Seite betrifft den Mordtatbestand und mögliche Strafmilderungen wegen verminderter Schuldfähigkeit oder außergewöhnlicher Umstände sowie eine Doppelmilderung, wenn beide Milderungsgründe zusammentreffen. Die mittlere Darstellung bezieht sich auf den Totschlagstatbestand mit einer Strafschärfung für „besonders schwere Fälle“ sowie Strafmilderungen wegen verminderter Schuldfähigkeit (mittelgrau), für „minder schwere Fälle“ (hell) und eine entsprechende Doppelmilderung (mittelgrau). Die rechte Seite betrifft den minder schweren Fall des Totschlages bei Provokation mit einer zusätzlichen Milderungsmöglichkeit bei verminderter Schuldfähigkeit.



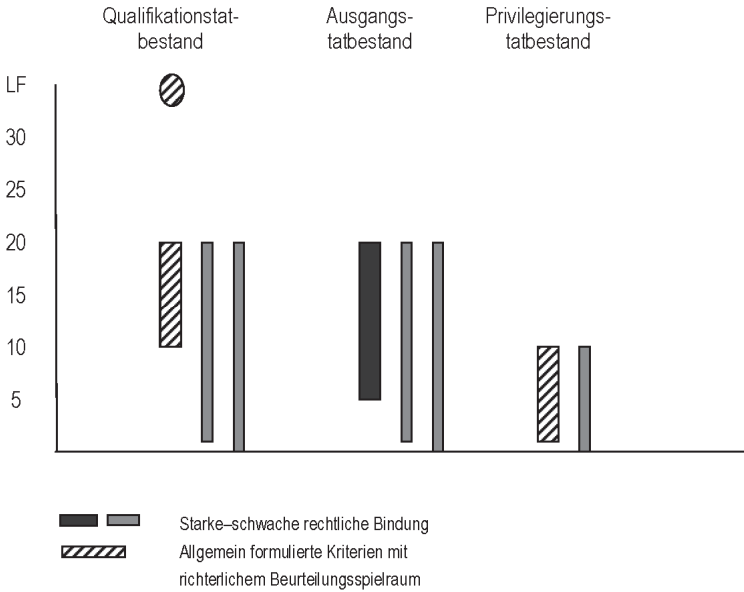
Schweden

Die linke Seite betrifft den „Mord“ genannten Ausgangstatbestand mit zwei „Punktstrafen“ (lebenslange Freiheitsstrafe oder 10 Jahre Freiheitsstrafe) sowie der Möglichkeit der Unterschreitung dieser Strafen bei besonders starken mildernden Umständen, für die im Gesetz konkrete Beispiele genannt werden. Die rechte Seite erfasst den Privilegierungstatbestand, der dann anzunehmen ist, wenn die Tat als „minder schwer“ anzusehen ist. Hierfür gibt das Gesetz keine Beispiele vor, sondern belässt es bei einem allgemein formulierten Hinweis. Auch der dann einschlägige Strafrahmen von 6 bis 0 Jahren Freiheitsstrafe kann bei besonders starken mildernden Umständen unterschritten werden, wobei insoweit wieder die genannten gesetzlichen Beispiele einschlägig sind.



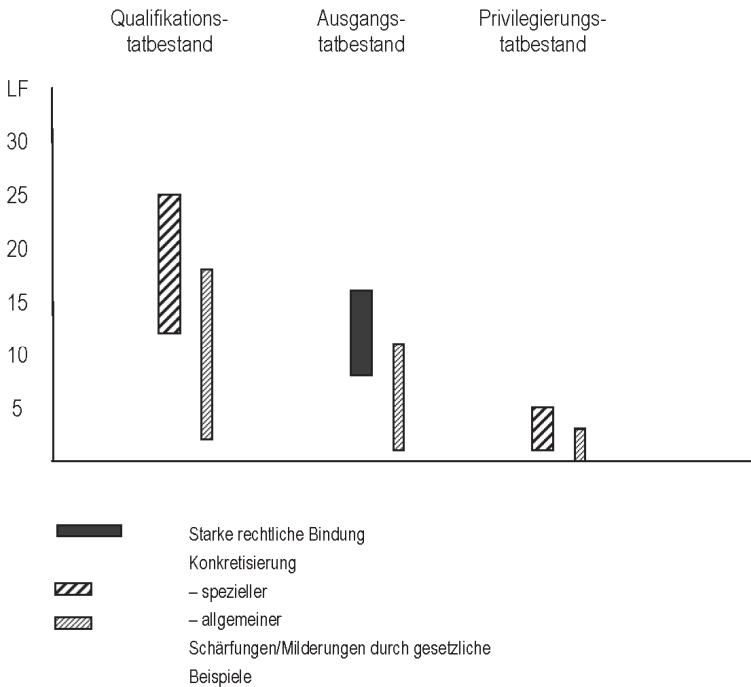
Österreich

Der Ausgangstatbestand legt einen Strafraum von 10 bis 20 Jahren Freiheitsstrafe oder lebenslänglich fest. Bei beträchtlichem Überwiegen der Milderungsgründe, für die das Gesetz Beispiele angibt, kann die Strafe bis auf ein Jahr Freiheitsstrafe abgesenkt werden. Der Privilegierungstatbestand setzt die Verwirklichung eines konkreten Tatbestandsmerkmals (begrifflicher Affekt) voraus; auch hier kann die Strafe im Wege der außerordentlichen Strafmilderung (bis auf 6 Monate Freiheitsstrafe) abgesenkt werden.



Schweiz

Ob statt des Ausgangstatbestands der Qualifikations- oder Privilegierungstatbestand anzuwenden ist, hängt von Kriterien ab, die der tatrichterlichen Beurteilung weiten Spielraum lassen, aber doch eine gewisse Anleitung geben. Diese Strafraum können jeweils aufgrund besonderer, vom Gesetz abschließend aufgeführter Milderungsgründe abgesenkt werden; bei verminderter Schuldfähigkeit ergibt sich eine zusätzliche Absenkung bis an den Nullpunkt.



Portugal

Die Abstufung der drei Tatbestände wie auch die Absenkung der betreffenden Strafraum durch besonders starke mildernde Umstände liegt im gerichtlichen Ermessen, wobei das Gesetz umfangreiche Beispielskataloge zur Anleitung des Richters anführt bzw. im Fall des Privilegierungstatbestands die Kriterien entsprechend formuliert.

II.3. Maßgebliche Sachkriterien

Wie bereits oben unter § 12 III.1 dargestellt, wurden die Fallvarianten so formuliert, dass sie bestimmte erschwerende und mildernde Umstände in unterschiedlicher Ausprägung verwirklichen. Im Folgenden wird der Einfluss dieser Umstände auf das System der Strafraumbestimmung in den untersuchten Ländern aufgezeigt. Die Darstellung strebt freilich keine Vollständigkeit an. Strafbemessungsfaktoren, die möglicherweise ebenfalls die Wahl des anzuwendenden Strafraums beeinflussen, sich aber insgesamt nicht so stark auswirken oder nur eine landesspezifische Bedeutung haben, bleiben daher ebenso unberücksichtigt wie die Strafzumessung im engeren Sinne. Letztere betrifft die Festsetzung der konkreten Sank-

tion innerhalb des gefundenen Strafrahmens und liegt im tatrichterlichen Ermessen. Dieses wird in den meisten Ländern zwar durch gewisse Vorgaben geleitet und von den Rechtsmittelgerichten innerhalb gewisser Grenzen auch kontrolliert, bleibt aber einer näheren rechtlichen Präzisierung nur schwer zugänglich.

Als *erschwerende Faktoren* kommen vornehmlich in Betracht die überlegte Planung in Fallvariante 1, die Wehrlosigkeit des schlafenden Opfers in den Fallvarianten 1 bis 3 sowie bei allen Fallvarianten die Tatsache, dass es sich bei dem Opfer um den eigenen Ehemann handelt.

Mildernde Faktoren sind bei allen Fallvarianten eine mögliche Störung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit, die Gefahr weiterer Misshandlungen (notstandsähnliche Lage), die Provokation der Tat durch das Opfer (Mitverschulden) sowie ganz allgemein die seelische Belastung der T.

Diese Faktoren können in unterschiedlicher Art und Stärke die Feststellung des anzuwendenden Strafrahmens beeinflussen. Ihr Vorliegen kann – allein oder in Kombination mit anderen Faktoren – entweder den Strafrahmen nach oben oder unten verschieben oder als Gegengrund die Anhebung oder Absenkung des Strafrahmens verhindern. Beide Formen werden in den folgenden Übersichten 7 und 8 gleich behandelt. Die Stärke des jeweiligen Einflusses wird mit folgender Skala erfasst:

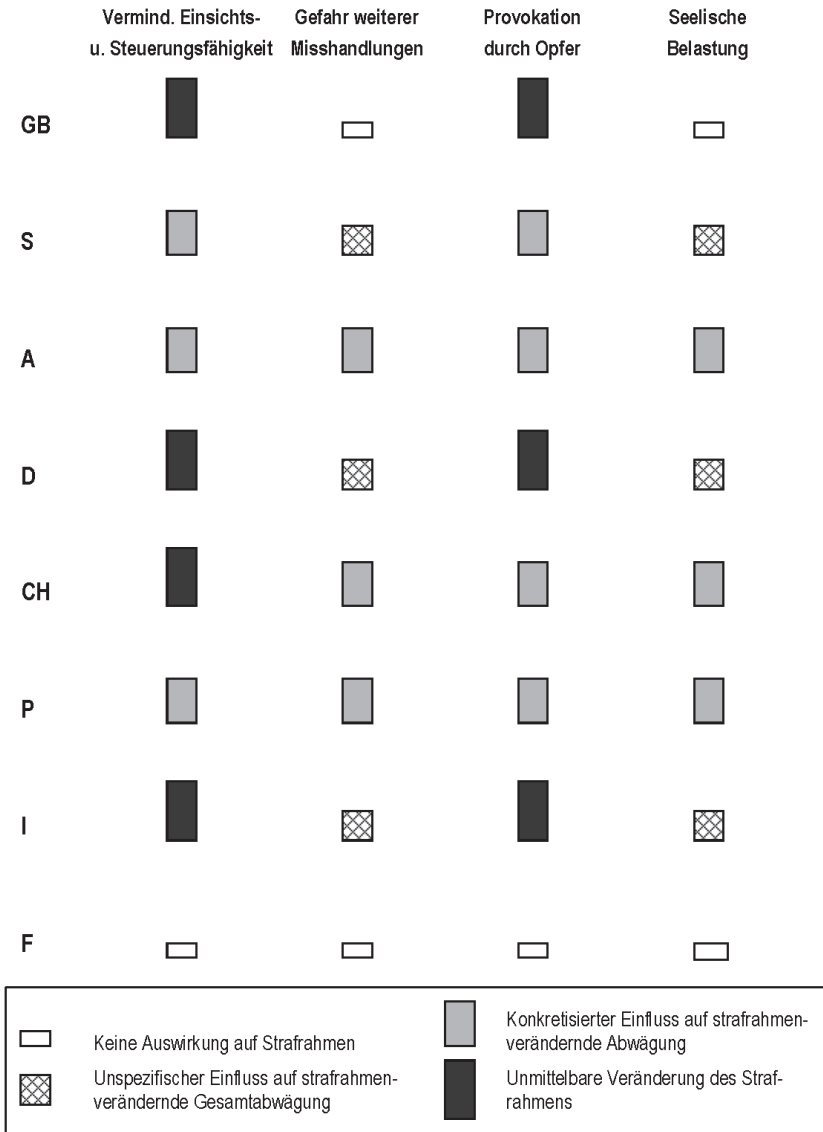
- Keine Auswirkung auf die Strafrahmenbestimmung, Berücksichtigung nur innerhalb der strafrahmenausfüllenden Strafzumessung
- Unspezifischer Einfluss auf generalklauselartig umschriebene Gesamtabwägungen, die zur Veränderung des Strafrahmens führen können
- Spezifischer Einfluss (als gesetzliches Beispiel, konkretes Abwägungskriterium etc.) auf Abwägungen, die zur Veränderung des Strafrahmens führen können
- Unmittelbare Veränderung des Strafrahmens ohne zusätzliche Abwägung (Neutralisierung durch andere Faktoren, die zu einer Veränderung des Strafrahmens in die andere Richtung führen, möglich)

Die Übersichten betreffen nur die Strafrahmen für die vorsätzliche Tötung. Nicht berücksichtigt werden Strafrahmen, die sich aus einer etwaigen Herabstufung der Tat zu Körperverletzung mit Todesfolge oder fahrlässiger Tötung ergeben, welche in Frankreich und Italien von einigen Gesprächspartnern insbesondere bei Fallvariante 4 wegen Verneinung des Tötungsvorsatzes oder Bejahung fahrlässigen Notwehrexzesses angenommen wurden.

	Überlegte Planung	Wehrlosigkeit	Ehegatte
GB			
S			
A			
D			
CH			
P			
I			
F			

	Keine Auswirkung auf Straffrahmen		Konkretisierter Einfluss auf straffrahmenverändernde Abwägung
	Unspezifischer Einfluss auf straffrahmenverändernde Gesamtabwägung		Unmittelbare Veränderung des Straffrahmens

Übersicht 7: Straffrahmenveränderung durch *erschwerende* Umstände



Übersicht 8: Strafrahmenveränderung durch *mildernde* Umstände

Die Darstellung spiegelt zunächst die allgemeine Konstruktion der Strafbemes-
ungssysteme wider. Die stärksten Ausprägungen (unmittelbar strafrahmenverän-
dernder Einfluss) finden sich vorzugsweise in Rechtsordnungen mit strenger rechtli-
cher Bindung, d.h. in Italien sowie teilweise in England und Wales und Deutschland.

Umgekehrt betrifft die schwächste Ausprägung (kein strafrahmenverändernder Einfluss) vor allem Länder mit weiten Strafrahmen (Frankreich, England und Wales), während die mittleren Ausprägungen am meisten in den Ländern zu finden sind, die einen Mittelweg zwischen den Extremen gehen (Schweden, Österreich, Schweiz, Portugal).

Vernachlässigt man diese systembedingten Unterschiede, so zeigt sich gleichwohl eine durchgängige Struktur in der Gewichtung der verschiedenen Faktoren: Von den *erschwerenden Umständen* kommt der überlegten Planung und Ausführung der Tat nur in den romanischen Ländern (Portugal, Italien, Frankreich) ein erhöhtes Gewicht zu, während die Wehrlosigkeit des schlafenden Opfers zusätzlich auch in Schweden, Österreich und Deutschland zu Strafrahmenveränderungen führen kann. Dass die Tötung des Ehemannes besonders verwerflich sei und deshalb eine Erhöhung des Strafrahmens begründet oder begründen soll, wird hingegen nur noch in Italien angenommen, während in allen anderen Rechtsordnungen kein entsprechender – oder zumindest kein entsprechend spezifischer – Einfluss feststellbar ist.

Bei den *mildernden Umständen* haben die in der forensischen Praxis gut herauszuarbeitende Verminderung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit und die unmittelbare Tatprovokation durch das Opfer entscheidenden Einfluss, während die weniger präzisen Faktoren der notstandsähnlichen Lage wegen der Gefahr weiterer Misshandlungen und der allgemeinen seelischen Belastung insgesamt ein deutlich geringeres Gewicht erlangen.

III. Ergebnisse der Befragung

III.1. Darstellung der einzelnen Länder

Die Ergebnisse der Befragung der Landesjuristen werden im Folgenden zunächst für jedes Land getrennt dargestellt. Den Beginn bildet das einstufige Tatbestandsmodell Italiens, dem die 2-stufigen Modelle von England und Wales, Schweden, Österreich und Frankreich folgen, während die 3-stufigen Modelle von Deutschland, der Schweiz und Portugal am Ende stehen. Die Ergebnisse beziehen sich durchweg auf die Prognose der Sanktionsentscheidung durch das Gericht. Die eigene Ansicht der Gesprächspartner, welche Sanktion für die einzelnen Fallvarianten jeweils angemessen wäre, wird dagegen nur hilfsweise herangezogen, sofern zur prognostizierten Gerichtsentscheidung keine ausreichenden Daten vorhanden sind (so insbesondere in Österreich und teilweise in der Schweiz). Diese mangelnde Einheitlichkeit führt zwar zu einer gewissen Verzerrung, weil insbesondere bei Staatsanwälten und Verteidigern teilweise deutliche Unterschiede zwischen der

eigenen Ansicht und dem erwarteten Verhalten des Gerichts bestehen,³⁶ ist aber angesichts des vorhandenen Datenmaterials nicht zu vermeiden. Sie muss deshalb bei der Interpretation und vergleichenden Bewertung der Ergebnisse berücksichtigt werden.

Die detaillierten Ergebnisse zu den einzelnen Ländern finden sich in den Landesberichten. In der folgenden Darstellung werden sie, wenn möglich, in der Form von Flussdiagrammen zusammengefasst – so, wie bereits unter § 13 II.2. beschrieben. Die Zahl der Gesprächspartner, die sich für eine betreffende Möglichkeit entscheiden, wird durch die Stärke der entsprechenden Pfeile signalisiert und zusätzlich unmittelbar benannt. Sofern eine Dezimalstelle hinter dem Komma aufgeführt ist (zumeist „x,0“ oder „y,5“), bedeutet das, dass ein oder mehrere Gesprächspartner sich nicht zwischen zwei Alternativen entscheiden konnten, weshalb jeder Seite der Wert „0,5“ zugeschlagen wird. Die untere Zeile der Grafiken skaliert die Dauer der prognostizierten Freiheitsstrafe. Dabei wurden die Werte teilweise leicht auf- oder abgerundet, um eine Gruppenbildung und damit ein klareres Bild zu ermöglichen. Die tatsächlichen Prognosen sind in den Landesberichten jeweils einzeln aufgelistet.

III.1.1. Italien

Das italienische Recht kennt, wie beschrieben, keine tatbestandlichen Abstufungen der vorsätzlichen Tötung. Der anzuwendende Strafrahmen wird vielmehr anhand zahlreicher allgemeiner und besonderer Erschwerungs- und Milderungsgründe ermittelt, die vom Gericht im Einzelnen festgestellt und sodann gegeneinander abgewogen werden müssen. Das Gericht hat bei der Annahme dieser Umstände teilweise nicht unerhebliche Beurteilungsspielräume und kann insbesondere gemäß Art. 62-*bis* CP-I allgemeine, vom Gesetz nicht näher bestimmte mildernde Umstände zur Strafrahmenverschiebung heranziehen. Die größten Freiheiten ergeben sich freilich, wenn gleichzeitig erschwerende und mildernde Umstände vorliegen, weil dann deren Gewicht gegeneinander abgewogen werden muss. Dementsprechend waren die Antworten der Gesprächspartner hinsichtlich der Anwendbarkeit der einzelnen Erschwerungs- und Milderungsgründe weitgehend übereinstimmend, während sich bei der gegenseitigen Abwägung teilweise deutliche Unterschiede ergaben.

Da die Bestimmung des anzuwendenden Strafrahmens die wichtigsten Faktoren der Tatumwertgraduierung bereits erschöpft, bleibt für die strafrahmenausfüllende Strafzumessung im engeren Sinne nur noch wenig Raum. Die Gesprächspartner äußerten sich hierzu kaum, sondern gingen zumeist mehr oder weniger automatisch von der Untergrenze des gefundenen Strafrahmens aus. Der Grund hierfür liegt nicht zuletzt in den sehr hohen Strafdrohungen, die insbesondere in den Fallvarian-

³⁶ Vgl. insbesondere die Einzelergebnisse zu Schweden und Deutschland.

ten 2 und 3 zu den mit Abstand höchsten Sanktionsprognosen unserer Untersuchung führten. Zu berücksichtigen sind allerdings noch die Möglichkeiten einer deutlichen Reduktion der Strafe durch eine bestimmten Gestaltung des Strafverfahrens sowie der Strafvollstreckung, auf die in § 15 und § 16 eingegangen werden wird.

Der „Normalstrafrahmen“ für die vorsätzliche Tötung beträgt 21 bis 24 Jahre Freiheitsstrafe. Bei Vorliegen – und Überwiegen – von Erschwerungsgründen kann er auf 24 bis 30 Jahre oder lebenslange Freiheitsstrafe erhöht und bei Vorliegen – und Überwiegen – von Milderungsgründen auf Freiheitsstrafe von 14 bis 24 Jahren (ein überwiegender Milderungsgrund), 9 bis 24 Jahren (zwei überwiegende Milderungsgründe) oder 6 bis 24 Jahren (drei überwiegende Milderungsgründe) abgesenkt werden. Bei Fallvariante 4 kommt zudem, sofern kein Freispruch wegen Notwehr, Putativnotwehr oder Notwehrexzess angenommen wird, eine Herabstufung der Tat zu fahrlässiger Tötung (Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren) mit der Möglichkeit weiterer Milderungen in Betracht.

In allen Fallvarianten greift als Erschwerungsgrund die Tatsache ein, dass das Opfer der eigene Ehegatte ist. In den Varianten 1 bis 3 kommt die Wehrlosigkeit des schlafenden Opfers hinzu, in Fallvariante 1 auch die überlegte Planung und Ausführung der Tat. Alle diese Faktoren werden vom italienischen Strafgesetzbuch ausdrücklich als Erschwerungsgründe genannt, und ihr Vorliegen wurde dementsprechend von den Gesprächspartnern ganz überwiegend bejaht.

Als vom Gesetz ausdrücklich genannte Milderungsgründe sind für alle Fallvarianten die Provokation durch das Tatopfer sowie eine etwaige Störung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit zu berücksichtigen, während die allgemeine seelische Belastung und die Gefahr weiterer Misshandlungen nur im Rahmen des unbestimmten allgemeinen Milderungsgrundes des Art. 62-*bis* CP-I herangezogen werden können. Die Provokation wurde von den Gesprächspartnern für Fallvariante 1 ganz überwiegend und für Fallvariante 2 schwach überwiegend verneint, für Fallvariante 3 dagegen ganz überwiegend bejaht. Eine Störung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit wurde für alle Fallvarianten weitgehend abgelehnt. Völlige Übereinstimmung bestand jedoch darin, dass für alle Fallvarianten ein starker unbestimmter Milderungsgrund anzunehmen sei.

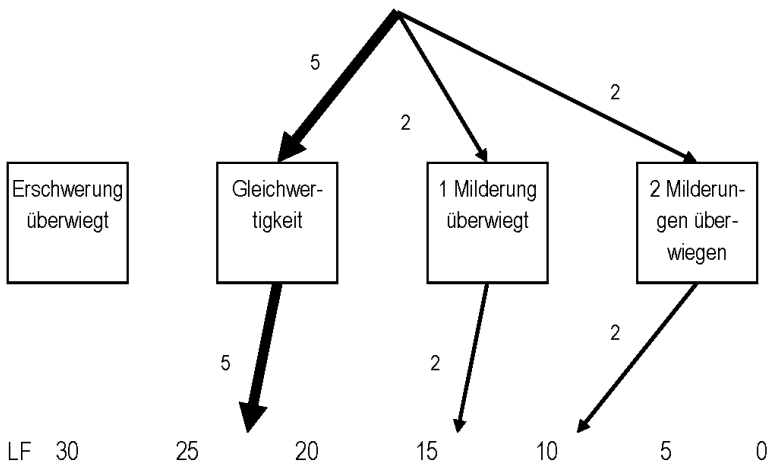
Trotz des zahlenmäßigen Gleichgewichts oder Überwiegens der Erschwerungsgründe ging kein Gesprächspartner im Ergebnis von einer Anhebung des Normalstrafrahmens aus. Im Gegenteil, selbst in Fallvariante 1 erstreckt sich das Spektrum – wie auch in Fallvariante 2 – von Gleichwertigkeit bis zum Überwiegen zweier Milderungsgründe, während es in Fallvariante 3 sogar auf ein Überwiegen eines Milderungsgrundes bis zu einem Überwiegen dreier Milderungsgründe abgesenkt wurde. In Fallvariante 4 ging schließlich ein starkes Drittel von einem Freispruch aus, während die übrigen Ansichten sich auf die Herabstufung der Tat zu

fahrlässiger Tötung oder das Überwiegen zweier Milderungen bei vorsätzlicher Tötung verteilen.

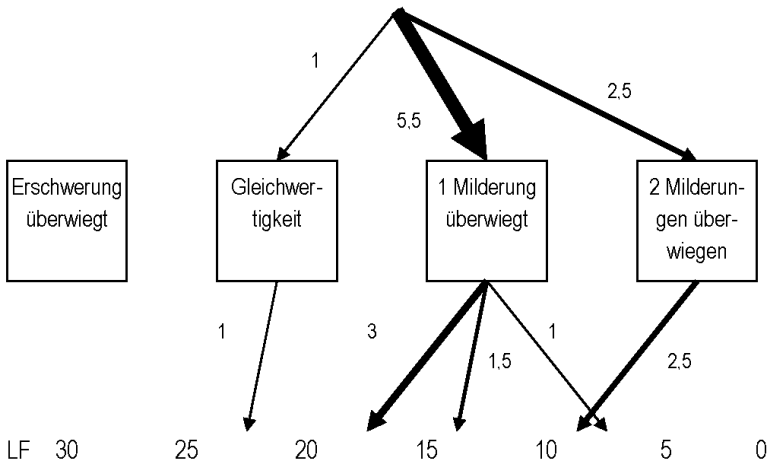
Die konkret prognostizierten Strafen ergeben sich zumeist aus den ermittelten Strafrahmen, wobei einzelnen Gesprächspartnern bei einzelnen Fallvarianten offensichtlich Rechenfehler unterlaufen sind. Bei den Fallvarianten 2 und 3 berühren sich allerdings die verschiedenen Stufen so, dass teilweise von unterschiedlichen Strafrahmen aus dieselben Sanktionen ermittelt wurden.

Insgesamt erweist sich das italienische Recht somit trotz der engen Strafrahmen und der zumindest im Ansatz strengen rechtlichen Bindung bei der Sanktionsentscheidung als durchaus flexibel, sodass alle einschlägigen erschwerenden und mildernden Umstände erfasst und ihrem Gewicht entsprechend berücksichtigt werden können. Da die Fallvarianten nur grob formuliert sind, öffnen sie Raum für unterschiedliche Einschätzungen, was sich auch in den Antworten der Gesprächspartner ausdrückt. Ob etwa in Fallvariante 3 ein, zwei oder drei Milderungsgründe überwiegen, kann auf der Basis dieser Rechtslage durchaus kontrovers entschieden werden. Die betreffenden Differenzen sind deshalb nicht unerwartet, und sie kommen auch bei der Strafzumessung klar zum Ausdruck.

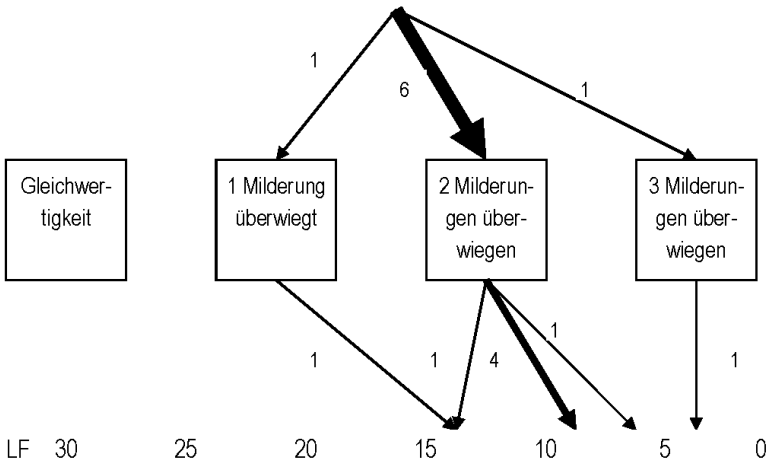
Die Grafik ergibt somit ein sehr transparentes und logisches Bild ohne größere Brüche und Unstimmigkeiten. Dabei zeigt sich sowohl bei der Abwägung der erschwerenden und der mildernden Umstände als auch bei der Strafzumessung im engeren Sinne eine deutliche Tendenz zur Milde, die aufgrund der gesetzlichen Vorgaben freilich immer noch sehr hohe Strafen zur Folge hat.



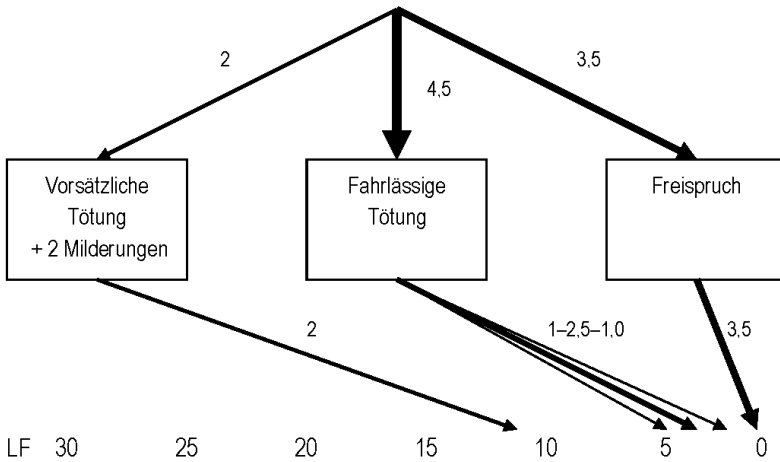
Italien – Fallvariante 1



Italien – Fallvariante 2



Italien – Fallvariante 3



Italien – Fallvariante 4

III.1.2. England und Wales

Die Sanktionsentscheidung hängt in England und Wales in erster Linie davon ab, ob die T wegen *murder* verurteilt wird oder ob eine Herabstufung der Tat zu *manslaughter* gelingt. Letzteres setzt eine erfolgreiche Geltendmachung der Verteidigungseinreden der verminderten Zurechnungsfähigkeit oder der Provokation voraus, wofür hohe rechtliche Hürden zu überwinden sind. Gleichwohl können sich die Geschworenen faktisch über diese Rechtslage hinwegsetzen und aus Mitleid den milderen Tatbestand auch dann bejahen, wenn dessen rechtliche Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

Die Festlegung der Sanktion erfolgt sodann durch den verhandlungsleitenden Berufsrichter in einem getrennten Strafzumessungsverfahren ohne Beteiligung der Jury (*sentencing*). Durch diese strikte Trennung der Verfahrensabschnitte wie auch der zur Entscheidung berufenen Personen wird die Tatumwertgraduierung in zwei deutlich voneinander abgehobene Teile zerlegt. Eine einheitliche Gesamtabwägung, welche die Bestimmung des anzuwendenden Strafrahmens mit den Strafzumessungserwägungen im engeren Sinne verbinden würde, wird dadurch zumindest erheblich erschwert. Entscheiden die Geschworenen auf *murder*, so muss der Richter die lebenslange Freiheitsstrafe aussprechen. Entscheiden sie auf *manslaughter*, kann er dagegen die Strafe nach seinem Ermessen festsetzen und alle Tatumstände berücksichtigen, auch wenn sie erst bei der Verhandlung über die Strafe zur Sprache gekommen sind.

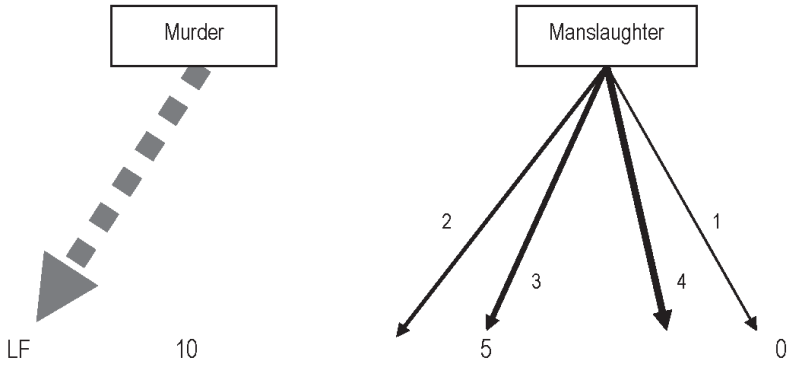
In Anbetracht dieser Situation wurden die Prognosen der richterlichen Sanktionsentscheidung bei den Fallvarianten 1 bis 3 von den befragten Landesjuristen

jeweils alternativ formuliert: Lebenslange Freiheitsstrafe, wenn die Jury wegen *murder* schuldig sprechen sollte, und eine Freiheitsstrafe unterschiedlicher Höhe und Spannbreite, wenn die Entscheidung auf *manslaughter* lautet. Bei Fallvariante 1 ging allerdings eine klare Mehrheit von einer Verurteilung wegen *murder* aus, während bei den Fallvariante 2 und 3 fast einhellig eher eine Verurteilung wegen *manslaughter* prognostiziert wurde. Bei Fallvariante 4 nahmen schließlich alle einen Freispruch wegen Notwehr an.

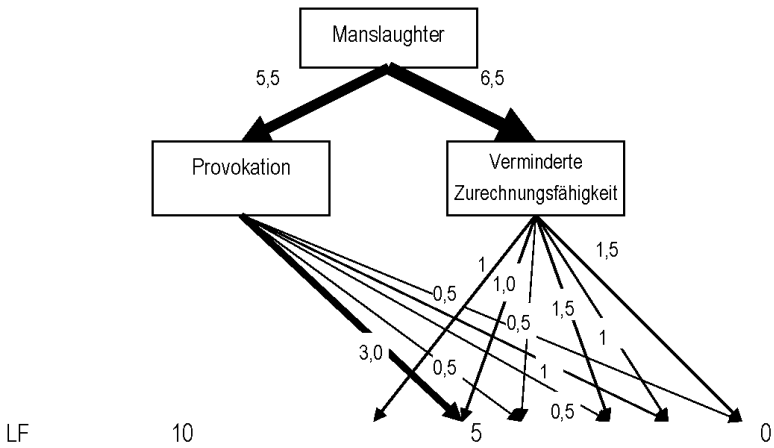
Setzt man die Prognosen zur Entscheidung der Jury über die Schuldfrage und zur Entscheidung des Richters über die Sanktionsfrage zusammen, so ergibt sich für Fallvariante 1 die lebenslange Freiheitsstrafe, während für die Fallvarianten 2 und 3 eine auch im Verhältnis zu den anderen Ländern niedrige Freiheitsstrafe angenommen wurde. Die Grafik zeigt demgegenüber für alle Fallvarianten nur die für *manslaughter* angegebene Strafe. Diese ist bei Fallvariante 1 wegen der erwarteten Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe nur hypothetisch und liegt kaum höher als bei den Fallvarianten 2 und 3. Auch wenn man berücksichtigt, dass die Gesprächspartner insoweit einen deutlich anderen Sachverhalt unterstellen dürften als für den eigentlich erwarteten Fall der Verurteilung der T wegen *murder*, ist der drastische Sprung in der Sanktionshöhe durch eine entsprechend stärkere oder schwächere Ausprägung der mildernden Faktoren allein nicht erklärbar. Die zwingende lebenslange Freiheitsstrafe für eine Tat, wie sie in Fallvariante 1 beschrieben ist, bildet vielmehr ein Relikt aus früheren Zeiten, das mit den aktuellen Gerechtigkeits Einstellungen ganz offensichtlich nicht mehr übereinstimmt.

Die Sanktionsprognosen bei der Annahme von *manslaughter* bewegen sich angesichts des weiten Ermessensspielraums des Richters in einem erstaunlich engen Bereich. Die Art der erfolgreichen Verteidigungseinrede spielt, wie insbesondere die Antworten zu Fallvariante 2 zeigen, dabei keine größere Rolle, auch wenn bei Provokation tendenziell etwas höhere Strafen prognostiziert werden als bei verminderter Zurechnungsfähigkeit. Dies zeigen auch die Angaben zu Fallvariante 3, wo alle Gesprächspartner „nur“ von der Provokationseinrede ausgingen und dennoch eine tendenziell niedrigere Strafe als in Fallvariante 2 prognostizierten.

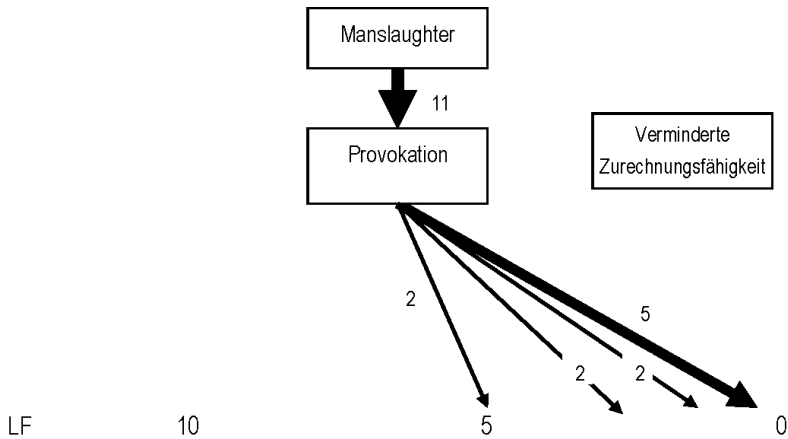
Insgesamt ist das Bild wegen der stark abweichenden Sanktionierung von *murder* einerseits und *manslaughter* – sowie der großzügigen Freisprechung der T in Fallvariante 4 – andererseits sehr gespalten. Davon abgesehen herrscht bei allen Fallvarianten offensichtlich ein großer Konsens unter den Landesjuristen, der zu weitgehend übereinstimmenden Einschätzungen führt.



England und Wales – Fallvariante 1 Sanktionsprognose für den Fall der Verurteilung wegen *manslaughter*



England und Wales – Fallvariante 2



England und Wales – Fallvariante 3

III.1.3. Schweden

Auch das schwedische Recht sieht die vorsätzliche Tötung als schwerstes Delikt an und ahndet sie selbst dann als „Mord“ mit der lebenslangen Freiheitsstrafe, wenn keine weiteren erschwerenden Umstände vorliegen. Eine geringere Strafe ist dementsprechend nur bei Eingreifen von Milderungsgründen möglich, die auf drei Stufen eine Rolle spielen können: Erstens kann für Mord alternativ auch eine 10-jährige Freiheitsstrafe verhängt werden, wenn die als Regelsanktion vorgesehene lebenslange Freiheitsstrafe zu streng wäre. Zweitens kann der Tatbestand zum „Totschlag“ herabgestuft werden, wenn die Tat hinsichtlich der Umstände, die zu ihr geführt haben, oder in sonstiger Hinsicht als „minder schwer“ anzusehen ist, mit der Folge der Absenkung der Strafe auf Freiheitsstrafe zwischen 6 und 10 Jahren. Und drittens kann nach den allgemeinen Strafzumessungsregeln die Untergrenze des jeweiligen Strafrahmens unterschritten werden, wenn die Abwägung der erschwerenden und mildernden Umstände, für die das Gesetz Beispielskataloge enthält, einen entsprechend geringen Tatumwertgehalt ergibt.

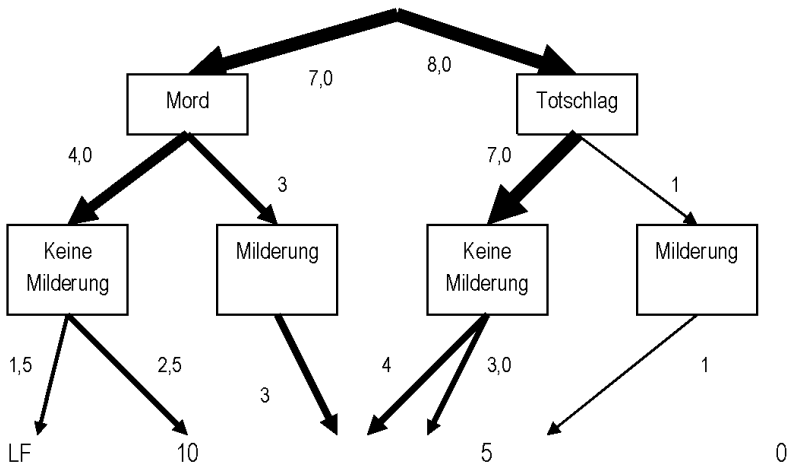
Für die Berücksichtigung mildernder Umstände steht den schwedischen Juristen somit eine breite Palette von Möglichkeiten zur Verfügung, ohne dass sie an irgendeiner Stelle an einen *numerus clausus* gesetzlicher Milderungsgründe gebunden wären. Erschwerungsgründe sind demgegenüber zwar nicht irrelevant, wirken aber zumeist nur indirekt als Gegengründe gegen ansonsten bestehende Milderungsmöglichkeiten. Lediglich bei der Strafzumessung innerhalb des Totschlagstatbestands können sie ein eigenständiges Gewicht erlangen, wenn die Milderungsgründe durch die Herabstufung des Tatbestands bereits verbraucht sind.

Von den für die Fallvarianten relevanten Erschwerungs- und Milderungsgründen werden, wie bereits unter § 14 II.3. gezeigt, nicht alle ausdrücklich im Gesetz erwähnt. Gleichwohl können die Gerichte wegen der offenen Gesetzesformulierungen alle relevanten Gesichtspunkte berücksichtigen und gegeneinander abwägen, was in den Antworten der Gesprächspartner auch deutlich zum Ausdruck kam.

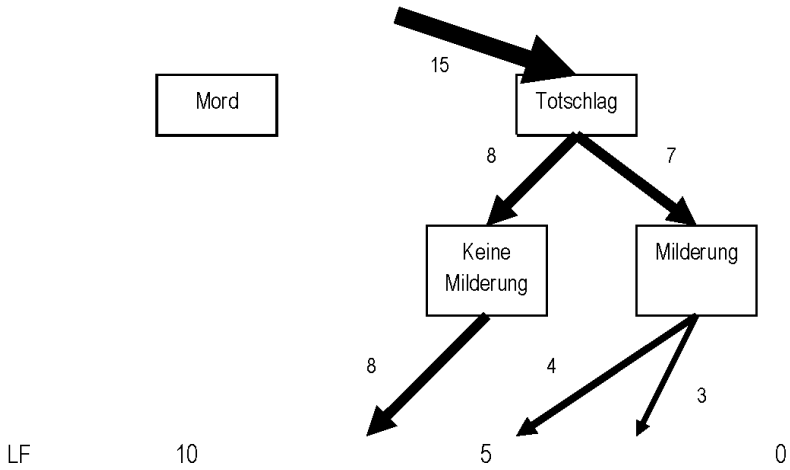
Bei Fallvariante 1 wurden demgemäß ganz überwiegend sowohl die überlegte, im Vorhinein geplante Tatausführung als auch die Wehrlosigkeit des schlafenden Opfers als wichtige Erschwerungsgründe und die seelische Belastung der T sowie die Tatprovokation durch grob kränkendes Opferverhalten als Milderungsgründe angesehen. Dass es sich bei dem Opfer um den eigenen Ehegatten handelt, hielten alle Gesprächspartner dagegen für irrelevant, und auch eine erhebliche Störung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit wurde weitgehend verneint. Bei der gegenseitigen Abwägung dieser Faktoren ergab sich ein ähnlich breites Spektrum wie in Italien: Von einer vollständigen Neutralisierung der Milderungsgründe oder gar einem Überwiegen der Erschwerungsgründe mit der Folge der lebenslangen Freiheitsstrafe ging nur ein Gesprächspartner aus, und ein anderer hielt dieses Ergebnis für möglich. Ansonsten wurde ein Überwiegen der Milderungsgründe in unterschiedlicher Form (Mord ohne lebenslange Freiheitsstrafe, Mord mit Unterschreiten der Untergrenze von 10 Jahren Freiheitsstrafe, Totschlag, Totschlag mit Unterschreiten der Untergrenze von 6 Jahren Freiheitsstrafe) und Stärke angenommen. Dies führte, von wenigen Ausnahmen abgesehen, zu einer Prognose von Freiheitsstrafe zwischen 6 und 10 Jahren. Wie auch bei den anderen Fallvarianten ergibt sich aufgrund des für alle Wertungsgesichtspunkte offenen Systems ein klares Bild, das keine Überschneidungen (etwa zwischen Mord mit zusätzlicher Milderung einerseits und Totschlag ohne zusätzliche Milderung andererseits) aufweist und die verschiedenen Wertungsstufen und unterschiedlichen Wertungsmöglichkeiten transparent werden lässt.

Bei Fallvariante 2 entfällt die überlegte Tatausführung, während nach Ansicht fast aller Gesprächspartner eine strafmindernde erhebliche Störung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit hinzutritt. Dies wirkt sich sowohl auf die tatbestandliche Einstufung als auch auf die konkrete Sanktionsprognose aus. Bei Fallvariante 3 wurde dagegen teilweise wieder von einer überlegten Tatausführung ausgegangen, und auch die Störung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit wurde weniger eindeutig befürwortet. Dennoch sah man die kurz zuvor erfolgte schwere Misshandlung als so starken Milderungsgrund an, dass insgesamt eine noch mildere Sanktion als für Fallvariante 2 prognostiziert wurde.

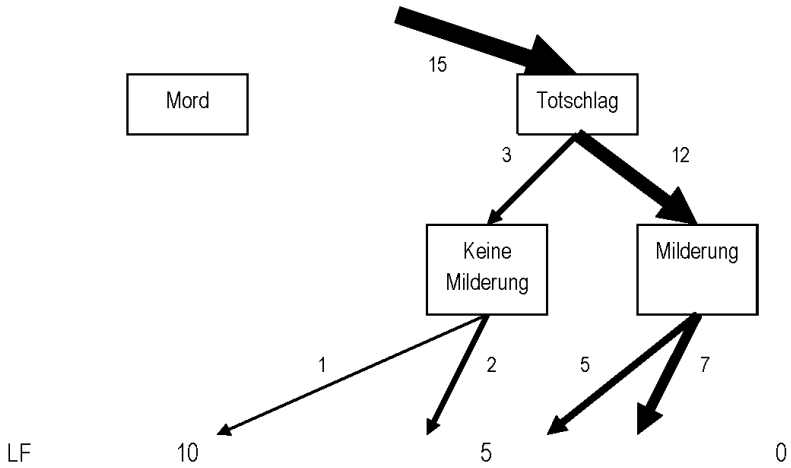
Bei Fallvariante 4 erwartete schließlich eine knappe Mehrheit keinen Freispruch, sondern eine Verurteilung, allerdings nur zu einer geringen, teilweise auch nicht freiheitsentziehenden Strafe.



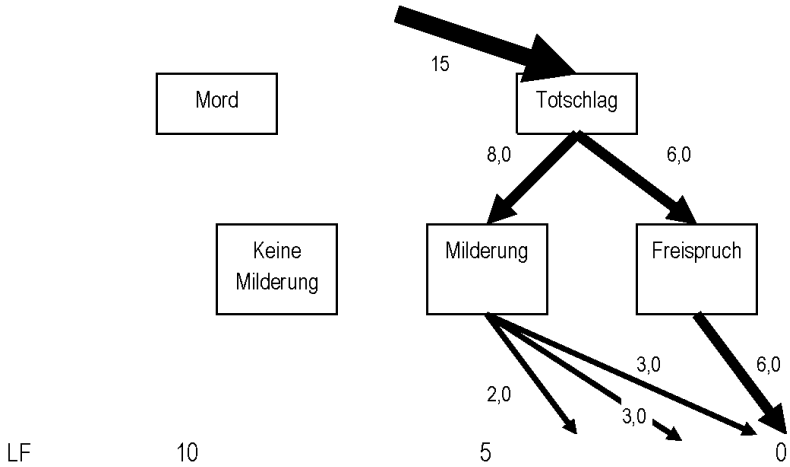
Schweden – Fallvariante 1



Schweden – Fallvariante 2



Schweden – Fallvariante 3



Schweden – Fallvariante 4

III.1.4. Österreich

Das österreichische Recht sieht ebenfalls die nicht weiter qualifizierte vorsätzliche Tötung als schwerstes Delikt an und bestraft sie als „Mord“ mit Freiheitsstrafe von 10 bis 20 Jahren oder lebenslanger Freiheitsstrafe. Der privilegierte Fall

des „Totschlags“ kann nicht auf jede Art von mildernden Umständen gestützt werden, sondern setzt einen konkreten Affekt voraus. Die Strafe ermäßigt sich dann auf Freiheitsstrafe von 5 bis zu 10 Jahren. Im Rahmen der Strafzumessung sind die erschwerenden und mildernden Umstände, von denen das Gesetz einige beispielhaft aufzählt, gegeneinander abzuwägen. Im Gegensatz zu Schweden müssen wegen des weiten Strafrahmens auch bei Mord besondere Erschwerungsgründe vorliegen, damit die lebenslange Freiheitsstrafe gerechtfertigt werden kann. Überwiegen dagegen die Milderungsgründe beträchtlich, so kann aufgrund einer außerordentlichen Strafmilderung die Strafe bei Mord auf bis zu 1 Jahr Freiheitsstrafe und bei Totschlag auf bis zu 6 Monate Freiheitsstrafe abgesenkt werden.

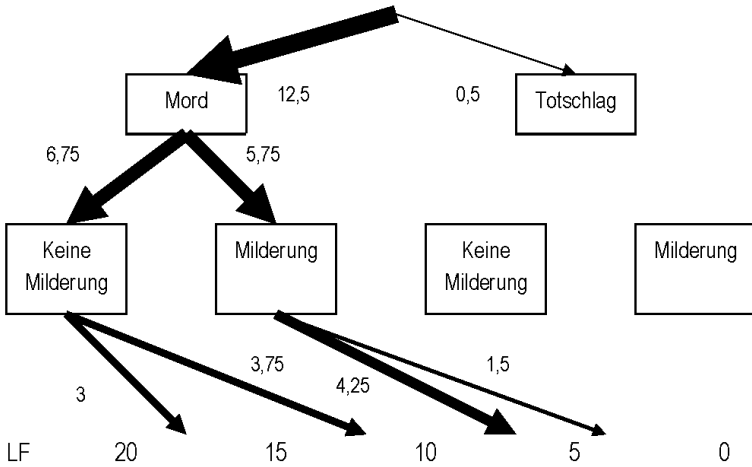
Damit steht den österreichischen Juristen ein ähnliches Spektrum wie ihren schwedischen Kollegen zur Verfügung, sodass auch ähnliche Ergebnisse erwartet werden konnten. Tatsächlich verlaufen die Einschätzungen im Ergebnis weitgehend parallel, wobei die österreichischen Gesprächspartner allerdings insgesamt etwas strenger urteilten. Erfragt wurden hier freilich nur die eigenen Einschätzungen und nicht die Prognosen zur Gerichtsentscheidung, sodass insbesondere die Ansichten der Staatsanwälte einerseits und der Verteidiger andererseits deutlich auseinandergingen. Entsprechend den Erfahrungen in anderen Ländern würden bei der Prognose der Gerichtsentscheidung diese Differenzen vermutlich deutlich abgeschwächt, die durchschnittliche Höhe der Sanktion würde jedoch nicht verändert werden.

Insgesamt ist das Bild, das die Flussdiagramme zeichnen, ebenfalls so klar und konsistent wie in Schweden oder Italien. Bei Fallvariante 1 wurde das Gewicht der erschwerenden Umstände nicht sehr hoch eingeschätzt. Insbesondere lehnten 10 von 13 Befragten eine strafschärfende Wirkung der im Vorhinein geplanten Tatabführung ab, und auch die Wehrlosigkeit des O wurde nur von 7 als erschwerend angesehen. Die seelische Belastung der T wurde dagegen von allen als strafmindernd anerkannt, und eine erhebliche Beeinträchtigung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit wurde trotz der überlegten Vorgehensweise immerhin von 5 Gesprächspartnern befürwortet. Mangels konkreten Affekts der T hielten fast alle der Befragten den Totschlagstatbestand nicht für anwendbar, aber etwa die Hälfte befürwortete eine außerordentliche Strafmilderung. Im Gegensatz zu Schweden sprach sich niemand für die lebenslange Freiheitsstrafe aus, aber immerhin 3 Gesprächspartner sahen eine Freiheitsstrafe von 15 Jahren und mehr als angemessen an.

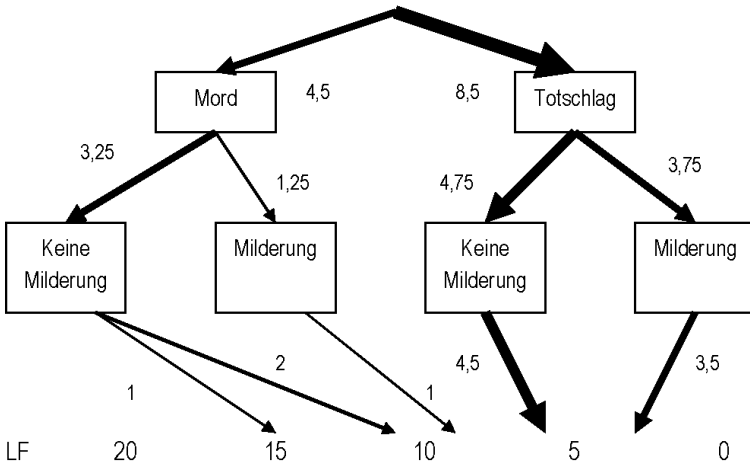
Bei Fallvariante 2 wurden die strafschärfenden Faktoren insgesamt geringer eingestuft als bei Fallvariante 1, wobei die Wehrlosigkeit des schlafenden O die größte Bedeutung erlangte. Aufgrund der spontanen Vorgehensweise gingen viele Befragte von einem die Anwendung des Totschlagstatbestands ermöglichenden Affekt aus; darüber hinaus wurde allgemein die seelische Belastung und von 7 auch die verminderte Einsichts- und Steuerungsfähigkeit als Milderungsgrund genannt. Bei Fallvariante 3 schlägt das Pendel noch stärker in Richtung Totschlagstatbestand

aus, und auch die konkret zu verhängende Strafe wurde milder eingeschätzt, ohne dass ein formalisierter Milderungsgrund der Tatprovokation herangezogen werden könnte.

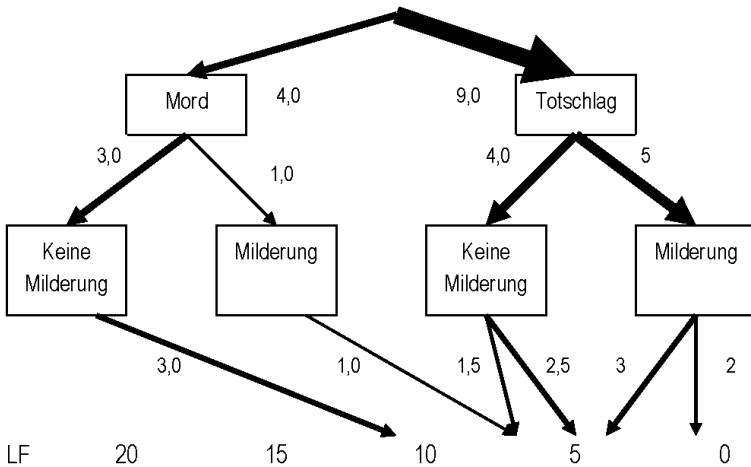
Für Fallvariante 4 wurde keine Grafik erstellt, da 11 von 13 Gesprächspartnern einen Freispruch bejahten oder zumindest für möglich hielten und deshalb kaum nähere Ausführungen zur Sanktionsentscheidung gemacht wurden.



Österreich – Fallvariante 1



Österreich – Fallvariante 2



Österreich – Fallvariante 3

III.1.5. Frankreich

Im französischen Code Pénal werden die Strafen für die einzelnen Delikte nur nach der Obergrenze festgelegt, während die Untergrenzen sich aus dem Allgemeinen Teil ergeben und sehr niedrig liegen. Für die vier Fallvarianten kommen infrage der Qualifikationstatbestand Mord (*assassinat*) mit einem Strafrahmen von 2 Jahren Freiheitsstrafe bis lebenslänglich, der Ausgangstatbestand Totschlag (*meurtre*) mit einem Strafrahmen von 1 bis 30 Jahren Freiheitsstrafe und – nach Ansicht der Gesprächspartner – hilfsweise, bei Verneinung des Tötungsvorsatzes, eine qualifizierte Körperverletzung mit Todesfolge mit einem Strafrahmen von 1 bis 20 Jahren Freiheitsstrafe. Während bis 1994 erhöhte Untergrenzen galten, die das Schwurgericht aber durch eine pauschale, nicht weiter begründete Bejahung „mildernder Umstände“ unterschreiten konnte, ist das Gericht jetzt bei der Strafzumessung innerhalb dieser weiten Rahmen völlig frei. Außerdem kann eine Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren zur Bewährung ausgesetzt werden, sodass die konkrete Höhe der gesetzlichen Untergrenze des Strafrahmens in der Praxis keine wichtige Rolle spielen dürfte.

Die Angaben der Gesprächspartner zur Strafzumessung waren demgemäß sehr vage und lassen sich nicht grafisch darstellen. Fast immer wurden weite Spannen angegeben, innerhalb derer die Strafe zu erwarten sei. Die durchschnittliche Bandbreite dieser Spannen bewegte sich bei den Fallvarianten 1 bis 3 zwischen 7 und 5 Jahren, wobei Antworten wie „zwischen 4 und 18 Jahren“, „zwischen 0 und 10 Jahren“ oder „zwischen 8 und 20 Jahren“ keine Seltenheit waren. Bei Fallvariante 4

wurde ganz überwiegend ein Freispruch verneint und eine geringe Strafe erwartet, deren Obergrenze im höchsten Fall bei 7 Jahren Freiheitsstrafe lag.

Das Gesamtniveau der Strafen wird unter § 14 III.2. grafisch dargestellt. Die Durchschnittswerte lagen im Vergleich zu den anderen Ländern etwas höher, ließen aber wie überall einen klaren Abfall von Fallvariante 1 (Durchschnitt aller Mittelwerte 10,4 Jahre Freiheitsstrafe) über Fallvariante 2 (7,0) und Fallvariante 3 (5,8) bis zu Fallvariante 4 (2,1) erkennen.

Da außer der tatbestandlichen Einstufung keine formalisierten Abwägungen oder Entscheidungen zwischen unterschiedlichen Strafraumen zu treffen waren und in keinem Fall die Obergrenze der erwarteten Freiheitsstrafe bei mehr als 20 Jahren lag, beschränkt sich die Strafzumessung auf eine freie Abwägung der als erschwerend und mildernd angesehenen Faktoren. Die Angaben der Gesprächspartner betreffen daher einzelne dieser Aspekte, lassen jedoch eine strukturierte Vorgehensweise vermissen. Bei Fallvariante 1 wurde die im Vorhinein geplante Tatausführung nicht mehr als Strafzumessungsfaktor angesehen, da sie bereits zur Anwendung des Mordtatbestands führt und dadurch verbraucht ist. Die Wehrlosigkeit des Opfers hielt eine Mehrheit für erschwerend, während der Tötung des Ehegatten kein solcher Einfluss zugeschrieben wurde. Als dominierender mildernder Faktor wurde einhellig die seelische Belastung der T angesehen, allerdings in einer sehr pauschalen, unspezifischen Form, während etwa eine Minderung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit keine Beachtung fand.

Diese Haltung ändert sich bei Fallvariante 2, wo der Wehrlosigkeit des Opfers als erschwerendem Faktor nun neben der allgemeinen seelischen Belastung auch verstärkt eine verringerte Einsichts- und Steuerungsfähigkeit entgegengesetzt wurde. Bei Fallvariante 3 tritt nach überwiegender Ansicht die Tatprovokation durch das Opfer als Milderungsgrund hinzu, weshalb die prognostizierte Strafe gegenüber Fallvariante 2 noch weiter absinkt. Der Provokationsaspekt, der hier ganz in die Nähe der Notwehr gerät, führt schließlich bei Fallvariante 4 zu einer noch deutlicheren Milderung der Strafe.

Insgesamt bewegen sich die Ergebnisse durchaus im Rahmen des Erwarteten, aber die Prognosen sind mit großen Unschärfen versehen und weichen auch von Gesprächspartner zu Gesprächspartner überdurchschnittlich ab.³⁷

III.1.6. Deutschland

Das deutsche System der Strafraumenbestimmung besteht aus einer für Außenstehende schwer nachvollziehbaren Kombination strikter gesetzlicher Anweisungen einerseits und weiter tatrichterlicher Ermessensspielräume andererseits. Der Strafraumen für Totschlag – Ausgangstatbestand der vorsätzlichen Tötung – reicht

³⁷ Vgl. näher unten § 14 III.2.

von 5 bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe und kann durch bloße Ausübung des Strafzumessungsermessens für „besonders schwere Fälle“ auf lebenslange Freiheitsstrafe angehoben oder für „minder schwere Fälle“ bis auf Freiheitsstrafe von – nach dem zur Zeit der Befragung geltenden Recht – 6 Monaten abgesenkt werden. Wird die Tat durch bestimmte, vom Gesetz abschließend aufgezählte erschwerende Umstände zu „Mord“ qualifiziert, so ist zwingend die lebenslange Freiheitsstrafe zu verhängen; liegt ein Fall der unmittelbaren Tatprovokation vor, so sinkt die Strafe auf den für minder schwere Fälle vorgesehenen Strafrahmen. Diese Strafen verringern sich in dem oben § 14 II.2.2. aufgezeigten Maß, wenn eine erhebliche Verminderung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit hinzutritt; im Fall von Mord ist dies auch sonst bei außergewöhnlichen mildernden Umständen möglich.

Insbesondere bei den Fallvarianten 2 und 3 ergibt sich dadurch eine verwirrende Auswahl von Kombinationsmöglichkeiten, die von den Gesprächspartnern für die Bestimmung des anzuwendenden Strafrahmens auch ausgiebig genutzt wurde. Freilich differieren die prognostizierten Sanktionen gerade bei diesen Fallvarianten nur wenig, ja es kommt sogar vielfach zu Überschneidungen. Die eigentlichen Kriterien der Sanktionsentscheidung dürften deshalb vom jeweils gewählten Weg der Strafrahmenermittlung weitgehend unabhängig sein und eher auf einem informellen Konsens bestehen, der sich in der Praxis gebildet hat.

Bei Fallvariante 1 gehen alle Gesprächspartner davon aus, dass das Gericht angesichts der geplanten Tötung des schlafenden Opfers das Mordmerkmal „Heimtücke“ bejahen und den Mordtatbestand anwenden wird. Die maßgebliche Frage ist daher, ob, wie vom Gesetz vorgesehen und in England und Wales auch praktiziert, daraus tatsächlich die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe folgt oder ob die Praxis einen Weg zur Vermeidung dieses offensichtlich zu harten Ergebnisses sucht. Tatsächlich prognostizierten nur 3 Gesprächspartner die lebenslange Freiheitsstrafe, während die anderen 9 entweder verminderte Schuldfähigkeit annahmen – was der Sachverhalt nicht gerade nahelegt – oder eine außergesetzliche Strafmilderung bejahten. Damit waren für die Strafzumessung im eigentlichen Sinne sowohl die Wehrlosigkeit des schlafenden O – nach Ansicht einiger Gesprächspartner auch die geplante Vorgehensweise – als erschwerender Umstand als auch die Störung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit oder die notstandsähnliche Lage der T als Milderungsgrund verbraucht, sodass für die Festsetzung der konkreten Strafe innerhalb des ermittelten Strafrahmens nur noch wenige Gesichtspunkte angeführt werden konnten. Gleichwohl differieren die prognostizierten Sanktionen auch dann erheblich, wenn von einem gemilderten Strafrahmen ausgegangen wurde, sodass sich hier die mit Abstand größten Bewertungsunterschiede offenbarten.

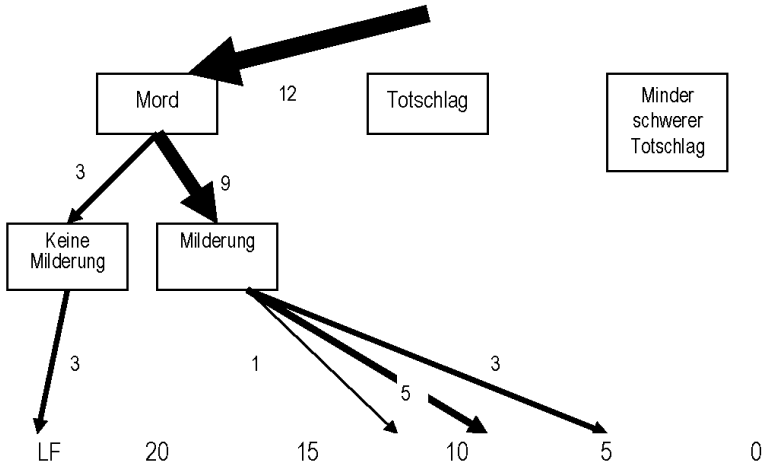
Bei Fallvariante 2 ist schon die tatbestandliche Einstufung schwierig. Objektiv liegt das Mordmerkmal der Heimtücke vor, doch kann es im Hinblick auf die subjektive Tatseite unter Umständen verneint werden. Wird Totschlag angenommen, so ist sowohl der Normalstrafrahmen möglich als auch wegen der starken Milderungsgründe dessen Absenkung zu einem „minder schweren Fall“. Zusätzlich

kommt in allen Fällen eine Reduzierung des Strafrahmens wegen verminderter Schuldfähigkeit in Betracht, bei Annahme von Mord auch eine solche wegen außergewöhnlicher Umstände. Die Gesprächspartner sprachen sich jeweils zu etwa einem Drittel für Mord, Totschlag und minder schweren Fall des Totschlags aus. Bei Mord wurde der Strafrahmen immer gemildert, von einem Gesprächspartner sogar zweifach, und auch beim Normalfall des Totschlags wurde durchweg eine Milderung wegen verminderter Schuldfähigkeit angenommen. Wer dagegen einen minder schweren Fall des Totschlags annahm, sah damit alle Milderungsmöglichkeiten als verbraucht an und verneinte eine zusätzliche Strafmilderung. Für die konkrete Sanktionsprognose waren diese Überlegungen dann aber nicht immer ausschlaggebend: Die mildeste Sanktion (kurze, zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe) wurde sowohl von einem Gesprächspartner, der von einem minder schweren Fall des Totschlags ausging, genannt als auch von einem Befürworter des Mordtatbestands – dort allerdings in Kombination mit einer zweifachen Absenkung des Strafrahmens.

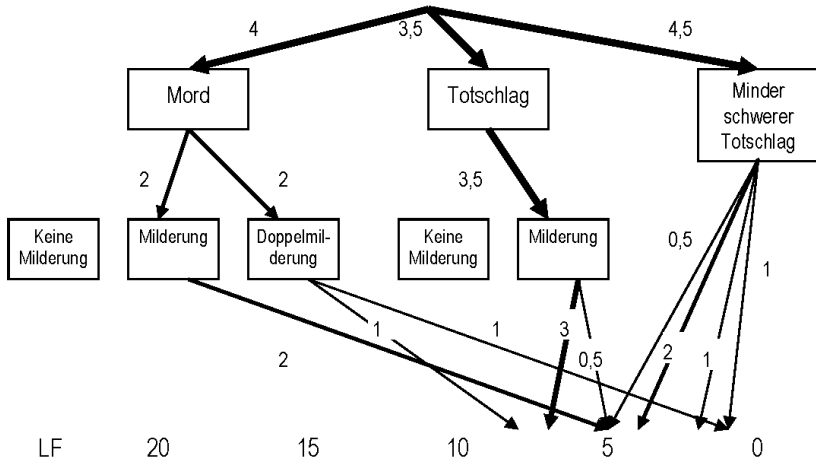
Fallvariante 3 ist hinsichtlich der Erschwerungsgründe nicht wesentlich anders zu beurteilen als Fallvariante 2, während auf der Seite der Milderungsgründe die nach der ausdrücklichen Gesetzesformulierung einen „minder schweren Fall des Totschlags“ begründende Provokation hinzutritt. Wird das Mordmerkmal der Heimtücke freilich bejaht, so hat der Mordtatbestand Vorrang und versperrt den Weg zum Privilegierungstatbestand. Bei der tatbestandlichen Einstufung prognostizierte daher etwa ein Drittel eine Verurteilung wegen Mordes, während der Rest einen minder schweren Fall des Totschlags annahm. Bei Mord wurde wie bei Fallvariante 2 immer von einer – bei einem Gesprächspartner wiederum doppelten – Milderung ausgegangen, und auch beim minder schweren Fall des Totschlags tendierten 4 Gesprächspartner zu einer weiteren Milderung wegen verminderter Schuldfähigkeit. Auch hier wirkt sich die tatbestandliche Einstufung nicht immer auf die konkrete Sanktionsprognose aus, weil viele von beiden Seiten aus zur selben Strafe gelangten.

Für Fallvariante 4 fehlen weitgehend Angaben zur Strafe, weil 10 von 13 Gesprächspartnern einen Freispruch wegen Notwehr oder Notwehrexzess annahmen.

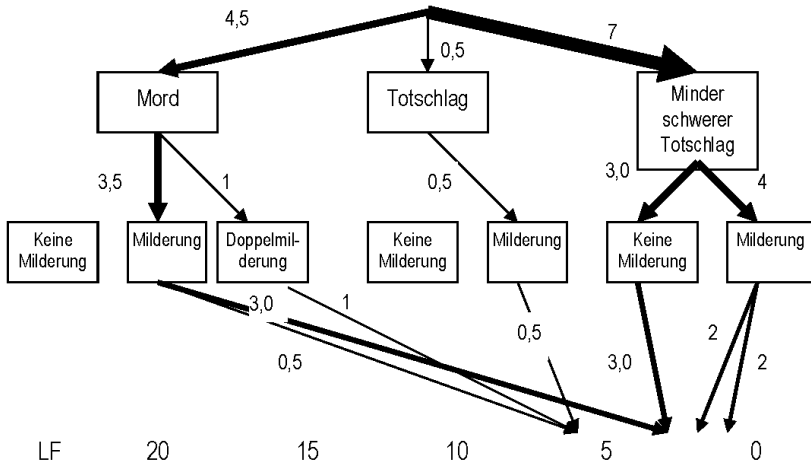
Insgesamt ergibt sich ein paradoxes Bild. In Fallvariante 1, wo die rechtliche Einstufung des Falles und die Bestimmung des Strafrahmens objektiv vorgegeben sind und dem Tatgericht wenig Spielräume verbleiben, gehen die Sanktionsprognosen teilweise weit auseinander. Bei Fallvariante 2 und 3, wo den Gerichten insgesamt 7 verschiedene Strafrahmen zur Verfügung stehen, die auch zum großen Teil für anwendbar gehalten wurden, liegen die Sanktionsprognosen eng beieinander. Deutsche Juristen orientieren sich offensichtlich nur wenig an den gesetzlichen Abstufungen, sondern setzen die Strafe nach eigenen Kriterien fest. Über diese informellen Sanktionsmaße besteht ein so starker Konsens, dass eine gleichmäßige Praxis erreicht wird. Hierzu dürfte nicht zuletzt die strenge Revisionskontrolle des Bundesgerichtshofs maßgeblich beigetragen haben.



Deutschland – Fallvariante 1



Deutschland – Fallvariante 2



Deutschland – Fallvariante 3

III.1.7. Schweiz

Das Schweizer Recht geht wie das deutsche von einem 3-stufigen Tatbestandsmodell aus, grenzt aber die einzelnen Tatbestandsstufen aufgrund flexiblerer Kriterien voneinander ab. Insbesondere setzt die Annahme des Mordtatbestands eine Gesamtwürdigung aller Tatumstände voraus, aufgrund derer sich die Tat als besonders verwerflich darstellen muss. Auch der „Totschlag“ genannte Privilegierungstatbestand ist so weit formuliert, dass sowohl ein akuter Affekt als auch eine länger wirkende seelische Zwangslage zu seiner Anwendung führen können. Die sich aus den drei Tatbestandsstufen ergebenden Strafraumen können außerdem deutlich abgesenkt werden, wenn bestimmte, vom Gesetz abschließend genannte allgemeine Milderungsgründe eingreifen, worunter unter anderem eine schwere Bedrängnis (seelische Zwangslage), eine schwere Drohung (notstandsähnliche Lage) oder Zorn bzw. großer Schmerz über eine ungerechte Reizung oder Kränkung (Provokation) zählen. Im Fall der Minderung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit ist sogar eine freie Strafmilderung bis zur Untergrenze jeglicher Strafe zulässig.

Damit können alle für unsere Fallvarianten bedeutsamen Faktoren in die für die Strafraumenbestimmung erforderlichen Abwägungen eingestellt werden. Insbesondere haben die Schweizer Gerichte die Wahl, entweder Erschwerungs- und Milderungsgründe voneinander zu trennen und die Erschwerungsgründe zu einer Heraufstufung der Tat zu „Mord“ zu verwenden, während die Milderungsgründe den Strafraumen dann wieder absenken, oder beide schon auf der tatbestandlichen Ebene gegeneinander abzuwägen, um bereits dadurch den letztlich anzuwendenden Strafraumen zu bestimmen. Gleiches gilt für die Berücksichtigung überschießender Milderungsgründe, die entweder für die Herabstufung des Tatbestands zu „Tot-

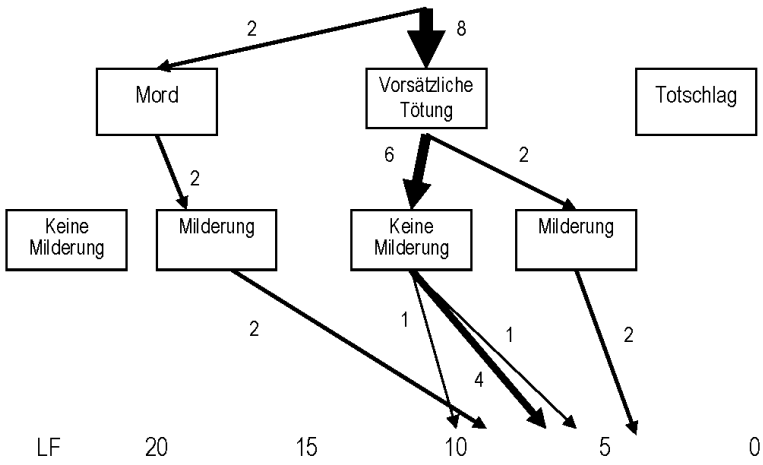
schlag“ oder für die Absenkung des Strafrahmens der „Vorsätzlichen Tötung“ nach den allgemeinen Regeln herangezogen werden können. Da sich zudem die für die drei Tatbestandsstufen vorgesehenen Strafrahmen deutlich überlappen, zeichnet sich das System insgesamt durch ein sehr hohes Maß an Flexibilität aus, ohne dass die Sanktionsentscheidung wie in Frankreich einem völlig unstrukturierten Ermessen des Tatgerichts überlassen würde.

Von allen diesen Möglichkeiten wurde in der Befragung auch tatsächlich Gebrauch gemacht. Bei Fallvariante 1 erwarteten 2 Gesprächspartner aufgrund der Tötung eines wehrlosen Opfers eine Verurteilung wegen Mordes, gingen bei der Sanktionsprognose dann aber von einer erheblichen allgemeinen Strafmilderung aus, während die übrigen 8 Gesprächspartner sich für den Totschlagstatbestand aussprachen und entweder eine Strafe im unteren Drittel des betreffenden Strafrahmens erwarteten (6 Gesprächspartner) oder sogar eine geringe Unterschreitung von dessen Untergrenze (2 Gesprächspartner). Soweit allgemeine Milderungsgründe bejaht wurden, waren dies etwa zu gleichen Teilen eine Einschränkung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit und eine schwere Bedrängnis. Insgesamt lagen die Prognosen dicht beieinander; auch die beiden Befragten, die von Mord ausgingen, erwarteten keine wesentlich höhere Strafe als der Durchschnitt der anderen Gesprächspartner.

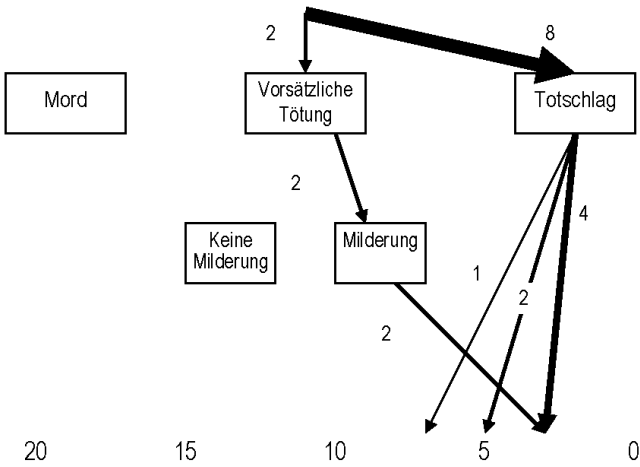
Bei Fallvariante 2 erwarteten 8 Gesprächspartner aufgrund des Affekts der T eine Verurteilung nur wegen Totschlags, während 2 mangels Entschuldbarkeit der Gemütsbewegung von Vorsätzlicher Tötung ausgingen. Diese nahmen dann aber eine allgemeine Strafmilderung wegen schwerer Bedrängnis an und prognostizierten die gleiche milde Strafe wie die Mehrheit der anderen Gesprächspartner. Erstaunlicherweise wurden die höchsten Strafen von Vertretern dieser letztgenannten Gruppe aus erwartet, obwohl sie von einem niedrigeren Strafrahmen ausgingen. Die tatbestandliche Einstufung des Falles wirkt sich bei dieser Variante daher offensichtlich nicht auf die Sanktionsentscheidung aus.

Noch deutlicher wird dieser Befund bei Fallvariante 3. Hier bleibt im Sachverhalt offen, ob die T sich noch in einem akuten Affekt befindet. Deshalb sprach sich nur die Hälfte für Totschlag aus, während es die andere Hälfte bei vorsätzlicher Tötung beließ, dann aber von einer allgemeinen Strafmilderung ausging. Im Ergebnis liegen nicht nur alle Prognosen dicht beieinander, sondern die niedrigsten und die höchsten Einzelangaben kommen jeweils gleichmäßig aus beiden Gruppen. Zudem ist das Gesamtniveau merklich niedriger als in Fallvariante 2, obwohl dort der mildere Tatbestand wesentlich öfter befürwortet wurde. Die Einschätzung, welche Strafe die angemessene sei, beruht somit auf einer allgemeinen Bewertung der Tat, die von der tatbestandlichen Einstufung unabhängig ist.

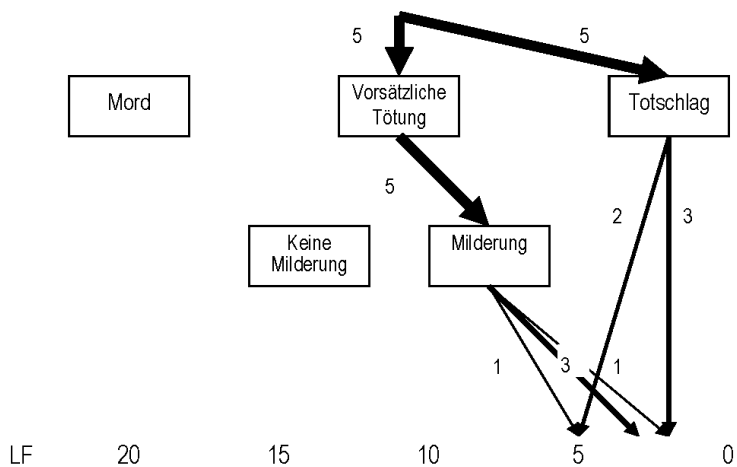
Bei Fallvariante 4 erwarteten die meisten Gesprächspartner einen Freispruch. Alternativ wurde für den Fall der Verurteilung eine Freiheitsstrafe bis zu 18 Monaten, von einem Gesprächspartner eventuell bis zu 30 Monaten, angegeben.



Schweiz – Fallvariante 1



Schweiz – Fallvariante 2



Schweiz – Fallvariante 3

III.1.8. Portugal

Das portugiesische System ist dem Schweizer System sehr ähnlich. Auf der Tatbestandsebene werden die drei Stufen durch flexible Kriterien voneinander abgegrenzt, welche im Fall des Qualifikationstatbestands anhand konkreter Beispiele näher erläutert werden. Alle drei Strafraumen können sodann aufgrund einer allgemeinen Strafmilderungsklausel, die wiederum durch gesetzliche Beispiele konkretisiert wird, deutlich abgesenkt werden. Dem portugiesischen Rechtsanwender stehen damit insgesamt 6 Kombinationsmöglichkeiten zur Verfügung, die in offener Abwägung ausgewählt werden können und über die verschiedenen Fallvarianten hinweg von den Gesprächspartnern auch tatsächlich alle herangezogen wurden.

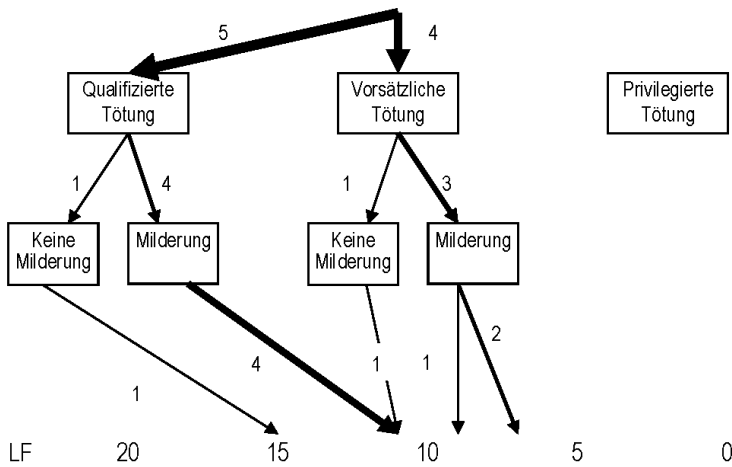
Bei Fallvariante 1 bejahte eine knappe Mehrheit den Qualifikationstatbestand wegen der geplanten, die Wehrlosigkeit des schlafenden O ausnutzenden Begehungsweise, während die übrigen Gesprächspartner sich für den Ausgangstatbestand aussprachen. In beiden Gruppen wurde sodann jeweils mehrheitlich eine allgemeine Strafmilderung bejaht, entweder pauschal wegen der mildernden Faktoren oder spezifisch wegen der Provokation durch O. Insgesamt waren damit vier verschiedene Strafraumen vertreten, was zu einer deutlichen Auffächerung der Sanktionsprognosen führte. Lediglich die beiden mittleren Gruppen (Qualifikationstatbestand mit Milderung – Ausgangstatbestand ohne Milderung) berührten sich, Überschneidungen kamen aber nicht zustande.

Bei Fallvariante 2 sprach sich eine klare Mehrheit wegen des Affekts der T für den Privilegierungstatbestand aus. Immerhin 2 Gesprächspartner bejahten auch in Verbindung mit dem Privilegierungstatbestand eine allgemeine Strafmilderung, während die anderen 7 entweder den Privilegierungstatbestand ohne Strafmilde-

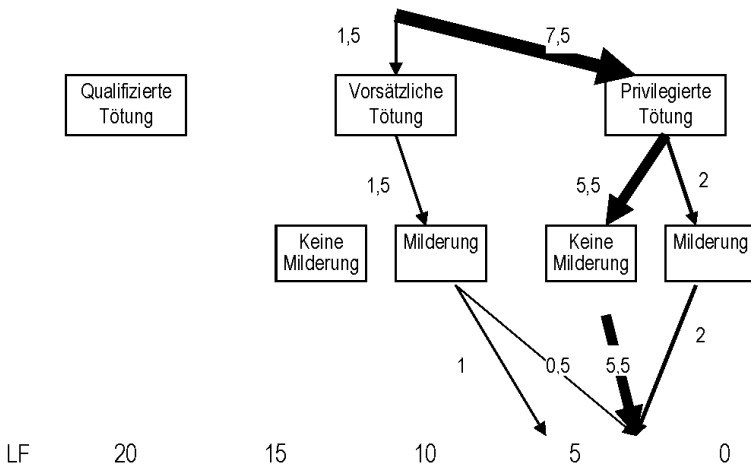
rung oder den Ausgangstatbestand mit Strafmilderung als die zu erwartende Entscheidung ansahen. Die Sanktionsprognosen trafen sich dann allerdings mit einer Ausnahme bei dem – auch im Vergleich zu den anderen Ländern – niedrigen Wert von 3 Jahren Freiheitsstrafe, sodass die Wahl des Strafrahmens für das Ergebnis keine Rolle spielte.

Die Sanktionsprognosen zu Fallvariante 3 sind dagegen wieder deutlich aufgefächert und werden klar von der Wahl des Strafrahmens beeinflusst. Etwa jeweils die Hälfte entschied sich für den Ausgangstatbestand in Verbindung mit einer Strafmilderung oder für den Privilegierungstatbestand ohne Strafmilderung. Bei Fallvariante 4 erwartete die Mehrheit schließlich einen Freispruch, sodass eine grafische Darstellung der Sanktionsprognosen keinen Sinn hat.

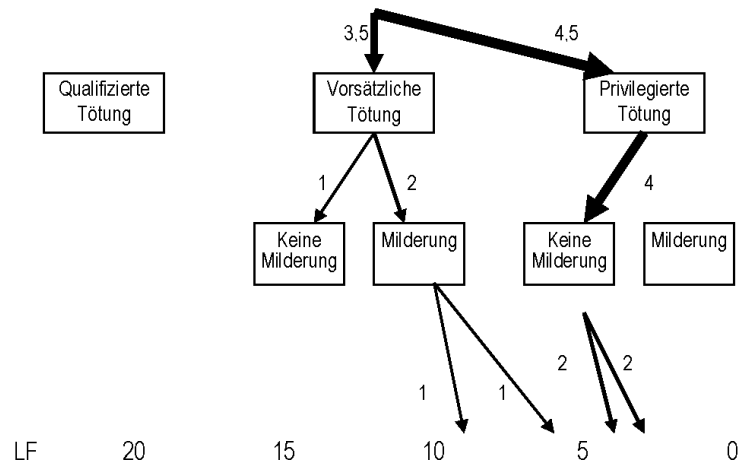
Insgesamt ergibt sich ähnlich wie in Italien und Schweden ein übersichtliches, logisch gegliedertes Bild, das die maßgeblichen Wertentscheidungen transparent werden lässt.



Portugal – Fallvariante 1



Portugal – Fallvariante 2



Portugal – Fallvariante 3

III.2. Vergleichende Darstellung und Bewertung

III.2.1. Sanktionsprognosen

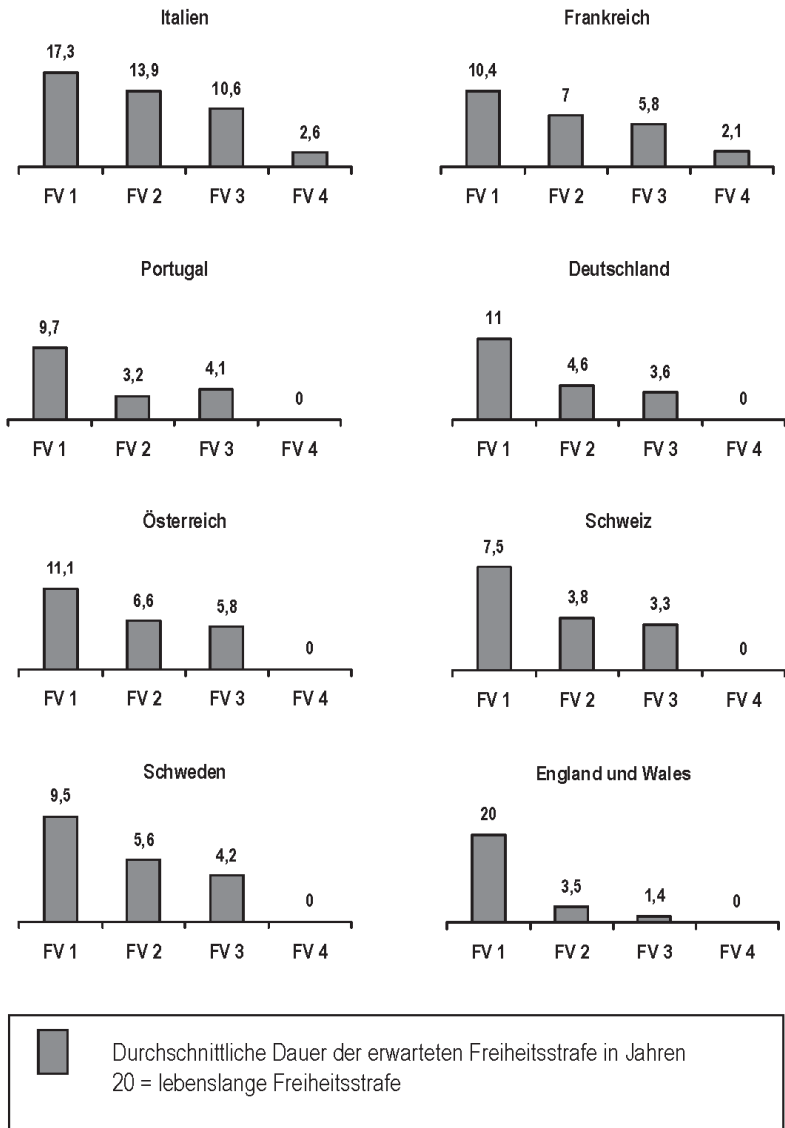
Um die Sanktionsprognosen der einzelnen Gesprächspartner aus den verschiedenen Ländern vergleichen zu können, mussten Durchschnittswerte gebildet werden.

Die meisten Befragten gaben eine Spanne an, innerhalb der sich die erwartete Strafe bewegt (z.B. „Freiheitsstrafe zwischen 6 und 10 Jahren“), einige auch nur Ober- oder Untergrenzen (z.B. „bis zu 10 Jahre Freiheitsstrafe“ oder „Freiheitsstrafe nicht unter 6 Jahren“), während einzelne auch präzise Prognosen wagten (z.B. „7 Jahre Freiheitsstrafe“).

Für jedes Land wurde für alle genannten Ober- und Untergrenzen jeweils ein Durchschnittswert gebildet. Wurde nur eine Ober- oder Untergrenze angegeben und der Bereich nach der jeweils anderen Seite offengelassen, so blieb die offene Seite unberücksichtigt. Wurde eine präzise Strafdauer genannt, so waren Ober- und Untergrenze identisch. Die lebenslange Freiheitsstrafe wurde mit 20 Jahren zum Ansatz gebracht. Damit lag sie – mit Ausnahme Italiens – höher als alle angegebenen zeitigen Freiheitsstrafen, aber nicht so hoch, dass die Ergebnisse zu stark nach oben verschoben worden wären. Ein Freispruch, der nur in Fallvariante 4 infrage kam, wurde mit dem Wert „0“ angesetzt; prognostizierte über die Hälfte der Gesprächspartner eines Landes für Fallvariante 4 einen Freispruch, so wurde der Wert dort insgesamt auf „0“ gesetzt.

Aus den Durchschnittswerten der Ober- und Untergrenzen wurde sodann für jedes Land das arithmetische Mittel gebildet und als Gesamtdurchschnittswert in die folgenden Grafiken eingesetzt. Dieser Wert lässt zwar nur sehr mittelbare Rückschlüsse auf die in den verschiedenen Fallvarianten tatsächlich zu erwartende Strafe zu, er bildet aber immerhin eine aussagekräftige Vergleichszahl zur Ermittlung des jeweiligen Einschätzungsniveaus.

Der Vergleich der *Gesamtdurchschnittswerte* ergibt folgendes Bild:



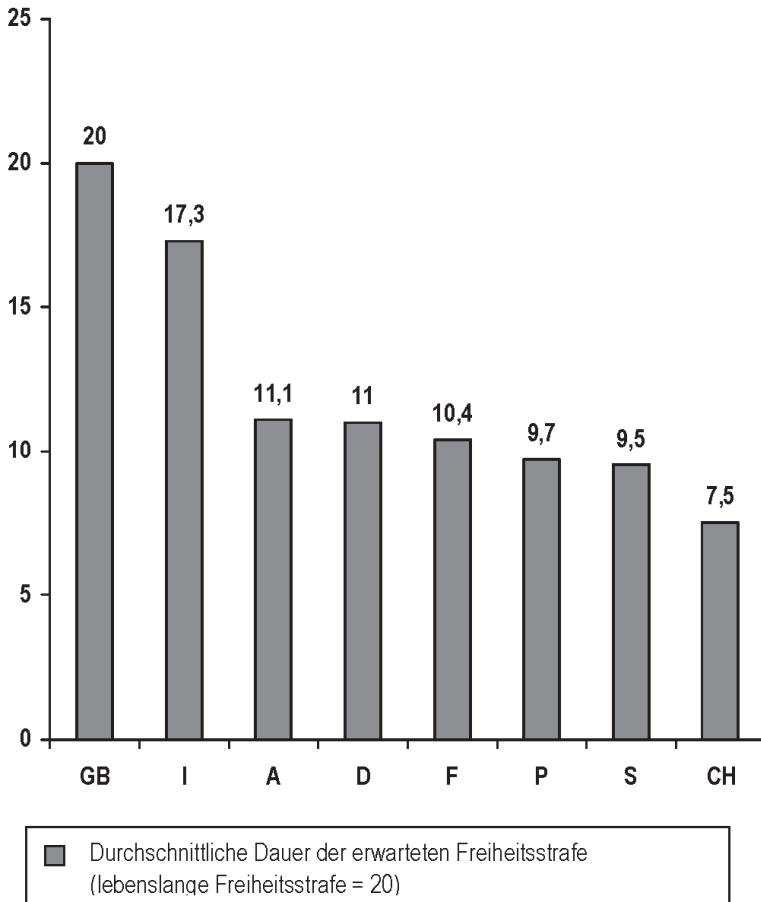
Durchschnittswerte der Prognosen zur Sanktionsentscheidung

Auffallend ist zunächst die große Übereinstimmung im Verhältnis der verschiedenen Fallvarianten zueinander. Nur in Portugal liegt das Einschätzungsniveau bei

Fallvariante 3 höher als bei Fallvariante 2. Im Übrigen ergibt sich eine klare Stufung, die bei Fallvariante 1 mit der höchsten Straferwartung beginnt und über die Fallvarianten 2 und 3 kontinuierlich bis zu Fallvariante 4 abfällt. Zumeist liegt Fallvariante 1 deutlich über und Fallvariante 4 deutlich unter dem Niveau der Fallvarianten 2 und 3, während die beiden letztgenannten eng beieinanderliegen. Eine Ausnahme bildet insoweit nur Italien, wo die Kurve von Fallvariante 1 bis 3 eher flach verläuft und erst zu Fallvariante 4 hin steiler abfällt. Sehr erheblich ist der Unterschied in England und Wales zwischen Fallvariante 1 einerseits und den anderen Fallvarianten andererseits, weil für Fallvariante 1 aufgrund der zwingenden rechtlichen Vorgaben von allen Befragten die lebenslange Freiheitsstrafe erwartet wird, während bei den anderen Fallvarianten sehr milde Strafen prognostiziert werden.

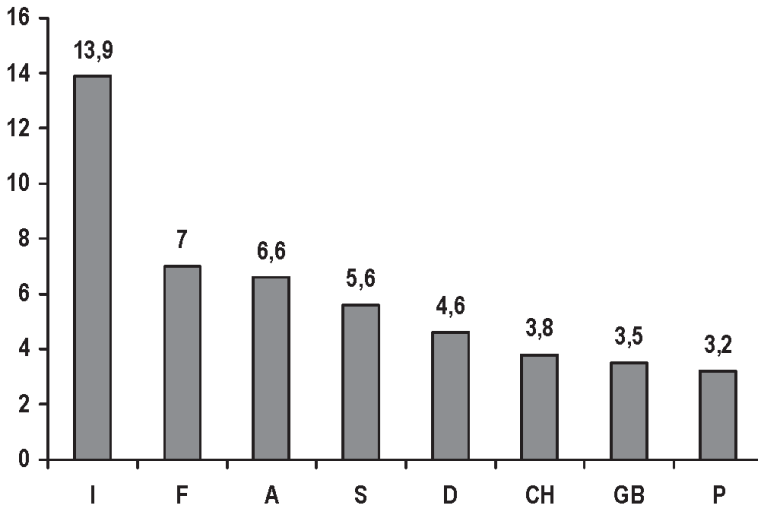
Die Angaben stehen unter dem Vorbehalt, dass das Niveau der Strafen durch besondere Gestaltungen des Strafverfahrens (insbesondere in Italien) sowie eine Verkürzung der Strafvollstreckung noch deutlich abgesenkt werden kann. Hierzu wird unter § 15 und § 16 noch näher Stellung genommen werden. Gleichwohl ergeben sie diejenige Freiheitsstrafe, die in den verschiedenen Ländern im Urteilsspruch nach streitigem Verfahren durchschnittlich erwartet wurde.

Vergleicht man die *Durchschnittswerte* der Sanktionsprognosen getrennt für jede Fallvariante, so zeigt sich freilich, dass die meisten Länder dicht beieinanderliegen. Bei *Fallvariante 1* bilden England und Wales mit der auf den Wert „20“ gesetzten lebenslangen Freiheitsstrafe sowie Italien mit einem Durchschnittswert von 17,4 die Spitze. Den mit Abstand niedrigsten Wert weist die Schweiz auf, während alle anderen Länder dicht beieinanderliegen. Bemerkenswert ist, dass in Schweden und Deutschland immerhin von einzelnen Gesprächspartnern die lebenslange Freiheitsstrafe erwartet wurde, was den Durchschnittswert deutlich nach oben drückt. Ohne diese „Ausreißer“ würde der Wert dort erheblich niedriger liegen. In Italien, Österreich, Frankreich und der Schweiz ist dagegen zwar wie in England, Deutschland und Schweden ebenfalls die lebenslange Freiheitsstrafe als Sanktion für die schweren Formen der vorsätzlichen Tötung vorgesehen. Sie wurde dort aber von keinem der Gesprächspartner befürwortet oder prognostiziert. Das portugiesische Recht verzichtet schließlich ganz auf diese besondere Strafe und sieht als Höchstmaß 25 Jahre Freiheitsstrafe vor; auch hier blieb aber die höchste Einzelprognose weit unter diesem Wert:

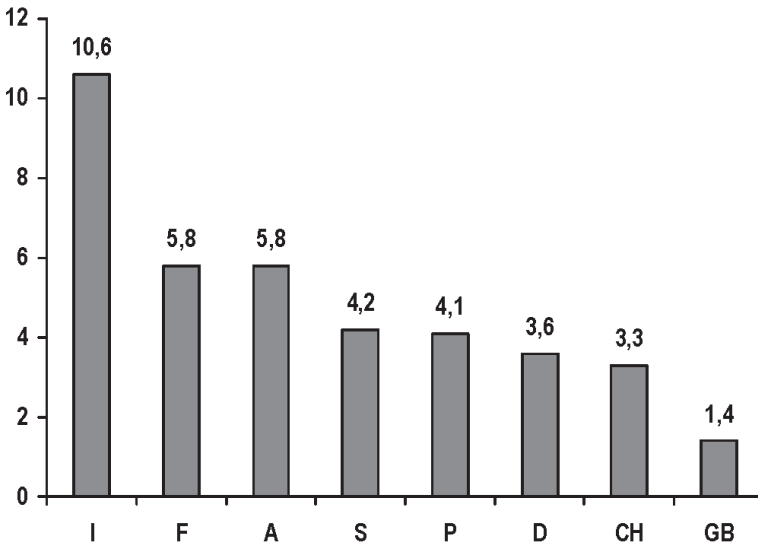


Sanktionsprognosen für Fallvariante 1

Bei den *Fallvarianten 2* und *3* wurde die lebenslange Freiheitsstrafe von keinem der Befragten erwartet. Auch sonst sind die Werte deutlich niedriger als bei Fallvariante 1. Italien liegt jeweils mit großem Abstand an der Spitze, gefolgt von Frankreich, Österreich und Schweden, und in der unteren Hälfte folgen aufeinander Deutschland, die Schweiz, England und Wales sowie Portugal, dessen Position von Fallvariante 2 zu Fallvariante 3 wechselt.



Sanktionsprognosen für Fallvariante 2



Sanktionsprognosen für Fallvariante 3

Die nächste Übersicht zeigt eine *Rangreihenfolge* des Strafniveaus in den verschiedenen Ländern. Zunächst wurde für die Fallvarianten 1 bis 3 jeweils eine Rangliste von 1 für den höchsten Gesamtdurchschnittswert bis 8 für den niedrigsten Wert gebildet. Bei Fallvariante 4 wurde die Reihenfolge anhand des Anteils der

erwarteten Freisprüche bestimmt, sodass 1 für den geringsten und 8 für den höchsten Anteil prognostizierter Freisprüche steht.³⁸ Anschließend wurde über alle 4 Fallvarianten hinweg der durchschnittliche Rangwert errechnet, wodurch sich insgesamt folgende Rangliste ergibt:

Land	FV1	FV2	FV3	FV4	Ø Rang	Gesamtrang
I	2	1	1	2	1,50	1
F	5	2	2	1	2,50	2
A	3	3	2	5	3,25	3
S	7	4	4	4	4,75	4
D	4	5	6	6	5,25	5
P	6	8	5	3	5,50	6
GB	1	7	8	8	6,00	7
CH	8	6	7	7	7,00	8

Rangreihenfolge der durchschnittlich erwarteten Strafhöhen; hoher Rang (z.B. 1) = hohe Straferwartung – niedriger Rang (z.B. 8) = niedrige Straferwartung

Die höchsten Strafen sind danach in Italien zu erwarten und die mildesten in der Schweiz. Auffallend ist der vorletzte Rang von England und Wales, obwohl für Fallvariante 1 übereinstimmend mit der lebenslangen Freiheitsstrafe gerechnet wurde; bei allen anderen Fallvarianten ist das prognostizierte Straffenniveau jedoch so niedrig, dass insgesamt ein niedriger Rangplatz herauskommt. Ebenfalls bemerkenswert ist, dass die Rangplätze bei Fallvariante 4 nicht wesentlich von denjenigen für die Fallvarianten 1 bis 3 abweichen. Länder mit hohen Strafprognosen wie Italien und Frankreich tendieren auch bei Notwehr kaum zu einem Freispruch, während England und die Schweiz ihre Milde mit der T auch hier zeigen.

Keinen Einfluss auf das Straffenniveau hat offensichtlich die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Rechtskreis. Zwar stehen mit Italien und Frankreich zwei romanische Länder an der Spitze, doch befindet sich Portugal auf dem drittletzten Platz. Von den germanischen Ländern liegt Österreich oben, Deutschland in der Mitte

³⁸ Vgl. insoweit auch die Übersichten unter § 13 II.2.

und die Schweiz³⁹ ganz unten; England und Schweden liegen ebenfalls deutlich auseinander.

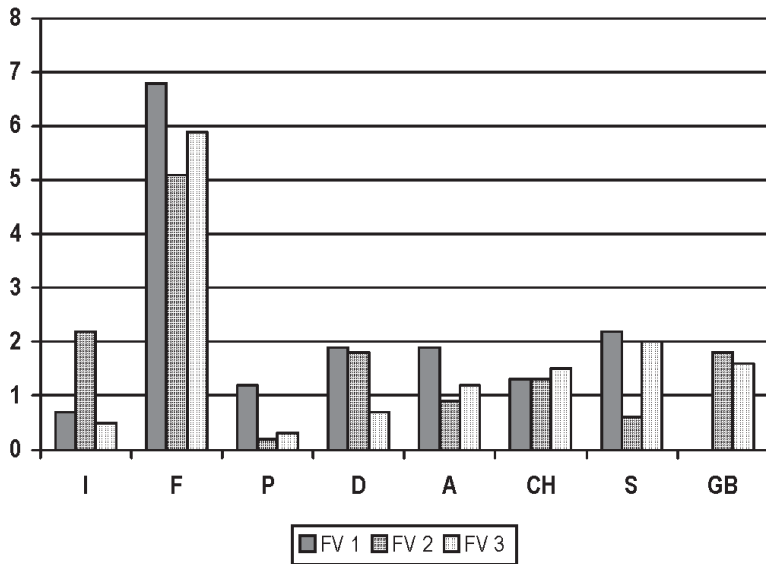
Zusätzlich zur Höhe der Sanktionsprognosen wurde für jedes Land die *Differenz* zwischen dem Durchschnittswert der *Obergrenzen* und dem Durchschnittswert der *Untergrenzen* errechnet, um das Maß der *Genauigkeit* bzw. Unschärfe der *einzelnen Sanktionsprognosen* zu messen. Dabei zeigt sich, dass die französischen Gesprächspartner sehr viel schlechter als alle anderen in der Lage waren, die erwartete Strafe einigermaßen präzise vorauszusagen. Die durchschnittliche Spannweite der Prognose beträgt dort für die Fallvarianten 1 bis 3 zwischen 5 und 7 Jahren, bei einzelnen Gesprächspartnern sogar bis zu 14 Jahre(!).⁴⁰

Bei allen anderen Ländern sind die Prognosen viel präziser. Die durchschnittliche Spanne geht an keiner Stelle wesentlich über 2 Jahre hinaus, wobei offensichtlich weder die Enge oder Weite der vorgegebenen Strafraumen noch das Ausmaß des tatrichterlichen Ermessens eine Rolle spielt. Besonders niedrige Werte und damit besonders präzise Prognosen finden sich sowohl in Italien mit seinem mathematisch durchkonstruierten Tatumwertgraduierungssystem als auch in Portugal mit seinen großzügigen Ermessens- und Beurteilungsspielräumen. Erstaunlich ist vor allem, dass auch in England und Wales für die Fallvarianten 2 und 3 recht präzise Angaben gemacht wurden, obwohl der Richter hier theoretisch ein noch weiteres Ermessen hat als in Frankreich.

Selbst wenn man berücksichtigt, dass die Genauigkeit der einzelnen Strafprognosen nicht unerheblich von der konkreten Fragetechnik des Interviewers beeinflusst wird und die Vergleichswerte deshalb gewissen Verzerrungen unterliegen können, sind diese Ergebnisse doch in der Sache plausibel und durch die Besonderheiten der jeweiligen Systeme erklärbar. Lediglich in Frankreich treffen extrem weite Strafraumen mit der Weigerung des Rechtsmittelgerichts zusammen, das tatrichterliche Strafzumessungsermessen wenigstens in groben Linien zu kontrollieren. Das Ergebnis ist daher ein hohes Maß an Unberechenbarkeit der zu erwartenden Strafen, was sich in den Antworten jedes einzelnen Gesprächspartners niederschlägt. In allen anderen Ländern engen dagegen entweder gesetzliche Vorgaben die anzuwendenden Strafraumen ein oder es hat sich unter der Leitung der Rechtsmittelgerichte eine ständige Praxis von Straftaxen für vergleichbare Fälle gebildet, auf die in den Antworten zurückgegriffen werden kann, sodass durchweg präzisere Prognosen möglich sind.

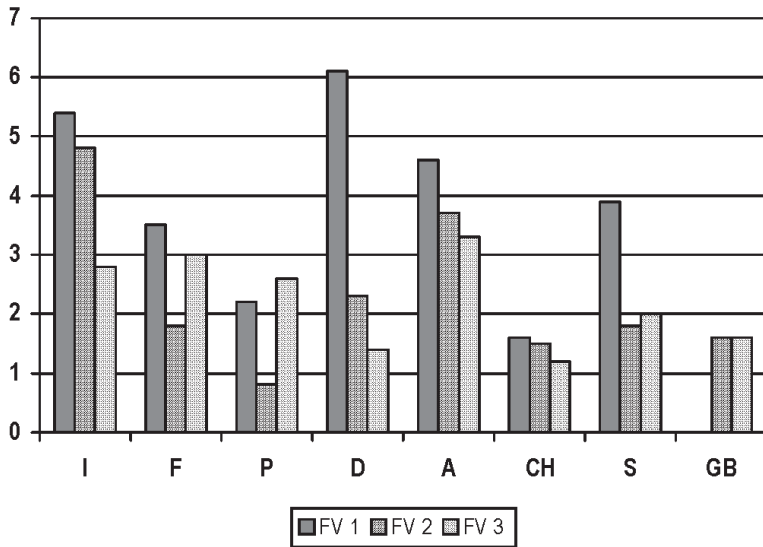
³⁹ In der Schweiz liegt der Schwerpunkt auf den deutschsprachigen Kantonen.

⁴⁰ Ein Gesprächspartner erwartete für Fallvariante 1 eine Freiheitsstrafe zwischen 4 und 18 Jahren.



Durchschnittliche Unschärfe der prognostizierten Sanktion

Von der Präzision oder Unschärfe der Prognosen zu trennen ist das *Maß* der Übereinstimmung oder *Streuung der Angaben innerhalb eines Landes*. Um dieses Maß zu ermitteln, wurde die Standardabweichung der arithmetischen Mittelwerte zwischen Ober- und Untergrenze errechnet, d.h. die Abweichung der Sanktionsprognosen vom Gesamtmittelwert des betreffenden Landes. Hohe Werte bedeuten hohe Streuung, niedrige Werte hohe Übereinstimmung.



Standardabweichung der Sanktionsprognosen innerhalb eines Landes

Der höchste Einzelwert mit einer Standardabweichung von über 6 Jahren findet sich bei den Angaben der *deutschen* Gesprächspartner zu Fallvariante 1. Der Grund hierfür liegt in der Spaltung zwischen 3 Gesprächspartnern einerseits, die keine Möglichkeit zur Absenkung der für Mord vorgesehenen lebenslangen Freiheitsstrafe sahen, und den übrigen 9 Gesprächspartnern andererseits, die eine solche Absenkung wegen verminderter Schuldfähigkeit oder aufgrund außergewöhnlicher Umstände bejahten und Freiheitsstrafen von im Mittelwert zumeist deutlich unter 10 Jahren erwarteten. Bei den Fallvarianten 2 und 3 bestand dieses schwierige rechtliche Wertungsproblem nicht, sodass die Sanktionsprognosen sich deutlich einander annäherten. Ein ganz ähnliches Bild zeigt sich in Schweden, wo bei Fallvariante 1 wegen der von einem der Gesprächspartner befürworteten lebenslangen Freiheitsstrafe ebenfalls eine hohe Standardabweichung auffällt, während im Übrigen die Antworten nahe beieinanderliegen.

Generell sehr hohe Werte und damit große Unterschiede zwischen den verschiedenen Gesprächspartnern zeigen sich in Italien und Österreich. In *Italien* verwundert dieses Ergebnis nicht, denn die Gesprächspartner mussten sich hier in Abwägung der erschwerenden und mildernden Umstände zwischen mehreren mathematisch aufeinander aufbauenden Strafrahmen entscheiden. Da sich die Strafzumessung im engeren Sinne wegen der Besonderheiten des Systems meist an der Untergrenze des gefundenen Strafrahmens bewegt und deswegen eine unterschiedliche Strafrahmenwahl nicht ausgleichen kann, führte die Auffächerung der Strafrahmen auch zu einer entsprechenden Streuung der Sanktionsprognosen. Ein

ähnlich aufgefächertes Bild ergibt sich für *Österreich*, obwohl hier wegen der Überlappung der Strafrahmen eine wesentlich stärkere gegenseitige Angleichung der Sanktionsprognosen möglich gewesen wäre. Möglicherweise ist diese unerwartet hohe Streuung aber auch durch die Art des Datenmaterials zu erklären, da im Unterschied zu den anderen Ländern vorrangig nach der eigenen Ansicht der Gesprächspartner und weniger nach der Prognose der gerichtlichen Entscheidung gefragt wurde.

Bei *Frankreich* erreichen die Abweichungen mittlere Werte. Angesichts der breiten Spannen, die von den Gesprächspartnern jeweils angegeben wurden, können die Mittelwerte freilich nicht so stark variieren wie in den anderen Ländern, sodass das Maß der Streuung eher hoch erscheint. Insgesamt sind daher in Frankreich die deutlichsten Unsicherheiten und Streuungen bei der Sanktionsprognose zu verzeichnen.

Bei *Portugal* stimmen die Prognosen für die Fallvarianten 1 und 3 ungefähr in demselben – mittleren – Maß überein wie in Deutschland und Schweden für die Fallvarianten 2 und 3. Bei Fallvariante 2 ist die Streuung sogar noch deutlich geringer, sodass insgesamt ein vergleichsweise homogenes Bild entsteht.

Die größten Übereinstimmungen ergaben sich schließlich in *England und Wales* sowie der *Schweiz*. Abgesehen von der Beurteilung der Fallvariante 1 nach englischem Recht, wo aufgrund der strikten Rechtslage keine andere Sanktion als die lebenslange Freiheitsstrafe möglich ist, räumen beide Systeme den Tatgerichten für die Sanktionsentscheidung die größten Ermessens- und Beurteilungsspielräume ein. Die geringe Streuung kann deshalb nicht mit engen rechtlichen Vorgaben erklärt werden, sondern beruht offensichtlich auf informellen Konventionen der Gerichte, die sich im Lauf der Zeit herausgebildet haben.

III.2.2. Einstufung der Tatschwere

Eine klare Aussage, welchem System die Einstufung der Tatschwere und die Gewährleistung einer gleichmäßigen, berechenbaren und sachgerechten Sanktionierung am besten gelingt, ist nicht möglich. Zu nahezu jeder Systemart lassen sich sowohl positive als auch negative Beispiele finden.

So überzeugt das *italienische System* mit seiner strengen *rechtlichen Bindung* durch große Transparenz der maßgeblichen Wertungen, führt aber auf der Sanktionsseite zu deutlich zu hohen Strafen. Sämtliche für die Bewertung der Fallvarianten relevanten Gesichtspunkte werden über die verschiedenen Erschwerungs- und Milderungsgründe erfasst. Durch den Zwang zu gegenseitiger Abwägung und geradezu mathematischer Bestimmung des Gewichts der Milderungs- oder Erschwerungsgründe wird der Prozess der Tatumwertgraduierung offengelegt und einer strafrechtsdogmatischen Bearbeitung zugänglich gemacht. Die Abwägungsprozesse der italienischen Gesprächspartner sind dementsprechend gut nachvoll-

ziehbar und konsistent, auch die Bewertungsunterschiede zwischen den einzelnen Befragten sind verständlich. Insbesondere wird die Stufung zwischen den verschiedenen Fallvarianten gut herausgearbeitet. Dass das Sanktionsniveau insgesamt zu hoch ist, beeinträchtigt diesen positiven Eindruck zunächst nicht. So liegt etwa bei Fallvariante 1 die prognostizierte Strafe weit unterhalb der Höchststrafe und wird dem Zusammenspiel erschwerender und mildernder Faktoren in Relation zur Gesamtspanne der möglichen Strafen gut gerecht. Dennoch führen die hohen Strafandrohungen zu erheblichen Abstufungen, sodass etwa von der schwer zu beantwortenden Frage, ob bei Fallvariante 2 ein oder zwei Milderungsgründe überwiegen, unverhältnismäßig große Sanktionssprünge abhängen.

Beispiele für eine insgesamt misslungene rechtliche Bindung des Tatgerichts bilden *England und Wales* sowie *Deutschland*. Offensichtlich wird die Unzulänglichkeit eines Systems, das mit zu starren Kriterien an der lebenslangen Freiheitsstrafe festhält, bei Fallvariante 1. In *England und Wales* gelingt die Herabstufung zu *manslaughter* nicht, weil die mildernden Faktoren im vorgegebenen Sachverhalt zu schwach und unspezifisch ausgeprägt sind, obwohl das Gesamtgewicht der Tat allenfalls im Mittelbereich vorsätzlicher Tötungen liegt. Die Gesprächspartner gingen daher allgemein von der Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe aus, prognostizierten für den – nicht als völlig unmöglich angesehenen – Fall der Herabstufung der Tat durch die Geschworenen zu *manslaughter* aber eine auch im Verhältnis zu anderen Ländern sehr milde Strafe.

In *Deutschland* wird dem Mordmerkmal der Heimtücke deutlich zu viel Gewicht beigemessen, sodass die mildernden Faktoren nur unter ähnlich hohen Anforderungen wie in England und Wales die Verschärfung der Strafe kompensieren können. Dennoch beschränkt der größere Teil der Befragten den Weg der Strafmilderung, wobei von einem nicht unerheblichen Teil die Schwelle für die Annahme verminderter Schuldfähigkeit deutlich abgesenkt wurde. Die Sanktionsprognosen waren daher in zwei weit auseinanderliegende Gruppen aufgeteilt (lebenslange Freiheitsstrafe einerseits und Freiheitsstrafe unter 10 Jahren andererseits).

Auf der anderen Seite bewährt sich das *deutsche* System aber auch nicht bei den Fallvarianten 2 und 3, wo starre Vorgaben (speziell beim Mordtatbestand und allgemein bei der Strafraumenabsenkung wegen verminderter Schuldfähigkeit) mit einem weiten Strafzumessungsermessen (beim Totschlagstatbestand) in Konkurrenz treten. Das Ergebnis sind gewaltige Sprünge bei der tatbestandlichen Einstufung (Mord – Totschlag – minder schwerer Fall des Totschlags) einerseits und eine starke Korrektur des Strafrahmens bis hin zur weitgehenden Irrelevanz der Strafraumenwahl andererseits, weil die Befragten von allen möglichen Wegen aus zu einem im Wesentlichen übereinstimmenden Ergebnis gelangen. Hier drängt sich deutlich der Eindruck auf, dass die eigentlichen Kriterien für die Sanktionsentscheidung außerhalb des Gesetzes liegen und dessen Vorgaben nur für die äußere Begründung der getroffenen Entscheidung eine Rolle spielen.

Einen gespaltenen Eindruck hinterlassen Systeme mit *weitem tatrichterlichen Ermessen*. In *Frankreich* herrscht zwar keine Beliebigkeit, vielmehr kommt die Abstufung der vier Fallvarianten auch in den Sanktionsprognosen klar zum Ausdruck. Gleichwohl sorgen die extrem weiten Strafraumen in Verbindung mit einer unkontrollierten Entscheidungsfreiheit der erkennenden Schwurgerichte für erhebliche Unsicherheit und damit auch für eine starke Ungleichmäßigkeit der Sanktionierung. Dagegen sind die Angaben der Gesprächspartner aus *England und Wales* für die Fallvarianten 2 und 3 sowie der *Schweiz* für alle Fallvarianten äußerst homogen, sowohl was die Genauigkeit der einzelnen Prognosen als auch was die Übereinstimmung zwischen den Befragten angeht. In beiden Ländern haben sich offensichtlich informelle Straftaxen gebildet, die trotz der weiten Ermessensspielräume zu einer Berechenbarkeit und Gleichmäßigkeit der Sanktionierung führen.

Die Systeme *Schwedens*, *Österreichs* und *Portugals* liegen schließlich sowohl hinsichtlich der rechtlichen Konstruktion als auch hinsichtlich der tatsächlichen Antworten der Gesprächspartner eher in der Mitte. Die rechtlichen Systeme der Tatunwertgraduierung sehen einerseits klare tatbestandliche Abstufungen vor, diese sind andererseits aber anhand weiter, flexibler Kriterien anzuwenden und können vor allem durch allgemeine Strafmilderungen abgefangen werden. Wie in Italien bestehen in diesen Ländern jeweils Kataloge von allgemeinen und/oder besonderen Erschwerungs- und Milderungsgründen, die freilich nicht mit der gleichen mathematischen Präzision gegeneinander abgewogen und verrechnet werden müssen. Die Einschätzungen und Prognosen der Gesprächspartner waren hinsichtlich der anzuwendenden Strafraumen daher entsprechend den in den Fallvarianten vorgegebenen Bewertungsproblemen jeweils deutlich aufgefächert, näherten sich bei der konkreten Sanktionsprognose dann aber wieder einander an, ohne sich jedoch wie in Deutschland und der Schweiz zu überschneiden. Die Tatunwertgraduierungssysteme in diesen Ländern fördern offensichtlich einen offenen, transparenten Umgang mit den einschlägigen Wertkonflikten und lassen dem Rechtsanwender bei der Sanktionsfestsetzung eine hinreichende Flexibilität, sodass keine Parallelwelt informeller Straftaxen entsteht.

Entsprechend dieser Gesamteinschätzung unterliegt auch die *Bedeutung der tatbestandlichen Einstufung* der Fallvarianten für die prognostizierte Strafe erheblichen Schwankungen. Während in England und Wales fast alles davon abhängt, ob die Herabstufung der Tat zu *manslaughter* gelingt, hat in der Schweiz und teilweise auch in Deutschland die Wahl des mildereren oder schärferen Tatbestands praktisch keine Auswirkungen auf die Sanktion. Bei Systemen mit einer eher linearen Aufgefächerung von anzuwendenden Strafraumen und prognostizierten Sanktionen wie Österreich und Schweden wird die Größenordnung der Strafe bereits maßgeblich durch die Entscheidung für den Ausgangs- oder den Privilegierungstatbestand festgelegt, während etwa in Portugal entsprechende Zusammenhänge deutlich schwächer ausgeprägt, aber immer noch klar erkennbar sind. Im französischen System mit seinen weitgehend überlappenden Strafraumen wird zwar allein für Fall-

variante 1 der Qualifikationstatbestand bejaht, doch erscheint fraglich, ob das gegenüber den anderen Fallvarianten deutlich höhere Sanktionsniveau tatsächlich darauf beruht; Fallvariante 3 wird jedenfalls milder als Fallvariante 2 beurteilt, obwohl bei dieser von vielen Gesprächspartnern nur Körperverletzung mit Todesfolge angenommen wurde, während man für jene klar Totschlag bejahte. Eine für alle Länder einheitliche Auswirkung der tatbestandlichen Einstufung auf die Sanktionsentscheidung lässt sich somit nicht erkennen. Maßgeblich ist vielmehr das jeweilige nationale System der Tatunwertgraduierung und Strafzumessung, innerhalb dessen der Tatbestandsebene eine sehr unterschiedliche Bedeutung zukommen kann.

Bemerkenswert ist die fast vollständige Übereinstimmung bei der *Schwereabstufung der vier Fallvarianten untereinander*. Bei *Fallvariante 1* führt die Kombination von überlegter, im Voraus geplanter Tatausführung und Wehrlosigkeit des schlafenden Opfers überall dazu, dass von einem zumindest mittelschweren Fall vorsätzlicher Tötung ausgegangen wird. Die Wertungsdifferenzen zwischen den verschiedenen Ländern betreffen in aller Regel nur die Frage, ob wegen der besonderen gesetzlichen Vorgaben die gleichwohl vorliegenden mildernden Faktoren völlig ausgeblendet werden müssen, sodass die Höchststrafe zu verhängen ist (England und Wales, Deutschland), oder ob eine freie Abwägung aller Umstände erfolgen kann, die dann überall zu einer ähnlichen – hohen – Einstufung des Tatunwertgehalts führt. Ob das Gesetz eher den Vorbedacht oder die heimtückische Tatbegehung als Erschwerungsgrund herausstellt, ist insoweit für das Sanktionsniveau ebenso unerheblich wie die Bevorzugung der verminderten Zurechnungsfähigkeit, der Tatprovokation durch das Opfer oder der allgemeinen seelischen Belastung als Milderungsfaktoren. Soweit bei den Sanktionsprognosen für diese Fallvariante stärkere Streuungen vorkommen, beruhen sie – mit Ausnahme Deutschlands – mithin eher auf individuellen Einschätzungsdifferenzen der Gesprächspartner als auf landesspezifischen rechtlichen Vorgaben.

Ebenso eindeutig steht in allen Ländern *Fallvariante 4* am unteren Ende der Schwereskala. Übereinstimmend wird hier vom Bestehen einer Notwehrlage ausgegangen, die grundsätzlich den Weg zur Strafbefreiung öffnet. Differenzen ergeben sich hingegen bei der Frage, ob die Verteidigungshandlung der T den Notwehranforderungen genügt und ob im negativen Fall eine Strafbefreiung wegen Notwehrexzess in Betracht kommt. Wird eine solche verneint, so kommt nach Ansicht aller betreffenden Gesprächspartner nur eine milde, zumeist zur Bewährung ausgesetzte Strafe in Betracht, wobei die Angaben in vielen Ländern so unbestimmt waren, dass eine vergleichende Auswertung nicht möglich ist. Das Spektrum reicht von Ländern, in denen eine Strafbefreiung vollständig wegen Notwehr (England und Wales) oder überwiegend wegen Notwehr und im Übrigen weitgehend wegen Notwehrexzess (Deutschland, Österreich, Schweiz) bejaht wird, über Länder mit insgesamt leicht überwiegender Bejahung einer Strafbefreiung wegen Notwehr oder Notwehrexzess (Portugal, Schweden) bis hin zu Frankreich und Ita-

lien, wo zwei Drittel bis drei Viertel der Gesprächspartner eine Strafbefreiung ablehnten.

Eher unerwartet ist die große Übereinstimmung bei den Fallvarianten 2 und 3. Vor der Durchführung der Befragung war angenommen worden, dass die Betonung der unüberlegten, spontanen Tatbegehung aufgrund akuten Affekts einerseits und einer konkreten, zeitnahen Tatprovokation andererseits je nach landesspezifischer Ausgestaltung der einschlägigen Regelungen zu unterschiedlichen Reihenfolgen in der Abstufung führen würde. Tatsächlich wurde aber mit Ausnahme Portugals die Fallvariante 3 im Durchschnitt deutlich milder eingestuft als die Fallvariante 2. Grundsätzlich führt in allen Systemen sowohl die verminderte Zurechnungsfähigkeit als auch eine konkrete Tatprovokation zu einer erheblichen Strafmilderung. Die Anforderungen an die verminderte Zurechnungsfähigkeit sind dabei zwar durchweg strenger als an die durch äußere Umstände leichter verifizierbare Provokation. Auf der anderen Seite neutralisiert aber der Affekt in Fallvariante 2 die erschwerenden Faktoren der geplanten Tatausführung und der bewussten Ausnutzung der Wehrlosigkeit des Opfers auch dann, wenn er nicht die für die verminderte Zurechnungsfähigkeit erforderliche Stärke erreicht, während diese erschwerenden Umstände in Fallvariante 3 durchaus bejaht werden können.

Erwartet wurde deshalb eher ein ausgeglichenes Verhältnis zwischen den beiden Fallvarianten, sowohl innerhalb eines Landes als auch zwischen den verschiedenen Ländern. Tatsächlich gab es zwar in jedem Land sowohl Gesprächspartner, die für Fallvariante 2 eine höhere Strafe als richtig ansahen oder prognostizierten als für Fallvariante 3, als auch solche, die von einem umgekehrten Verhältnis ausgingen oder keinen Unterschied zwischen den beiden Fallvarianten machen wollten. Mit Ausnahme Portugals überweg aber in jedem Land eindeutig die Zahl derjenigen, die für Fallvariante 2 eine höhere Strafe befürworteten bzw. prognostizierten, was zu der genannten klaren Reihenfolge bei den Durchschnittswerten führte.

Erstaunlich ist dieses Ergebnis vor allem bei Ländern, deren Rechtslage oder Sanktionspraxis eher Fallvariante 2 begünstigt. So wird für *England und Wales* allgemein betont und bei Fallvariante 2 auch von den Gesprächspartnern in alternativen Strafprognosen zum Ausdruck gebracht, dass die Herabstufung des Mordtatbestands aufgrund der Einrede der verminderten Zurechnungsfähigkeit niedrigere Strafen zur Folge hat als die Herabstufung durch die Provokationseinrede. Dennoch liegen die Sanktionsprognosen für Fallvariante 3 insgesamt spürbar niedriger als bei Fallvariante 2, obwohl bei Ersterer alle von der Provokationseinrede ausgingen, während bei Letzterer fast die Hälfte zur verminderten Zurechnungsfähigkeit tendierte. Ähnliches gilt für *Frankreich*, wo für Fallvariante 2 von mehreren Gesprächspartnern eine Herabstufung des Tatbestands zu Körperverletzung mit Todesfolge befürwortet wurde, während bei Fallvariante 3 fast alle vom Ausgangstatbestand der vorsätzlichen Tötung ausgingen, die Reihenfolge der Schwereabstufung davon aber nicht beeinflusst wurde.

Bei den Ländern, deren Privilegierungstatbestand ausdrücklich auf einen konkreten Affekt Bezug nimmt und bei denen deshalb ebenfalls Fallvariante 2 eher milder beurteilt werden sollte als Fallvariante 3, gelangen tatsächlich nur in *Portugal* die Gesprächspartner zu einem solchen Ergebnis. In der *Schweiz* führt diese Rechtslage zwar dazu, dass der Privilegierungstatbestand für Fallvariante 2 deutlich häufiger bejaht wird als für Fallvariante 3; gleichwohl werden auf der Ebene der Strafzumessung die insgesamt milderen Strafen dann aber für Fallvariante 3 befürwortet bzw. prognostiziert. In *Österreich* ist dieses Ergebnis sogar schon bei der tatbestandlichen Einstufung und erst recht bei der Strafzumessung zu verzeichnen.

Ebenso klar ist das Meinungsbild schließlich in den Antworten der *deutschen* Gesprächspartner, die sich bei ihrer Bevorzugung der Provokationsvariante immerhin auf den Wortlaut des Privilegierungstatbestands stützen können, sowie in *Italien* und *Schweden*, wo verminderte Zurechnungsfähigkeit und Provokation gleichberechtigt als Milderungsgründe nebeneinanderstehen. Ganz offensichtlich besteht in fast allen Ländern eine Tendenz, der zeitnahen, vor Gericht leichter durch Beweise rekonstruierbaren Tatprovokation ein stärkeres milderndes Gewicht zu verleihen als der nur schwer fassbaren und auch durch Anerkennung eines „battered-woman syndrome“ nicht ohne großen Sachverständigenaufwand zuzubilligenden verminderten Zurechnungsfähigkeit.

Damit ist der *Gesamteindruck zur Sanktionsentscheidung* derjenige einer konsistenten, durchgängigen und über die verschiedenen Länder hinweg weitgehend einheitlichen Abstufung des Tatumwertgehalts. Wesentliche Differenzen ergeben sich bei der Sanktionshöhe, wobei Strafverkürzungen durch besondere Gestaltungen des Strafverfahrens und der Strafvollstreckung noch nicht berücksichtigt sind, bei der Anwendung der lebenslangen Freiheitsstrafe auf Fallvariante 1 und bei der Neigung, die T in Fallvariante 4 freizusprechen. Die lebenslange Freiheitsstrafe stellt freilich eine Sonderproblematik des insoweit zu starren englischen und deutschen Rechts dar, während bei den Sanktionshöhen und der Freispruchfreundlichkeit ein klarer Zusammenhang dergestalt erkennbar ist, dass die Länder mit den höchsten Strafen auch am wenigsten zum Freispruch in Fallvariante 4 neigen.

Diesen einheitlichen oder zumindest einer einheitlichen Linie folgenden Ergebnissen steht jedoch ein zerrissenes Bild vielfältiger und sehr unterschiedlich strukturierter Tatumwertgraduierungssysteme entgegen, die stark durch nationale Eigenheiten beeinflusst sind. Bevor hierzu jedoch eine definitive Bewertung erfolgen kann, soll zunächst der Vergleich des Strafverfahrens und der Strafvollstreckung abgewartet werden.

§ 15 Einflüsse des Strafverfahrens

I. Einführung

Dass das Strafverfahren gegenüber dem materiellen Strafrecht keine rein „dienende“ Funktion hat, die sich auf eine 1:1-Umsetzung des staatlichen Strafanspruchs beschränkt, ist inzwischen hinreichend bekannt.⁴¹ Empirische Forschungen, die insbesondere vom „labeling approach“ inspiriert wurden, haben eindrucksvoll belegt, dass im Strafverfahren weitreichende Definitions- und Selektionsprozesse stattfinden und dass seine Organisationsstrukturen das tatsächliche Wirken eines Strafverfolgungssystems massiv beeinflussen.⁴² Da unsere Untersuchung auf das tatsächliche Funktionieren von Strafrechtsordnungen ausgerichtet ist, kann sie diesen Bereich nicht ignorieren, sondern muss sich auch darum kümmern, wie die Lösung der Fallvarianten von den jeweiligen Besonderheiten des Strafverfahrens beeinflusst wird. Den Gesprächspartnern wurden deshalb auch einige Fragen zum mutmaßlichen Ablauf des Strafverfahrens in den verschiedenen Fallvarianten gestellt.

Angesichts der engen zeitlichen Grenzen der Gespräche konnten freilich nicht alle relevanten Aspekte im Einzelnen durchgesprochen werden. Erfasst wurden nur einige wenige Faktoren, von denen wir uns besonderen Aufschluss über die Einflüsse des Strafverfahrens versprochen. Als Hintergrundinformation wurden von den Projektmitarbeitern zunächst die Wesenszüge der verschiedenen Prozesssysteme herausgearbeitet und in den Landesberichten dargestellt, wobei vor allem zwei Aspekte als besonders wichtig angesehen wurden: erstens Art und Ausmaß der Mitwirkung von Laien an der Entscheidungsfindung, weil von diesen bei Beziehungstaten eine größere Milde gegenüber der T zu erwarten ist als von Berufsrichtern, und zweitens die Aufteilung der Verantwortung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Sachverhaltsermittlung zwischen dem Gericht einerseits und den Vertretern von Anklage und Verteidigung andererseits (Amtsermittlungsverfahren versus adversatorischer Parteienprozess). Auf dieser Basis wurden sodann in den Gesprächen Fragen zu folgenden Aspekten gestellt:

- zu erwartender Beweisaufwand, insbesondere im Hinblick auf die Zurechnungsfähigkeit der T sowie auf Notwehr, Notstand oder Provokation
- rechtliche und faktische Beweislastverteilung bei Verteidigungsvorbringen (verminderte Zurechnungsfähigkeit, Notwehr etc.)

⁴¹ Näher dazu *Walter Perron*, Überlegungen zum Verhältnis von Strafrecht und Strafprozessrecht, in: Udo Ebert u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack, Berlin, New York 1999, S. 473–485.

⁴² Für die vorliegende Untersuchung besonders aufschlussreich ist die Studie von *Klaus Sessar*, Rechtliche und Soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität. Freiburg 1981.

- Begründung der getroffenen Entscheidung durch das Tatgericht sowie Art und Intensität der Rechtsmittelkontrolle, insbesondere hinsichtlich der Sanktionsfestsetzung
- Beeinflussung des Verfahrensergebnisses durch taktisches Verhalten des Anklägers oder der Verteidigung (zuständiger Spruchkörper, Verteidigungsstrategien, Absprachen über Verfahrensverlauf und Ergebnis)

Im Folgenden werden die Ergebnisse vorgestellt, wobei die Darstellung sich noch stärker als im materiellrechtlichen Bereich auf die für das Untersuchungsziel wesentlichen Aspekte beschränkt. Für alle übrigen angesprochenen Fragen sei auf die Landesberichte verwiesen.

II. Laienbeteiligung und allgemeines Prozesssystem

In den untersuchten Ländern besteht ein breites Spektrum unterschiedlicher Systeme. Rückschlüsse auf die Lösung der vier Fallvarianten lassen sich von dem jeweiligen Prozesstyp freilich – entgegen unseren ursprünglichen Erwartungen – nicht ziehen – im Gegenteil, die Befunde unserer Untersuchung legen sogar eine weitgehende Irrelevanz nahe.

Die *Beteiligung von Laien* an der Entscheidungsfindung des erkennenden Gerichts ist bei vorsätzlichen Tötungsdelikten grundsätzlich in allen untersuchten Ländern vorgesehen. In *Portugal* ist hierfür allerdings ein besonderer Antrag der Staatsanwaltschaft oder der Verteidigung erforderlich, der in der Praxis höchst selten gestellt wird, sodass in aller Regel nur Berufsrichter tätig sind. In *England und Wales* sowie in *Österreich* entscheiden dagegen ausschließlich Laien ohne Mitwirkung von Berufsrichtern über die Schuldfrage, während in allen anderen Ländern ein aus Laien und Berufsrichtern zusammengesetztes Gremium gemeinsam das Urteil berät und fällt, wobei die Laien überall zumindest eine Sperrminorität haben. Die Entscheidung über die Straffrage ist in *England und Wales* sowie in *Österreich* von derjenigen über die Schuldfrage getrennt. In *England und Wales* ist hierfür allein der verhandlungsleitende Berufsrichter zuständig, in *Österreich* treten die Berufsrichter in das Entscheidungsgremium ein und urteilen gemeinsam mit den Laien. In den anderen Ländern erfolgt die Entscheidung über die Straffrage dagegen zusammen mit derjenigen über die Schuldfrage und wird von Laien und Berufsrichtern gemeinsam getroffen.

Die *Verantwortung für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Sachverhaltsaufklärung* liegt im *englischen* Verfahren hinsichtlich der Schuldfrage bekanntermaßen bei den Vertretern von Anklage und Verteidigung, die jeweils einseitig ihre Beweise vorführen und versuchen, die Beweise der Gegenseite zu entkräften; bei der Straffrage ist dagegen der Berufsrichter in einem nicht-adversatorischen, eher

summarischen Verfahren für die Sachverhaltsaufklärung verantwortlich. In *Deutschland, Österreich, der Schweiz* und *Frankreich* gilt für beide Fragen das Amtsermittlungsprinzip, sodass die Sachverhaltsermittlung den Berufsrichtern obliegt und diese auch die Beweiserhebungen zumeist selbst durchführen, während Anklage und Verteidigung nur Ergänzungen gestattet sind. In *Italien, Portugal* und *Schweden* bestehen schließlich Mischsysteme, die einerseits die Beweisvorführung in die Hände von Anklage und Verteidigung legen, andererseits aber die Berufsrichter nicht ganz aus der Verantwortung für die Sachverhaltsaufklärung entlassen, sondern sie – in unterschiedlich starkem Maß – zur Ergänzung und Vervollständigung verpflichten.

In den Übersichten 9 und 10 wird der Zusammenhang der beiden Faktoren getrennt für die Schuld- und die Straffrage dargestellt.

	Laien entscheiden ohne Berufsrichter	Laien entscheiden mit Berufsrichtern	Nur Berufsrichter entscheiden
Amtsermittlung durch Gericht	A	CH, D, F	
Mischsystem		I, S	P
Beweisvorführung durch Parteien	GB		

Übersicht 9: Laienbeteiligung und Verantwortung für die Sachverhaltsaufklärung bei der Entscheidung über die *Schuldfrage*

	Laien entscheiden ohne Berufsrichter	Laien entscheiden mit Berufsrichtern	Nur Berufsrichter entscheiden
Amtsermittlung durch Gericht		A, CH, D, F	GB
Mischsystem		I, S	P
Beweisvorführung durch Parteien			

Übersicht 10: Laienbeteiligung und Verantwortung für die Sachverhaltsaufklärung bei der Entscheidung über die *Straffrage*

Ein Zusammenhang zwischen den Ergebnissen der vier Fallvarianten und der Art des Prozesssystems ist aus diesen Übersichten freilich nicht erkennbar. Zwar betonen mehrere Gesprächspartner in *England und Wales* und *Frankreich*, dass die Entscheidung der Geschworenen aus Mitleid mit der T möglicherweise milder ausfallen wird als vom Recht eigentlich gefordert, und in *Italien* erklärte ein Verteidiger sogar, dass er lieber auf den Strafnachlass von einem Drittel im abgekürzten Verfahren verzichte und stattdessen das streitige Verfahren vor dem Schwurgericht wähle, weil er von den Laien eine größere Milde erwarte. Dennoch lässt sich aus der Zusammenschau der Systeme nicht erkennen, dass die Beteiligung von Laien und ein geringerer Einfluss der Berufsrichter auf die Beweisaufnahme generell zu mildernden Ergebnissen führen.

So werden die höchsten Strafen für *Italien* prognostiziert, obwohl dort eine starke Beteiligung von Laien an der Entscheidungsfindung vorgesehen ist und das traditionelle Amtsermittlungsverfahren abgeschafft wurde. Auch in *Schweden* sind die Strafen trotz ausgeprägter Laienbeteiligung und stark adversatorisch ausgerichteter Beweisaufnahme vergleichsweise hoch. Umgekehrt beruhen die bei den Fallvarianten 2 und 3 sehr milden Strafen in *England und Wales* auf prognostizierten Entscheidungen des Berufsrichters in einem nicht-adversatorischen Verfahren, und auch die für *Portugal* prognostizierten Strafen liegen in der unteren Hälfte, obwohl dort eine Laienbeteiligung nicht üblich ist. Zwischen äußerlich ähnlichen Systemen wie *Deutschland*, *Frankreich* und der *Schweiz* ergeben sich bei der Strafhöhe gewaltige Unterschiede, wobei das eher autoritäre Amtsermittlungsverfahren in *Frankreich* trotz starker Laienbeteiligung die höchsten Sanktionen auswirft.

Aber auch der gegenteilige Schluss, dass eine Dominanz der Berufsrichter und ein stärker inquisitorisch strukturiertes Verfahren zu mildernden Ergebnissen führen würden, findet keine Basis. *Portugal*, das in der Praxis fast völlig auf Laienrichter verzichtet, belegt „nur“ einen Mittelplatz, während eine ausgeprägte Laienbeteiligung sowohl im „strengen“ *Italien* und *Frankreich* als auch in der „milden“ *Schweiz* zu finden ist. Und sieht man die Institution der von einem Untersuchungsrichter geleiteten gerichtlichen Voruntersuchung als das Zentralelement des Amtsermittlungsverfahrens an, das eine kontradiktorische Beweiserhebung vor dem erkennenden Gericht schon im Keim erstickt, so zeichnen sich gerade die eher „strengen“ Länder *Frankreich* und *Österreich* durch eine solche inquisitorische Verfahrensstruktur aus.

Nicht einmal die Richtung der Ausnutzung bestehender Ermessensspielräume scheint von der Art des Prozesssystems beeinflusst zu werden. Weite Ermessensspielräume bei der Tatumwertgraduierung und der Strafzumessung bestehen sowohl in der „milden“ *Schweiz* als auch im „strengen“ *Frankreich*. Gleiches gilt für die „Freispruchfreundlichkeit“ in Fallvariante 4: Die *französischen* und *italienischen* Schwurgerichte sind hier ähnlich reserviert wie die *portugiesischen* Berufsrichter, während sowohl die nur mit Laien besetzten *englischen* Jurys als auch die eher von Berufsrichtern dominierten *deutschen* Schöffengerichte zu Großzügigkeit neigen.

III. Spezifische Beweisprobleme

Bei vielen Strafverfahren spielen Beweisfragen eine zentrale Rolle und erfordern von den Beteiligten mehr Aufmerksamkeit als die materiellrechtliche Bewertung der angeklagten Tat. Grundsätzlich wäre deshalb zu erwarten gewesen, dass hier ein Schwerpunkt der Untersuchung liegen müsste. Auf der anderen Seite enthalten die vier Fallvarianten, die wir den Gesprächspartnern vorgelegt hatten, aber einen eher einfach gelagerten und in wesentlichen Aspekten als feststehend vorgegebenen Sachverhalt. Angesichts des Umfangs, den die materiellrechtliche Beurteilung des Falles bei den Gesprächen in Anspruch nahm, hatten wir von vornherein darauf verzichtet, spezifische Beweisprobleme in die Formulierungen der Varianten einzubauen. Den Gesprächspartnern bot sich daher allenfalls Anlass zu allgemeinen, eher abstrakten Ausführungen über die relevanten Beweisfragen, weshalb hier auch wenig verwertbare Erkenntnisse zutage kommen konnten. Gleichwohl lassen sich einige wenige Ergebnisse festhalten.

So wurde in allen Ländern weitgehend gleich beurteilt, welche Beweisfragen sich einem Gericht in den vier Fallvarianten vorrangig stellen würden. In den Fallvarianten 1 bis 3 steht die *psychische Verfassung der T* im Vordergrund, insbesondere im Hinblick auf eine mögliche Beeinträchtigung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit, aber auch sonst, weil die allgemeine seelische Belastung und der konkrete Gemütszustand bei der Tat für viele andere rechtliche Fragen von erheblicher Bedeutung sind. In den meisten Ländern werden deshalb bei Tötungsdelikten routinemäßig von Amts wegen psychiatrische oder psychologische Sachverständige eingeschaltet, was von den Gesprächspartnern auch für unsere Fallvarianten jeweils konkret bestätigt wurde. In *England und Wales* obliegt diese Maßnahme zwar der Verteidigung, die eine verminderte oder ausgeschlossene Zurechnungsfähigkeit als Verteidigungseinrede geltend machen und hierfür auf eigene Kosten einen Sachverständigen beauftragen und in der Hauptverhandlung als Zeugen aufrufen muss, doch gingen die Gesprächspartner davon aus, dass dies in einem solchen Fall auch tatsächlich geschehen würde. Lediglich in *Italien* für Fallvariante 1 und in *Portugal* generell wurde gezweifelt, ob überhaupt ein Sachverständiger hinzugezogen würde. In diesen beiden Ländern wurde die seelische Belastung der T bei der Tatumwertgraduierung allerdings einhellig als so starker strafmildernder Faktor erachtet, dass die Zurückhaltung gegenüber der Einschaltung eines Sachverständigen zumindest keine generelle Schlechterstellung der T bewirken dürfte.

Noch eindeutiger war die länderübergreifende Übereinstimmung bei Fallvariante 4, wo sich nach einhelliger Ansicht die Beweisaufnahme in erster Linie um die *Notwehrfrage* drehen würde. Welche Maßnahmen hierzu im Detail zu ergreifen wären, konnte aufgrund des begrenzten Zeitrahmens freilich nicht weiter erfragt werden.

Aufschlussreicher sind insoweit die Antworten zur *faktischen Verteilung der Beweislast* bei verminderter Zurechnungsfähigkeit und Notwehr. Während in

Deutschland, Portugal, Schweden und der *Schweiz* alle davon ausgingen, dass die Beweislast hier nicht nur rechtlich allein bei der Anklage liegt, sondern die Verteidigung auch faktisch den betreffenden Einwand lediglich so weit plausibel machen muss, dass beim Gericht konkrete Zweifel geweckt werden, waren zahlreiche Gesprächspartner aus *England und Wales, Frankreich, Italien* und *Österreich* anderer Auffassung.

In *England und Wales* muss die Verteidigung eine verminderte oder ausgeschlossene Zurechnungsfähigkeit als Verteidigungseinrede geltend machen und nach dem Maßstab der überwiegenden Wahrscheinlichkeit auch beweisen, während die Notwehr ohne förmliche Einbringung einer Einrede informell in das Verteidigungsvorbringen aufgenommen werden kann und dann auch nicht einer Beweislastverschiebung unterliegt. Ob die verminderte Zurechnungsfähigkeit deswegen seltener angenommen wird als in den anderen Ländern, lässt sich aufgrund unserer Untersuchung allerdings nicht sicher beantworten. Jedenfalls sahen es bei Fallvariante 1 in *Deutschland* einige Gesprächspartner durchaus als möglich an, dass trotz Bejahung des Mordtatbestands die lebenslange Freiheitsstrafe wegen Annahme verminderter Schuldfähigkeit vermieden wird, während für *England und Wales* eine entsprechende Herabstufung zu *manslaughter* von allen abgelehnt wurde. Bei der Notwehr erwies sich *England und Wales* hingegen als das freispruchfreundlichste Land, sodass in der Tat kaum von einer faktischen Beweislastverschiebung ausgegangen werden kann.

Auch in *Österreich* äußerten einzelne Gesprächspartner die Ansicht, dass die Verteidigung bei verminderter Zurechnungsfähigkeit wie bei Notwehr faktisch einen Teil der Beweislast trage und mehr vorbringen müsse als eine bloß plausible Darlegung. Ob das verhältnismäßig hohe Sanktionsniveau Österreichs in den Fallvarianten 1 bis 3 und der Mittelplatz bei der Freispruchquote in Fallvariante 4 damit zu begründen sind, erscheint jedoch fraglich.

Wesentlich eindeutiger ist jedenfalls der Zusammenhang zwischen Beweislastverschiebung und geringer Freispruchquote bei Fallvariante 4 in *Frankreich* und *Italien*. In *Frankreich* geht die Rechtsprechung teilweise offiziell davon aus, dass der Angeklagte bei Notwehr die Beweislast trägt, und in *Italien* war die Rechtslage bis 8 Jahre vor der Befragung ebenso gewesen und wurde von zahlreichen Gesprächspartnern in offensichtlicher Unkenntnis der zwischenzeitlichen Gesetzesänderung als unverändert fortgeltend unterstellt. In beiden Ländern wurde ein Freispruch dementsprechend ganz überwiegend abgelehnt, während er überall sonst von einer klaren Mehrheit befürwortet wurde.

IV. Anforderungen an die Entscheidungsbegründung und Intensität der Rechtsmittelkontrolle

Für die materiellrechtliche Einstufung der Fallvarianten und die Sanktionsfestsetzung gewähren die verschiedenen Rechtsordnungen dem Rechtsanwender zahlreiche Beurteilungs- und Ermessensspielräume. Diese Spielräume wurden, wie gezeigt, von den Gesprächspartnern teils zu individuell geprägten und dadurch sehr unterschiedlichen Einschätzungen und Sanktionsprognosen genutzt, teils stimmen die Ergebnisse aber auch auffallend überein. Ein wichtiger Faktor, der die Gleichmäßigkeit der Handhabung dieser Spielräume befördern kann, ist die Kontrolle der tatrichterlichen Ermessensentscheidungen durch die Rechtsmittelgerichte. Diese sind schon wegen ihres großen räumlichen Zuständigkeitsbereiches sehr viel besser in der Lage, für eine einheitliche Ermessensausübung zu sorgen, als dies etwa aufgrund einer gegenseitigen Verständigung der in der ersten Instanz tätigen Berufsrichter möglich wäre.

Die Ansatzpunkte für eine solche rechtsmittelgerichtliche Kontrolle tatrichterlichen Ermessens sind je nach Prozesssystem freilich sehr unterschiedlich. Im *englischen* Jury-Verfahren wird die Entscheidung der Geschworenen über die Schuldfrage nur verkündet, aber nicht begründet. Maßstab für eine Überprüfung kann daher lediglich sein, ob die Entscheidung angesichts der Beweislage, die sich dem Rechtsmittelgericht aus dem Wortprotokoll der Hauptverhandlung erschließt, vertretbar war oder ob sie keinesfalls in dieser Form hätte getroffen werden dürfen. Da zudem nur der Verurteilte Rechtsmittel einlegen darf, käme eine Urteilsaufhebung in unseren Fallvarianten nur in dem sehr unwahrscheinlichen Fall infrage, dass die Jury wegen Mordes schuldig spricht, das Rechtsmittelgericht ein Hinweggehen über die Verteidigungseinreden der verminderten Zurechnungsfähigkeit, Provokation oder Notwehr aber als völlig unvertretbar ansieht, während umgekehrt eine zu großzügige Haltung der Jury nicht in der höheren Instanz revidiert werden kann. Den Geschworenen bleibt daher zumindest faktisch ein so großer unkontrollierbarer Entscheidungsspielraum, dass die Zurückhaltung der englischen Gesprächspartner bei der Prognose der tatbestandlichen Einstufung der Fallvarianten nicht verwundert, während der Freispruch in Fallvariante 4 wegen Notwehr als recht sicher angesehen wurde.

Auch die Entscheidung des englischen Berufsrichters über die Strafe wird in der Regel nicht näher begründet.⁴³ Zumeist reicht der Hinweis, es handele sich um die normale Strafe für derartige Taten, und selbst dies wird vom Richter nicht schriftlich niedergelegt, sondern nur mündlich erläutert und vom Protokollführer aufgezeichnet. Allerdings kann das Rechtsmittelgericht anhand der Verfahrensakten, die insbesondere Wortprotokolle aller gerichtlichen Verhandlungen enthalten, die tatsächlichen Grundlagen der Strafzumessungsentscheidung weitgehend rekonstruieren.

⁴³ Vgl. Landesbericht England § 4 II.1.2.4.

ren und ihre Angemessenheit überprüfen. Aufhebungen von Sanktionsentscheidungen wegen Disproportionalität sind deshalb durchaus üblich. Die große Übereinstimmung der Sanktionsprognosen der englischen Gesprächspartner dürfte somit auch auf dem Einfluss einer für Gleichmäßigkeit sorgenden Spruchpraxis der Rechtsmittelgerichte beruhen.

Im Geschworenensystem französischer Prägung werden die Entscheidungen ebenfalls nicht begründet, aber die Geschworenen müssen eine Reihe konkreter Fragen zu den anzuwendenden Tatbeständen, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen sowie etwaigen Strafschärfungen oder Strafmilderungen mit „Ja“ oder „Nein“ beantworten. In *Frankreich* gilt dies sowohl für die Schuld- als auch für die Straffrage. Da dort aber extrem weite Strafraumen bestehen, sodass keine Fragen zur genaueren Eingrenzung der Sanktion beantwortet werden müssen, und zudem die Strafzumessung – wie auch beispielsweise die Frage, ob eine Notwehrhandlung erforderlich und verhältnismäßig ist – von den Rechtsmittelgerichten als ureigene, nicht weiter überprüfbare Aufgabe trichterlicher Entscheidung angesehen wird, entfällt eine Rechtsmittelkontrolle in weiten Bereichen entweder ganz oder sie ist nur von geringer Intensität. Die Unsicherheit der französischen Gesprächspartner hinsichtlich der zu erwartenden Sanktion beruht daher auch auf einem Mangel an obergerichtlichem Bemühen um Vereinheitlichung der Sanktionspraxis.

In *Österreich* erfolgt die Entscheidung der Geschworenen über die Schuldfrage ebenfalls durch die Beantwortung konkreter Fragen. Da die Strafraumen deutlich enger sind als in Frankreich und die Annahme einer außerordentlichen Strafmilderung einer getrennten Frage an die Geschworenen bedarf, schränken diese Antworten jedoch den Spielraum für die Strafzumessung deutlich ein und können vom Rechtsmittelgericht besser überprüft werden. Die Entscheidung über die Straffrage wird sodann von den Geschworenen gemeinsam mit den Berufsrichtern getroffen und von Letzteren schriftlich begründet. Diese Begründung erfolgt zwar in eher oberflächlicher Form. Gleichwohl findet eine intensive Prüfung durch das Rechtsmittelgericht statt, weil gegen den Strafausspruch das Rechtsmittel der Berufung statthaft ist und die Strafzumessung dort anhand der aus den Akten ersichtlichen Beweislage nachvollzogen und gegebenenfalls auch anhand neuer Beweise korrigiert werden kann. Trotzdem lagen die Angaben der österreichischen Gesprächspartner zur Sanktionshöhe deutlicher auseinander als in den meisten anderen Ländern.

Für die *Schweiz* lässt sich wegen der zum Befragungszeitpunkt bestehenden Vielfalt der kantonalen Strafprozessordnungen keine einheitliche Aussage treffen. Eine schriftliche Urteilsbegründung ist aus verfassungsrechtlichen Gründen zumindest insoweit erforderlich, als die korrekte Anwendung des Gesetzes für das Bundesgericht überprüfbar sein muss. Soweit Geschworenengerichte französischer Prägung existieren, müssen diesen deshalb detaillierte Fragen vorgelegt werden. Im Übrigen wird die Urteilsbegründung wegen des stark ausgeprägten Laienrichtertums nicht von den Richtern selbst, sondern vom Gerichtsschreiber verfasst, der

zwar häufig juristisch ausgebildet ist und den Richter berät, aber selbst nicht mitentscheidet. Beweiswürdigung und rechtliche Würdigung werden vom Richter regelmäßig eingehend begründet, während die Ausführungen zum festgestellten Sachverhalt und zur Strafzumessung eher oberflächlich ausfallen. Obwohl eine intensive Kontrolle der Strafzumessung durch das Rechtsmittelgericht dadurch zumindest erschwert ist, waren die Antworten der Schweizer Gesprächspartner zur Strafzumessung sehr homogen.

In *Deutschland, Italien, Portugal* und *Schweden* wird die Entscheidung über die Schuld- und Straffrage von den Berufsrichtern schließlich jeweils schriftlich näher begründet und für das Rechtsmittelgericht überprüfbar gemacht. Wie intensiv dessen Zugriff auf tatrichterliche Ermessensspielräume erfolgt und welche Anforderungen an die tatrichterliche Entscheidungsbegründung im Einzelnen gestellt werden, lässt sich im Rahmen dieser Untersuchung nicht näher feststellen. Jedenfalls sind alle größeren Streuungen der Sanktionsprognosen in diesen Ländern durch besondere rechtliche Vorgaben erklärbar, weil schwierige Entscheidungen getroffen werden müssen, die mit großen Sanktionssprüngen verbunden sind (etwa: lebenslange oder zeitige Freiheitsstrafe). Die tatrichterliche Ausübung des reinen Strafzumessungsermessens wurde dagegen eher übereinstimmend prognostiziert, sodass einiges für eine entsprechend wirksame Rechtsmittelkontrolle spricht.

Insgesamt lassen die Befunde zwar einen gewissen Zusammenhang zwischen der Intensität der Rechtsmittelkontrolle einerseits und der Gleichmäßigkeit der Strafzumessung andererseits erkennen, doch finden sich mit *Österreich* (große Streuung trotz intensiver Kontrollmöglichkeiten) und der *Schweiz* (große Übereinstimmung trotz reduzierter Kontrollmöglichkeiten) auch Gegenbeispiele. Ohne genauere Untersuchungen sind entsprechende Schlussfolgerungen deshalb wenig sinnvoll.

V. Taktisches Verhalten der Prozessbeteiligten und Absprachen über das Verfahrensergebnis

Das Strafverfahren ist oft ein Kampf, der von allen Seiten mit hohem Einsatz geführt wird. Taktische Maßnahmen, Allianzen zwischen verschiedenen Verfahrensbeteiligten und vor allem auch vorweggenommene Absprachen über das Ergebnis prägen daher in vielen Ländern den Verfahrensalltag. Eine ganzheitliche Betrachtung der Lösung praktischer Fälle darf diese Dimension des Strafprozesses nicht vernachlässigen. Den Gesprächspartnern wurden deshalb auch gezielt Fragen zur mutmaßlichen Strategie von Verteidigung und Anklage sowie zu etwaigen Absprachen gestellt.

Im Lauf der Befragung stellte sich jedoch schnell heraus, dass die für die Untersuchung ausgewählten Fallvarianten sich kaum für solche Phänomene eignen. So

ist etwa die Zuständigkeit des zur Entscheidung über vorsätzliche Tötungsdelikte berufenen Spruchkörpers in allen Ländern so stark festgelegt, dass der Ankläger kaum eine Möglichkeit hat, durch Manipulation des Anklagevorwurfs beispielsweise ein Geschworenengericht zu vermeiden. Umgekehrt macht bei den zugrunde gelegten Sachverhalten auch eine Konfrontationsstrategie der Verteidigung, von der aus Zugeständnisse des Gerichts für die Strafzumessung abgepresst werden könnten, wenig Sinn. Die Verteidigung wird vielmehr um Kooperation mit dem Gericht bemüht sein, um eine der T möglichst günstige Stimmung zu erzeugen und Verständnis für ihre Tat zu wecken. Raum für Absprachen über das Verfahrensergebnis besteht deshalb nach länderübergreifender, nahezu einhelliger Ansicht nicht. Lediglich in *England und Wales* wurde es vereinzelt für möglich gehalten, dass die Hauptverhandlung der T aufgrund einer Absprache erspart werde und Staatsanwaltschaft und Richter sich auf ein Schuldbekennnis wegen *manslaughter* einlassen würden, ohne die Frage der Entscheidung der Geschworenen zu überantworten.

Die einzige wirkliche Ausnahme bildet insoweit *Italien*.⁴⁴ Weil hier der Strafprozess unter einer sehr langen Verfahrensdauer leidet, welcher eher knappe, auch während des laufenden Prozesses nicht lange aufschiebbare Verjährungsfristen gegenüberstehen, ist das Bemühen vieler Beschuldigter und ihrer Verteidiger auf Verzögerung und Verschleppung des Verfahrens gerichtet. Der Gesetzgeber hat darauf mit der Einführung diverser abgekürzter Verfahrensformen reagiert, welche allerdings die Zustimmung des Angeklagten voraussetzen. Um diese Zustimmung zu erleichtern, wird dem Angeklagten ein formalisierter Strafrabatt von einem Drittel gewährt, was zu einer erheblichen Milderung der ansonsten sehr hohen Strafen führt. Gleichwohl wird dieses Angebot in der Praxis nur sehr zögerlich angenommen. Viele Verteidiger und Angeklagte spekulieren nach wie vor auf den Eintritt der Verjährung oder eine der zahlreichen Amnestien und lassen sich deshalb lieber auf eine Alles-oder-nichts-Strategie ein. Hinzu kommt, dass im abgekürzten Verfahren keine Verhandlung vor dem mit Laien besetzten Schwurgericht stattfindet. Ein Verteidiger erklärte deshalb ausdrücklich, dass er in Fällen wie den unserer Untersuchung zugrunde gelegten lieber auf den formellen Strafnachlass verzichte und stattdessen versuche, in der streitigen Verhandlung das Mitleid der Laienrichter zu erwecken. Zudem war zum Zeitpunkt der Befragung das abgekürzte Verfahren und damit der Strafnachlass nicht auf Fallvariante 1 anwendbar, weil dort wegen der geplanten Tatausführung auch die lebenslange Freiheitsstrafe verhängt werden kann.

Dennoch hielten viele Gesprächspartner bei den Fallvarianten 2 bis 4 die Anwendung des abgekürzten Verfahrens für möglich und bezogen den damit verbundenen Strafrabatt teilweise ausdrücklich in ihre Sanktionsprognose mit ein. Um eine bessere Vergleichbarkeit der Ergebnisse zu gewährleisten, haben wir bei den

⁴⁴ Vgl. im Einzelnen Landesbericht Italien § 6 II.1.2.2.2.1.

unter § 14 aufgeführten Übersichten und Darstellungen diesen Rabatt wieder herausgerechnet – mit der Folge, dass Italien das mit Abstand höchste Sanktionsniveau aufweist. Diese Vorgehensweise erscheint schon deshalb gerechtfertigt, weil nach den praktischen Erfahrungen und auch den Äußerungen einiger Gesprächspartner die Anwendung des abgekürzten Verfahrens insgesamt unsicher ist. Trotzdem soll eine alternative Berechnung angestellt werden, um den Effekt dieses formalisierten Strafnachlasses aufzuzeigen. Da bei der Strafvollstreckung jedoch ein weiterer genereller Rabatt gewährt wird und beide zweckmäßigerweise zusammen betrachtet werden sollten, erfolgt die Korrektur noch nicht an dieser Stelle, sondern erst im folgenden Abschnitt.

§ 16 Besonderheiten der Strafvollstreckung

Ein Vergleich der tatsächlichen Wirkungsweise von Strafrechtssystemen kann schließlich auch nicht ganz an den Modalitäten der Strafvollstreckung vorbeigehen. Substanzielle Vollzugslockerungen wie Freigang, großzügiger Hafturlaub oder offener Vollzug mildern die Wirkungen einer verhängten Freiheitsstrafe deutlich ab, sodass gleich lange Strafdauern in verschiedenen Ländern nicht notwendigerweise zu einer gleichen Belastung der Verurteilten führen. Insbesondere aber sehen alle Länder die Möglichkeit einer vorzeitigen Entlassung vor, zumeist verbunden mit einer Aussetzung des Strafrests zur Bewährung. Die tatsächliche Vollstreckungsdauer liegt deshalb häufig deutlich unterhalb der nominell im Urteil verhängten Strafe, wobei von Land zu Land nicht unerhebliche Unterschiede bestehen können.

Alle Gesprächspartner wurden deshalb ausdrücklich nach etwaigen Vollzugslockerungen sowie insbesondere nach der zu erwartenden Vollstreckungsdauer befragt. Dadurch sollte auch geklärt werden, ob solche Erleichterungen bereits vom erkennenden Gericht bei der Sanktionsentscheidung antizipiert und eingerechnet werden. Allerdings stellte sich schnell heraus, dass die mit der Ermittlung und Aburteilung befassten Juristen durchweg nicht an späteren Vollstreckungsentscheidungen beteiligt sind und unsere Gesprächspartner deshalb in aller Regel keine eigenen Vorstellungen darüber hatten, wie solche Entscheidungen in den Fallvarianten aussehen könnten. Ein französischer Richter erklärte, dass die Geschworenen zwar immer wieder nach der tatsächlichen Vollstreckungsdauer fragten, er aber darauf hinweise, dass die Entscheidung des Schwurgerichts davon nicht beeinflusst werden dürfe.

Wenn überhaupt Angaben zur Strafvollstreckung gemacht wurden, bezogen sie sich auf die zu erwartende tatsächliche Verbüßungsdauer und waren sehr spekulativ. Für die vergleichende Analyse sind sie daher nicht verwertbar. Eine Ausnahme bildet lediglich die lebenslange Freiheitsstrafe, die für Fallvariante 1 in *England*

und Wales einhellig und von einzelnen Gesprächspartnern auch in *Deutschland* und in *Schweden* prognostiziert wurde. Hier hatten zumindest einige Gesprächspartner eine gewisse Vorstellung über die tatsächliche Verbüßungsdauer, nicht zuletzt weil der Richter in *England und Wales* eine Empfehlung über den frühesten Entlassungszeitpunkt abgeben muss und in Deutschland das erkennende Gericht auch darüber zu befinden hat, ob eine Entlassung zum frühestmöglichen Zeitpunkt von 15 Jahren Verbüßungsdauer wegen besonderer Schwere der Schuld ausgeschlossen ist. Für *England und Wales* gingen die meisten der Gesprächspartner, die sich hierzu äußerten, von einer Verbüßungsdauer von etwa 10 Jahren aus, was freilich nicht den rechtlichen Vorgaben entspricht.⁴⁵ In *Deutschland* wurde von den Betroffenen eine Entlassung zum frühestmöglichen Zeitpunkt, d.h. nach 15 Jahren Verbüßungsdauer, erwartet, und der entsprechende *schwedische* Gesprächspartner prognostizierte eine Entlassung nach 16 bis 17 Jahren.

Die Projektmitarbeiter geben in den Landesberichten dagegen allgemeine Hinweise zur Vollstreckungspraxis, insbesondere zu den gesetzlichen Möglichkeiten der vorzeitigen Entlassung und teilweise auch zur tatsächlichen Haltung der Vollstreckungsbehörden bzw. -gerichte. Danach sind *substanzielle Vollzugslockerungen* während der Haftzeit überall in der einen oder anderen Form möglich. In unseren Fallvarianten ist auch zu erwarten, dass die T mangels Vorstrafenbelastung und Wiederholungsgefahr in den Genuss solcher Hafterleichterungen kommen dürfte. Ob dabei freilich signifikante Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtsordnungen bestehen, lässt sich anhand der vorliegenden Angaben nicht hinreichend sicher beantworten und bedürfte einer eigenen Untersuchung. Da jedoch das Entscheidungsverhalten der Gerichte bei der Sanktionsverhängung von diesen Vollzugslockerungen offensichtlich nicht beeinflusst wird, hielten wir eine entsprechende Ergänzung der Landesberichte nicht für erforderlich.

Eine *vorzeitige Haftentlassung* bei zeitlich begrenzter Freiheitsstrafe ist ebenfalls in allen untersuchten Ländern möglich. Mit geringen Modifikationen in *Italien* und *Frankreich* liegt der früheste Zeitpunkt überall ungefähr bei der Hälfte der verhängten Strafe, und zumeist wird als wichtiger zweiter möglicher Zeitpunkt eine Entlassung nach zwei Dritteln genannt. Über die tatsächlichen Aussichten der T, von diesen Möglichkeiten zu profitieren, wurde von den Gesprächspartnern, wie bereits erwähnt, nur spekuliert. Ein konkreter Vergleich der verschiedenen Länder ist daher nicht möglich. Jedenfalls scheint die Praxis überall eher restriktiv zu sein, sodass es für die Zwecke unserer Untersuchung gerechtfertigt erscheint, pauschal für alle Länder von einer Verbüßung von zwei Dritteln auszugehen.

Insbesondere die *italienische* Rechtslage zwingt zu einer solchen generellen Korrektur der prognostizierten Sanktionsergebnisse. Dort besteht neben der Möglichkeit einer „bedingten Entlassung“ bei günstiger Kriminalprognose eine zusätzliche

⁴⁵ Die Empfehlung des Richters zur Mindestverbüßungsdauer soll nicht unter 12 Jahren liegen. Vgl. Landesbericht England und Wales § 4 II.1.2.4 und § 4 III.1.3.1.

Möglichkeit der „vorzeitigen Haftentlassung“ zum Zweck der Wiedereingliederung in die Gesellschaft, bei der für jedes Halbjahr, in dem der Verurteilte seine Bereitschaft zur Resozialisierung gezeigt hat, 45 Tage von seiner Strafe abgezogen werden. Da für die T in unseren Fallvarianten eine solche Bereitschaft zweifellos unterstellt werden kann, kommt ihr somit ein zusätzlicher Strafabatt von einem Viertel zugute. Außerdem muss bei den Fallvarianten 2 bis 4 die unter § 15 V. genannte Möglichkeit des abgekürzten Verfahrens mit einem formalisierten Strafabatt von einem Drittel berücksichtigt werden, sodass sich die vergleichsweise sehr hohen Strafen bei genauerem Hinsehen drastisch reduzieren. Ein italienischer Gesprächspartner erklärte dies folgendermaßen: Die Tatsache, dass das Gesetz zunächst sehr hohe Strafen androhe, diese dann aber durch zahlreiche Milderungsmöglichkeiten im konkreten Fall wieder herabgesetzt würden, sei eine Folge der vom Katholizismus geprägten italienischen Rechtsauffassung, nach der es eine Logik der Vergebung im Fall von Reue gebe. Die italienische Struktur von Amnestie und Straferlass bedeute nichts anderes als „wenn Du bereust, bin ich die große Mama, die Dir dann vergibt“.

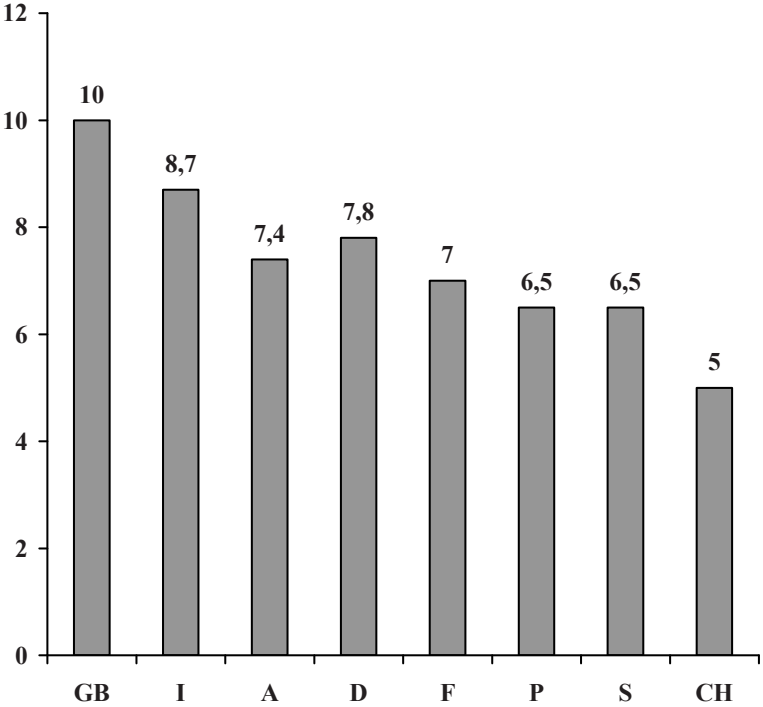
Die folgenden Grafiken zeigen die Höhen der danach zu erwartenden Strafdauer. Für die lebenslange Freiheitsstrafe wurden die Angaben der betreffenden Gesprächspartner zugrunde gelegt (*England und Wales*: 10 Jahre; *Deutschland*: 15 Jahre; *Schweden*: 16 Jahre). Bei zeitigen Freiheitsstrafen wurde pauschal ein Drittel von der für das Urteil prognostizierten Strafdauer abgezogen, in Italien zusätzlich ein Viertel und in einer zweiten Variante für die Fallvarianten 2 bis 3 ein weiteres Drittel wegen des abgekürzten Verfahrens.

Die absoluten Werte liegen bei Fallvariante 1 jetzt zwar deutlich stärker beieinander als bei der Urteilsprognose, aber die Reihenfolge hat sich nicht wesentlich verändert. Insbesondere sind *England und Wales* sowie *Italien* an der Spitze geblieben. Lediglich *Deutschland* ist vor *Österreich* gerückt⁴⁶ und *Schweden* hat mit *Portugal* gleichgezogen, weil für die lebenslange Freiheitsstrafe statt zwei Dritteln des fiktiven Werts „20“ die tatsächlich prognostizierte Verbüßungsdauer von 15 bzw. 16 Jahren eingesetzt wurde.

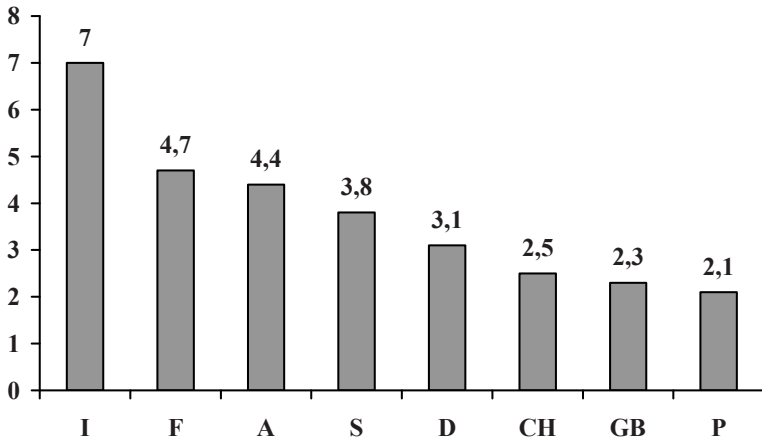
Bei den Fallvarianten 2 und 3 bleibt *Italien* zunächst klar an der Spitze, auch wenn sich der Abstand zu den anderen Ländern spürbar verringert. Erst wenn der Strafabatt für das abgekürzte Verfahren hinzukommt, sinkt die Vollstreckungsdauer auf das Niveau von *Frankreich* und *Österreich*.

⁴⁶ Was damit zusammenhängt, dass von 3 deutschen, aber keinem österreichischen Gesprächspartner die lebenslange Freiheitsstrafe bejaht wurde.

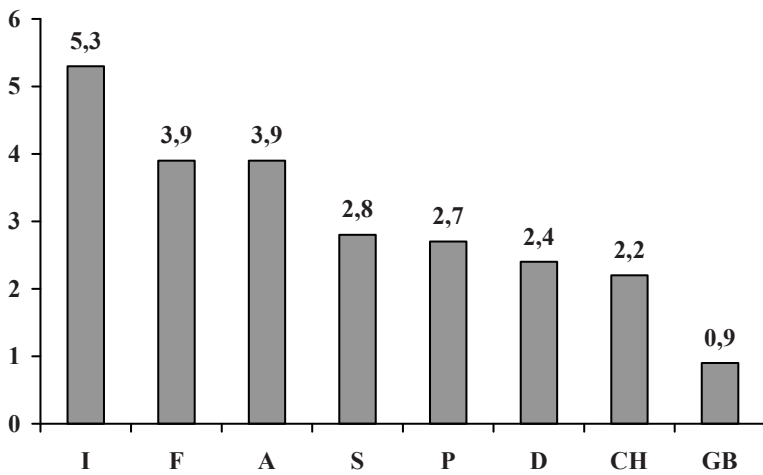
Vollstreckungsprognosen für Fallvariante 1

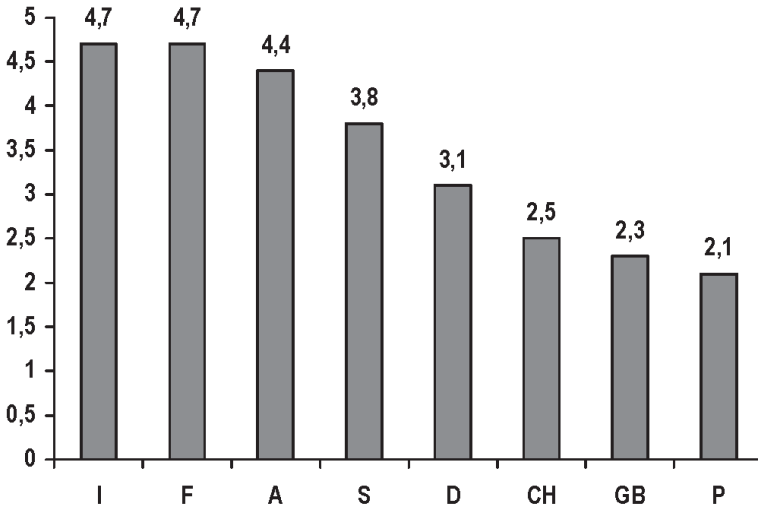


Vollstreckungsprognosen für Fallvariante 2

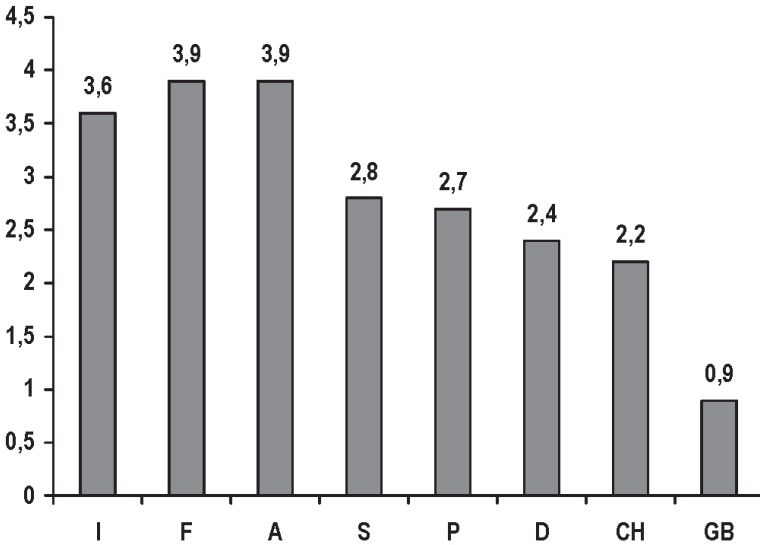


Vollstreckungsprognosen für Fallvariante 3





Vollstreckungsprognosen für Fallvariante 2 unter Berücksichtigung des abgekürzten Verfahrens in Italien



Vollstreckungsprognosen für Fallvariante 3 unter Berücksichtigung des abgekürzten Verfahrens in Italien

Die Ergebnisse zu tatbestandlicher Einstufung, Straffreistellung, Sanktionsfestsetzung, Strafverfahren und Strafvollstreckung sind im vorgehenden Abschnitt

vorgelegt und jeweils für sich betrachtet bewertet worden. Ein übergreifendes Gesamtfazit fehlt dagegen noch. Dieses soll im Folgenden gezogen werden. Dabei wird auch der Frage nachgegangen, welche Perspektiven die angestrebte Harmonisierung und Vereinheitlichung des Strafrechts in Europa angesichts unserer Untersuchungsbefunde hat.

§ 17 Wesentliche Gemeinsamkeiten und länderübergreifende Strukturen

I. Sanktionshöhen

Den aus der europäischen Perspektive erfreulichsten Eindruck vermitteln die zuletzt gezeigten Übersichten über die Vollstreckungsprognosen. Berücksichtigt man sowohl die zu einem verhältnismäßig frühen Zeitpunkt erwartete Freilassung der T aus der lebenslangen Haft in *England und Wales* als auch die verschiedenen Straf rabatte in *Italien*, so rückt das Gesamtergebnis über alle Länder hinweg deutlich zusammen. Dieses harmonische Bild ist freilich mit einigen Schönheitsfehlern behaftet. So wurden die Prognosen zur Vollstreckungsdauer von den Gesprächspartnern zumeist mit erheblich größeren Vorbehalten versehen als diejenigen zur gerichtlichen Straffestsetzung, was insbesondere die Annäherung *Englands* an das allgemeine Sanktionsniveau bei Fallvariante 1 infrage stellt. Das *italienische* System ist für Außenstehende generell nur schwer nachvollziehbar, denn in der taktischen Abwägung zwischen Strafrabatt im abgekürzten Verfahren einerseits und einer Chance auf Verjährung, Amnestie oder gar erfolgreiche Menschenrechtsbeschwerde in Straßburg nach überlanger Verfahrensdauer andererseits geht die Berechenbarkeit des Ergebnisses weitgehend verloren.

Insgesamt ist deshalb zu vermuten, dass die Unterschiede im Sanktionsniveau im Allgemeinen zwar nicht sehr erheblich ausfallen, aber dass bei einigen Ländern deutliche Ausreißer zu verzeichnen sind, die weit über das Maß der Streuungen innerhalb der anderen Länder hinausgehen. Um ein stärkeres gegenseitiges Vertrauen in die Vergleichbarkeit und Berechenbarkeit des jeweils anderen Strafverfolgungssystems zu erreichen, müsste hier noch einiges an Angleichung geleistet werden.

Gleichwohl kann über die vier Fallvarianten hinweg ein erstaunlicher Gleichklang festgestellt werden. Trotz unterschiedlicher historischer Wurzeln, soziokultureller Mentalitäten und ausgeprägter Eigentümlichkeiten in den nationalen Gesetzgebungen besteht ein gemeinsames europäisches Verständnis über das Maß der gerechten Strafe, auf dem sich auch ein einheitliches europäisches Strafrecht aufbauen lässt.

II. Bedeutung der Straftatbestände

Von den eingangs genannten Funktionen der Straftatbestände spielt die *Grenzziehung zwischen strafbarem und straflosem Verhalten* in unserer Untersuchung keine Rolle. In keinem Land bestand auch nur der geringste Zweifel, dass in allen vier Fallvarianten zumindest eine vorsätzliche Körperverletzung mit Todesfolge vorliegt.

Ebenfalls nur schwache Hinweise finden sich dafür, dass die äußere *Etikettierung* der Tat – etwa als „Mord“ oder „Totschlag“ – bei unseren Fallvarianten eine wichtige Rolle spielen würde. So verzichtet *Italien* bei den Tötungsdelikten ganz auf tatbestandliche Differenzierungen und damit auch auf unterschiedliche äußere Kennzeichnungen, und *Portugal* wählt ausdrücklich neutrale Tatbestandsbezeichnungen („Homicídio“, „Homicídio qualificado“, „Homicídio privilegiado“). Auch in *Frankreich* wird die Differenzierung zwischen dem Ausgangstatbestand und den verschiedenen erschwerten Formen der vorsätzlichen Tötung nur zu einem kleinen Teil durch unterschiedliche Deliktsbezeichnungen hervorgehoben („meurtre“ und „assassinat“), während in den meisten Fällen die Qualifikation nur durch die erhöhte Strafdrohung kenntlich gemacht ist.

In den anderen Ländern lässt sich zwar auf der Gesetzesebene eine Tendenz zur plakativen Tatkennzeichnung erkennen, insbesondere wenn der „Normalfall“ der vorsätzlichen Tötung mit dem Etikett des „Mordes“ versehen wird (*England und Wales, Österreich, Schweden*). Dennoch finden sich in unserer Untersuchung keine Belege, dass diesem Aspekt auch auf der Ebene der Rechtsanwendung eine besondere Bedeutung beigemessen würde. So ist in *England und Wales* zwar die prozessuale Konstruktion auf den Gegensatz von *murder* und *manslaughter* ausgerichtet, weil die Anklage auf *murder* lauten muss und die Herabstufung zu *manslaughter* erst durch den Schuldspruch der Jury in einem dramatischen prozessualen Akt mit großer Öffentlichkeitswirkung erfolgt. Gleichwohl dürfte die Frage der äußeren Kennzeichnung der Tat für die Geschworenen keine große Rolle spielen, weil sie von der Sanktionsfrage weitgehend überlagert wird: Da ein auf *murder* lautender Schuldspruch zwingend die lebenslange Freiheitsstrafe zur Folge hat, wird in Zweifelsfällen die Entscheidung vor allem davon abhängen, ob die Geschworenen den Angeklagten tatsächlich lebenslang hinter Gitter schicken wollen.

In den übrigen Ländern wäre eine faktische Trennung der tatbestandlichen Einstufung von der Sanktionsfrage dagegen möglich. In *Österreich* und *Schweden* laufen tatbestandliche Einstufung und Sanktionierung jedoch völlig parallel. Gesprächspartner, die sich in Zweifelsfällen für die schwerere Tatbestandsvariante entscheiden, mildern diesen höheren Strafraum bei der Sanktionierung zwar häufig ab, sprechen sich aber durchweg für höhere Strafen aus als diejenigen, die bei der betreffenden Fallvariante den milderen Tatbestand gewählt haben. In *Deutschland* und der *Schweiz* finden sich dagegen zahlreiche Überschneidungen in der

Form, dass manche Gesprächspartner vom schwereren Tatbestand aus zu milderer Sanktionsprognosen gelangen als Gesprächspartner, die den mildereren Tatbestand für einschlägig erachten. Freilich lassen sich in *Deutschland* diese Überschneidungen durch die strengen rechtlichen Vorgaben insbesondere beim Mordtatbestand erklären. Zahlreiche Gesprächspartner waren zwar der Ansicht, diesen Vorgaben auf der Ebene der tatbestandlichen Einstufung nicht ausweichen zu können, bemühten sich dann aber auf der Strafbemessungsebene um eine Korrektur dieses unerwünschten Ergebnisses. Die weitgehende Unabhängigkeit der Sanktionsprognose von der tatbestandlichen Einstufung beruht hier augenscheinlich auf einer Degradierung der gesetzlichen Vorgaben zu bloß formalen Kriterien der offiziellen Entscheidungsbegründung, während die eigentliche Bewertung des Tatumwertgehalts und die Straffestsetzung auf einer informellen Ebene erfolgt. Auch in der *Schweiz* spricht manches für eine solche Trennung von offizieller Tatklassifizierung und tatsächlicher Strafzumessung, obwohl dort eigentlich keine Notwendigkeit zur Korrektur unerwünschter gesetzlicher Vorgaben besteht. Jedenfalls legen die Antworten der Gesprächspartner in allen diesen Ländern keinesfalls nahe, dass die Auswahl der einen oder anderen Tatbestandsalternative bewusst zu dem Zweck erfolgt, für die Öffentlichkeit – und auch die Angeklagte – ein Signal zu setzen.

Damit konzentriert sich – jedenfalls im Rahmen unserer Untersuchung – die Bedeutung der Straftatbestände auf die Aufgabe der *Tatumwertgraduierung*. In Systemen wie denjenigen *Österreichs*, *Portugals* und *Schwedens*, die durch flexible tatbestandliche Abstufungen und weitreichende allgemeine Strafmilderungsmöglichkeiten eine offene, transparente Tatbewertung und Strafzumessung zulassen, erfolgt ein wesentlicher Teil der Bewertung und Einstufung bereits auf der Tatbestandsebene. Die Entscheidung für den schwereren oder mildereren Tatbestand bewirkt in diesen Ländern zugleich eine Entscheidung für den oberen oder unteren Teil des Spektrums der prognostizierten Sanktionen, die auf der Strafzumessungsebene nicht mehr korrigiert wird.

Auch das *Schweizer* System würde eine solche Handhabung ermöglichen, doch wird der tatbestandlichen Einstufung dort offensichtlich eine geringere Bedeutung beigemessen. Der unterschiedliche Tatumwertgehalt der vier Fallvarianten kommt dabei zwar insoweit zum Ausdruck, als die Einschätzungen bei Fallvariante 1 zwischen dem Qualifikations- und dem Ausgangstatbestand, bei den Fallvarianten 2 bis 4 dagegen zwischen dem Ausgangs- und dem Privilegierungstatbestand schwanken. Innerhalb dieser jeweils auf zwei von drei Optionen verengten Spektren spielt der gewählte Tatbestand für die Höhe der prognostizierten Sanktion aber keine ausschlaggebende Rolle, weil von beiden Seiten aus jeweils ähnliche bis identische Strafhöhen genannt werden. Wer sich für die schwerere Tatbestandsvariante entscheidet, kombiniert diese mit einer allgemeinen Strafmilderung, während vom mildereren Tatbestand aus eine weitere Herabsetzung des Strafrahmens – von zwei Ausnahmen bei Fallvariante 1 abgesehen – durchweg abgelehnt wird. Damit herrscht zwar eine große Übereinstimmung bei der Gesamteinschätzung des

Tatunwertgehalts und der Sanktionierung, doch werden die verschiedenen Wege zu diesem Ergebnis offensichtlich als gleichwertig erachtet.

Ganz beherrscht von den engen gesetzlichen Vorgaben wird die tatbestandliche Einstufung der Fallvarianten in *England und Wales* sowie in *Deutschland*. In *England und Wales* dreht sich alles um die Frage, ob die Herabstufung der Tat zu *manslaughter* gelingt. Da die Antwort in den Händen der Jury liegt, waren die Gesprächspartner mit Prognosen eher zurückhaltend und gaben bei der Strafzumessung jeweils alternative Antworten. Die für den Fall der Annahme von *manslaughter* erwartete Sanktion liegt bei allen Fallvarianten so erheblich unterhalb der für *murder* zwingenden lebenslangen Freiheitsstrafe – und auch unterhalb des in allen anderen Ländern prognostizierten Strafniveaus –, dass ein fließender Übergang völlig ausgeschlossen ist. Eine Tatunwertgraduierung durch den Rechtsanwender kann daher nur im Fall der Annahme von *manslaughter* erfolgen, während bei *murder* der bloße Gesetzesgehorsam übrig bleibt.

In *Deutschland* bestehen zwar ähnlich strenge gesetzliche Vorgaben, doch werden sie vom Rechtsanwender durch großzügige Inanspruchnahme von Strafmilderungen, insbesondere wegen verminderter Schuldfähigkeit, weitgehend unterlaufen. Die tatbestandliche Einstufung hängt zum einen von der Frage ab, ob wegen der Arg- und Wehrlosigkeit des schlafenden Opfers das Mordmerkmal der Heimtücke bejaht werden muss, zum anderen für den Fall der Ablehnung des Mordtatbestands davon, ob die Tatprovokation durch das Opfer nicht zur Annahme eines minder schweren Falles des Totschlags zwingt. In den Fallvarianten 2 und 3 sind beide Fragen nicht eindeutig zu beantworten, sodass von den Gesprächspartnern tatsächlich alle drei Tatbestandsstufen genannt wurden. Gleichwohl lagen die Sanktionsprognosen dicht beieinander. Bei Fallvariante 2 wurde teilweise vom Qualifikationstatbestand aus sogar eine mildere Sanktion prognostiziert als auf der Basis des Privilegierungstatbestands. Bei Fallvariante 1 gingen alle Gesprächspartner dagegen übereinstimmend von einer Verurteilung der T wegen Mordes aus, doch lagen die Sanktionsprognosen weit auseinander, je nachdem ob lebenslange Freiheitsstrafe angenommen oder eine Strafmilderungsmöglichkeit bejaht wurde. Insgesamt wird die Höhe der prognostizierten Sanktion von der Wahl des anzuwendenden Straftatbestands in *Deutschland* nur wenig beeinflusst. Die Bedeutung der Straftatbestände für die Tatunwertgraduierung ist daher gering; diese vollzieht sich vielmehr weitgehend außerhalb der gesetzlichen SchwereEinstufung anhand informeller richterrechtlicher Kriterien.

Auch in *Frankreich* wirkt sich die Wahl des Straftatbestands nur wenig auf die SchwereEinstufung der Tat und die Sanktionsprognose aus. Zwar wurden für Fallvariante 1 sowohl die Anwendung des Qualifikationstatbestands durchweg bejaht als auch die höchsten Strafen angegeben. Bei den Fallvarianten 2 bis 4 liegen tatbestandliche Einstufung und Sanktionsprognose jedoch deutlich auseinander: Während bei Fallvariante 2 und 4 der Tötungsvorsatz nachhaltig infrage gestellt wird und die Einschätzungen sich jeweils zwischen dem Ausgangstatbestand und

Körperverletzung mit Todesfolge bewegen, wird für Fallvariante 3 entweder der Ausgangstatbestand oder sogar der Qualifikationstatbestand befürwortet. Gleichwohl liegen die Sanktionsprognosen bei Fallvariante 3 spürbar niedriger als bei Fallvariante 2 und bei Fallvariante 4 wegen der Notwehrtätersituation noch weit darunter.

Der *italienische* Gesetzgeber verzichtet schließlich völlig auf tatbestandliche Abstufungen, obwohl – oder vielleicht auch weil – er ein sehr viel stärker ausdifferenziertes System der Tatumwertgraduierung etabliert hat als in allen anderen von der Untersuchung erfassten Ländern. Eine länderübergreifende einheitliche Stellung der Straftatbestände im System der Tatumwertgraduierung kann somit nicht festgestellt werden. Zwar finden sich außer in *Italien* überall nach der Tatschwere abgestufte Formen der vorsätzlichen Tötung, doch werden diese Vorgaben in einigen Ländern von der Praxis ignoriert oder korrigiert. Die große Bedeutung, die der Stufe der Tatbestandsmäßigkeit im deutschen System der Straftatbewertung beigemessen wird, kann in unserer Untersuchung jedenfalls nicht bestätigt werden. Von einzelnen Ausnahmen abgesehen erschließt sich die – für unsere Fallvarianten bei Weitem wichtigste – Funktion der Tatumwertgraduierung vielmehr erst aus dem Zusammenspiel der Straftatbestände mit den allgemeinen Regeln der Strafraumbemessung und der tatrichterlichen Strafzumessung.

III. Das Verhältnis von Straffreistellung und Tatumwertgraduierung

Aufschlussreich ist das Verhältnis der Einschätzungen unserer Gesprächspartner zu den Sanktionshöhen in den Fallvarianten 1 bis 3 einerseits und einem etwaigen Freispruch in Fallvariante 4 andererseits. Hierbei zeigt sich ein klarer positiver Zusammenhang in der Weise, dass Rechtsordnungen wie *Italien* und *Frankreich*, die der T besonders skeptisch gegenüberstehen und innerhalb unserer Befragung das höchste Sanktionsniveau aufweisen, auch bei der Notwehrtätersituation von Fallvariante 4 kaum zu einem Freispruch neigen. Auf der anderen Seite zeigt sich die in *England und Wales* verbreitete besonders verständnisvolle Haltung sowohl im niedrigen Sanktionsniveau bei den Fallvarianten 2 und 3 – sofern die Herabstufung zu *manslaughter* gelingt – als auch in der höchsten Freispruchquote bei Fallvariante 4. Auch bei den übrigen Ländern lässt sich ein entsprechender Trend ausmachen, wenngleich nicht ganz so ausgeprägt.⁴⁷

Während die Notwehrfeindlichkeit des *französischen* Rechts wegen der offenen Verlagerung der Beweislast auf den Angeklagten und des Fehlens jeglicher Privilegierung des Notwehrexzesses gut mit der bestehenden Rechtslage erklärt werden kann, beruht sie im *italienischen* Recht eher auf einer restriktiven Haltung der

⁴⁷ Vgl. im Einzelnen die Übersicht unter § 14 III.2.1.

Rechtsanwender. Auch die besondere Notwehrfreundlichkeit der *englischen* Gesprächspartner hängt nur zum Teil mit der großzügigen Rechtslage zusammen. Legt man allein diesen Maßstab an, so wäre die höchste Freispruchquote für *Deutschland* zu erwarten gewesen.

Dass die tatsächlichen Einstellungen der Rechtsanwender bei der Notwehr einen so starken Einfluss gewinnen, verwundert indes nicht. Dieser Rechtfertigungsgrund wie auch die begleitenden Straffreistellungsmöglichkeiten wegen Notwehrexzess und Putativnotwehr beruhen in allen Ländern auf ähnlichen allgemeinen, abstrakt formulierten Bewertungskriterien („erforderlich“, „nicht außer Verhältnis“, „vernünftig“), die von der Praxis erst noch konkretisiert werden müssen und ihr erhebliche Beurteilungsspielräume gewähren. Die Ausfüllung dieser Spielräume erfolgt zumindest in unserer Untersuchung aufgrund einer ähnlichen faktischen Haltung wie die Tatumwertgraduierung und Sanktionsfestsetzung. Soweit hier traditions- und kulturell bedingte Unterschiede bestehen, reichen diese mithin weiter, als es der Blick auf einzelne rechtliche Regelungen vermuten lässt, und erstrecken sich auf alle Ebenen der Rechtsanwendung.

Freilich gab es in jedem Land sowohl Gesprächspartner, die einen Freispruch bejahten, als auch – außer in *England und Wales* – solche, die sich für eine Verurteilung der T aussprachen bzw. diese vom Gericht erwarteten. Auch wenn die Gesamthaltungen der verschiedenen Länder starke Unterschiede aufweisen, gehen diese Unterschiede doch nicht über das Maß derjenigen Streuung hinaus, die bereits innerhalb – fast – jedes einzelnen Landes zu finden ist. Damit überwiegt insgesamt eine Unsicherheit über das für Fallvariante 4 zu erwartende Ergebnis, welche nicht ausschließlich mit der Ungenauigkeit der Sachverhaltsformulierung erklärt werden kann, sondern maßgeblich auch darauf beruht, dass sich der Sachverhalt aus dem Blickwinkel fast aller beteiligten Rechtsordnungen auf der Grenze zwischen Strafbarkeit und Straflosigkeit bewegt.

IV. Tatumwertgraduierung, tatrichterliches Strafzumessungsermessen und Prozesssystem

Im Zusammenspiel von Tatumwertgraduierung, tatrichterlichem Strafzumessungsermessen und Prozesssystem lassen sich ebenfalls übergreifende Strukturen erkennen. So führt eine strenge *rechtliche Bindung* des Richters an feste Strafmaße oder präzise gegeneinander abgestufte Strafrahmen mit hohen Mindeststrafen keineswegs zwingend zu einer gleichmäßigen Sanktionierungspraxis. Das einzige insoweit tatsächlich übereinstimmende Ergebnis, das auf diese Weise in unserer Untersuchung zustande kam, ist die lebenslange Freiheitsstrafe für die T in Fallvariante 1 in *England und Wales*. Dieses Ergebnis wird aber auch von den englischen Gesprächspartnern nicht für gerecht gehalten, wie sich an den sehr viel niedrigeren

Sanktionsprognosen zeigt, die für den Fall abgegeben wurden, dass die Jury erwartungswidrig doch nur wegen *manslaughter* verurteilen sollte. Tatsächlich birgt eine so strikte rechtliche Vorgabe vor allem die Gefahr ungerechter Entscheidungen in sich, weil die Einheitlichkeit und Berechenbarkeit des Ergebnisses auf eine Weise erzwungen wird, die den Besonderheiten des Einzelfalles nicht mehr Rechnung tragen kann.

Soweit aber dem Rechtsanwender bei der Wahl zwischen verschiedenen eng fixierten Strafmaßen eine gewisse Freiheit gelassen wird, muss sich dieser für eine von zumeist weit auseinanderliegenden Alternativen entscheiden. Wie die Ergebnisse aus *Italien* (generelle „mathematische“ Strafermittlung) sowie für Fallvariante 1 aus *Deutschland* (lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe zwischen 3 und 15 Jahren) und *Schweden* (lebenslange Freiheitsstrafe oder 10 Jahre Freiheitsstrafe) zeigen, führt dieser Entscheidungszwang bei unseren Fallvarianten nicht zu einheitlichen Ergebnissen, sondern im Gegenteil zu einer starken Aufspaltung der Sanktionsprognosen, weil die Sachverhalte offensichtlich den Grenzbereich zwischen den verschiedenen Möglichkeiten treffen. Die mit Abstand stärksten Streuungswerte unserer Befragung ergaben sich deshalb gerade bei diesen Ländern.⁴⁸

Die größten Übereinstimmungen finden sich dagegen überraschenderweise in Systemen mit weitem tatrichterlichen Ermessen – mag dieses auf entsprechend breiten Strafraumen (*England und Wales* bei Fallvarianten 2 und 3) oder einer faktischen Vernachlässigung bzw. Relativierung der gesetzlichen Vorgaben (so vor allem in *Deutschland* bei den Fallvarianten 2 und 3 sowie generell in der *Schweiz*) beruhen. Die Kriterien richterrechtlicher Tatumwertgraduierung und Strafzumessung ermöglichen offensichtlich fließendere Übergänge als diejenigen, die ein Gesetzgeber zur Verfügung stellen kann, und sind deshalb in Grenzfällen besser geeignet, für gleichmäßige und berechenbare Ergebnisse zu sorgen. Voraussetzung für eine solche Homogenität ist freilich auch der Wille innerhalb der Richterschaft und insbesondere der Obergerichte, für eine einheitliche Handhabung des Strafzumessungsermessens zu sorgen. Fehlt ein solcher Vereinheitlichungswille, wie etwa in *Frankreich*, dann weichen nicht nur die Angaben der einzelnen Gesprächspartner über die eigene Einschätzung stark voneinander ab, sondern auch die Prognosen zur mutmaßlichen Gerichtsentscheidung werden unscharf.

Mittlere Systeme, die zwar keine festen Strafen oder engen Strafraumen vorgeben, aber die Tatumwertgraduierung und Strafzumessung durch gesetzliche Regelbeispiele näher eingrenzen und lenken, führen dementsprechend zu mittleren Streuungswerten. Allerdings lassen sich auch innerhalb dieser Ländergruppe deutliche Unterschiede zwischen eher homogenen (*Portugal, Schweden* bei Fallvariante 2 und 3) und eher inhomogenen (*Österreich*) Sanktionsprognosen erkennen. Eine lineare Abhängigkeit der Streuungswerte vom System der Tatumwertgraduierung und Strafzumessung kann daher nicht festgestellt werden.

⁴⁸ Siehe oben § 14 III.2.1.

Wie bereits angesprochen legen die Befunde unserer Untersuchung nahe, dass die *Kontrolle der tatrichterlichen Strafzumessung durch die Rechtsmittelgerichte* einen wesentlichen Einfluss auf die Berechenbarkeit der Ergebnisse eines Strafverfolgungssystems hat. Eine eingehende Begründung der Strafzumessungsentscheidung durch einen Berufsrichter ist in *Deutschland, England und Wales, Italien, Portugal* und *Schweden* erforderlich. Soweit bei den Sanktionsprognosen aus diesen Ländern größere Streuungen zu verzeichnen sind (*Italien*, bei Fallvariante 1 auch *Deutschland* und *Schweden*), beruhen sie auf einem gesetzlich vorgegebenen Entscheidungszwang zwischen weit auseinanderliegenden Alternativen, ohne dass eine eindeutige Zuordnung des Falles zur einen oder anderen Seite möglich wäre. Im Übrigen waren die Sanktionsprognosen aus dieser Ländergruppe aber eher homogen.

Schwächere Kontrollmöglichkeiten oder -intensitäten bestehen insoweit in *Österreich* und der *Schweiz*. In *Österreich* erfolgt die Strafzumessung bei vorsätzlichen Tötungsdelikten durch ein aus Berufsrichtern und Laien zusammengesetztes Geschworenengericht, das seine Entscheidung nicht begründet, sondern nur den anzuwendenden Strafraumen durch Beantwortung konkreter Fragen zu dem einschlägigen Tatbestand und einzelnen Milderungs- und Erschwerungsgründen eingrenzt. In der *Schweiz* stellt die Bundesverfassung zwar Mindestanforderungen an die Begründung der tatrichterlichen Strafzumessung. Diese erfolgt nach der persönlichen Erfahrung des Landesberichterstatters in der Praxis aber eher oberflächlich. Trotzdem waren die Sanktionsprognosen der *Schweizer* Gesprächspartner sehr homogen, während in *Österreich* starke Streuungen vorherrschten.

Praktisch keine Rechtsmittelkontrolle der Strafzumessung erfolgt schließlich in *Frankreich*. Auch hier versieht das Schwurgericht seine Sanktionsentscheidung nicht mit einer Begründung, sondern beantwortet nur einzelne Fragen. Im Gegensatz zu *Österreich* betreffen diese keine für die Strafzumessung wesentlichen erschwerenden oder mildernden Umstände, sondern beschränken sich auf den anzuwendenden Tatbestand und etwaige Straffreistellungen. Da aber die Strafraumen extrem weit sind und das Gesetz keinerlei weitere Vorgaben macht, fehlt für eine Kontrolle der Sanktionsfestsetzung durch das Kassationsgericht jegliche Basis. Dementsprechend unterschiedlich fielen die Antworten der Gesprächspartner aus.

Allenfalls leichte Tendenzen, aber keine spezifischen Abhängigkeiten, lassen sich schließlich im Verhältnis von *Prozesssystem* und *Einheitlichkeit der Sanktionsprognosen* feststellen. So kann eine homogene Sanktionierungspraxis zweifellos leichter von *Berufsrichtern* als von *Laienrichtern* gewährleistet werden. Dementsprechend sind in den Ländern unserer Untersuchung, in denen ausschließlich Berufsrichter über die Strafzumessung entscheiden (*Portugal, England und Wales*), auch verhältnismäßig geringe Streuungen der Sanktionsprognosen zu verzeichnen. Ausschließlich Laien entscheiden über die Straffrage dagegen allenfalls in einzelnen *Schweizer* Kantonen, doch ergab die Untersuchung insoweit keine verwertbaren Befunde. In allen anderen Ländern wird die Strafzumessung von einem aus

Berufsrichtern und Laien zusammengesetzten Gremium vorgenommen, wobei sich starke Streuungen (*Frankreich, Italien, Österreich*) und eher homogene Sanktionsprognosen (*Deutschland, Schweden*) gleichmäßig gegenüberstehen. Ob die Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht von einem zur Wahrheitsermittlung verpflichteten Berufsrichter oder von adversatorisch agierenden Vertretern der Anklage und Verteidigung durchgeführt wird, hat dagegen offensichtlich keinen Einfluss auf die Sanktionsentscheidung; auch waren keinerlei Zusammenhänge zwischen dem Prozesssystem und der *Höhe der prognostizierten Sanktion* erkennbar.⁴⁹

§ 18 Perspektiven eines europäischen Strafrechts

I. Harmonisierung der bestehenden Rechtsordnungen

Die zumindest partielle Harmonisierung der Strafrechtsordnungen innerhalb der Europäischen Union stellt eine heute kaum noch bezweifelte praktische Notwendigkeit dar. Auch wenn Art. 82 Abs. 1 AEUV die gegenseitige Anerkennung gerichtlicher Entscheidung und die Angleichung der Rechtsvorschriften in den Mitgliedstaaten als gleichwertige Grundlagen der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen ansieht, besteht zwischen beiden ein wesentlicher innerer Zusammenhang: Wenn die verschiedenen nationalen Strafverfolgungsbehörden effizient zusammenarbeiten und Entscheidungen aus anderen Mitgliedstaaten ohne eigene Sachprüfung anerkennen und vollstrecken sollen, ist gegenseitiges Vertrauen erforderlich. Ein solches Vertrauen kann aber nur entstehen, wenn die Unterschiede zwischen den Systemen nicht zu groß sind. Überstellungen eigener Staatsbürger an andere EU-Staaten aufgrund eines europäischen Haftbefehls oder Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile ohne inländische Nachprüfung werden in der Praxis nur dann reibungslos vollzogen, wenn die beteiligten Organe davon ausgehen, dass in dem jeweils anderen Land ähnliche Entscheidungen nach ähnlichen Regeln und mit ähnlichen Ergebnissen getroffen werden wie im eigenen Land. Unsere Untersuchung gewährt deshalb einen guten Einblick in die Probleme, die einer nachhaltigen Verbesserung der EU-weiten Zusammenarbeit bei der Strafverfolgung entgegenstehen. Die Einbeziehung der *Schweiz* ist auch unter diesem Blickwinkel gerechtfertigt, weil sie trotz der Unsicherheiten über einen etwaigen EU-Beitritt jedenfalls auf dem Gebiet der Strafverfolgung eine Integration in das europäische System anstrebt und durch den Eintritt in das Schengener Vertragswerk bereits einen wesentlichen Schritt vollzogen hat.

Harmonisierung ist freilich keine Gleichschaltung. Wie die Antworten unserer Gesprächspartner gezeigt haben, bestehen bei der Bewältigung praktischer Rechts-

⁴⁹ Siehe auch oben § 15 II.

fälle auch innerhalb der einzelnen Rechtsordnungen nicht unerhebliche Differenzen. Nationale Unterschiede und Eigenheiten können daher ohne Weiteres toleriert werden, sofern die Ergebnisse nicht allzu weit auseinanderliegen und die Entscheidungsmaßstäbe und -kriterien einigermaßen transparent und für die jeweils andere Seite nachvollziehbar sind.

Legt man diese Maßstäbe zugrunde, so hat unsere Untersuchung sowohl ermutigende Übereinstimmungen als auch einige besorgniserregende Abweichungen ergeben. Die *Gesamtergebnisse* zu den einzelnen Fallvarianten liegen überraschend eng beisammen, wenn man sowohl die Besonderheiten des Strafprozesses als vor allem auch die Modalitäten der Strafvollstreckung berücksichtigt. Allerdings ist diese Harmonie in einzelnen Ländern mit erheblichen Unsicherheiten belastet. So sind die in *Italien* verhängten Strafen generell zu hoch. Ob die zahlreichen Korrekturmöglichkeiten durch abgekürztes Verfahren und großzügige vorzeitige Entlassung aus der Haft in anderen Ländern als ausreichendes Gegengewicht angesehen werden, um beispielsweise eigene Staatsbürger vertrauensvoll der italienischen Justiz überantworten zu können, erscheint fraglich. Auch dürfte die in *England und Wales* unausweichlich erscheinende lebenslange Freiheitsstrafe bei Fallvariante 1 in den anderen Ländern auf deutliches Befremden stoßen, welches durch die relativ kurze Vollstreckungsdauer nicht gänzlich entkräftet werden kann. Ebenso könnte die notwehrfeindliche *italienische* und *französische* Haltung in Fallvariante 4 das Misstrauen anderer Länder erwecken. Weniger problematisch erscheint dagegen die relativ milde Einstellung der *Schweizer* Justiz im Allgemeinen sowie der *englischen* in den Fallvarianten 2 und 3, weil eine großzügige Haltung gegenüber der T in allen untersuchten Rechtsordnungen möglich ist und auch tatsächlich von einzelnen Gesprächspartnern jeweils befürwortet wurde.

Was die *Tatunwertgraduierung und gerichtliche Sanktionsbestimmung* anbelangt, so herrscht in der Sache weitgehende Übereinstimmung. Das Verhältnis der verschiedenen Fallvarianten zueinander wurde überall in nahezu identischer Weise bestimmt, und auch die tatsächlich maßgeblichen Wertungsgesichtspunkte waren im Wesentlichen dieselben. Deutliche Unterschiede bestehen dagegen bei den gesetzlichen Systemen der tatbestandlichen Abstufung, Strafrahmenbestimmung und tatrichterlichen Strafzumessung, sodass der rechtstechnische Weg zu den Endergebnissen jeweils anders verläuft. Ziel der europäischen Strafrechtsharmonisierung sollte sein, dass alle Systeme zu gerechten und im Wesentlichen übereinstimmenden Ergebnissen gelangen, allzu große interne Streuungen bei der Sanktionierung gleichgelagerter Fälle vermieden werden und der jeweilige rechtstechnische Weg zum Ergebnis transparent und einsichtig gemacht wird, sodass die Entscheidungen auch von außen nachvollzogen und als sachgerecht akzeptiert werden können.

Legt man diese Maßstäbe zugrunde, so ergeben sich bei mehreren der untersuchten Länder Probleme. In *Deutschland* birgt nicht nur die Kombination der zwingenden lebenslangen Freiheitsstrafe mit eher starren Mordmerkmalen das Risiko ungerechter Entscheidungen in sich, sondern das ganze System von eher eng ge-

fassten Qualifikations- und Privilegierungsmerkmalen der Straftatbestände einerseits und weiten Ermessensspielräumen bei der Strafzumessung andererseits wirkt von außen betrachtet sehr intransparent. Selbst wenn die Ergebnisse homogen ausfallen und für Insider auch berechenbar erscheinen mögen, dürfte es ausländischen Juristen schwerfallen, den konkreten Entscheidungsweg nachzuvollziehen, da die eigentliche Tatumwertgraduierung und Strafzumessung sich in einer nicht offengelegten richterrechtlichen Parallelwelt vollzieht.

In *England und Wales* erweist sich vor allem die straftatbestandliche Abstufung von *murder* und *manslaughter* als nicht sachgerecht, zudem ist sie mit den massiven Unsicherheiten des Jury-Verfahrens belastet. Bei Fallvariante 1 führt sie zu einem eindeutig zu harten Ergebnis, und auch im Übrigen hängt die Beurteilung des Falles zu stark von dieser Alles-oder-nichts-Frage ab. Ist diese Hürde überwunden, so bewirkt das richterrechtliche System fester Strafzumessungstarife zwar eine weitgehende Berechenbarkeit der Sanktionsentscheidung, doch erscheint die völlige Zurückhaltung des Gesetzgebers nach näherer Eingrenzung des Strafrahmens aus dem Blickwinkel der meisten anderen Länder als zumindest gewöhnungsbedürftig.

Gerechtfertigt ist das Misstrauen gegenüber allzu großen richterlichen Freiheiten vor allem bei *Frankreich*. Dort wird die tatrichterliche Ausfüllung der extrem weiten Strafrahmen vom Rechtsmittelgericht praktisch nicht kontrolliert, weshalb die Prognosen der Gesprächspartner sehr unscharf waren und teilweise auch weit auseinanderlagen. Transparenz und Berechenbarkeit der Entscheidungen sind daher nicht gewährleistet. Für den französischen Juristen mag diese Situation annehmbar sein, weil die Legitimation der Entscheidungen in erster Linie auf der Souveränität der mehrheitlich aus Laien zusammengesetzten Schwurgerichte beruht. Im Rahmen der europäischen Zusammenarbeit könnte die mangelnde Transparenz aber zum Problem werden.

Aus europäischer Sicht nicht akzeptabel ist, wie bereits gezeigt, vor allem das *italienische* System. Mit seinen hohen Strafen, dem permanenten Zwang zur Entscheidung zwischen weit auseinanderliegenden Strafrahmenalternativen und den darauf beruhenden starken Streuungen bei der Sanktionsfestsetzung sowie nicht zuletzt der intransparenten Art und Weise der Zurückführung der Strafhöhe auf ein erträgliches Niveau in Strafverfahren und Strafvollstreckung widerspricht es praktisch allen modernen Kompatibilitätsanforderungen.

Vorbildlich erscheinen demgegenüber die vier „kleinen“ Länder *Österreich*, *Portugal*, *Schweden* und *Schweiz*. Auch wenn sich die Modelle der tatbestandlichen Abstufung und Strafzumessung im Einzelnen nicht unerheblich voneinander unterscheiden und die Sanktionsprognosen in *Österreich* und *Schweden* deutlich stärker streuen als in *Portugal* und der *Schweiz*, verfügen doch alle über ein klar strukturiertes gesetzliches System der Tatumwertgraduierung und Strafzumessung, das dem Rechtsanwender einerseits eine gute Orientierung bietet, andererseits aber auch die notwendige Flexibilität lässt. Die Ergebnisse liegen durchweg in einem

allgemein akzeptablen Bereich, und der rechtstechnische Weg zu ihrer Ermittlung ist transparent und von außen gut nachvollziehbar.

Deutlich größer ist die Übereinstimmung bei der Beurteilung einer etwaigen Straffreistellung der T in Fallvariante 4 wegen *Notwehr, Putativnotwehr oder Notwehrexzess*. In allen Ländern kann sowohl ein tatsächlicher als auch ein ohne Fahrlässigkeit irrig angenommener gegenwärtiger rechtswidriger Angriff auf Leib oder Leben eine Straffreistellung auslösen. Die Anforderungen an die Verteidigungshandlung werden von den einzelnen Rechtsordnungen zwar unterschiedlich streng formuliert, doch wirken sich diese Unterschiede auf unsere Fallvariante nicht aus oder sie werden von der tatsächlichen Einstellung der Landesjuristen zur Notwehr gegen häusliche Gewalt überlagert. Geht die Verteidigungshandlung über das Maß des Erforderlichen hinaus, so kommt außer in *Frankreich* überall eine Strafbefreiung wegen Notwehrexzess in Betracht, wobei dieser in den meisten Ländern freilich entschuldbar sein muss oder nicht auf Fahrlässigkeit beruhen darf. Nur in *Frankreich* wird dem Angeklagten die Beweislast für die Notwehrvoraussetzungen aufgebürdet, während ansonsten – zumindest theoretisch – eine plausible Darlegung der faktischen Möglichkeit der Notwehr genügt. Die Unterschiede zwischen den Ländern bei der Beurteilung der Fallvariante 4 sind mit Ausnahme *Frankreichs* und *Italiens* nicht so stark, dass die Haltung der jeweils anderen Rechtsordnungen nicht akzeptiert werden könnte. Ein konkreter Harmonisierungsbedarf besteht daher nach unseren Untersuchungsergebnissen in diesem Punkt nicht. In *Frankreich* müsste dagegen die Beweislastverschiebung aufgegeben und eine Straffreistellung wegen unbewussten Notwehrexzesses eingeführt werden, um eine Annäherung an das Niveau der anderen Länder zu erzielen, während in *Italien* nur eine Änderung der tatsächlichen Einstellung erforderlich wäre.

Kaum beeinträchtigt wird die materiellrechtliche Beurteilung der Fallvarianten und die Höhe und Gleichmäßigkeit der prognostizierten Sanktionen schließlich vom *Prozesssystem*. Dies bedeutet zwar nicht, dass diesbezüglich kein Harmonisierungsbedarf bestünde. Im Gegenteil, in komplexeren Fällen mit kritischer Beweislage sowie insbesondere bei der länderübergreifenden Ermittlung und Verwertung von Beweisen dürften die dort bestehenden Unterschiede die Entstehung eines gegenseitigen Vertrauens erheblich behindern und zu massiven Reibungsverlusten führen. Dennoch kann auf der Basis unserer Untersuchung davon ausgegangen werden, dass Form und Inhalt des materiellen Strafrechts insoweit keine zusätzliche, über die Kompatibilität des Beweisverfahrens hinausreichende gegenseitige Angleichung erfordern. Lediglich beim *englischen* Geschworenengericht wäre darüber nachzudenken, ob der Jury nicht wie in anderen Ländern die Beantwortung konkreter Fragen aufgegeben werden sollte, sodass ihre Entscheidung stärker strukturiert würde und auch vom Rechtsmittelgericht besser kontrolliert werden könnte. Ohne eine damit einhergehende Ausdifferenzierung des materiellen Rechts und insbesondere der Strafraumbestimmung und Tatunwertgraduierung wäre eine solche Maßnahme, wie das Beispiel *Frankreichs* zeigt, freilich nutzlos.

II. Schaffung eines supranationalen europäischen Strafrechts

Auch wenn schon die Einführung einer europäischen Staatsanwaltschaft trotz Art. 86 AEUV immer noch fraglich erscheint, wird die fortschreitende politische Integration auf Dauer die Schaffung einer supranationalen europäischen Strafgerichtsbarkeit nahelegen, die – ähnlich den US-amerikanischen Bundesgerichten – zumindest in Teilbereichen mit den nationalen Systemen konkurriert. Für die Arbeit dieser europäischen Strafverfolgungsorgane wären dann europäische Straf- und Strafprozessgesetze erforderlich, die nicht einfach auf den harmonisierten nationalen Strafrechtsordnungen aufbauen, sondern sich für eine konkrete, in sich konsistente Regelung entscheiden, welche von den einzelnen nationalen Systemen auch deutlich abweichen kann.

Auch wenn über die konkrete Gestalt eines zukünftigen supranationalen europäischen Strafrechts derzeit nur spekuliert werden kann, gibt unsere Untersuchung auch insoweit gewisse Aufschlüsse. Der europäische Gesetzgeber müsste nämlich eine Kompromisslinie finden, die Extrempositionen vermeidet und von allen Seiten aus akzeptabel wäre. Was den Inhalt einzelner Regelungsbereiche angeht (etwa: tatbestandliche Erfassung der Tötungsdelikte, Notwehrregelung, Zurechnungsfähigkeit), so erscheint ein solcher Kompromiss durchaus möglich. Die bestehenden nationalen Modelle sind zwar teilweise recht unterschiedlich, doch hat unsere Untersuchung gezeigt, dass die tatsächliche Haltung der Rechtsanwender bei der Einstufung und Beurteilung unserer Fallvarianten nicht wesentlich voneinander abweicht und dass überall dieselben oder zumindest ähnliche Wertungsgesichtspunkte als maßgeblich erachtet werden. Eine europäische Regelung, die diesen tatsächlichen Gegebenheiten Rechnung trägt, könnte wohl allgemein akzeptiert werden.

Für die durch unsere Fallvarianten betroffenen Bereiche bedeutet dies: Auf der *Tatbestandsebene* kämen als Vorbilder für eine europäische Regelung der Tötungsdelikte sowohl die 2-stufigen Modelle *Österreichs* und *Schwedens* mit dem schwereren Fall als Ausgangstatbestand, dessen Strafrahmen sich von einem mittelhohen Bereich bis zur Höchststrafe erstreckt, als auch die 3-stufigen Modelle *Portugals* und der *Schweiz* in Betracht. Die *deutschen* und *englischen* Regelungen sind dagegen wegen ihres zu starren Umgangs mit der lebenslangen Freiheitsstrafe ebenso wenig als Vorbild geeignet wie die auf einen Privilegierungstatbestand verzichtende *französische* und die jegliche tatbestandliche Differenzierung ablehnende *italienische* Regelung.

Bei der *Notwehr* liegen die meisten Rechtsordnungen nicht sehr weit auseinander, jedenfalls soweit es um einen unmittelbaren tätlichen Angriff durch den gewalttätigen Ehegatten geht. Ob die Verhältnismäßigkeit der Verteidigungshandlung stärker betont oder lediglich als Korrekturfaktor für Extremfälle angesehen wird und ob der Notwehrexzess großzügig oder nur bei konkreter Entschuldbarkeit zur Straffreiheit führt, mag zwar Gegenstand hitziger rechtspolitischer Diskussionen sein. Gleichwohl ist angesichts der weitgehenden faktischen Übereinstimmung kaum vorstellbar, dass ein europäisches Strafrecht gerade an diesen Fragen scheitern wird.

Ebenso sind fast alle untersuchten Rechtsordnungen bereit, massive *seelische Belastungen* oder konkrete *Affekte*, die sich in der Tötung des tyrannischen Ehegatten entladen, als erheblich schuld- und damit strafmindernd anzuerkennen. Dies zeigt sich auch an der allseits geäußerten Erwartung, dass der seelische Zustand der T in unseren Fallvarianten mittels einer gerichtsmedizinischen bzw. psychiatrischen Untersuchung aufgeklärt werden würde. An den vollständigen Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit werden dagegen überall sehr viel strengere Anforderungen gestellt, sodass er übereinstimmend für alle Fallvarianten als sehr unwahrscheinlich angesehen wurde. Ein allgemeines Einvernehmen über eine entsprechende Regelung der ausgeschlossenen und verminderten Schuldfähigkeit erscheint daher ebenfalls realistisch.

Massive, tief in die historischen und rechtskulturellen Wurzeln der verschiedenen Systeme hinabreichende Unterschiede zeigen sich dagegen bei der *Tatunwertgraduierung* und der *tatrichterlichen Strafzumessung*. Zwischen der fast unbegrenzten *französischen* tatrichterlichen Strafzumessungsfreiheit, dem *englischen* richterrechtlichen Tarifsysteem, dem *italienischen* mathematischen System der gesetzlichen Tatunwertgraduierung mit hohen Strafmaßen und großen Sanktionsprüngen und den flexibleren, durch gesetzliche Vorgaben geleiteten, aber nicht in zu enge Korsette gezwungenen Graduierungssystemen *Österreichs*, *Portugals* und *Schwedens* liegen Welten. Auch der großzügige Umgang *deutscher* und *Schweizer* Richter mit dem Gesetz dürfte andernorts auf Befremden stoßen. Ein allseitiger, auf gegenseitiger Annäherung beruhender Kompromiss erscheint hier kaum möglich, sodass der europäische Gesetzgeber sich voraussichtlich für denjenigen konkreten Weg entscheiden müsste, der die erforderlichen Mehrheiten findet. Ob eine solche Mehrheit aber tatsächlich zustande kommen kann, erscheint angesichts des Ausmaßes der Differenzen fraglich.

Insgesamt sind die Perspektiven eines supranationalen europäischen Strafrechts daher nach wie vor eher skeptisch zu beurteilen. Trotz wesentlicher Übereinstimmung in den grundlegenden Wertungen wie auch den praktischen Ergebnissen zeigen sich in wichtigen Teilbereichen so gravierende Unterschiede der Rechtskulturen, dass auch eine vorsichtige, schrittweise Harmonisierung unrealistisch erscheint, sofern diese über eng begrenzte Gebiete hinausgeht und die Gesamtsysteme zu erfassen sucht. Gerade die „großen“, bevölkerungsreichen, wirtschaftlich und politisch starken Nationen *Deutschland*, *England* und *Frankreich* liegen besonders weit von einer möglichen Mittellinie entfernt und müssten sich am meisten verändern. Auf der anderen Seite kann unsere Untersuchung aber vielleicht dazu beitragen, dass mehr gegenseitiges Vertrauen und ein der europäischen Strafrechtsintegration zuträglicheres Klima entsteht. Wenn nämlich erkannt werden sollte, dass trotz aller nationalen Sonderwege, Skurrilitäten und rechtskulturellen Unterschiede in wesentlichen Wertungsfragen Übereinstimmung besteht, dürfte sowohl die vorbehaltlose Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidungen leichter fallen als auch die Akzeptanz einer fortschreitenden Harmonisierung steigen.

Teil 4

Strafrechtsvergleichung: Entwicklung – Ziele – Methoden

Albin Eser

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	935
I. Standortbestimmung	939
A. Hinführung – Zielsetzung	939
B. Zur Geschichte und Bedeutung der (Straf-)Rechtsvergleichung	941
1. Entwicklungsphasen	941
2. Bedeutungszuwachs der Strafrechtsvergleichung	950
C. Begriffs- und Modellvielfalt	954
D. Ziele – Methoden – Voraussetzungen: differenzieren, definieren, integrieren	960
E. Strafrechtsvergleichung als zweckfreie Wissenschaft?	963
II. Ziele und Funktionen der Strafrechtsvergleichung	966
A. Theoretische Strafrechtsvergleichung	967
1. Horizonterweiterung durch fremdes Recht – Rückspiegelung auf das eigene Recht	968
2. Rechtsvergleichende Grundlagenforschung	970
(a) Auslandsrechtskunde – Strafrechtsvergleichung	970
(b) Mikrovergleich – Makrovergleich – Grundlagenforschung	973
(c) Universale Strafrechtsvergleichung – Anspruch und Erreichbarkeit	976
(d) „Systematische Strafrechtsvergleichung“ – „Strukturvergleich“	979
3. Verständigungserleichternde und konsensfördernde Strafrechts- vergleichung	982
4. Kritische Kontroll- und Innovationsfunktion	984
5. Vorarbeit für praktische Strafrechtsvergleichung	984
B. Judikative Strafrechtsvergleichung	984
1. Direkte Berücksichtigung von fremdem Recht bei der Rechts- anwendung	986
(a) Fremdrechtsimport	987
➤ „Echte“ – „Implementierende“ Fremdrechtsanwendung	987
➤ „Limitierende“ Fremdrechtsanwendung	987
➤ „Blankettförmige“ Fremdrechtsanwendung	988
➤ „Tatbestandsergänzende“ Fremdrechtsanwendung	989
➤ „Inkorporierte Völkerrechtsverbrechen“	990
➤ „Subsidiäre“ Fremdrechtsanwendung	990
(b) Fremdrechtsabhängige Strafgewalt	991
➤ Berücksichtigung ausländischer Rechtsvorstellungen	991
➤ Doppelte Strafbarkeit	992
➤ Beiderseitige Strafbarkeit	993
➤ Ne bis in idem – Verbot mehrfacher Strafverfolgung	994
➤ Komplementaritätsprinzip	995

2.	Richterliche Rechtsfindung und Rechtsfortbildung durch Strafrechtsvergleichung	996
	(a) Horizontal-transnationale Blickerweiterung	996
	➤ Strafrechtsvergleichung als Auslegungshilfe	997
	➤ Rückgriff auf ausländisches Mutterrecht	998
	➤ Lückenfüllung und Rechtsfortbildung	998
	(b) Supranationale Einflüsse auf nationales Strafrecht	999
	➤ Vorrang von primärem und sekundärem Unionsrecht	1000
	➤ Unionsrechtskonforme Auslegung	1000
	➤ Völkerrechtsfreundliche Auslegung	1001
	(c) Nationalrechtliche Einflüsse auf supranationales Strafrecht	1001
	➤ Wort- und Begriffsauslegung anhand von nationalem Strafrecht	1001
	➤ Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze	1002
	➤ Entwicklung einer supranationalen Strafrechtsdogmatik	1003
3.	Exekutorische Strafrechtsvergleichung	1003
C.	Legislative Strafrechtsvergleichung	1005
	1. Zielsetzungen und Aufgaben	1006
	(a) Optimierung und Modernisierung des eigenen nationalen Strafrechts	1006
	➤ Optimierung	1006
	➤ Modernisierung	1007
	➤ Schaffung eines „Lösungsvorrats“	1009
	➤ Kein „Selbstbedienungsladen“	1009
	(b) Transnationale Anpassung: Assimilierung – Harmonisierung – Unifizierung	1010
	➤ Assimilierung	1010
	➤ Harmonisierung	1011
	➤ Unifizierung	1011
	(c) Entwicklung universalen und supranationalen Strafrechts	1012
	➤ Identifizierung oberster Rechtsgrundsätze	1012
	➤ Vorbereitung internationaler Konventionen	1012
	➤ Ausgestaltung internationaler Strafgerichtsbarkeit	1013
2.	Regelungsebenen und Reichweiten	1015
	(a) Unterschiedliche Reichweiten	1015
	➤ Punktuelle Rechtsänderungen	1015
	➤ Partielle Strukturveränderungen	1016
	➤ Systemveränderungen	1016
	➤ Systemauswechslung	1016
	➤ Modellstrafgesetzbücher	1016
	➤ Neueinrichtung von Gerichtsbarkeiten	1017
	(b) Verschiedene Regelungsebenen	1017
	➤ Nationale Ebene	1017
	➤ Regionale Ebene	1018

	➤	Universale Ebene	1019
	➤	Supranationale Ebene	1019
D.		Evaluativ-kompetitive Strafrechtsvergleichung	1020
	1.	Zur Begriffsgeschichte	1020
	2.	Unterschiedliche Wertungsaspekte	1023
	3.	Wertung als Teil der Rechtsvergleichung	1026
	4.	Von evaluativer zu kompetitiver Rechtsvergleichung	1030
		(a) Kontroll- und Warnfunktion	1031
		(b) Legitimierungsfunktion	1032
		(c) Lückenfüllungsfunktion	1033
		(d) Kritische Initiativ- und Innovationsfunktion	1034
		(e) Optimierungs- und Modifizierungsfunktion	1035
		(f) Harmonisierungsfunktion	1036
		(g) Präferenzierungsfunktion	1036
III.		Methodik der Strafrechtsvergleichung	1038
A.		Zusammenhang von Zielen und Methoden	1038
	1.	Abhängigkeit der Methode von der Zielsetzung – Methodenoffenheit	1038
	2.	Leitprinzipien – Vorgehensweisen	1040
B.		Untersuchungsstufen – Prüfungsschritte	1044
	1.	Aufgabenstellung – Arbeitshypothesen – Fragenkatalog	1045
		(a) Was zu welchem Zweck auf welcher Ebene zu vergleichen ist	1045
		➤ Universalitätsanspruch	1047
		➤ Rechtsinterner Methodenvergleich – kulturbezogene Rechtsvergleichung	1049
		➤ „Question driven“ – „theory driven“	1050
		➤ Normativ-institutionalistischer Ansatz	1050
		➤ Sozio-funktionalistische Ausrichtung	1051
		➤ „Cultural turn“ – Kulturvergleichung	1054
		➤ „Funktionalistische Äquivalenz“	1056
		➤ Strukturalistische Dimension	1057
		➤ Resümee	1061
		(b) Arbeitshypothesen – Fragenkatalog	1061
		➤ Thematisch	1062
		➤ Blickwinkel	1063
		➤ Breiten- und Tiefendimension	1064
		➤ Vortest	1065
	2.	Wahl der zu vergleichenden Länder	1066
		(a) Ausrichtung an der Aufgabenstellung – Auswahlkriterien	1066
		➤ Gleichartige – verschiedenartige Rechtsordnungen – kein „numerus clausus“	1066
		➤ Grundsatz weiser Beschränkung – Präsumptiv größte Ergiebigkeit	1068
		➤ Rechtsfamilien	1069

(b)	Exemplifizierung an Projekten	1070
(c)	Vortest – Pilotstudie – Nachbesserungen	1072
3.	Ausarbeitung der Landesberichte	1074
(a)	Ausgangspunkt – Blickwinkel – Ganzheitliche Betrachtung	1074
(b)	Erfassung des einschlägigen Rechts	1075
(c)	Einbeziehung der Kriminologie und sonstiger empirischer Wissenschaften	1076
(d)	Kulturbezogenheit	1078
(e)	Fallbasierte Vergleichsmethode	1079
(f)	Computerunterstützte Vergleichung	1080
4.	Vergleichung – Querschnitt – Modellbildung	1080
(a)	Binationaler Abgleich	1081
(b)	Multinationaler Querschnitt	1082
(c)	Modellbildung	1083
5.	Bewertung – Empfehlungen	1084
(a)	Abhängigkeit von der Zielsetzung – Wertungsstufen	1084
(b)	Wertungskriterien	1085
(c)	Vergleichsvoraussetzungen	1087
C.	Personelle und institutionelle Rahmenbedingungen	1088
1.	Personelle Anforderungen	1088
(a)	Rechtsvergleichende Akteure – Kooperation	1088
(b)	Professionelle Qualifikation	1092
(c)	Persönliche Integrität	1093
2.	Institutionelle Hilfsmittel	1095
D.	Leitfaden für (straf-)rechtsvergleichendes Arbeiten	1097
0.	Durchgehendes Leitprinzip: Ausrichtung der Methode wie auch der einzelnen Arbeitsschritte an der Zielsetzung des Rechtsvergleichs ..	1098
0.1.	Zielsetzung	1098
0.2.	Methode	1098
0.3.	Arbeitsschritte	1098
1.	Arbeitsschritt: Zielsetzung	1099
1.1.	Wahl und Festlegung der grundsätzlichen Zielrichtung	1099
1.2.	Aufgrund von Arbeitshypothesen Entwicklung eines Fragenkatalogs	1100
2.	Arbeitsschritt: Länderwahl	1101
2.1.	Grundausrichtung	1101
2.2.	Anzahl der einzubeziehenden Länder	1101
2.3.	Vortest – Nachbesserungen	1102
3.	Arbeitsschritt: Landesberichte	1103
3.1.	Ausgangspunkt – Blickwinkel – Vorverständnis	1103
3.2.	Erfassung und Darstellung der einschlägigen Rechtsmaterie	1104
3.3.	Einbeziehung anderer Wissenschaften oder Bezüge	1104
3.4.	Ermittlungsmethodik	1105
3.5.	Nachbesserungen	1105

4. Arbeitsschritt: Vergleichung	1106
4.1. Kriterienkatalog	1106
4.2. Binationaler Abgleich	1106
4.3. Multinationaler Querschnitt	1106
4.4. Modellbildung – Ermittlung von Grundstrukturen und allgemeinen Rechtssätzen	1107
5. Arbeitsschritt: Bewertung – Empfehlungen	1107
5.1. Evaluierungsoptionen	1107
5.2. Wertungskriterien	1107
5.3. Vergleichs- und Empfehlungsvoraussetzungen	1108
IV. Ausblick	1108
Literaturverzeichnis	1113

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AIDP	Association International de Droit Pénal
Am.J.Comp.L	American Journal of Comparative Law
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
ders., dies.	derselbe, dieselbe(n)
dt.	deutsch
ed., eds.	editor, editors
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
et al.	et alius, bzw. alii, alia, aliae
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EUV	Vertrag über die Europäische Union
f., ff.	folgende, fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Golddamer's Archiv für Strafrecht
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben von
ICC	International Criminal Court
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda

ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
IKV	Internationale Kriminalistische Vereinigung
JICJ	Journal of International Criminal Justice
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
MPI	Max-Planck-Institut
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
o.	oben
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
para., paras.	paragraph, paragraphs
Rn.	Randnummer
RPE	Rules of Procedure and Evidence
S.	Seite
SDÜ	Schengener Durchführungsabkommen
Slg.	Sammlung
Sp.	Spalte
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StV	Strafverteidiger
u.	und bzw. unten
u.a.	und andere bzw. unter anderem
U.S.	United States of America
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
v.	von
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
VStGB	Völkerstrafgesetzbuch
W.L.R.	The Weekly Law Reports

z.B.	zum Beispiel
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZiS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert
ZSchwR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Strafrechtsvergleichung: Entwicklung – Ziele – Methoden

I. Standortbestimmung

A. Hinführung – Zielsetzung

Ähnlich wie schon zur Genese dieses Projekts festzustellen war,¹ hat auch dieses Schlusskapitel eine Entwicklung durchgemacht. Nachdem zunächst lediglich einige abschließende Reflexionen beabsichtigt waren, hat sich alsbald die Frage aufgedrängt, welche allgemeinen Erkenntnisse sich aus diesem Projekt ziehen lassen und wie diese in die gängigen Vorstellungen von Strafrechtsvergleichung einzuordnen sind. Die Antwort darauf aber hängt entscheidend davon ab, worin das Ziel der Rechtsvergleichung zu sehen und mit welchen Methoden es am besten zu erreichen ist. Dies wiederum ist schwer zu beantworten, weil über die Ziele und Methoden der Strafrechtsvergleichung alles andere als Einigkeit herrscht. Und das beginnt schon mit unterschiedlichem Begriffsverständnis und reicht bis zu divergierender Einschätzung der praktischen Bedeutung, die der Strafrechtsvergleichung zukomme.

Um dies aufzuarbeiten, war daher etwas weiter auszuholen und der Versuch zu unternehmen, die bereits von meinem Amtsvorgänger als Institutsdirektor grundgelegten Ansätze² wie auch eigene Vorarbeiten³ fortzuführen und damit auch einen Beitrag zur Entwicklung einer „Theorie der Strafrechtsvergleichung“ zu leisten, wie sie von meinem Amtsnachfolger als ein Forschungsziel des Max-Planck-Instituts ausgerufen wurde.⁴ Das soll nicht heißen, dass damit die definitive „Theo-

¹ Oben Teil 1, § 1. Soweit nichts anderes angegeben, beziehen sich die nachfolgenden Querverweise auf diesen Teil 4.

² *Hans-Heinrich Jescheck*, *Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung*, Tübingen 1955; vgl. auch unten Fn. 41, 127 f., 283.

³ *Albin Eser*, *Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung*, in: Hans-Jörg Albrecht u.a. (Hrsg.), *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag*, Berlin 1998, 2. Halbband, S. 1499–1530 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3735; Nachdruck in *Albin Eser*, *Transnationales Strafrecht*, Berlin 2011, S. 3–26; zur Erweiterung dieses Ansatzes vgl. unten in und zu Fn. 82, 413 sowie Fn. 567.

⁴ *Ulrich Sieber*, *Strafrechtsvergleichung im Wandel – Aufgaben, Methoden und Theorieansätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft*, in: Ulrich Sieber/Hans-Jörg Albrecht (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, Berlin 2006, S. 78–151 (126 ff., 132). Vgl. auch Max-Planck-Institut Forschungsbericht 2010–2011, S. 13, 15, 27 sowie die zusätzlichen Projektinformationen zu den „Strafrechtlichen Forschungsarbeiten“ S. 10 ff., 23; zu weiteren Veröffentlichungen vgl. unten Fn. 60.

rie“ der Strafrechtsvergleichung, falls sich eine solche überhaupt ausarbeiten lässt, geliefert würde, ebenso wenig wie in diesem Rahmen ein umfassendes „Lehrbuch der Strafrechtsvergleichung“, wie es bislang zu vermissen ist,⁵ erwartet werden kann. Was aber immerhin anzustreben und hoffentlich auch zu erlangen ist, mag ein Zugewinn an Klarheit darüber sein, was sich Strafrechtsvergleichung sinnvollerweise zum Ziel setzen sollte (II.) und mit welchen Methoden (III.) diese Ziele am besten zu erreichen sind.

Aufgrund dieser primären Ziel- und Methodenorientiertheit geht es also hier weder darum, bestimmte strafrechtliche Regelungen, Theorien oder sonstige Sachfragen inhaltlich miteinander zu vergleichen, noch sollen hier bestimmte „Strafrechtsfamilien“ vorgestellt werden, wie dies nach Art von Auslandsrechtskunde bei der Darstellung von „Rechtskreisen“ zu geschehen pflegt.⁶ Vielmehr geht es hier vor allem darum, die oft übersehene Vielfalt möglicher Ziele – und dementsprechend verschiedenartige Wege – aufzuzeigen, zu deren Erreichung Strafrechtsvergleichung gewinnbringend betrieben werden kann. Auch soweit dies immer wieder an bestimmten Regelungen und Sachproblemen zu demonstrieren sein wird, dienen diese lediglich als Beispielsmaterial, während Hauptgegenstand dieser Untersuchung die möglichen Ziele und Methoden der Strafrechtsvergleichung bleiben.

Diese klarzustellen und voll zu erfassen, wird nicht möglich sein, ohne sich zuvor einen Überblick über recht unterschiedliche Auffassungen von Begriff und Gegenstand der Strafrechtsvergleichung und ihrer bisherigen Entwicklung verschafft und dabei gewisse Vorklärungen getroffen zu haben. Denn erst wenn man sich bewusst gemacht hat, dass mit denselben Worten nicht immer die gleiche Sache gemeint ist oder dass umgekehrt hinter unterschiedlicher Terminologie das gleiche Problem verborgen sein kann, besteht Hoffnung, aus vielfältigen diversen Funktionsbenennungen und Wegbezeichnungen Unterschiede und Gemeinsamkeiten herauszufiltern und damit den Boden für sinnvoll erscheinende Zielsetzungen und Methodenbeschreibungen zu bereiten.

⁵ Wie namentlich moniert von *Eric Hilgendorf*, Zur Einführung: Globalisierung und Recht. Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung heute, in: Susanne Beck/Christoph Burchard/Bijan Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, Baden-Baden 2011, S. 5–25 (14).

⁶ Wie insbesondere bei *David/Grasmann*, Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, 2. dt. Auflage München 1988, S. 46 ff.; *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts, Band I: Grundlagen, 3. Auflage Tübingen 1996, S. 62 ff.; sowie speziell zum Strafrecht *Kevin Jon Heller/Markus D. Dubber* (eds.), The Handbook of Comparative Criminal Law, Stanford 2011, S. 12 ff., ferner unten III.B.2(a) zu Fn. 626. Näher zu „Auslandsrechtskunde“ vgl. unten II.A.2(a).

B. Zur Geschichte und Bedeutung der (Straf-)Rechtsvergleichung

1. Entwicklungsphasen

Was unter Strafrechtsvergleichung verstanden wird, hängt offenbar entscheidend davon ab, welcher Zweck damit gerade verfolgt wird.⁷ So haben sich im Laufe der Zeit die jeweiligen Ziele immer wieder verändert. Ja noch mehr, schon bevor der in seinem Ursprung kaum sicher zu lokalisierende Begriff der Rechtsvergleichung – und in zeitlicher Folge der Begriff der Strafrechtsvergleichung – überhaupt aufkam, wurde mit unterschiedlicher Zielsetzung, Reichweite und Methodik wie auch mit wechselweise zu- oder abnehmender Intensität das betrieben, was man der Sache nach als Rechtsvergleichung betrachten kann.⁸

Lässt man nämlich für den Begriff der Rechtsvergleichung genügen, dass – ihren beiden Wortteilen entsprechend – Mehreres miteinander verglichen wird und dass dieses Vergleichen Rechtliches zum Gegenstand hat,⁹ dann kann man jedenfalls

⁷ Treffend in diesem Sinne *David Nelken*, *Comparative Law and Comparative Legal Studies*, in: Esin Öricü/David Nelken (eds.), *Comparative Law. A Handbook*, Oxford 2007, S. 3–42: “The aims of the subject will shape the way it is conceived. It will vary depending on whether the goal is that of finding out relevant legal rules in another jurisdiction, understanding another society (and, by contrast, one’s own society) through its law, searching for commonalities, or showing the difficulty of translating the texts and experience of other people’s law” (S. 12). Dementsprechend gibt auch nach *Léontin-Jean Constantinesco*, dem mit seiner dreibändigen „Rechtsvergleichung“ (Köln 1971, 1972, 1983) die derzeit umfangreichste Behandlung zu verdanken ist, schon jede geschichtliche Darstellung „die Auffassung ihres Verfassers über die Rechtsvergleichung wieder und macht auf diese Weise die große Verwirrung in diesem Bereich deutlich“, Band I: Einführung in die Rechtsvergleichung, 1971, S. 70 Fn. 5; vgl. auch S. 206 ff.

⁸ Eingehend zur Geschichte der Rechtsvergleichung, die nachfolgend lediglich insoweit ausgewertet und angeführt wird, als es zu dieser Standortbestimmung erforderlich erscheint, vgl. insbesondere *Constantinesco* I, Einführung (o. Fn. 7), S. 69 ff. sowie – unter anderem mit dem allerdings bis dahin üblichen Schwerpunkt auf dem Privatrecht – *Walther Hug*, *The History of Comparative Law*, *Harvard Law Review* XLV (1931/32), S. 1027–1070, nachgedruckt in: Konrad Zweigert/Hans-Jürgen Puttfarcken (Hrsg.), *Rechtsvergleichung*, Darmstadt 1978, S. 109–161; *Max Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Auflage München 1987, S. 37 ff.; *Zweigert/Kötz*, *Rechtsvergleichung* (o. Fn. 6), S. 47 ff. (mit allerdings recht sparsamen Quellennachweisen für die Frühzeit). Zu komprimierten Nachzeichnungen vgl. *Oliver Brand*, Grundfragen der Rechtsvergleichung, *JuS* 2003, S. 1082–1091 (1085 f.); *Heinz Neumayer*, Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, in: David/Grasmann, *Rechtssysteme* (o. Fn. 6), S. 7 ff.; *Hannes Rösler*, *Rechtsvergleichung als Erkenntnisinstrument in Wissenschaft, Praxis und Ausbildung*, *JuS* 1999, S. 1084–1089 und 1186–1191 (1184 f.). Während sich diese Überblicke im Wesentlichen auf die Entwicklung in Deutschland und Europa beschränken, finden sich darüber hinausgehende Berichte in den „The Development of Comparative Law in the World“ gewidmeten Beiträgen in Part I von *Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann* (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006, S. 35–301. Mit Fokussierung auf die Strafrechtsvergleichung vgl. *Eser*, *Strafrechtsvergleichung* (o. Fn. 3), *Kaiser-FS*, S. 1503 ff.; sowie *Jeschek*, *Strafrechtsvergleichung* (Fn. 2), S. 9 ff.

⁹ Vgl. auch *Eser*, *Strafrechtsvergleichung* (o. Fn. 3), *Kaiser-FS*, S. 1501; *Zweigert/Kötz*, *Rechtsvergleichung* (o. Fn. 6), S. 1 f., 6 ff.

schon in der griechischen Antike fündig werden. Sobald man aber nach der Art des zu vergleichenden Rechts, nach dem Zweck des Vergleichens und der dabei anzuwendenden Vorgehensweise fragt, werden erhebliche Unterschiede sichtbar. So war es beispielsweise offenbar schon in den griechischen Stadtstaaten üblich, sich bei der Schaffung neuen Rechts in den Nachbarstaaten umzusehen. Dies könnte auch namhafte Philosophen dazu animiert haben, für die Konstruktion eines Idealstaates (wie Platon in seinen „*nomoi*“ bzw. *Aristoteles* für seine „*politeia*“) rechtsvergleichende Studien zu betreiben.¹⁰ Demgegenüber erschien den Römern, sieht man von der möglichen Imitation griechischer Rechtsinstitutionen in den Zwölf-Tafel-Gesetzen einmal ab, die eigene Rechts- und Staatsordnung als derart überlegen, dass es keines vergleichenden Blickes auf das von *Cicero* als „verworfen und nahezu lächerlich“ bezeichnete fremde Recht¹¹ bedurfte¹² – eine Einstellung, die sich selbst in unserer Zeit der Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika noch meint leisten zu können.¹³ Umso erstaunlicher ist es im Rückblick auf das römische Recht, dass dieses über die Entwicklung des *ius gentium* dann selbst zu einer wesentlichen Basis der weiteren Rechtsentwicklung und damit auch der Rechtsvergleichung werden konnte.¹⁴

Wie sich aus dem Gesagten bereits erahnen lässt, hängen Zielrichtung und Intensitätsgrad der Rechtsvergleichung entscheidend von dem dahinterstehenden Erkenntnisinteresse ab. Grob betrachtet kann dafür dreierlei bestimmend sein: die allgemeine Neugier auf Fremdes und dazu auch das Kennenlernen von Recht als Ausprägung landesspezifischer Kultur, das praktische Bedürfnis für die Kenntnisnahme von fremdem Recht, sei es als abschreckender oder vorbildhafter Spiegel des eigenen Rechts oder zwecks Berücksichtigung oder gar Angleichung, sowie die theoretische Analyse von fremdem Recht.

Die erstgenannte Art von Rechtsvergleichung lässt sich vielleicht am besten als „museal“ charakterisieren; dies ist keinesfalls despektierlich gemeint, sondern in dem Sinne, dass besonders interessante Ausprägungen eines fremden Rechts gleichsam wie „Fossilien“ nebeneinandergestellt und in ihren Unterschieden oder Übereinstimmungen mit dem eigenen Recht verglichen werden.¹⁵ Zu dieser Kate-

¹⁰ Vgl. *Hug*, *History*, (o. Fn. 8), S. 110 f.; *Zweigert/Kötz*, *Rechtsvergleichung* (o. Fn. 6), S. 47 f.

¹¹ So laut *Zweigert/Kötz*, *Rechtsvergleichung* (o. Fn. 6), S. 48.

¹² Vgl. aber auch *Hug*, *History* (o. Fn. 8), S. 111 f.

¹³ So nicht ohne chauvinistischen Unterton etwa Justice *Scalia* in *Lawrence v. Texas*, 123 US Supreme Court 2472–2495 (2003): “This Court [...] should not impose foreign moods, fads, or fashions on Americans.” Vgl. auch die Nachweise bei *Mathias M. Siems*, *The End of Comparative Law*, *The Journal of Comparative Law* 2:2 (2007), S. 133–149 (133 f.), ferner nachfolgend Fn. 15 sowie unten II.B.2(a) bei Fn. 290 f.

¹⁴ Vgl. *Hessel E. Yntema*, *Roman Law as the Basis of Comparative Law*, in: *Zweigert/Puttfarcken*, *Rechtsvergleichung* (o. Fn. 8), S. 162–185.

¹⁵ Solche Erkenntnisinteressen sind auch keinesfalls mit einer „indifference“ gegenüber fremdem Recht zu verwechseln, wie sie beispielsweise *Pierre Lepaulle*, *The Function of*

gorie dürften namentlich *Francis Bacon* mit seiner Schrift „De dignitate et augmentis scientiarum“ (1623) und *Gottfried Wilhelm Leibniz* mit seinem „Theatrum legale“ (1667) zu rechnen sein: Beiden ging es um die bessere Erkenntnis des Wertes des eigenen Rechts, doch strebten sie auch mit universalhistorischer Ambition eine vergleichende Darstellung des Rechts aller Völker, Länder und Zeiten an.¹⁶

Darin schwingen bereits legislatorische Zielsetzungen mit, wie sie auch schon bei den bereits erwähnten Geistesgrößen *Platon* und *Aristoteles* nicht zu verkennen sind. Gleiche Motive scheinen nach *Grotius* und *Pufendorf* namentlich auch *Montesquieu* geleitet zu haben, als er in seinem „Geist der Gesetze“ (1748) die Gesetzgebung verschiedener Völker miteinander verglich und dabei festgestellte Unterschiede auf natürliche und geschichtliche Bedingungen wie Boden, Klima, Sitte, Bildung und Religion zurückführte.¹⁷

Unverkennbar praktische Interessen dürften *Lord Mansfield* veranlasst haben, das auf kontinentaler Grundlage entwickelte „Law Merchant“ in das englische Common law einzuführen.¹⁸ Aus gleichermaßen praktischen Gründen war man unter Geltung des napoleonischen Code Civil in Teilen Deutschlands (wie vor allem durch das badische Landrecht von 1810 sowie in den linksrheinischen Gebieten des deutschen Bundes in Rheinpreußen, Rheinhessen und Rheinbayern) zur Auseinandersetzung mit jenem neuen Gesetzbuch gezwungen, zumal dieses als „un code pour le monde civilisé“ mit einem Modellanspruch auftrat.¹⁹

Ohne die Bedeutung von solcherlei Beschäftigung mit fremdem Recht gering schätzen zu wollen, handelte es sich dabei aber noch um vereinzelte – wenngleich umso bewundernswere – Pionierleistungen oder um eher vordergründige Imitationen ausländischer Vorbilder; deshalb konnte bis gegen Ende des 19. Jahrhunderts von einer Rechtsvergleichung als systematischer Methode oder gar einer besonderen rechtswissenschaftlichen Disziplin noch keine Rede sein.²⁰ Einer der ersten, die das Fehlen einer „vergleichenden Jurisprudenz“ beklagten – und damit trat endlich auch ein Strafrechtler auf den Plan –, war *Paul Johann Anselm von Feuerbach*, für den erst eine aus der „Vergleichung der Gesetze und Rechtsgewohnheiten der verwandtesten, wie der fremdartigsten Nationen aller Zeiten und Länder“ hervorgegangene „Universal-Jurisprudenz [...] jeder besonders benannten

Comparative Law, seinerzeit bei amerikanischen Juristen festgestellt hat (und wie sie sicherlich auch andernorts noch zu konstatieren wäre): “Most see in it [the science of comparative law] nothing more than an amusing puzzle, the chance to satisfy an idle curiosity”, *Harvard Law Review* XXXV (1921/22), S. 838–858, zit. nach *Zweigert/Puttfarcken*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 8), S. 63. Vgl. unten I.C. (32) zu Fn. 113.

¹⁶ Vgl. *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (Fn. 6), S. 48 f.

¹⁷ Vgl. *Constantinesco* I, Einführung (o. Fn. 7), S. 78 ff.

¹⁸ Vgl. *Hug*, History (o. Fn. 8), S. 121, 146 f.

¹⁹ Vgl. *Rösler*, Erkenntnisinstrument (o. Fn. 8), S. 1085.

²⁰ Vgl. *Constantinesco* I, Einführung (o. Fn. 7), S. 88 ff.

Gesetzwissenschaft erst ihr wahres kräftiges Leben verleiht“.²¹ Diese herausfordernde Verheißung scheint sich in den traditionell gerne in provinzieller Selbstbespiegelung verharrenden Juristenkreisen jedoch immer noch nicht überall herumgesprochen zu haben, nachdem selbst heute noch manche juristische Fakultäten meinen, ohne eine allgemein verbindliche rechtsvergleichende Vorlesung auskommen zu können.²² Gleichwohl ist jedenfalls seit Mitte des 19. Jahrhunderts der Ruf nach Beschäftigung mit ausländischem Recht immer lauter geworden.

Gewiss waren legislative Anstöße dafür schon um die Wende zum 19. Jahrhundert von den großen Kodifikationen des preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794, dem (bereits erwähnten) französischen Code Civil von 1804 sowie dem österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1811 ausgegangen, während gleichzeitig durch den verstärkten grenzüberschreitenden Handel das Bedürfnis nach kollisionsrechtlichen Regelungen wuchs und dafür rechtsvergleichende Vorarbeiten erforderlich wurden. Wenn jedoch Rechtsvergleichung mehr sein soll als die bloße Kenntnis ausländischen Rechts und das Nebeneinanderstellen verschiedener Rechtsordnungen,²³ dann ist der Beginn eines systematischen Vergleichens erst im Laufe jenes 19. Jahrhunderts anzusetzen. Dabei lassen sich drei Entwicklungsphasen unterscheiden:²⁴

Zunächst hatten in der Zeit von etwa 1800–1850 sowohl praktische Erwägungen, wie vor allem zur Verbesserung des nationalen Rechts, als auch kulturell-wissenschaftliche Neugier das Erkenntnisinteresse an ausländischen Rechten aufleben lassen. Schon dies führte zu ersten umfassenden Darstellungen von ausländischem Recht (wie beispielsweise dem vierbändigen „Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung“ von *Eduard Gans* (von 1824–1835)), ebenso wie es die Gründung von rechtsvergleichenden Zeitschriften (wie der „Kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes“ von 1829 durch *Karl Salomo Zachariae* und *Carl Joseph Anton Mittermaier*) und die Einrichtung von rechtsvergleichenden Lehrstühlen (wie im Jahre 1831 des „Chaire d’histoire générale et philosophique des législations comparées“ am Collège de France durch *Eugène Lerminier*) zur Folge hatte. Dabei ist man zwar – über persönliche Einzelinitiativen hinaus – auf eine allgemeine und höhere Forschungsebene gelangt, ohne dass aber

²¹ *Paul Johann Anselm von Feuerbach*, Blick auf die deutsche Rechtswissenschaft. Vorrede zu Unterholzners juristischen Abhandlungen (1810), in: Anselms von Feuerbach kleine Schriften vermischten Inhalts, I. Abteilung, Nürnberg 1833, S. 152–177 (163). Dementsprechend ist *P.J.A. Feuerbach* auch für *Markus Dirk Dubber*, Comparative Criminal Law, in: Reimann/Zimmermann, Oxford Handbook (o. Fn. 8), S. 1287–1325 (1292 ff.) „a good place to start“.

²² Vgl. auch nachfolgend zu Fn. 42 sowie unten II.A.2(b) zu Fn. 181, III.C.1(b) zu Fn. 732.

²³ Vgl. unten II.A.2(a).

²⁴ Wie namentlich von *Constantinesco* I, Einführung (o. Fn. 7), S. 90 ff., näher dargelegt.

damit bereits eine Einordnung des erschlossenen Materials in einen systematischen Vergleichsprozess oder gar die Begründung einer eigenständigen rechtsvergleichenden Wissenschaft gelungen wäre.

Eine damit verbundene Stagnation wurde in der zweiten Entwicklungsphase von 1850–1900 immerhin insoweit überwunden, als man sich durch Einbeziehung von Rechtsgeschichte und Rechtsethnologie von der Illusion zu lösen begann, schon allein mit der Betrachtung von Gesetzen das gesamte Recht erfasst zu haben, ebenso wie man zu begreifen lernte, dass der einfache Gesetzestext nicht schon das volle Recht wiedergibt, sondern dafür auch die Auslegung durch die Lehre und die Anwendung durch die Rechtsprechung einzubeziehen sind. Dabei ging es namentlich dem Italiener *Emerico Amari* bei seiner „Wissenschaft von der vergleichenden Gesetzgebung“ weniger um den Gesetzestext selbst als vielmehr um die Faktoren, die ein Gesetz zur Entstehung bringen, um im Wege des Vergleichs als „Konstanten der sozialen Physik“ die Regeln, die das Schicksal der Gesetze bestimmen, feststellen zu können.²⁵ In der gleichen Periode hatte sich auf deutscher Seite der als Privatrechtler, Rechtshistoriker und Rechtsethnologe ungemein produktive *Josef Kohler* die Erforschung von „Rechtskulturen“ zum Ziel gesetzt,²⁶ während *Rudolf von Jhering* mit der Herausarbeitung des instrumentalen Charakters des Rechts bereits den Grundstein für eine teleologische Methodik und damit für die später so genannte „funktionale Rechtsvergleichung“ legte.²⁷

Eine Breitenwirkung rechtsvergleichender Interessen erhoffte man sich von neu entstehenden Vereinigungen (wie die französische „Société de Législation Comparée“ von 1869, die deutsche „Gesellschaft für vergleichende Rechts- und Staatswissenschaft“ von 1893 und die englische „Society of Comparative Legislation“ von 1894) wie auch von diesen und anderen Gesellschaften herausgegebenen Zeitschriften (wie etwa seit 1869 die belgische „Revue de droit international et de législation comparée“ oder die unter wechselnden Namen seit 1896 in Deutschland erscheinende „Zeitschrift für vergleichende Rechts- und Staatswissenschaft mit besonderer Berücksichtigung der Rechte der Natur- und Halbkulturvölker“).²⁸ Wohl sind in dieser Periode mehr Ziele gesteckt als tatsächlich erreicht worden: so blieben insbesondere die mit dem rechtsethnologischen Evolutionismus verknüpften Erwartungen an eine letztlich homogene Rechtskultur der Menschheit gleichermaßen oberflächlich wie illusionär. Gleichwohl ist zweierlei bemerkens- und bewahrenswert: In praktischer Hinsicht sind dies rechtsvergleichende Reformanstöße

²⁵ Vgl. *Constantinesco* I, Einführung (o. Fn. 7), S. 129 f.

²⁶ Vgl. *Bernhard Großfeld/Ingo Theusinger*, Josef Kohler. Brückenbauer zwischen Jurisprudenz und Rechtsethnologie, *RabelsZ* 64 (2000), S. 696–714.

²⁷ Vgl. *Konrad Zweigert/Kurt Siehr*, Jhering's Influence on the Development of Comparative Legal Method, *The American Journal of Comparative Law* 19 (1971), S. 215–231 (218 ff.), sowie unten III.B.1(a) zu Fn. 558.

²⁸ Näher zu den verschiedenartigen Zielsetzungen dieser Zeitschriften vgl. *Constantinesco* I, Einführung (o. Fn. 7), S. 132 ff.

zu verbesserter Gesetzgebung (wie etwa zum „reformierten Strafprozess“ in Deutschland),²⁹ in wissenschaftlicher Hinsicht ist es die Öffnung für ein theoretisch vertieftes Rechtsverständnis wie auch für die Entwicklung zu einer eigenständigen vergleichenden Disziplin.

Als dritte Phase die Zeit von 1900–1950, von der an man die Gegenwart ansetzen kann, zusammenzufassen, ist nicht unproblematisch, haben doch manche Entwicklungen bereits zuvor eingesetzt oder darüber hinaus gewirkt. Das betrifft vor allem die für jenen Zeitraum als charakteristisch hervorgehobene Institutionalisierung der Rechtsvergleichung,³⁰ die eigentlich schon mit den zuvor erwähnten Assoziierungen und Publikationsorganen begonnen hatte, immerhin aber mit dem ersten „Congrès international de droit comparé“ von 1900 in Paris ein Forum erreichte, auf dem wichtige Grundfragen über Gegenstand, Ziele und Methoden der Disziplin aufgeworfen wurden und die bis dahin vorherrschende Gesetzesverglei- chung zu einer Rechtsvergleichung, in die alle Rechtsquellen einzubeziehen sind, ausgeweitet wurde.³¹ Das von *Raymond Saleilles* als Kongressorganisator verfolgte Ziel, ein „droit commun de l’humanité civilisée“ zu entwickeln³² oder, wie von *Ernst Zitelmann* erhofft, einen gemeinsamen „Vorrat an Lösungen“ zu etablieren, um auf diese Weise die verschiedenen Rechtsordnungen einander anzunähern,³³ all dies wurde andererseits mit einer gewissen Einengung erkaufte; denn mit der An- nahme, dass sich bei allem Streben nach einer rechtlichen Welteinheit nur Ver- gleichbares – womit Ähnliches gemeint sein sollte – miteinander vergleichen lasse, ging eine Beschränktheit auf Gesetzesrecht und weithin auf die Rechtssysteme des europäischen Kontinents einher.³⁴ Für den weiteren Verlauf hat der Erste Weltkrieg auch in der Rechtsvergleichung deutliche Spuren hinterlassen, und zwar sowohl methodisch wie auch hinsichtlich neuer Zielsetzungen. War die vorausgehende Rechtsvergleichung noch mehr von politikneutralem wissenschaftlich-objektivem Erkenntnisinteresse bestimmt, so musste sie in Reaktion auf den nur in seiner fran- zösischen und englischen Fassung verbindlichen Versailler Vertrag und dem diesen Rechtsordnungen entlehnten Begriffsapparat und Regelungsstil zu einem advokato- rischen Kampfmittel werden, um im Rechtsstreit jeweilige Eigeninteressen wahr- nehmen zu können.³⁵

²⁹ Vgl. unten zu Fn. 45.

³⁰ Vgl. *Brand*, Grundfragen (o. Fn. 8), S. 1086.

³¹ Vgl. im Einzelnen *Constantinesco* I, Einführung (o. Fn. 7), S. 159, 161 ff.

³² Vgl. *Constantinesco* I, Einführung (o. Fn. 7), S. 165 ff.

³³ *Ernst Zitelmann*, Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung (1900), in: *Zweigert/Puttfarcken*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 8), S. 11–17 (13 ff.).

³⁴ Vgl. *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 6), S. 58, ferner unten III.B.2(a).

³⁵ Vgl. *Constantinesco* I, Einführung (o. Fn. 7), S. 181 f.; *Hans Dölle*, Der Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht, in: *Deutscher Juristentag* (Hrsg.), 100 Jahre deutsches Rechtsleben, Band II, München 1960, S. 19–47 (20). Vgl. auch unten II.C.1(c) zu Fn. 373.

Damit lief die Rechtsvergleichung Gefahr, nur noch als bloße Zweckdienerin nützlich zu sein. Einem solchen Fehlverständnis war entgegenzuhalten, dass in konkreten Verhandlungsgegenständen – wie beispielsweise dem Versailler Vertrag – zwar interessantes Material zu finden sei, die wissenschaftliche Aufgabe der als eigenständige juristische Disziplin zu verstehenden Rechtsvergleichung jedoch über solche zufällige Nutzenanwendung hinausgehe.³⁶ Statt sich dabei in Grundsatzdiskussionen zu verlieren, wie sie noch hinsichtlich des systematischen Ortes, des Nutzens und der Ziele der Rechtsvergleichung den Pariser Kongress von 1900 beherrscht hatten, wurde nunmehr die Einzelarbeit an Sachfragen in den Vordergrund gerückt. Für eine solche „recherche concrète“³⁷ konnte aber nicht mehr bloße Gesetzesvergleiche genügen; vielmehr war damit der Schritt zum Vergleich der rechtlichen Lösungen zu tun, die „sich aus der Gesamtheit des ganzen vollen Rechtslebens in dem einen und in dem anderen Staat in den gleichen Lebensfragen ergeben“.³⁸ Dadurch von der Beschränkung auf reinen Gesetzesvergleich befreit, war nun auch das Tor zu einer stärkeren Berücksichtigung des Common law geöffnet.³⁹

In organisatorischer Hinsicht wird die institutionelle Verstärkung der Rechtsvergleichung vor allem an der Neugründung zahlreicher Forschungseinrichtungen sichtbar: so in Frankreich durch die „Institut(s) de droit comparé“ in Lyon (1926) und Paris (1932) sowie auf internationaler Ebene durch das vom Völkerbund gegründete und insbesondere mit einer Vereinheitlichung des Privatrechts betraute „Institut international pour l’unification du droit privé“ (UNIDROIT) von 1926. In Deutschland, wo dem bereits während des Ersten Weltkriegs an der Universität München gegründeten „Institut für Rechtsvergleichung“ weitere Universitätsinstitute gefolgt waren, kamen als größer angelegte Forschungseinrichtungen vor allem die neuartigen Kaiser-Wilhelm-Institute für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht und für ausländisches und internationales Privatrecht in Berlin (1926) hinzu, die nach dem Zweiten Weltkrieg als Max-Planck-Institute fortgeführt und um weitere rechtsvergleichende Institute ergänzt wurden.⁴⁰ Dazu gehört auch das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg,

³⁶ Wie namentlich *Ernst Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung (1924), in: Ernst Rabel, Gesammelte Aufsätze (hrsg. von Hans G. Leser), Band III, Tübingen 1967, S. 1–21 (18 ff.), von *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 6), S. 58, verstanden wird. Vgl. auch *Dölle*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 35), S. 21.

³⁷ Wie insbesondere beschrieben von *Marc Ancel*, Les grandes étapes de la recherche comparative au XXe siècle (1968), in: *Zweigert/Puttfarcken*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 8), S. 350–360 (354 f.).

³⁸ Wie wiederum vor allem herausgearbeitet von *Ernst Rabel*, Die Fachgebiete des Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht (1937), in: Gesammelte Aufsätze III (o. Fn. 36), S. 180–234 (187).

³⁹ Vgl. *Neumayer*, Rechtssysteme (o. Fn. 8), S. 15; *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 6), S. 60.

⁴⁰ Vgl. *Constantinesco* I, Einführung (o. Fn. 7), S. 182 f.

das aus einem im Jahre 1938 von *Adolf Schönke* gegründeten Universitätsinstitut hervorgegangen war und im Jahre 1965 von *Hans-Heinrich Jescheck* in die Max-Planck-Gesellschaft übergeführt werden konnte.⁴¹ Als weiteres institutionelles Moment ist auch die Rolle der Rechtsvergleichung in der juristischen Ausbildung nicht zu unterschätzen. Dessen vermag sich allerdings Deutschland weniger zu rühmen, bleibt es doch in dieser Hinsicht weit hinter Frankreich und manch anderen, kleineren Ländern zurück.⁴²

Wenn sich aus diesem kursorischen Rückblick der Eindruck aufdrängt, dass in der bisherigen Entwicklung der Rechtsvergleichung das Strafrecht offenbar keine sonderliche Rolle gespielt habe, so wäre eine solche Annahme nur zum Teil berechtigt. Sicherlich ist nicht zu verkennen, dass sich, sieht man von der antiken Suche nach dem idealen Staat einmal ab, das Vergleichs- und Angleichungsbemühen hauptsächlich auf privatrechtlichem Terrain abspielt – und zwar derart dominant, dass manche Autoren Privatrechtsvergleichung schlicht mit Rechtsvergleichung meinen gleichsetzen zu können.⁴³ Solche einseitigen Vereinnahmungen

⁴¹ Vgl. *Hans-Heinrich Jescheck*, Das Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i.Br., Berlin 1963; *ders.*, Rechtsvergleichung im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i.Br., ZStW 79 (1967), S. 128–144; *ders.*, Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach: Schlussworte, in: Sieber/Albrecht, Unter einem Dach (o. Fn. 4), S. 152–160.

⁴² Vgl. *Constantinesco I*, Einführung (o. Fn. 7), S. 162 ff., 196; sowie *Christian v. Bar*, Zur Situation des Lehr- und Prüfungsfaches Rechtsvergleichung in (der Bundesrepublik) Deutschland, in: The Institute of Comparative Law in Japan Chuo University (ed.), Conflict and Integration. Comparative Law in the World Today, Tokyo 1988, S. 507–520; zur gegenwärtigen Rolle der Rechtsvergleichung in der Juristenausbildung vgl. *Brand*, Grundfragen (o. Fn. 8), S. 1082 f.; *Abbo Junker*, Rechtsvergleichung als Grundlagenfach, JZ 1994, S. 921–928; *Hein Kötz*, Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, JZ 2002, S. 257–264, Nachdruck in: *Hein Kötz*, Undogmatisches. Rechtsvergleichende und rechtsökonomische Studien aus 30 Jahren (hrsg. von Jürgen Basedow/Klaus Hopt/Reinhard Zimmermann), Tübingen 2005, S. 138–154 (139 f.); *Neumayer*, Rechtssysteme (o. Fn. 8), S. 41 ff.; vgl. auch *Walter Perron*, Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar? Überlegungen zu den strukturellen Voraussetzungen der Angleichung und Vereinheitlichung unterschiedlicher Rechtssysteme, ZStW 109 (1997), S. 281–301 (282 Fn. 5); sowie aus ausländischen Blickwinkeln *Chongko Choi*, Research and Teaching of Comparative Law in Korea, Soochow Law Journal II.1 (2005), S. 139–152 (148 ff.).

⁴³ Indem sich etwa Lehrbücher, die mit „Rechtsvergleichung“ betitelt sind, im Grunde nur mit Zivil- und Handelsrecht beschäftigen oder Strafrecht und öffentliches Recht lediglich gestreift werden, wie beispielsweise in den „Kernfragen der Rechtsvergleichung“ von *Bernhard Großfeld* (Tübingen 1996) oder in dem scheinbar allumfassend titulierten, thematisch jedoch auf Privatrecht fixierten „Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre“ von *Basil Markesinis*, Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis, München 2004; auch bei *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 6), wird erst aus dem inneren Deckblatt ersichtlich, dass sich die auf dem Außendeckel so genannte „Einführung in die Rechtsvergleichung“ lediglich „auf dem Gebiete des Privatrechts“ bewegt. Gegen eine derartige Blickverengung wird auch von *Dubber*, Comparative Criminal Law (o. Fn. 21), S. 1288 ff., und *Elisabetta Grande*, Comparative criminal justice: a long neglected discipline on the rise, in: Mauro Bussani/Ugo Mattei (eds.), Comparative Law, Cambridge 2012, S. 191–204 (191 f.), beredt Klage geführt.

werden aber der Wirklichkeit nicht gerecht, kann sich doch die hier vor allem interessierende Strafrechtsvergleichung jedenfalls schon seit Beginn des 19. Jahrhunderts recht gut sehen lassen.⁴⁴ So ist namentlich den bereits erwähnten *Feuerbach* und *Mittermaier* in dem heute als „legislative Rechtsvergleichung“ bezeichneten Bereich durch Orientierung an französischen und englischen Vorbildern die Einführung von Prozessgrundsätzen gelungen, die als „reformierter Strafprozess“ Bestand haben sollten.⁴⁵ Auch institutionell sind für das 19. Jahrhundert bereits erste Fortschritte zu vermelden: so im Jahre 1846 die Einrichtung eines Lehrstuhls für vergleichendes Strafrecht an der Pariser Juristenfakultät sowie im Jahre 1888 die erste grenzüberschreitende wissenschaftliche Organisation mit der Gründung der „Internationalen Kriminalistischen Vereinigung“ durch den Belgier *Adolphe Prins*, den Holländer *Gerard Anton van Hamel* und den in Deutschland lehrenden Österreicher *Franz von Liszt*.⁴⁶ Unter dem maßgeblichen Einfluss des Letzteren ist dann auch im ersten Jahrzehnt des 20. Jahrhunderts die bislang umfassendste, aus 16 Bänden bestehende „Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts“⁴⁷ gelungen. Deren bisherige Einmaligkeit ist auch außerhalb Deutschlands, wie namentlich von *Leon Radzinowicz*, als „a landmark in the history of comparative penal studies“ anerkannt worden.⁴⁸ Wenngleich in kleinerem Maßstab, so sind doch auch für die Strafrechtsreform nach dem Zweiten Weltkrieg rechtsvergleichende Vorarbeiten vor allem durch das Freiburger Max-Planck-Institut zu verzeichnen.⁴⁹ Zudem ist dieses Institut selbst immer mehr zu einem internationalen Anziehungspunkt für ausländische Rechtsvergleicher geworden.⁵⁰ Stark reformpolitisch orientiert ist nach wie vor die unter französischer Führung nach dem Ersten Weltkrieg ins Leben gerufene „Association Internationale de Droit Pénal“ (AIDP), die in fünfjährigem Turnus jeweils mit internationalen Kon-

⁴⁴ Vgl. zum Nachfolgenden auch *Eser*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 3), Kaiser-FS, S. 1503 f.; sowie *Jescheck*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 2), S. 10 ff.

⁴⁵ Näher dazu *Eberhard Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Auflage Göttingen 1965, S. 288 ff.

⁴⁶ Eingehend zur Entstehungsgeschichte dieser IKV und deren späterer Fusion mit der nachfolgend beschriebenen AIDP vgl. *Leon Radzinowicz*, The Roots of the International Association of Criminal Law and their Significance, Freiburg 1991. Speziell zu weiteren Rollen v. *Liszt*s vgl. unten I.C. zu Fn. 112, I.D. zu Fn. 121, II.A.2. zu Fn. 157, 176, II.C.1. zu Fn. 359, II.D.1., 3.

⁴⁷ *Karl Birkmeyer* u.a. (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform, Berlin 1905–1909.

⁴⁸ *Leon Radzinowicz*, International Collaboration in Criminal Science, The Law Quarterly Review 58 (1942), S. 110–139 (128).

⁴⁹ Veröffentlicht als „Materialien zur Strafrechtsreform“, vgl. *Jescheck*, Max-Planck-Institut (o. Fn. 41), S. 134 f.

⁵⁰ Vgl. *Jescheck*, Schlussworte (o. Fn. 41), S. 153 f.

ferenzen hervortritt, daneben aber auch durch ihre nationalen Landesgruppen rechtsvergleichende Reformimpulse gibt.⁵¹

2. Bedeutungszuwachs der Strafrechtsvergleichung

Schon die Existenz solcher Einrichtungen und Aktivitäten ist ein sichtbares Zeichen für die wachsende Bedeutung der Strafrechtsvergleichung. An ausdrücklichen Bekenntnissen dazu herrscht mittlerweile noch weniger Mangel. Gewiss sind immer wieder auch skeptische Stimmen zu vernehmen:⁵² so wenn die praktische Wirkungslosigkeit der Strafrechtsvergleichung beklagt,⁵³ ihr „Bodenlosigkeit“ attestiert,⁵⁴ von „negativer Rechtsvergleichung“ gesprochen⁵⁵ oder gar das „Ende der Rechtsvergleichung“ angekündigt wird.⁵⁶ Aber auch wenn man annimmt, dass die Strafrechtsvergleichung keine so große Rolle wie die Zivilrechtsvergleichung spielt⁵⁷ und Anzeichen einer „Malaise“⁵⁸ nicht zu übersehen sind,⁵⁹ werden dabei lediglich Mängel moniert, ohne dass damit jedoch der Wert und die Wichtigkeit der Strafrechtsvergleichung grundsätzlich negiert würden. Im Gegenteil, wahrschein-

⁵¹ Die Aktivitäten der AIDP finden vor allem in der von ihr herausgegebenen Zeitschrift *Revue Internationale de Droit Pénal* (Éditions Érès Paris) ihren Niederschlag.

⁵² Neuestens dazu vgl. insbesondere für den europäischen Raum *Pierre Hauck*, Funktionen und Grenzen des Einflusses der Strafrechtsvergleichung auf die Strafrechtsharmonisierung in der Europäischen Union, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 5), S. 255–273 (270 ff.), mit weiteren Nachweisen.

⁵³ So etwa im Hinblick auf Harmonisierungsbestrebungen zum Umweltstrafrecht die ernüchternde Einschätzung von *Martin Heger*, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, Tübingen 2009, S. 67 f.

⁵⁴ So die Charakterisierung von *Hauck*, Funktionen (o. Fn. 52), S. 271, hinsichtlich der Nichtwahrnehmung rechtstatsächlicher Hintergründe im Rahmen der Rechtssetzung in der EU.

⁵⁵ Wie – nach *Hauck*, Funktionen (o. Fn. 52), S. 271 – bei dem von *Helms* konstatierten Phänomen, dass sich im europäischen Kontext der Gesetzgeber bewusst gegen rechtsvergleichend gewonnene Empfehlungen wendet.

⁵⁶ Wie etwa von *Siems*, The End (o. Fn. 13), S. 133 ff.; vgl. auch den Aufweis von Defiziten in der gegenwärtigen Rechtsvergleichung bei *Jennifer Hendry*, “Contemporary Comparative Law: Between Theory and Practice” – Review of Esin Örücü & David Nelken’s *Comparative Law: A Handbook*, *German Law Journal* 9 (2008), S. 2253–2263; sowie die von *Kötz*, Aufgaben (o. Fn. 42), S. 153 f., aufgezeigte und zugleich auch zugewiesene Fundamentalkritik jüngerer Privatrechtsautoren aus den USA.

⁵⁷ Wie namentlich eingeräumt von *Hilgendorf*, Einführung (o. Fn. 5), S. 12; speziell zur Juristenausbildung vgl. auch *Perron*, Nationale Grenzen (o. Fn. 42), S. 282 f.

⁵⁸ Wie für die gegenwärtige Situation konstatiert von *Martino Mona*, Strafrechtsvergleichung und *comparative justice*: Zum Verhältnis zwischen Rechtsvergleichung, Grundlagenforschung und Rechtsphilosophie, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam, Strafrechtsvergleichung (Fn. 5), S. 103–119 (104 f.), mit weiteren Nachweisen.

⁵⁹ Speziell zu „Defiziten“ in der Rechtsprechung vgl. *Edward Schramm*, Die Verwendung strafrechtsvergleichender Erkenntnisse in der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 5), S. 155–178 (174 ff.).

lich gab es noch keine Zeit, in welcher der Ruf nach Strafrechtsvergleichung lauter als heutzutage erschallt wäre.

Gründe für diesen aktuellen Bedeutungszuwachs lassen sich – über die im Einzelnen noch zu betrachtenden traditionellen Aufgaben der Strafrechtsvergleichung hinaus – schlagwortartig unter fortschreitender „Internationalisierung des Rechts“ zusammenfassen.⁶⁰ Zunehmende internationale Verflechtung von Wirtschaft und Handel, politisches Zusammenrücken von Nationalstaaten, wachsender grenzüberschreitender Tourismus – all diese und ähnliche Phänomene implizieren Chancen wie auch Risiken, die der rechtlichen Absicherung bedürfen und zur Vermeidung von Friktionen miteinander abzugleichen und möglicherweise auch zu harmonisieren sind. Doch selbst der Schutz- und Rechtszuwachs ist ambivalent: Je mehr Regeln, desto mehr mögliche Übertretungen; je mehr Lücken, desto größer die Gefahr missbräuchlicher Ausnutzung. Dadurch eröffnet sich auch für die Kriminalität ein weites Feld mit entsprechendem Verfolgungsbedarf.

Aus einer Vielzahl von transnationalen Phänomenen, die rechtsvergleichender Beachtung bedürfen, sind die folgenden hervorzuheben:

(i) Was den internationalen Handel und Verkehr betrifft, so ist mit der stürmischen Entwicklung des Internet auch ein beträchtliches Ansteigen grenzüberschreitender Kriminalität zu verzeichnen: Dies erfordert neue Formen zwischenstaatlicher Zusammenarbeit.

(ii) Soweit dafür die gegenseitige Anerkennung von Verfolgungsmaßnahmen und Aburteilungen erforderlich ist, müssen grundlegende Prozessmaximen und die Respektierung der Menschenrechte gewährleistet sein. Für die dafür erforderliche Initiierung und Implementierung gemeinsamer Mindeststandards kann jedoch nicht

⁶⁰ Wie bereits beobachtet von *Heike Jung*, Grundfragen der Strafrechtsvergleichung, JuS 1998, S. 1–7 (1 f.), und neuerdings wiederholt beschrieben von *Ulrich Sieber*, Grenzen des Strafrechts. Strafrechtliche, kriminologische und kriminalpolitische Grundlagenfragen im Programm der Strafrechtlichen Forschungsgruppe am Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht [nachfolgend: Grenzen], in: Hans-Jörg Albrecht/Ulrich Sieber (Hrsg.), Perspektiven der strafrechtlichen Forschung, Berlin 2006, S. 35–79 (52 ff.); *ders.*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 80 ff.; *ders.*, Grenzen des Strafrechts – Grundlagen und Herausforderungen des neuen strafrechtlichen Forschungsprogramms am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht [nachfolgend: Grundlagen], ZStW 119 (2007), S. 1–68 (4 ff., 52 ff.); *ders.*, Rechtliche Ordnung in einer globalen Welt, Rechtstheorie 41 (2007), S. 151–198 (182 ff.). Vgl. auch *Frank Meyer*, Internationalisierung und Europäisierung des Rechts als methodische Herausforderung der Rechtsvergleichung, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 5), S. 87–102 (88 f.); sowie *Thomas Weigend*, Criminal Law and Criminal Procedure, in: Jan M. Smits (ed.), Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Cheltenham, 2nd ed. 2012, S. 261–278, der durch die Internationalisierung des Strafrechts einen „large new market for comparative criminal law“ eröffnet sieht (S. 263); ferner – nicht ohne gewisse Skepsis – *Michael Kubiciel*, Funktionen und Dimensionen der Strafrechtsvergleichung. Rezension von Beck/Burchard/Fateh-Moghadam, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 5), RW 2/2012 f, S. 212–222 (212, 220).

schon der bloße Gesetzesvergleich genügen; vielmehr ist dann auch die jeweilige Justizpraxis auf einen vergleichenden Prüfstand zu stellen.

(iii) Wenn der Strafflosigkeit von Völkerrechtsverbrechen, gleich ob im Rahmen transnationaler Kriege oder als Humanitätsverbrechen gegenüber der eigenen Bevölkerung begangen, ernsthaft ein Ende gesetzt werden soll, dann erfordert das ein komplementäres Zusammenwirken von nationaler und supranationaler Strafgerichtsbarkeit. Wenn dafür größtmögliche Gleichheit gewährleistet sein soll, müssen idealerweise bereits die nationalen Strafbarkeitsvoraussetzungen aufeinander abgestimmt sein,⁶¹ ebenso wie auch die supranationale Strafjustiz vorbildhaft sein sollte, was jedoch nicht ohne vergleichende Berücksichtigung nationaler Traditionen zu erreichen sein wird.

(iv) Den wohl größten Bedeutungszuwachs hat die Strafrechtsvergleichung der „Europäisierung“ zu verdanken.⁶² Mit der Schaffung des europäischen Binnenmarkts und der Entwicklung eines europäischen Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist nicht nur bereits ein stetig wachsender *acquis communautaire* von Gemeinschaftsrecht entstanden, das der ständigen Abstimmung mit den einzelstaatlichen Rechtsordnungen bedarf, wenn es bei seiner Anwendung nicht zu konfliktreichen Friktionen kommen soll. Vielmehr setzt auch die weitere Schaffung von Unionsrecht rechtsvergleichende Vorarbeiten voraus. Gleiches gilt für die Assimilierung und Harmonisierung einzelstaatlichen Rechts wie auch für eine reibungslose transnationale Zusammenarbeit auf prozessualer Ebene. Letzteres gilt insbesondere für die Implementierung des Europäischen Haftbefehls, der nach seiner umkämpften Einführung allgemeine Akzeptanz wohl erst dann finden können, wenn in allen Mitgliedstaaten ein gleicher menschenrechtlicher Mindest-

⁶¹ Davon kann jedoch derzeit keine Rede sein, ist doch bislang nicht einmal die Verfolgbarkeit der durch das Rom-Statut pönalisierten Völkerrechtsverbrechen in allen nationalen Strafrechtsordnungen gewährleistet, wie sich aus einem rechtsvergleichenden Projekt des Max-Planck-Instituts ergeben hat, *Albin Eser/Ulrich Sieber/Helmut Kreicker* (Hrsg.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen/National Prosecution of International Crimes*, 7 Bände, Freiburg, Berlin 2003–2006; vgl. die Zusammenfassung von *Helmut Kreicker*, *National Prosecution of International Crimes from a Comparative Perspective*, *International Criminal Law Review* 5 (2005), S. 313–328.

⁶² Näher dazu *Klaus Tiedemann*, *Der Allgemeine Teil des Strafrechts im Lichte der europäischen Rechtsvergleichung*, in: *Albin Eser u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Lencker zum 70. Geburtstag*, München 1998, S. 411–434 (412 ff.); *ders.*, *Vom Nutzen der Rechtsvergleichung für das Wirtschaftsstrafrecht – Kurze Bemerkungen zum „Corpus Juris“ und zu „Europa-Delikten“*, in: *Marcel Alexander Niggli/Nicolas Queloz* (Hrsg.), *Strafjustiz und Rechtsstaat/Justice pénale et État de droit. Symposium zum 60. Geburtstag von Franz Riklin und José Hurtado Pozo*, Zürich 2003, S. 69–100. Vgl. auch *Frank Meyer*, *Internationalisierung* (o. Fn. 60), S. 88 f.; *Sieber*, *Globale Welt* (o. Fn. 60), S. 182; *Weigend*, *Criminal Law* (o. Fn. 60), S. 264 f.; sowie *Jaakko Husa*, *The Tip of the Iceberg or What Lies Beneath the Surface of Comparative Law*, *MJECL* 16 (2005), S. 73–94, der vor allem in der europäischen *ius commune*-Bewegung einen dramatischen Wechsel des Erscheinungsbildes von Rechtsvergleichung erblickt.

standard gewährleistet ist.⁶³ Ähnlich wird von der angestrebten Einführung einer Europäischen Staatsanwaltschaft⁶⁴ eine konfliktfreie Kooperation mit den Verfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten nicht ohne multilaterale Anpassungen zu erwarten sein. Auch an Jurisdiktionskonflikte ist zu denken, wie sie sich aus dem Überlappen verschiedener Rechtsordnungen aufgrund extraterritorialer Anwendung nationalen Strafrechts und dadurch ermöglichten Mehrfachverfolgungen ergeben können.⁶⁵ Die damit verbundene Belastung für den betroffenen Beschuldigten, dem mit dem traditionell beschränkten Doppelbestrafungsverbot kaum gerecht zu werden ist, wie auch die unnütze Doppelarbeit für die verschiedenen Justizapparate werden schwerlich abzubauen sein, ohne zuvor die Konkurrenz verschiedener Rechtsordnungen behoben oder wenigstens reguliert zu haben. All das aber setzt die Kenntnis und den Vergleich fremden Rechts voraus.

Durch diesen Bedeutungszuwachs der Rechtsvergleichung hat sich verstärkt, was bereits bei meiner ersten Befassung mit dieser Entwicklung zu beobachten war: Während in früheren Zeiten die rechtsvergleichende Wissenschaft ihre Erkenntnisse der Politik zur Umsetzung anbot und damit die Rechtsvergleicher – in Kaufmannssprache ausgedrückt – gleichsam in der Rolle des Anbieters auftreten mussten, ohne dass dem auf politischer Seite eine entsprechende Nachfrage gegenüberstand, haben sich die Verhältnisse inzwischen geradezu umgekehrt. Nun muss die Politik froh sein, wenn ihrem Bedürfnis nach rechtsvergleichenden Vorarbeiten entsprochen werden kann. Dadurch ist auch die Strafrechtsvergleichung von einem Angebots- zu einem Nachfragemarkt geworden.⁶⁶

Nicht zuletzt kann die zunehmende Beschäftigung mit fremdem Recht auch für die rechtliche Methodenlehre den Blick erweitern, wenn man Rechtsvergleichung – ebenso wie für andere Rechtsbereiche – auch für das Strafrecht als „fünfte Aus-

⁶³ Vgl. *Bernd v. Heintschel-Heinegg*, Europäischer Haftbefehl, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2. Auflage Baden-Baden 2014, S. 661–676.

⁶⁴ Vgl. *Bernd-Roland Killmann/Margarete Hofmann*, Perspektiven für eine europäische Staatsanwaltschaft, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, *Europäisches Strafrecht* (o. Fn. 63), S. 864–876.

⁶⁵ Vgl. *Albin Eser*, Konkurrierende nationale und transnationale Strafverfolgung – Zur Sicherung von „ne bis in idem“ und zur Vermeidung von positiven Kompetenzkonflikten, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, *Europäisches Strafrecht* (o. Fn. 63), S. 635–660 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/9724 sowie unten II.B.1(b) zu Fn. 268.

⁶⁶ Vgl. *Eser*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 3), *Kaiser-FS*, S. 1505 f., sowie unten II.D.4. zu Fn. 458.

legungsmethode“ begreifen will.⁶⁷ So kann es denn kaum noch verwundern, dass der Strafrechtsvergleichung eine „strahlende Zukunft“ prophezeit wird.⁶⁸

C. Begriffs- und Modellvielfalt

Wie aber muss die Strafrechtsvergleichung beschaffen sein, um die zuvor geweckten Hoffnungen zu erfüllen? Diese Frage ist nicht leicht zu beantworten, sind doch schon aus dem vorangehenden kursorischen Rückblick mannigfache Bedeutungsunterschiede sichtbar geworden. Diese lassen sich leicht erweitern, wenn man über die historische Entwicklung hinaus auch noch unterschiedliche Vergleichsgegenstände und Ebenen in den Blick nimmt und diesen in gegenständlicher Hinsicht über die materiellen Strafbarkeitselemente hinaus auf die prozessualen Modalitäten und gerichtsverfassungsrechtlichen Voraussetzungen wie auch auf rechtstatsächliche Gegebenheiten richtet.⁶⁹ Auch kann die Reichweite des Vergleichens national-intern mit einem vertikal-historischen Rückblick beginnen⁷⁰ und sich transnational von bilateraler bis zu multilateral regionaler und universaler Erfassung erstrecken.⁷¹ Dabei kann dies sowohl auf der Mikro-Ebene einzelner Verbrechenselemente und besonderer Straftaten als auch auf der Makro-Ebene groß-

⁶⁷ Wie – mit Verweis auf *Häberles* Vorschlag für das Verfassungsrecht – von *Schramm*, Erkenntnisse (o. Fn. 59), S. 177, gefordert (vgl. allerdings dazu auch *Vogel*, Instrumentelle, u. Fn. 71, S. 206). Im gleichen Sinne sprach schon *Konrad Zweigert* von „Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode“, *RabelsZ* 15 (1949/50), S. 5–21.

⁶⁸ So von *Thomas Weigend*, Diskussionsbemerkungen, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 5), S. 131–132 (132). Im gleichen Sinne ist auch für *Grande* (o. Fn. 43, S. 192 ff.) comparative criminal justice “a long neglected discipline on the rise”. Jedenfalls dürften diese Hoffnungen realistischer einzuschätzen sein als die hochfliegenden Pläne, wie sie – vornehmlich im Blick auf die Zivilrechtsvergleichung – mit der Erarbeitung von “tools for global governance of the legal field in today’s world” verbunden sind, geleitet von der Vorstellung, “Comparative Law is rising up over its old horizon: a new presence is dispelling the shadows of the past to reveal a submerged bulk of buried cultural secrets”: so die Verheißung von *Pier Giuseppe Monateri* (ed.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham 2012, S. 7 bzw. 1. Vgl. auch unten IV.

⁶⁹ Wie beispielsweise von *Christoph Safferling*, Diskussionsbemerkungen, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 5), S. 307–311 (310), für den rechtsvergleichenden Diskurs innerhalb der EU angeregt.

⁷⁰ Denn auch beim Vergleich verschiedener Entwicklungsschichten innerhalb derselben nationalen Rechtsordnung handelt es sich um Rechtsvergleichung, vgl. unten I.D. zu Fn. 123.

⁷¹ Wobei auch transnationale Vergleichung sowohl horizontal zwischen mehreren Ländern als auch vertikal zwischen nationalen und supranationalen Investitionen geschehen kann; vgl. *Jochen Vogel*, Diskussionsbemerkungen: Instrumentelle Strafrechtsvergleichung, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 5), S. 205–212 (205). Vgl. auch *Jescheck*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 2), S. 29 ff.; *Safferling*, Diskussionsbemerkungen (o. Fn. 69), S. 307 f.; *Schramm*, Erkenntnisse (o. Fn. 59), S. 159, sowie unten II.C.2., III.B.4.

flächiger Strafrechtsbereiche, wie des gesamten Verbrechenssystems oder der kriminalpolitischen Grundkonzeption, erfolgen.⁷²

Es versteht sich, dass bei einer solchen Vielfalt denkbarer Ziele, Gegenstände, Entstehungsgründe, Reichweiten und Methoden von Rechtsvergleichung diese schwer unter einen gleichermaßen umfassenden wie aussagekräftigen Begriff zu bringen ist.⁷³ Deshalb kann es nicht verwundern, dass von manchen Autoren auf jegliches Definierungs Bemühen verzichtet wird⁷⁴ oder eine allgemein zu akzeptierende Definition sogar ausgeschlossen sein soll.⁷⁵ Auch hier soll ein Definitionsversuch vorerst zurückgestellt werden, um sich zunächst einmal einen Überblick über die Vielfalt von Bezeichnungen zu verschaffen, unter denen Begriffe von Rechtsvergleichung im Allgemeinen und Strafrechtsvergleichung im Besonderen gegenwärtig vorzufinden sind.

Als wenig aussagekräftig kann man dabei von vornherein Bezeichnungen beiseitelassen, die wie „traditional comparative law“, „mainstream comparative law“, „conventional comparative law“ oder „post-modern comparative law“ im Grunde eines sachlichen Kriteriums entbehren.⁷⁶

Um mit Kennzeichnungen von Strafrechtsvergleichung zu beginnen, die vornehmlich an bestimmten Zielen ausgerichtet sind, bietet sich eine von mir zunächst als Dreiteilung vorgeschlagene Differenzierung⁷⁷ an zwischen

(1) judikativer Rechtsvergleichung,⁷⁸

⁷² Zu weiteren – teils mehr auf gegenständliche Vergleichstiefe und -umfang oder räumliche Breite abhebenden – Differenzierungen von Makro-, Mikro- und Mesovergleich vgl. *Kurt Hanns Ebert*, Rechtsvergleichung. Einführung in die Grundlagen, Bern 1978, S. 23; *Sebastian McEvoy*, Descriptive and purposive categories of comparative law, in: Monateri, *Methods* (o. Fn. 68), S. 144–162 (145 ff.); *Esin Öricü*, Developing Comparative Law, in: Öricü/Nelken, *Handbook* (o. Fn. 7), S. 43–65 (56 f.); *William Twining*, Comparative Law and Legal Theory: The Country and Western Tradition, in: Jan Edge (ed.), *Comparative Law in Global Perspective*, Ardsley, N.Y. 2001, S. 21–76 (31 ff.); *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 6), S. 4 f. Vgl. auch unten II.A.2(b).

⁷³ Zu einigen solcher unterschiedlicher Definitionen vgl. die Nachweise bei *Eser*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 3), Kaiser-FS, S. 1501.

⁷⁴ Wie beispielsweise in den „Kernfragen der Rechtsvergleichung“ von *Großfeld* (o. Fn. 43).

⁷⁵ Wie etwa deshalb, weil – wie etwa *Husa*, *Iceberg* (o. Fn. 62), S. 76 Fn. 13, zustimmend auf *Bogdan* verweisend – niemand das Recht habe, den Begriff der Rechtsvergleichung durch Ausschließung anderer Definitionen zu monopolisieren. Gleichwohl findet sich in *Michael Bogdan*, *Concise Introduction to Comparative Law*, Groningen 2013, S. 5 f., eine recht umfassende „working definition“ der Rechtsvergleichung.

⁷⁶ Selbst *Öricü*, bei der diese Aufzählung vorzufinden ist (in: *Developing*, o. Fn. 72, S. 44), scheint diesen Begriffen – vielleicht abgesehen von dem ebenfalls erwähnten „critical comparative law“ – keinen besonderen Sachgehalt abzugewinnen.

⁷⁷ *Eser*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 3), Kaiser-FS, S. 1506 ff.

⁷⁸ Näher dazu unten II.B.; vgl. auch unten II. vor A., C.2., D.2., 4. sowie III.B.1(a), 3(b).

(2) legislativer Rechtsvergleichung⁷⁹ und

(3) wissenschaftlich-theoretischer Rechtsvergleichung,⁸⁰

wobei diese „Trias“, die inzwischen auch bei anderen Zustimmung gefunden hat,⁸¹ später mit

(4) evaluativ-kompetitiver Rechtsvergleichung⁸²

ergänzt wurde und dadurch zu einer Art „Tetrade“ erweitert ist.⁸³

Teilweise gleichgerichtet, genau besehen jedoch mehr durch methodische Varianten ergänzt, findet sich bei *Ulrich Sieber* eine siebenteilige Auflistung⁸⁴ in

⁷⁹ Näher dazu unten II.C.; vgl. auch oben I.B.1. zu Fn. 16 f., 29, 45 sowie unten II. vor A., A.2(d), II.B. vor 1., D.2., III.C.1(a).

⁸⁰ Näher dazu unten II.A.; vgl. auch oben I.B.1. nach Fn. 14, 28 sowie unten II.B. vor 1., C.2., III.A., B.1.

⁸¹ So – unter anderem – bei *Christoph Burchard*, Die Europäische Ermittlungsanordnung („European Investigation Order“): Exekutorische Strafrechtsvergleichung und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 5), S. 275–306 (286, 290); *Hauck*, Funktionen (o. Fn. 52), S. 260, 265, 270; *Ursula Nelles*, Rechtsvergleichung per Internet? Einige Aspekte zum Generalthema „Zukunft der Strafrechtsvergleichung“, in: Jörg Arnold/Björn Burkhardt u.a. (Hrsg.), Menschengerichtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 1005–1018 (1009); *Walter Perron*, Operativ-funktionalistische oder kulturbezogene Strafrechtsvergleichung?, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 5), S. 121–132 (123); *Mark Pieth*, „Funktionale Äquivalenz“, ZSchwR 119 (2000), S. 477–489 (480); *Schramm*, Erkenntnisse (o. Fn. 59), S. 156, 177 f.; *Vogel*, Instrumentelle (o. Fn. 71), S. 205; *Liane Wörner*, Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung am Beispiel eines strafrechtsvergleichenden Projektes mit der Türkei, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 5), S. 135–154 (140, 152). Wenngleich ohne Bezugnahme auf diese „Trias“ findet sich diese der Sache nach doch auch bei *Sieber* als Ziele der Rechtsvergleichung zum Ausdruck gebracht (in: Grenzen, o. Fn. 60, S. 69 f., wie auch in: Strafrechtsvergleichung, o. Fn. 4, S. 109 ff.). Vgl. auch *Brand*, Grundfragen (o. Fn. 8), S. 1084, der mit seiner Dreiteilung von Rechtsvergleichung als „Instrument der Rechtspraxis und Theorie – Gesetzgebung – Rechtsprechung – Forschung und Lehre“ zum gleichen Ergebnis kommt.

⁸² *Albin Eser*, Evaluativ-kompetitive Strafrechtsvergleichung. Zu „wertenden“ Funktionen und Methoden der Rechtsvergleichung, in: Georg Freund u.a. (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 1441–1466 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/9715. Zu ersten Ansätzen dazu vgl. *Albin Eser*, Gedanken im Übergang. Amtswechsel am Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 2004, in: Albrecht/Sieber, Perspektiven (o. Fn. 60), S. 22–34 (31) = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4053; *ders.*, Über Grenzen – Streben nach Mitte, in: Eric Hilgendorf (Hrsg.), Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen, Berlin 2010, S. 75–122 (113 f.) = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/9709. Näher dazu unten II.D.; vgl. auch unten II.A.1. zu Fn. 153, II.B.3. zu Fn. 325.

⁸³ Vgl. unten II. vor A. zu Fn. 139.

⁸⁴ So *Sieber* – soweit ersichtlich – erstmals in: Grenzen (o. Fn. 60), S. 70 ff., ferner im Forschungsbericht des Max-Planck-Instituts von 2004–2005, S. 32 ff., in: Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 111 ff., 127 ff., sowie in: Grundlagen (o. Fn. 60), S. 57 – wobei es sich um die Weiterführung der von *Jescheck* begonnenen Überlegungen handele (in: Straf-

- (5) universale Strafrechtsverglei­chung,⁸⁵
- (6) funktionale Strafrechtsverglei­chung,⁸⁶
- (7) systematische Strafrechtsverglei­chung,⁸⁷
- (8) strukturvergleichende Strafrechtsverglei­chung,⁸⁸
- (9) wertend-wertvergleichende Strafrechtsverglei­chung,⁸⁹
- (10) fallbasierte Strafrechtsverglei­chung⁹⁰ und
- (11) computergestützte Strafrechtsverglei­chung.⁹¹

Teils in ähnlichem Sinne, teils aber auch andere rechtsvergleichende Akzente setzend, sind – schon allein im deutschsprachigen Schrifttum⁹² und ohne Anspruch auf Vollständigkeit – Bezeichnungen zu finden wie

- (12) Legitimierungsfunktion der Rechtsvergleichung,⁹³
- (13) Schutzfunktion der Rechtsvergleichung,⁹⁴
- (14) Kontrollfunktion der Rechtsvergleichung,⁹⁵
- (15) Vorbereitungs- und Initiativfunktion der Rechtsvergleichung,⁹⁶
- (16) kritische Rechtsvergleichung.⁹⁷

rechtsvergleichung, o. Fn. 2, S. 79; vgl. aber dazu auch unten in und zu Fn. 118, 139, 525). Nach *Hilgendorf*, Einführung (o. Fn. 5), S. 21, sind darin sieben „Ansätze“ zu sehen, die einander nicht widersprechen, sondern sich ergänzen und heute für eine erfolgreiche Arbeit auf dem Gebiet des Strafrechtsvergleichs erforderlich seien.

⁸⁵ Näher dazu unten II.A.2(c); vgl. auch unten II.A.2(b) zu Fn. 175, III.B.1(a), 2(a).

⁸⁶ Näher dazu unten III.B.1(a), 2(a), 3(a); vgl. auch unten II.A.2(d) zu Fn. 198, II.B.1(b) zu Fn. 267.

⁸⁷ Näher dazu unten II.A.2(d); vgl. auch oben I.B.1 zu Fn. 23 sowie unten I.D. zu Fn. 121, III.B.1(a) zu Fn. 558, III.B.4.

⁸⁸ Näher dazu unten II.A.2(d); vgl. auch unten III.B.1(a) zu Fn. 590 ff., B.2(b), B.4.

⁸⁹ Näher dazu unten II.D., III.B.5.; vgl. auch unten III.A.1.

⁹⁰ Näher dazu unten III.B.3(e); vgl. auch unten III.A.1., B.1(b) zu Fn. 608.

⁹¹ Näher dazu unten III.B.3(f); vgl. auch unten III.A.1., C.2.

⁹² Zu weiteren Varianten und Differenzierungen in der englischsprachigen Literatur zu „comparative law“ vgl. insbesondere die Nachweise unten III.A.1., B.1(a).

⁹³ Vgl. *Schramm*, Erkenntnisse (o. Fn. 59), S. 176 f. Vgl. auch unten II.D.4(b).

⁹⁴ *Burchard*, Exekutorische Strafrechtsverglei­chung (o. Fn. 81), S. 287, 290, 301. Vgl. auch unten II. vor A., II.B.3.

⁹⁵ *Burchard*, Exekutorische Strafrechtsverglei­chung (o. Fn. 81), S. 275, 290, 298. Vgl. auch unten II.A.4., B.3., D.4(a), III.A.1.

⁹⁶ *Burchard*, Exekutorische Strafrechtsverglei­chung (o. Fn. 81), S. 275, 290, 298. Vgl. auch unten I.E. nach Fn. 135, II.B.3.; C.1(a), D.4(d).

⁹⁷ Vgl. dazu bereits *Zweigert*, Universale Interpretationsmethode (o. Fn. 67), S. 10, ferner *Rösler*, Erkenntnisinstrument (o. Fn. 8), S. 1087. Vgl. auch unten II. vor A., II.A.2(b) zu Fn. 182, A.4., II.C.1(a), D.4(d), III.A.1., ferner *Ralf Michaels*, The Functional Method of Comparative Law, in: Reimann/Zimmermann, Oxford Handbook (o. Fn. 8), S. 339–382 (378 ff.).

- (17) subversive Rechtsvergleichung,⁹⁸
- (18) akzeptanzsteigernde Rechtsvergleichung,⁹⁹
- (19) harmonisierende Rechtsvergleichung,¹⁰⁰
- (20) konfliktvermeidende Rechtsvergleichung,¹⁰¹
- (21) diskursiv-vermittelnde Rechtsvergleichung,¹⁰²
- (22) operativ-funktionalistische Rechtsvergleichung,¹⁰³
- (23) funktional-strukturierte Rechtsvergleichung,¹⁰⁴
- (24) funktionale Äquivalenz,¹⁰⁵
- (25) exekutorische Rechtsvergleichung,¹⁰⁶
- (26) instrumentelle Rechtsvergleichung,¹⁰⁷
- (27) dialektische Rechtsvergleichung,¹⁰⁸
- (28) induktive Rechtsvergleichung,¹⁰⁹
- (29) import-export-orientierte Rechtsvergleichung,¹¹⁰

⁹⁸ *Mona*, Comparative Justice (o. Fn. 58), S. 103, 106, 107, 108 ff. Vgl. auch *George P. Fletcher*, Comparative Law as a Subversive Discipline, American Journal of Comparative Law 46 (1998), S. 683–700; *Horatia Muir Watt*, Further terrains for subversive comparison: the field of global governance and the public/private-divide, in: Monateri, Methods (o. Fn. 68), S. 270–288, sowie unten II.D.4(d).

⁹⁹ *Hauck*, Funktionen (o. Fn. 52), S. 257 f. Vgl. auch unten II. vor A., II.A.1., 3., II.D.4(b), III.B.5(b).

¹⁰⁰ Vgl. *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 87 ff.; Grenzen (o. Fn. 60), S. 13 ff. Vgl. auch unten II.A.3., C.1(b), D.4(f).

¹⁰¹ *Hauck*, Funktionen (o. Fn. 52), S. 255 f. Vgl. auch unten II.A.3., B.1(b).

¹⁰² *Boris Burghardt*, Die Rechtsvergleichung in der völkerstrafrechtlichen Rechtsprechung. Von der Rechtsvergleichung als Mittel der Rechtsfindung zur diskursiv-vermittelnden Rechtsvergleichung, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 5), S. 235–254. Vgl. auch unten II.A.3., D.4(b).

¹⁰³ *Bijan Fateh-Moghadam*, Operativer Funktionalismus in der Strafrechtsvergleichung, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 5), S. 43–63. Vgl. auch unten III.B.1(a) zu Fn. 548.

¹⁰⁴ *Perron*, Nationale Grenzen (o. Fn. 42), S. 289 ff. Vgl. auch unten III.B.1(a) zu Fn. 581 ff.

¹⁰⁵ *Pieth*, Äquivalenz (o. Fn. 81), S. 477 ff. Vgl. auch unten *Burchard*, Exekutorische Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 81), S. 292, sowie unten III.B.1(a) nach Fn. 573 ff.

¹⁰⁶ *Burchard*, Exekutorische Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 81), S. 275, 277, 286 ff. Näher dazu unten II.B.3. Vgl. auch unten II. vor A., II.B. vor 1., D.2. zu Fn. 433 f.

¹⁰⁷ *Vogel*, Instrumentelle (o. Fn. 71), S. 207 ff. Vgl. auch unten II.D.4(g).

¹⁰⁸ *Axel Tschentscher*, Dialektische Rechtsvergleichung, JZ 2007, S. 807–816. Vgl. auch unten I.D.

¹⁰⁹ Vgl. *Walter Perron*, Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, in: Albin Eser (Hrsg.), Festschrift für Haruo Nishihara, Baden-Baden 1998, S. 143–154 (146 f.). Vgl. auch unten I.D.

¹¹⁰ Vgl. *Mordechai Kremnitzer*, Some Reflections on Comparative Criminal Law, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 5), S. 29–40 (29). Vgl. auch *Hans Kudlich*, Exportgüter und Exportbeschränkungen. Der Strafrechtsexport aus rechtstheoretischer Perspektive, in: Streng/Kett-Straub, Kulturvergleich (u. Fn. 112),

- (30) akademische Rechtsvergleichung,¹¹¹
 (31) kulturbezogene Rechtsvergleichung,¹¹²
 (32) museale Rechtsvergleichung,¹¹³
 (33) deskriptive Rechtsvergleichung,¹¹⁴ oder
 (34) freiwillig-beliebige bzw. zwingende Rechtsvergleichung.¹¹⁵

In diesem Überblick könnte nicht zuletzt auch das – von manchen so genannte¹¹⁶ – „Vier-Stufen-Modell“ von *Jescheck*¹¹⁷ erwartet werden. Genau besehen handelt es sich jedoch bei dieser (von ihm selbst so bezeichneten) „geistigen Methodik der strafrechtsvergleichenden Forschung“ nicht um eine besondere Art von Rechtsvergleichung, sondern lediglich um die für die rechtsvergleichende Arbeit wesentlichen Prüfungsschritte.¹¹⁸ Diese sind gewiss wichtig, werden aber an anderer Stelle näher zu behandeln sein.¹¹⁹

S. 169–185, sowie unten II.A.2(b), B.1(a), (b), 2(a), (b), C.1(a), (c), 2(a), (b), D.4(g), III.B.4(a), 5(b), (c).

¹¹¹ *Vogel*, Instrumentelle (o. Fn. 71), S. 205. Vgl. auch unten II.A. vor 1.

¹¹² *Susanne Beck*, Strafrecht im interkulturellen Dialog. Zur Methode der kulturbezogenen Strafrechtsvergleichung, in: *Beck/Burchard/Fateh-Moghadam*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 5), S. 65–86; *Franz Streng/Gabriele Kett-Straub* (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich. Beiträge zur Evaluation deutschen „Strafrechtsexports“ als „Strafrechtsimport“, Tübingen 2012, mit Rezension von *Eser*, Besprechung (u. Fn. 567). Auch wenn noch nicht unter dem heute geläufigen Terminus spielte doch auch schon für *Franz v. Liszt*, Einheitliches mitteleuropäisches Strafrecht, ZStW 38 (1917), S. 1–20, das Strafrecht sowohl als „Kulturprodukt“ wie auch als „Kulturhebel“ für die Gestaltung des Geisteslebens eine Rolle (S. 3). Vgl. auch oben I.B.1 zu Fn. 26 sowie unten II.A.1. zu Fn. 148, II.A.2(b) zu Fn. 178 ff., II.B.3. zu Fn. 330, II.C.1(c) zu Fn. 373, III.B.1(a) zu Fn. 549 ff., 567 ff., III.B.3(d).

¹¹³ So wenn etwa von „essayartigen Reiseberichten“ gesprochen wird, *Mona*, Comparative Justice (o. Fn. 58), S. 108. Vgl. auch *Jescheck*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 2), S. 37, sowie oben I.B.1 zu Fn. 15, unten I.E. zu Fn. 133 f., II.A.1, II.A.2(d) zu Fn. 194, II.C. vor 1 zu Fn. 333.

¹¹⁴ *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 6), S. 6. Vgl. auch *McEvoy*, Categories (o. Fn. 72), S. 145 ff. (mit Gegenüberstellung zu „purposive categories“ der Rechtsvergleichung), sowie unten II.A.2(a) zu Fn. 158.

¹¹⁵ Vgl. *Schramm*, Erkenntnisse (o. Fn. 59), S. 159. Vgl. auch unten II.B.1 zu Fn. 228, II.B.2(a) zu Fn. 292 f., II.B.2(b).

¹¹⁶ *Hilgendorf*, Einführung (o. Fn. 5), S. 19; *Heike Jung*, Wertende (Straf-)Rechtsvergleichung. Betrachtungen über einen elastischen Begriff, GA 2005, S. 2–10 (6); *Nelles*, Internet (o. Fn. 81), S. 1007; *Schramm*, Erkenntnisse (o. Fn. 59), S. 177.

¹¹⁷ *Jescheck*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 2), S. 40 ff.

¹¹⁸ Deshalb lässt sich auch in der gelegentlich mit dem 7-Stufen-Modell von *Sieber* hergestellten Verbindung nur insoweit eine Fortführung von *Jescheck* sehen, als zu dessen vier Arbeitsschritten (Arbeitshypothese – Länderberichte – Modellbildung – Bewertung) neuartige Modalitäten rechtsvergleichender Forschung hinzukommen. Vgl. auch nachfolgend Fn. 139 sowie unten III.A.2. zu Fn. 527.

¹¹⁹ Näher dazu unten III.A.2., B.; vgl. auch unten I.D. zu Fn. 122.

D. Ziele – Methoden – Voraussetzungen: differenzieren, definieren, integrieren

Der vorangehenden Auflistung verschiedener Funktionen und Modalitäten von Rechtsvergleichung und den entsprechenden Bezeichnungen ließen sich, wie sich noch zeigen wird, leicht weitere hinzufügen. Doch wie schon auf den ersten Blick erkennbar, werden mit diesen Charakterisierungen jeweils nur besondere Einzel-facetten angezeigt. Auf den zweiten Blick wird klar, dass sich dieses scheinbare Sammelsurium im Wesentlichen in drei verschiedene Kategorien aufteilen lässt: in Ziele, Methoden und Voraussetzungen der Rechtsvergleichung.

Wenn auch jeweils mit unterschiedlicher Zielsetzung, so lassen sich als primär zielorientiert alle Bezeichnungen von Rechtsvergleichung zusammenfassen, die eine bestimmte Funktion oder Aufgabe der Rechtsvergleichung zum Ausdruck bringen sollen. Das gilt aus der obigen Liste jedenfalls für die judikative (1), die legislative (2), die wissenschaftlich-theoretische (3) und wohl gleichermaßen für die akademische (30), die museale (32), die freiwillig-beliebige (34) und die evaluativ-kompetitive (4) Rechtsvergleichung. Ähnlich wird mit den Legitimierungs- (12), Schutz- (13), Kontroll- (14) und Initiativfunktionen (15) wie auch von den als kritisch (16), subversiv (17), akzeptanzsteigernd (18), harmonisierend (19), konfliktvermeidend (20), diskursiv-vermittelnd (21) und import-export-orientiert (29) bezeichneten Arten von Rechtsvergleichung jeweils ein bestimmtes Ziel verfolgt. Zudem werden sich diese Zielsetzungen noch durch weitere Aufgabenbeschreibungen ausdifferenzieren lassen.

Davon sind Bezeichnungen von Rechtsvergleichung zu unterscheiden, die primär methodenorientiert eine bestimmte Art des vergleichenden Verfahrens anzeigen sollen. Das gilt jedenfalls für die funktionale (6), die operativ-funktionalistische (22) und die funktional-strukturierte (23) Rechtsvergleichung wie auch für die funktionale Äquivalenz (24), ferner für die systematische (7), die strukturvergleichende (8), die instrumentelle (26) und dialektische (27) sowie für die induktive (28), die fallbasierte (10), computergestützte (11) und deskriptive (33) Rechtsvergleichung.

Die damit noch verbleibenden Varianten von Rechtsvergleichung lassen sich kaum ausschließlich der einen oder der anderen Kategorie zuweisen. So kann die universale Rechtsvergleichung (5) einerseits auf ein globales Forschungsziel ausgerichtet sein oder andererseits für ein bestimmtes theoretisches oder legislatives Ziel als Methode dienen. Ähnlich kann die wertend-wertvergleichende Rechtsvergleichung (9) das Ermitteln der bestmöglichen Lösung für ein bestimmtes Rechtsproblem zum Ziel haben oder lediglich den methodischen Abschluss einer rechtsvergleichenden Untersuchung darstellen. Ebenso kann es bei der kulturbezogenen Rechtsvergleichung (31) der Zielsetzung nach um die Gegenüberstellung verschiedener Verfahrenskulturen gehen, während es bei einem legislativ ausgerichteten Vergleich methodisch darauf ankommen kann, kulturbedingte Unterschiede sicht-

bar zu machen. Auch die exekutorische Rechtsvergleichung (25) hat insofern zwei Seiten, als sie zwar vorwiegend die Umsetzung justizieller Entscheidungen zum Ziel hat und dadurch der judikativen Rechtsvergleichung (1) nahekommt, aber dazu methodisch eine Bewertung erfordert.

Auch wenn diese verschiedenen Modalitäten von Rechtsvergleichung noch im Einzelnen zu erörtern bleiben, lassen sich doch schon folgende Feststellungen treffen:

➤ Erstens: Angesichts der Vielfalt des Befundes kann es nicht „die“ Rechtsvergleichung im Sinne eines einheitlichen und inhaltlich allumfassenden Begriffes geben. Vielmehr sind sowohl hinsichtlich der Ziele als auch der Methoden von Rechtsvergleichung unterschiedliche Spielarten vorzufinden, die zudem noch weiter unterteilbar sind. Deshalb lässt sich Rechtsvergleichung nicht anhand eines einzelnen Faktors kennzeichnen.

➤ Zweitens: Diese Modalitäten sind jedoch weder gleichwertig noch stehen sie beziehungslos nebeneinander. Vielmehr sind sie in unterschiedlicher Weise voneinander abhängig und miteinander zu verbinden. So erfordert beispielsweise ein makro-globaler Vergleich verschiedener Rechtsfamilien eine andere Methode als der Mikro-Vergleich auf der Suche nach der bestmöglichen legislativen Lösung für ein aktuelles Einzelproblem.

➤ Drittens: Bei der dafür erforderlichen Integrierung von Zielen und Methoden sind Erstere vorrangig zu bestimmen.¹²⁰ Je nachdem, ob es beispielsweise eher konkret um den judikativen Aufweis einer ausländischen Strafnorm und deren Abgleich geht, ob ein legislativer Lösungsvorrat anzulegen ist oder ob ein dogmatischer Strukturvergleich angestrebt wird, wie auch je nach der intranationalen, transnationalen oder universalen Reichweite des Vergleichs kann die dafür anzuwendende Methode immer eine andere sein. Gleiches gilt für die jeweils erforderlichen Voraussetzungen und zu beachtenden Grenzen, die je nach Zielsetzung und dabei anzuwendender Methode unterschiedlich sein können. Auch deshalb ist mit der Benennung von Rechtsvergleichung nach einer bestimmten Methode immer

¹²⁰ Näher dazu unten III.A.1. Wenn demgegenüber nach *Heike Jung*, Zu Theorie und Methoden der Strafrechtsvergleichung, in: Raffaele di Giorgi (ed.), *Il Diritto e la Differenza*. Scritti in onore di Alessandro Baratta, Lecce 2002, S. 361–384 (362), angesichts der „Wechselbeziehung zwischen Ziel und Methode“ die Methoden eigentlich auf das Ziel ausgerichtet sein sollen, er aber gleichwohl methodische Grundfragen meint voranstellen zu müssen, da die Kenntnis der methodischen Fragestellungen „eine realistischere und zugleich differenziertere Diskussion der Ziele“ erlaube, so mag das zwar aus praktischer Sicht verständlich sein; sich auf diese Weise aber von vornherein auf das Machbare zu beschränken, kann leicht vor herausfordernden Zielsetzungen zurückschrecken lassen – eine Zurückhaltung, die zu seinen ansonsten mutigen Vorstößen in rechtsvergleichendes Neuland nicht so recht passen will. Dabei ist natürlich nicht zu verkennen, dass überzogenen Zielsetzungen methodische Grenzen gesetzt sein können, die zweckmäßigerweise von vornherein im Auge zu behalten sind. Vgl. unten III.C.

nur ein zwischen Zielsetzungen und Durchführungsbedingungen angesiedeltes Teilstück erfassbar.

➤ Viertens: Um Vergleichbarkeit zu erreichen und Verzerrungen zu vermeiden, ist die Untersuchung nach allgemein anerkannten wissenschaftlichen Standards und dementsprechend systematisch und methodengerecht durchzuführen.¹²¹ Das gilt für alle Prüfungsstufen: angefangen von der Fragestellung und fortgeführt mit der Länderauswahl bis hin zur Ermittlung und Bewertung von Ergebnissen.¹²²

➤ Fünftens: Versucht man Rechtsvergleichung zu definieren, ohne sich dabei in willkürlicher und damit zugleich präjudizierender Weise auf eine der verschiedenen Zielsetzungen oder Methoden festzulegen, dann lässt sie sich beschreiben als ein wissenschaftlich-systematisch auf ein bestimmtes Ziel ausgerichtetes und dementsprechend methodisch angepasstes Vergleichen verschiedener Rechte: sei es, dass landesintern verschiedene Rechtsbereiche miteinander verglichen oder im Sinne „vertiefender Rechtsvergleichung“¹²³ verschiedene historische Entwicklungsstufen exploriert werden, sei es, dass transnational auf horizontaler Ebene die Rechtsordnungen verschiedener Länder einem Vergleich unterzogen werden, oder sei es, dass supranational in vertikaler Stufung ein Vergleich zwischen über- und untergeordneten Rechtsordnungen angestellt wird.¹²⁴ Für die Strafrechtsvergleichung werden von diesen verschiedenen Modalitäten die horizontal-transnationale und die vertikal-supranationale Vergleichung im Vordergrund stehen.

➤ Sechstens: Was den Standort des im vorliegenden Projekt verfolgten Strukturvergleichs betrifft, wird dieser konsequenterweise erst zu bestimmen sein, wenn zunächst im Folgenden die verschiedenen Ziele und Methoden dargelegt worden sind.

¹²¹ Prononciert in diesem Sinne bereits *Franz v. Liszt*, in: Karl Birkmeyer u.a. (Hrsg.), *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*. Besonderer Teil V, Berlin 1905, S. 4: „Rechtsvergleichung als Wissenschaft ist nur möglich aufgrund einer feststehenden Methode, durch welche die innere Gesetzmäßigkeit in der Ordnung der einzelnen empirisch gewonnenen Erkenntnisse gewährleistet wird.“

¹²² Näher dazu mit weiteren Spezifizierungen unten III.B.

¹²³ Wie von *Konrad Zweigert*, *Rechtsvergleichung*, in: Karl Strupp/Hans-Jürgen Schloschauer (Hrsg.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, 3. Band, 2. Auflage Berlin 1962, S. 79–82 (80), bezeichnet.

¹²⁴ Zu weiteren – teils abweichenden – Verfeinerungen von horizontalen und vertikalen oder internen, externen und hybriden Formen der Rechtsvergleichung vgl. *McEvoy*, *Categories* (o. Fn. 72), S. 146 ff., sowie *James Gordley*, *Comparative Law and Legal History*, in: Reimann/Zimmermann, *Oxford Handbook* (o. Fn. 8), S. 753–773.

E. Strafrechtsvergleichung als zweckfreie Wissenschaft?

Bevor in die Einzelbetrachtung einzutreten ist, bleibt noch eine Grundsatzfrage abzuklären: die nach dem wissenschaftlichen Selbstverständnis der Rechtsvergleichung. Dabei geht es hier weniger um die zeitweilig heftig diskutierte Frage, ob Rechtsvergleichung eine autonome Wissenschaft¹²⁵ oder lediglich eine bestimmte – und wenn ja, ob eine juristische, sozialwissenschaftliche oder sonstige – Methode darstellt;¹²⁶ denn auch wenn die jeweilige Zuordnung statusmäßig interessant und fachdisziplinär relevant sein mag, bleibt davon doch die Funktion von Rechtsvergleichung als Erkenntnismedium substantiell unberührt. Wovon diese jedoch betroffen sein kann, ist die Frage nach der angeblichen Zweckfreiheit der Rechtsvergleichung. In diesem Sinne wurde sie namentlich von *Jescheck* – und im Anschluss daran auch von *Kaiser* – beschrieben als „zweckfreie Grundlagenforschung [...], die ohne Nützlichkeits Erwägungen der unmittelbaren Rechtserkenntnis dient“.¹²⁷ Auch Charakterisierungen der Rechtsvergleichung als „reine Forschung“¹²⁸ oder

¹²⁵ Dafür hatte sich eingangs des vergangenen Jahrhunderts vor allem eine historisch-philosophische Richtung in Italien und Deutschland stark gemacht; zu Einzelheiten vgl. *Constantinesco* I, Einführung (o. Fn. 7), S. 159 ff. Ähnliche Bestrebungen sind neuerdings auf die Etablierung von Rechtsvergleichung als Grundlagenfach gerichtet, wie beispielsweise als „theoretisches und reflektives“ bei *Mona*, *Comparative Justice* (o. Fn. 58), S. 104, 106 f. Vgl. auch *Monateri*, der sich mit dem in: *Methods* (o. Fn. 68, S. 1) beschriebenen Ziel eine Wiedergeburt der Rechtsvergleichung als „autonomous discipline“ erhofft.

¹²⁶ Wobei teils mehr allgemein lediglich von „Methode“, wie bei *Mireille Delmas-Marty*, *Comparative Law as a Necessary Tool for the Application of International Criminal Law*, in: Antonio Cassese et al. (eds.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford 2009, S. 97–103 (97), oder von „Forschungsmethode“, wie bei *Sieber*, *Grundlagen* (o. Fn. 60), S. 49 ff., Forschungsbericht (o. Fn. 84), S. 31 f., gesprochen wird, während sie von *Jescheck*, *Strafrechtsvergleichung* (o. Fn. 2), S. 36, als eine „juristische“, auf allen Gebieten der Rechtswissenschaft verwendbare „universale Methode“ verstanden wird. Vgl. auch *Bogdan*, *Introduction* (o. Fn. 75), S. 8 ff., zum Verständnis der Rechtsvergleichung als eine „independent science“, soweit sie sich mit Fragen befasst, die auf einem „higher level of abstraction“ liegen. Grundsätzlich kritisch zum Verständnis der Rechtsvergleichung als bloße Methode *Simone Glanert*, *Method?*, in: *Monateri*, *Methods* (o. Fn. 68), S. 61–81. Vgl. zum Ganzen auch *Dominik Richers*, *Postmoderne Theorie in der Rechtsvergleichung?*, *ZaöRV* 67 (2007), S. 509–540 (510 ff.).

¹²⁷ *Hans-Heinrich Jescheck*, *Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozessreform*, *ZStW* 86 (1974), S. 761–782 (764) bzw. *Günther Kaiser*, *Strafrechtsvergleichung und vergleichende Kriminologie*, in: *Günther Kaiser/Theo Vogler* (Hrsg.), *Strafrecht – Strafrechtsvergleichung*, Freiburg 1975, S. 79–91 (82). Vgl. auch *Sieber*, *Strafrechtsvergleichung* (o. Fn. 4), S. 94, wonach eine zentrale Aufgabe der Strafrechtsvergleichung im Bereich der „zweckfreien Grundlagenforschung“ liege.

¹²⁸ So sieht etwa *Hans Schultz*, *Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung*, in: *Hans-Heinrich Jescheck/Günther Kaiser* (Hrsg.), *Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie*, Berlin 1980, S. 7–25 (8), bei *Zweigert/Kötz*, *Rechtsvergleichung* (o. Fn. 6, 1. Auflage 1971, S. 14) den Erkenntniswert der Rechtsvergleichung als „reiner Forschung“ betont.

als von „reinem Erkenntnisinteresse“ geleitet¹²⁹ legen den Eindruck von Zweckfreiheit nahe.

Ein solches Verständnis von Rechtsvergleichung erscheint jedoch weder tatsächlich haltbar noch konzeptionell berechtigt. Wäre Strafrechtsvergleichung wirklich als zweckfrei zu verstehen, dann wäre im Grunde jeder rechtsvergleichenden Auftragsforschung schon prinzipiell – und nicht nur wegen möglicher mandatsbedingter Voreingenommenheit – die Wissenschaftlichkeit abzusprechen, wird doch mit dieser Art von Forschung erklärtermaßen ein Zweck verfolgt,¹³⁰ wenn nicht sogar ein bestimmtes Ergebnis erhofft. So sehr sicherlich letzterenfalls, wenn sich ein Wissenschaftler tatsächlich auf eine ergebnisorientierte Vorgabe einlässt,¹³¹ Forschung diskreditiert wird, ja im Fall manipulierter Methodik der Anspruch auf Wissenschaftlichkeit gewiss verwirkt ist,¹³² so wenig braucht diese Qualifikation allein deshalb zu entfallen, weil ein Forschungsprojekt, sofern methodisch korrekt durchgeführt, einen bestimmten Zweck verfolgt oder irgendeinen Nutzen bringen soll. Wäre es anders, so wäre nicht zuletzt bei einer nicht unbedeutlichen Zahl von Projekten des Max-Planck-Instituts, die im Auftrag von Ministerien oder Gerichten zur Vorbereitung von Gesetzesvorhaben oder zur Abklärung transnationaler Strafbarkeit durchgeführt werden, der Wissenschaftscharakter zu verneinen – wogegen ich mich hinsichtlich der von mir betreuten Institutsprojekte ganz entschieden zu verwahren hätte, ebenso wie dies sicherlich auch von anderen Forschungsleitern und Institutsmitgliedern zu erwarten wäre.

Genau besehen kann aber selbst außerhalb von Auftragsforschung kaum von völliger Zweckfreiheit die Rede sein. Das gilt sogar für eine auf neue Erkenntnisse gerichtete Grundlagenforschung, welche als reine Forschung nicht unmittelbar bestimmten Zwecken dienen oder bestimmte Ziele erreichen will,¹³³ ebenso wie auch für eine „museale“ Rechtsvergleichung, bei der etwa besonders interessante Ausprägungen eines fremden Rechts gleichsam wie „Fossilien“ nebeneinandergestellt und in ihrer Diversität oder auch Übereinstimmung mit dem eigenen Recht verglichen werden.¹³⁴ Denn selbst in diesen Fällen wird ja ein bestimmtes Ziel verfolgt,

¹²⁹ Wie *Peter Hünerfeld*, Diskussionsbeitrag, in: Jescheck/Kaiser, Vergleichung (o. Fn. 128), S. 52–57 (52), Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung im „reinen Erkenntnisinteresse“ verstanden wissen will.

¹³⁰ Dezidiert in diesem Sinne *Kubiciel*, Funktionen (o. Fn. 60), S. 217: „Jeder wissenschaftliche Rechtsvergleich dient einem Zweck. Erst der Zweck gibt der Suche eine Richtung und den gewonnenen Daten Sinn.“

¹³¹ Dass und wie solchen keineswegs unrealistischen Ansinnen zu begegnen ist, dazu vgl. *Eser*, Über Grenzen (o. Fn. 82), S. 97 f., sowie unten III.C.1(c).

¹³² Wodurch *Kubiciel*, Funktionen (o. Fn. 60), S. 217, die Rechtsvergleichung auf den „Status einer reinen Dienstleistung“ absinken sieht.

¹³³ Wie von *Schultz*, Grundlagenforschung (o. Fn. 128), S. 8, beschrieben, aber dann seinerseits selbst infrage gestellt wird (vgl. zu Fn. 136).

¹³⁴ Vgl. *Jescheck*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 2), S. 37.

und sei es auch nur das der wissenschaftlichen Neugier, die ihrerseits einen Nutzen hat, indem sie delectieren und inspirieren kann.

Was also allenfalls mit Zweckfreiheit der Rechtsvergleichung gemeint sein kann, ist das Freisein von ergebnisorientierten Vorgaben oder methodenpervertierenden Nützlichkeitsabwägungen. Doch selbst soweit dies auszuschließen ist, ist Rechtsvergleichung kaum gänzlich als „reine Forschung“ zu begreifen, wie gelegentlich postuliert.¹³⁵ Tatsächlich hat man sich von solchen Vorstellungen ohnehin schon seit geraumer Zeit entfernt, soweit dies überhaupt jemals gängige Praxis war. Denn wie von *Hans Schultz* an prominenten rechtsvergleichenden Vorbildern wie *Aristoteles*, *Grotius* und *Montesquieu* demonstriert, scheint Rechtsvergleichung schon „seit ihren ersten, unsystematischen Anfängen offen oder unausgesprochen im Dienst rechtspolitischer Absicht, ein besseres als das geltende Recht zu finden, gestanden zu haben“.¹³⁶ Bemerkenswerterweise pflegt man sich denn selbst bei Verfechtern der Zweckfreiheit gar nicht lange mit deren Konstatierung aufzuhalten, sondern alsbald zur Aufzählung von Aufgaben überzugehen, denen die Strafrechtsvergleichung dienen soll.¹³⁷ Was aber sollten diese Aufgaben anderes zum Ziel haben als die Erfüllung eines bestimmten Zwecks?

Gleichwohl bleibt der Diskussion über Zweckfreiheit der Rechtsvergleichung durchaus Beachtenswertes abzugewinnen. So vor allem dahingehend, dass sich Rechtsvergleichung nicht von vorgegebenen Interessen instrumentalisieren und nicht durch Nützlichkeitsabwägungen in ihrer Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit korrumpieren lassen darf. Damit aber geht es schon nicht mehr um die Zweckfreiheit der Rechtsvergleichung als solche als vielmehr um die Legitimität ihrer Ziele und die Korrektheit ihrer Methoden. Beides wird bei den nachfolgenden Einzelbetrachtungen im Auge zu behalten sein.

¹³⁵ Vgl. oben zu Fn. 127–129.

¹³⁶ *Schultz*, Grundlagenforschung (o. Fn. 128), S. 8. Vgl. auch *Rösler*, Erkenntnisinstrument (o. Fn. 8), S. 1087, wonach die Komparatistik auch den allgemeinen Zielen einer Rechtsordnung, wie der Gewährung von Gerechtigkeit, der Förderung des Allgemeinwohls sowie der Schaffung von Rechtssicherheit, dienen sollte: „Bei dieser Sichtweise ist Rechtsvergleichung kein Selbstzweck. Sie steht im Dienste oder ist gleichsam Instrument einer steten kritischen Überprüfung und Optimierung des Bestehenden.“

¹³⁷ Vgl. *Jescheck*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 2), S. 25 ff., wobei sogar vor der Gefahr von „Planlosigkeit“ bei „ziellosem Schwimmen“ im weiten Meer von niemals überschaubarem Material gewarnt wird. Ähnlich wie schon bei *Jescheck*, Strafprozessreform (o. Fn. 127), scheint es auch für *Kaiser*, Vergleichende Kriminologie (o. Fn. 127) – und zwar vorab zahlreicher anderer Ziele und Nutzenwendungen von vergleichender Kriminologie (S. 83 f.) – bereits bei der als zweckfrei proklamierten Grundlagenforschung trotz negierter Nützlichkeitsabwägungen nicht ausgeschlossen zu sein, dass die Erforschung des Rechts als Kulturerscheinung zur Erforschung von – letztlich wohl von der Legislative zu lösenden – „sozialen Probleme[n]“ führen kann (S. 82). Selbst wenn ein solcher Nutzen weder konkret angestrebt wurde noch erwartet werden konnte, ist es schwer vorstellbar, dass man fremdes Recht als Kulturerscheinung ohne ein bestimmtes Erkenntnisinteresse – und damit völlig ziellos – zu erforschen unternehmen würde.

II. Ziele und Funktionen der Strafrechtsvergleichung

Wie sich aus dem Vorangehenden ergibt, bedarf Rechtsvergleichung zuerst der Zielbestimmung, bevor die dafür einzusetzende Methode gewählt werden kann. Wie ebenfalls schon festgestellt, können auch die Ziele ihrerseits unterschiedlich sein: Teils werden je nach Erkenntnisinteresse mehr oder weniger beliebige Einzel-funktionen genannt, teils werden gewisse Gruppenbildungen vorgenommen, ohne dass aber damit schon alle denkbaren Zwecke von Strafrechtsvergleichung erfasst wären.¹³⁸ Wollte man andererseits alle Aufgaben und Erwartungen, die aus dem obigen Überblick (I.C.) über die Begriffs- und Modellvielfalt möglichen Zielsetzungen der Strafrechtsvergleichung zugeordnet werden konnten, gleichwertig nebeneinanderstellen, so würde verkannt, dass es sich bei manchen Nennungen im Grunde um bloße Unterfunktionen von allgemeineren Zielsetzungen handelt, die wie beispielsweise die akzeptanzsteigernde Rechtsvergleichung (18) weniger theoretischen als vielmehr legislatorischen Zwecken dienen (2). Während Gleiches etwa für die Initiativfunktion (15) anzunehmen ist, kann die Kontrollfunktion (14) für die judikative Rechtsvergleichung (1) bedeutsam werden; demgegenüber wird die kritische Funktion (16) eher in der theoretischen (3) oder der evaluativ-kompetitiven Rechtsvergleichung (4) ihren Platz haben. Versucht man in dieser Weise die Vielfalt möglicher Vergleichungszwecke in Primärziele und darauf ausgerichtete Funktionen abzustufen, so bietet sich hinsichtlich der Hauptziele wiederum die bereits früher vorgestellte Grundaufteilung in theoretische, judikative und legislative Strafrechtsvergleichung an, wie sie auch schon bei anderen als „Trias“ bezeichnet Anerkennung gefunden hat. Inzwischen war diese aber um eine spezifisch evaluativ-kompetitive Strafrechtsvergleichung zu ergänzen und dementsprechend zu einer strafrechtsvergleichenden „Tetrade“ zu erweitern.¹³⁹

¹³⁸ Während beispielsweise in der weit verbreiteten „Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart“ von René David/Günther Grasmann, Berlin 1966, lediglich „Rechtsvereinheitlichung, Rechtsharmonisierung, Konkretisierung allgemeiner Rechtsgrundsätze“ als Aufgaben der Rechtsvergleichung genannt werden (S. 8), ohne dass neben diesen primär legislatorischen Aufgaben auch noch allgemein-theoretische oder judikative aufgeführt wären, ist in der Neubearbeitung von Neumayer, Rechtssysteme (o. Fn. 8, S. 31), fast schon eine Überfülle rechtsvergleichender Aufgaben aufgelistet, ohne dass aber diese näher strukturiert wären. Solchen Beispielen einerseits bruchstückhafter und andererseits unstrukturierter Aufgabenbeschreibungen ließen sich leicht weitere hinzufügen, wie etwa bei Auswertung neuerer Publikationen von Bogdan, Introduction (o. Fn. 75), S. 15 ff., oder Monateri, Methods (o. Fn. 68), insbesondere S. 25 ff., 144 ff.

¹³⁹ Vgl. oben zu Fn. 78–83. Falls man meint, dieser zielorientierten Tetrade die sieben-teilige Liste von Sieber (o. zu Fn. 85–91) hinzufügen oder gar entgegenstellen zu sollen, würde verkannt, dass es sich bei den in letzterer Auflistung enthaltenen Varianten weniger um Zielsetzungen als um Methoden handelt, die zudem weder einfach hintereinander zu schalten sind noch überhaupt bei jeder Art von Rechtsvergleichung angebracht erscheinen. Damit soll nicht ausgeschlossen sein, dass einige dieser Methoden durchaus auch zielrelevant sein können; darauf wird gegebenenfalls noch einzugehen sein. Noch weniger ist die hier vorgestellte vierteilige Zieldifferenzierung mit dem sogenannten „4-Stufen-Modell“ von Jescheck (o. Fn. 118 f. sowie in: Strafprozessreform, o. Fn. 127, S. 771 ff.) zu vermi-

Etwas abweichend von der früheren Reihung dieser Hauptziele, bei der die judikative und legislative Rechtsvergleichung der theoretischen vorangestellt waren, sei nunmehr mit Letzterer begonnen. Denn während es seinerzeit vor allem darum gegangen war, möglichen Skeptikern anhand der judikativen Zielsetzung den unmittelbaren praktischen Nutzen der Strafrechtsvergleichung vor Augen zu führen,¹⁴⁰ lässt sich nunmehr mit Voranstellung der theoretischen Rechtsvergleichung bereits deren grundlegende Bedeutung demonstrieren, und zwar sowohl als eigenständiges Ziel wie auch als Fundament und Instrument anderer strafrechtsvergleichender Funktionen.

A. Theoretische Strafrechtsvergleichung

Dazu erscheint zunächst eine terminologische Abklärung angebracht. Wenn hier schlicht von „theoretischer“ Rechtsvergleichung – und nicht etwa von „wissenschaftlich-theoretischer“,¹⁴¹ „akademischer“¹⁴² oder rechtsvergleichender „Grundlagenforschung“¹⁴³ – gesprochen wird, so empfiehlt sich das aus folgenden Gründen: Von „wissenschaftlich-theoretischer“ Rechtsvergleichung zu sprechen, könnte den Fehlschluss nahelegen, dass es anderen Arten der Rechtsvergleichung an Wissenschaftlichkeit mangle. Tatsächlich ist jedoch die Wissenschaftlichkeit kein Alleinstellungsmerkmal theoretischer Rechtsvergleichung, sondern korrekterweise jeder Art von Rechtsvergleichung eigen. Mit „akademisch“ könnte der Eindruck erweckt werden, dass theoretische Rechtsvergleichung den Universitäten oder ähnlichen Forschungseinrichtungen vorbehalten sei, so als ob nicht auch andernorts Rechtsvergleichung aus rein theoretischem Erkenntnisinteresse betrieben werden könne. Auch auf „Grundlagenforschung“ ist theoretische Rechtsvergleichung schwerlich einzugrenzen, eröffnet sie doch, wie gleich zu zeigen sein wird, ein weitaus breiteres Erkundungsfeld. All diesen missdeutbaren Bezeichnungen gegenüber ist die Kennzeichnung als „theoretische“ für die hier infrage stehende Art von Rechtsvergleichung vorzuziehen. Dies deshalb, weil damit einerseits der Unterschied zu „praktischer“ Rechtsvergleichung in Form der judikativen und legisla-

schen, geht es diesem doch lediglich um die einzelnen Prüfungsschritte des Vergleichens. Näher dazu unten III.B.1.–5 und D.

¹⁴⁰ Vgl. *Eser*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 3), Kaiser-FS, S. 1506 f.

¹⁴¹ Wie ursprünglich vorgeschlagen (*Eser*, Strafrechtsvergleichung, o. Fn. 3, Kaiser-FS, S. 1515) oder teils noch weiter verkürzt lediglich als „wissenschaftlich“ bezeichnet (wie etwa von *Burchard*, Exekutorische Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 81), S. 286, oder *Hauck*, Funktionen (o. Fn. 52), S. 260, 270).

¹⁴² Wie von *Vogel*, Instrumentelle (o. Fn. 71), S. 205, Rechtsvergleichung im Rahmen „selbstbestimmter Forschung und Lehre aus strafrechtswissenschaftlichem Erkenntnisinteresse“ verstanden wird.

¹⁴³ Wie bei *Sieber*, Grenzen (o. Fn. 60), S. 69; *ders.*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 109.

tiven Varianten klar zum Ausdruck kommt, ohne andererseits damit auszuschließen, dass die theoretische Rechtsvergleichung auch wichtige Vorarbeit für die praktische zu leisten hat.

Damit sind auch schon die beiden Grundrichtungen angedeutet, auf die theoretische Rechtsvergleichung abzielen kann: auf Erkenntnisinteresse ohne praktische Anwendungsabsicht und/oder auf Vorarbeit für die Praxis. Auch wenn es dabei fließende Übergänge gibt, ist es für das erste Erkenntnisinteresse charakteristisch, zwar nicht völlig zweckfrei zu sein, seinen Zweck jedoch nicht außerhalb seiner selbst zu haben, sondern diesen innerhalb des Erkennens des eigenen Rechts und dessen Vergleichung mit fremdem Recht zu finden.¹⁴⁴ Dabei lassen sich grob gesehen vierstufig ansteigende Grade theoretischen Erforschens und Reflektierens unterscheiden.

1. Horizonterweiterung durch fremdes Recht – Rückspiegelung auf das eigene Recht

Sich fremdem Recht zu öffnen, kann unterschiedlich motiviert sein. Während der eine von schlichter Neugier auf alles Fremde stimuliert sein mag, kann es einem anderen schon mehr um Rückblendung auf das eigene Recht gehen. Soll dabei lediglich das äußere Erscheinungsbild gleicher oder unterschiedlicher Rechtsphänomene beleuchtet werden, bewegt man sich im Rahmen dessen, was man als „museale Rechtsvergleichung“ (32)¹⁴⁵ bezeichnen kann.¹⁴⁶

Schon in einer solchen transnationalen Horizonterweiterung kann ein beträchtlicher Erkenntnisgewinn liegen: sei es, dass man auf einer Auslandsreise auf rechtliche Merkwürdigkeiten stößt, die es – als neuartig, anregend oder auch abstoßend – näher zu hinterfragen reizt, sei es, dass man sich in der Auseinandersetzung mit einer inländischen Rechtsfrage durch einen Blick auf ausländische Parallelen in seinem Rechtsgefühl bestätigt oder gerade umgekehrt zu einem Überdenken genötigt sieht, oder sei es, dass man sich – wie in einer Gemäldegalerie – von der Gleichartigkeit mancher Rechtsepochen oder von der Verschiedenartigkeit nationaler Rechtsfiguren beeindrucken lässt. Selbst wenn dabei der Blick noch an der Oberfläche verhaftet bleibt, kann schon damit ein Gefühl für die Variabilität des Rechts¹⁴⁷ und dadurch auch für seine national-kulturell bedingte Relativität vermit-

¹⁴⁴ Vgl. oben I.E.

¹⁴⁵ Vgl. oben I.B.I. zu Fn. 15, I.C. Fn. 113.

¹⁴⁶ Bei diesen wie auch bei nachfolgenden Klammerhinweisen, die sich auf diesen Abschnitt beziehen, handelt es sich jeweils um die in der Begriffs- und Modellvielfaltsliste (o. I.C.) angeführten Positionen.

¹⁴⁷ Vgl. *Mona*, Comparative Justice (o. Fn. 58), S. 109.

telt werden.¹⁴⁸ Nicht zuletzt können dabei gerade auch die Stärken und Schwächen des jeweiligen Rechts deutlich zutage treten.¹⁴⁹

Vielleicht noch erhellender als das Kennenlernen fremden Rechts sind Reflexionseffekte auf das eigene: indem durch Beschäftigung mit fremdem Recht die Selbsterkenntnis des eigenen Rechts gefördert wird. So wie man sich selbst erst im Gegenüber zu Anderen und deren Anderssein in seiner eigenen Art voll erkennt, hilft auch im Recht die Erfahrung des fremden das eigene besser zu verstehen.¹⁵⁰ Wie bei meinem ersten Auslandsstudium in New York persönlich erlebt,¹⁵¹ wird man sich im Grunde erst durch die Begegnung mit fremdartigen Phänomenen der Eigenschaften und Besonderheiten des eigenen Rechts bewusst: Was bis dahin selbstverständlich erschien, kann sich als ungewöhnlich erweisen. Was man für sakrosankt hielt, kann sich als weltanschaulich bedingt und dementsprechend begründungsbedürftig herausstellen.¹⁵² Oder wo das eigene Recht zu Zweifeln Anlass gab, können sich diese durch den Mangel andernorts besserer Lösungen beschwichtigt finden. Aus diesen Einsichten werden nicht zuletzt auch für die „evaluativ-kompetitive“ Rechtsvergleichung (4) gewisse Folgerungen zu ziehen sein.¹⁵³

¹⁴⁸ Näher zu dieser Rolle „kulturbezogener Rechtsvergleichung“ (31) vgl. unten III.B.1(a), 3(d).

¹⁴⁹ Diese Relativitätserfahrung ist kaum eindrücklicher wiederzugeben als in der „Ersten Stellungnahme nach dem Zusammenbruch 1945“ des von NS-Verfolgung leidgeprüften *Gustav Radbruch*: „Was am Recht wandelbar, was ewig ist, wird am anschaulichsten sichtbar durch Rechtsvergleichung [...]. Erst der Vergleich zwischen [den von ihm konkret angesprochenen europäisch-kontinentalen und angloamerikanischen] Rechtskulturen lehrt jede von ihnen in ihrer Eigenart kennen, in ihren Mängeln und Vorzügen würdigen“ (in: *Der Mensch im Recht*, Göttingen 1957, S. 108 f.). Vgl. auch *Bernhard Grofffeld*, *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung*, Tübingen 1984, S. 194, sowie zu „kritischer Rechtsvergleichung“ oben I.C. zu Fn. 97 mit weiteren Nachweisen.

¹⁵⁰ Vgl. *Hilgendorf*, *Einführung* (o. Fn. 5), S. 15; *Neumayer*, *Rechtssysteme* (o. Fn. 8), S. 31; *Örücü*, *Developing* (o. Fn. 72), S. 54. Dieses „Selbsterkenntnisinteresse“ hat bereits *Rabel*, *Rechtsvergleichung* (o. Fn. 36, S. 7 f.), durch ein anschauliches Bild zu verdeutlichen versucht: „Stellen wir ein kleines Kind zum ersten Mal vor einen Spiegel; es greift nach dem vermeintlichen anderen Kind; es wird zum ersten Mal sich selber kennenlernen. Um dem eigenen Recht den Spiegel vorzuhalten, muss man sich außerhalb von ihm aufstellen.“

¹⁵¹ Vgl. *Eser*, *Über Grenzen* (o. Fn. 82), S. 81, 112.

¹⁵² Dementsprechend kann Rechtsvergleichung dabei helfen, eine kritische Einstellung gegenüber dem eigenen Rechtssystem zu entwickeln (*Kremnitzer*, *Reflections*, o. Fn. 110, S. 30), und damit „Gegengewichte gegen die Überschätzung der eigenen Dogmatik und ihrer Begriffswelt“ schaffen (*Jescheck*, *Strafrechtsvergleichung*, o. Fn. 2, S. 44). Auch wäre dies schon im Rechtsstudium zu vermitteln, wie von *Nils Jensen* in seinem Reformaufruf „Bildet nicht Rechtstheoretiker sondern Anwälte des Rechts“ betont: „Wer anhand einer fremden Rechtsordnung ausgewiesen wird, weiß, dass nichts im Recht selbstverständlich ist. Man wird dann wie von selbst auf die Frage nach dem Warum gestoßen, auf die es im Studium sonst wenig ankommt“ (Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 17.1.2015).

¹⁵³ Vgl. unten II.D.4., III.B.5., III.D.5.

2. Rechtsvergleichende Grundlagenforschung

(a) Auslandsrechtskunde – Strafrechtsvergleichung

Bis sich auf der Stufenleiter theoretischer Rechtsvergleichung von „Grundlagenforschung“ sprechen lässt, sind gewisse Vorbehalte zu machen. Solange fremdes Recht lediglich beschrieben oder beziehungslos nebeneinandergestellt wird, kann streng genommen von Rechtsvergleichung im eigentlichen Sinne noch keine Rede sein. Sicherlich wird derartigen Darstellungen nicht jeglicher wissenschaftliche Eigenwert abzuspochen sein, können sie doch jedenfalls als Fundgrube für Einblicke in die beschriebenen Rechtsordnungen dienen und zumindest als Teildisziplinen der Rechts- oder Kulturwissenschaft Anerkennung erwarten. Um in den Rang „vergleichender“ Rechtswissenschaft erhoben zu werden, wird jedoch nicht schon – im Sinne sogenannter „Auslandsrechtskunde“ – die bloße Kenntnisvermittlung von ausländischem Recht genügen können; vielmehr wird für echte Rechtsvergleichung – schon in ihrer Bezeichnung an sich zum Ausdruck kommend – ein Mindestmaß an Gegenüberstellung und Abgleich zu fordern sein. Daran hatte es allerdings lange gefehlt, weil bis in die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts hinein Rechtsvergleichung oft mit der Kenntnis ausländischen Rechts verwechselt wurde und man sich in der zweiten Hälfte jenes Jahrhunderts auf das Nebeneinanderstellen von Rechtsordnungen beschränkte.¹⁵⁴ Deshalb wird für den Bereich des Strafrechts der Beginn eigentlicher Rechtsvergleichung erst zur Mitte des 19. Jahrhunderts – wenn nicht schon bei *Feuerbach*, so jedenfalls bei *Mittermaier*¹⁵⁵ – anzusetzen sein.¹⁵⁶

Gleichwohl lässt sich darüber streiten, ob zwischen der bloßen Dokumentierung des ausländischen Rechts und der eigentlichen Rechtsvergleichung unbedingt streng zu trennen ist¹⁵⁷ oder man bei Ersterer nicht immerhin von „deskriptiver

¹⁵⁴ Vgl. *Constantinesco* I, Einführung (o. Fn. 7), S. 70 f.

¹⁵⁵ Vgl. oben I.B.1.

¹⁵⁶ Vgl. *Jescheck*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 2), S. 11 f.; *Günther Kaiser*, Die vergleichende Methode in der Kriminologie, in: Hans-Heinrich Jescheck, Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum X. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung Budapest 1978 Sektion V (Beiheft zur ZStW), Berlin 1978, S. 129–174 (131); *ders.*, Vergleichende Kriminologie (o. Fn. 127), S. 81.

¹⁵⁷ So tendenziell *Constantinesco* II, Rechtsvergleichende Methode (o. Fn. 7), S. 140 ff. Noch strenger wollte *Franz v. Liszt*, Zur Einführung. Rückblick und Zukunftspläne, in: Internationale Kriminalistische Vereinigung (Hrsg.), Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung. I. Band: Das Strafrecht der Staaten Europas, Berlin 1894, S. XIX, weder „die Nebeneinanderstellung zweier oder mehrerer Rechte“ noch die Hervorhebung des Gemeinsamen wie des Verschiedenen“ als wissenschaftliche Rechtsvergleichung gelten lassen, um stattdessen zu fordern, „dass etwas Neues, Selbstständiges gesucht und gefunden werde, das von den einzelnen verglichenen Rechten verschieden [...] ist“. Kritisch dazu *Schultz*, Grundlagenforschung (o. Fn. 128), S. 20.

Rechtsvergleichung“ sprechen könnte.¹⁵⁸ Im strengeren Sinne das Prädikat „Rechtsvergleichung“ vorzuenthalten, ist sicherlich dort berechtigt, wo fremdes Recht nicht einmal in Rückblende auf das eigene vorgestellt wird oder Länderberichte ohne jegliche kriterienorientierte Gliederung nebeneinandergestellt werden, wie das immer wieder zu beobachten ist. Davon abzuheben hingegen sind Arbeiten, in denen Länderberichte anhand bestimmter Kriterien aufgliedert sind und dementsprechend die Vergleichbarkeit erleichtern oder eine Vergleichung zumindest vorbereiten sollen. Selbst wenn in diesem Fall ein querschnittartiger Vergleich noch aussteht oder eine vergleichende Auswertung von vornherein nicht beabsichtigt ist und damit dem Leser überlassen bleibt, kann doch schon in der Entwicklung eines Kriterienkatalogs, an dem die jeweiligen Landesberichte auszurichten sind, ein Stück Rechtsvergleichung stecken.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Wie allenfalls einzuräumen nach *Zweigert*, Wörterbuch (o. Fn. 123), S. 80; *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 6), S. 6; vgl. auch *Konrad Zweigert/Hans-Jürgen Puttfarcken*, Zur Vergleichbarkeit analoger Rechtsinstitute in verschiedenen Gesellschaftsordnungen (1973), in: *Zweigert/Puttfarcken*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 8), S. 395–429 (400 f.).

¹⁵⁹ Als aktuelles Beispiel dafür ist zu denken an die mehrbändige, nach bestimmten Kriterien gegliederte Strafrechtssammlung von *Ulrich Sieber/Karin Cornils* (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung. Allgemeiner Teil, Teilband 1: Grundlagen, Berlin 2009; Teilband 2: Gesetzlichkeitsprinzip – Internationaler Geltungsbereich – Begriff und Systematisierung der Straftat, Berlin 2008; Teilband 3: Objektive Tatseite – Subjektive Tatseite – Strafbares Verhalten vor der Tatvollendung, Berlin 2008; Teilband 4: Tatbeteiligung – Straftaten in Unternehmen, Verbänden und anderen Kollektiven, Berlin 2010; Teilband 5: Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit – Aufhebung der Strafbarkeit – Verjährung, Berlin 2010; ferner *Ulrich Sieber/Konstanze Jarvers/Emily Silverman* (eds.), National Criminal Law in a Comparative Legal Context, Bände 1.1–1.4: Introduction to National Systems, Berlin 2013–2014; *Ulrich Sieber/Susanne Forster/Konstanze Jarvers* (eds.), Band 2.1: General Limitations on the application of criminal law, Berlin 2011; Band 3.1: Defining criminal conduct, Berlin 2011. Zwar steht bei dieser voluminösen Sammlung von Auslandsrecht aus weltweit 27 Ländern ein eigentlicher Vergleich noch aus; gleichwohl erscheint die Charakterisierung als „rechtsvergleichende“ Darstellung – beziehungsweise auf Englisch gleichermaßen zurückhaltender wie treffender als „National Criminal Law in a Comparative Legal Context“ tituliert – insofern berechtigt, als es gleichsam vorausschauend Leitlinien zu entwickeln galt, die nachher eine sinnvolle Vergleichung des zu erfassenden Materials ermöglichen können. Zu der für eine Gliederung der Materie erforderlichen Entwicklung einer „Metastruktur zum Allgemeinen Teil des Strafrechts“ vgl. *Ulrich Sieber*, Internationales Max-Planck-Informationssystem der Strafrechtsvergleichung, Ein Zwischenbericht, in: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Forschungsbericht 2010–2011, S. 89–95. Auch „The Handbook of Comparative Criminal Law“ von *Heller/Dubber* (o. Fn. 6), das nach seinem anspruchsvollen Titel eine umfassende Grundlegung der Strafrechtsvergleichung erwarten ließe, präsentiert nur auslandsrechtkundliche Berichte von 16 (nach lockeren Kriterien ausgewählten) Ländern und vom Rom-Statut für den Internationalen Strafgerichtshof, während deren Gegenüberstellung und eigentliche Vergleichung dem Leser überlassen bleibt. Hingegen sind in der Fall- und Materialsammlung von *Markus D. Dubber/Tatjana Hörnle*, Criminal Law. A Comparative Approach, Oxford 2014, immerhin gewisse vergleichende Ansätze zu finden. Zur Abhängigkeit der für solche Länderkompilationen zu treffenden Auswahl von bestimmten Prämissen und deren Anfechtbarkeit vgl. auch *Marina Aksenova* (Rezension des Handbook von Heller/Dubber, o. Fn. 6), JICJ 10 (2012), S. 709–711.

Das gilt umso mehr, wenn es nicht bei parallelen Länderberichten bleibt, sondern diese anhand bestimmter Kriterien miteinander verglichen und dabei Gemeinsamkeiten und Unterschiede herausgearbeitet werden.¹⁶⁰ In diese Kategorie ist das vorliegende „Strukturvergleichsprojekt“ einzuordnen. Nicht nur, dass bereits bei der Auswahl einer Sachverhaltskonstellation, die mit mehreren Fallvarianten für die zu befragenden Strafrechtsordnungen aussagekräftige Antworten erwarten ließ, wie auch für die Entwicklung der den Landesberichten vorzugebenden Erfassungskriterien beträchtliche rechtsvergleichende Vorarbeit zu leisten war.¹⁶¹ Vielmehr werden dann in einem weiteren Schritt die aus den verschiedenen Landesberichten zu entnehmenden nationalen Befunde anhand bestimmter Kriterien analysiert und querschnittartig zusammengefasst und profiliert. Auch wenn es sich erst bei diesem letzten Schritt um Rechtsvergleichung im engeren Sinne handelt,¹⁶² setzt diese doch zunächst einmal eine auslandskundliche Materialerfassung voraus. Insofern ist zwischen der Darstellung des Auslandsrechts und der rechtsvergleichenden Analyse und Bewertung eine „Funktionseinheit“ festzustellen,¹⁶³ bei der man immerhin von „Strafrechtsvergleichung in einem weiten Sinne“ sprechen kann.¹⁶⁴ Was diese verschiedenen Arbeitsschritte im Einzelnen voraussetzen und wie sie am besten zu vollziehen sind, wird im methodischen Teil näher zu erläutern sein.¹⁶⁵

¹⁶⁰ Als Beispiel dafür mag das ebenfalls am Max-Planck-Institut unter Mitarbeit zahlreicher ausländischer Wissenschaftler durchgeführte Schwangerschaftsabbruchprojekt dienen, bei dem zunächst in zwei Teilbänden nach gleichartigen Kriterien gegliederte Berichte aus über 60 Ländern nebeneinandergestellt und in einem weiteren Band sowohl ein rechtsvergleichender Querschnitt dargeboten als auch rechtspolitische Schlussfolgerungen gezogen werden: *Albin Eser/Hans-Georg Koch* (Hrsg.), *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich. Rechtliche Regelungen – Soziale Rahmenbedingungen – Empirische Grunddaten*. Teil 1: Europa, Baden-Baden 1988; Teil 2: Außereuropa, Baden-Baden 1989; Teil 3: Rechtsvergleichender Querschnitt – Rechtspolitische Schlussbetrachtungen – Dokumentation zur neueren Rechtsentwicklung, Baden-Baden 1999. In verkürzter Form sind diese Berichte und Ergebnisse zusammengefasst in: *Albin Eser/Hans-Georg Koch*, *Schwangerschaftsabbruch und Recht. Vom internationalen Vergleich zur Rechtspolitik*, Baden-Baden 2003 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/9746, sowie auf Englisch in: *Abortion and the Law. From International Comparison to Legal Policy*, Den Haag 2005 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/9747. Zu weiteren Beispielen abschließend vergleichender Projekte vgl. unten III.B.4.

¹⁶¹ Näher zur Konzeption dieses Projekts vgl. oben Teil 1 § 1 II., III., § 2 II. sowie mit weiteren Nachweisen unten II.A.2(d) zu Fn. 203 f., III.B. zu Fn. 595, 603, 608, 636, 641, 655, 676, 678, 724.

¹⁶² Vgl. unten III.B.4.

¹⁶³ Wie von *Jung*, *Grundfragen* (o. Fn. 60), S. 2, gegenüber früheren Trennungsvorstellungen dargetan.

¹⁶⁴ Wie *Sieber*, *Strafrechtsvergleichung* (o. Fn. 4), S. 79 Fn. 7.

¹⁶⁵ Unten III.B.

(b) Mikrovergleich – Makrovergleich – Grundlagenforschung

Auch was unter „Grundlagenforschung“ zu verstehen ist, bleibt noch abzuklären. Sollte damit, wie es manche Verweise darauf nahelegen könnten,¹⁶⁶ jegliches Erforschen oder Vergleichen von fremdem Recht gemeint sein, so würde das auf eine Gleichsetzung von rechtsvergleichender Grundlagenforschung mit theoretischer Rechtsvergleichung hinauslaufen. Das aber kann kaum gewollt sein, würde doch damit Grundlagenforschung zur „kleinen Münze“ verkommen. Will man also der Grundlagenforschung, wie es schon in deren Namen anklingt, den Charakter einer theoretischen „Tiefenbohrung“ bewahren, dann ist diese Qualifizierung Untersuchungen vorzubehalten, die sich nicht mit punktuellen Oberflächenbeschreibungen begnügen, sondern entweder einen größeren Bereich zu erfassen oder einem wesentlichen Einzelphänomen auf den Grund zu gehen versuchen.

Rechtsvergleichende Grundlagenforschung dieser Art kann in Breite oder Tiefe unterschiedlich intensiv betrieben werden. Dabei kann sie insbesondere darauf ausgerichtet sein,

- im Wege einer Theorie- und/oder Methodenreflexion, wie dies – im Sinne von „ziel- und/oder methodenorientierter Rechtsvergleichung“ – hier geschieht, zunächst einmal überhaupt zu untersuchen, was sinnvollerweise Gegenstand von Strafrechtsvergleichung sein kann, was damit bezweckt werden soll und wie das angestrebte Ziel am besten zu erreichen ist,¹⁶⁷
- über Einzelphänomene, wie beispielsweise einen bilateralen oder kleinräumigen „Mikrovergleich“ von Notwehr oder Mord, hinaus in einem multilateralen oder großflächigen „Makrovergleich“ Gemeinsamkeiten oder Unterschiede von Strafrechtlichungsgründen aufzuweisen¹⁶⁸ oder Modelle strafrechtlichen Lebensschutzes darzustellen,¹⁶⁹

¹⁶⁶ So etwa, wenn *Jescheck*, Strafprozessreform (o. Fn. 127), S. 764, und *Kaiser*, Vergleichende Kriminologie (o. Fn. 127), S. 82, von Strafrechtsvergleichung als zweckfreier „Grundlagenforschung“ sprechen, *Schultz* seinen Beitrag in *Jescheck/Kaiser* (o. Fn. 128), S. 7, mit „Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung“ betitelt, oder von *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 109, das Schaffen von Wissen über die Unterschiede und Gemeinsamkeiten der verschiedenen Strafrechtsordnungen als „Grundlagenforschung“ bezeichnet wird.

¹⁶⁷ Vgl. *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 125 ff., 132.

¹⁶⁸ Wie dies insbesondere mit dem multilateralen Ausgangsprojekt zu „Rechtfertigung und Entschuldigung“ bezweckt war; vgl. oben Teil I § 1 I.

¹⁶⁹ Wie sie für das Gutachten zum 53. Deutschen Juristentag von 1980 in Berlin (*Albin Eser*, Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindes-tötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB neu abzugrenzen?, München 1980, Band I, D 19–201 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4059) entwickelt wurden: vgl. *Albin Eser/Hans-Georg Koch*, Die vorsätzlichen Tötungstatbestände. Eine rechtsvergleichend-reformpolitische Struktur- und Kriterienanalyse, *ZStW* 92 (1980), S. 491–560 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3838.

- für allgemeine Strafbarkeitselemente oder bestimmte Tatbestandsbereiche einen Grundbestand von Kenntnissen verschiedener nationaler Rechtsordnungen aufzubauen,¹⁷⁰
- im Sinne einer „verstehenden und auslegenden Geisteswissenschaft“¹⁷¹ ein vertieftes Verständnis für den Aufbau von Strafrechtsordnungen zu gewinnen,¹⁷² dabei den Dingen buchstäblich auf den Grund gehend allgemeine Regelmäßigkeiten, Wirkfaktoren und Wirkungsmechanismen festzustellen¹⁷³ und/oder plurale Lösungsmodelle zu differenzieren und zu koordinieren,¹⁷⁴
- mit noch höher gestecktem Ziel in Form einer „universalen Rechtsvergleichung“¹⁷⁵ durch eine Gesamtdarstellung des Strafrechts eine „allgemeine Strafrechtslehre“ zu entwickeln,¹⁷⁶

¹⁷⁰ Wie das bereits durch die legendäre 16-bändige Darstellung des ausländischen Strafrechts anfangs des 20. Jahrhunderts geschehen ist (vgl. o. Fn. 47) und neuerdings für bestimmte Bereiche des Allgemeinen Teils des Strafrechts durch das zuvor erwähnte MPI-Projekt (o. Fn. 159) erfolgt. Vgl. auch *Sieber*, Grenzen (o. Fn. 60), S. 63 f.

¹⁷¹ *Mona*, Comparative Justice (o. Fn. 58), S. 110, 104, 106. Vgl. auch unten II.A.3.

¹⁷² Vgl. *Jescheck*, Strafprozessreform (o. Fn. 127), S. 764; *Örücü*, Developing (o. Fn. 72), S. 53 f. Hierzu dürfte auch der Import deutscher Strafrechtsdogmatik nach Spanien und in die lateinamerikanischen Länder zu rechnen sein; vgl. *Pablo Sánchez-Ostiz*, Strafrechtsexport nach bzw. -import in Spanien, in: Streng/Kett-Straub, Kulturvergleich (o. Fn. 112), S. 105–127, bzw. *Juan Pablo Montiel*, Kurze Geschichte der lateinamerikanischen (insbesondere argentinischen) Strafrechtswissenschaft und die Rezeption der deutschen strafrechtlichen Dogmatik, in: Streng/Kett-Straub, Kulturvergleich (o. Fn. 112), S. 129–143, aber auch *Enrique Díaz Aranda*, Ist die deutsche Strafrechtsdogmatik auf die strafrechtliche Problematik Mexikos anwendbar?, in: Manfred Heinrich u.a. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, Berlin 2011, S. 1557–1565.

¹⁷³ Vgl. *Hilgendorf*, Einführung (o. Fn. 5), S. 16; *Rösler*, Erkenntnisinstrument (o. Fn. 8), S. 1087; *Wörner*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 81), S. 138. In diesem Sinne ist dann auch Strafrechtsvergleichung nicht als „bound to be superficial“, sondern als „digging below the surface of things“ zu betrachten, wie der skeptischen Einschätzung des comparative law durch *F. H. Lawson* von *Gary Watt*, Comparison as deep appreciation, in: *Monateri*, Methods (o. Fn. 68), S. 82–103, zu Recht entgegengehalten wird.

¹⁷⁴ Vgl. *Jung*, Grundfragen (o. Fn. 60), S. 6.

¹⁷⁵ Wie namentlich von *Sieber* als erster rechtsvergleichender Ansatz in seiner sieben-teiligen Auflistung (o. Fn. 84 f.) angeführt.

¹⁷⁶ Wie schon bei *Franz v. Liszt* anklingend und dann namentlich von *Roxin* im Sinne einer „Internationalen Grammatik der strafrechtsdogmatischen Systembildung“ von einer Weiterentwicklung unseres „Allgemeinen strafrechtlichen Strukturvergleichs“ erhofft (näher dazu oben Teil I § 1 II. zu Fn. 34) und schließlich sogar als eine „Zukunftsaufgabe der Weltstrafrechtswissenschaft“ gefordert (*Claus Roxin*, Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft, in: Albin Eser/Winfried Hassemmer/Björn Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, München 2000, S. 369–395 (381)). Die im gleichen Sinne nach *Jescheck*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 2), S. 28, anzustrebende „allgemeine Strafrechtslehre“ findet sich im Nachruf von *Ulrich Sieber*, Hans-Heinrich Jescheck zum Gedächtnis, ZStW 121 (2009), S. 813–828, als „universale Strafrechtsdogmatik“ bezeichnet (S. 821), während bei ihm selbst auch die Rede ist von „universaler Strafrechtswissenschaft“ (in: Strafrechtsvergleichung, o. Fn. 4, S. 94, 116,

- durch Aufdeckung allgemeiner Rechtsgrundsätze ein „Modellstrafgesetzbuch“ zu erarbeiten,¹⁷⁷
- durch „kulturbezogene Rechtsvergleichung“¹⁷⁸ die kulturellen Bedingtheiten des Strafrechts offenzulegen¹⁷⁹ wie auch das Strafrecht selbst als nationalspezifische Kulturerscheinung zum Forschungsgegenstand zu machen,¹⁸⁰
- im Sinne einer „kritischen Rechtsvergleichung“ – und zwar möglichst schon in der juristischen Ausbildungsphase¹⁸¹ – den Blick für Stärken und Schwächen des eigenen Strafrechtssystems wie auch das anderer Länder zu schärfen,¹⁸²
- in gleichsam „sozialwissenschaftlicher Funktion“ strafrechtsrelevante soziale Probleme zu erforschen,¹⁸³ und/oder
- für verbesserungsbedürftige Rechts- und Sozialprobleme einen „Lösungsvorrat“ anzulegen.¹⁸⁴

Soweit nicht manche dieser Ziele bereits der Kategorie praxisvorbereitender Grundlagenforschung zuzuordnen (und daher nachfolgend dort anzusprechen) sind, bleibt auf theoretischer Ebene zu einigen der im Vielfaltskatalog von Begriffen und Modellen (oben I.C.) aufgelisteten rechtsvergleichenden Funktionen noch Folgendes zu bemerken.

129), von „internationaler Strafrechtsdogmatik“ (in: Sieber/Cornils, o. Fn. 159, S. V, sowie in: Forschungsbericht des Max-Planck-Instituts 2010–2011, S. 13, 15) bzw. von „internationaler Grammatik des Strafrechts“ (im vorgenannten Forschungsbericht, S. 15), ferner von „europäischer Strafrechtsdogmatik“ (in: Grundlagen, o. Fn. 60, S. 51) und „gemeineuropäischem Strafrechtssystem“ (Forschungsbericht, o. Fn. 4, S. 15). Vgl. auch *Hans Joachim Hirsch*, Über die Entwicklung einer universalen Strafrechtswissenschaft, in: Wladyslaw Czaplinski (Hrsg.), *Pravo w XXI wieku*, Warschau 2006, S. 241–252, für den jedoch eine „universale Strafrechtswissenschaft“ von der „bloßen Rechtsvergleichung“ zu unterscheiden sei (S. 252). Vgl. auch unten II.A.2(c) zu Fn. 190.

¹⁷⁷ Vgl. *Sieber*, Grenzen (o. Fn. 60), S. 49 f., 63; *Örücü*, Developing (o. Fn. 72), S. 55. Näher dazu unten II.C.2(a) zu Fn. 383 ff.

¹⁷⁸ Grundlegend dazu *Beck*, Interkultureller Dialog (o. Fn. 112), S. 65 ff.

¹⁷⁹ Vgl. *Perron*, Operativ-funktionalistisch (o. Fn. 81), S. 124.

¹⁸⁰ Wobei dies nach *Beck*, Interkultureller Dialog (o. Fn. 112) – ähnlich wie nach dem in ausländischen Rechtsvergleichungstheorien verbreiteten „cultural turn“ (vgl. u. III.B.1(a) zu Fn. 565) – sogar das primäre Ziel der kulturbezogenen Rechtsvergleichung sein soll. Vgl. auch *Jescheck*, Strafprozessreform (o. Fn. 127), S. 764; *Neumayer*, Rechtssysteme (o. Fn. 8), S. 15, 31.

¹⁸¹ Vgl. *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 6), S. 20. Vgl. auch oben I.B.1. zu Fn. 42 sowie unten III.C.1(b) zu Fn. 732.

¹⁸² Vgl. *Örücü*, Developing (o. Fn. 72), S. 54, sowie die Nachweise oben zu Fn. 97, 152.

¹⁸³ Vgl. *Beck*, Interkultureller Dialog (o. Fn. 112), S. 78; *Jescheck*, Strafprozessreform (o. Fn. 127), S. 764; *Neumayer*, Rechtssysteme (o. Fn. 8), S. 31.

¹⁸⁴ Vgl. *Kaiser*, Vergleichende Kriminologie (o. Fn. 127), S. 84; *Perron*, Operativ-funktionalistisch (o. Fn. 81), S. 122; vgl. auch unten II.C.1(a) zu Fn. 351, II.D.4(c).

(c) Universale Strafrechtsvergleichung – Anspruch und Erreichbarkeit

Genauerer Abklärung bedürfen vor allem die von einer „universalen Strafrechtsvergleichung“¹⁸⁵ geweckten Erwartungen. Gewiss, wenn man viel erreichen will, muss man sich hohe Ziele setzen – und welches Ziel könnte höher sein als eine globale Gesamtdarstellung des Strafrechts samt der Entwicklung einer universalen Strafrechtsdogmatik, zumal in Zeiten fortschreitender Globalisierung in Politik, Wirtschaft und Gesellschaft und damit einhergehender Transnationalisierung von Kriminalität? Doch ebenso wie verführerisch ist ein solcher strafrechtsvergleichender Universalitätsanspruch gleichermaßen auch anfällig für Enttäuschungen. Denn nimmt man „universale“ Strafrechtsvergleichung beim Wort, müsste sie nicht nur thematisch alle Strafrechtsbereiche erfassen, sondern auch territorial weltumspannend sein, ganz zu schweigen von der für eine wahrhaft universale Strafrechtsdogmatik erforderlichen theoretischen Durchdringung und praktischen Aufarbeitung einer derart gewaltigen Materialmasse. All dies zu bewältigen, erscheint selbst mit modernsten Erforschungs- und Dokumentationsmethoden wenig realistisch, wenn nicht sogar schon theoretisch fragwürdig.

Die praktischen Schwierigkeiten einer gleichermaßen globalen wie totalen Gesamtdarstellung des Strafrechts lassen sich vielleicht am eindrucksvollsten an dem neuartigen „Internationalen Max-Planck-Informationssystem für Strafrechtsvergleichung“ demonstrieren.¹⁸⁶ Auch wenn man den zu erwartenden Informations- und Erkenntnisgewinn dieses bislang wohl anspruchsvollsten Gesamtprojekts nicht hoch genug einschätzen kann, kommen darin doch bisher nur insgesamt 27 Strafrechtsordnungen zur Darstellung, und selbst dies nur für bestimmte Bereiche des Allgemeinen Teils des Strafrechts.¹⁸⁷ Auch wenn und soweit dies immerhin in repräsentativer Auswahl geschieht und noch weitere Länder hinzukommen sollen, wäre es bis zu einer Universalität, die sowohl thematisch auch die Straftatbestände des Besonderen Teils und das Strafprozessrecht als auch territorial alle Rechtsordnungen der Welt umfasst, noch ein weiter – falls überhaupt zu annähernder Vollständigkeit führender – Weg. Das soll nicht heißen, dass solche Wege gar nicht erst einzuschlagen wären, wohl aber dass ihrer Begehbarkeit mannigfache Grenzen gesetzt sind. Das gilt schon im Hinblick auf sprachbedingte Hürden. Selbst eine weitest mögliche Dokumentation von Strafgesetzbüchern bleibt der Rechtsvergleichung verschlossen, solange sie nicht in vergleichungsfähigen Sprachen zugänglich ist. Braucht schon innerhalb desselben Sprachkreises – wie etwa zwischen Deutschland, Österreich und der Schweiz – dasselbe Wort nicht die gleiche Bedeutung zu haben, so kann bei fremdsprachigen Texten bereits in der Überset-

¹⁸⁵ Wie sie sich in der Auflistung von *Sieber* an erster Stelle platziert findet, vgl. oben I.C. in und zu Fn. 84 f.

¹⁸⁶ Näher dazu der „Zwischenbericht“ von *Sieber* (o. Fn. 159), S. 90 ff.

¹⁸⁷ Vgl. die Einzelangaben zu *Sieber/Cornils* und zu *Sieber/Forster/Jarvers* oben II.A.2(a) Fn. 159.

zung in eine für Vergleichszwecke einheitliche Terminologie eine Interpretation liegen, die als solche kenntlich zu machen und im Zweifelsfall offenzulegen ist.

Solche Schwierigkeiten werden eher noch größer, wenn die Entwicklung einer universalen Strafrechtsdogmatik angestrebt wird. Dann geht es nicht mehr nur um die weltweite Dokumentation und Interpretation von strafrechtlichen Vorschriften, vielmehr bleibt dann auch deren jeweilige dogmatische Durchdringung und Systematisierung zu erfassen. Dabei kann es schon innerhalb eines Landes schwierig sein, bei notorischem Schulenstreit eine „herrschende Meinung“ festzustellen¹⁸⁸ – wobei diese nicht einmal die „richtige“ zu sein braucht und zeitbedingt kurzlebig sein kann. Umso mehr wächst es sich zu einer rechtsvergleichenden Herkulesarbeit aus, wenn weltweit zu erfassende Dogmatiken auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen sind und/oder in ihren wesentlichen Divergenzen aufgedeckt werden sollen, um schließlich auf einer noch höheren Ebene – nach welchen strafrechtsideologischen Prämissen auch immer – eine globale Strafrechtsdogmatik zu entwerfen. Einem solchen immensen Anspruch wäre auch nicht schon damit zu genügen, dass man auf Kosten globaler Breite der selektiven Vertiefung einzelner Strafbarkeitselemente den Vorzug gibt oder der Globalität dogmatische Vertiefung opfert – oder sich schlimmstenfalls auf Kosten von Breite und Tiefe mit segmentaler Oberflächlichkeit begnügt; denn welche derartiger Einbußen man auch immer in Kauf zu nehmen bereit ist, von wahrhaft „universaler Strafrechtsdogmatik“ wird dann kaum noch zu sprechen sein.¹⁸⁹

Sofern man daher den Begriff und Anspruch „universaler“ Strafrechtsvergleichung – als zu viel verheißend – nicht ohnehin aufgeben will, wird ihre Universalität von vornherein in eingeschränktem Sinne zu verstehen sein. Und zwar als grundsätzlich ambivalent, da Strafrechtsvergleichung einerseits weder gleichermaßen global noch thematisch total sein kann, andererseits aber weder einfach auf

¹⁸⁸ Auch wenn es naheliegt, sich dieser Schwierigkeit dadurch zu entziehen, dass man auf die Zuschreibung herrschender oder abweichender Auffassungen zu bestimmten Autoren grundsätzlich verzichtet und sich mit allgemeinen Literaturhinweisen begnügt (wie in den o. Fn. 159 angeführten Landesberichten), bleiben damit doch dem Gesamtbild gewisse Entwicklungs- und Tiefendimensionen vorenthalten.

¹⁸⁹ Selbst bei Beschränkung auf den europäischen Bereich wird man – bei allem Optimismus – die Erwartungen nicht zu hoch schrauben dürfen: vgl. *Kristian Kühl*, Europäisierung der Strafrechtswissenschaft, *ZStW* 109 (1997), S. 777–807 (785 ff.); *Walter Perron*, Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft?, in: *Albin Eser/Ulrike Schittenhelm/Heribert Schumann* (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München 1998, S. 227–247 (246 f.); *Joachim Vogel*, Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik, *GA* 2002, S. 517–534 (529 ff.). Vgl. auch – wengleich im Blick auf universale Zivilrechtsbestrebungen – die Skepsis von *H.M. Watt*, *Subversive Comparison* (o. Fn. 98), S. 273 f., gegenüber dem „myth of a global grammar for the purposes of global governance“, ferner zu den exemplarisch bei einem „rush into the global space“ zu überwindenden Hürden *Peer Zumbansen*, *Transnational comparisons: theory and practice of comparative law as a critique of global governance*, in: *Maurice Adams/Jacco Bomhoff* (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law*, Cambridge 2012, S. 186–211.

bestimmte Rechtsfamilien (wie häufig „civil law“ und „common law“) oder Regionen (wie Europa, Nachbarländer oder Sprachkreise) einzuschränken ist, ebenso wenig wie sie auf bestimmte Strafrechtsbereiche (wie allgemeine Strafbarkeitselemente oder Prozessmodelle) fixiert bleiben darf; vielmehr muss sie sowohl räumlich wie gegenständlich offen sein. In diesem pragmatischen Sinne lässt sich „universale“ Strafrechtsvergleichung vielleicht am besten als tendenziell gegen Abschottung gerichtet und prinzipiell auf weitest mögliche Strafrechtserfassung abzielend verstehen.¹⁹⁰

Wie die demzufolge unvermeidliche Länderauswahl zu treffen ist, lässt sich nicht abstrakt festlegen, sondern hängt von der Zielsetzung des jeweiligen Forschungsgegenstandes ab.¹⁹¹ Immerhin lassen sich dazu gewisse Leitpunkte andeuten:

➤ Geht es beispielsweise um die Ermittlung von „Rechtsfamilien“, wobei selbst randständige Rechtsordnungen nicht ohne Weiteres übersehen werden sollten, dann wird ein Gesamtbild zwar einerseits eine globale Erfassung erfordern, ohne dass aber andererseits das gesamte materielle und formelle Strafrecht zu erforschen wäre; denn in der Regel werden lediglich solche Elemente und Kriterien auszuwählen und darzustellen sein, die als modellbildend anzusehen sind. Dabei kann sich bereits durch eine stichprobenartige Pilotstudie herausgestellt haben, dass es nicht einmal einer vollständigen Ländererfassung bedarf, sondern schon durch typische Gruppierungen bestimmte Rechtsfamilien in Erscheinung treten.¹⁹²

➤ Sollen dagegen unterschiedliche Modelle strafrechtlicher Verantwortlichkeit ermittelt werden, wird es weniger auf Globalität oder die Zugehörigkeit zu bestimmten Rechtsfamilien ankommen als vielmehr darauf, als modellsignifikant erkannte Strafrechtssysteme eingehender zu beschreiben. Allerdings wird es dafür nicht schon genügen, lediglich einschlägige Strafnormen nebeneinanderzustellen,

¹⁹⁰ In ähnlich einschränkendem Sinne dürfte auch *Sieber* zu verstehen sein, wenn er den Begriff der universalen Rechtsvergleichung „nicht auf die Universalität seiner Methode und auch nicht auf das Bestreben, das Ergebnis der Rechtsvergleichung universal für verbindlich zu erklären, sondern um die Einbeziehung prinzipiell aller Rechtsordnungen der Welt“ bezogen sehen will, wobei es „immer häufiger nicht mehr um den Vergleich einiger weniger Rechtsordnungen“ gehe, sondern um eine „*universale* Strafrechtsvergleichung“, die zumindest mit einer repräsentativen Auswahl zahlreicher Rechtsordnungen aus allen Rechtssystemen nach gemeinsamen Lösungen suche (in: *Grenzen*, o. Fn. 60, S. 70 f.). Ähnlich die erneut im Vorwort von *Sieber/Cornils* (o. Fn. 159), S. V, betonte Notwendigkeit einer „umfassende(n) und systematische(n) Strafrechtsvergleichung unter Einschluss vieler Rechtsordnungen“, wobei allerdings abschwächend hinzugefügt ist: „Inwieweit eine solche ‚universale Strafrechtsvergleichung‘ bei zahlreichen und höchst unterschiedlichen Rechtsordnungen theoretisch überhaupt noch möglich ist, bleibt jedoch bislang ungeklärt.“ Vgl. auch *Hauck*, Funktionen (o. Fn. 52), S. 260.

¹⁹¹ Näher zu diesem Arbeitsschritt unten III.B.2.

¹⁹² Vgl. auch unten III.B.2(a) zu Fn. 626 ff., B.2(c), B.4(c).

vielmehr wird dann auch deren materielle und prozessuale Verzahnung wie auch die dazu entwickelte Praxis und Lehre darzustellen sein.

➤ Hinsichtlich der Strafrechtsdogmatik ist Universalität, falls überhaupt entwicklungsfähig, wohl nur „auf halber Höhe“ und mit begrenzter Reichweite zu erreichen. Will man einerseits der Mannigfaltigkeit unterschiedlicher nationaler Strafrechtsdogmatiken in jeweils gerecht werdender Tiefe Rechnung tragen, wird man über ein schwerlich vergleichbares Nebeneinander zahlreicher Modelle kaum hinauskommen. Soll diese Vielfalt andererseits in einem kohärenten Gesamtsystem zusammengeführt werden, wird dies allenfalls auf einem derart hohen Abstraktionsniveau geschehen können, dass von den nationalen Vorbildern nicht viel Aussagekräftiges sichtbar bleiben wird. Solchen Extremen lässt sich auf dreifache Weise begegnen: Am einfachsten dadurch, dass man sich in einer Art „segmentaler Strafrechtsdogmatik“ auf die Analyse und den Vergleich von strafrechtlichen Einzelphänomenen beschränkt, wie beispielsweise auf die Struktur des Verbrechensaufbaus (durch die etwaige Unterscheidung von Rechtswidrigkeit/Rechtfertigung und Schuld/Entschuldigung oder auf sonstige Weise), subjektive Zurechnungselemente (wie Vorsatz, Fahrlässigkeit und Irrtum) oder unterschiedliche Formen von Täterschaft und Teilnahme. Schon wesentlich anspruchsvoller wäre die Entwicklung einer „transnationalen Hybriddogmatik“, indem dogmatische Grundelemente verschiedener Rechtsordnungen auf einer Metaebene systematisiert werden, ohne dass dabei die jeweiligen nationalen Strafrechtsdogmatiken vollinhaltlich abgebildet würden, aber auch ohne sie völlig zu verleugnen. Auch an die Entwicklung einer „internationalen“ oder „supranationalen Strafrechtsdogmatik“ ließe sich in der Weise denken, dass die Rechtsprechung regionaler und supranationaler Strafgerichtsbarkeiten systematisch aufgearbeitet und unter Berücksichtigung nationaler Strafrechte dogmatisch weiter vorausbedacht und fortgeschrieben wird.

Doch welche solcher Wege man auch geht, von „universaler Strafrechtsvergleichung“ wird man dabei allenfalls im Sinne einer tendenziell transnationalen, wenn auch nicht notwendigerweise räumlich globalen oder thematisch totalen Strafrechtsvergleichung sprechen können. Schon gar nicht wird sie die Regel, sondern angesichts des ungeheuren Aufwands nur die Ausnahme sein. Daher kann dies, wenn an erster Stelle strafrechtsvergleichender Maximen platziert, leicht unerfüllbare Hoffnungen wecken.

(d) „Systematische Strafrechtsvergleichung“ – „Strukturvergleich“

Auch diese in Auflistungen als jeweils eigene Erscheinungsformen von Strafrechtsvergleichung vorzufindenden Begriffe¹⁹³ bedürfen, weil unterschiedlich interpretierbar, einer gewissen Abklärung.

¹⁹³ Vgl. oben I.C. (7) und (8) mit Fn. 87 und 88.

➤ „Systematische“ *Strafrechtsvergleichung* als eigene Kategorie genannt zu finden, mag verwundern; denn muss nicht jede Art von Rechtsvergleichung, die nicht lediglich in narrativer Beliebigkeit museal präsentieren will,¹⁹⁴ sondern wissenschaftlichen Ansprüchen genügen soll, *per definitionem* systematisch sein?¹⁹⁵ Wenn man dieser Bezeichnung gleichwohl einen bestimmten Eigenwert abgewinnen will, so könnte dieser in Besonderheiten des Gegenstandes oder der Methode zu finden sein.

In thematischer Hinsicht können Rechtssysteme als solche Gegenstand vergleichender Forschung sein, wie etwa der Aufbau der Straftat, das System des Rechtsgüterschutzes oder das strafrechtliche Prozesssystem. Auch braucht dabei das Rechtssystem nicht einmal unbedingt selbst das Letztziel des Vergleichens zu sein, vielmehr kann dessen Erforschung auch schon als bloßes Medium zum Verständnis des dahinterstehenden Kultursystems dienen.¹⁹⁶ Dass dies jeweils in systematischer Weise zu geschehen hat, ist indes kein Spezifikum. Deshalb wäre bei solchen Objekten von Rechtsvergleichung statt von „systematischer“ wohl besser von „Systemvergleichung“ zu sprechen.

In methodischer Hinsicht könnte mit „systematisch“ zum Ausdruck gebracht sein, dass der Vergleich nicht auf einen Begriff oder eine einzelne Rechtsfigur zu beschränken ist, sondern solche jeweils in ihrem systematischen Gesamtzusammenhang zu erfassen sind.¹⁹⁷ Soweit es dabei lediglich um die Klarstellung geht, dass sich der Rechtsvergleich nicht mit der normativen Gegenüberstellung von Begriffen begnügen darf, sondern von deren Rolle im sozialen Kontext auszugehen ist, bewegt man sich im Rahmen dessen, was auch als „funktionale Rechtsvergleichung“ bezeichnet wird und im Methodikteil noch näher zu betrachten ist.¹⁹⁸ Soweit mit „systematisch“ hingegen auch die Ermittlung von normativ-strukturellen Zusammenhängen und deren empirisch-realen Grundlagen miterfasst werden soll, kommt die Kennzeichnung als „Strukturvergleichung“ der Sache näher.

Ob das eine oder das andere gemeint ist, ist nicht immer leicht auszumachen. Wenn man die funktionale Strafrechtsvergleichung mit dem Problem konfrontiert sieht, dass „die Masse der verschiedenen einschlägigen Regelungen oft nur im Gesamtsystem der jeweiligen Rechtsordnung verständlich ist“ und diese Fülle „gesammelt und – im Hinblick auf ihre Auswertung – vor allem auch systematisiert werden muss“,¹⁹⁹ so wird damit lediglich – wenn auch zweifellos gewichtig – eine

¹⁹⁴ Vgl. oben I.E. zu Fn. 134.

¹⁹⁵ Vgl. oben I.D. zu Fn. 121.

¹⁹⁶ Näher zu einer solchen „kulturbezogenen“ Strafrechtsvergleichung vgl. oben II.A.2(b) zu Fn. 178, 180.

¹⁹⁷ In diesem Sinne dürfte namentlich schon die von *Rabel*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 36), S. 3 f., so bezeichnete „systematische Rechtsvergleichung“ zu verstehen sein.

¹⁹⁸ Vgl. unten III.B.1(a).

¹⁹⁹ *Sieber*, Grenzen (o. Fn. 60), S. 72.

methodische Voraussetzung für Vergleichbarkeit angesprochen, ohne dass aber mit diesem Teilerfordernis sinnvoller Rechtsvergleichung ein eigenständiger Vergleichstyp begründet würde. Gleiches gilt für die – zu Recht als grundlegend bezeichnete – (zielorientierte) Aufgabe der Strafrechtsverglei­chung, sich eine systematische Gesamtdarstellung von Gemeinsamkeiten und Unterschieden der jeweils verschiedenen nationalen Strafrechte vorzunehmen;²⁰⁰ denn solange dies nicht systematisch geschieht, kann von wissenschaftlicher Rechtsvergleichung ohnehin keine Rede sein.

➤ Weniger Zweifel an ihrem Eigenwert sind dagegen bei der „*Strukturverglei­chung*“ angebracht, auch wenn diese in verschiedenen Ausprägungen von Strafrechtsverglei­chung in Erscheinung tritt. In einer eher methodischen Variante geht es darum, den Vergleich von strafrechtlichen Normsystemen nicht auf die Regelungsebene zu beschränken, sondern in einem ganzheitlichen Verständnis auch die Wirklichkeitsebenen miteinzubeziehen.²⁰¹ Soweit eine solche normativ-empirische Erweiterung allerdings allein dazu dienen soll, Sitz und Rolle eines Rechtsbegriffs im sozialen Leben wirklichkeitsgerecht zu erfassen, handelt es sich wiederum lediglich um eine – wenngleich „strukturvergleichende“ – Fortentwicklung des „funktionalen“ Grundansatzes.²⁰²

Zu einem „Strukturvergleich“ in thematischem Sinne hingegen kommt es erst dort, wo ganzheitliche Faktoren nicht nur als Erkenntnismittel dienen, sondern die Strukturen selbst zum Erkenntnisobjekt werden. Ist dabei unter „Struktur“ vor allem „die Art und Weise, wie bestimmte Einzelteile zu einer bestimmten größeren Einheit zusammengefügt sind und innerhalb dieser Einheit ihre spezifischen Funktionen erfüllen“, zu verstehen,²⁰³ dann kann es für einen strafrechtlichen Strukturvergleich nicht genügen, sich auf die Betrachtung von Einzelelementen und Bestandteilen des Strafrechtssystems – mit welcher normativ-empirischen Ganzheitlichkeit auch immer – zu beschränken; vielmehr sind dann die verschiedenen

²⁰⁰ Sieber, Grenzen (o. Fn. 60), S. 72 f.; vgl. auch ders., in: Strafrechtsverglei­chung (o. Fn. 4), S. 114.

²⁰¹ Nach Sieber, Grenzen (o. Fn. 60), S. 73, sollen zu diesem – von ihm so genannten „second code“ – „Gerechtigkeitsvorstellungen und sonstige Wertvorstellungen der Normanwender, der jeweilige kulturelle und geschichtliche Hintergrund, die Ausgestaltung der Justizorgane, wirtschaftliche Faktoren, Politik, Philosophie und sonstige soziale Strukturmerkmale“ gehören.

²⁰² Dies könnte auch die Annahme von Jung, Grundfragen (o. Fn. 60), S. 2, erklären, dass mit den „Funktionskomplexen“ von Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung (o. Fn. 6), S. 44, das Stichwort „Strukturvergleich“ gemeint sei. Näher zu dieser Fortschreibung der „funktionalen“ Methode vgl. unten III.B.1(a) zu Fn. 582 ff.

²⁰³ Wie von Walter Perron, Überlegungen zum Erkenntnisziel und Untersuchungsgegenstand des Forschungsprojektes „Allgemeiner strafrechtlicher Strukturvergleich“, in: Jörg Arnold/Björn Burkhardt/Walter Gropp/Hans-Georg Koch (Hrsg.), Grenzüberschreitungen. Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser, Freiburg 1995, S. 127–136 (128), vorgeschlagen.

Strukturelemente eines Strafrechtssystems jeweils in ihrem gesamten Wirkungszusammenhang zu erforschen und miteinander zu vergleichen.

Gerade dies ist denn auch die Art von Strukturvergleichung, wie sie bei dem hier vorliegenden Grundlagenprojekt verfolgt wird: indem anhand eines Ausgangsfalls mit verschiedenen Varianten zunächst auf materiellrechtlicher Ebene die strafbegründenden Elemente einer Tötung nach dem Wortlaut des Gesetzes sowie nach der Interpretation durch die Rechtsprechung und Lehre festgestellt werden und nach etwaigen Straffreistellungsgründen gefragt wird, sodann möglicherweise unterschiedliche Handhabungen bei der Strafzumessung untersucht und Besonderheiten prozessualer Art berücksichtigt werden sowie schließlich die Behandlung des Falls und seiner verschiedenen Varianten bis in die Strafvollstreckung hinein verfolgt wird.²⁰⁴

Je nach Erkenntnisinteresse kann strukturbezogene Strafrechtsvergleichung natürlich auch für andere Themenbereiche in Betracht kommen und verschiedenartigen Zwecken dienen. Auch wenn das hier infrage stehende Strukturvergleichsprojekt in erster Linie der theoretischen Grundlagenforschung gilt, können die sich daraus ergebenden Befunde durchaus auch legislativen Zielen zugutekommen. Ähnlich kann es bei einem Strukturvergleichsprojekt zum Korruptionsstrafrecht, bei dem über die Analyse von Bestechungstatbeständen hinaus auch die für die Verfolgung unterschiedlich strengen Legalitäts- oder Opportunitätsgrundsätze zu erforschen und mögliche Wechselwirkungen bis hin zu unterschiedlicher Absprachepraxis und Vollstreckungsrealität zu verfolgen sind, um unterschiedliche Erkenntnisinteressen gehen: so etwa vornehmlich (oder gar allein) darum, im Sinne theoretischer Grundlagenforschung Aufschluss über die Existenz verschiedener Modelle der Korruptionsbekämpfung zu erhalten, oder zudem auch darum, aus den daraus für die jeweilige Effizienz gewonnenen Erkenntnissen legislative Schlussfolgerungen zu ziehen. Je nach Zielsetzung kann auch die dafür anzuwendende Methode variieren.²⁰⁵

3. Verständigungserleichternde und konsensfördernde Strafrechtsvergleichung

Die zuvor angesprochene Interdependenz von Ziel und Methode ist auch charakteristisch für einige der im Modellkatalog aufgelisteten Arten von Strafrechtsvergleichung, die sich als verständigungsdienlich oder konsensfördernd zusammenfas-

²⁰⁴ Näher zu Zielsetzung und Methodik dieses Projekts vgl. oben Teil 1 § 1 II., III., § 2 II., ferner *Perron*, Strukturvergleich (o. Fn. 203), S. 127 ff.; *ders.*, Nationale Grenzen (o. Fn. 42), S. 287 ff.; *ders.*, Vorüberlegungen (o. Fn. 109), S. 145 ff.; *ders.*, Verhältnis (u. Fn. 591), S. 483; *ders.*, Operativ-funktionalistische (o. Fn. 81), S. 125 ff, sowie zu weiteren Einzelheiten vorangehend II.A.2(a) zu Fn. 161 bzw. nachfolgend III.B. zu Fn. 595, 603, 608, 636, 641, 655, 676, 678, 685 sowie III.C.1(a) zu Fn. 724.

²⁰⁵ Näher dazu unten III.B.1.

sen lassen.²⁰⁶ Meist handelt es sich dabei weniger um Großprojekte oder breit angelegte Grundlagenforschung als vielmehr um die eher punktuelle Feststellung von Gemeinsamkeiten oder die Abklärung von Unterschieden, wobei dies verschiedenartigen Zwecken dienen kann.

Auch wenn dies unterschiedlich weitgreifend und tiefgehend erfolgen kann, geht es bei dieser Form von Strafrechtsvergleiung jedenfalls um mehr als um das einseitige Verstehen des fremden Rechts und dessen Rückspiegelung auf das eigene Recht, wie dies als erste Art theoretischer Strafrechtsvergleiung beschrieben wurde.²⁰⁷ Vielmehr kommt hier eine interaktionelle Komponente hinzu: die zwischen verschiedenen Akteuren ablaufende Aufklärung über landesspezifisch unterschiedliche Rechtspositionen bis hin zu konfliktbehebender Verständigung.

Das kann auf personeller Ebene weiterhelfen, wie etwa bei der Offenlegung unterschiedlicher Rollen und Vorverständnisse beim Umgang mit fremdem Recht,²⁰⁸ oder es kann auch den Weg zu internationalen Abkommen ebnen: wie etwa dadurch, dass bei scheinbar unüberbrückbaren Gegensätzen tiefer liegende Prämissen freigelegt werden, um sie dann von ihrem gemeinsamen Interessenkern her angehen zu können.²⁰⁹

Im Sinne ähnlicher „akzeptanzfördernder“ Strafrechtsvergleiung²¹⁰ können ihr auf breiter Plattform auch „diskursvermittelnde“ und „harmonisierungsfördernde“ Rollen zukommen. Ersteres geschieht etwa auf supranationaler Ebene, indem das Ermitteln einheitlicher nationaler Grundsätze zwar nicht als unmittelbare Rechtsquelle von Völkerstrafrecht zu verstehen ist, wohl aber diesem „diskursive Legiti-

²⁰⁶ Vgl. oben in I.C. insbesondere (18), (19), (20), (21).

²⁰⁷ Oben II.A.1.

²⁰⁸ Wie von *Kaiser*, Vergleichende Kriminologie (o. Fn. 127), S. 89, namentlich im Hinblick auf Missverständnisse und Kommunikationsbarrieren zwischen Juristen und Soziologen betont.

²⁰⁹ So war beispielsweise der Weg zu einem deutsch-amerikanischen Auslieferungsvertrag lange Zeit dadurch blockiert, dass man sich der grundsätzlichen Divergenz zwischen der kontinental-europäisch traditionellen Ausdehnung nationalen Strafrechts auf extraterritoriale Straftaten und die Nichtauslieferung von eigenen Staatsangehörigen einerseits und der amerikanischen Priorität des Territorialprinzips bei gleichzeitig größerer Bereitschaft zur Auslieferung eigener Staatsangehöriger andererseits erst auf einer rechtsvergleichenden Konferenz in Harvard voll bewusst wurde; vgl. *Albin Eser*, Common Goals and Different Ways in International Criminal Law: Reflections from a European Perspective, *Harvard International Law Journal* 31 (1/1990), S. 117–127 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3536. Zu ähnlichen Auffassungsdivergenzen im prozessualen Bereich vgl. *Lars BünGENER*, Die Entwicklung der Disclosure of Evidence in internationalen Strafverfahren – Annäherung der Traditionen?, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam, Strafrechtsvergleiung (o. Fn. 5), S. 215–233.

²¹⁰ *Hauck*, Funktionen (o. Fn. 52), S. 257 f. Vgl. auch *Frank Meyer*, Internationalisierung (o. Fn. 60), S. 89, zur vertrauensschaffenden Funktion von Rechtsvergleiung.

mität“ verschafft werden kann.²¹¹ Noch weniger verzichtbar ist Rechtsvergleichung, wenn transnational über Grenzen hinweg das Strafrecht verschiedener Länder oder Regionen assimiliert, harmonisiert oder gar unifiziert werden soll.²¹²

4. Kritische Kontroll- und Innovationsfunktion

Zur wirkungsvollen Wahrnehmung der vorgenannten Aufgaben wird sich schon die theoretische Rechtsvergleichung nicht mit der bloßen Deskription des vorgefundenen Materials begnügen dürfen, sondern dieses auch zu evaluieren haben. Im Sinne solcher gleichermaßen kritischen wie innovatorischen Funktionen die Rechtsvergleichung sogar als „the critical method of legal science“ zu bezeichnen²¹³ und ihr damit geradezu einen Alleinstellungsrang einzuräumen, mag einerseits anderen rechtswissenschaftlichen Methoden nicht gerecht werden; doch handelt es sich andererseits bei solchen Funktionen nicht mehr nur um Methoden, sondern um Zielsetzungen, die sich als eine eigenständige Form evaluativ-kompetitiver Strafrechtsvergleichung verstehen lassen und dementsprechend noch gesondert zu behandeln sind.²¹⁴

5. Vorarbeit für praktische Strafrechtsvergleichung

Wie bei den letztgenannten Formen von Strafrechtsvergleichung nicht zu verkennen, weisen diese bereits über die Grenzen rein theoretischer Vergleichung hinaus, indem deren Befunde auch für die praktische Rechtsanwendung von Nutzen sein können oder dies schon von vornherein (mit-)bezweckt ist. Dies gilt sowohl für die „judikative“ als auch für die „legislative“ Strafrechtsvergleichung: In beiden Bereichen wird man, wie sich nachfolgend immer wieder zeigen wird, auf die Vor- und Zuarbeit der Wissenschaft angewiesen sein – weswegen darin schon von *Rabel* auch eine Aufgabe rechtsvergleichender Institute gesehen wurde.²¹⁵

B. Judikative Strafrechtsvergleichung

Beim Übergang von theoretischen zu praktischen Varianten der Strafrechtsvergleichung ließe sich letzterenfalls gewiss darüber streiten, mit welcher dieser

²¹¹ Grundlegend dazu *Burghardt*, Völkerrechtliche Rechtsprechung (o. Fn. 102), S. 235 ff.

²¹² Vgl. – mit weiteren Nachweisen – *Sieber*, Grenzen (o. Fn. 60), S. 49 f., sowie näher zu den verschiedenen Modalitäten von Rechtsanpassung unten II.C.1(b).

²¹³ So *Örücü*, Developing (o. Fn. 72), S. 44.

²¹⁴ Näher dazu unten II.D.

²¹⁵ *Rabel*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 36), S. 21. Dazu wie auch zu den dafür erforderlichen Rahmenbedingungen vgl. unten III.C.

Arten zu beginnen wäre. Für die „legislative“ Rechtsvergleichung könnte sprechen, dass sie historisch die ältere gewesen sein dürfte. Denn wenn von *Platon* und *Aristoteles* zu berichten war, dass sie sich für die Konstruktion eines Idealstaates auch von fremden Rechtsvorstellungen inspirieren lassen wollten, dann sind gesetzgebende Leitmotive nicht zu verkennen, ebenso wie auch bei den römischen Zwölf-Tafel-Gesetzen legislatorische Ziele naheliegen.²¹⁶

Wenn hier gleichwohl die legislative Strafrechtsvergleich vorerst zurückgestellt werden soll, dann vor allem deshalb, weil sie heute eine noch weitaus größere praktische Bedeutung als früher erlangt hat und sich mit der judikativen Rechtsvergleichung zunächst einmal auf unmittelbare Weise die praktischen Funktionsweisen von Strafrechtsvergleich darstellen lassen. Das mag überraschen, musste sich doch das, was hier als „judikative“ Strafrechtsvergleich bezeichnet wird und lange Zeit eine eher marginale Rolle spielte,²¹⁷ überhaupt erst einmal als eigenständige Kategorie von anderen Formen der Rechtsvergleichung emanzipieren. Auch wenn der Sache nach namentlich schon von *Zitelmann* zu Beginn des 20. Jahrhunderts als besondere Art der Berücksichtigung fremden Rechts abgehoben²¹⁸ und ohne besondere terminologische Hervorhebung auch von anderen beschrieben,²¹⁹ tut man sich mit einer zusammenfassenden Kennzeichnung als „judikative“ Rechtsvergleich offenbar schwer. Während sich der hier infrage stehende Aufgabenbereich der Strafrechtsvergleich selbst heute noch schlicht unter „Rechtsanwendung“ titulierte findet,²²⁰ kommt die Kennzeichnung von Rechtsvergleichung als „Hilfsmittel der Rechtsprechung“²²¹ der Sache schon näher. Denn von hier ist es nur noch ein kleiner Schritt, um alle Formen justizieller Berücksichtigung von fremdem Strafrecht in plakativer Analogie zur Dreiteilung staatlicher Gewalt unter „judikativer“ Strafrechtsvergleich zusammenzufassen, wie dies auch wachsende Anerkennung findet.²²²

Dabei bleibt freilich nicht zu verkennen, dass sich infolge neuartiger transnationaler Vollstreckungsverfahren ein über Judizieren im engeren Sinne hinausgehen-

²¹⁶ Vgl. oben I.B.1. zu Fn. 11 f.

²¹⁷ Vgl. *Jung*, Grundfragen (o. Fn. 60), JuS 1998, S. 6.

²¹⁸ *Zitelmann*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 33), S. 11.

²¹⁹ Vgl. *Hugo Uytendaele*, Richterliche Rechtsfindung und Rechtsvergleichung, Bern 1959, S. 48 ff., 67 ff.; *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 6), S. 16 ff.

²²⁰ So bei *Sieber*, Strafrechtsvergleich (o. Fn. 4), S. 99, dies aber wohl in weiterem Sinne als bei *Zitelmann*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 33), wo (nur) von Rechtsanwendung in ihrer „unmittelbar praktischen Bedeutung“ die Rede ist.

²²¹ So *Ebert*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 72), S. 176.

²²² So namentlich bei *Burchard*, Exekutorische Strafrechtsvergleich (o. Fn. 81), S. 286; *Hauck*, Funktionen (o. Fn. 52), S. 255, 270; *Kubiciel*, Funktionen (o. Fn. 60), S. 220; *Schramm*, Erkenntnisse (o. Fn. 59), S. 156; *Vogel*, Instrumentelle (o. Fn. 71), S. 205; *Wörner*, Strafrechtsvergleich (o. Fn. 81), S. 140.

der Bereich „exekutorischer“ Strafrechtsvergleichung herausbildet.²²³ Dieser lässt sich jedoch durchaus noch als ein Unterfall der „judikativen“ Strafrechtsvergleichung begreifen,²²⁴ ohne ihn dieser selbstständig an die Seite stellen zu müssen.²²⁵

In inhaltlicher Hinsicht lassen sich bei der judikativen Berücksichtigung von fremdem Strafrecht, wenn auch mit fließenden Übergängen,²²⁶ im Wesentlichen drei verschiedene Grade und Bereiche unterscheiden: am weitestgehenden bei verschiedenen Formen unmittelbarer Anwendung und Heranziehung fremden Strafrechts (II.B.1.), in mittelbarer Weise bei Nutzung der Strafrechtsvergleichung als Quelle richterlicher Rechtsfindung und Rechtsfortbildung (II.B.2.)²²⁷ sowie mit gewissen Besonderheiten in prozessualen Ermittlungs- und Vollzugsverfahren (II.B.3.).

1. Direkte Berücksichtigung von fremdem Recht bei der Rechtsanwendung

Zu dieser Kategorie gehören alle Fälle, in denen bei der Anwendung eines Strafrechts in irgendeiner Weise (auch) die Einbeziehung fremden Rechts vorgesehen ist. Soweit dies sogar vorgeschrieben ist, kann – im Unterschied zu „freiwilliger“ oder „beliebiger“ Berücksichtigung von fremdem Recht, wie dies für die nachfolgende Kategorie (II.B.2) charakteristisch ist – von mehr oder weniger „zwingender Strafrechtsvergleichung“ gesprochen werden.²²⁸ Wenn dabei der Zwang zur Anwendung fremden Rechts so weit geht, dass dieses gleichsam unbesehen anzuwenden ist, könnte sich die Frage stellen, ob dies nicht bereits über bloße Strafrechtsvergleichung hinausgeht. Doch selbst in solchen Fällen wird der Übernahme von fremdem Recht zunächst ein vergleichender Blick auf die betroffenen Rechtsordnungen voranzugehen haben, ebenso wie dann auch vergleichsabhängige Anpassungen erforderlich werden können, wie beispielsweise wenn eine ausländische Strafrechtsnorm, weil insgesamt milder, zwar grundsätzlich anzuwenden, doch

²²³ Grundlegend dazu *Burchard*, Exekutorische Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 81), S. 275, 277, 286 ff.; vgl. auch *Kubiciel*, Funktionen (o. Fn. 60), S. 218 Fn. 27; *Vogel*, Instrumentelle (o. Fn. 71), S. 206.

²²⁴ Näher dazu unten II.B.3.

²²⁵ Wie dies von *Burchard*, Exekutorische Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 81), S. 286, vorgeschlagen wird.

²²⁶ Wobei insbesondere der Übergang von „Rechtsanwendung“ und „Rechtsfindung“ fraglich sein kann, vgl. *Burghardt*, Völkerrechtliche Rechtsprechung (o. Fn. 102), S. 235 ff., sowie zum Ganzen auch *Jan M. Smits*, Comparative Law and its Influence on National Legal Systems, in: *Reimann/Zimmermann*, Oxford Handbook (o. Fn. 8), S. 514–538 (518 ff.).

²²⁷ Zu einer insoweit ähnlichen Grundunterscheidung vgl. *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 99 ff.

²²⁸ Vgl. *Schramm*, Erkenntnisse (o. Fn. 59), S. 159.

dabei in das inländische Sanktionsgefüge einzupassen ist.²²⁹ In diesem Fall ist bereits für die Feststellung des milderen Gesetzes wie auch für die sachgerechte Umsetzung der nach ausländischem Recht verwirkten Strafe nicht ohne Rechtsvergleichung auszukommen.

(a) Fremdrechtsimport

Wie schon zuvor angedeutet, stellt die Einbringung fremden Rechts in die eigene Strafrechtsordnung zweifellos die intensivste Art von Fremdrechtsimport dar. Doch selbst dabei sind graduelle Unterschiede auszumachen.

➤ „Echte“ – „Implementierende“ Fremdrechtsanwendung

Von „echter“ *Fremdrechtsanwendung* ist dort zu sprechen, wo es nicht nur – wie in den nachfolgenden Varianten – um bloße Verweisungen oder ergänzende Bezugnahmen auf fremdes Recht geht, sondern die inländische Gerichtsbarkeit eine ausländische Rechtsnorm unmittelbar – also gleichsam als solche – anzuwenden hat. Ein gern zitiertes klassisches Beispiel dafür war im Schweizerischen StGB von 1937 zu finden: Nach dessen Art. 6 Abs. 1 Satz 2 war für den Fall, dass bei der Auslandstat eines Schweizers „das Gesetz des Begehungsortes für den Täter das mildere (ist), dieses anzuwenden“.²³⁰ Selbst bei dieser ausdrücklichen Übernahme-pflicht war allerdings umstritten, ob der Richter das mildere fremde Recht als solches anwende²³¹ oder das ausländische Gesetz als „verwiesenes Bundesstrafrecht“ zum einheimischen Recht werde.²³² Letzterenfalls ließe sich von „implementieren-der“ *Fremdrechtsanwendung* sprechen.

➤ „Limitierende“ Fremdrechtsanwendung

Noch weiter in adaptierende Richtung geht es bei der „limitierenden“ *Fremdrechtsanwendung*, wie sie im reformierten Art. 6 Abs. 2 des Schweizerischen StGB von 2007 vorzufinden ist: Danach hat für den Fall einer im Wege stellvertretender Strafrechtspflege zu verfolgenden Auslandstat „das Gericht die Sanktionen so (zu bestimmen), dass sie insgesamt für den Täter nicht schwerer wiegen als diejenigen

²²⁹ Wie etwa bei dem nachfolgend angesprochenen Art. 6 des Schweizerischen StGB von 1937, vgl. BGE (Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts) 118 IV 305 (1992).

²³⁰ Entsprechendes war durch den später eingeführten Art. 6 bis Abs. 1 Satz 2 für den Fall stellvertretender Strafrechtspflege vorgesehen.

²³¹ Wie vom Schweizerischen Bundesgericht angenommen, vgl. BGE 104 IV 77, 87 (1978), 118 IV 305, 308 (1992).

²³² Wie im Schrifttum vertreten, vgl. *Peter Popp*, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar, StGB I*, Basel 2003, Vor Art. 3 Rn. 31.

nach dem Recht des Begehungsortes“. Nach dieser Regelung, wie sie als transnationale *lex mitior* in ähnlicher Form auch aus anderen Rechtsordnungen bekannt ist,²³³ kommen weder der – durch Rechtsvergleich als milder zu ermittelnde – fremde Straftatbestand noch dessen Strafandrohung als solche zur inländischen Anwendung; vielmehr ist dem fremden Recht überhaupt erst auf der Rechtsfolgen-ebene Beachtung zu schenken, wobei es aber selbst auf dieser Ebene lediglich eine limitierende Wirkung zu entfalten vermag. Das ist gewiss nicht wenig, hat sich doch damit die inländische Strafgerichtsbarkeit ausländischen Vorgaben zu unterwerfen.²³⁴ Gleichwohl verbleibt dabei sowohl der Milderungsvergleich als auch die Determinierungsmacht in der Hand der inländischen Gerichtsbarkeit.²³⁵

➤ „Blankettförmige“ Fremdrechtsanwendung

Ein immer größeres Einfallstor für Fremdrechtsimport eröffnet sich durch „*blankettförmige*“ *Fremdrechtsanwendung*. Das ist vor allem auf europäischer Ebene zu beobachten.²³⁶ Wie für Blankettstrafgesetze charakteristisch, wird durch die nationale Strafnorm lediglich eine Strafandrohung aufgestellt und diese einem Tatbestand angeknüpft, der durch einen anderen – meist als „Ausfüllungsnorm“ bezeichneten – Rechtsakt näher umschrieben ist.²³⁷ Wird dieser durch eine extra- oder supranationale Instanz erlassen, so hat das für die Ausübung inländischer Strafgewalt zur Folge, dass dabei fremdes Recht anzuwenden ist – es sei denn, dass die supranationale Ausfüllungsnorm als national inkorporiertes Recht zu verstehen

²³³ Vgl. u.a. § 10 Abs. 2 Dänisches Strafgesetz von 1930, Art. 19 Abs. 1 Türkisches StGB von 2004, sowie zu ähnlichen Reformbestrebungen auch in Deutschland *Karin Cornils*, *Leges in ossibus? Überlegungen zur doppelten Strafbarkeit einer Auslandstat*, in: Arnold/Burkhardt/Gropp/Koch, Grenzüberschreitungen (o. Fn. 203), S. 211–228 (222 ff.).

²³⁴ So jedenfalls dadurch, dass dem inländischen Richter, wie von *Peter Popp/Patrizia Levante*, in: Basler Kommentar (o. Fn. 232), 2. Auflage Basel 2007, Vor Art. 3 Rn. 30 erläutert, „ein sich aus dem inländischen Recht nicht ergebendes, wirkungsorientiertes Sanktionsmaximum vorgeschrieben wird“.

²³⁵ Die praktischen Auswirkungen dieser Gesetzesänderung werden allerdings nicht allzu hoch einzuschätzen sein. Zwar wird, wie von *Hans Vest*, in: Stefan Trechsel et al. (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Zürich, St. Gallen 2008, Art. 6 Rn. 4, festgestellt, dem inländischen Gericht „die Mühe erspart, ausländisches Recht anzuwenden und dann zu prüfen, ob das schweizerische Recht zu einem günstigeren Ergebnis geführt hätte“, doch bleibt es damit auch weiterhin nicht der Mühe enthoben, die mildere Sanktion zu ermitteln.

²³⁶ Mit Beispielsmaterial dazu vgl. *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 101.

²³⁷ Vgl. *Albin Eser/Bernd Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB. Kommentar, 29. Auflage München 2014, Vorbemerkungen 3 vor § 1 mit weiteren Nachweisen.

ist.²³⁸ Doch selbst für diesen Fall hat der Verbotstatbestand seinen Ursprung in nicht-nationalem und daher erst zu importierendem fremdem Recht.²³⁹

➤ „Tatbestandsergänzende“ Fremdrechtsanwendung

Auch auf anderen als explizit vorgewiesenen Wegen ist eine Importvariante denkbar, die man schlagwortartig als „*tatbestandsergänzende*“ oder „*strafbarkeitslimitierende*“ *Fremdrechtsanwendung* bezeichnen kann. Ähnlich wie landesintern die Anwendbarkeit eines Straftatbestands – oder auch etwaiger Straffeststellungsgründe – von sogenannten „Inzidentfragen“ zivil- oder verwaltungsrechtlicher Natur abhängen kann,²⁴⁰ kann sich bei der Verfolgung von Auslandstaten im Inland die Frage stellen, ob und inwieweit offene Unrechtselemente (wie etwa Sorgfalts- und Erfolgsabwendungspflichten bei Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten) oder außerstrafrechtliche Tatbestandselemente (wie etwa Buchführungspflichten bei Insolvenzstraftaten) nach dem Recht des inländischen Gerichtsortes oder dem des ausländischen Begehungsortes zu bestimmen sind.²⁴¹ Schon die Entscheidung darüber erfordert einen rechtsvergleichenden Blick über nationale Grenzen hinaus, und dies umso mehr, wenn der Tatbestand nach ausländischem Recht zu ergänzen ist. Entsprechendes gilt für den Fall, dass ausländische Straffeststellungsgründe zu berücksichtigen oder bei der Strafzumessung kulturelle Differenzen in Rechnung zu stellen sind. Dies ist neuerdings insbesondere unter dem Schlagwort „*cultural defense*“ Gegenstand heftiger Diskussionen.²⁴²

²³⁸ Ähnlich wie beim nachfolgend zu betrachtenden „inkorporierten Völkerstrafrecht“.

²³⁹ Zu weiteren Einzelheiten der teils mehrstufigen Blankettverweisungen innerhalb des europäischen Strafrechts – und zwar sowohl seitens des Unionsrechts nach unten wie seitens der nationalen Rechte nach oben – und deren verfassungsrechtlicher *nullum crimen sine lege*-Problematik vgl. *Kai Ambos*, Internationales Strafrecht, 3. Auflage München 2011, S. 469 ff., 480 ff.

²⁴⁰ Wie beispielsweise bei Diebstahl die nach Zivilrecht zu bestimmende Fremdheit der Sache bzw. bei Untreue die vom Gesellschaftsrecht abhängige Vermögensfürsorgepflicht, vgl. *Albin Eser*, in: Schönke/Schröder (o. Fn. 237), Vorbemerkungen 41 vor § 3.

²⁴¹ Näher dazu *Albin Eser*, in: Schönke/Schröder (o. Fn. 237), Vorbemerkungen 41 vor § 3 sowie grundlegend zu derartigen Akzessorietätsproblemen *Karin Cornils*, Die Fremdrechtsanwendung im Strafrecht, Berlin, New York 1978, insbesondere S. 16 ff.

²⁴² Dieses Problem wurde in Deutschland bereits als derart brisant empfunden, dass es der 70. Deutsche Juristentag von 2014 unter dem Titel „Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft“ zum Thema seiner Strafrechtlichen Abteilung gemacht hat (mit Gutachten C von *Tatjana Hörnle*, München 2014), wobei allerdings die dazu geführten Debatten und gefassten Beschlüsse eher abwehrende Grundeinstellungen und einschränkende Tendenzen gegenüber der Berücksichtigung abweichender kultureller Traditionen erkennen lassen, und zwar sowohl in judikativer als auch in legislativer Hinsicht. Vgl. *Eric Hilgendorf*, Das Eigene und das Fremde I: Die deutsche Strafgesetzgebung und Strafrechtspraxis vor den Herausforderungen kultureller Pluralisierung, StV 2014, S. 555–563; *ders.*, Das Eigene und das Fremde II: Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen kultureller Polarisierung, oder: Was ist „Religion“?, JZ 2014, S. 821–829.

➤ „Inkorporierte Völkerrechtsverbrechen“

Auf einem völlig neuen Importweg kann aufgrund der stürmischen Entwicklung der supranationalen Strafgerichtsbarkeit Fremdrecht in Form von „*inkorporierten Völkerrechtsverbrechen*“ Eingang in nationales Recht finden. Dies kann, wie sich aus einem rechtsvergleichenden Projekt des Max-Planck-Instituts zur nationalen Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen ergeben hat, auf zweierlei Weise geschehen.²⁴³ Zum einen auf direkte, aber damit auch gleichsam „statische“ Weise dadurch, dass – wie in England und Wales – in nationalen Strafnormen blankettartig auf Straftatbestände des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs verwiesen wird und diese damit in das eigene Recht eingebracht werden.²⁴⁴ Und zum anderen auf eher „dynamische“ Weise dadurch, dass – wie namentlich in Kanada – durch eine nationale Strafnorm alle diejenigen Verhaltensweisen für strafbar erklärt werden, die nach dem momentan geltenden Völker(gewohnheits)recht strafbar sind bzw. gegen derzeit geltendes internationales Recht verstoßen.²⁴⁵ Zudem ist selbst in den weitaus zahlreicheren Ländern, in denen Völkerrechtsverbrechen autonom im eigenen Strafgesetzbuch ausformuliert²⁴⁶ oder gar, wie in Deutschland, in einem eigenen „Völkerstrafgesetzbuch“ promulgiert sind,²⁴⁷ das jeweilige Vorbild im Römischen Statut nicht zu verkennen.²⁴⁸ Deshalb kann zumindest bei Auslegungszweifeln der nationale Richter gut beraten sein, sich rechtsvergleichend am supranationalen Ursprungstatbestand zu orientieren.²⁴⁹

➤ „Subsidiäre“ Fremdrechtsanwendung

In umgekehrter Richtung kann in Form „*subsidiärer*“ *Fremdrechtsanwendung* nationales Recht in supranationales Strafrecht Eingang finden. Auf Hilfsanleihen dieser Art ist entwicklungsbedingt vor allem die internationale Strafgerichtsbarkeit angewiesen. Bislang am weitesten geht dabei das Rom-Statut des Internationalen Strafgerichtshofs mit seiner gestuften Regelung des „Anwendbaren Rechts“ in

²⁴³ Dies zusammenfassend vgl. *Helmut Kreicker*, Völkerstrafrecht im Ländervergleich, Teilband 7 (hrsg. von *Eser/Sieber/Kreicker*, o. Fn. 61), Berlin 2006, S. 24 ff., 28 f.

²⁴⁴ Vgl. *Kreicker*, Völkerstrafrecht (o. Fn. 243), S. 28 ff.

²⁴⁵ Vgl. *Kreicker*, Völkerstrafrecht (o. Fn. 243), S. 27 f., mit Nachweisen zu weiteren, in ähnlicher Form vorgehenden Ländern wie Finnland, Polen, Russland, Schweden, Weißrussland und die USA.

²⁴⁶ Wobei dies allerdings häufig in recht selektiver Weise geschieht, vgl. *Kreicker*, Völkerstrafrecht (o. Fn. 243), S. 30 ff.

²⁴⁷ Ähnlich in Schweden und den Niederlanden, vgl. *Kreicker*, Völkerstrafrecht (o. Fn. 243), S. 32 f.

²⁴⁸ Zu solchen Transformierungen vgl. auch *Olympia Bekou*, Crimes at Crossroads. Incorporating International Crimes at the National Level, *Journal of International Criminal Justice* 10/3 (2012), S. 677–691.

²⁴⁹ Vgl. dazu auch unten II.B.2(a) zu Fn. 283 ff.

Art. 21 Abs. 1: Danach ist (gemäß a) an erster Stelle das Statut und (gemäß b) an zweiter Stelle das einschlägige Vertrags- und Völkergewohnheitsrecht anzuwenden; soweit es jedoch an beidem fehlt, sind (gemäß c) „allgemeine Rechtsgrundsätze (anzuwenden), die der Gerichtshof aus einzelstaatlichen Rechtsvorschriften der Rechtssysteme der Welt, einschließlich, soweit angebracht, der innerstaatlichen Rechtsvorschriften der Staaten, die im Regelfall Gerichtsbarkeit über das Verbrechen ausüben würden, abgeleitet hat“. Auch wenn dabei nationales Recht nicht an erster Stelle, sondern erst bei Fehlanzeige vorrangigen Rechts in Betracht zu ziehen ist, kann das Strafrecht bestimmter (für den Regelfall zuständiger) Einzelstaaten jedenfalls als Teil rechtsvergleichend zu ermittelnder Rechtsgrundsätze zum Zuge kommen. Wohl finden dadurch nur die ermittelten Rechtsgrundsätze direkte „Anwendung“, nicht aber die als Rechtsquelle fungierenden einzelstaatlichen Normen, wie dies auf der Rom-Konferenz diskutiert worden war.²⁵⁰ Gleichwohl wird damit bestimmten nationalen Strafrechtsordnungen ein Importweg eröffnet, und zwar nicht nur im Belieben freien richterlichen Ermessens,²⁵¹ sondern immerhin als subsidiär vorgesehener Bezugspunkt. Ähnlich ist im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien für die Strafzumessung in Art. 24 Abs. 1 Satz 2 vorgesehen, dass die Verfahrenskammer „shall have recourse to the general practice regarding prison sentences in the courts of the former Yugoslavia“. Zwar werden damit nicht die nationalen Rechtsvorschriften für unmittelbar anwendbar erklärt. Zumindest aber, wenn nicht sogar weitergehend, wird dem Gerichtshof durch den Verweis auf die Rechtspraxis eine noch intensivere Befassung mit dem nationalen Recht abverlangt.²⁵²

(b) Fremdrechtsabhängige Strafgewalt

Für diese Fallgruppe ist kennzeichnend, dass fremdes Recht zwar nicht als solches im Inland angewandt wird, wohl aber die Ausübung der inländischen Strafgewalt von fremdem Recht abhängen kann und dieses daher der Berücksichtigung bedarf.

➤ Letzteres kann bereits in milderer Form erforderlich sein, wenn es etwa für den *Schuld- und Strafausspruch* darauf ankommt, ob und inwieweit dem Angeklagten beispielsweise die inländische Strafbarkeit geschlechtlichen Verkehrs mit der

²⁵⁰ Vgl. *Margaret McAuliffe de Guzman*, Article 21: Applicable Law, in: Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2nd ed. München 2008, Art. 21 Rn. 14, 18 (S. 708, 710).

²⁵¹ Wie dies für sonstige Formen von Strafrechtsvergleichung als Quelle richterlicher Rechtsfindung der Fall ist; vgl. unten II.B.2(c).

²⁵² Eine andere Frage ist jedoch, inwieweit von dieser Vorgabe tatsächlich Gebrauch gemacht wird: Aus der eingehenden Fallanalyse von *Silvia D'Ascoli*, *Sentencing in International Criminal Law. The UN ad hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Oxford 2011, insbesondere S. 111 ff., wird insoweit wohl auf Fehlanzeige zu schließen sein. Vgl. auch *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 102.

Stieftochter als Inzest bekannt war oder ihm mangels Strafbarkeit in seinem Heimatland insoweit das Unrechtsbewusstsein fehlte und ihm deshalb ein schuldaußschließender oder zumindest strafmildernder Verbotsirrtum einzuräumen sei.²⁵³

➤ Klassisches Hauptfeld für Fremdrechtsabhängigkeit hingegen ist das üblicherweise als „*Doppelte Strafbarkeit*“ bezeichnete Strafbarkeitserfordernis am Tatort.²⁵⁴ Dieses kann im Bereich des – auf dem europäischen Kontinent traditionell als „internationales Strafrecht“ bezeichneten – Geltungsbereichsrechts²⁵⁵ eine Rolle spielen. Danach kann für die Anwendung inländischen Strafrechts auf Auslandstaten eine „identische Tatortnorm“ vorausgesetzt sein.²⁵⁶ Anstatt also, wie es lange Zeit für möglich gehalten wurde, das eigene Strafrecht vorbehaltlos auch auf Straftaten jenseits der nationalen Grenzen zu erstrecken, mit der Gefahr von transnationalen Überlappungen und völkerrechtlichen Einmischungskonflikten, versucht man der Souveränität des fremden Tatortstaates dadurch Rechnung zu tragen, dass auch nach dessen Recht die Tat mit Strafe bedroht ist.²⁵⁷ Eine solche Tatortstrafbarkeit wird beispielsweise für die Anwendung deutschen Strafrechts auf Auslandstaten nach § 7 StGB für die Fälle des aktiven und des passiven Personalitätsprinzips sowie der stellvertretenden Strafrechtspflege vorausgesetzt.²⁵⁸ Dabei lässt sich sogar von mittelbarer „Anwendung“ der ausländischen Tatortnorm jedenfalls insoweit sprechen, als ihr im Fall stellvertretender Strafrechtspflege eine konstitutive Wirkung für die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts beizumessen ist, während ihr beim aktiven und passiven Personalitätsprinzip lediglich eine limitierende

²⁵³ Zu einem solchen der Entscheidung in BGHSt 10 (1956), S. 35, zugrunde liegenden Fall vgl. Eser, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 3), Kaiser-FS, S. 1508, sowie Jescheck, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 2), S. 27.

²⁵⁴ Vgl. Cornils, Fremdrechtsanwendung (o. Fn. 241), S. 213. Während dieses Erfordernis im deutschen Bereich allgemein in materiellrechtlichem Sinne verstanden wird, sind in anderen Ländern prozessuale Kompetenzaspekte zumindest andeutungsweise nicht zu übersehen: vgl. Christine Van den Wyngaert, Double Criminality as a Requirement to Jurisdiction, in: Nils Jareborg (ed.), Double Criminality. Studies in International Criminal Law, Uppsala 1989, S. 43–56.

²⁵⁵ Das jedoch zutreffender als „transnationales Strafanwendungsrecht“ zu benennen wäre; näher zu solchen terminologischen Korrekturen vgl. Eser (o. Fn. 237), Vorbemerkungen 1, 5 ff. vor § 3; Hans-Joseph Scholten, Das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit in § 7 StGB, Freiburg 1995, S. 7 ff.

²⁵⁶ Grundlegend dazu Scholten, Tatortstrafbarkeit (o. Fn. 255), S. 27 ff.; vgl. (auch) rechtsvergleichend Cornils, Fremdrechtsanwendung (o. Fn. 241), S. 212 ff.

²⁵⁷ Näher zu diesen und weiteren Gründen für das Erfordernis „doppelter Strafbarkeit“ sowohl für den Tat- wie für den Gerichtsort vgl. Scholten, Tatortstrafbarkeit (o. Fn. 255), S. 56 ff., sowie Albin Eser, Grundlagen und Grenzen „stellvertretender Strafrechtspflege“ (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB). Zur Problematik der „identischen Tatortnorm“ bei Auslandstaten, JZ 1993, S. 875–884 (875 ff.) = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3960.

²⁵⁸ Näher dazu wie auch zu den – je nach Anknüpfungsprinzip – teils unterschiedlichen Anforderungen an die Identität der Tatortnorm vgl. Eser, Strafrechtspflege (o. Fn. 257), S. 878 ff., sowie ders., in: Schönke/Schröder (o. Fn. 237), § 7 Rn. 7 ff., 17, 23; ferner Cornils, Fremdrechtsanwendung (o. Fn. 241), S. 217 ff.; Scholten, Tatortstrafbarkeit (o. Fn. 255), S. 125 ff.

Funktion zukommt.²⁵⁹ Doch selbst für diesen Fall ist das ausländische Tatortrecht als Strafbarkeitsvorbehalt zu berücksichtigen und dafür rechtsvergleichend zu ermitteln.²⁶⁰

➤ Prozessuales Pendant zum materiellrechtlichen Erfordernis „doppelter Strafbarkeit“ am Tat- und am Gerichtsort ist auf der Ebene der internationalen Rechtshilfe²⁶¹ der Grundsatz „*beiderseitiger Strafbarkeit*“.²⁶² Nach diesem Prinzip, das vor allem für die Auslieferung eine große praktische Rolle spielt, muss das Verhalten des Betroffenen sowohl nach dem Recht des ersuchenden als auch des ersuchten Staates strafbar sein.²⁶³ Ob dies im Einzelfall zutrifft, ist im Zuge der meist zweiphasig in ein gerichtliches Zulässigkeits- und ein exekutives Bewilligungsverfahren gegliederten Rechtshilfeprozedur in der Regel auf der ersten Stufe zu prüfen.²⁶⁴ Dazu bedarf es eines Rechtsvergleichs, der jedoch nicht ohne Weiteres mit dem konform ist, wie er bei der zuvor behandelten „doppelten Strafbarkeit“ anzustellen wäre. Sofern nämlich weder der ersuchende noch der ersuchte Staat zugleich Tat- oder Gerichtsort sind, kommt es weniger auf die an diesen Orten identische Strafnorm an, als vielmehr darauf, dass man dem ersuchten Staat die Leistung von Rechtshilfe nur dann zumuten will, wenn (auch) nach dessen Recht das fragliche Verhalten strafbar wäre, ähnlich wie umgekehrt der ersuchende Staat nicht grundlos, nämlich nur bei ebenfalls vorgesehener Strafbarkeit, Unterstützung erwarten darf.²⁶⁵ Auch ist der für die „beiderseitige Strafbarkeit“ anzustellende

²⁵⁹ Zu dieser Differenzierung vgl. *Eser*, Stellvertretende Strafrechtspflege (o. Fn. 257), S. 882, sowie zustimmend *Cornils*, Fremdrechtsanwendung (o. Fn. 241), S. 213.

²⁶⁰ Zur dafür anzuwendenden Methode vgl. unten III.B.3.

²⁶¹ Näher zu dieser Ebene internationaler Kooperation in Strafsachen, die zwischen dem (zuvor behandelten) transnationalen Strafanwendungsrecht und der (noch zu behandelnden) supranationalen Strafgerichtsbarkeit einzuordnen ist, vgl. bereits die dreistufige Gliederung eines internationalen Workshops zu transnationalem Strafrecht in *Albin Eser/Otto Lagodny* (eds.), *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law*, Freiburg 1992; ferner *Albin Eser*, Basic Issues of Transnational Cooperation in Criminal Cases, in: *Eser*, *Transnationales Strafrecht* (o. Fn. 3), S. 305–325 (307 ff.) = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3454, sowie neuerdings *ders.*, Transnational Measures against the Impunity of International Crimes, *JICJ* 10/3 (2012), S. 621–634 (623 Fn. 3).

²⁶² Eingehend dazu *Arne Zeidler*, *Der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit im Auslieferungsrecht*, Hamburg 2008.

²⁶³ Beispielsweise zum deutschen Auslieferungsrecht vgl. § 3 Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG); zu sonstigen Rechtshilfeverfahren, in denen die „beiderseitige Strafbarkeit“ eine Rolle spielen kann, vgl. die Nachweise im Sachverzeichnis von *Wolfgang Schomburg/Otto Lagodny* u.a., *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 5. Auflage München 2012, S. 3205, sowie speziell zum europäischen Bereich *Bernd Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, 4. Auflage Heidelberg 2012, S. 406 ff.

²⁶⁴ Vgl. im Einzelnen *Thomas Hackner*, in: *Schomburg/Lagodny*, *Internationale Rechtshilfe* (o. Fn. 263), Einleitung Rn. 57 ff.

²⁶⁵ Zu weiteren – teils souveränitätsorientiert auf Gegenseitigkeit, teils auf Individualschutz ausgerichteten – Gründen vgl. *Otto Lagodny*, in: *Schomburg/Lagodny*, *Internationale Rechtshilfe* (o. Fn. 263), § 3 Rn. 2 f.; *Thomas Weigend*, *Grundsätze und Probleme des*

Normvergleich nicht ganz derselbe wie der für die „doppelte Strafbarkeit“ erforderliche; denn während es bei Letzterer auf größtmögliche „Identität“ der Tatortnorm ankommt, wird beispielsweise für die Auslieferung aus Deutschland im maßgeblichen § 3 Abs. 1 IRG grundsätzlich auf die Tatbestandsmäßigkeit nach deutschem Recht abgehoben, wofür aber erforderlichenfalls schon eine „sinngemäße Umstellung des Sachverhalts“ genügen soll.²⁶⁶ Sofern man darin nicht sogar einen gesetzlichen Beleg für die „funktionale“²⁶⁷ Vergleichsmethode erblicken will oder wie auch immer die „beiderseitige Strafbarkeit“ zu ermitteln wäre, handelt es sich bei diesem Erfordernis um einen klaren Fall fremdrechtsabhängiger Strafgewalt, die für ihre Ausübung judikative Strafrechtsvergleichung voraussetzt.

➤ Auch aus dem Grundsatz *ne bis in idem* kann sich, sofern zu einem transnationalen Verbot mehrfacher Strafverfolgung erweitert,²⁶⁸ eine Fremdrechtsabhängigkeit nationaler Strafgewalt ergeben. Dies äußert sich jedoch weniger in Form einer Vorbedingung für die Ausübung nationaler Strafgewalt, wie dies die „doppelte“ oder die „beiderseitige Strafbarkeit“ erfordern würden, vielmehr kommt hier dem Auslandsrecht die Rolle einer Beschränkung, wenn nicht sogar einer Sperre nationaler Strafgewalt zu. Ersteres ist derzeit noch das Übliche; denn während innerstaatlich im Fall einer Aburteilung das Verbot einer nochmaligen Strafverfolgung allgemein als rechtsstaatlicher Standard Anerkennung gefunden hat,²⁶⁹ konnte man sich transnational bislang meist nur zu einem „Anrechnungsprinzip“ durchringen: Danach wird, wie beispielsweise gemäß § 51 Abs. 3 StGB, durch die Aburteilung einer Tat im Ausland eine erneute Verfolgung und Bestrafung im Inland nicht völlig blockiert, wohl aber ist die im Ausland verhängte Strafe auf die neue inländische Strafe anzurechnen. Weil die nationale Strafgewalt dadurch lediglich beschränkt, nicht aber völlig ausgeschlossen wird, bleibt weder der inländischen Justiz weiterer Ermittlungs- und Verhandlungsaufwand erspart noch bleibt ein bereits Abgeurteilter – sei er verurteilt oder gar freigesprochen – von einem nochma-

deutschen Auslieferungsrechts, JuS 2000, S. 105–111 (107); *Zeidler*, Beiderseitige Strafbarkeit (o. Fn. 262), S. 65 ff.

²⁶⁶ Wobei es zudem lediglich darauf ankommt, dass die Tat als solche nach deutschem Recht strafbar ist, jedoch nicht unbedingt eine vollumfängliche deutsche Strafbefugnis gegen den Täter gegeben sein muss. Vgl. im Einzelnen *Lagodny*, in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe (o. Fn. 263), § 3 Rn. 3, 5 ff.; *Zeidler*, Beiderseitige Strafbarkeit (o. Fn. 262), S. 121 ff.

²⁶⁷ Wie sie im Methodenteil noch näher zu beschreiben ist (unten III.B.1(a)).

²⁶⁸ Näher zu den Gründen, derentwegen es überhaupt zu Überlappungen mehrerer Strafrechtsordnungen kommen kann und warum diese möglichst zu vermeiden sind, vgl. *Eser*, Transnationale Strafverfolgung (o. Fn. 65), S. 636–660, sowie *Walter Gropp*, Kollision nationaler Strafgewalten – nulla prosectio sine lege, in: Arndt Sinn (Hrsg.), Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität. Ein Rechtsvergleich zum Internationalen Strafrecht, Osnabrück 2012, S. 41–63 (45 ff.).

²⁶⁹ Vgl. *Albin Eser*, Justizielle Rechte, in: Jürgen Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage Baden-Baden 2014, S. 652–717 (706 ff.) = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/9723.

ligen Verfahren verschont. Derartigen Nachteilen versucht man mit dem „Erledigungsprinzip“ zu begegnen, indem eine ausländische Aburteilung schon von vornherein einer weiteren inländischen Strafverfolgung entgegenstehen soll.²⁷⁰ Auch wenn diesem Prinzip bei zu erhoffendem zwischenstaatlichem Vertrauenszuwachs in die Rechtsstaatlichkeit fremder Strafjustiz die Zukunft gehören sollte,²⁷¹ vermochte es sich als transnationales *ne bis in idem* bislang nur in politisch auf gleicher Wellenlänge liegenden Regionen, wie namentlich in der Europäischen Union, durchzusetzen.²⁷² Doch welchem Grundsatz und Verfahren auch immer man dabei folgen mag, ohne judikative Strafrechtsvergleichung wird nicht auszukommen sein: sei es, um herauszufinden, ob und inwieweit eine im Ausland abgeurteilte Tat mit der im Inland in Verdacht geratenen Tat identisch ist, oder sei es, dass für den Fall bloßer Anrechnung Art und Umfang des ausländischen Strafausspruches mit dem inländischen Recht abzugleichen bleibt.

➤ In wiederum anderer Form kann auch auf *supranationaler* Ebene die Strafgerichtsbarkeit von fremdem Recht abhängen, wie insbesondere aufgrund des *Komplementaritätsprinzips*. Nach diesem erstmals durch das Rom-Statut in Art. 17 Abs. 1 (a) und (b) für das Verhältnis von nationaler und supranationaler Strafgerichtsbarkeit eingeführten Grundsatz²⁷³ ist der Internationale Strafgerichtshof – unter anderem – zur Strafverfolgung ermächtigt, wenn die primär zuständige nationale Strafjustiz nicht willens oder nicht fähig ist, eine Strafverfolgung ernsthaft durchzuführen.²⁷⁴ Das ist strafrechtsvergleichend in zweifacher Hinsicht von Bedeutung: Einerseits für den Internationalen Strafgerichtshof, der ein mutmaßliches Völkerrechtsverbrechen an sich ziehen könnte, weil der primär zuständigen Nationaljustiz mangels eines innerstaatlichen Straftatbestands eine Strafverfolgung

²⁷⁰ Näher zu diesen Prinzipien und ihren jeweiligen Vor- und Nachteilen vgl. *Eser*, *Transnationale Strafverfolgung* (o. Fn. 65), S. 564 ff.

²⁷¹ Zu teils mehr, teils weniger weit gehenden „Modellentwürfe(n) eines Regelungsmechanismus zur Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten“ vgl. *Sinn*, *Jurisdiktionskonflikte* (o. Fn. 268), S. 575–595 ff., sowie dazu meine „Kritische Würdigung“ S. 557–572 (www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/9731), ferner *Eser*, *Transnationale Strafverfolgung* (o. Fn. 65), S. 577 ff.

²⁷² Vgl. *Eser*, *Justizielle Rechte* (o. Fn. 269), S. 714 f., sowie *Jörg Eisele*, *Jurisdiktionskonflikte in der Europäischen Union: Vom nationalen Strafanwendungsrecht zum Europäischen Kollisionsrecht?*, *ZStW* 125 (2013), S. 1–33.

²⁷³ Vgl. *Albin Eser*, *Auf dem Weg zu einem internationalen Strafgerichtshof: Entstehung und Grundzüge des Rom-Statuts*, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* 139 (2003), S. 2–42 (23 ff.) = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/6271, sowie zu Einzelheiten *Sharon A. Williams/William A. Schabas*, *Article 17: Issues of admissibility*, in: *Triffterer, Rome Statute* (o. Fn. 250), S. 605–625.

²⁷⁴ Wobei darin wohl nicht nur ein Fall bloßer „Verweisung“ des supranationalen Rechts auf die nationalen Rechtsordnungen zu erblicken ist, wie es im Sinne mehr oder weniger freien Ermessens *Siebers* Einordnung von Art. 17 (in: *Strafrechtsvergleichung*, o. Fn. 4, S. 101 f. zu C.1.c) nahelegen könnte, sondern sich daraus eine vom Unvermögen der fraglichen Nationalgerichtsbarkeit abhängige supranationale Zuständigkeitsbegründung ergeben kann.

verwehrt ist – was sowohl die Ermittlung primär zuständiger nationaler Strafgerichtsbarkeiten als auch die Prüfung einschlägiger Straftatbestände voraussetzt. Andererseits kann ein davon betroffener Staat, wenn er der politisch peinlichen Konstatierung seines Unvermögens begegnen will, gut beraten sein, auf dem bereits zum „Fremdrechtsimport“ beschriebenen Wege Völkerrechtsverbrechen in sein nationales Strafrecht zu inkorporieren.²⁷⁵

2. Richterliche Rechtsfindung und Rechtsfortbildung durch Strafrechtsvergleichung

Auch ohne fremdes Strafrecht als solches zu importieren oder die Ausübung von Strafgewalt davon abhängig zu machen, kann dieses als rechtsvergleichendes Medium das eigene Strafrecht beeinflussen, ebenso wie jenes umgekehrt auch auf fremdes Strafrecht Einfluss nehmen kann. Das kann in dreifacher Richtung geschehen: horizontal, vertikal von oben nach unten und vertikal von unten nach oben.²⁷⁶ In sportlicher Diktion ausgedrückt²⁷⁷ kann sich dabei aus einem „Kürprogramm“ immer mehr ein „Pflichtprogramm“ entwickeln.

(a) Horizontal-transnationale Blickerweiterung

Im Unterschied zur Ziviljustiz, wo der rechtsvergleichende Blick über die Grenzen schon seit Längerem nichts Ungewöhnliches ist,²⁷⁸ sind in der Strafjustiz selbst heute noch manche Berührungsängste zu überwinden: sei es schon rein praktisch, weil der Zivilrichter ohnehin weitaus eher fremdes Recht anzuwenden hat, oder sei es noch mehr ideologisch, weil der Strafrichter die staatliche Strafgewalt stärker national geprägt und auf Wahrung der eigenen Souveränität hin ausgerichtet sieht.²⁷⁹ Mit einer solchen national introvertierten Blickverengung wird man jedoch immer weniger die Herausforderungen einer sich immer enger vernetzenden

²⁷⁵ Vgl. oben II.B.1(a) zu Fn. 242 ff. sowie zu einer dahingehenden internationalen Verpflichtung *Albin Eser*, Das Rom-Statut des Internationalen Strafgerichtshofs als Herausforderung für die nationale Strafrechtspflege: exemplifiziert an der Implementierung in das deutsche Recht, in: Christian Graf/Ursula Medigovic (Hrsg.), Festschrift für Manfred Burgstaller, Berlin 2004, S. 355–373 (365 ff.) = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3675.

²⁷⁶ So im Grundansatz auch, wenngleich all dies noch als Untergruppe im Sinne von (der zuvor behandelten) „Rechtsanwendung“ darstellend, die Dreigliederung von *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 100 f.

²⁷⁷ Wie von *Kötz*, Aufgaben (o. Fn. 42), S. 140 f., bzw. *ders.*, in: Bundesgerichtshof (u. Fn. 282), S. 832 ff., demonstriert.

²⁷⁸ Vgl. dazu bereits *Zweigert*, Universale Interpretationsmethode (o. Fn. 67), S. 8 ff.

²⁷⁹ Vgl. *Jung*, Grundfragen (o. Fn. 60), S. 6; *Vogel*, Instrumentelle (o. Fn. 71), S. 206; *Weigend*, Criminal law (o. Fn. 60), S. 261 f.

Rechtswelt erkennen und sich darauf einstellen können. Umso mehr muss die Einsicht wachsen, von guten wie auch von schlechten Erfahrungen anderer Strafgerichtsbarkeiten lernen zu können: sei es, um sie zu übernehmen oder um sich bewusst anders zu entscheiden; denn das Pro und Contra ausländischen Strafrechts und dessen Jurisprudenz wahrzunehmen und selbstkritisch zu überdenken, muss nicht heißen, dass solchen Wegen letztlich auch immer zu folgen wäre.²⁸⁰

➤ Noch ganz in Form von „freiwilliger Kür“ können durch *Strafrechtsvergleichung als Auslegungshilfe* ausländische Rechtsvorstellungen Einfluss auf das eigene Recht erlangen. Auch wenn es für den Bereich des Strafrechts wegen dessen besonders ausgeprägten Nationalcharakters überzogen sein mag, von Rechtsvergleichung als „fünfter“ oder gar „universaler Interpretationsmethode“ zu sprechen,²⁸¹ ist der Strafrechtsvergleichung doch nicht jegliche „Auslegungsfunktion“ abzuerkennen. Wie viel ein Richter für das Verständnis seines eigenen Rechts lernen kann, wenn er – wie vor allem innerhalb derselben Sprach- und Rechtsfamilie – die Rechtsprechung und Lehre eines anderen Rechts konsultiert und berücksichtigt, findet sich bei einem schweizerischen Strafrechtler in beispielhafter Weise dargetan.²⁸² Von solchen Erfahrungen oder alternativen Überlegungen einer anderen Strafrechtsordnung Gebrauch zu machen, liegt dort besonders nahe, wo es um die Interpretation desselben Wortes geht, wie beispielsweise um den falschen „Schlüssel“ bei schwerem Diebstahl oder um das „Absetzen“ bei Hehlerei. Doch auch bei gleichsinnigen Begriffen oder Elementen, wie Vorsatz und Fahrlässigkeit

²⁸⁰ Denn wie von *Arthur Meier-Hayoz*, *Der Richter als Gesetzgeber*, Zürich 1951, S. 198 f., zutreffend festgestellt: „Ob eine ausländische Lösung übernommen oder aus bestimmten Gründen abgelehnt wird, die kritische Auseinandersetzung mit dem fremden Recht erscheint in beiden Fällen als höchst fruchtbar. Durch solche Vergleiche tritt das Vergleichene umso klarer in Erscheinung. Der Wert dieses rechtsvergleichenden Vorgehens liegt entweder in der damit vermittelten formalen Anregung oder dann in der damit zu gewinnenden Bestätigung für ein unabhängig davon erzielt Resultat.“ Vgl. auch *Ebert*, *Rechtsvergleichung* (o. Fn. 72), S. 176 f.; *Kötz*, *Aufgaben* (o. Fn. 42), S. 141, sowie unten zu „wertender“ Rechtsvergleichung II.D.

²⁸¹ Wie mit Verweis auf *Häberle* von *Schramm* postuliert bzw. von *Zweigert* für das Privatrecht schon im Titel seines Beitrags zu „Universale Interpretationsmethode“ (o. Fn. 67) expliziert, bezüglich des Strafrechts hingegen von *Vogel*, *Instrumentelle* (o. Fn. 71), S. 206, problematisiert.

²⁸² *Robert Hauser*, *Die Rechtsvergleichung als Auslegungshilfe in der höchstrichterlichen Rechtsprechung im materiellen Strafrecht*, in: Theo Vogler (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, Berlin 1985, Band II, S. 1215–1232; vgl. auch das von *Schramm*, *Erkenntnisse* (o. Fn. 59) zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (S. 160 ff.) bzw. des Bundesgerichtshofs (S. 169 ff.) zusammengetragene Fallmaterial sowie vornehmlich zum öffentlichen Recht *Aura María Cárdenas Paulsen*, *Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Hamburg 2009; zu Rechtsvergleichungsfällen aus dem Bereich der Zivilrechtsprechung vgl. *Hein Kötz*, *Der Bundesgerichtshof und die Rechtsvergleichung*, in: Claus-Wilhelm Canaris u.a. (Hrsg.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Band II, München 2000, S. 824–843. Zu ähnlicher Heranziehung ausländischer Entscheidungen von obersten Gerichten im Bereich des Common law vgl. *Mads Andenas/Duncan Fairgrieve*, *Intent on making mischief: seven ways of using comparative law*, in: Monateri, *Methods* (o. Fn. 68), S. 25–60 (31 ff.).

oder Täterschaft und Teilnahme, kann sich der Richter aus deren Verständnis in einem verwandten ausländischen Recht Erkenntnisse für die Auslegung des eigenen Rechts erhoffen.

➤ Das liegt umso näher, wenn zur Auslegung des eigenen Rechts auf dessen *Wurzeln in einem ausländischen Mutterrecht* zurückgegriffen werden kann.²⁸³ Wenn es beispielsweise um Verbote oder Beschuldigtenrechte in einem Strafverfahren geht, das aus einer anderen Rechtsordnung übernommen worden war, wie etwa das türkische Verfahren aus der deutschen Strafprozessordnung, kann der zur Anwendung des übernommenen Rechts berufene Berufsrichter im Zweifelsfall gut beraten sein, sich Aufklärung aus der Rechtsprechung des Landes zu holen, aus dem die fragliche Vorschrift stammt.²⁸⁴ Auch dort, wo aus einem ausländischen Strafprozess lediglich bestimmte Verfahrensmaximen übernommen wurden, wie beispielsweise im 19. Jahrhundert die Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme aus dem englischen und französischen Recht in das deutsche Recht, kann es nützlich sein, auf die Zwecke dieser Grundsätze in den „Mutterrechten“ zurückzugreifen, wenn aufzuklären ist, ob und inwieweit diese unter den gegenwärtigen Bedingungen noch von Belang sein können.²⁸⁵

➤ Wohl schon mehr als bloße Interpretation ist gefragt, wenn Strafrechtsvergleichung auch zur *Lückenfüllung und Rechtsfortbildung* dienen soll. Auch soweit dabei die Rechtsvergleichung als „tool of interpretation“ für den Richter dient,²⁸⁶ entsteht aus der Berücksichtigung fremden Rechts im inländischen etwas Neues, das über bloße Auslegung des Vorhandenen hinausgeht. Dies mag noch nicht ganz der Fall gewesen sein, als der Bundesgerichtshof beim einschränkenden Verständnis des homosexuellen „Unzucht-Treibens“ (nach dem früheren § 175) in der ausländischen Rechtsentwicklung Unterstützung fand.²⁸⁷ Auch da, wo der Blick auf auslän-

²⁸³ Vgl. Eser, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 3), Kaiser-FS, S. 1509; Jescheck, Strafprozessreform (o. Fn. 127), S. 765, sowie aus vornehmlich rechtspolitischem Blickwinkel ders., Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Strafrechtsreform, in: Arthur Kaufmann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann, München 1979, S. 133–154 (147 f.).

²⁸⁴ Dabei braucht dies nicht einmal unbedingt durch direkte Bezugnahme einer Entscheidung auf das fremde Recht zu geschehen, sondern kann auch durch rechtsvergleichende Hinweise im Schrifttum vermittelt sein, vgl. Eser, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 3), Kaiser-FS, S. 1509 Anm. 27.

²⁸⁵ Vgl. Albin Eser, Funktionswandel strafrechtlicher Prozessmaximen: Auf dem Weg zur „Reprivatisierung“ des Strafverfahrens?, ZStW 104 (1992), S. 361–396 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3389.

²⁸⁶ Vgl. Öricü, Developing (o. Fn. 72), S. 55.

²⁸⁷ BGHSt 1 (1951), S. 293 (297). Zu weiteren Bezugnahmen auf ausländisches Strafrecht vgl. BGHSt 9 (1956), S. 385, 387 zur Entstehungsgeschichte des heutigen Mordtatbestands (§ 211 StGB), BGHSt 32 (1984), S. 345, 352 zu Folgen tatprovokierenden Verhaltens polizeilicher Lockspitzel, BGHSt 38 (1992), S. 214, 217, 228 ff. zum Beweisverwertungsverbot bei Verletzung polizeilicher Hinweispflichten sowie BGHSt 44 (1998), S. 308, 312 zu den für den Einsatz eines „Lügendetektors“ als Beweismittel erforderlichen

disches Strafrecht im Grunde nur dazu dient, um wie im Fall geschwisterlichen Inzests das traditionelle Verbot gegen verfassungsrechtliche Anfechtung abzusichern,²⁸⁸ geht es noch um bloße Rechtsbewahrung. Hingegen ist der Schritt zu rechtsfortbildender Lückenfüllung sicherlich dort getan, wo für den Fall unterbliebener Belehrung eines Beschuldigten über sein Schweigerecht aus der polizeilichen Belehrungspflicht unter Heranziehung der ausländischen Rechtsentwicklung ein Beweisverwertungsverbot entwickelt wird.²⁸⁹ Auch mit der Ausschließung der Todesstrafe bei jugendlichen Straftätern, wie dies mit einer kontroversen Mehrheitsentscheidung des US Supreme Court geschehen ist,²⁹⁰ wird eigenes rückständiges Recht humaneren Entwicklungen in ausländischen Rechtsordnungen angenähert und damit fortgebildet.²⁹¹ Bislang stehen solche rechtsvergleichend angeleiteten und abgestützten Anpassungsprozesse meist noch in richterlichem Ermessen, weshalb sie der „freiwilligen“, wenn nicht gar der „beliebigen“ Rechtsvergleichung zuzurechnen wären.²⁹² Doch kann dies auch zu „zwingender“ Rechtsvergleichung werden, wenn im Fall einer Gesetzeslücke der Richter – wie insbesondere in Art. 1 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vorgesehen – nach der Regel zu entscheiden hat, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, und er dabei angehalten sein soll, auf die Erkenntnisse der Rechtsvergleichung zurückzugreifen.²⁹³ Dies gilt umso mehr für die nachfolgend zu betrachtenden vertikalen Verweisungswege.

(b) Supranationale Einflüsse auf nationales Strafrecht

Vertikale Einflüsse von oben nach unten können sich schon daraus ergeben, dass „die Rechtsvergleichung wertvolle Hinweise für die Auslegung der stets zahlreicher werdenden, auf übernationalem Rechtsboden gewachsenen und sich über die

Voraussetzungen. Auch manche der von *Hauser*, Auslegungshilfe (o. Fn. 282), S. 1216 ff., angeführten Beispiele aus der Rechtsprechung ließen sich hierher rechnen.

²⁸⁸ Wie in BVerfGE 120 (2008), S. 224, auf der Grundlage eines strafrechtlich-kriminologischen Gutachtens des Freiburger Max-Planck-Instituts. Dazu wie auch zu weiteren verfassungsgerichtlichen Entscheidungen, die – wie insbesondere BVerfGE 45, 187 (1978) zur „lebenslangen Freiheitsstrafe“ oder BVerfGE 88, 203 (1993) zum „zweiten Schwangerschaftsabbruchs-Urteil“ – rechtsvergleichend abgestützt sind, vgl. *Schramm*, Erkenntnisse (o. Fn. 59), S. 160 ff.

²⁸⁹ Vgl. BGHSt 38 (1992), S. 214, 228 ff.; *Schramm*, Erkenntnisse (o. Fn. 59), S. 169 ff.

²⁹⁰ Vgl. *Roper v. Simons*, 543 U.S. 551 (2005) sowie *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 104. Vgl. dazu auch *Andenas/Fairgrieve*, Seven ways (o. Fn. 282), S. 38 ff.

²⁹¹ Zu der dadurch ausgelösten Kontroverse vgl. die Stellungnahme der Richterin *Ruth Bader Ginsburg*, „Gebührender Respekt vor den Meinungen der Menschheit“: Der Wert einer vergleichenden Perspektive in der Verfassungsrechtsprechung, EuGRZ 2005, S. 341–346.

²⁹² Zu den so bezeichneten Arten von Rechtsvergleichung vgl. oben I.C. (34) zu Fn. 115.

²⁹³ Vgl. *Ebert*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 72), S. 178.

doktrinalen Strukturen der Einzelrechtsordnungen erhebenden Gesetze (liefert)“.²⁹⁴ Sich auf diese oder andere Weise transnationalen Vorbildern und Einflüssen zu öffnen, wird für den Richter umso zwingender, je konkreter und verbindlicher supranationale Vorgaben sind. Diesen kommt vor allem im europäischen Bereich wachsende Bedeutung zu.

➤ Am stärksten wird nationales Strafrecht beeinflusst durch *primäres und sekundäres Unionsrecht*: primär dadurch, dass dem nationalen Recht strafatbestandliche Ober- und Untergrenzen gesetzt sein können oder unionsrechtswidrige Rechtsfolgen untersagt sind,²⁹⁵ bzw. sekundär in der Weise, dass dem nationalen Strafrecht bestimmte Vorgaben gemacht werden, wie insbesondere durch Richtlinien gemäß Art. 83 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).²⁹⁶ Soweit dadurch das Unionsrecht in das nationale Strafrecht integriert wird, ließe sich sogar von „Fremdrechtsimport“ in dem zuvor beschriebenen Sinne sprechen. Gleiches würde für straf- und verfahrensrechtliche Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)²⁹⁷ und der Grundrechte-Charta der Europäischen Union²⁹⁸ sowie für die dazu ergangene Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und des Europäischen Gerichtshofs der EU (EuGH) zu gelten haben.²⁹⁹ Dabei kann der Einfluss der EMRK und des EGMR sogar ein zweifacher sein, nämlich durch deren direkte Verbindlichkeit für die Mitgliedsgerichtsbarkeiten des Europarats wie auch mittelbar durch Bindung der EU an die Grundrechte-Charta der EMRK aufgrund von Art. 6 Abs. 2 des Vertrags über die Europäische Union (EUV).³⁰⁰

➤ Auch soweit es keine verbindlichen Vorgaben der vorgenannten Art gibt, bleibt aufgrund des Gebots *unionsrechtskonformer Auslegung* die supranationale Beeinflussung nationalen Strafrechts nicht zu unterschätzen. Danach hat der Richter – ähnlich wie bei innerstaatlicher „verfassungskonformer Auslegung“ – bei mehreren nach nationalem Verständnis vertretbaren Auslegungsvarianten einer Strafnorm diejenige zu bevorzugen, die dem Unionsrecht am besten gerecht wird

²⁹⁴ Wie von *Neumayer*, Rechtssysteme (o. Fn. 8), S. 31, als eine der „Aufgaben der Rechtsvergleichung“ konstatiert.

²⁹⁵ Zu Einzelheiten vgl. die von *Hecker*, Europäisches Strafrecht (o. Fn. 263), S. 289 ff., und *Helmut Satzger*, Internationales und europäisches Strafrecht, 6. Auflage Baden-Baden 2013, S. 112 ff., referierte Rechtsprechung der Europäischen Gerichte.

²⁹⁶ Näher dazu *Ambos*, Internationales Strafrecht (o. Fn. 239), S. 480 ff.

²⁹⁷ Einzelheiten dazu bei *Ambos*, Internationales Strafrecht (o. Fn. 239), S. 401 ff.

²⁹⁸ Wie insbesondere durch die „Justiziellen Rechte“ der Art. 47–50 EU-Grundrechte-Charta, vgl. *Eser*, Justizielle Rechte (o. Fn. 269).

²⁹⁹ Wie insbesondere hinsichtlich des EGMR in BVerfGE 111 (2005), S. 307 (331), moniert, wonach alle staatlichen Organe – und damit auch die deutschen Gerichte – „die Gewährleistungen der Konvention und der Rechtsprechung des Gerichtshofs bei der Auslegung von Grundrechten und rechtsstaatlichen Gewährleistungen zu berücksichtigen“ haben.

³⁰⁰ Vgl. *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 103.

bzw. diesem jedenfalls nicht widerspricht.³⁰¹ Dabei sollen nicht nur Richtlinien zu beachten sein,³⁰² sondern auch Verordnungen und Rahmenbeschlüsse der europäischen Organe.³⁰³

➤ Darüber hinaus gilt allgemein Entsprechendes auch für das Gebot *völkerrechtsfreundlicher Auslegung*. Danach kann Völkerstrafrecht nicht nur durch fremdrechtsimportierende Inkorporierung von Verbotstatbeständen Eingang in das nationale Strafrecht finden,³⁰⁴ sondern auch dadurch, dass die mögliche Wortlautgrenze des (damaligen) § 220a StGB „im Lichte des internationalen (Normbefehls) zu bestimmen“ ist.³⁰⁵ Im Sinne einer solchen völkerrechtskonformen Auslegung sind selbst rein nationale Straftatbestände im Einklang mit der Entwicklung des Völkerstrafrechts und der Judikatur supranationaler Gerichte zu interpretieren und anzuwenden.³⁰⁶

(c) Nationalrechtliche Einflüsse auf supranationales Strafrecht

Auch von unten nach oben kann Einflussnahme verlaufen, wobei dann nicht dem nationalen Richter, sondern der supranationalen Strafjustiz Rechtsvergleichung abverlangt wird. Das kann vor allem in zweierlei Hinsicht geboten sein: durch Heranziehung von nationalem Strafrecht zur Auslegung völkerrechtlicher Normen und durch Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze.³⁰⁷

➤ Bei der *Wort- und Begriffsauslegung* von internationalen Konventionen und sonstigen völkerstrafrechtlich relevanten Normen kann es darum gehen, aus der Entwicklung und dem Verständnis vergleichbarer Rechtsfiguren in nationalen Strafrechtsordnungen Aufschluss über denkbare und gebräuchliche Bedeutungen

³⁰¹ Vgl. *Satzger*, Internationales Strafrecht (o. Fn. 295), S. 149 f.

³⁰² Wie die häufig auf die – als die wohl praktisch bedeutsamste – „richtlinienkonforme Auslegung“ beschränkten Bezugnahmen (wie z.B. bei *Sieber*, Strafrechtsvergleichung, o. Fn. 4, S. 105) nahelegen könnten. Vgl. etwa BGHSt 37 (1991), S. 333 (336), zum Abfallbegriff.

³⁰³ Zu weiteren Einzelheiten und Entscheidungsnachweisen vgl. *Ambos*, Internationales Strafrecht (o. Fn. 239), S. 494 ff.; *Hecker*, Europäisches Strafrecht (o. Fn. 263), S. 329 ff.

³⁰⁴ Wie oben zu II.B.1(a) bei Fn. 243 ff. beschrieben.

³⁰⁵ Wie seinerzeit nach BVerfG NJW 2001, S. 1848 (1850), der damalige § 220a StGB anhand der einschlägigen internationalen Völkermordverbote.

³⁰⁶ Wobei sich freilich daraus auch gewisse Bestimmtheitsprobleme ergeben können, vgl. *Helmut Gropengießer/Helmut Kreicker*, Grundlagen der Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen: Deutschland, in: Albin Eser/Helmut Kreicker (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Band 1, Freiburg 2003, S. 21–452 (79 f.). Zu solchen Rückwirkungen internationalen Strafrechts auf deutsches Strafrecht vgl. auch *Thomas Weigend*, Deutsches Völkerstrafrecht? Reflexionen internationalen Strafrechts in Deutschland – und umgekehrt, in: Streng/Kett-Straub, Kulturvergleich (o. Fn. 112), S. 213–232 (214 ff., 232).

³⁰⁷ Zu dieser Unterteilung wie auch mit weiteren Nachweisen zum Folgenden vgl. *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 105 ff.

zu erhalten und in die Deutung einzubringen. Neben Begriffen wie „strafrechtliche Anklage“ oder „unmenschliche oder erniedrigende Strafen und Behandlungen“, wie sie vom EMRG schon unter Hinzuziehung von nationalem Recht gedeutet wurden,³⁰⁸ geben die für das transnationale „Doppelverfolgungsverbot“³⁰⁹ wesentlichen Begriffe „derselben Tat“ und der „rechtskräftigen (Vor)Verurteilung“ dem EuGH immer wieder Gelegenheit, sich mit den teils ihrerseits voneinander abweichenden nationalen Rechtsordnungen auseinanderzusetzen.³¹⁰

➤ Auch durch *Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze* kann supranationales Strafrecht durch nationales beeinflusst werden. Soweit darin nicht sogar bereits eine „Fremdrechtsanwendung“ zu erblicken ist, wie insbesondere bei Ableitung von Rechtsgrundsätzen aus innerstaatlichen Rechtsvorschriften gemäß Art. 21 Abs. 1 (c) Rom-Statut oder bei Rückgriff auf die nationale Strafzumessungspraxis gemäß Art. 24 Abs. 1 Satz 2 ICTY-Statut,³¹¹ kann nationales Recht auch schon als bloße Auslegungshilfe zur Entwicklung und Fortbildung von supranationalem Strafrecht in nicht zu unterschätzender Weise beitragen. Für den Geltungsbereich der *Europäischen Menschenrechtskonvention*, in der man die Bezugnahme auf nationale Gemeinsamkeiten aufgrund eines „tiefen Glaubens an die Grundfreiheiten“ gleichsam als Bestandteil der EMRK bezeichnet findet, wird dazu insbesondere auf die Rechtsprechung des EGMR zur Altersbeschränkung bei Freiheitsstrafen und zum Mindestalter für die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Kindern verwiesen.³¹² Und indem sowohl die Grundrechte der EMRK als auch die dazu ergehende Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 3 durch Art. 52 Abs. 3 Grundrechte-Charta der EU als allgemeine Grundsätze in das Recht der Europäischen Union implantiert sind,³¹³ können nationale Rechtsvorstellungen auch auf diese mittelbare Weise die Entwicklung des *europäischen Unionsrechts* mit beeinflussen.³¹⁴ All dies ist natürlich nur dann zu erwarten, wenn die Richter supranationaler Strafgerichtsbarkeiten bei ihrer Rechtsfindung in neuen Gefilden weder einerseits voreingenommen in Rechtsvorstellungen der eigenen nationalen Herkunft verharren noch andererseits buchstäblich überheblich über alle nationalen Rechtserfahrungen hinwegsehen, sondern sich diesen rechtsvergleichend öffnen und nach der bestmög-

³⁰⁸ Vgl. *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 106, mit weiteren Nachweisen.

³⁰⁹ Vgl. oben II.B.1(b) zu Fn. 267 ff.

³¹⁰ Vgl. u.a. EuGH C-187/01 und C-385/01 (*Gözütok und Brügge*) vom 11.2.2003, C-436/04 (*Van Esbroeck*) vom 9.3.2006, C-297/07 (*Bourquain*) vom 11.12.2008 (unter Heranziehung eines rechtsvergleichenden Gutachtens des Max-Planck-Instituts, Rn. 26).

³¹¹ Vgl. oben II.B.1(a) zu Fn. 250 f.

³¹² So von *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 106 f., mit Verweis auf *W.J. Ganshof van der Meersch*, Die Bezugnahme auf das innerstaatliche Recht der Vertragsstaaten in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, EuGRZ 1981, S. 481–489.

³¹³ Vgl. *Martin Borowsky*, Vor Titel I: Würde des Menschen, Rn. 5 ff., sowie zu Art. 52 Rn. 29 ff., in: Meyer, Grundrechte-Charta (o. Fn. 269), S. 99 f. bzw. 792 ff.

³¹⁴ Vgl. *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 107.

lichen Lösung suchen.³¹⁵ Auf diese Weise können internationale Strafgerichtshöfe gar zu einer Art „Laboratorium für transkulturelle Strafrechtsdiskurse“ werden.³¹⁶

➤ Das gilt auch für die bislang wohl unterschätzte Rolle judikativer Strafrechtsvergleichung bei der Entwicklung einer *supranationalen Strafrechtsdogmatik*. Auch wenn dies letztlich der wissenschaftlichen Strafrechtsvergleichung obliegen mag, können durch rechtsvergleichende Begründung und Abstützung von Entscheidungen, wie beispielsweise zu Strafausschließungsgründen³¹⁷ oder Formen der Tatbeteiligung,³¹⁸ wichtige Bausteine für eine theoriegeleitete Strafjustiz geliefert werden.³¹⁹ Inwieweit es dazu wie auch zu den vorangehenden Wegen vergleichender Rechtsfindung und Rechtsfortbildung einer „wertenden Rechtsvergleichung“ bedarf, wird noch in einem eigenen Abschnitt zu betrachten sein.³²⁰

3. Exekutorische Strafrechtsvergleichung

Auch wenn diese Art von Strafrechtsvergleichung, wie schon eingangs erklärt, lediglich als ein Unterfall der judikativen zu verstehen und dieser nicht selbstständig zur Seite zu stellen ist,³²¹ verdient sie doch als „exekutorische“ eigens behandelt zu werden.

Wie erstmals von *Christoph Burchard* herausgearbeitet, liegt ihre namengebende Besonderheit darin, dass ihr Anwendungsfeld weniger in justiziellen Entscheidungsverfahren als vielmehr in den Vollstreckungsverfahren liegt, wie sie sich in der durch europäische Instrumente koordinierten und mitunter auch zentralisiert-institutionalisierten Kooperation der EU-Mitgliedstaaten vor allem bei der nationalen Strafverfolgung grenzüberschreitender Kriminalität entwickelt haben. Deshalb wird wechselweise auch von „exekutorischer Strafprozessrechtsvergleichung“ ge-

³¹⁵ Vgl. unten III.C.1(b).

³¹⁶ *Joachim Vogel*, Transkulturelles Strafrecht, GA 2010, S. 1–14 (12).

³¹⁷ Vgl. z.B. zu „duress“ die Dissenting Opinion von Judge *Antonio Cassese* zum Appeal Judgement in ICTY-IT-96-22-A (*Erdemovic*) vom 7.10.2007, paras. 11 ff.

³¹⁸ Vgl. z.B. ICTY-IT-97-34-T (*Stakic*) Trial Judgment, 31.7.2003, paras. 438 ff., ICC-01/04-01/06 (*Lubanga*) Decision on the confirmation of charges, 29.1.2007, paras. 317 ff., sowie zur rechtsvergleichend unterstützten Begründung mittelbarer Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate in der ICC-01/04-01/07 (*Katanga & Chui*) Decision, 30.9.2008, mit Kritik von *Burghardt*, Völkerrechtliche Rechtsprechung (o. Fn. 102), S. 245 ff.; ferner *Ambos*, Internationales Strafrecht (o. Fn. 239), S. 152.

³¹⁹ Vgl. *Paul Roberts*, Comparative Law for International Criminal Justice, in: Öricü/Nelken, Handbook (o. Fn. 7), S. 329–370 (356 ff.); *Yuval Shany*, Seeking Domestic Help. The Role of Domestic Criminal Law in Legitimizing the Work of International Criminal Tribunals, JICJ 11 (2013), S. 5–26, sowie insbesondere zum Einfluss deutschen Strafrechts auf die Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs *Weigend*, Deutsches Völkerstrafrecht (o. Fn. 306), S. 230 ff.

³²⁰ Vgl. unten II.D.

³²¹ Oben II.B. vor 1.

sprochen.³²² Neben der dort näher behandelten „Europäischen Ermittlungsanordnung“ samt dem „Rahmenbeschluss Europäische Beweisordnung“³²³ können dazu auch die Maßnahmen gerechnet werden, die zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften im jeweiligen Mitgliedstaat getroffen werden können.³²⁴ Prozessual geht es dabei vor allem um die grenzüberschreitende Erhebung und Verwertung von Beweisen und diesbezüglichen Verboten in der einen oder anderen betroffenen Jurisdiktion. Die dafür erforderliche Ermittlung und Bewertung der jeweils anderen Rechtsordnung(en) kann eine dreifache Funktion zum Ziel haben: eine Kontrollfunktion für die Angemessenheit fremder Strafverfahrensordnungen und dabei insbesondere für die funktionale Äquivalenz mitgliedstaatlicher Beweisrechte,³²⁵ eine individuelle Schutzfunktion für den betroffenen Bürger sowie eine Initiativfunktion für europäische Harmonisierungs- und Konvergenzmaßnahmen.³²⁶

Soweit eine weitere Besonderheit der exekutorischen Strafprozessrechtsvergleichung darin liegen soll, dass bei ihr – im Unterschied zu der auf „Eigenrechtsprüfung“ angelegten judikativen Strafrechtsvergleichung – eine „echte Fremdrechtsbewertung“ vorzunehmen sei,³²⁷ kann dem allenfalls graduelle Bedeutung zugestanden werden. Nicht nur, dass einerseits bei exekutorischen Ermittlungs-, Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren neben Polizei- und anderen Verwaltungsinstanzen auch Gerichtsorgane in eine „Fremdrechtsbeobachtung und -bewertung“ involviert sein können,³²⁸ werden sich andererseits auch sonstige Formen judikativer Strafrechtsvergleichung meist nicht mit einer „Eigenrechtsprüfung“ begnügen können, sondern sich mit der Ermittlung und Auslegung von fremdem Recht – wie beispielsweise in Fällen „doppelter“ oder „beiderseitiger Strafbarkeit“ – zu befassen haben.³²⁹ Immerhin mag sich aber davon exekutorische Strafrechtsvergleichung insofern – wenngleich auch dies wiederum nur graduell – abheben,

³²² *Burchard*, Exekutorische Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 81), S. 275 f., 286 ff.

³²³ *Burchard*, Exekutorische Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 81), S. 278 ff.

³²⁴ Vgl. *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 102. Vgl. dazu auch unten II.C.2(b).

³²⁵ Insoweit wird darin zutreffend ein Fall der von mir so bezeichneten „evaluativ-kompetitiven“ Strafrechtsvergleichung (unten II.D.4(a)) gesehen, *Burchard*, Exekutorische Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 81), S. 290.

³²⁶ Vgl. *Burchard*, Exekutorische Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 81), S. 275, 287, 290, 298.

³²⁷ *Burchard*, Exekutorische Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 81), S. 275, 287, 288.

³²⁸ Wie auch von *Burchard*, Exekutorische Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 81), S. 287, eingeräumt. Auch bei *Vogel*, Instrumentelle (o. Fn. 71), finden sich „Gerichte, Staatsanwaltschaften oder sonst zuständige Stellen im Rahmen der [grenzüberschreitenden] Zusammenarbeit“ differenziert einer möglichen „exekutorischen“ Strafrechtsvergleichung zugeordnet (S. 206 Fn. 4).

³²⁹ Vgl. oben II.B.1(b) zu Fn. 253 ff.

als bei ihr dem Rechtskulturvergleich der beteiligten Vollstreckungsakteure eine größere Rolle zukommen kann.³³⁰

C. Legislative Strafrechtsvergleichung

Sobald der Richter Recht nicht nur interpretiert, sondern mit Blick auf ausländisches Recht modernisierend umzuformulieren, optimierend umzufunktionieren oder harmonisierend anzugleichen beginnt, hat er eigentlich schon die Grenze zur Rechtsschöpfung überschritten und damit den Bereich betreten, der im Grunde bereits zur Domäne des Gesetzgebers gehört und dementsprechend als „legislative Rechtsvergleichung“ bezeichnet werden kann.³³¹ In dieser rechtspolitischen Orientierung wird gelegentlich sogar die wichtigste Funktion von Rechtsvergleichung gesehen.³³² Auch wenn nicht ausdrücklich so deklariert, kann doch schon rein museal erscheinendes Gesetzessammeln bis hin zu scheinbar purer Grundlagenforschung letztlich reformpolitisch motiviert sein, ähnlich wie dies bereits bei den rechtsvergleichenden Studien von *Platon* und *Aristoteles* zu vermuten ist.³³³ An Klarheit und Verbindlichkeit nicht zu überbieten ist die legislative Funktion natürlich dort, wo rechtsvergleichende Erkundungen gesetzgebenden Organen förmlich auferlegt werden, wie es durch ein in dieser Art wohl einmaliges allgemeines Mandat in England geschehen ist.³³⁴

³³⁰ Vgl. *Burchard*, Exekutorische Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 81), S. 275, 301 ff., sowie unten III.B.3(d).

³³¹ Wie bereits in *Eser*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 3), Kaiser-FS, S. 1511, angenommen und namentlich von *Burchard*, Exekutorische Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 81), S. 286; *Hauck*, Funktionen (o. Fn. 52), S. 260, 270; *Perron*, Operativ-funktionalistisch (o. Fn. 81), S. 123; und *Wörner*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 81), S. 140, übernommen.

³³² Vgl. etwa *Jescheck*, Strafprozessreform (o. Fn. 127), S. 765, sowie grundlegend *Ulrich Drobniß/Peter Dopffel*, Die Nutzung der Rechtsvergleichung durch den deutschen Gesetzgeber, *RabelsZ* 46 (1982), S. 253–299. Auch von *Sieber* wird die Rechtsvergleichung als „zentrales Instrument für die Rechtspolitik“ bezeichnet (in: Grundlagen; o. Fn. 60, S. 13), während sich unter der Rubrik „Rechtspolitik“ die Entwicklung und Reform des Strafrechts (im Anschluss an die zuvor behandelte „Grundlagenforschung“) lediglich als „die zweite grundlegende Aufgabe der Strafrechtsvergleichung“ eingeordnet findet (in: Strafrechtsvergleichung, o. Fn. 4, S. 95).

³³³ Vgl. oben I.B.1. zu Fn. 9 f., II.B. vor 1.

³³⁴ Und zwar in Section 3 (1) des Law Commissions Act von 1965, wo es heißt: “It shall be the duty of each of the commissioners [...] to obtain such information as to the legal system of other countries as appears to the commissioners likely to facilitate the performance of any of their duties”, zitiert nach *Jescheck*, Strafprozessreform (o. Fn. 283), S. 148. Zu einem früheren britischen Vorläufer dieses gesetzlichen Auftrags vgl. bereits die selbstaufgelegte Pflicht der britischen Königlichen Strafrechtskommission in ihrem „Fourth Report of Her Majesty’s Commissioners of Criminal Law 1839“, bei *Jescheck*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 2), S. 16. Eine andere – hier nicht beantwortbare – Frage ist natürlich, inwieweit dieser Auftrag in der Praxis tatsächlich auch umgesetzt wird.

Um die Vielfalt legislativer Rechtsvergleichung in eine gewisse Struktur zu bringen, empfiehlt es sich, verschiedenartige Zielsetzungen (II.C.1.) und verschiedene Ebenen und Reichweiten (II.C.2.) jeweils eigens unter die Lupe zu nehmen. Schon dabei wird sich zeigen, dass je nach legislativem Motiv auch der Anwendungsbereich ein jeweils anderer sein kann.

1. Zielsetzungen und Aufgaben

(a) Optimierung und Modernisierung des eigenen nationalen Strafrechts

Auf den ersten Blick könnte man meinen, dass legislative Rechtsvergleichung auf gar nichts anderes als auf Optimierung oder Modernisierung des bestehenden Rechts ausgerichtet sein könnte. Denn warum sollte man das Strafrecht ändern wollen, wenn es nicht seiner Verbesserung dienen sollte? Doch nicht nur, dass die Frage nach einem Besser oder Schlechter vom jeweiligen rechtspolitischen Blickwinkel abhängen kann, ist auch nicht auszuschließen, dass man selbst fragwürdige Rechtsmängel eines anderen Landes meint heranziehen zu können, um Defizite im eigenen Recht besser rechtfertigen zu können. Dazu braucht man eigentlich nur an die Todesstrafe zu denken, an der manche strafrechtlich rückständigen Länder – allen internationalen Abschaffungsbestrebungen zum Trotz – nicht zuletzt deshalb meinen festhalten zu dürfen, weil sie sich dazu auf die Praxis eines so fortschrittlich eingeschätzten Landes wie die Vereinigten Staaten von Amerika berufen können. Eine derartige *reformatio in peius* kann gewiss nicht eine Devise legislativer Strafrechtsvergleichung sein. Auch wenn manche Rechtsreformen nur gut gemeint, aber nicht wirklich gut sind, muss die dafür eingesetzte Rechtsvergleichung, falls sie ihrer forschungsethischen Verantwortung gerecht werden will,³³⁵ zumindest tendenziell von Verbesserungs- und nicht von Verschlechterungsabsichten geleitet sein.

➤ Zur *Optimierung* kann Strafrechtsvergleichung schon dadurch beitragen, dass sie zur kritischen Überprüfung des eigenen Rechts anregt, auf möglicherweise bessere Regelungen ausländischer Rechtsordnungen aufmerksam macht und damit Reformprozesse anstößt.³³⁶ Das kann sowohl durch landesinternes Gewahrwerden eigener Defizite veranlasst werden als auch von außen her durch vorbildliche Rechtsverbesserungen im ausländischen Umfeld ausgelöst sein, bis hin zu dem ehrgeizigen Bemühen, auf der Suche nach dem bestmöglichen Rechtsstandard im

³³⁵ Vgl. unten III.C.1(c).

³³⁶ Vgl. *Hilgendorf*, Einführung (o. Fn. 5), S. 18; *Neumayer*, Rechtssysteme (o. Fn. 8), S. 31; *Rösler*, Erkenntnisinstrument (o. Fn. 8), S. 1087, sowie zu weiteren vergleichbaren Gründen für Strafrechtsimport *Karl-Ludwig Kunz*, Die Kulturgebundenheit des Strafrechts und seine Übertragbarkeit in fremde Rechtskreise, in: *Streng/Kett-Straub*, Kulturvergleich (o. Fn. 112), S. 145–167 (146 ff.).

internationalen „Benchmarking“ gut dazustehen.³³⁷ Dieser Druck äußert sich natürlich umso stärker, je schwerer es rechtsstaatlich zurückgebliebenen Ländern gemacht wird, sich gegenüber höheren internationalen Standards und damit verbundener ausländischer Kritik zu behaupten.³³⁸ Dabei kann es, muss aber nicht unbedingt um großflächige Neugestaltungen oder grundsätzliche Richtungsänderungen gehen, wie beispielsweise bei der nach amerikanischem Vorbild verstärkten Stellung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren.³³⁹ Vielmehr kann eine Optimierung auch schon in rechtstechnischen Verbesserungen oder in punktuellen Korrekturen liegen, wie beispielsweise bei wirksamerem Schutz gegen Kinderpornographie und verstärkter Providerverantwortlichkeit im Internet.³⁴⁰

➤ Über solche eher zufallsbedingten und punktuellen Verbesserungen hinaus geht es bei der *Modernisierung* des nationalen Strafrechts meist um Reformen, die durch grundlegendere politische Neuorientierungen, wie etwa durch die Entwicklung einer regionalen oder universalen Kriminalpolitik,³⁴¹ veranlasst sein können und bei denen man sich von ausländischen Vorbildern – oder auch abschreckenden Erfahrungen – Einsichten und Inspiration erhofft. Wenn „law develops mainly by borrowing“, wie zur Entwicklung des Zivilrechts in einem gern zitierten Diktum von *Alan Watson* behauptet,³⁴² dann gilt das wahrscheinlich auch für alle größeren politisch bedingten oder durch einen neuen Zeitgeist beflügelten Reformschübe im Strafrecht. Dazu lässt sich schon allein im Blick auf Deutschland die vor über 150 Jahren ausgelöste Strafprozessreform als Beispiel anführen, ist doch der „liberale Strafprozess“ des 19. Jahrhunderts ohne englische und französische Vorbilder nicht zu denken.³⁴³ Während sich Deutschland in dieser Phase meist als Importeur fremden Rechts betätigte, wurde es seinerseits doch auch immer wieder zum Exportland, indem namentlich Japan nach der sich für den Westen öffnenden Meiji-Reform Mitte des 19. Jahrhunderts wie auch die Türkei nach der post-osmanischen kemalistischen Reform Anfang des 20. Jahrhunderts beträchtliche Anleihen beim deutschen Strafrecht und Strafprozessrecht machten.³⁴⁴ Für diese Modernisierungen

³³⁷ Vgl. *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 93, 99, 110.

³³⁸ Vgl. *Jescheck*, Strafrechtsreform (o. Fn. 283), S. 137.

³³⁹ Vgl. *Albin Eser*, Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren. Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rechtsstellung des Beschuldigten, *ZStW* 79 (1967), S. 565–623 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3700.

³⁴⁰ Zu einem dazu vom Bundesjustizministerium eingeholten Gutachten vgl. *Ulrich Sieber*, Kinderpornographie, Jugendschutz und Providerverantwortlichkeit im Internet: Eine strafrechtsvergleichende Untersuchung, Bonn 1999.

³⁴¹ Vgl. *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 90.

³⁴² *Alan Watson*, *The Making of the Civil Law*, Cambridge/Mass. 1981, S. 181.

³⁴³ Zu Einzelheiten vgl. *Jescheck*, Strafprozessreform (o. Fn. 127), S. 765 ff., sowie *Franz Streng*, Strafrechtsexport als Strafrechtsimport, in: *Streng/Kett-Straub*, Kulturvergleich (o. Fn. 112), S. 1–22 (2 ff.). Vgl. auch die Nachweise oben I.C. zu Fn. 110.

³⁴⁴ Zu diesen Transferprozessen vgl. – unter anderem – *Karl-Friedrich Lenz/Robert Heuser*, Strafrechtsentwicklung in Japan und der Volksrepublik China, Freiburg 1995,

war charakteristisch, dass die Übernahme ausländischen Rechts, weil Anschluss an zivilisatorisch fortgeschrittenere Länder versprechend, reformpolitisch gewollt war. Das braucht jedoch nicht immer der Fall zu sein. Selbst wenn etwa das in afrikanische Kolonien eingeführte europäische Strafrecht dem weniger entwickelten traditionellen Stammesrecht in vielerlei Hinsicht überlegen gewesen sein mag, war es deswegen bei der indigenen Bevölkerung nicht schon willkommen, da es meist gegen ihren Willen aufoktroziert wurde.³⁴⁵ Auch bei den rechtsstaatlich motivierten Strafrechtsreformen, wie sie nach den politischen Systemwechseln in vormalig sozialistischen Staaten notwendig geworden waren,³⁴⁶ konnten westeuropäische Strafgesetzbücher und Strafprozessordnungen als Vorbild dienen.³⁴⁷ Doch auch bei diesen Reformprozessen brauchte nicht jedes rechtsvergleichende Angebot erwünscht zu sein, insbesondere dann nicht, wenn einem reformbedürftigen Land mit Druck von außen das scheinbar bessere Recht eines anderen Landes aufgedrängt werden sollte, wie dies bei der problematischen Einführung des adversatorischen Verfahrensmodells angloamerikanischer Provenienz in die andersartige kontinentaleuropäische Prozessstruktur zu beobachten war.³⁴⁸ Wiederum anders können migra-

S. 4 ff., bzw. *Ayhan Önder*, Die Entwicklung und Rezeption des Straf- und Strafverfahrensrechts in der Türkei, ZStW 70 (1958), S. 31–322, sowie zu sich daran anschließenden Anpassungsschwierigkeiten *Wörner*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 81), S. 138, wie auch zu neuesten Reformen *Adem Sözüer*, 10 Jahre Türkische Strafrechtsreform – Hoffnungen und Enttäuschungen, in: Björn Burkhardt/Hans-Georg Koch u.a. (Hrsg.), *Scripta amicitiae*. Freundschaftsgabe für Albin Eser zum 80. Geburtstag, Berlin 2015, S. 143–157; *Silvia Tellenbach* (Hrsg.), Das neue türkische Straf- und Strafprozessrecht, Berlin 2008; informativ auch *Leonidas Kotsalis*, Die Einführung des deutschen Strafrechts in Griechenland, in: Streng/Kett-Straub, Kulturvergleich (o. Fn. 112), S. 93–103.

³⁴⁵ Vgl. *Upendra Baxi*, The colonialist heritage, in: Pierre Legrand/Roderick Munday (eds.), *Comparative Legal Traditions and Transitions*, Cambridge 2003, S. 46–75, zu den zudem unterschiedlichen Rechtstraditionen der verschiedenen Kolonialmächte; speziell die Ureinwohner von Lateinamerika betreffend vgl. *Emiliano Borja Jiménez*, Annäherung an das interkulturelle Fundament des Strafrechts, in: Manfred Heinrich u.a. (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis*. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, Berlin 2011, S. 55–70. Auch der Transfer deutschen Strafrechts durch Japan nach Korea wurde dort als eine „von außen aufgezwungene indirekte Rezeption“ empfunden: *Young-Whan Kim*, Rezeption des deutschen Strafrechts in Korea, in: Streng/Kett-Straub, Kulturvergleich (o. Fn. 112), S. 59–74 (63); vgl. auch *Byung-Sun Cho*, Konkretisierungen der deutschen Strafrechtsdogmatik in Korea. Grenzen und Fortentwicklungen der Rezeption, in: Streng/Kett-Straub, Kulturvergleich (o. Fn. 112), S. 75–92 (77).

³⁴⁶ Wobei zudem zu bedenken ist, dass diese Länder sich bereits bei Einführung des sozialistischen Strafrechtssystems rechtsvergleichend an bestimmten politischen Vorgaben zu orientieren hatten, vgl. *Jescheck*, Strafrechtsreform (o. Fn. 283), S. 135.

³⁴⁷ Vgl. die verschiedenen Landesberichte in *Albin Eser/Günther Kaiser/Ewa Weigend* (Hrsg.), *Von totalitärem zu rechtsstaatlichem Strafrecht*. Kriminalpolitische Reformtendenzen im Strafrecht osteuropäischer Länder, Freiburg 1993; aufschlussreich zu dabei möglicherweise auftretendem landesinternem Richtungsstreit bei Reformen *Ewa Weigend*, Das neue polnische Strafgesetzbuch von 1997, ZStW 110 (1998), S. 114–142.

³⁴⁸ *Axel Schwarz/Sarah Degen*, Zwischen angloamerikanischem Sendungsbewusstsein und kontinental-europäischer Tradition: Das neue Strafprozessrecht in Bosnien und Herzegowina, ZStW 117 (2005), S. 458–474.

tionsbedingte Transferprozesse verlaufen, wenn größere Bevölkerungsgruppen aus demselben Land bei ihrer Einwanderung gleichsam „im Huckepack“ ihr heimisches Strafrecht mitbringen und sich auch bei Reformen weiterhin an ihrem „Mutterrecht“ orientieren, wie dies wohl für die Entwicklung in Lateinamerika anzunehmen ist.³⁴⁹ Daher wird man von modernisierungsorientierter Strafrechtsvergleichung nicht sprechen können, ohne sich dabei möglicher Unterschiede zwischen freiwillig importiertem, mitgebrachtem und aufoktroiertem Fremdrecht bewusst zu sein.³⁵⁰

➤ Auch mit der Schaffung eines „Lösungsvorrats“, wie dies häufig gefordert wird,³⁵¹ ist der legislativen Strafrechtsvergleichung ein wichtiges Ziel gesetzt. Dabei kann es sowohl um die Befriedigung einer aktuellen legislativen Nachfrage wie auch *eventualiter* um die Vorwegnahme möglicher künftiger Reformvorhaben gehen. Damit der Gesetzgeber für solche Fälle nicht mit leeren Händen dasteht, soll er auf eine Auswahl von Lösungsalternativen zurückgreifen können, die ihm von der Rechtsvergleichung bereits „systematisch geordnet, praktisch geprüft und kritisch gewürdigt“ zur Verfügung gestellt werden³⁵² – wobei die Letztentscheidung selbstverständlich beim Gesetzgeber verbleiben muss.³⁵³

➤ Diese Wahlfreiheit des Gesetzgebers kann freilich auch zu Missbrauch nach Art eines „Selbstbedienungsladens“ verleiten, indem sich der Gesetzgeber aus einem reichen Angebot verschiedener Modelle jenes herauspickt, das am besten in sein rechtspolitisches Programm zu passen scheint. Dabei kann leicht übersehen –

³⁴⁹ Vgl. *Jescheck*, Strafrechtsreform (o. Fn. 283), S. 159 f. Vgl. auch *Borja Jiménez*, Interkulturelles (o. Fn. 345); *Montiel*, Lateinamerikanische Strafrechtswissenschaft (o. Fn. 172).

³⁵⁰ Wobei jedoch nicht ohne Bedauern festzustellen ist, dass es an einer vergleichenden Analyse dieser verschiedenen Formen von Fremdrechtsimport, wie sie meinerseits schon einmal beabsichtigt war, bislang noch fehlt. Immerhin finden sich erste Ansätze zu einem derartigen Vergleich bei *Michele Graziadei*, Comparative Law and the Study of Transplants and Receptions, in: Reimann/Zimmermann, Oxford Handbook (o. Fn. 8), S. 441–475 (455 ff.); vgl. auch *Heike Jung*, Recht und kulturelle Identität – Anmerkungen zur Rezeption, Transplantation und Diffusion von Recht, ZStW 121 (2009), S. 467–500 (471). Vgl. auch die Nachweise oben I.C. zu Fn. 110.

³⁵¹ Wie wohl erstmals bei *Zitelmann*, Rechtsvergleichung (1900, o. Fn. 33), S. 13, für den Bereich des Zivilrechts angedeutet, darüber hinausgehend von *Rabel*, Rechtsvergleichung (1924, o. Fn. 36), S. 9, plastisch beschrieben und schließlich auch für die Strafrechtsvergleichung namentlich betont von *Jescheck*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 2), S. 42. Vgl. auch *Kaiser*, Vergleichende Kriminologie (o. Fn. 127), S. 84, sowie neuerdings *Wolfgang Frisch*, Strafrechtsvergleichung und nationales Recht. Zur Bedeutung der Strafrechtsvergleichung für Gesetzgebung und Rechtsanwendung, in: Thomas Elholm (Hrsg.), Ikke kun straf: Festskrift til Vagn Greve, Kopenhagen 2008, S. 139–156 (139); *Perron*, Operativ-funktionalistisch (o. Fn. 81), S. 122. Vgl. auch oben II.A.2(b) zu Fn. 184, sowie unten II.D.4(c).

³⁵² *Jescheck*, Strafprozessreform (o. Fn. 127), S. 765; vgl. auch *Örücü*, Developing (o. Fn. 72), S. 55, sowie zu damit auch eröffneten Chancen des Experimentierens mit neuen Lösungen und Alternativen zur Entwicklung von Bausteinen für supranationales Strafrecht *Ulrich Sieber*, Die Zukunft des europäischen Strafrechts, ZStW 121 (2009), S. 1–67 (15).

³⁵³ Vgl. unten III.B.5(a), C.1(a).

oder vielleicht sogar bewusst ignoriert – werden, dass sich in dem scheinbaren „Ausschuss“ möglicherweise noch bessere Alternativen oder zusätzlich erforderliche Bauteile finden ließen. Wie bei einem „buffet dinner“,³⁵⁴ wo dem einen schmeckt, was einem anderen nicht bekommt, aber weder das eine noch das andere ohne unvoreingenommene Kostprobe treffsicher herauszufinden ist, setzt auch die legislative Wahl eines ausländischen Modells voraus, dass – unter Berücksichtigung politischer, kultureller und sonstiger gesellschaftlicher Gemeinsamkeiten oder Unterschiede – seine Verträglichkeit mit dem eigenen Rechtssystem geprüft wird.³⁵⁵

(b) Transnationale Anpassung: Assimilierung – Harmonisierung – Unifizierung

Während den vorangehenden Zielsetzungen legislativer Rechtsvergleichung gemeinsam ist, dass diese vorwiegend aus eigenem Antrieb zur Verbesserung oder Modernisierung des nationalen Strafrechts betrieben wird, geht es nachfolgend um Fälle, in denen transnationale Vorgaben zu rechtsvergleichend abgestützter Gesetzgebung Anlass geben. Gewiss bleibt dabei der nationale Gesetzgeber selbst dann immer noch autonom, wenn er eine supranationale Vorgabe in nationales Recht zu implementieren hat. Gleichwohl ist er dabei gewissen Bedingungen unterworfen, die auch der Rechtsvergleichung eine bestimmte Richtung vorschreiben können, und sei es auch nur insofern, als es herauszufinden gilt, wie etwaige Vorgaben bestmöglich – oder je nach dem rechtspolitischen Standpunkt statt maximal auch nur minimal – umzusetzen sind. Dies kann unterschiedlich weitgehend geboten sein, wobei – mit fließenden Übergängen – zwischen Rechtsangleichung, Rechtsharmonisierung und Rechtsvereinheitlichung zu unterscheiden ist.³⁵⁶

➤ Bei rechtsvergleichender *Assimilierung* geht es darum, einer internationalen Verpflichtung zu gemeinschaftlicher Verbrechenverfolgung dadurch Rechnung zu tragen, dass die Mitgliedstaaten die betreffenden Tatbestände und Rechtsfolgen so weit wie möglich einander annähern. Eine solche Vorgabe ist beispielsweise dem Art. 325 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) zum

³⁵⁴ Um dieses Bild von *Weigend*, Criminal Law (o. Fn. 60), S. 262, aufzugreifen.

³⁵⁵ Vgl. dazu auch unten III.B.3(d), 5(b), (c).

³⁵⁶ Zu meinem eigenen Verständnis dieser teils uneinheitlich verstandenen Begriffe vgl. *Albin Eser*, Aktuelle Perspektiven transnationalen Strafrechts, in: Eser, Transnationales Strafrecht (o. Fn. 3), S. 27–43 (32 ff.) = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4758/; *ders.*, Von der Konkurrenz zur Kongruenz nationaler Strafrechtsordnungen. Wege zur Rechtsannäherung in Europa, *Poinikos Logos* 5/2002, S. 2157–2170 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4248/, bzw. zu abweichenden Begriffen und deren europarechtlicher Handhabung *Hecker*, Europäisches Strafrecht (o. Fn. 263), S. 219 ff., 257 ff.; *ders.*, Harmonisierung, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht (o. Fn. 63), S. 272–293; vgl. auch *André Klip*, Harmonisierung des Strafrechts – eine fixe Idee?, *NSStZ* 2000, S. 626–630; *Kunz*, Kulturgebundenheit (o. Fn. 336), S. 146, 150 ff.; *Klaus Tiedemann*, Gegenwart und Zukunft des europäischen Strafrechts, *ZStW* 116 (2004), S. 945–958 (949 ff.).

Schutz gegen betrügerische Verletzung der finanziellen Interessen der EU zu entnehmen. Wenn eine solche parallele Annäherung nationaler Strafvorschriften gleichermaßen lückenlos wie möglichst einheitlich sein soll und dabei zu berücksichtigen ist, dass der Betrugstatbestand in verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich weit gefasst sein kann oder verschiedenartige Elemente voraussetzt, so sind rechtsvergleichend sowohl die jeweiligen Unterschiede abzuklären als auch deren Behebung wechselseitig abzustimmen.³⁵⁷

➤ Von *Harmonisierung* lässt sich sprechen, wenn über einzelne Verfolgungsbereiche hinaus die Strafrechtssysteme verschiedener Länder so weit wie möglich miteinander kompatibel gemacht werden sollen oder eine möglichst einheitliche Optimierung angestrebt wird. Dabei braucht es weniger auf Gleichartigkeit anzukommen als vielmehr auf die funktionale Gleichwertigkeit im Hinblick auf das zu erreichende Ziel.³⁵⁸

➤ Über diese Anpassungsschritte, bei denen die betroffenen Rechtsordnungen ihre nationale Selbstständigkeit behalten, geht die *Unifizierung* insofern hinaus, als damit verschiedene nationale Rechte entweder völlig vereinheitlicht oder gar in einer übergeordneten Rechtsordnung aufgehen würden. Auch wenn dies als Fernziel für bestimmte, traditionell gleichartig geprägte Regionen erstrebenswert sein mag, wie übrigens bereits vor rund 100 Jahren namentlich von *Graf Gleispach* und *Franz v. Liszt* propagiert,³⁵⁹ dürfte dafür selbst für den Europäischen Rechtsraum die Zeit noch nicht reif sein.³⁶⁰

³⁵⁷ Vgl. unten III.B.4.

³⁵⁸ Im Sinne einer solchen „Mindestangleichung“ vgl. *Hecker*, Europäisches Strafrecht (o. Fn. 263), S. 273 f. Eingehend zur möglichen Entwicklung von „Kooperationsmodellen“ im europäischen Bereich vgl. *Sieber*, Zukunft (o. Fn. 352), S. 17 ff.; *Thomas Weigend*, Zur Frage eines „internationalen“ allgemeinen Teils, in: Bernd Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlin 2001, S. 1375–1399.

³⁵⁹ *Graf Gleispach*, Strafrechtsvereinheitlichung in Deutschland und Österreich-Ungarn, DStR 1916, Sp. 107–117; v. *Liszt*, Einheitliches mitteleuropäisches Strafrecht (o. Fn. 112). An dieses euphorische – und von chauvinistischen Hintergedanken offenbar nicht ganz freie – „Auf zur Vereinheitlichung des Strafrechts“ (*Gleispach*, Sp. 117) kritisch erinnernd vgl. *Michael Kubiciel*, Einheitliches europäisches Strafrecht und vergleichende Darstellung seiner Grundlagen, JZ 2015, S. 64–70.

³⁶⁰ Vgl. *Eser*, Perspektiven (o. Fn. 356), S. 33 ff.; *Kubiciel*, Europäisches Strafrecht (o. Fn. 359), S. 67 ff.; *Pieth*, Äquivalenz (o. Fn. 81), S. 478, sowie *Walter Perron*, Strafrechtsvereinheitlichung in Europa, in: Dieter Dörr/Meinrad Dreher (Hrsg.), Europa als Rechtsgemeinschaft, Baden-Baden 1997, S. 135–154 (152 ff.); etwas zuversichtlicher *ders.*, Perspektiven der europäischen Strafrechtsintegration, in: Michael Hettinger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2007, S. 429–441 (439 ff.).

(c) Entwicklung universalen und supranationalen Strafrechts

Schon die vorangehenden Formen legislativer Rechtsvergleichung sind transnational in dem Sinne, dass grenzüberschreitend – wenngleich eher von oben nach unten – fremde Gesetzgebung beeinflusst wird. Während dies aber primär nationales Recht zum Gegenstand hat, geht es hier mehr um die Gestaltung supranationalen Rechts.³⁶¹ Das ist wiederum auf verschiedene Weise möglich, wobei vor allem folgenden Wegen wachsende Bedeutung zukommt:

➤ Erste Schritte ermöglicht die rechtsvergleichende *Identifizierung von obersten Rechtsgrundsätzen*, wie sie bereits auf nationaler Ebene weitgehende Anerkennung gefunden haben und damit national wie transnational *Maßstäbe* für die weitere Rechtsfortbildung liefern können.³⁶² Diese Vorbildfunktion hat sowohl auf materiellrechtlicher Ebene, wie beispielsweise für die Anerkennung des Gesetzlichkeits- und Schuldprinzips, als auch im prozessualen Bereich, wie etwa für die Ausgestaltung der in allgemeinen Menschenrechtserklärungen vorgegebenen Fairnessregeln, Bedeutung.³⁶³

➤ Solche zunächst vielleicht nur punktuellen Rechtsgrundsätze können zugleich wichtige Vorarbeit für die Ausweitung und Verstärkung von *internationalen Konventionen und Übereinkommen* leisten. Namhafte Beispiele dafür sind das Genozidverbot³⁶⁴ und das noch weiter konkretisierungsbedürftige Verbot grausamer, unmenschlicher und erniedrigender Strafen.³⁶⁵ Nicht nur, dass solche weltweiten Anhebungen menschengerechterer Strafjustiz gegenständlich einer rechtsvergleichenden Abstimmung über den bereits erreichten Rechtszustand wie auch einer Ermunterung zu gemeinsamem Vorschreiten bedürfen; vielmehr ist auch in terminologischer und rechtstechnischer Hinsicht ein transnational einsatzfähiges In-

³⁶¹ Zu den verschiedenen Ebenen und Ausprägungen transnationalen Rechts vgl. die Nachweise oben Fn. 261. Eingehend zu „supranationalen Modellen“ im europäischen Bereich vgl. *Sieber*, Zukunft (o. Fn. 352), S. 22 ff.

³⁶² Diese von *Neumayer*, Rechtssysteme (o. Fn. 8), S. 31, hervorgehobene Lieferung wesentlicher Bestandteile für die Entwicklung des Völkerrechts ist für das Strafrecht kaum von geringerer Bedeutung. Vgl. auch nachfolgend zu Fn. 363 ff.

³⁶³ Vgl. *Jescheck*, Strafrechtsreform (o. Fn. 283), S. 137 f.

³⁶⁴ Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermords vom 9.12.1948.

³⁶⁵ Wie weltweit mit dem Folterverbot in Art. 5 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 proklamiert und durch Art. 7 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte von 1966 erweitert sowie in den Art. 3 und 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention 1950 für den europäischen Bereich ergänzt. Zu diesen wie auch zu weiteren internationalen Abkommen, die sowohl einen verbesserten Rechtsschutz als auch eine Humanisierung mancherorts noch menschenunwürdiger Strafen bringen sollen, vgl. die reichhaltige Dokumentation von *Christine Van den Wyngaert* (ed.), *International Criminal Law. A Collection of International and European Instruments*, 3. Auflage Leiden, Boston 2005, sowie den Überblick von *Jescheck*, Strafrechtsreform (o. Fn. 283), S. 141 ff.

strumentarium zu finden.³⁶⁶ Nicht ohne Pathos wurde gerade für die Rechtsfortbildung des Völkerstrafrechts die besondere Verantwortung der Rechtsvergleichung beschworen.³⁶⁷

➤ Krönenden Abschluss können solche Bemühungen in der Ausbildung *internationaler Strafgerichtsbarkeit* finden. Nachdem dies zunächst lediglich in Form von räumlich-zeithistorisch begrenzten internationalen Ad hoc-Tribunalen zur Verfolgung und Aburteilung völkerrechtlicher Verbrechen im ehemaligen Jugoslawien (ICTY) und Ruanda (ICTR) geschehen war, zu denen auch noch ähnlich begrenzte national-international gemischte Gerichte für andere von schlimmsten Völkerrechtsverbrechen gezeichnete Regionen hinzutraten, war die Errichtung eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofs, wie dies durch das Rom-Statut für den ICC gelungen ist, im Grunde nur noch eine Frage der Zeit.³⁶⁸

Welche wichtige Rolle dabei die Rechtsvergleichung spielen kann, könnte kaum besser als an den unterschiedlichen Entstehungsbedingungen der Ad hoc-Gerichte und des Internationalen Strafgerichtshofs demonstriert werden. Während die Dringlichkeit, mit der die Jugoslawien- und Ruanda-Tribunale zu errichten waren, wenig Zeit für gründliche Vorarbeit ließ, konnte sich der Internationale Strafgerichtshof eine längere Vorlaufzeit leisten. Dementsprechend ist das Statut, das für die Arbeit des ICTY – und nahezu inhaltsgleich für die des ICTR – maßgeblich ist, mit insgesamt 34 Artikeln ungemein kurz ausgefallen, wobei es über die Jurisdiktionsbestimmungen hinaus zu den Allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen nur wenig und zum Verfahren nicht viel mehr enthält. Demgegenüber hat das Rom-Statut mit seinen 129 Artikeln sowohl materiellrechtlich wie prozessual weitaus mehr zu sagen. Schon dazu wäre aber auf die rechtsvergleichende Nachhilfe hinzuweisen, ohne die der den „Allgemeinen Grundsätzen der Strafbarkeit“ gewidmete Teil 3 wohl noch rudimentärer geblieben wäre; denn nachdem sich der ICC-Entwurf der International Law Commission im Wesentlichen auf eher formale Jurisdiktionsaspekte beschränkt hatte und sich selbst dabei mit Verfahrensregeln sehr zurückhielt, ist die Erarbeitung wesentlicher Strafbarkeits Elemente – wie zu Vorsatz und Irrtum, Versuch und Tatbeteiligung, Notwehr und sonstigen Strafausschließungsgründen – erst auf Initiative wissenschaftlicher Kreise durch Einbringung von Alternativentwürfen in Gang gekommen.³⁶⁹

³⁶⁶ Vgl. Öricü, Developing (o. Fn. 72), S. 55.

³⁶⁷ So sieht Jescheck, Strafrechtsverglei chung (o. Fn. 2), S. 31, die Rechtsvergleichung „als das sachliche Gewissen der Menschheit dazu berufen, die Gerechtigkeit in ihren großen Postulaten der Unparteilichkeit der Gerichte, der Gleichheit der Täter vor dem Recht und der Verhältnismäßigkeit von Schuld und Sühne zu sichern gegen die Auswirkungen des ‚bedingungslosen Hasses‘ der Kriegszeit: Parteilichkeit, Einseitigkeit und Übermaß“.

³⁶⁸ Vgl. Roberts, International Criminal Justice (o. Fn. 319), S. 340 ff., 354 ff. Näher zur Entwicklung Ambos, Internationales Strafrecht (o. Fn. 239), S. 100 ff.

³⁶⁹ Wobei hier dank eigener Erfahrungen lediglich auf den Siracusa-Freiburg-Chicago-Draft verwiesen sei, vgl. Albin Eser, Individual Criminal Responsibility, in: Antonio

Diese unterschiedlichen Ausgangsbedingungen haben sich auch im Regelungsgehalt bemerkbar gemacht. Während in den ohnehin wenigen Artikeln für den ICTY und den ICTR die vorwiegende, wenn nicht gar einseitige Herkunft aus Common law-Quellen nicht zu verkennen ist, sind im Rom-Statut bereits stärkere Einflüsse aus der kontinental-europäischen Strafrechtstradition festzustellen. Ähnliche Gewichtsverlagerungen sind auch bei den das Statut ergänzenden Rules of Procedure and Evidence (RPE) zu beobachten. Das lässt sich schon an der unterschiedlichen Rolle der Richterschaft ablesen. Nachdem das ICTY und das ICTR praktisch ohne prozedurale Vorgaben an die Arbeit zu gehen hatten, oblag es dort den Richtern, sich die erforderlichen Verfahrensregeln selbst zu geben. Bei dieser rechtsschöpferischen Aufgabe und Chance, die in regelmäßigen Plenarsitzungen wahrzunehmen ist, konnte es nicht ausbleiben, dass die Rules zunächst von den Rechtsvorstellungen jener Richtergruppe dominiert wurden, die ein möglichst komplettes und schnell einsetzbares Kompendium auf den Beratungstisch legen konnte: und das war nun einmal – namentlich in Person der späteren ICTY-Präsidentin *Kirk McDonald* – der seinerzeit vorwiegend aus dem Common law stammenden Richtergruppe gelungen.³⁷⁰ Je mehr sich aber dann in der ICTY-Praxis die adversatorische Prozessstruktur des Common law als jedenfalls für komplexe internationalstrafrechtliche Verfahren wenig geeignet herausstellte, desto mehr fanden – oft polemisch als „inquisitorisch“ diskreditierte – instruktorische Elemente des modernen kontinental-europäischen Prozessrechts Eingang in die richterrechtlichen Rules of Procedure and Evidence.³⁷¹

Einen solchen Änderungsprozess brauchten die RPE für den ICC nicht zu durchlaufen. Schon in formaler Hinsicht deshalb nicht, weil sie nicht durch richterliche Plenarbeschlüsse zustande kamen, sondern in einem legislativ ähnlichen Verfahren durch die zuständigen Gremien des Rom-Statuts geschaffen wurden; und zum anderen insofern nicht, als bereits bei Erarbeitung der ICC-RPE die Erfahrungen der ICTY-Praxis berücksichtigt werden konnten und dies auf rechtsvergleichender Grundlage unter Beteiligung von Kommissionsmitgliedern aus verschiedenen Rechtskreisen geschah.³⁷² Dabei hatten sich diese in die möglicherweise abweichenden Rechtsvorstellungen und andersartigen Denkstile der jeweiligen Verhandlungspartner einzuarbeiten und auch einzufühlen. Denn „sinnvoll verhandeln kann

Cassese et al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Band I, Oxford 2002, S. 767–822 (767 f.) = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3909.

³⁷⁰ Vgl. *Albin Eser*, *Procedural Structure and Features of International Criminal Justice: Lessons from the ICTY*, in: Bert Swart/Alexander Zahar/Göran Sluiter (eds.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, Oxford 2011, S. 108–148 (119) = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/9713.

³⁷¹ Vgl. *Vladimir Tochilovsky*, *The Nature and Evolution of the Rules of Procedure and Evidence*, in: Karim A.A. Khan/Caroline Buisman/Christopher Gosnell (eds.), *Principles of Evidence in International Criminal Justice*, Oxford 2010, S. 157–184 (159 ff.).

³⁷² Vgl. *Tochilovsky* (o. Fn. 371), S. 158.

nur, wer die kulturellen Voraussetzungen der anderen Seite kennt“.³⁷³ Diese Sensibilität aber ist ohne Rechtsvergleichung nicht zu gewinnen.

2. Regelungsebenen und Reichweiten

Wie sich schon aus der Auflistung möglicher Zielsetzungen legislativer Rechtsvergleichung erkennen lässt, haben diese eine unterschiedliche Reichweite. Diese kann wiederum davon abhängen, auf welcher Regelungsebene eine Rechtsreform erfolgen soll. Auch wenn sich dazu gewisse Wiederholungen nicht vermeiden lassen, erscheint es angebracht, sich zunächst einen Überblick über die Vielfalt verschiedener Ebenen und Reichweiten zu verschaffen. Dabei wird sich zeigen, dass die legislative Rechtsvergleichung mit der theoretischen und judikativen gemeinsam hat, auf allen Ebenen – seien sie nationaler oder transnationaler Natur – gefragt zu sein. Hinsichtlich ihrer jeweiligen Reichweite hingegen gibt es gewisse Unterschiede: Während sich die judikative Strafrechtsvergleichung durchweg nur mit Einzelfragen beschäftigt, kann sich die legislative Strafrechtsvergleichung – ähnlich wie dies schon zu theoretischer Mikro- bis hin zu Makro-Forschung zu bemerken war³⁷⁴ – von punktuellen bis zu globalen Vergleichsfeldern erstrecken. Dazu sind nachfolgend zuerst unterschiedliche Reichweiten vorzustellen, da sie auf allen Regelungsebenen eine Rolle spielen können.

(a) Unterschiedliche Reichweiten

➤ Ansteigend von klein- zu großräumig können schon *punktueller Rechtsänderungen* durch den Vergleich mit ausländischem Strafrecht oder internationalen Reformdiskussionen beeinflusst sein. Ein seinerzeit heiß diskutiertes Beispiel dafür ist der auf Vergewaltigung in der Ehe erweiterte § 177 StGB durch Streichung des früheren Außerehelichkeitserfordernisses.³⁷⁵ Dass solche Einzeländerungen nicht nur durch tatbestandliche Streichung oder Ergänzung eines Wortes, sondern auch durch eine Sondervorschrift erfolgen können, zeigt die auf internationale Übereinkommen zurückgehende Gleichstellung von ausländischen mit inländischen Amtsträgern bei Bestechungsdelikten.³⁷⁶ Zur gleichen Kategorie sind auch die bereits

³⁷³ Wie von *Hilgendorf*, Einführung (o. Fn. 5), S. 18, zutreffend festgestellt. Vgl. auch unten III.B.1(b) zu Fn. 607607 ff., III.B.3(b) zu Fn. 652, III.C.1(b) zu Fn. 731.

³⁷⁴ Vgl. oben II.A.2(b).

³⁷⁵ Durch das 33. Strafrechtsänderungsgesetz vom 1.7.1997 (BGBl. I 1607); vgl. Bundstags-Drucksache VI/3521 S. 39 sowie *Barbara Paetow*, Vergewaltigung in der Ehe. Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Vereinigten Staaten von Amerika, Freiburg 1986.

³⁷⁶ Durch Art. 2 § 1 des Gesetzes zur Bekämpfung internationaler Bestechung vom 10.9.1998 (BGBl. II 2327, III 450-28.); vgl. *Günter Heine*, Straftaten im Amt, in: *Schönke/Schröder* (o. Fn. 237), 27. Auflage München 2006, Vorbemerkungen vor § 331, Rn. 1c, 1d.

erwähnte Bekämpfung von Kinderpornographie wie auch die verstärkte Providerverantwortlichkeit im Internet zu rechnen.³⁷⁷

➤ Schon von *partiellen Strukturveränderungen* wird man beispielsweise sprechen können, wenn nach amerikanischem Vorbild strafprozessuale Belehrungspflichten erweitert werden³⁷⁸ oder die Geldstrafe auf das skandinavische Tagesbußensystem umgestellt wird.³⁷⁹ Auch rechtsvergleichend beeinflusste Umstellungen des Schwangerschaftsabbruchsrechts von einem Indikations- zu einem Fristen- oder einem dazwischenliegenden Beratungsmodell³⁸⁰ wird man noch zu solchen „software-artigen“ Änderungen rechnen können.

➤ Noch weitergehend lässt sich von „hardware-artigen“ *Systemveränderungen* sprechen, wenn beispielsweise das Strafverfahren von einem traditionell „inquisitorischen“ zu einem angloamerikanisch „adversatorischen“ Prozesssystem umfunktioniert wird, wie das beispielsweise in Italien der Fall war.³⁸¹ Auch verschiedene nach ausländischen Vorbildern eingeführte Maßnahmen zur Beschleunigung des deutschen Strafverfahrens³⁸² sind hier einzuordnen.

➤ Solche Erweiterungen können schließlich bis zu *großflächiger Systemauswechslung* der überkommenen Strafrechtsordnung oder wesentlicher Teile davon führen. In Form solcher „rechtlicher Transplantationen“³⁸³ ist beispielsweise in Japan das materielle Strafrecht dem deutschen nachgebildet und in der Türkei die deutsche Strafprozessordnung übernommen worden.³⁸⁴ Typisch dafür ist das legislative Schöpfen aus einer einzigen fremden Quelle.

➤ Anstelle solcher bilateraler Einspurigkeit sind auch auf multilateraler Basis grundlegende Neukodifizierungen denkbar: so insbesondere durch Übernahme rechtsvergleichend erarbeiteter *Modellstrafgesetzbücher*, wie etwa des amerikanischen „Model Penal Code“ für den Bereich des Common law.³⁸⁵ Auch für Latein-

³⁷⁷ Vgl. oben II.C.1(a) zu Fn. 340.

³⁷⁸ Vgl. oben II.C.1(a) zu Fn. 339.

³⁷⁹ Zu der recht wechselhaften Vorgeschichte in verschiedenen Ländern vgl. *Gerhardt Grebing*, Probleme der Tagessatz-Geldstrafe, ZStW 88 (1976), S. 1049–1115 (1049 ff.). Zu weiteren rechtsvergleichenden Reformbestrebungen im Sanktionsbereich vgl. *Jescheck*, Strafrechtsreform (o. Fn. 283), S. 150 ff.

³⁸⁰ Vgl. oben II.A.2(a) zu Fn. 160, II.B.2(a) zu Fn. 288 sowie *Albin Eser*, Schwangerschaftsabbruch, in: Schönke/Schröder (o. Fn. 237), Vorbemerkungen vor § 218, Rn. 6 f.

³⁸¹ *Elisabetta Grande*, Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance, *American Journal of Comparative Law* 48 (2000), S. 227.

³⁸² Vgl. *Jescheck*, Strafprozessreform (o. Fn. 127), S. 777 ff.

³⁸³ Wie wohl erstmals von *Alain Watson* als „legal transplants“ bezeichnet; näher dazu wie auch zu alternativen Begriffen wie „Rezeption“ oder „Transposition“ vgl. *Heike Jung*, Kulturelle Identität (o. Fn. 350), S. 467–500 (471 ff.). Vgl. auch die Nachweise oben I.C. zu Fn. 110.

³⁸⁴ Vgl. oben II.C.1(a) zu Fn. 344.

³⁸⁵ Vgl. *Jescheck*, Strafrechtsreform (o. Fn. 283), S. 148.

amerika gibt es dafür bereits gewisse Vorbilder, wie beispielsweise der im Jahre 1971 vorgelegte Allgemeine Teil eines „Código Penal Tipo para Latinoamérica“, der mit seinen Vorarbeiten bereits als Grundlage für die Strafrechtsreformen in Costa Rica (1970), Bolivien (1972) und El Salvador (1971) diente,³⁸⁶ oder der „Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamerica“ von 1988.³⁸⁷ Aus neuerer Zeit wären dazu auch das „Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union“³⁸⁸ sowie die „Model Codes for Post-Conflict Criminal Justice“³⁸⁹ zu erwähnen.

➤ Als vertikal großräumig kann man auch die *Neueinrichtung von Gerichtsbarkeiten* ansehen, wie neuerdings durch die verschiedenen inter- und supranationalen Strafgerichtshöfe geschehen.³⁹⁰

(b) Verschiedene Regelungsebenen

Wie sich schon vorangehend abgezeichnet hat, ist die Reichweite legislativer Strafrechtsvergleichung nicht von vornherein auf eine bestimmte Regelungsebene festgelegt, wie etwa derart, dass sie umso großflächiger geriete, je höher die Ebene ist, auf der sie zu erfolgen hat. Vielmehr können es ganz unterschiedliche Ebenen sein, auf denen legislativ ausgerichtete Rechtsvergleichung gefragt sein mag. Dabei kann die Reichweite sogar umso größer sein, je tiefer die Regelungsebene, auf der es rechtsvergleichend zu untermauernder Reformen bedarf – und umgekehrt. Auch wenn es dabei fließende Übergänge gibt, lassen sich vier Ebenen gesetzgeberisch orientierter Strafrechtsvergleichung unterscheiden. Verfährt man dabei – entgegen umgekehrt zu beobachtendem Vorgehen³⁹¹ – entwicklungsgeschichtlich naheliegend von unten nach oben, so ist von der nationalen über die regionale und universale bis zur supranationalen Ebene aufzusteigen.³⁹²

➤ Soweit ersichtlich, kam es jeweils zuerst auf *nationaler Ebene* bei gesetzgeberischen Reformen zu einer Orientierung an ausländischen Vorbildern und Erfahrungen. Dazu lässt sich in Erinnerung an *Platon* und *Aristoteles* bereits ein Bogen von der griechisch-römischen Antike über das englische „Law Merchant“ bis hin zur reformpolitisch motivierten Darstellung des ausländischen Strafrechts Anfang

³⁸⁶ Auch dazu vgl. *Jescheck*, Strafrechtsreform (o. Fn. 283), S. 149 f.

³⁸⁷ Vgl. *Javier Llobet Rodríguez*, Die Unschuldvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft. Ein Beitrag zur Strafprozessreform in Lateinamerika, Freiburg 1995, S. 5 f.

³⁸⁸ Hrsg. von *Mireille Delmas-Marty*, in deutscher Übersetzung von *Yvonne Kleine/Marc Tüll*, Köln 1998.

³⁸⁹ Hrsg. von *Vivienne O'Connor/Colette Rausch*, Washington, D.C. 2007.

³⁹⁰ Vgl. *Ambos*, Internationales Strafrecht (o. Fn. 239), S. 110 ff.

³⁹¹ Wie etwa bei *Jescheck*, Strafrechtsreform (o. Fn. 283), S. 137 ff.

³⁹² Näher zu den verschiedenen Ebenen solcher „Interlegalität“ vgl. *Vogel*, Europäische Kriminalpolitik (o. Fn. 189), S. 520 ff.

des 20. Jahrhunderts in Deutschland schlagen.³⁹³ Auch ist auf dieser Ebene das Spektrum rechtsvergleichend abgestützter – oder auch abgewehrter – Änderungen des eigenen Strafrechts am breitesten: angefangen bei einzelnen Straftatbeständen, wie beispielsweise zu ehelicher Vergewaltigung, über Strukturveränderungen, wie etwa des Geldstrafenmodus oder des Prozesssystems, bis hin zum – mehr oder weniger modifiziertem – Gesamtimport einer ausländischen Rechtsordnung, wie etwa des deutschen StGB in Japan oder der deutschen StPO in der Türkei.³⁹⁴ Selbst soweit es dabei – wie etwa durch Übernahme eines Modellstrafgesetzbuchs – zu parallelen Reformen in mehreren Ländern kommt, bewegt man sich jedenfalls so lange auf rein nationaler Ebene, wie dies frei von irgendwelchen verbindlichen Vorgaben geschieht.

➤ Davon lässt sich die legislative Strafrechtsvergleichung auf *regionaler Ebene* abheben, wie sie mit verschiedenartigen Kooperationsabkommen und Zusammenschlüssen von Ländern wachsende Bedeutung erlangt. Das liegt vor allem zwischen Nachbarländern nahe, wie im Fall der Europäischen Union,³⁹⁵ wo insbesondere an den Europäischen Haftbefehl³⁹⁶ und das bereits erwähnte „Corpus Juris“ zum Schutz finanzieller Interessen zu denken ist,³⁹⁷ wobei nicht zuletzt auch eine Angleichung der Straffreistellungsgründe zu avisieren wäre.³⁹⁸ Als weiterer regionaler Regelungsbereich bietet sich der sogenannte „Schengenraum“ an, wo zunächst nur für diesen ein grenzüberschreitendes „Doppelverfolgungsverbot“ eingeführt wurde,³⁹⁹ das aber aufgrund der dabei gemachten Erfahrungen schließlich auf die gesamte Europäische Union erstreckt werden konnte.⁴⁰⁰ Um auf dieser Ebene von regional sprechen zu können, braucht die erfasste Fläche allerdings nicht unbedingt eine völlig geschlossene zu sein; vielmehr ist hier auch an Assoziationen von Staaten zu denken, die sich – wie im Rahmen des Europarats – in Form der Europäi-

³⁹³ Vgl. oben I.B.1. zu Fn. 9 ff.

³⁹⁴ Zu Nachweisen dazu wie auch zu weiterem Beispielsmaterial vgl. vorangehend II.C.2(a).

³⁹⁵ Näher zu den im europäischen Bereich zu unterscheidenden Regelungsebenen, Kompetenzen und Rechtsquellen vgl. *Christoph Safferling*, Strafrechtsentwicklung in der EU – Konglomerat oder Synthese?, in: Streng/Kett-Straub, Kulturvergleich (o. Fn. 112), S. 187–211 (198 ff.).

³⁹⁶ Vgl. oben I.B.2. zu Fn. 63.

³⁹⁷ Vgl. oben II.C.2(a) zu Fn. 388 sowie zu den damit verbundenen Problemen in den Mitgliedstaaten *Mireille Delmas-Marty*, The Implementation of the Corpus Juris in the Member States, Antwerpen 2000.

³⁹⁸ Vgl. *Gerhard Dannecker*, Der Allgemeine Teil eines europäischen Strafrechts als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft – Zur Ausgestaltung der Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe, in: Thomas Weigend/Georg Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch, Berlin 1999, S. 141–173.

³⁹⁹ Durch Art. 54 Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) vom 19.7.1990. Vgl. zum Ganzen auch oben II.B.1(b) zu Fn. 262 ff.

⁴⁰⁰ Und zwar durch Art. 50 der Europäischen Grundrechte-Charta, vgl. *Eser*, Justizielle Rechte (o. Fn. 269), S. 704.

schen Menschenrechtskonvention zum Schutz bestimmter Rechte und Freiheiten⁴⁰¹ oder – wie im Rahmen der OECD – zu koordinierter Korruptionsbekämpfung verpflichtet oder zumindest bereit erklärt haben.⁴⁰² Soweit es dafür transnationaler Rechtsanpassung bedarf, wie zu den verschiedenen Arten von Assimilierung und Harmonisierung beschrieben,⁴⁰³ wird dies ohne grenzüberschreitende Rechtsvergleichung schwerlich zu erreichen sein.⁴⁰⁴

➤ Je weiter legislative Vorhaben über nationale und regionale Bereiche hinausgehen, desto mehr gerät man auf die *universale Ebene*. Diese ist jedoch nicht ohne Weiteres mit der (nachfolgend zu betrachtenden) supranationalen Ebene gleichzusetzen; denn während es dort um Recht geht, das dem nationalen übergeordnet ist, meint universal zwar einerseits mehr als nur national und regional, aber andererseits weniger als supranational, indem nämlich hier Rechtsentwicklungen angesprochen sein sollen, die auf globale Geltung und Beachtung abzielen, ohne aber von oben her verbindlich auferlegt zu sein.⁴⁰⁵ Dazu ist insbesondere die rechtsvergleichende Identifizierung oberster Rechtsgrundsätze zu nennen, ebenso wie man hierzu auch die autonome Umsetzung von internationalen Strafverfolgungsprogrammen in nationales Recht rechnen kann.⁴⁰⁶ Zu solchen „Reflexionen“ von internationalem auf nationales Strafrecht wäre insbesondere auch die an das Rom-Statut angelehnte Gestaltung des deutschen Völkerstrafgesetzbuches (VStGB) von 2002 zu zählen.⁴⁰⁷

➤ Für die *supranationale Ebene* ist zweierlei charakteristisch: zum einen, dass es dem Verbindlichkeitscharakter nach um die Entwicklung von Recht geht, das von einer übergeordneten Instanz geschaffen oder auferlegt wird oder das aufgrund eines verbindlichen internationalen Abkommens anzuwenden ist, und zum anderen, dass es hinsichtlich seiner territorialen Reichweite nicht unbedingt universal zu sein braucht, sondern auch auf bi- oder multilateral regionaler Basis Wirkung entfalten kann. Zu Letzterem lässt sich insbesondere das für Mitgliedstaaten der Europäischen Union verbindliche Straf- und Strafprozessrecht anführen; dabei ist materiellrechtlich an den Schutz finanzieller Interessen der EU⁴⁰⁸ sowie prozessrechtlich

⁴⁰¹ Eingehend zu rechtspolitischen Aktivitäten des Europarats und dazu geleisteter rechtsvergleichender Vorarbeit vgl. bereits *Jescheck*, Strafrechtsreform (o. Fn. 283), S. 146 f.; vgl. auch *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 96 ff.

⁴⁰² Vgl. *Günter Heine/Jörg Eisele*, in: Schönke/Schröder (o. Fn. 237), § 331 Rn. 1c ff.

⁴⁰³ Vgl. oben II.C.1(b).

⁴⁰⁴ Vgl. zu dieser Ebene auch *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 90 ff.

⁴⁰⁵ Dementsprechend wären manche der von *Jescheck*, Strafrechtsreform (o. Fn. 283), S. 137 ff., dem universalen Bereich zugerechneten Konventionen eher auf supranationaler Ebene einzuordnen.

⁴⁰⁶ Vgl. oben II.C.1(c).

⁴⁰⁷ Vgl. *Weigend*, Deutsches Völkerstrafrecht (o. Fn. 306), S. 216 ff.

⁴⁰⁸ Vgl. oben zu Fn. 324, 357, 397.

an die Justiziellen Rechte der Grundrechte-Charta zu denken.⁴⁰⁹ Mit universalem Anspruch – wenn auch (noch) nicht faktisch, so doch seiner Zielsetzung nach – wäre als eminentes Zeichen supranationaler Rechtsetzung das Rom-Statut für den Internationalen Strafgerichtshof zu nennen.⁴¹⁰

Wie schon diese wenigen Beispiele erkennen lassen, eröffnet sich mit fortschreitender Globalisierung, bei der auch die Kriminalität immer weniger Grenzen kennt, auch der legislativen Strafrechtsvergleichung ein weites Feld.

D. Evaluativ-kompetitive Strafrechtsvergleichung

Als eine weitere Dimension von Strafrechtsvergleichung bleiben noch Phänomene zu erfassen, die in dieser oder jener Weise schon zuvor immer wieder anklingen, bislang aber noch keine eigenständige Behandlung erfahren haben. Gemeint sind „wertende“ Funktionen und Methoden der Strafrechtsvergleichung, wie sie sich in dieser oder jener Form auch in sonstiger rechtsvergleichender Literatur mehr oder weniger beiläufig angesprochen finden. Nicht nur dass solche evaluativen Aspekte bei jeder der drei traditionellen Arten von theoretischer, judikativer und legislativer Strafrechtsvergleichung eine Rolle spielen können, vielmehr kann dabei auch ein kompetitives Moment mitschwingen. Deshalb erscheint es angebracht, diese die drei „klassischen“ Arten der Rechtsvergleichung ebenso durchziehenden wie auch darüber hinausgehenden Aufgaben als „evaluativ-kompetitive Strafrechtsvergleichung“ eigenständig zu etablieren⁴¹¹ und damit die bisherige „Trias“ zu einer „Tetrad“ zu erweitern.⁴¹² Nachdem dies vor Kurzem in einem eigenen Beitrag entwickelt wurde,⁴¹³ kann darauf im Folgenden – teils zusammenfassend, teils übernehmend – zurückgegriffen werden.

1. Zur Begriffsgeschichte

Als eine vergleichsweise neuartige – oder jedenfalls erst neuerdings als eigenständig erkannte – Aufgabe von Rechtsvergleichung ist ihre Bewertungsfunktion sowohl hinsichtlich ihres Ursprungs als auch ihrer begrifflichen Erfassung umstritten.

⁴⁰⁹ Vgl. Eser, Justizielle Rechte (o. Fn. 269), S. 652 ff., sowie zu weiteren Wegen des Einflusses europäischen Rechts auf das deutsche Strafrecht Kühl, Europäisierung (o. Fn. 189), S. 780 ff.

⁴¹⁰ Vgl. oben II.C.1(c).

⁴¹¹ Zu ersten Ansätzen dazu vgl. Eser, Gedanken (o. Fn. 82) und ders., Über Grenzen (o. Fn. 82).

⁴¹² Vgl. oben I.C. zu Fn. 83, II. vor A. zu Fn. 139 sowie unten II.D.3 zu Fn. 454.

⁴¹³ Eser, Evaluativ-kompetitive Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 82).

Als „Erfinder“ des Begriffs „wertende Rechtsvergleichung“ wird gerne *Konrad Zweigert* genannt.⁴¹⁴ Diese Zuschreibung ist allerdings nur in sachlicher Hinsicht zutreffend, nämlich nur insoweit, als *Zweigert* in der Tat der erste unter anderen zeitgenössischen Vordenkern gewesen sein dürfte, der bereits Ende der fünfziger Jahre des letzten Jahrhunderts von „kritischer Rechtsvergleichung“ und „besserem Recht“ gesprochen und dieser damit – wenn auch nicht explizit – eine über bloße Deskription von Auslandsrecht hinausgehende evaluative Funktion zugewiesen hat,⁴¹⁵ um schließlich ein Jahrzehnt später die „kritische Wertung“ der verglichenen Lösungen zu den Aufgaben der Rechtsvergleichung zu zählen.⁴¹⁶

Auch wenn somit *Zweigert* die Ehre gebührt, ein früher Entdecker und Befürworter evaluativer Rechtsvergleichung gewesen zu sein, ist als Namensgeber für den Begriff „wertende Rechtsvergleichung“ wohl doch erst *Ernst Werner Fuß* zu nennen.⁴¹⁷ Als bald dafür denselben Begriff verwendend, wird ihr von *Zweigert* eine bis dahin unerreichte hohe Bedeutung zugeschrieben, indem er zur Bestimmung des Inhalts allgemeiner Rechtsprinzipien feststellt, dass diese „nur nach der heutigen Methode der Rechtsvergleichung zu gewinnen (sein), und diese Methode die einer *wertenden Rechtsvergleichung* (sei)“.⁴¹⁸

⁴¹⁴ So namentlich von *Jung*, Wertende Rechtsvergleichung (o. Fn. 116), S. 4; im gleichen Sinne *Henning Rosenau*, Plea bargaining in deutschen Strafgerichtssälen: Die Rechtsvergleichung als Auslegungshilfe am Beispiel der Absprachen im Strafverfahren betrachtet, in: Hans-Ullrich Paeffgen u.a. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe, Berlin 2011, S. 1597–1628 (1610).

⁴¹⁵ *Zweigert*, Universale Interpretationsmethode (o. Fn. 67), S. 10.

⁴¹⁶ *Zweigert*, Wörterbuch (o. Fn. 123), S. 80 f., wobei für eine solche „wertende Betrachtung“ nach denselben Kriterien, wie sie von der Rechtswissenschaft täglich in aller Welt praktiziert würden, zu erwägen sei, welche von mehreren Lösungen „zweckmäßiger“ und „gerechter“ ist.

⁴¹⁷ *Ernst-Werner Fuß*, Rechtssatz und Einzelakt im Europäischen Gemeinschaftsrecht, NJW 1964, S. 945–951 (946 Anm. 11), wobei er seinerseits auf ähnliche rechtsschöpferische Ergänzungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts durch rechtsvergleichende Methoden (wie namentlich bei *Andreas Heldrich*) zurückgreift. Zu weiteren Einzelheiten dazu wie auch zum Folgenden vgl. *Eser*, Evaluativ-kompetitive Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 82), S. 1444 f.

⁴¹⁸ *Konrad Zweigert*, Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, *RechtZ* 28 (1964), S. 601–643 (610 f.; Hervorhebung bereits im Original), wobei allerdings bei seiner weiteren Befassung mit dieser „Methode“ (so zunächst in *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung [o. Fn. 6], 1. Auflage Tübingen 1971, S. 44 ff., sowie zuletzt in der allein von *Kötz* betreuten 3. Auflage der „Einführung“, Tübingen 1996, S. 42 ff.) auffällt, dass er zwar „die Wertung als notwendiger Bestandteil der Rechtsvergleichung“ betont (so in: Die kritische Bewertung in der Rechtsvergleichung, in: Fritz Fabricius (Hrsg.), Law and International Trade. Festschrift für Clive M. Schmitt-hoff zum 70. Geburtstag, Frankfurt 1973, S. 403–420 (404)), ohne dass dies aber als „wertende Rechtsvergleichung“ gekennzeichnet würde. Zu sonstigen Wertungsaspekten von *Zweigert* vgl. *Zweigert/Puttfarcken*, Analoge Rechtsinstitute (o. Fn. 158), S. 400 ff., sowie unten III.B.5.

Wie schon diese wenigen Nachweise erkennen lassen, ist der Ursprung wertender Rechtsvergleichung im Privatrecht und zunehmend auch in dem an das öffentliche Recht angrenzenden Europäischen Gemeinschafts- und sonstigen Völkerrecht zu finden.⁴¹⁹ Demgegenüber taucht in der Strafrechtswissenschaft dieser Begriff – sieht man einmal von gleichgerichteten Postulaten bei *v. Liszt* ab⁴²⁰ – zunächst nur mittels Fehlanzeige oder allenfalls andeutungsweise auf: indem die bedeutsame Rolle wertender Rechtsvergleichung in den anderen Rechtsgebieten betont und Entsprechendes auch für das Strafrecht erwogen wird.⁴²¹ Das soll nicht heißen, dass nicht auch im Strafrecht schon zuvor von Wertung im Zusammenhang mit Rechtsvergleichung die Rede gewesen wäre. Doch ist dies zunächst in eher zurückhaltender Weise geschehen. So hat namentlich *Jescheck* zur Mitwirkung der Strafrechtsvergleichung an gesetzgeberischen Vorhaben zwar festgestellt, dass es dabei „nicht nur um die Darbietung positiven auslandsrechtlichen Materials, sondern um die vergleichende Verknüpfung der Ergebnisse, ja sogar um ihre rechtspolitische Bewertung“ gehe.⁴²² Doch wie sich dann bei seiner Darstellung der Methodik herausstellt, soll die rechtspolitische Bewertung der gefundenen Lösungen offenbar schon gar nicht mehr Teil der Rechtsvergleichung sein, da sie den dafür einzuschlagenden Weg letztlich nicht lehren könne.⁴²³ Zwar lässt er zwei Jahrzehnte später einen Beitrag zu „Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozessreform“ etwas zuversichtlicher damit ausklingen, dass die Rechtsvergleichung „eine notwendige und leistungsfähige Methode der Reform“ sei,⁴²⁴ dabei wird aber das damit implizierte rechtspolitische Moment im gleichen Atemzug dahingehend relativiert, dass man sich bei dieser Art von Rechtsvergleichung „auch ihrer Grenzen bewusst sein“ müsse. Im Übrigen findet sich diese auch hier wiederum nur als „Methode“ bezeichnet und nicht etwa als eine kritisch-wertende Funktion verstanden.

⁴¹⁹ Wobei es nicht nur um Anerkennung durch die Lehre geht, sondern auch schon in der Praxis der Begriff aufgegriffen wird, wie beispielsweise erstmals von Generalanwalt *Roemer* in der Rechtssache *Stauder* (EuGH, Slg, 1969), S. 427, 428.

⁴²⁰ Vgl. unten II.D.3. zu Fn. 448.

⁴²¹ Wie namentlich bei *Kai Ambos*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2. Auflage Berlin 2004, S. 44 f.; *Schramm*, *Erkenntnisse* (o. Fn. 59), S. 155, und *Sieber*, *Strafrechtsvergleichung* (o. Fn. 4), S. 107, 119 ff.; vgl. auch *Tiedemann*, *Wirtschaftsstrafrecht* (o. Fn. 62), S. 69, sowie *Helmut Satzger*, *Die Europäisierung des Strafrechts*, Köln 2002, S. 30, der allerdings die exakte Methode zur Gewinnung allgemeiner Rechtsgrundsätze im Gemeinschaftsrecht noch nicht für abschließend geklärt ansieht.

⁴²² *Jescheck*, *Strafrechtsvergleichung* (o. Fn. 2), S. 29. Ähnlich lassen auch Überlegungen wie insbesondere die Schlussbemerkung von *Hirsch*, *Universale Rechtswissenschaft* (o. Fn. 176, S. 153), dass eine neben der nationalen stehende universale Strafrechtswissenschaft „von der bloßen Rechtsvergleichung zu unterscheiden“ sei, den Schluss zu, dass sich diese als bloße „Methode“ auf die Ermittlung und Beschreibung unterschiedlicher Rechtsordnungen zu beschränken habe und es sich bei allem darüber hinausgehenden um – wengleich dogmatisch zu fundierende – Strafrechtspolitik handle.

⁴²³ *Jescheck*, *Strafrechtsvergleichung* (o. Fn. 2), S. 43.

⁴²⁴ *Jescheck*, *Strafprozessreform* (o. Fn. 127), S. 782.

2. Unterschiedliche Wertungsaspekte

Wengleich man sich mittlerweile auch im Bereich des Strafrechts immer weniger scheut, Wertungsaspekte in die Rechtsvergleichung einzubringen, kann von Einigkeit und Einheitlichkeit noch keine Rede sein. So ist einerseits sogar noch dezidierter als zuvor die Meinung vorzufinden, dass – mit Berufung auf *Feuerbach* – das legitime Ziel der Rechtsvergleichung nur sein könne, „den Stoff und die verschiedenen Gesichtspunkte darzubieten“ und mit Instrumenten zu operieren, „mit denen die verglichenen Rechtssysteme möglichst neutral *beschrieben* werden können“, während die Bewertung in eine umfassende „Gerechtigkeitstheorie“ einzugliedern sei.⁴²⁵ Doch auch soweit andererseits ein solcher wertungsausschließender Purismus nicht vertreten wird, findet sich Wertung teils in unterschiedlichem Sinne verstanden und/oder wird mit verschiedenartigen Rollen verbunden. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sei das an einigen Beispielen demonstriert.

Wie sich schon zum zivil- und europarechtlichen Bereich angedeutet findet, hat sich die Aufgabenstellung wertender Rechtsvergleichung erweitert. Während anfangs fast nur von der Suche nach der „besseren Lösung“ die Rede war,⁴²⁶ bleibt für neuschöpferische Lückenfüllung oder Beseitigung von Friktionen zwischen zu harmonisierenden Rechtsordnungen überhaupt erst eine passable Regelung zu schaffen, was aber ohne gewisse Wertungen nicht zu machen ist. Daraus dürfte sich erklären, dass auch im Bereich des Strafrechts – wie namentlich bei *Sieber* – sowohl von „wertender“, „wertvergleichender“ und „wertbasierter“ Strafrechtsvergleichung wie auch von „wertungsbedürftigen Querschnittverweisungen“ gesprochen wird.⁴²⁷ Auch wenn dabei nicht jeweils ausdrücklich zwischen funktionsbezogenen und methodenorientierten Wertungen differenziert wird,⁴²⁸ könnte eine nähere Betrachtung vielleicht doch zu weiterer Aufhellung beitragen.

Wäre etwa „wertende Strafrechtsvergleichung“ – um mit dem gebräuchlichsten Begriff zu beginnen – schlechthin als Oberbegriff für jede Art von Rechtsvergleichung zu verstehen, bei der irgendeine Wertung mit im Spiel ist, dann könnte ihr leicht jede Eigenbedeutung abhandenkommen, erfordern doch schon bloße Typenbildungen Unterscheidungskriterien, die ohne normative Vorverständnisse nicht zu gewinnen sind. Selbst soweit es sich dabei um scheinbar rein apolitisch-dogma-

⁴²⁵ *Mona*, Comparative Justice (o. Fn. 58), S. 103–119 (113, 115). Vgl. aber dazu auch unten II.D.4(d) zu Fn. 487.

⁴²⁶ Vgl. *Zweigert*, Kritische Bewertung (o. Fn. 418), S. 404. Zu weiteren Nuancen vgl. *Eser*, Evaluativ-kompetitive Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 82), S. 1446 f.

⁴²⁷ Vgl. *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 103 ff., 119 ff., sowie in: Grenzen (o. Fn. 60), S. 53.

⁴²⁸ Es sei denn, dass *Siebers* Befassung mit „wertungsbedürftigen Querschnittverweisungen“ und „wertender Rechtsvergleichung“ (in: Strafrechtsvergleichung, o. Fn. 4) im Bereich seiner Aufgabenbeschreibung (S. 94 ff.) als funktionsbezogen und die Differenzierung zwischen „wertvergleichender“ und „wertender“ Strafrechtsvergleichung in seinem Methodenteil (S. 111, 119 ff.) als diesen zugeordnet zu verstehen ist.

tische Typisierungen handelt, ist man gegen versteckte Vorbewertungen nicht gefeit. Wenn beispielsweise bei einem Tatbeteiligungsvergleich entlang von Täterschaft und Teilnahme differenziert oder bei einem Versuchsvergleich für Untauglichkeit eine eigene Fallgruppe gebildet wird, kann man ersterenfalls von der Annahme geleitet sein, dass Täterschaft eine schwerer wiegende Form von Tatbeteiligung darstellt, ähnlich wie letzterenfalls die – wie auch immer zu verstehende – Untauglichkeit eines Versuchs den Verzicht auf Pönalisierung oder zumindest eine weniger strenge Strafdrohung nahelegen kann. Sollen darin enthaltene Vorbewertungen die Rechtsvergleichung nicht schon zu einer „wertenden“ machen, dann ist dafür ein Mehr an Wertung zu verlangen.

Ein solcher „Mehrwert“ kann sich schon aus der Funktion des Rechtsvergleichs ergeben – wobei auch die Bandbreite möglicher Zielsetzungen weitaus größer sein kann, als bei einer voreiligen Fixierung auf judikative Rechtsanwendung und legislative Rechtspolitik zu erwarten wäre.

So kann es schon auf der Ebene theoretischer Strafrechtsvergleichung darum gehen, bestimmte Strafrechtssysteme oder einzelne Regelungsbereiche nicht nur vergleichend nebeneinanderzustellen, sondern im Hinblick auf ihren höheren Grad an innerer Konsistenz, bessere strukturelle Zweckmäßigkeit oder höheren Gerechtigkeitsgehalt miteinander zu vergleichen und nach ihrer jeweiligen Wertigkeit einzustufen. Schon all dies aber wird ohne vorgegebene oder selbstgesetzte Wertungskriterien nicht zu erreichen sein.

Dieses Erfordernis wird umso unentbehrlicher, je mehr man in den Bereich judikativer und legislativer Rechtsvergleichung gerät. Allerdings ist dabei eine gewisse Gewichtsverlagerung in den Wertungsvorgaben festzustellen: Während es in der theoretischen Rechtsvergleichung normalerweise der Rechtsvergleicher selbst sein wird, der – wenngleich möglicherweise seinerseits wiederum von weiteren Vorbewertungen abhängig – seine Vergleichs- und Typisierungskriterien auswählt und bestimmt, wird der Richter, der etwa im Rückgriff auf ein fremdes Recht eine Norm auszulegen hat, weniger von seinen eigenen Wertigkeitsvorstellungen als von denen des einschlägigen Gesetzeszwecks auszugehen haben. Ähnlich können auch bei legislativer Rechtsvergleichung für die Suche nach „besseren Lösungen“ politische Zielvorstellungen vorgegeben sein.⁴²⁹ Doch gleich, wie viel Raum für eigene Wertung schon bei Festlegung des vergleichend zu erforschenden Bereichs

⁴²⁹ Angesichts dieser rechtspolitischen Bedeutung mag es auf den ersten Blick etwas verwundern, dass nach *Heike Jung*, *From structure to actor – Reflections of comparative law theory*, in: Werner Meng u.a. (Hrsg.), *Europäische Integration und Globalisierung*, Baden-Baden 2011, S. 299–307 (300), „wertende Rechtsvergleichung“ sich auf „legal reasoning“ und demzufolge auf die Gerichte beziehe; eine Erklärung für diese Hintanstellung der legislativen gegenüber der judikativen Rechtsvergleichung könnte darin liegen, dass es *Jung* im dortigen Zusammenhang eher großflächig um „legal transplants“ und weniger um punktuelle richterliche Wertungsbedürfnisse geht. Vgl. zu den „Wertungsakteuren“ auch unten III.C.1(a).

und Ziels wie auch bei der abschließenden Einschätzung der ermittelten Befunde bleiben mag, ohne irgendwelche Wertungskriterien – seien sie selbstgesetzt oder vorgegeben – werden „bessere Lösungen“ nicht zu präsentieren sein. Selbst bei bloßer Suche nach möglichen Regelungsalternativen kann in der Auswahl von Alternativitätskriterien bereits eine Wertung aufgrund normativer Vorverständnisse liegen, ganz zu schweigen von dem Fall, dass es um die rechtsvergleichende Erueierung der „besten Lösung“ geht.

Noch offensichtlicher ist das Wertungserfordernis natürlich dort, wo sogar ausdrücklich von „wertungsbedürftigen“ Querverweisungen gesprochen wird.⁴³⁰ Solche vornehmlich auf supranationaler Ebene vorzufindenden Verweisungen sollen dadurch gekennzeichnet sein, dass – anders als bei sonstigen Einzelverweisungen – auf eine Vielzahl von Rechtsordnungen Bezug genommen wird, aus denen allgemeine Rechtsgrundsätze abzuleiten sind.⁴³¹ Derartige Querverweisungen unterscheiden sich aber von sonstigen Arten „wertender“ judikativer und legislativer Strafrechtsvergleichung, wie sie zuvor angesprochen wurden, wohl nur in formaler Hinsicht, nämlich nur insofern, als durch die Verweisungsnorm die Ergänzungsbedürftigkeit gesetzlich auferlegt ist und für die erforderliche Wertung bestimmte Bezugspunkte vorgegeben sind.⁴³² Immerhin verbleibt aber damit sowohl das Wertungsziel als auch der Wertungsvorgang nicht im (möglicherweise sonst freien) Wertungsermessen des Rechtsvergleichers.

Eine wiederum andere Variante „bewertender“ Rechtsvergleichung ist auf der Ebene exekutorischer Strafrechtsvergleichung vorzufinden. Obgleich es sich dabei lediglich um ein neuartiges Anwendungsfeld judikativer Strafrechtsvergleichung handelt,⁴³³ soll davon „exekutorische Strafprozessrechtsvergleichung“⁴³⁴ insofern abgehoben sein, als im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer justizieller Entscheidungen nicht die Eigenrechtsprüfung im Vordergrund stehe, sondern durch die Justiz – aber nicht zwingend von dieser, sondern unter Umstän-

⁴³⁰ Sieber, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 103, 109.

⁴³¹ Als Beispiel dafür wird für den europäischen Bereich insbesondere Art. 6 Abs. 2 EUV angeführt, in dem auf die in der EMRK gewährleisteten und sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergebenden Grundrechte verwiesen wird; vgl. Sieber, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 103, 107, wo als weiteres Beispiel auch Art. 21 Abs. 1 (c) des Rom-Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs genannt wird, wonach bei Fehlen vorrangiger Regeln im Statut oder sonstigem Völkerrecht auf „allgemeine Rechtsgrundsätze, die der Gerichtshof aus einzelstaatlichen Rechtsvorschriften der Rechtssysteme der Welt“ ableitet, zurückzugreifen ist.

⁴³² Deshalb scheint Sieber die von ihm zunächst als „wertungsbedürftig“ eingeordneten Beispiele von Querverweisungen (in: Strafrechtsvergleichung, o. Fn. 4, S. 103) ohne Weiteres dann auch als „wertende“ Querschnittsverweisungen bezeichnen zu können (S. 107).

⁴³³ Näher dazu oben II.B.3.

⁴³⁴ Wie namentlich von Burchard, Exekutorische Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 81), S. 286 f., entwickelt.

den auch in Form reinen Verwaltungshandelns – das fremde Recht dahingehend zu bewerten sei, ob und inwiefern eine darauf beruhende justizielle Entscheidung anerkennbar und im Inland vollstreckbar ist. Demzufolge geht es dabei – anders als bei der nach der jeweils „besten Lösung“ suchenden „wertenden“ Strafrechtsvergleichung – lediglich um eine Art von „Fremdrechtsbewertung“.

Auch hinsichtlich dessen, was miteinander zu vergleichen und auf welche Weise dies zu bewerten ist, sind unterschiedliche Ebenen und Herangehensweisen festzustellen. Das ist beispielhaft an *Siebers* Gegenüberstellung von „wertvergleichender“ und „wertender Strafrechtsvergleichung“⁴³⁵ zu erkennen. Wenn er dazu vier Fragestellungen zu unterscheiden vorschlägt – nämlich „(1.) die Vergleichbarkeit des Regelungsgegenstands, (2.) die Vergleichbarkeit der Bewertungsmaßstäbe, (3.) den Vergleich der Regelungen und ihrer Bewertungsmaßstäbe sowie (4.) die Wertentscheidung über die Regelungen“⁴³⁶ –, so ist diese Differenzierung sicherlich richtig und wichtig. Genau besehen handelt es sich aber dabei weniger um hier zu eruierende Zielsetzungen evaluativer Strafrechtsvergleichung als vielmehr lediglich um die Bewertungsschritte, die zur Erreichung der gesetzten Ziele erforderlich sein können. Darauf wird im Methodikteil zurückzukommen sein.⁴³⁷

3. Wertung als Teil der Rechtsvergleichung

Bevor mögliche Wertungsziele zu ermitteln sind, ist auf die bislang offengebliebene Grundsatzfrage einzugehen, ob und inwieweit Wertung überhaupt legitimer Teil der Rechtsvergleichung sein darf. Darüber ist man sich selbst heute noch nicht völlig einig. Dabei leidet die Debatte aber oft schon daran, dass der Unterschied zwischen der Möglichkeit von rechtsvergleichender Wertung überhaupt und der terminologisch-disziplinbezogenen Zuordnung von Wertungen zu wenig beachtet wird.

Schon aus prinzipiellen Gründen scheint für *Gustav Radbruch* der Weg zu rechtsvergleichender Wertung verschlossen zu sein, da „das Sein-Sollende [...] sich nimmermehr aus dem Seienden ableiten [lasse], die Betrachtung noch so vieler geltender Rechte [...] uns über das richtige Recht nicht zu belehren [vermöge], es [ergebe] sich nicht empirisch, sondern apriorisch“.⁴³⁸ Diese klare Absage wird jedoch von *Radbruch* selbst⁴³⁹ – bewusst oder unbewusst – relativiert, wenn er im

⁴³⁵ So *Sieber* in: Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 119, während er in: Grenzen (o. Fn. 60), S. 74, von „Vergleich von Wertungen und wertender Strafrechtsvergleichung“ spricht; vgl. dazu auch unten III.B.5(c).

⁴³⁶ *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 119.

⁴³⁷ Unten III.B.5.

⁴³⁸ *Gustav Radbruch*, Über die Methode der Rechtsvergleichung, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 2 (1905/06), S. 422–425 (423).

⁴³⁹ Wie schon von *Zweigert*, Kritische Bewertung (o. Fn. 418), S. 405, kritisch bemerkt.

selben Atemzug den Wert der Rechtsvergleichung preist: Diese könne zwar nicht mit logischer Notwendigkeit die Wahl auf eine der gesetzgeberischen Möglichkeiten lenken, doch nehme man manches erst rechtsvergleichend Vermittelte im Sinne einer möglichst umfassenden Rechtswirklichkeit dankbar an.⁴⁴⁰

Wenn demgegenüber nach einer gern zitierten Feststellung von *Ernst Rabel* die Wertung verschiedener Lösungen als „andersartige Tätigkeit“ von der eigentlichen Rechtsvergleichung zu unterscheiden sei,⁴⁴¹ so ist das weniger als grundsätzliche Distanzierung zu verstehen, sondern eher aus praktischen und fachdisziplinären Gründen zu erklären; denn auch wenn – bei aller Subjektivität – „die reine Rechtsvergleichung ein stärkeres Maß von allgemeiner Gültigkeit“ beanspruchen dürfe, als dies bei Werturteilen und Schlussfolgerungen für praktische Gesetzgebungsfragen der Fall sei, soll dies doch offenbar nicht als Verzicht des Rechtsvergleichers auf Rechtskritik verstanden werden, wohl aber begeben er sich damit auf die Ebene der Rechtspolitik.⁴⁴² Ähnlich führt auch für *Jescheck*, wie schon zuvor bemerkt,⁴⁴³ die rechtspolitische Bewertung über die eigentliche Rechtsvergleichung hinaus, ohne dass er aber solche Wertungen prinzipiell ausschließen würde.

Dieser Auffassung hatte sich zunächst auch *Sieber* insoweit angeschlossen, als zwischen dem „Vergleich von Wertungen“ und der „Wertung von Lösungen“ zu unterscheiden und Letztere nicht zur „Rechtsvergleichung im engeren Sinne“ zu zählen sei.⁴⁴⁴ Diese Einordnungsfrage soll jedoch, wie später von ihm eingeräumt,⁴⁴⁵ in der Sache keine wesentliche Rolle spielen, da der Strafrechtsvergleichung neben ihrer deskriptiven Rolle mit zunehmender Funktion als entscheidungsleitendem Instrument der „good governance“ auch bei Bewertungsentscheidungen über unterschiedliche Regelungen wachsende Bedeutung zukomme.⁴⁴⁶ So wie allerdings auch damit Wertungen noch nicht als integrativer Teil der Rechtsvergleichung anerkannt sind, scheut aus verschiedenen Gründen letztlich auch *Constantinesco* davor zurück, die abschließende Wertung rechtsvergleichend erarbeiteter Lösungen noch als Rechtsvergleichung zu begreifen.⁴⁴⁷

Die radikale Gegenposition zu solchen exkludierenden Stimmen war vor strafrechtlichem Hintergrund bereits Ende des 19. Jahrhunderts von *Franz v. Liszt* pos-

⁴⁴⁰ *Radbruch*, Methode (o. Fn. 438), S. 424.

⁴⁴¹ *Rabel*, Fachgebiete (o. Fn. 38), S. 186.

⁴⁴² *Rabel*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 36), S. 3.

⁴⁴³ Vgl. oben II.D.1. zu Fn. 422 f.

⁴⁴⁴ *Sieber*, Grenzen (o. Fn. 60), S. 74 f.

⁴⁴⁵ *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 120.

⁴⁴⁶ Auch bei den verschiedenen Wertungen, die nach *Sieber*, Zukunft (o. Fn. 352), S. 28 ff., für die Entwicklung eines europäischen Strafrechts zwischen unterschiedlichen Modellen anzustellen sind, bleibt offen, inwieweit es sich dabei noch um Strafrechtsvergleichung oder schon um davon zu unterscheidende Rechtspolitik handelt.

⁴⁴⁷ *Constantinesco* II, Rechtsvergleichende Methode (o. Fn. 7), S. 323 f.

tuliert worden. Nachdem für ihn „die Nebeneinanderstellung zweier oder mehrerer Rechte“ nicht als Rechtsvergleichung gilt, ja nicht einmal „die Hervorhebung des Gemeinsamen wie des Verschiedenen“ schon Rechtsvergleichung sein soll, „beginnt“ diese für ihn überhaupt erst dann, wenn „der Verfasser, gestützt auf [...] seine sorgfältige Untersuchung und ausgehend von einer bestimmten und klaren kriminalpolitischen Grundanschauung, uns sagt: so, und nicht anders, sollt ihr es machen“.⁴⁴⁸ Bis in anderen Rechtsbereichen ähnlich dezidiert für die Einbeziehung von Wertungen in die Rechtsvergleichung plädiert wurde, sollten allerdings noch viele Jahrzehnte vergehen. Wie schon aus der vorangehenden Begriffsgeschichte zu ersehen, konnten im Grunde erst mit *Zweigert* Wertungen Eingang in die Rechtsvergleichung als solche finden: dies zwar zunächst nur im Sinne „kritischer Rechtsvergleichung“,⁴⁴⁹ dann aber umso expliziter mit der Feststellung, dass „in Wahrheit [...] die Wertung ein notwendiger Bestandteil rechtsvergleichender Arbeit“ sei.⁴⁵⁰ Ja noch mehr, ähnlich wie *v. Liszt*⁴⁵¹ sehen denn auch *Zweigert/Kötz* in der kommentarlosen Gegenüberstellung der Lösungen verschiedener Rechtsordnungen „noch keine Rechtsvergleichung; sie beginnt danach“.⁴⁵²

Soweit dabei Wertung als „notwendiger Bestandteil“ rechtsvergleichender Arbeit verstanden wird, ist jedoch gleich ein Vorbehalt zu machen. Zwar wird auch meinerseits entschieden dafür eingetreten, dass Wertung weder grundsätzlich noch völlig aus dem Begriff der Rechtsvergleichung auszuschließen ist, um sie stattdessen einem darüber hinausgehenden Politikbereich zuzuordnen; vielmehr kann Wertung jedenfalls eine wesentliche Funktion von Rechtsvergleichung sein. Das braucht jedoch umgekehrt – und insoweit entgegen *v. Liszt* und *Zweigert/Kötz* – nicht zu bedeuten, dass Rechtsvergleichung schon gar nicht ohne Wertung denkbar sei. Denn sofern der Blick nicht auf legislative oder judikativ-rechtsschöpferische Zielsetzungen fixiert bleibt, sondern man sich die breite Vielfalt rechtsvergleichender Funktionen vor Augen führt,⁴⁵³ gibt es durchaus Forschungsfelder, wie vor allem im Bereich rein theoretischer Strafrechtsvergleichung, in denen es lediglich auf die Darstellung verschiedener Rechte unter Hervorhebung von Gemeinsamkeiten

⁴⁴⁸ *v. Liszt*, Strafgesetzgebung (o. Fn. 157), Zur Einführung, S. XIX bzw. S. XXII.

⁴⁴⁹ Vgl. oben II.D.1 zu Fn. 415.

⁴⁵⁰ So *Zweigert*, Kritische Bewertung (1973; o. Fn. 418), S. 404, nachdem er im Wörterbuch des Völkerrechts (1962, o. Fn. 123), S. 81, zunächst noch etwas zurückhaltend „eine kritische Wertung der verglichenen Lösungen [als] zu den Aufgaben der Rechtsvergleichung [gehörend]“ bezeichnet hatte (ähnlich *Zweigert/Siehr*, Jhering's Influence, o. Fn. 27, S. 220), um dann in *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 418) schon entschiedener „die kritische Wertung“ der durch die Vergleichung gewonnenen Ergebnisse zu einem „notwendigen Teil“ der rechtsvergleichenden Arbeit zu erklären (1. Auflage 1971, S. 47, ebenso 3. Auflage 1996, S. 46).

⁴⁵¹ Ohne dass allerdings auf diesen Bezug genommen oder auf die vorangegangene Ge-
genauffassung von *Jescheck* eingegangen würde.

⁴⁵² *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 6), S. 42.

⁴⁵³ Wie vorangehend in II. von A.–C. dargestellt.

und Unterschieden anzukommen braucht. Bei dieser Art von Rechtsvergleichung wird man Wertung schwerlich als einen „Bestandteil“ und schon gar nicht als einen „notwendigen“ bezeichnen können. Soweit hingegen mittels Rechtsvergleichung nach „besseren“ oder gar „besten“ Lösungen zu suchen ist, wäre es wenig sinnvoll, ausgerechnet die Ermittlung der letztlich essenziellen Ziele und die dafür erforderliche Bewertungsphase aus dem Begriff der Rechtsvergleichung auszuklammern und einer wie auch immer zu verstehenden Forschungskritik oder Rechtspolitik zuzuweisen.

Daraus folgt, dass sich Wertung und Rechtsvergleichung einerseits nicht grundsätzlich ausschließen, aber andererseits auch nicht notwendigerweise durchgehend zusammengehören; vielmehr kann Wertung für manche Formen von Rechtsvergleichung essenziell sein, während dies für andere Bereiche nicht so sein muss. Auch wenn Ersteres vor allem auf judikative und legislative Rechtsvergleichung zutreffen mag, braucht Letzteres nicht schlechthin für theoretische Rechtsvergleichung typisch zu sein, können doch auch für diese durchaus Wertungen geboten sein. Hinzu kommt, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, dass die jeweiligen Wertungsziele und Wertungsmethoden recht unterschiedlich sein können und sich die Notwendigkeit oder Entbehrlichkeit einer Wertung nicht ohne Weiteres der einen oder anderen Art von – theoretischer, judikativer oder legislativer – Rechtsvergleichung zuordnen lässt.

Diesem Befund – nämlich dass Wertung weder einen allseits notwendigen noch einen bestimmten Arten vorbehaltenen Bestandteil der Rechtsvergleichung darstellt, sondern je nach Vergleichsziel teils essenziell notwendig, teils kontingent bedingt sein kann – ist am besten dadurch Rechnung zu tragen, dass wertende Elemente von Rechtsvergleichung in gleichsam gebündelter Form der traditionellen „Trias“ von judikativer, legislativer und theoretischer Strafrechtsvergleichung durch Erweiterung zu einer „Tetrade“ zur Seite gestellt werden.⁴⁵⁴ Da die Zielsetzungen dabei von neutraler Wertung bis zu interessegeleitetem Wettbewerb reichen können, erscheint die Kennzeichnung als „evaluativ-kompetitive Strafrechtsvergleichung“ angebracht.⁴⁵⁵

⁴⁵⁴ Gleiches scheint auch jenen vorzuschweben, die, wie vorangehend verschiedentlich angeführt, von „wertender Rechtsvergleichung“ sprechen. Allerdings bleibt dabei der Blick meistens auf bestimmte Rechtsvergleichungsfelder, wie vor allem auf wertungsbedürftige Lückenfüllung und Rechtsfortbildung auf internationaler Ebene, beschränkt. Gleichwohl findet auch darin das Bedürfnis nach einer eigenständigen Erfassung rechtsvergleichender Wertungselemente beredten Ausdruck.

⁴⁵⁵ Meine ersten (bereits oben I.C. in und zu Fn. 82 erwähnten) Ansätze dazu haben auch schon bei anderen Zustimmung gefunden, wie namentlich bei *Burchard*, Exekutorische Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 81), S. 290; *Hauck*, Funktionen (o. Fn. 52), S. 270; und *Wörner*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 81), S. 140; *dies.*, Zu Verankerungsmechanismen im Recht anhand des deutschen und des türkischen Strafrechts und Strafprozessrechts, in: *Gropp/Öztürk/Sözüer/Wörner* (Hrsg.), Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung, Baden-Baden 2014, S. 567–603 (573). Wenn auch

4. Von evaluativer zu kompetitiver Rechtsvergleichung

Wie sich vorangehend gezeigt hat, kann mit der Kennzeichnung von Rechtsvergleichung als „wertend“ je nach Zielsetzung und Methode recht Unterschiedliches gemeint sein. Allen Deutungen ist aber jedenfalls eines gemeinsam: der Mehrwert von normativ-wertend gegenüber nur deskriptiv-beschreibend.⁴⁵⁶ Woran es jedoch darüber hinaus häufig fehlt, ist eine eindeutige Klarstellung des Ziels, für das eine Rechtsvergleichung betrieben wird. Solange aber das Ziel unklar ist, lässt sich auch die anzuwendende Methode nicht treffsicher bestimmen, hängt doch die Art der Wertungsmethode letztlich auch von dem zu erreichenden Wertungsziel ab.⁴⁵⁷

Was also zunächst der Abklärung bedarf, ist die Vielfalt möglicher Zielsetzungen wertender Strafrechtsvergleichung – zumal diese Funktionsfrage aufgrund des üblichen Verständnisses wertender Rechtsvergleichung als bloße Methodenfrage oft unterbelichtet bleibt. Will man sich dabei nicht einfach mit der pauschalen Antwort einer „Suche nach besseren Lösungen“ begnügen, sondern in differenzierterer Weise danach fragen, wofür wertende Strafrechtsvergleichung nützlich sein kann, dann ist der sowohl quantitative wie qualitative Bedeutungszuwachs zu berücksichtigen, durch den sich wertende Strafrechtsvergleichung mittlerweile herausgefordert sehen muss.

In früheren Zeiten, in denen Strafrechtsvergleichung eine Art Angebotmarkt war, auf dem Wissenschaftler unter größtmöglicher rechtspolitischer Zurückhaltung rechtsvergleichende Modelle entwickelten, mussten sie froh sein, wenn die Politik davon überhaupt Notiz nahm. Demgegenüber ist Rechtsvergleichung inzwischen zu einem Nachfragemarkt geworden, auf dem kaum noch eine größere Rechtsreform ohne rechtsvergleichenden Rundblick in Angriff genommen wird.⁴⁵⁸ Das ist insbesondere dort geboten, wo es im Zuge fortschreitender Europäisierung und Internationalisierung der Assimilierung oder Harmonisierung nationaler Rechtsordnungen bedarf oder transnationale Rechtsgrundsätze irgendeiner Art zu entwickeln sind – alles Aufgaben, die nicht ohne Bewertung des zu Vergleichenden zu erfüllen sind.

Doch auch soweit es nur landesintern darum geht, das überkommene Recht an Erfordernisse der Gegenwart anzupassen und auf zu erwartende Aufgaben der Zukunft auszurichten, kann es angebracht sein, das eigene Recht auf einen rechtsver-

ohne terminologischen Bezug darauf, wird dem Sinne nach doch auch bei *Jung*, Wertende Rechtsvergleichung (o. Fn. 116), S. 2 ff., bzw. in: *Structure* (o. Fn. 429), S. 300, sowie bei *Rosenau*, Plea bargaining (o. Fn. 414), S. 1610 f., der „wertenden Strafrechtsvergleichung“ eine Sonderrolle eingeräumt.

⁴⁵⁶ Wobei allerdings zugleich daran zu erinnern ist, dass auch bei scheinbar bloßer Deskription verschiedener Rechtsordnungen in der Auswahl möglicher Gemeinsamkeits- oder Unterscheidungskriterien eine Wertung enthalten sein kann, vgl. oben II.D.2. nach Fn. 428.

⁴⁵⁷ Vgl. unten III.A., B.5.

⁴⁵⁸ Vgl. oben I.B.2. zu Fn. 66.

gleichenden Prüfstand zu stellen, und sei es auch nur, um sich im Vergleich mit anderen Ländern bestätigt und damit auch weiterhin legitimiert zu sehen, oder sei es vielmehr, um vorwärtsschreitend nach besseren Lösungen zu suchen und damit möglicherweise in einen Optimierungswettbewerb mit anderen Ländern einzutreten.

Solche sowohl rein internen als auch transnational ausgreifende Reformen können umso mehr geboten sein, wenn es mit modernen Entwicklungen, wie insbesondere im Bereich wirtschaftlicher und telekommunikativer Vernetzung oder grenzüberschreitender Touristik und Kriminalität, auch rechtlich Schritt zu halten gilt. Je mehr man dabei nicht bei einem bloßen Bewertungsabgleich stehen bleibt, sondern sich auf die Suche nach dem jeweils Besseren begibt, desto eher kann sich die evaluative zu einer kompetitiven Strafrechtsvergleichung fortentwickeln. Das kann zu unterschiedlich weitgehenden Zielen führen. Von diesen seien hier – mit ansteigendem Wertungsanspruch – nur die am wichtigsten erscheinenden genannt, wobei die Frage nach den möglicherweise unterschiedlichen Wertungskriterien dem nachfolgenden Methodikteil vorzubehalten ist.

(a) Kontroll- und Warnfunktion

Schon durch eine Art Kontroll- und Warnfunktion kommt wertender Rechtsvergleichung eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu.⁴⁵⁹ Indem das inländische Recht ausländischem gegenübergestellt und daran gemessen wird, lässt sich ersehen, inwieweit es sich auf der Höhe der Zeit befindet. Insofern kann das fremde Recht als eine Art „Benchmarking“⁴⁶⁰ für die Einordnung des eigenen Rechts verstanden werden.

Dabei mag zuvörderst an die Gesetzgebung zu denken sein, um beispielsweise für den strafprozessualen Bereich zu überprüfen, inwieweit die dem Beschuldigten eingeräumten Rechte menschenrechtlichen Standards genügen oder dem Opfer noch Rechte vorenthalten werden, die ihm in anderen Ländern bereits gewährt sind.⁴⁶¹ Auch in eher praktischen Belangen, wie etwa beim Einsatz audio-visueller

⁴⁵⁹ Vgl. dazu bereits *Zweigert*, *Universale Interpretationsmethode* (o. Fn. 67), S. 17 ff., ferner *Ebert*, *Rechtsvergleichung* (o. Fn. 72), S. 176; *Eser*, *Strafrechtsvergleichung* (o. Fn. 3), *Kaiser-FS*, S. 1528 f.; *Hauck*, *Funktionen* (o. Fn. 52), S. 270 ff.; *Roberts*, *International Criminal Justice* (o. Fn. 319), S. 362 f.; *Rosenau*, *Plea bargaining* (o. Fn. 414), S. 1611.

⁴⁶⁰ Wie von *Sieber*, *Strafrechtsvergleichung* (o. Fn. 4), S. 99, im Hinblick auf die Gewährleistung von „good governance“ formuliert. Vgl. dazu auch unten II.D.4(e) zu Fn. 491.

⁴⁶¹ Vgl. auch *Burchard*, *Exekutorische Strafrechtsvergleichung* (o. Fn. 81), S. 275, 290, 298, zur Kontrollfunktion für die funktionale Äquivalenz der mitgliedstaatlichen Beweisrechte bei der von ihm so genannten „exekutorischen Strafprozessrechtsvergleichung“.

Techniken zur Vernehmung besonders verwundbarer Zeugen, kann man sich im Blick auf ausländisches Verfahrensrecht eigener Defizite bewusst werden.⁴⁶²

Doch auch für die Rechtsprechung kann bei der Auslegung unbestimmter Begriffe oder bei der Wahl zwischen weltanschaulich bedingten Weichenstellungen ein Blick über die Grenze hilfreich sein.⁴⁶³ Wenn sich beispielsweise der Bundesgerichtshof bereits in seinem ersten Entscheidungsband zur einengenden Auslegung des „Unzuchttreibens“ bei der seinerzeit noch strafbaren männlichen Homosexualität nicht zuletzt an der ausländischen Entwicklung orientierte⁴⁶⁴ oder das Bundesverfassungsgericht zur Aufrechterhaltung des Inzestverbots bei Geschwistern auch rechtsvergleichenden Rat einholte,⁴⁶⁵ so werden dabei gleichermaßen Wertungen abverlangt.⁴⁶⁶

Selbst bei theoretischer Strafrechtsvergleichung kann der Kontrollfunktion eine gewichtige Rolle zufallen. Nicht nur, dass sie Kriterien für die Richtigkeitsprüfung von Theorien liefert⁴⁶⁷ oder sich möglichen Fehlentwicklungen warnend entgegenstellen kann; vielmehr kann sie auch bei vielen Einzelfragen verbrechensdogmatischer oder strafprozessualer Art⁴⁶⁸ sowohl zu Zweifeln und Unsicherheiten Anlass geben wie auch neuen Rückhalt verleihen. Vor allem aber kann theoretische Strafrechtsvergleichung, wenn sie sich nicht mit bloßer Beschreibung begnügt, sondern auch den Mut zu einer Bewertung des Vorgefundenen aufbringt, unschätzbare Vorarbeit für die judikative und legislative Strafrechtsvergleichung leisten.⁴⁶⁹

(b) Legitimierungsfunktion

Kontrolle braucht nicht nur warnend zu wirken, vielmehr kann sie – in positiver Hinsicht – auch zu legitimierender Kraft erstarken. Dies insbesondere dadurch, dass angefochtene Rechtspositionen des eigenen Rechts durch vergleichbare Standards im ausländischen Recht – wenn nicht gar angesichts gravierender Mängel anderer Rechtsordnungen – eine Bekräftigung erfahren können.

⁴⁶² Vgl. auch oben II.C.1(a).

⁴⁶³ Vgl. *Ebert*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 72), S. 176.

⁴⁶⁴ BGHSt 1 (1951), S. 293, 297.

⁴⁶⁵ BVerfGE 120 (2008), S. 224, 230 ff. Vgl. oben II.B.2(a) zu Fn. 288.

⁴⁶⁶ Vgl. dazu auch das Rechtsprechungsmaterial bei *Hauser*, Auslegungshilfe (o. Fn. 282), S. 1215–1232, sowie *Schramm*, Erkenntnisse (o. Fn. 59).

⁴⁶⁷ Vgl. *Ebert*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 72), S. 179.

⁴⁶⁸ Wie sie auf den namentlich von *Frisch* rechtsvergleichend beleuchteten Forschungsfeldern vorzufinden sind, *Wolfgang Frisch*, Einheit und Vielfalt des Strafrechts in Europa. Wirkungen und Grenzen der Strafrechtsphilosophie, in: Kimmo Nuotio (Hrsg.), Festschrift in Honour of Raimo Lahti, Helsinki 2007, S. 7–23 (8 ff.).

⁴⁶⁹ Vgl. oben II.A.5.

Für die theoretische Strafrechtsvergleichung mag das auf den ersten Blick weniger bedeutsam erscheinen. Doch schon auf dieser Ebene kann sich beispielsweise ein Verbrechenssystem, wie etwa die Differenzierung zwischen Unrecht und Schuld und die weitere dreistufige Untergliederung in Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld, dadurch bestätigt sehen, dass es auch in der ausländischen Strafrechtswissenschaft Anerkennung findet und den unterschiedlichen Wertungsstufen besser gerecht zu werden vermag als beispielsweise die nur vordergründige Unterscheidung zwischen objektiven und subjektiven Verbrechenselementen.⁴⁷⁰

Umso größere Bedeutung kann der Legitimierungsfunktion wertender Rechtsvergleichung auf judikativer und legislativer Ebene zukommen, je mehr es mit wachsender Europäisierung und Internationalisierung darum geht, Rückhalt in gleichwertigen Rechtsordnungen zu finden oder internationale Rechtsgrundsätze möglichst weitflächig abzusichern. Zu Ersterem ist an das bereits erwähnte Inzest-Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu erinnern,⁴⁷¹ zu Letzterem auf die diskursvermittelnde Rolle der Rechtsvergleichung zur Legitimierung des Völkerstrafrechts hinzuweisen.⁴⁷² Nicht zuletzt kann in rechtsvergleichendem Gleichklang mit ausländischen Parallelen auch eine akzeptanzsteigernde Toleranz im Inland erwartet werden.⁴⁷³

(c) Lückenfüllungsfunktion

Noch weitaus mehr als nur wertvergleichenden Kontrollierens und Begründens bedarf es für die Lückenfüllungsfunktion. Sowohl dort, wo es, wie vor allem im europäischen Bereich bei sogenannten „wertungsbedürftigen Querverweisen“,⁴⁷⁴ unbestimmte Begriffe oder Regelungen auszufüllen gilt⁴⁷⁵ oder wo, wie vor allem im Bereich des internationalen Strafrechts, allgemeine Rechtsgrundsätze zu entwickeln sind,⁴⁷⁶ wird der Judikative wie auch der Legislative rechtsschöpferische Tätigkeit abverlangt, wobei die rechtsvergleichende Vorarbeit von der Rechtslehre

⁴⁷⁰ Vgl. *Albin Eser*, Die Unterscheidung von Rechtfertigung und Entschuldigung: ein Schlüsselproblem des Verbrechensbegriffs, in: Raimo Lahti (Hrsg.), *Criminal Law Theory in Transition*, Helsinki 1992, S. 301–317 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3383.

⁴⁷¹ Vgl. oben II.D.4(a) zu Fn. 465.

⁴⁷² Vgl. *Burghardt*, Völkerrechtliche Rechtsprechung (o. Fn. 102), S. 235–254. Vgl. aber dazu auch *Kubiciel*, Funktionen (o. Fn. 60), S. 221.

⁴⁷³ Vgl. *Hauck*, Funktionen (o. Fn. 52), S. 257 f., sowie insbesondere zur Bedeutung dieses Toleranzaspekts für die Juristenausbildung *Örücü*, Developing (o. Fn. 72), S. 54.

⁴⁷⁴ Vgl. oben II.D.2. zu Fn. 430 ff.

⁴⁷⁵ Zu Einzelheiten vgl. oben II.B.1(a), 2(a).

⁴⁷⁶ Vgl. oben II.C.1(c).

zu leisten ist.⁴⁷⁷ Gleiches gilt für die vorsorgliche Schaffung eines „Lösungsvorrats“, wie er von der Rechtsvergleichung immer wieder erwartet wird.⁴⁷⁸

(d) Kritische Initiativ- und Innovationsfunktion

Von wertender Strafrechtsvergleichung ist jedoch mehr als nur eine der Kontrolle, der Legitimierung oder der Lückenfüllung dienende Rolle zu erwarten; immer wichtiger wird vielmehr auch ihre kritische Initiativ- und Innovationsfunktion. Nachdem bereits *Zitelmann* auf die „kritikweckende“ Wirkung der Rechtsvergleichung hingewiesen hatte,⁴⁷⁹ wurde dann namentlich von *Zweigert* und *Jescheck*⁴⁸⁰ von „kritischer Rechtsvergleichung“ gesprochen⁴⁸¹ bzw. dem Rechtsvergleicher – ähnlich wie dem Rechtsphilosophen – „die Macht [zuerkannt], hinter den formalen Ordnungen des geltenden Rechts das soziale Problem klarer zu erkennen und sich stets bewusst zu bleiben, dass es außer der Lösung des eigenen Rechts noch andere juristische Lösungen gibt, die der eigenen möglicherweise überlegen sind“.⁴⁸² Dazu für die Relativität und Variabilität des Rechts die Augen zu öffnen, ist am anschaulichsten durch Rechtsvergleichung zu erreichen.⁴⁸³

Soll diese kritische Funktion eine nachhaltige Wirkung erzielen, wird sie sich nicht mit Oberflächenkorrekturen begnügen dürfen; auch wird sie zur Entwicklung von „critical minds“ schon in der Juristenausbildung ansetzen⁴⁸⁴ und einen „critical approach to one’s own legal system“ aufrechterhalten müssen⁴⁸⁵ sowie überhaupt zur Veränderung professioneller Verformungen und zum Abbau ideologischer Verkrustungen, wie sie in voreingenommenem Vertrauen auf vermeintliche Selbst-

⁴⁷⁷ Vgl. *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 109 ff., ferner *Kubiciel*, Funktionen (o. Fn. 60), S. 218, wonach insbesondere bei der Austarierung von transnationalen Harmonisierungsbestrebungen und der Gewährleistung von Freiheitsrechten die Rechtsvergleichung ein unerlässliches „Diagnosemittel“ darstellt.

⁴⁷⁸ Vgl. oben II.A.2(b) zu Fn. 184, II.C.1(a) zu Fn. 351.

⁴⁷⁹ *Zitelmann*, Rechtsvergleichung (1900; o. Fn. 33), S. 14.

⁴⁸⁰ Ohne aber dabei schon von „wertender“ Rechtsvergleichung zu sprechen (*Zweigert*; vgl. oben zu Fn. 413 ff.) bzw. Wertungen überhaupt noch zur Rechtsvergleichung zu zählen (*Jescheck*, o. zu Fn. 421 ff., 443).

⁴⁸¹ *Zweigert*, Universale Interpretationsmethode (o. Fn. 67), S. 10.

⁴⁸² *Jescheck*, Max-Planck-Institut (o. Fn. 41), S. 144. Im gleichen Sinne etwa *Rösler*, Erkenntnisinstrument (o. Fn. 8), S. 1087.

⁴⁸³ In diesem Sinne eindrücklich das Zitat von *Radbruch* aus seiner „Ersten Stellungnahme nach dem Zusammenbruch 1945“ (o. Fn. 149). Vgl. auch *Mona*, Comparative Justice (o. Fn. 58), S. 108 f.

⁴⁸⁴ Vgl. *Örücü*, Developing (o. Fn. 72), S. 54.

⁴⁸⁵ *Kremnitzer*, Reflections (o. Fn. 110), S. 30. Vgl. auch *Ugo Mattei*, Comparative Law and Critical Legal Studies, in: Reimann/Zimmermann, Oxford Handbook (o. Fn. 8), S. 815–836, zur Rolle kritischer Rechtsvergleichung: „relentless questioning of the ‘dark sides’ of apparently emancipatory and progressive agendas“ (835).

verständlichkeiten eintreten können, beizutragen haben.⁴⁸⁶ Dabei wird ihr sogar eine Art „subversiver“ Rolle einzuräumen sein, wie neuerdings in geradezu offensiver Weise gefordert.⁴⁸⁷ Dann wird sie auch die für sie erhoffte Initiativ- und Innovationsfunktion⁴⁸⁸ entfalten können.

(e) Optimierungs- und Modifizierungsfunktion

Auf Innovation ist in vielfacher Hinsicht auch die Optimierungs- und Modifizierungsfunktion ausgerichtet: sei es, dass es überhaupt erst reformerischen Forschungsbedarf zu ermitteln gilt⁴⁸⁹ oder auch nur um rechtstechnische Formulierungshilfen geht,⁴⁹⁰ oder sei es, dass internationalen Standards von „good governance“ zu genügen ist.⁴⁹¹

Im Großen und Ganzen handelt es sich hier um das Feld, auf dem die oft in pauschaler Verallgemeinerung mit „wertender Rechtsvergleichung“ verknüpfte „Suche nach besseren und besten Lösungen“ einzuordnen ist.⁴⁹² Auch wenn dabei in erster Linie an legislative Optimierungs- und Modernisierungsmaßnahmen – gleich ob auf nationaler oder internationaler Ebene – zu denken ist,⁴⁹³ kann doch auch die Judikative zu optimierender Rechtsfortbildung aufgerufen sein, vor allem dort, wo von Gesetzes wegen dem Richter die Suche nach der „besten Lösung“ überlassen oder gar aufgegeben ist.⁴⁹⁴

Gleichmaßen kann sich auch die Strafrechtslehre berufen fühlen, ihre Verbrechen dogmatik immer wieder an ausländischen Entwicklungen zu messen und erforderlichenfalls zu korrigieren, wobei es auf dem Feld der Kriminalpolitik sogar noch wichtiger sein kann, mit der Entwicklung im Ausland Schritt zu halten.

⁴⁸⁶ Vgl. *Eser*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 3), Kaiser-FS, S. 1528 ff.

⁴⁸⁷ So im Anschluss an *Fletcher*, Subversive Discipline (o. Fn. 98), S. 683 ff., namentlich *Mona*, Comparative Justice (o. Fn. 58), S. 103, 106 ff.: Danach ist Rechtsvergleichung als eine „subversive Disziplin“ zu verstehen, deren Herausforderung vor allem darin besteht, „unsere eigene Rechtskultur auf Widersprüche oder Blockaden hin zu überprüfen und kritisch nach vorgefassten Meinungen über die als normal betrachtete Art und Weise zu suchen, wie Probleme rechtlich erfasst und gelöst werden“. Ohne diese kritische Funktion infrage stellen zu wollen, wird jedoch von *Thomas Weigend*, Diskussionsbemerkungen (o. Fn. 68), S. 132, zu Recht bezweifelt, ob man dabei gleich nach den Sternen greifend ein „allgemeines Gerechtigkeitsmodell zum Maßstab“ nehmen sollte.

⁴⁸⁸ Vgl. *Burchard*, Exekutorische Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 81), S. 275, 290, 298.

⁴⁸⁹ Vgl. *Wörner*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 81), S. 141 f.

⁴⁹⁰ Vgl. *Perron*, Operativ-funktionalistisch (o. Fn. 81), S. 122 f.

⁴⁹¹ Vgl. oben II.D.3. zu Fn. 446, ferner *Frank Meyer*, Internationalisierung (o. Fn. 60), S. 92 ff.; *Weigend*, Diskussionsbemerkungen (o. Fn. 68), S. 131.

⁴⁹² Vgl. oben II.D.2. zu Fn. 426 ff.

⁴⁹³ Zu deren Vielfalt vgl. oben II.C.1(a), ferner *Sieber*, Zukunft (o. Fn. 352), S. 16 ff.

⁴⁹⁴ Wie etwa auf der Ebene des Europäischen Gemeinschaftsrechts, vgl. oben II.B.2., II.D.1. zu Fn. 417 ff.

(f) Harmonisierungsfunktion

Geht rechtsvergleichend orientierte Optimierung über landesinterne Reformen hinaus, kommt grenzüberschreitend die Harmonisierungsfunktion ins Spiel – mit wachsender Bedeutung im Zuge zunehmender Europäisierung und Globalisierung.⁴⁹⁵ Je mehr es dabei nicht nur um punktuelle Assimilierung einzelner Straftatbestände oder Sanktionsformen, sondern um wechselseitige Anerkennung von Verfolgungsmaßnahmen bis hin zu mehr oder weniger umfassender Rechtsvereinheitlichung geht,⁴⁹⁶ desto höheren und umfassenderen Anforderungen wird sich die Strafrechtsvergleichung zu stellen haben. Dabei wird sie sich auch nicht mit bloßer Gegenüberstellung unterschiedlichen Landesrechts begnügen dürfen, sondern auch die zugrunde liegenden nationalen Eigenheiten und kulturellen Traditionen mitzubersichtigen haben. Das ist ohne Offenheit für Evaluierung und Auswahl des jeweils besseren Rechts nicht zu machen.

(g) Präferenzierungsfunktion

Eine derartige Bereitschaft, wenn nicht gar Mut zu Abwägung und Bewertung ist umso mehr gefordert, wenn über zurückhaltend defensive Anpassungen hinaus ein bestimmtes Recht in offensiver Weise durchgesetzt werden soll und sich damit die evaluative zu einer *kompetitiven Rechtsvergleichung* fortentwickelt.

Damit soll nicht etwa jenen Praktiken das Wort geredet werden, mit denen einem Land ein fremdes Strafrecht aufgedrängt werden soll und dabei – möglicherweise bis hin zu dominanzfixierten Motiven – selbst vor fragwürdigen Druckmitteln nicht zurückgeschreckt wird. Bei Transplantationen solcher Art wird gerade das Fehlen einer rechtsvergleichenden Anamnese – ganz zu schweigen von der zu befürchtenden Außerachtlassung des kulturellen Untergrunds und des sozialen Umfelds – zu beklagen sein.⁴⁹⁷

⁴⁹⁵ Zu Einzelheiten vgl. oben II.C.1(b).

⁴⁹⁶ Zum teils unterschiedlichen Begriffsverständnis der für eine transnationale Harmonisierung denkbaren Stufen von Rechtsangleichung bis hin zu Rechtsvereinheitlichung vgl. die Nachweise oben II.C.1(b) Fn. 356.

⁴⁹⁷ Wenn beispielsweise einem Land, dessen Verfahrenssystem in „inquisitorischer“ Tradition von einer starken Stellung des Richters geprägt ist, die Einführung eines „adversatorischen“ Prozessmodells aufgeredet wird, so ist das für die dann in gesteigertem Maße erforderliche Gewährleistung von „Waffengleichheit“ so lange nicht zu verantworten, wie es an einer mit der Anklagebehörde konkurrenzfähigen Anwaltschaft fehlt; vgl. Eser, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 3), Kaiser-FS, S. 1528; ders., Adversatorische und inquisitorische Verfahrensmodelle: Ein kritischer Vergleich mit Strukturalternativen, in: Friedrich-Christian Schroeder/Manuehr Kudratov (Hrsg.), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell, Frankfurt/Main 2014, S. 11–29 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/9734 sowie oben II.C.1(a) zu Fn. 348. Zu Transplantationsbedingungen vgl. auch Lagodny, Übernahmefähigkeit (u. Fn. 712); Walter Perron, Menschengerechter Strafprozess – Beweisverfahren und Bürgerinteressen

Wohl aber scheint mir die Zeit gekommen, über die traditionell eher defensive Grundeinstellung der Strafrechtsvergleichung hinauszugehen und dem im Grunde schon in der Optimierungsfunktion angelegten kompetitiven Element eine funktionale Eigenbedeutung zu geben: und zwar in dem Sinne, dass die Rechtsvergleichung nicht vor einem „ranking of legal systems“⁴⁹⁸ zurückzusehen braucht, sondern gut daran tut, sich in einer Art rechtspolitischen Wettbewerb für die Erueirung und Präferenzierung des am besten erscheinenden Rechts einzusetzen.⁴⁹⁹

Dass in einem solchen „competitive spirit“⁵⁰⁰ der Rechtsvergleicher seiner neutralen Rolle verlustig gehen könnte, ist solange nicht zu befürchten, als er seine Wertungskriterien offenlegt und diese sich damit ihrerseits in einem freien und fairen Wettbewerb zu bewähren haben. Dies ist auch so lange unverfänglich, wie bei einer „Außenwissenschaftspolitik des Rechts“, wie sie neuerdings von *Hilgendorf* postuliert wird,⁵⁰¹ das eigene Recht nicht aus chauvinistischen Gründen favorisiert wird. Ein ähnlicher Vorbehalt wäre gegenüber einer „instrumentellen Strafrechtsvergleichung“ zu machen, sollte diese, wie schon von *Vogel* nicht ohne warnenden Unterton beschrieben, darauf angelegt sein, auf ein politisch oder sonstwie voreingenommenes Ziel hinzuarbeiten.⁵⁰² Wird Rechtsvergleichung derart zum vorprogrammierten Büttel gemacht, wie dies beispielsweise in den notorischen Auslegungsgefechten um den Versailler Vertrag zu beobachten war,⁵⁰³ dann ist der Rubikon zu kruder Politik sicherlich überschritten.⁵⁰⁴ Sich dazu nicht missbrauchen zu lassen, verlangt dem Strafrechtsvergleicher kritische Wachsamkeit und widerstandsbereite Unabhängigkeit ab.⁵⁰⁵ Ohne solche Gefahrenquellen abtun zu wollen, mag man sich gleichwohl von der nach kritischer Prüfung getroffenen Einschätzung der griechisch-niederländischen Rechtsvergleicherin *Dimitra Kokkini*

im deutsch-amerikanischen Vergleich, in: Björn Burkhardt/Hans-Georg Koch u.a. (Hrsg.), *Scripta amicitiae*. Freundschaftsgabe für Albin Eser zum 80. Geburtstag, Berlin 2015, S. 413–430, sowie unten III.B.2(b) zu Fn. 632, III.B.5(b) zu Fn. 699, III.B.5(c) zu Fn. 714.

⁴⁹⁸ Vgl. *Francesco Parisi/Barbara Luppi*, Quantitative methods in comparative law, in: *Monateri, Methods* (o. Fn. 68), S. 306–316 (315).

⁴⁹⁹ Vgl. dazu auch die oben II.D.3 in Fn. 455 angeführten Beiträge sowie *Esin Örücü*, Methodology of comparative law, in: *Elgar Encyclopedia* (o. Fn. 60), S. 560–576, für die – über die traditionelle „black-letter-law oriented (rule based)“ Rechtsvergleichung hinaus – „creative comparative law research“ auch daran interessiert sein kann, den Weg zu „ideal systems“ oder zumindest zu einem „better law“-Ansatz zu weisen (571).

⁵⁰⁰ Wie von *Kremnitzer*, Reflections (o. Fn. 110), S. 40, treffend formuliert.

⁵⁰¹ *Eric Hilgendorf*, Von der juristischen Entwicklungshilfe zum Rechtsdialog, in: *Roxin-FS* (o. Fn. 345), S. 1451–1463.

⁵⁰² *Vogel*, Instrumentelle (o. Fn. 71), S. 207 ff.

⁵⁰³ Vgl. oben I.B.1. zu Fn. 35.

⁵⁰⁴ Kritisch auch *Hauck*, Funktionen (o. Fn. 52), S. 260; *Kubicjel*, Funktionen (o. Fn. 60), S. 218 ff.

⁵⁰⁵ Vgl. unten III.C.1(c).

Iatridou bestärkt sehen, dass „the moment of evaluation to be the best in the entire research process“.⁵⁰⁶

III. Methodik der Strafrechtsvergleichung

A. Zusammenhang von Zielen und Methoden

1. Abhängigkeit der Methode von der Zielsetzung – Methodenoffenheit

Angesichts der Verschiedenartigkeit der Zielsetzungen und Funktionen von Strafrechtsvergleichung ist kaum zu erwarten, dass diese jeweils mit der gleichen Methode zu erreichen sind. Umso mehr muss es überraschen, dass sich Ziele und Methoden, wie aus unserem Überblick über die Vielfalt von Begriffen und Modellen der Strafrechtsvergleichung zu ersehen,⁵⁰⁷ häufig als jeweils eigene Art der Strafrechtsvergleichung nebeneinandergestellt finden, und zwar ohne dass selbst bei verschiedenartigen Ausprägungen von Strafrechtsvergleichung deren Verhältnis zueinander klargestellt würde. Zudem ist bei der Auflistung rechtsvergleichender Modelle oft nicht einmal klar, inwieweit es sich dabei einerseits nur um Funktionen oder nur um Methoden oder andererseits gar um beides handeln soll. Und selbst soweit es jeweils nur um rechtsvergleichende Methoden gehen soll, kann offen gelassen sein, ob die angesprochene Methode für sich allein stehen soll oder der Verknüpfung mit anderen Vergleichsinstrumenten bedarf.

Demgegenüber ist von Grund auf davon auszugehen, dass es keine Methode gibt, mit der allein sich jegliches rechtsvergleichende Ziel in gleichermaßen geeigneter und vollständiger Weise erreichen ließe. Wie vielmehr in zunehmendem Maße anerkannt wird, besteht zwischen den verschiedenartigen Zielsetzungen und den daran auszurichtenden Methoden eine derart starke Interdependenz, dass Rechtsvergleichung – und dies gilt natürlich auch für Strafrechtsvergleichung – nicht auf eine einzige bestimmte Methode beschränkt sein kann⁵⁰⁸ und demzufolge Methodenoffenheit geboten ist.⁵⁰⁹

⁵⁰⁶ *D. Kokkini-Iatridou*, Some Methodological Aspects of Comparative Law. The third part of a (pre-)paradigm, *Netherlands International Law Review* 33 (1986), S. 143–194 (191). Vgl. auch unten III.D.5.

⁵⁰⁷ Oben I.C.

⁵⁰⁸ Vgl. dazu bereits oben I.D. Wenn auch oft nur beiläufig angesprochen, findet sich eine derartige Abhängigkeit der rechtsvergleichenden Methode vom Vergleichsinteresse namentlich auch anerkannt bei *Maurice Adams/Jacco Bomhoff*, *Comparing law: practice and theory*, in: *Adams/Bomhoff, Practice* (o. Fn. 189), S. 1–21 (6, 8); *Maurice Adams/John Griffiths*, *Against ‘comparative method’: explaining similarities and differences*, in: *Adams/Bomhoff, Practice* (o. Fn. 189), S. 279–301 (279 ff.); *Kubiciel*, *Funktionen* (o. Fn. 60), S. 215; *Örücü*, *Methodology* (o. Fn. 499), S. 564, 572, 573; *Emma Patrignani*, *Book Re-*

Wenn dem aber so ist, nämlich dass es *die* Methode der Rechtsvergleichung nicht gibt, sondern die Methode auf die jeweilige Aufgabenstellung hin zu bestimmen ist und demzufolge die Vielfalt unterschiedlicher Zielsetzungen verschiedenartige Methoden erfordern kann, dann erweisen sich in der vor allem im englischsprachigen Schrifttum anschwellenden Methodendiskussion⁵¹⁰ manche Konfrontierungen und Verabsolutierungen als Scheingefechte. Dann ist es – um nur einige Streitpunkte anzusprechen – müßig darüber zu diskutieren, ob Rechtsvergleichung mehr normativ-dogmatisch oder mehr empirisch-faktisch auszurichten ist, ob sie sich legalistisch auf Ermittlung und Vergleich des Rechts beschränken darf oder auch das soziale Umfeld und die kulturellen Hintergründe einzubeziehen hat, ob sie eher „theory driven“ oder eher „question driven“ sein soll, ob sie lediglich auf Institutionen zu fokussieren ist oder behaviouristisch auch „actor oriented“ zu sein hat, ob es mehr auf den Aufweis von Ähnlichkeiten oder auf den Nachweis von Unterschieden ankommt oder wie verschiedenartig auch immer sonstige Spielarten und Reichweiten des Ermitteln und Vergleichens sein mögen. Denn wenn beispielsweise ein strafrechtsvergleichendes Projekt lediglich darauf abzielt, in dogmatischem Interesse den jeweiligen Verbrechensbegriff verschiedener Rechtsordnungen miteinander zu vergleichen, kann es „theory driven“ primär um einen reinen Rechtsvergleich gehen, bei dem der kulturelle Hintergrund allenfalls für die Erklärung von Unterschieden wichtig sein mag; auch die Zahl der einzubeziehenden Länder kann davon abhängen, ob in Form eines Mikrovergleichs möglicherweise feine Unterschiede zwischen grundsätzlich homogenen Rechtssystemen ermittelt werden sollen oder ob in Form eines Makrovergleichs mehr großflächig – und damit eher unter Vernachlässigung von Details – grundsätzliche Ähnlichkeiten und Unterschiede (auch) zwischen heterogenen Rechtsfamilien aufzuzeigen sind. Wesentlich anders wird beispielsweise bei einem europäischen Reformprojekt zur rechtsstaatlichen Harmonisierung des Ermittlungsverfahrens einerseits von vornherein die Zahl der einzubeziehenden Länder vorherbestimmt sein, andererseits wird man sich dafür nicht auf den bloßen Vergleich der geschriebenen

view: Monateri, *Methods* (o. Fn. 68), *MJECCL* 20 (2013), S. 549–553 (550); vgl. ferner *Hilgendorf*, *Einführung* (o. Fn. 5), S. 24; *Jescheck*, *Strafrechtsvergleichung* (o. Fn. 2), S. 36; *Perron*, *Operativ-funktionalistisch* (o. Fn. 81), S. 123 f.; *Sieber*, *Strafrechtsvergleichung* (o. Fn. 4), S. 111, 127 f.

⁵⁰⁹ Vgl. *Hauck*, *Funktionen* (o. Fn. 52), S. 255, 272; *Esin Örücü*, *Methodological Aspects of Comparative Law*, *European Journal of Law Reform* 8 (2007), S. 29–42 (30).

⁵¹⁰ Vgl. – unter anderem – grundlegend *Günter Frankenberg*, *Critical Comparisons: Rethinking Comparative Law*, *Harvard International Law Journal* 26 (1985), S. 411–450 (426 ff.), sowie die spezifisch methodologischen Beiträge in: Adams/Bomhoff, *Practice* (o. Fn. 189); William E. Butler/O.V. Kresin/Iu.S. Shemshuchenko (eds.), *Foundations of Comparative Law. Methods and Typologies*, London 2011, S. 36–109; *Markesinis*, *Rechtsvergleichung* (o. Fn. 43); *Monateri*, *Methods* (o. Fn. 68); *Örücü/Nelken*, *Handbook* (o. Fn. 7); Reimann/Zimmermann, *Oxford Handbook* (o. Fn. 8), sowie die Bibliografie bei *Örücü*, *Methodology* (o. Fn. 499), S. 574 ff., ferner aus dem neueren deutschsprachigen Schrifttum die Beiträge in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam, *Strafrechtsvergleichung* (o. Fn. 5) sowie *Richers*, *Postmoderne* (o. Fn. 126).

Verfahrensnormen beschränken dürfen, sondern auch die Rechtspraxis – und dabei nicht zuletzt national-kulturell bedingte Ermittlungsstile – wie auch den allgemeinpolitischen Stellenwert des Menschenrechtsbewusstseins mitzubersichtigen und vor allem auf die Eruiierung konsensfähiger Gemeinsamkeiten auszurichten haben.

Anstatt also unterschiedliche Ansätze gegeneinander auszuspielen oder eine bestimmte Methode gar als die einzig richtige etablieren zu wollen, ist es sinnvoller danach zu fragen, welche von verschiedenartigen Methoden – sei es für sich allein oder meist eher in Verbindung mit anderen – am besten geeignet erscheint, ein bestimmtes Vergleichsziel zu erreichen. Bei nicht wenigen der als scheinbar eigenständig titulierten Arten von Rechtsvergleichung, sofern diese nicht ohnehin eher zielbestimmend denn methodenorientiert zu verstehen sind,⁵¹¹ wird sich dann alsbald herausstellen, dass es sich um Methoden handelt, die teils nur für bestimmte Aufgabenstellungen notwendig und geeignet sind oder nur für einzelne – der nachfolgend detailliert zu behandelnden – Untersuchungsstufen erforderlich erscheinen. Während beispielsweise die verschiedenen Spielarten „funktionaler“ Rechtsvergleichung⁵¹² für die Fixierung der Fragestellung und des Sachproblems wesentlich sein können, aber selbst auf dieser Untersuchungsstufe, wie etwa bei einem rein theoretischen Normenvergleich, nicht unbedingt erforderlich zu sein brauchen, wird die „universale“ Rechtsvergleichung⁵¹³ in der Regel erst für die Länderauswahl eine Rolle spielen. Oder während die „fallbasierte“ und die „computergestützte“ Strafrechtsvergleichung⁵¹⁴ für die zu erstellenden Länderberichte hilfreich sein können, sind für den rechtsvergleichenden Querschnitt und eine etwaige rechtspolitische Bewertung vor allem die „wertvergleichende“,⁵¹⁵ die „kritische“⁵¹⁶ und die „evaluativ-kompetitive“ Strafrechtsvergleichung gefragt.⁵¹⁷ Statt diese verschiedenen Methoden jeweils für sich zu betrachten, sind sie zweckmäßigerweise dort einzubringen, wo sie im rechtsvergleichenden Untersuchungsablauf eine Rolle spielen können.

2. Leitprinzipien – Vorgehensweisen

Die Ausrichtung auf die verschiedenen Untersuchungsstufen gilt auch für manche Prinzipienkataloge und „blueprints“, wie sie für die Methodik der Rechtsver-

⁵¹¹ Vgl. oben I.D.

⁵¹² Vgl. oben I.C. (6), (23), (24) sowie unten III.B.1(a) bei Fn. 556 ff.

⁵¹³ Vgl. oben I.C. (5) sowie unten III.B.1(a) bei Fn. 540 ff.

⁵¹⁴ Vgl. oben I.C. (10) und (11) sowie unten III.B.3(e) und (f).

⁵¹⁵ Vgl. oben I.C. (9) sowie unten III.B.4., 5.

⁵¹⁶ Vgl. oben I.C. (16) sowie unten III.B.5.

⁵¹⁷ Vgl. oben I.C. (4) sowie unten III.B.5.

gleichung vorgeschlagen werden. Beispielsweise soll sich nach *John C. Reitz*⁵¹⁸ die rechtsvergleichende Methode von neun Prinzipien leiten lassen: (1) einen expliziten Vergleich zu ziehen und sich nicht mit der bloßen Beschreibung von verschiedenen Rechtssystemen zufriedenzugeben, (2) sich auf Ähnlichkeiten und Unterschiede zu konzentrieren, wobei hinsichtlich der Bedeutung von Differenzen die Möglichkeit einer funktionalen Äquivalenz zu berücksichtigen sei, (3) Schlussfolgerungen zu unterscheidungskräftigen Merkmalen jedes einzelnen Rechtssystems und/oder zu Gemeinsamkeiten von Systemen zu ziehen, (4) die rechtsvergleichende Analyse durch Erforschung funktionaler Äquivalenz auf breitere Abstraktionsebenen zu heben, (5) die Bedeutung von Ähnlichkeiten und Unterschieden zu begründen und diese im Hinblick auf ihre kulturelle Bedeutung zu analysieren, (6) die normale Weltanschauung der Juristen zu beschreiben, dabei alle zugrunde liegenden Quellen zu berücksichtigen und Lücken zwischen dem „law in the books“ und dem „law in action“ zu beachten, (7) über die notwendigen sprachlichen und möglicherweise auch sozialwissenschaftlichen Fähigkeiten zu verfügen oder sich diese aus zweiter Hand zu beschaffen, (8) alle Untersuchungsschritte mit Schwerpunkt auf expliziten Vergleich zu organisieren, und (9) den Rechtsvergleich im Geiste des Respekts für den anderen durchzuführen.

Diese Grundsätze sind sicherlich wichtig und beachtenswert: dies jedoch nicht für jede Art von Rechtsvergleichung, sondern lediglich für bestimmte Untersuchungsschritte oder Arbeitserfordernisse. So zielen beispielsweise die Grundsätze (2) und (4) in erster Linie auf die Bestimmung und Formulierung der zu erforschenden Sachfrage ab,⁵¹⁹ während die Grundsätze (1), (3) bis (5) und (8) insbesondere für die Erstellung der Landesberichte und deren Auswertung zu beachten sind,⁵²⁰ wiederum anders finden sich in den Grundsätzen (6), (7) und (9) Anforderungen an die professionellen Fähigkeiten und forschungsethischen Einstellungen des rechtsvergleichenden Personals postuliert.⁵²¹ Vor allem aber ist mit diesen Prinzipien noch wenig Klarheit über die für die Rechtsvergleichung im Einzelnen zu unternehmenden Prüfungsschritte gewonnen.

In dieser Hinsicht führt der „methodological blueprint“ von *Esin Öricü* wesentlich weiter, indem diese für den Großteil akademischer Rechtsvergleichung fünf Schritte vorschlägt:⁵²² (1) In der als „conceptualization“ bezeichneten Eingangsphase sei auf einer konzeptionellen Abstraktionsebene eine Systemwahl zwischen einem intra-kulturellen Vergleich (von traditionell ähnlichen Rechtssystemen) und

⁵¹⁸ *John C. Reitz*, How to Do Comparative Law, *The American Journal of Comparative Law* 46 (1998), S. 617–636.

⁵¹⁹ Vgl. unten III.B.1(a).

⁵²⁰ Vgl. unten III.B.3., 4.

⁵²¹ Vgl. unten III.C.

⁵²² *Öricü*, *Methodological Aspects* (o. Fn. 509), S. 37 ff., sowie in überarbeiteter Fassung in: *Methodology* (o. Fn. 499), S. 568 ff.

einem trans-kulturellen Vergleich zu treffen, wobei näherhin zwischen einem Makro-, Mikro- oder Mesovergleich zu wählen sei; dabei sei in der Regel ein Vergleich äquivalenter Institutionen und Begriffe nützlich, ohne dass jedoch mit einer solchen funktionalen Methode andere Ansätze, wie psychologische, verhaltensorientierte, raumerfassende, konfigurative, problembasierte oder auf „möglichst ähnlich“ oder „möglichst verschieden“ abhebende, ausgeschlossen seien, ebenso wenig wie dem eine „multi-approach“-Strategie entgegenstehe. (2) In der sich anschließenden „deskriptiven“ Phase gehe es um die Beschreibung der Normen, Begriffe und Institutionen der betroffenen Rechtssysteme, wobei diese Datensammlung auf der Grundlage von klassifikatorischen Schemata zu erfolgen habe und dabei unter Umständen auch sozio-ökonomische Probleme miteinzubeziehen seien. (3) In der als „identification“ oder auch als „classification“ bezeichneten Phase gehe es um die Identifizierung oder Erkennung von Unterschieden und Ähnlichkeiten, indem diese einander gegenübergestellt und miteinander verglichen werden, wobei nach Ansicht der „empirischen Schule“ mit den Fakten, nämlich „dem Problem“, und nicht mit Hypothesen zu beginnen sei. (4) Erst in der darauf folgenden als „explanation“ bezeichneten Phase beginne die eigentliche Vergleichen, in der die verschiedenen Divergenzen und Ähnlichkeiten einzuschätzen seien. Weil dabei eine Beschränkung auf geschriebene oder formale Regeln oft ein unvollständiges oder verzerrtes Bild ergeben könne, seien oft auch politische, wirtschaftliche, kulturelle und andere gesellschaftliche Phänomene als mögliche Hypothesen zu berücksichtigen, was unter Umständen die Hinzuziehung von Historikern, Anthropologen, Ökonomen oder Psychologen erforderlich mache. (5) In der letzten Phase, der sogenannten „confirmation“, sei nach Verifizierung der getesteten Hypothesen und Akzeptierung von Grundpositionen das Prüfungsergebnis in einen Satz von abschließenden Stellungnahmen einzubringen. Was dagegen schon nicht mehr zu diesem rechtsvergleichenden „blueprint“ gehören soll, sei die „evaluation“, da sich Rechtsvergleicher im Großen und Ganzen auf die Beschreibung, Analyse und Erklärung des Vergleichsmaterials beschränkten. Wolle man gleichwohl auch die Evaluation noch als rechtsvergleichenden Schritt betrachten,⁵²³ so habe dieser zwischen den Phasen der „explanation“ (4) und der „confirmation“ (5) stattzufinden.⁵²⁴

In diesem vergleichsweise detaillierten wie auch strukturierten Untersuchungsplan, der sich weder mit einer Auflistung möglicher Methoden noch mit bloßen Leitprinzipien begnügt, werden zwar alle wesentlichen Prüfungsstationen angesprochen. Doch nicht nur, dass man sich manche Einzelpunkte anders zugeordnet

⁵²³ Wofür auf *Kokkini-Iatridou*, Aspects (o. Fn. 506) Bezug genommen wird.

⁵²⁴ Während es *Örücü* in ihrem blueprint von 2007, *Methodological Aspects* (o. Fn. 509), S. 40, noch bei dieser ausweichenden Feststellung belassen hatte, sieht sie in ihrer Methodologie von 2012 (o. Fn. 499), S. 570 f., den Zweck von Forschung gerade darin, den höheren Wert einer Lösung gegenüber einer anderen zu bestimmen, sodass (wie bereits oben zu Fn. 499 festgestellt) „kreative“ Rechtsvergleichung durchaus am Aufzeigen von „besseren Lösungen“ interessiert sein kann – das aber wird ohne Wertungen nicht zu machen sein.

vorstellen könnte; auch scheint dabei der Vielfalt unterschiedlicher Zielsetzungen noch nicht ausreichend Rechnung getragen.

Ähnlich ausbaufähig und weiter differenzierungsbedürftig ist auch die als „Vier-Stufen-Modell“ bezeichnete⁵²⁵ „geistige Methodik der strafrechtsvergleichenden Forschung“ von *Jescheck*.⁵²⁶ Danach ist (1) zunächst als grundlegende Arbeits-hypothese der eigene dogmatische und kriminalpolitische Standpunkt zu bestimmen, (2) dem sich die exegetische Arbeit am Auslandsrecht anzuschließen hat, (3) gefolgt von der systematischen Ordnung und Darstellung des Materials und (4) abgeschlossen mit der rechtspolitischen Bewertung der gefundenen Lösungen, wobei diese letzte Stufe bereits über den Rahmen der eigentlichen Rechtsverglei-chung hinausführe.⁵²⁷

Auch wenn es nach wie vor fraglich erscheint, „ob sich überhaupt eine logisch ableitbare, geschlossene Methodenlehre der Rechtsvergleichung aufstellen lässt, die Unfehlbarkeit für sich in Anspruch nehmen könnte“,⁵²⁸ darf das doch nicht davon abhalten, für rechtsvergleichende Arbeiten ein Grundmodell zu entwickeln, das einerseits variabel genug ist, um für möglichst viele und verschiedenartige Zielsetzungen einsetzbar zu sein, andererseits aber auch konkret genug, um für den Regelfall als methodisches Vademecum für die wichtigsten Arbeitsschritte zu dienen.⁵²⁹ Das ist nachfolgend – gestützt auf eigene rechtsvergleichende Erfahrungen – insbesondere im Hinblick auf den Bereich des Strafrechts zu versuchen. Dazu sind zunächst die wesentlichen Untersuchungsstufen vorzustellen (III.B.). Danach werden

⁵²⁵ So etwa von *Hilgendorf*, Einführung (o. Fn. 5), S. 19, und *Schramm*, Erkenntnisse (o. Fn. 59), S. 177.

⁵²⁶ *Jescheck*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 2), S. 40 ff., mit gewissen Modifizierungen in: Strafprozessreform (o. Fn. 127), S. 771 ff.

⁵²⁷ Ähnlich ist nach *Konrad Zweigert*, Zur Methode der Rechtsvergleichung, in: *Studi-um Generale* 1960, S. 193–200 (mit gewissen Verfeinerungen in: *Zweigert/Kötz*, Rechts-vergleichung o. Fn. 6, 3. Auflage S. 33 ff.), mit der Fragestellung zu beginnen, wonach die Erforschung des ausgewählten ausländischen Rechts zu erfolgen hat, dann das in Länder-berichten Ermittelte einander gegenüberzustellen und – insoweit über *Jescheck* hinausge-hend – auch noch als Teil der Rechtsvergleichung zu bewerten ist (dazu vgl. oben II.D.1.). Anders als beim 4-Stufen-Schema von *Jescheck* handelt es sich bei der siebenteiligen Auf-listung von rechtsvergleichenden Methoden bei *Sieber* (vgl. o. I.C. (5)–(11)) hingegen nicht um einen schrittweise zu absolvierenden Arbeitsplan, sondern um weitere Modalität-en rechtsvergleichender Forschung (vgl. auch o. I.C. Fn. 84, 118, II. vor A. Fn. 139). Zu wiederum etwas anderen Strukturierungen vgl. *Brand*, Grundfragen (o. Fn. 8), S. 1086; *Rösler*, Erkenntnisinstrument (o. Fn. 8), S. 1189 f., sowie die Übersicht bei *Kokkini-Iatridou*, Aspects (o. Fn. 506), S. 178 ff.

⁵²⁸ Wie bezweifelt von *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 6), S. 32, und an Skepsis noch übertroffen von *W.J. Kamba*, *Comparative Law: A Theoretical Framework*, *International and Comparative Law Quarterly* 23 (1974), S. 485–519 (511), wonach “it is not possible, nor would it be prudent to attempt to prescribe specific comparative procedures to be followed”.

⁵²⁹ In diesem Sinne sollte auch *Kamba*, *Theoretical Framework* (o. Fn. 228) zustimmen können, wenn er fortfährt: “The most that one can do is to suggest some broad pointers towards a meaningful technique or techniques.”

besondere personelle Voraussetzungen und erforderliche Hilfsmittel effizienter Strafrechtsvergleichung zu beleuchten sein (III.C.).

B. Untersuchungsstufen – Prüfungsschritte

Vorab ist zu bemerken, dass nachfolgend bewusst davon Abstand genommen wird, sich in abstrakter Weise auf theoretische Streitpunkte einzulassen, durch die der Durchblick, wie er für die praktische Bearbeitung rechtsvergleichender Projekte erforderlich ist, eher getrübt als erhellt wird. Nicht nur dass sich beispielsweise funktionale und institutionsbezogene Ansätze oft miteinander konfrontiert finden, während sie sich bei anderen Autoren als „functional-institutional approach“ miteinander verbunden einem „problem-solving approach“ gegenübergestellt sehen:⁵³⁰ auch sind die meisten solcher Etikettierungen nur für bestimmte Arten von Rechtsvergleichung oder nur auf einzelnen Untersuchungsebenen von Belang. Deshalb ist mit der Zuordnung von methodischen Ansätzen zu bestimmten Schulen wie auch mit leicht zu voreiligen Schlussfolgerungen verleitenden Chiffren zurückhaltend umzugehen, um stattdessen die jeweiligen Fragestellungen und Prüfungserfordernisse möglichst unvoreingenommen und frei von „labels“ an der relevanten Stelle des komparativen Untersuchungsprozesses zu behandeln.

Für den Arbeitsablauf sind in der Regel fünf Hauptschritte zu empfehlen: Am Beginn hat die Abklärung und Formulierung der Aufgabenstellung mit Bildung von Arbeitshypothesen in Form eines Fragenkatalogs zu stehen (III.B.1.). Dem hat die Auswahl der in den Rechtsvergleich einzubeziehenden Länder zu folgen (III.B.2.). Nach diesen Vorgaben sind Länderberichte zu erstellen (III.B.3.). Damit ist die Grundlage für den eigentlichen Rechtsvergleich und die Erstellung eines modellbildenden Querschnitts geschaffen (III.B.4.). Den Abschluss kann eine – je nach Zielsetzung dogmatische oder rechtspolitische – Bewertung mit entsprechenden Empfehlungen bilden (III.B.5.).⁵³¹

⁵³⁰ Wie etwa bei *Örücü*, *Methodology* (o. Fn. 499), S. 561 f., *Methodological Aspects* (o. Fn. 509), S. 33; ähnlich uminterpretierend findet sich bei *Heike Jung*, Über die Beobachtung als Methode der Strafprozessvergleichung, in: Winfried Hassemer u. a. (Hrsg.), *In dubio pro libertate*. Festschrift für Klaus Volk, München 2009, S. 222–230 (227) das Stichwort „Strukturvergleich“ als Vergleich von „Funktionskomplexen“ im Sinne von *Zweigert/Kötz* gedeutet (in: *Theorie*, o. Fn. 120, S. 363) oder die „funktionale Betrachtungsweise“ mit „Strukturvergleich“ in dem hier vertretenen Sinne (vgl. unten III.B.1(a) zu Fn. 582 ff.) gleichgestellt. Zu solchen teils recht verwirrenden Kontrastierungen oder auch Identifizierungen vgl. auch die nachfolgenden Hinweise zur Abklärung der rechtsvergleichenden Aufgabenstellung (III.B.1(a)).

⁵³¹ Dieses bereits in *Eser*, *Strafrechtsvergleichung* (o. Fn. 3), Kaiser-FS, S. 1521 f., vorgestellte Grundmodell hat sich bei eigenen rechtsvergleichenden Projekten wiederholt bewährt und ist aufgrund dabei gemachter Erfahrungen hier lediglich weiterzuentwickeln.

1. Aufgabenstellung – Arbeitshypothesen – Fragenkatalog

“What to compare?” als die erste in einer rechtsvergleichenden Analyse zu beantwortende Frage,⁵³² diese Feststellung ist sicherlich gleichermaßen richtig wie die Aufforderung, dass am Beginn „die Fragestellung oder Arbeitshypothese, kurz der *Einfall*, ohne den in der Welt des Geistes nichts gedeiht“, zu stehen habe.⁵³³ Schon weniger sicher ist, ob dabei der „eigene dogmatische und kriminalpolitische Standpunkt“ als Arbeitshypothese zugrunde zu legen ist,⁵³⁴ kann doch dadurch der Blickwinkel von vornherein eingeengt sein und eine Präjudizierung der zu gewinnenden Einsichten zur Folge haben.⁵³⁵ Um solchen Vorprogrammierungen vorzubeugen, sollte man sich zunächst einmal möglichst vorurteilsfrei Klarheit über Ziel und Umfang des zu untersuchenden Problembereichs verschaffen (a), während bei dem daraus zu entwickelnden Fragenkatalog (b) das eigene Recht durchaus als ein erster Orientierungspunkt dienen kann, nicht aber als Begrenzungslinie wirken darf. Vielmehr kommt es jedenfalls bei Abklärung der Aufgabenstellung auf ein offenes Blickfeld an, selbst wenn zweifelhafte Realisierungschancen dann doch noch – wie vor allem hinsichtlich der auszuwählenden Länder – zu gewissen Begrenzungen zwingen mögen. Solche hinzunehmen ist freilich nur insoweit sinnvoll, als die Aufgabenstellung noch erfüllbar erscheint und so nicht völlig fallen zu lassen ist.

(a) Was zu welchem Zweck auf welcher Ebene zu vergleichen ist

In dieser Einstiegsfrage sind bereits drei unterschiedliche Elemente enthalten. Davon ist die Frage nach der Zielsetzung des anzustellenden Rechtsvergleichs als erste zu beantworten, weil sich erst daraus der Gegenstand und die Reichweite der Untersuchung bestimmen und umschreiben lassen.

Auch wenn die *Zielsetzungen* komparativer Forschungsvorhaben, wie in Teil II. entfaltet, sehr verschiedenartig sein können und es dabei Übergänge und Überschneidungen geben mag, ist jeweils in einer ersten Grundausrichtung abzuklären, auf welche Art von Rechtsvergleichung das Projekt abzielt: ob es im Sinne judikativer Strafrechtsvergleichung etwa lediglich um den Nachweis einer vergleichbaren Strafnorm in einem anderen oder mehreren ausländischen Recht(en) geht, ob im

⁵³² So *Örücü*, *Methodology* (o. Fn. 499), S. 566.

⁵³³ So *Zweigert/Kötz*, *Rechtsvergleichung* (o. Fn. 6), S. 33 (Hervorhebung bereits im Original); dazu aber den „*Einfall*“ angerufen zu haben, daraus meinte man mangelndes Interesse von *Zweigert* an klarer Methodik herauslesen zu können, vgl. *Michaels*, *Functional Method* (o. Fn. 97), S. 362.

⁵³⁴ So *Jescheck*, *Strafrechtsvergleichung* (o. Fn. 2), S. 40, zu seiner ersten Prüfungsstufe (Hervorhebung bereits im Original); kritisch dazu *Nelles*, *Internet* (o. Fn. 81), S. 1007.

⁵³⁵ Vgl. *Ambos*, *Völkerstrafrecht* (o. Fn. 421), S. 44; *Rosenau*, *Plea Bargaining* (o. Fn. 414), S. 1604.

Sinne legislativer Strafrechtsvergleichung Erkenntnisse aus fremdem Recht für eine Reform zu gewinnen sind, ob im Sinne theoretischer Strafrechtsvergleichung bestimmte Rechtsbegriffe auf ihre Konstruktion und ihren Regelungsgehalt hin überprüft werden sollen oder ob eine primär rein theoretische Fragestellung sekundär auch noch legislative Wege eröffnen soll.

Je nach Beantwortung dieser zielbestimmenden Ausgangsfrage können sich daraus unterschiedliche Konsequenzen für die *Vergleichsebene und Reichweite* bis hin zu den auszuwählenden Rechtsordnungen ergeben. Wenn beispielsweise für den Bereich *judikativer* Strafrechtsvergleichung lediglich herauszufinden ist, ob es für die inländische Ahndung einer Auslandstat einen vergleichbaren Straftatbestand am Tatort gibt, bewegt sich der Vergleich auf einer begrenzten Mikroebene und kann sich zudem gegenständlich auf die Identifizierung einer vergleichbaren Tatortnorm beschränken.⁵³⁶ Dabei kann es möglicherweise sogar genügen, die Existenz eines entsprechenden Tatbestands nachzuweisen, ohne sich mit dessen Umfang näher auseinandersetzen zu müssen: wie etwa in einem Fall von Inzest, der zwischen Vater und Tochter jeweils ausdrücklich für strafbar erklärt ist, während die Erstreckung auf nicht näher bezeichnete „Verwandte“ bis ins Familienrecht vordringende Recherchen erfordern kann. Geht es dagegen in einem Strafverfahren darum, die Verbotswürdigkeit von Geschwisterinzest durch einen Vergleich mit dessen Strafbarkeit oder Entkriminalisierung im Ausland zu bewerten,⁵³⁷ so wird es einer auf Makroebene durchzuführenden Erforschung bedürfen, wobei der Befund umso überzeugender ausfallen wird, je mehr dabei auch nationale Traditionen samt ihrem kulturellen Hintergrund beleuchtet werden. Wenn andererseits mit *legislativer* Zielsetzung die Chancen einer Harmonisierung des Mehrverfolgungsverbots *ne bis in idem* innerhalb der Europäischen Union ausgelotet werden sollen, so kann dafür schon ein auf die Mitgliedsländer beschränkter Mesovergleich genügen⁵³⁸ – es sei denn, dass über einen binneneuropäischen Abgleich hinaus auch einschlägige Erfahrungen anderer Kontinente und Rechtssysteme in die Reformüberlegungen einbezogen werden sollen. Dann wird ein möglichst universaler Makrovergleich anzustellen sein, wie dies auch für die Identifizierung und Formulierung sonstiger allgemeiner Strafbarkeitsprinzipien erforderlich wäre. Auch bei *theoretischer* Strafrechtsvergleichung sind unterschiedliche Reichweiten denkbar, ebenso wie solche Projekte auch für legislative Zielsetzungen das Tor öffnen können. So wird beispielsweise für die Feststellung, dass es zur Erfassung der subjektiven Tatseite mehr Varianten als nur Vorsatz und Fahrlässigkeit – wie etwa „recklessness“ im Common law – gibt, als Nachweis schon ein Mikrovergleich zwischen wenigen Ländern genügen. Demgegenüber wird eine solche Recherche umso umfangreicher

⁵³⁶ Vgl. *Kubiciel*, Funktionen (o. Fn. 60), S. 216.

⁵³⁷ Wie in BVerfGE 120 (2008), S. 224; vgl. oben II.B.2(a) zu Fn. 288, II.D.4(a), (b).

⁵³⁸ Wie im reformpolitisch-rechtsvergleichenden Projekt von *Arndt Sinn*, Jurisdiktionskonflikte (o. Fn. 268), geschehen.

und tiefgehender durchzuführen sein, je mehr auch begriffsinterne Abgrenzungen – wie beispielsweise innerhalb verschiedener Vorsatzformen – und deren jeweilige Kriterien aufzudecken sind. Wird gar eine möglichst vollständige Erfassung aller denkbaren Gründe für den Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit angestrebt, wird nicht einmal ein Mesovergleich innerhalb verwandter Rechtsfamilien ausreichen, vielmehr wird dann in einem Makrovergleich die Suche auch auf Länder zu erstrecken sein, die möglicherweise in einem mehr oder weniger ausdifferenzierten Verbrechenssystem andere Wege gehen, dabei aber gleichwohl Auswege für Fälle offenhalten dürften, in denen die Verletzung eines strafrechtlichen Verbots aus bestimmten Gründen keine Strafe nach sich ziehen soll.⁵³⁹ Soweit es an solchen Ausstiegen aus der Strafbarkeit – im Vergleich zu anderen Ländern – fehlen sollte, kann sich aus einem zunächst nur dogmatisch angelegten Rechtsvergleich auch ein legislativer Reformanstoß entwickeln.

Wie schon diese Beispiele erkennen lassen, ist die Präsentation mancher Vergleichsmethoden, als seien sie ohne Rücksicht auf das verfolgte Ziel regelmäßig erforderlich, in solcher Allgemeinheit nicht zu halten. Um dazu das Vorfeld zu den letztlich entscheidenden Alternativen normativ-institutioneller, funktionaler und struktureller Vorgehensweisen abzuklären, sind zunächst folgende Ansätze zu relativieren.

➤ Das betrifft zuvörderst den besonders weit gehenden *Universalitätsanspruch*. In diesem Sinne sah namentlich *Zweigert* für den Bereich des Privatrechts „die Zeit gekommen für ein rechtsvergleichendes System, das die Auslegung des eigenen nationalen Rechts an rechtsvergleichenden Untersuchungen überprüft und die Rechtsvergleichung so für die Auslegung des eigenen Rechts fruchtbar macht“.⁵⁴⁰ Doch so wichtig diese kritische Rechtsvergleichungsfunktion auch ist,⁵⁴¹ bedarf es nicht für jedes Auslegungsproblem eines Blickes über die Grenzen. Wie vielmehr schon aus *Zweigerts* Beispielen zu ersehen ist, geht es ihm bei seiner rechtsvergleichenden Kontrollfunktion vornehmlich um die rechtspolitische Fortentwicklung des Rechts im Sinne legislativer Rechtsvergleichung, auch wenn im judikativen

⁵³⁹ Wie durch das MPI-Projekt zu „Rechtfertigung und Entschuldigung“ wenigstens annäherungsweise herauszufinden war, vgl. oben Teil I, § 1 I. und II.

⁵⁴⁰ *Zweigert*, *Universale Interpretationsmethode* (o. Fn. 67), S. 19, wobei allerdings schon von ihm selbst eingeräumt wird, dass man sich einer derart weit gehenden Herausforderung, nämlich das nationale Recht grundsätzlich mit möglicherweise „besserem“ fremdem Recht abzugleichen, erst dann wird stellen können, wenn von den wichtigsten weltläufigen Materien des Rechts entsprechende Systeme erarbeitet worden sind, ganz abgesehen davon, dass man seiner – vermeintlich das eigene Recht favorisierenden – *praesumptio similitudinis* (vgl. nachfolgend Fn. 575) ideologische Voreingenommenheit meinte unterstellen zu sollen, kritisch dazu *Michaels*, *Functional Method* (o. Fn. 97), S. 369 ff.

⁵⁴¹ Vgl. *Zweigert*, *Universale Interpretationsmethode* (o. Fn. 67), S. 10, 17 f., sowie oben II.D.4(d).

Bereich die Auslegung nationalrechtlicher Bestimmungen von der Hinzuziehung ausländischen Rechts profitieren kann.

Auch die von *Sieber* in seiner siebenteiligen Methodenliste an erster Stelle genannte „universale Strafrechtsvergleichung“⁵⁴² weckt mehr Erwartungen, als sie zu erfüllen vermag. Selbst wenn diese nicht als Universalität der Methode zu verstehen, sondern lediglich auf „die Einbeziehung prinzipiell aller Rechtsordnungen der Welt“ auszurichten sei,⁵⁴³ so kann das schwerlich die komparative Regel, sondern von vornherein nur dort erforderlich sein, wo das Forschungsvorhaben einen makro-universalen oder zumindest meso-regionalen Anspruch hat, wie etwa bei reformpolitischer Ermittlung transnational anwendbarer Strafrechtsprinzipien oder bei theorieorientierter Erfassung und Modellierung von Verbrechenssystemen, Sanktionierungsformen oder Verfahrensstrukturen und/oder wesentlicher Segmente davon. Hingegen von jedem Rechtsvergleich, selbst wenn es etwa nur um die Abklärung von Begriffen oder Institutionen innerhalb einer bestimmten Rechtsfamilie oder lediglich um den Nachweis rechtlicher Varianten in einer oder mehreren anderen Rechtsordnungen geht, eine universale Ausrichtung zu erwarten, schießt nicht nur über das Ziel hinaus, sondern kann sich auch schnell als undurchführbar erweisen.⁵⁴⁴ Nicht zu unterschätzen ist zuletzt auch der demotivierende Effekt, wenn man meint, von einem rechtsvergleichenden Projekt gänzlich ablassen zu sollen, falls man bei Beschränkung auf bestimmte Länder – wie bei den meisten rechtsvergleichenden Dissertationen unumgänglich – befürchten müsste, dies nicht als „echte“ Rechtsvergleichung anerkannt zu finden. Ähnlich übertrieben erscheint es, den Vergleich von humanen und sozialen Bedürfnissen – im Unterschied zu reinen Rechtsfragen – als „universalist approach“ zu bezeichnen.⁵⁴⁵ Mit „universal“ kann dabei allenfalls das nicht auf nationale Rechtsgrenzen beschränkte soziale Problem gemeint sein,⁵⁴⁶ wohl aber kaum, dass es zu dessen Lösung in jedem Fall eines globalen Rechtsvergleichs bedürfte.

Um kein Missverständnis aufkommen zu lassen: Es geht nicht darum, den Universalitätsgedanken grundsätzlich infrage zu stellen, kann es doch Projekte geben, die ihrer Zielsetzung nach in der Tat der Einbeziehung tendenziell aller Rechtsordnungen der Welt bedürfen. Das braucht aber nicht zu heißen, dass Rechtsverglei-

⁵⁴² Vgl. oben I.C. (5) mit weiteren Verweisen.

⁵⁴³ *Sieber*, Grenzen (o. Fn. 60), S. 70 Fn. 119; *ders.*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 111 Fn. 136.

⁵⁴⁴ Zu diesen Auswahlaspekten und Bearbeitungsvoraussetzungen vgl. auch unten III.B.2., C.1(a).

⁵⁴⁵ Wie von *Öriücü*, Methodology (o. Fn. 499), S. 562, vorgeschlagen.

⁵⁴⁶ Wobei aber selbst ein solches Verständnis von „social needs“ als notwendigerweise universal von *Adams/Griffiths*, Similarities (o. Fn. 508), S. 283 f., wie auch von *James Gordley*, The functional method, in: *Monateri* (o. Fn. 68), S. 107–119 (118), zu Recht bezweifelt wird.

chung allemal universal auszurichten und deshalb nur noch innerhalb größerer Organisationseinheiten oder in Netzwerken möglich sei.⁵⁴⁷

➤ Auch gegenüber einem alternativen „Entweder-oder“ bestimmter Methoden ist Vorsicht geboten. Das gilt insbesondere für die Konfrontierung von „*rechtsinternem Methodenvergleich*“⁵⁴⁸ und „*kulturbezogener Rechtsvergleichung*“.⁵⁴⁹ Sofern dabei Letzterer einseitig der Vorzug gegenüber der anderen zu geben sei,⁵⁵⁰ ist dem schon hier Folgendes entgegenzuhalten: So richtig es einerseits ist, dass es für den Vergleich bestimmter Begriffe, wie etwa Versuch im Verhältnis zu Vorbereitung oder Vollendung, genügen kann, sie aus sich selbst heraus zu interpretieren, ohne dazu kulturelle Hintergründe beleuchten zu müssen, so kann es andererseits einer solchen Erweiterung des Blickfeldes bereits dann bedürfen, wenn unterschiedliche Abgrenzungen zwischen den vorgenannten Begriffen divergierende strafrechtliche Konsequenzen zur Folge haben und es deshalb zu ergründen gilt, ob beispielsweise ein vergleichsweise weites Verständnis von noch straffreier Vorbereitung zufällig oder aus weltanschaulich-politisch bedingtem Freiheitsverständnis zu erklären ist oder ob hinter dem in einer anderen Rechtsordnung früheren Übergang von bloßer Vorbereitung zu strafbarem Versuch ein höheres Sicherheitsbedürfnis steht.⁵⁵¹ Dementsprechend ist auch bei diesen Methoden nicht die eine gegenüber der anderen grundsätzlich vorzugswürdig, sondern von der jeweiligen Zielsetzung abhängig und dabei möglicherweise komplementär.⁵⁵²

⁵⁴⁷ Wie *Siebers* „universale Rechtsvergleichung“ von *Hilgendorf*, Einführung (o. Fn. 5), S. 21, wohl überinterpretiert wird. Vgl. auch *Perron*, Nationale Grenzen (o. Fn. 42), S. 283, 301, sowie zum Ganzen oben II.A.2(c) bzw. unten III.C.1(a) zu Fn. 721 f.

⁵⁴⁸ Worauf *Fateh-Moghadam*, Funktionalismus (o. Fn. 103), S. 43, 55 ff., seinen „operativen Funktionalismus“ eingeschränkt sehen möchte.

⁵⁴⁹ Wofür etwa *Beck*, Interkultureller Dialog (o. Fn. 112), S. 65 ff., plädiert.

⁵⁵⁰ Wie radikal einseitig von *Pierre Legrand*, *Le Droit Comparé*, 4. Auflage Paris 2011, S. 125, im letzten Satz seines – nicht zuletzt von der philosophischen Hermeneutik aus dem Umkreis von *Martin Heidegger* beeinflussten – Traktats postuliert: „la comparaison des droits sera CULTURELLE ou ne sera pas“ (Hervorhebung schon im Original), und wie von *Richers*, Postmoderne (o. Fn. 126), S. 524, als kennzeichnend für das postmoderne Denken bezeichnet. Zu diesem vor allem gegen den rechtlich orientierten Funktionalismus gerichteten „cultural turn“ vgl. auch unten III.B.1(a) zu Fn. 567 f.

⁵⁵¹ Zur beispielsweise weltanschaulich-politisch bedingten Bevorzugung objektiver Versuchstheorien in Japan gegenüber dem in Deutschland vorherrschenden subjektiven Versuchsverständnis vgl. *Makoto Ida*, Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich? Dargestellt am Beispiel der Versuchsstrafbarkeit, in: *Streng/Kett-Straub*, Kulturvergleich (o. Fn. 112), S. 23–37, sowie *Streng*, Strafrechtsexport (o. Fn. 343), S. 7 ff.; zu teils anderen Wertungskriterien auf großflächiger Basis vgl. *Katrin Schubert*, *Der Versuch – Überlegungen zur Rechtsvergleichung und Harmonisierung*, Berlin 2005, insbesondere S. 271 ff.

⁵⁵² Vgl. auch *Perron*, Operativ-funktionalistisch (o. Fn. 81), S. 121 ff.

➤ Auch der Versuch, Rechtsvergleichung entweder als „*question driven*“ oder als „*theory driven*“ zu betreiben,⁵⁵³ ist schwerlich im Sinne eines „Entweder-oder“ zu verstehen, sondern allenfalls als eine letztlich wiederum von der Zielsetzung des Projekts abhängige Alternative. Auch wäre es dabei voreilig zu meinen, dass theoretische Rechtsvergleichung grundsätzlich „*theory driven*“ sein müsste, während judikative und legislative Rechtsvergleichung gar nicht anders als „*question driven*“ zu denken seien. Denn so wie einerseits theoretische Rechtsvergleichung auf eine ganz spezielle Fragestellung ausgerichtet sein kann, so kann andererseits ein legislatives Projekt, möglicherweise schon zur Formulierung einer bearbeitungsfähigen Fragestellung, ausgesprochen theoriebeladen sein. Was die Gegenüberstellung von „*question driven*“ und „*theory driven*“ aber immerhin zu bedenken Anlass gibt, ist zum einen die Notwendigkeit einer klaren Fragestellung (anstelle eines abgehobenen Theoretisierens) und zum anderen deren theoretische Hinterfragung (statt sich mit vordergründigen Phänomenen zufriedenzugeben).

Was aber soll – gleich ob mehr oder weniger universal angelegt, nur rechtsintern oder auch kulturbezogen betrieben, oder eher fragespezifisch als theoretisch ausgerichtet – der eigentliche *Gegenstand* des Vergleichens sein? Diese Frage nach dem *tertium comparationis* führt auf das Streitfeld, auf dem sich – schlagwortartig in drei Hauptströmungen mit fließenden Übergängen zusammengefasst – Legalismus, Funktionalismus und Strukturalismus gegenüberstehen. Diese verschiedenartigen Herangehensweisen zur Bestimmung dessen, was im Hinblick worauf miteinander zu vergleichen ist, sind jedoch nicht, wie manche Auseinandersetzungen den Eindruck erwecken könnten, als sich wechselseitig ausschließende Alternativen zu verstehen. Vielmehr ist je nach Zielsetzung jeder dieser komparativen Methoden ihr eigener Platz zuzugestehen.

➤ Ohne dass die in der Frühzeit rechtsvergleichender Forschung betriebenen Methoden damals selbst so bezeichnet worden wären, lassen sich diese als *legalistisch* im Sinne von normativ-institutionell charakterisieren, und zwar deshalb und insoweit, als sie vornehmlich oder gar ausschließlich auf den Vergleich von Rechtsbegriffen und Institutionen fokussiert waren.⁵⁵⁴ Diese auch als „begriffsdogmatisch“, „institutionsbezogen“, „typologisch“ oder als „normative Strafrechtsvergleichung“ bezeichneten Varianten⁵⁵⁵ beschränken sich im Wesentlichen auf die Frage, ob bestimmte Begriffe, Institute, Differenzierungen oder sonstige Konfigurationen des eigenen Rechts auch in anderen Rechtsordnungen vorzufinden und

⁵⁵³ Wie von *Adams/Bomhoff*, *Comparing Law* (o. Fn. 508), S. 6 ff., aus Tendenzen der in ihrem Sammelband präsentierten Beiträge analysiert, ohne sich aber damit selbst zu identifizieren.

⁵⁵⁴ Näher zu der – unter anderem – mit „historischer Schule“ und Begriffsjurisprudenz zusammenhängenden Entwicklungsgeschichte vgl. *Constantinesco I*, Einführung (o. Fn. 7) S. 60 ff., sowie oben I.B.1.

⁵⁵⁵ Vgl. *Kokkini-Iatridou*, *Aspects* (o. Fn. 506), S. 165 ff.

inwieweit sie gegebenenfalls in gleichem, ähnlichem oder auch abweichendem Sinne zu verstehen sind.

Auch wenn sich diese mehr normativistisch am Recht und weniger an der gesellschaftlichen Wirklichkeit orientierte Art von Komparatistik – wie gleich zu zeigen sein wird – inzwischen als unzureichend herausgestellt hat, ist ihr nicht jeglicher Eigenwert abzuspochen. So kann es für den Bereich des Strafrechts beispielsweise durchaus sinnvoll sein herauszufinden, ob ein bestimmter Rechtsbegriff, wie etwa Tatbestandsmäßigkeit, einzigartig ist oder in anderen Verbrechenssystemen gewisse Parallelen hat, ob darüber hinaus der Verbrechenbau vertikal noch weiter in Form von Rechtswidrigkeit und Schuld gestuft ist oder ob stattdessen auf gleicher Ebene lediglich zwischen objektiven und subjektiven Verbrechensteilnehmern unterschieden wird, oder ob im prozessualen Bereich Rechtsmittel nur vom Angeklagten gegen seine Verurteilung, nicht aber seitens der Staatsanwaltschaft gegen einen Freispruch eingelegt werden können. Gewiss wird es sich dabei thematisch in der Regel lediglich um Mikrovergleiche handeln; doch ebenso wie sich diese räumlich auf einen größeren Makrovergleich ausweiten können, sind solche normativen Vergleiche sowohl als eine eigenständige Aufgabe wie auch als pilotartige Vorstufe eines größeren Vergleichsprojekts denkbar.

Wie aber schon aus diesen Beispielen zu erahnen ist, bleibt bei Beschränkung des Blickfelds auf Rechtsbegriffe oder isoliert betrachtete Institutionen der Erkenntniswert recht punktuell und oft auch vordergründig. Das äußert sich nicht nur darin, dass der Sinngehalt von Rechtsbegriffen und Rechtssätzen oft nicht schon aus sich selbst heraus zu erkennen, sondern aus dem jeweils zu regelnden gesellschaftlichen Problem zu ermitteln ist. Auch können bei bloßer Gegenüberstellung von Rechtsbegriffen meist nur ausschnittshafte Einblicke in einen größeren Normzusammenhang gewonnen werden. Dies kann auch leicht zu Fehlschlüssen führen, wie etwa dann, wenn aus dem Fehlen eines parallelen Rechtsbegriffs im fremden Recht voreilig auf einen entsprechenden Regelungsmangel geschlossen wird, ein solcher Sachverhalt jedoch tatsächlich durch einen anderen Rechtsbegriff abgedeckt sein kann. Auch wird die Bedeutung einer rechtlichen Institution in der Regel nicht ohne tieferes Ergründen ihrer praktischen Funktion und theoretischen Fundierung zu erfassen sein. Durch solche Vorbehalte werden normativ-institutionelle Ansätze gewiss nicht wertlos, wohl aber muss man sich ihrer begrenzten Aussagekraft bewusst sein.

➤ Auf der sonach notwendigen Suche nach weiteren Vergleichsmethoden hat sich das *Funktionalitätsprinzip* als inzwischen vorherrschend durchgesetzt.⁵⁵⁶ Dem Grundgedanken nach rückführbar auf die Zwecktheorie von *Jhering*,⁵⁵⁷ für die Privatrechtsvergleiche maßgeblich weiterentwickelt in der Schule von *Rabel* und

⁵⁵⁶ Zur weltweiten Verbreitung dieser Ausrichtung vgl. den Überblick von *Michaels*, *Functional Method* (o. Fn. 97), S. 340.

⁵⁵⁷ Vgl. oben I.B.1. zu Fn. 27.

*Zweigert*⁵⁵⁸ und in die Strafrechtsvergleichung wohl erstmals eingebracht von *Jescheck*,⁵⁵⁹ lässt sich dem mittlerweile in verschiedenen Spielarten vorzufindenden Funktionalismus⁵⁶⁰ ein gemeinsamer Kern entnehmen, für den Folgendes wesentlich ist: Davon ausgehend, dass im Recht nur vergleichbar ist, was dieselbe Funktion hat und dass dieser Zweck auf die Regelung eines bestimmten sozialen Problems gerichtet ist, kommen als Bezugspunkt des Vergleichens in erster Linie nicht bestimmte Rechtsbegriffe oder Institutionen in Betracht, vielmehr ist als *tertium comparationis* der Rechtsvergleich möglichst frei von begrifflichen, institutionellen oder dogmatischen Voreinstellungen an dem einer rechtlichen Regelung zugrunde liegenden Sachproblem – und dabei gleichsam an dessen „Sitz im Leben“ – auszurichten. Während dieses „Sachproblem der Lebenswirklichkeit“⁵⁶¹ mehr oder weniger gleich in jeder Gesellschaftsordnung vorzufinden ist, kann dessen rechtliche Behandlung und Lösung an ganz verschiedenen Stellen eines Rechtssystems wie auch in unterschiedlicher Form geregelt sein. Eigentlicher Vergleichsgegenstand ist demnach nicht – jedenfalls weder ausschließlich noch primär – die Norm, sondern

⁵⁵⁸ So von *Rabel*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 36), S. 3 f., noch unter Kennzeichnung als „systematisch“ (vgl. oben II.A.2(d)), während bei *Zweigert* die Funktionalität zum Markenzeichen wird: so zunächst noch rudimentär in: Methode (o. Fn. 527), S. 194 f., und in: Kritische Bewertung (o. Fn. 418), S. 81, sodann expliziter in *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 6), 1. Auflage 1971, S. 29 ff., 3. Auflage 1996, S. 33 ff., sowie in *Zweigert/Puttfarcken*, Analoge Rechtsinstitute (o. Fn. 158), S. 400. Soweit allerdings Rechtsvergleichung nach *Zweigert* die Inbezugnahme „ganzer Rechtsordnungen in ihrem Geist und Stil“ erfordern soll (wie in: Kritische Bewertung [o. Fn. 418], S. 79, definiert, während in: Methode [o. Fn. 527], S. 193, lediglich vom Inbezugsetzen „verschiedener Rechtsordnungen“ die Rede ist), wird der Begriff der Rechtsvergleichung ungemein einengend spezifiziert und damit praktisch auf Makrovergleichung beschränkt, was schwerlich im Sinne von *Zweigert* sein kann.

⁵⁵⁹ Dies allerdings noch nicht *verbatim* in der grundlegenden Antrittsrede von *Jescheck*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 2), sondern wohl erstmals in: Strafprozessreform (o. Fn. 127), S. 772, durch Bezeichnung der am „sozialen Problem“ auszurichtenden Rechtsvergleichung als gleichsinnig mit dem „Funktionalitätsprinzip“ von *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 6) sowie durch Betonung der durch den rechtsvergleichenden Querschnitt zu ermittelnden „funktionellen Gleichwertigkeit“ verschiedener Lösungsmöglichkeiten (S. 775).

⁵⁶⁰ Bei den von *Michaels*, Functional Method (o. Fn. 97), S. 343 ff., aufgelisteten acht verschiedenen Varianten – „finalism“, „adoptionism“, „classical functionalism“, „instrumentalism“, „refined functionalism“, „epistemological functionalism“, „equivalence functionalism“ und „functionalist comparative law“ – handelt es sich jedoch, wie aus seiner anschließenden Funktionsanalyse (S. 363 ff.) zu ersehen ist, weniger um Methoden als um Zielsetzungen funktionaler Rechtsvergleichung. Solche Konfusionen, wie sie in als „methodisch“ deklarierten Beiträgen immer wieder zu beobachten sind, sind zwar letztlich nicht *Michaels* vorzuhalten, machen aber die internationale Funktionalismusdebatte zu einem schwer durchschaubaren Feld.

⁵⁶¹ Wie die Kurzfassung von *Ebert*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 72), S. 147, von *Kokini-Iatridou*, Aspects (o. Fn. 506), S. 174, als „the most suitable“ befunden wird.

der ihr vorausliegende Lebenssachverhalt als ein regelungsbedürftiges soziales Ordnungsproblem.⁵⁶²

Bei näherer Betrachtung aber ist dieser Grundkern vor allem in der englischsprachigen Komparatistik in zwei verschiedenen Ausprägungen vorzufinden.⁵⁶³ Beim „*functional-institutional approach*“ sei zu fragen, welche Institution im System B eine gleichwertige Funktion in dem in Betrachtung stehenden System A erfüllt. Wie nicht zu verkennen, bildet hierbei die Rechtsordnung – ähnlich wie bei dem zuvor behandelten legalistischen Ansatz – den maßgeblichen Bezugspunkt, auch wenn es dabei weniger auf die Begrifflichkeit als auf die Funktion einer Institution oder einer Rechtsnorm ankommen soll. Demgegenüber sei beim „*problem-solving approach*“ zu fragen, wie ein spezielles soziales oder rechtliches Problem, das sich in den zu vergleichenden Gesellschaften stellt, zu lösen ist. Bei diesem primär soziologischen Ansatz stehe die Anknüpfung an ein faktisches Regelungsbedürfnis, das als ein humanes und soziales zugleich ein universales sei, im Vordergrund, während der für die Problemlösung erforderlichen rechtlichen Regelung lediglich eine sekundär-instrumentelle Bedeutung zukomme.

Ohne diese unterschiedlichen Akzentsetzungen verkennen zu wollen, besteht dennoch kein Grund, dem einen Ansatz gegenüber dem anderen grundsätzlichen Vorrang einzuräumen. Denn welcher Weg zu verfolgen ist, hängt wiederum entscheidend von der Zielsetzung des einzelnen Projekts ab. Soll beispielsweise die rechtliche Reichweite von „Vorsatz“ oder „Anstiftung“ ermittelt werden, so würde es dafür zwar einerseits nicht – wie möglicherweise bei einem rein legalistisch-begrifflichen Ansatz – genügen, gleichartige Begriffe zu identifizieren und auf Gemeinsamkeiten und Unterschiede hin abzuklopfen; vielmehr wäre dann zumindest auch die Stellung und Funktion dieser Begriffe innerhalb des Verbrechenssystems abzuklären. Wäre hingegen herauszufinden, welche subjektiven Anforderungen – im Sinne theoretischer Strafrechtsvergleiche – an die strafrechtliche

⁵⁶² Dem wörtlich zustimmend *Wörner*, Strafrechtsvergleiche (o. Fn. 81), S. 141, so wie im gleichen Sinne – wenn auch mit teils anderer Akzentuierung – bereits *Jescheck*, Strafprozessreform (o. Fn. 127), S. 772, ferner *Ambos*, Völkerstrafrecht (o. Fn. 421), S. 44; *Jung*, Grundfragen (o. Fn. 60), S. 2; *Pieth*, Äquivalenz (o. Fn. 81), S. 481; *Rosenau*, Plea bargaining (o. Fn. 414), S. 1604 f.; *Sieber*, Strafrechtsvergleiche (o. Fn. 4), S. 113 f. Fn. 140. Auch die in den neueren Tagungsbänden von *Beck/Burchard/Fateh-Moghadam*, Strafrechtsvergleiche (o. Fn. 5) und *Streng/Kett-Straub*, Kulturvergleich (o. Fn. 112) gesammelten Beiträge sind – von vorausgehend oder nachfolgend genannten Abweichungen abgesehen – mehr oder weniger explizit funktional ausgerichtet. Für eine konzise Analyse dieser Methode vgl. *Thomas Coendet*, Rechtsvergleichende Argumentation, Tübingen 2012, S. 158 ff.; *Fateh-Moghadam*, Funktionalismus (o. Fn. 103), S. 44 ff.; *Jaakko Husa*, Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?, *RebelsZ* 67 (2003), S. 419–447 (422 ff.).

⁵⁶³ *Örücü*, Developing (o. Fn. 72), S. 51 ff.; *dies.*, Methodology (o. Fn. 499), S. 561 f.; ähnlich differenzierend bereits *Michele Graziadei*, The functional heritage, in: *Legrand/Munday*, Traditions (o. Fn. 345), S. 100–127; *Kokkini-Iatridou*, Aspects (o. Fn. 506), S. 168 ff.

Verantwortlichkeit gestellt werden oder – im Sinne legislativer Strafrechtsvergleichung – zu stellen wären, so wäre an die denkbaren mentalen und emotionalen Varianten anzuknüpfen, von denen die Zuschreibung von Verantwortlichkeit abhängen kann, um dann zu fragen, welche dieser psychischen Varianten strafrechtlich erfasst werden und mit welchen Rechtsbegriffen dies zum Ausdruck gebracht wird. Ähnlich wäre bei der Ermittlung von strafrechtlich erfassten Einflussnahmen auf die Begehung einer Straftat nicht einfach vom Begriff der Anstiftung auszugehen, sondern zunächst einmal die Bandbreite und Varianz solcher Einflussnahmen psychologisch aufzuschlüsseln, um dann sinnvollerweise danach fragen zu können, welche dieser Varianten – möglicherweise mit weitergehenden Fragen nach Gründen und Reichweite – von den zu vergleichenden Rechtsordnungen kriminalisiert werden und mit welchen Rechtsbegriffen und möglicherweise unterschiedlichen Rechtsfolgen dies geschieht und/oder geschehen sollte. Ähnlich kann auch im prozessualen Bereich die rechtsvergleichende Frage nach dem Umgang mit öffentlicher Vorverurteilung prominenter Tatverdächtiger ganz unterschiedlich ausfallen. So mehr politisch-soziologisch, wenn es herauszufinden gilt, inwieweit und mit welchen Mitteln eine Rechtsordnung auf solche Vorgänge zu reagieren pflegt, wie möglicherweise überhaupt nicht oder durch bloße Strafmilderung, oder andererseits sogar durch Verfahrenseinstellung. Hingegen wird sich der Vergleich mehr im juristisch-institutionellen Bereich abspielen können, wenn es lediglich darum geht, wie ein Verzicht auf Strafverfolgung rechtlich konstruiert ist – etwa als ein mehr oder weniger zwingendes Verfahrenshindernis oder als ein materieller Strafausschlussgrund – und wie dies jeweils begründet wird. Je nachdem wird dann auch der Fragenkatalog entsprechend unterschiedlich anzulegen sein.⁵⁶⁴

➤ Trotz der mit dem Funktionalitätsprinzip zu erreichenden Verfeinerungen blieb aber auch diese Methode nicht von Kritik verschont.⁵⁶⁵ Darüber lässt sich hinwegsehen, soweit mit weitergehenden Forderungen ein anderes Ziel als das der Rechtsvergleichung verfolgt oder jedenfalls über diese hinausgegangen wird.⁵⁶⁶ Das betrifft insbesondere die von einem „cultural turn“ beflügelte *Kulturvergleich-*

⁵⁶⁴ Vgl. unten III.B.1(b).

⁵⁶⁵ Vgl. insbesondere *Frankenberg*, *Critical Comparisons* (o. Fn. 510), S. 434 ff., ferner den Überblick über Kritik und Gegenkritik von *Julie De Coninck*, *The Functional Method of Comparative Law: Quo vadis?*, *RabelsZ* 74 (2010), S. 318–350 (322 ff.), und *Husa*, *Methodological Tolerance* (o. Fn. 562), S. 434 ff., sowie kritisch modifizierend im Sinne eines rechtsinternen „operativen Funktionalismus“ *Fateh-Moghadam*, *Funktionalismus* (o. Fn. 103), S. 50 ff.

⁵⁶⁶ Wie für die meisten der von *Michaels* angeführten Varianten (o. Fn. 560) so auch für die von *Richers* (o. Fn. 126) vorgestellten „postmodernen“ Ansätze zu konstatieren wäre. Von diesen vornehmlich von Philosophen, Historikern und Sozialwissenschaftlern geführten Theoriediskussionen, in denen nach Einschätzung von *Adams/Bomhoff*, *Comparing Law* (o. Fn. 508), S. 13 Fn. 11, „Funktionalismus“ nach Art von Strohmännern oder methodischen Stereotypen in einer Weise beschrieben werde, wie dies kein Rechtsvergleicher akzeptiere, wird in der deutschsprachigen Komparatistik bemerkenswerterweise kaum Notiz genommen.

chung.⁵⁶⁷ Angesichts der gleichermaßen „kulturgeprägten und kulturprägenden Rolle des Rechts“⁵⁶⁸ gilt es im Hinblick auf das angestrebte Ziel zu unterscheiden: Geht es um Rechtsvergleichung in dem Sinne, dass bestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen oder Tatbestände nicht sinnvoll erklärt und miteinander verglichen werden können, ohne den national-kulturellen Hintergrund auszuloten,⁵⁶⁹ dann wäre ein derartiges Versäumnis schon gar nicht funktional methodengerecht, wurde doch schon von deren Begründer postuliert, „dass alles Recht Kulturercheinung ist und dass Rechtsnormen niemals unabhängig von den historischen, sozialen, wirtschaftlichen, psychologischen und politischen Umständen betrachtet werden dürfen“.⁵⁷⁰ Soll es hingegen sogar primär um die Ermittlung gleicher oder unterschiedlicher Kulturen gehen, kann es mit einem bloßen Rechtsvergleich ohnehin nicht sein Bewenden haben: Dann sind rechtliche Phänomene nicht nur miteinander zu vergleichen, sondern naturgemäß gerade auch in ihrer jeweiligen kulturellen Rolle zu sehen und zu gewichten.⁵⁷¹ Wird dies versäumt, so handelt es sich um das Scheitern eines Kulturvergleichs: Das aber wäre jedenfalls nicht der funktionalen Rechtsvergleichungsmethode als Versagen anzulasten. Mit anderen Worten: richtig gehandelt, wobei dies durch entsprechende Erstellung des Fragenkatalogs und der Ausarbeitung der Landesberichte zu gewährleisten ist, schließen sich funktionales Vorgehen und Kulturvergleich nicht aus, sondern stehen in einem Ergänzungsverhältnis zueinander, wobei je nach Zielsetzung der einen oder anderen Methode die primäre Rolle zukommt.⁵⁷² Gleichermäßen ist mit Theorien zu verfahren, nach de-

⁵⁶⁷ Wie besonders prominent von *Legrand*, *Droit Comparé* (o. Fn. 550) propagiert; vgl. *Coendet*, *Argumentation* (o. Fn. 562), S. 160 ff.; *Roger Cotterrell*, *Comparative Law and Legal Culture*, in: Reimann/Zimmermann, *Oxford Handbook* (o. Fn. 8), S. 710–737; *Frankenberg*, *Critical Comparisons* (o. Fn. 510), S. 426 ff.; *David Nelken*, *Defining and Using the Concept of Legal Culture*, in: Örücu/Nelken, *Handbook* (o. Fn. 7), S. 109–132. Auch die zu diesem „cultural turn“ im englischsprachigen Schrifttum geführte Diskussion findet im hiesigen strafrechtlichen Schrifttum – von wenigen Ausnahmen wie etwa *Beck*, *Interkultureller Dialog* (o. Fn. 112), S. 67 ff.; *Fateh-Moghadam*, *Funktionalismus* (o. Fn. 103), S. 48 ff.; *Kubiciel*, *Funktionen* (o. Fn. 60), S. 213 ff., oder *Rosenau*, *Plea bargaining* (o. Fn. 414), S. 1607 f., abgesehen – kaum Widerhall, und zwar nicht einmal in Beiträgen, die sich wie in *Streng/Kett-Straub*, *Kulturvergleich* (o. Fn. 112) gezielt mit Strafrechtsvergleichung als „Kulturvergleich“ beschäftigen; vgl. die Besprechung von *Albin Eser*, *Strafrechtsvergleichung durch Kulturvergleich*, *Jahrbuch für japanisches Recht* 2014, S. 288–295 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/9725.

⁵⁶⁸ Wie treffend differenziert von *Jung*, *Kulturelle Identität* (o. Fn. 350), S. 470. In gleichem Sinne war auch schon bei *v. Liszt*, *Einheitliches mitteleuropäisches Strafrecht* (o. Fn. 112), gerade vom Strafrecht als „Kulturprodukt“ und als „Kulturhebel“ die Rede, wobei vor allem mit Letzterem die Strafrechtsvergleichung zur Gestaltung des Geisteslebens und der Weiterbildung der Kultur dienen sollte.

⁵⁶⁹ Wie in den zuvor nach Fn. 550 f. angeführten Beispielen.

⁵⁷⁰ *Zweigert*, *Praesumptio Similitudinis* (u. Fn. 575), S. 749.

⁵⁷¹ Insoweit ist *Beck* (o. Fn. 549) zuzustimmen.

⁵⁷² Im gleichen Sinne *Kubiciel*, *Funktionen* (o. Fn. 60), S. 214, und wohl auch *Rosenau*, *Plea bargaining* (o. Fn. 414), S. 1608 f.; vgl. auch *Weigend*, *Criminal law* (o. Fn. 60), S. 263.

nen im Sinne von „law and economics“ wirtschaftlichen Faktoren größeres Gewicht beizumessen ist.⁵⁷³

➤ Wohl ernster zu nehmen sind die gegen das übliche Verständnis von „*funktionaler Äquivalenz*“ zu erhebenden Bedenken. Diese betreffen zwar noch nicht die funktionale Ausgangsthese, dass Unvergleichbares nicht sinnvoll verglichen werden kann, und vergleichbar nur ist, was im Recht dieselbe Funktion erfüllt.⁵⁷⁴ Auf eine fragwürdige Fährte gerät man aber dann, wenn bei scheinbarem Fehlen eines vergleichbaren Rechtsbegriffes im Sinne einer *praesumptio similitudinis* so lange gesucht wird, bis man auf eine funktionsäquivalente Rechtsfigur stößt, und wenn dies zudem dadurch erleichtert wird, dass unvergleichbar erscheinende Rechtsordnungen von vornherein aus dem Vergleich ausgeschlossen bleiben.⁵⁷⁵ So vorzugehen, kann zwar aus praktischen Gründen unvermeidlich oder nach entsprechender Zielsetzung des Projekts sogar sinnvoll sein, wird aber kaum als Regel taugen. Denn nicht nur, dass solche vorprogrammierenden Exklusionen generell unvollständige und verzerrte Resultate zur Folge haben können; vielmehr kann damit unter Umständen sogar der wesentliche Zweck eines Projekts – wie etwa die Aufdeckung signifikanter Unterschiede bis hin zu grundsätzlicher Unvereinbarkeit bestimmter Rechtsordnungen – verfehlt werden.⁵⁷⁶ Anders als es die Redeweise von „funktioneller Gleichwertigkeit verschiedener Lösungsmöglichkeiten“⁵⁷⁷ oder von „funktional-äquivalenten Lösungen“⁵⁷⁸ nahelegt, ist die Äquivalenzfrage nicht an den (für das betreffende soziale Problem gefundenen oder zu findenden) Lösungen, sondern an der Finalität der (demselben sozialen Problem dienenden) Regelung

⁵⁷³ Vgl. Kötz, Aufgaben (o. Fn. 42), S. 149 f.; Rosenau, Plea bargaining (o. Fn. 414), S. 1609, sowie – nicht ohne kritischen Unterton – Florian Faust, Comparative Law and Economic Analysis of Law, in: Reimann/Zimmermann, Oxford Handbook (o. Fn. 8), S. 837–865; Nuno Garoupa/Tom Ginsburg, Economic analysis and competitive law, in: Bussani/Mattei, Comparative Law (o. Fn. 43), S. 57–72; Richers, Postmoderne (o. Fn. 126), S. 534 f. Ähnlich skeptisch zu Versuchen, Rechtsvergleichung primär aus der „internal perspective“ oder als „legal social science“ anzugehen, vgl. Adams/Bomhoff, Comparing Law (o. Fn. 508), S. 3 ff.

⁵⁷⁴ So der grundlegende und weithin anerkannte Ausgangspunkt von Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung (o. Fn. 6), S. 33; vgl. auch zuvor ab Fn. 563.

⁵⁷⁵ So die kritische Interpretation der Position von Konrad Zweigert, Die „*praesumptio similitudinis*“ als Grundsatzvermutung rechtsvergleichender Methode, in: Mario Rotondi (ed.), *Inchieste di diritto comparato*, Padova 1973, S. 735–758, und von Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung (o. Fn. 6), S. 33 f., durch Frankenberg, Critical Comparisons (o. Fn. 510), S. 437; vgl. auch De Coninck, Functional method (o. Fn. 565), S. 334 ff.; Michaels, Functional Method (o. Fn. 97), S. 369.

⁵⁷⁶ Vgl. Adams/Griffiths, Similarities (o. Fn. 508), S. 282 ff.; Roger Cotterrell, Is it so Bad to be Different? Comparative Law and the Appreciation of Diversity, in: Örücü/Nelken, Handbook (o. Fn. 7), S. 133–154; Gerhard Dannemann, Comparative Law: Study of Similarities or Differences?, in: Reimann/Zimmermann, Oxford Handbook (o. Fn. 8), S. 383–419; Frankenberg, Critical Comparisons (o. Fn. 510), S. 436 f.; Örücü, Methodology (o. Fn. 499), S. 563 f.; vgl. auch unten III.B.2(a), 4(b).

⁵⁷⁷ Jescheck, Strafprozessreform (o. Fn. 127), S. 775.

⁵⁷⁸ Sieber, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 114.

auszurichten: Letztere braucht nur insoweit äquivalent zu sein, als sie eine Regelung des gleichen sozialen Problems bezweckt, während die dafür gefundenen Lösungen gleichwertig oder auch unterschiedlich sein können.⁵⁷⁹ Letzterenfalls mögen sie vielleicht rechtspolitisch inopportun sein, was auf der abschließenden Bewertungsebene zu ihrer Nichtberücksichtigung führen kann. Dies vermag aber keinesfalls den theoretischen Erkenntnisgewinn (auch) von rechtlichen Divergenzen zu schmälern.

Kommt es somit für die hier infrage stehende Aufgabenstellung eines rechtsvergleichenden Projekts allein darauf an, die für ein gemeinsames soziales Problem einschlägigen Regelungen – gleich wie begrifflich gekennzeichnet oder welche Lösung offerierend – zu identifizieren und einander gegenüberzustellen, dann verlieren auch Diskussionen über mehr oder weniger Gleichheit, Ähnlichkeit oder Verschiedenheit⁵⁸⁰ an Bedeutung. Das ist dann erst eine Frage von Modellbildung und Gewichtung, was beides wiederum an den jeweiligen Zielsetzungen des Rechtsvergleichs auszurichten ist.

Ein weiterer Punkt, durch den die funktionale Methode zwar nicht grundsätzlich infrage gestellt, an dem aber ihre Ergänzungsbedürftigkeit sichtbar wird, ließe sich als Mangel an systematisch-struktureller Aussagekraft beschreiben. Mit dem funktionalen Ansatz wird im Grunde nicht mehr gefordert als – anstatt sich mit der Gegenüberstellung (tatsächlich oder scheinbar) vergleichbarer Rechtsbegriffe zu begnügen – das infrage stehende Sachproblem der Lebenswirklichkeit als für die zu vergleichenden Länder gleichartig zu identifizieren und die dafür möglicherweise einschlägigen Normen zu ermitteln. Welche Regelungen dabei einzubeziehen und welche Befunde dadurch schließlich zu erlangen sind, wie tief dazu in verschiedene Regelungsschichten einzudringen ist und welches Hintergrundmaterial es dabei zu erfassen gilt, darüber gibt die funktionale Methode als solche keine Auskunft.⁵⁸¹ All dies wird vielmehr erst dann zweckgerecht zu beantworten sein, wenn bei entsprechender Zielsetzung des Projekts der Funktionsvergleich durch einen Strukturvergleich erweitert und vertieft wird.

➤ Diesem Ziel dienen Methoden, die man als *Strukturvergleichung* bezeichnen kann. Damit ist freilich ein Begriff gewählt, der einer Erläuterung bedarf. Denn ebenso wie schon bei „Funktion“ handelt es sich auch bei „Struktur“ um schillernde Begriffe, deren Verständnis und Terminologie nicht einheitlich ist.⁵⁸² Das zeigt

⁵⁷⁹ Im gleichen Sinne *Rosenau*, Plea bargaining (o. Fn. 414), S. 1610. Vgl. auch *Örücü*, Developing (o. Fn. 72), S. 47 ff.

⁵⁸⁰ Insbesondere kritisch dazu *Pierre Legrand*, The same and the different, in: Legrand/Munday, Traditions (o. Fn. 345), S. 240–311; vgl. auch *De Coninck*, Functional method (o. Fn. 565), S. 329 ff.; *Gordley*, Functional method (o. Fn. 546), S. 117 ff.

⁵⁸¹ Vgl. *De Coninck*, Functional method (o. Fn. 565), S. 336 f., sowie oben Teil 1, § 1 II., III.

⁵⁸² Vgl. *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 113 f. mit Fn. 142.

sich einerseits im Richtungsstreit zwischen „functionalists“ und „structuralists“ um das richtige Verständnis von „comparative law“⁵⁸³ und andererseits in der Vorstellung, im Strukturvergleich lediglich eine Adoption des funktionalen Ansatzes zu sehen⁵⁸⁴ oder gar funktionale Betrachtungsweise und Strukturvergleich gleichstellen zu können.⁵⁸⁵ Will man demgegenüber sowohl die sozialwissenschaftlich inspirierten Definitionsgefechte hinter sich lassen als auch der Strukturvergleichung eine eigene Rolle zugestehen, dann ist zwar einzuräumen, dass es sich bei dieser um eine Fortentwicklung des funktionalen Grundansatzes handelt (wobei sich beide Methoden keineswegs auszuschließen brauchen, sondern ergänzen können). Gleichwohl weist die Strukturvergleichung Besonderheiten auf, durch die sie sich in dreifacher Hinsicht – nämlich nach Breite, Tiefe und Länge – von bloßem Funktionsvergleich abhebt und über diesen hinausgeht.

Was die Breite betrifft, so hatte sich bereits bei der Erörterung von „systematischer Strafrechtsvergleichung“ und „Strukturvergleich“ als mögliche Zielsetzungen theoretischer Rechtsvergleichung gezeigt,⁵⁸⁶ dass sie auf die Ermittlung und Gegenüberstellung ganzer Rechtssysteme oder wesentlicher Teile davon abzielen können. Dementsprechend ist auch die Methode auszurichten. Soll es beispielsweise eher großflächig darum gehen, wie eine Rechtsordnung insgesamt strukturiert ist, wie bestimmte Rechtsgebiete aufgegliedert sind oder wie auf die Verletzung von Verboten und Geboten reagiert wird, so kann es in methodischer Hinsicht einerseits nicht genügen, innerhalb des Untersuchungsbereichs lediglich nach der Funktion einzelner Regelungen zu fragen; vielmehr sind dann die jeweiligen Rechtssysteme jeweils als Ganzes ins Auge zu fassen. Andererseits erfordert dies nicht unbedingt eine Erforschung der Tiefenstruktur des Systems; vielmehr kann dafür schon eine Beschreibung der Oberflächenstruktur genügen. Eine andere Frage ist natürlich, wie viel mit solchen Systemvergleichen zu erkunden ist. Sicherlich kann für den Bereich des Strafrechts ein Erkenntnisgewinn schon darin liegen herauszufinden, ob und inwieweit in manchen Ländern auf rechtswidriges Verhalten mit ausschließlich strafrechtlich verstandenen Sanktionen reagiert wird, während andere Länder eine Aufteilung zwischen Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht kennen, oder dass in der Strafrechtsdogmatik mancher Länder der Verbrechensbegriff gestuft ist, während in anderen auf derartige Abstufungen verzichtet wird. Soweit es jedoch bei der rechtsvergleichenden Suche nach dem „besseren System“ etwa um die Gruppierung von Rechtsfamilien oder die Entwicklung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen geht, muss man sich der beschränkten Aussagekraft eines an der Oberfläche bleibenden Breitenvergleichs bewusst sein.

⁵⁸³ Vgl. *Kokkini-Iatridou*, Aspects (o. Fn. 506), S. 165 ff.

⁵⁸⁴ *Jung*, Wertende Rechtsvergleichung (o. Fn. 116), S. 3; *ders.*, Structure (o. Fn. 429), S. 301.

⁵⁸⁵ *Jung*, Grundfragen (o. Fn. 60), S. 2; *ders.*, Theorie (o. Fn. 120), S. 363.

⁵⁸⁶ Oben II.A.2(d).

Für die Tiefendimension der Strukturvergleichung ist es wesentlich, nicht nur die Art und Ebene der Regelungen zu bestimmen, die für das infrage stehende soziale Ordnungsproblem in einer Rechtsordnung vorzufinden sind, vielmehr ist dabei auch deren Wirklichkeitsebene zu berücksichtigen.⁵⁸⁷ Dazu können sowohl geschriebene als auch ungeschriebene Regeln gehören: Zum einen in Form von Gerichtsentscheidungen, Formularen oder Verwaltungsleitlinien, mit denen Rechtsregeln umgesetzt, interpretiert, weiterentwickelt oder ergänzt bzw. dem Rechtsanwender Vorgaben gemacht werden; und zum anderen in Form von „second codes“, durch die – wenngleich nirgendwo ausdrücklich festgelegt, sondern eher in allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen oder sonstigen Wertvorstellungen der Rechtsanwender Ausdruck findend – das „law in the books“ zum „law in action“ und damit zum eigentlichen „droit vivant“ wird.⁵⁸⁸ Auch geht es dabei nicht einfach um den bekannten Methodendualismus von dogmatischer und empirischer Wissenschaft,⁵⁸⁹ vielmehr müssen zur vollen Erfassung der Tiefenstruktur drei Bereiche und Ebenen bestimmt und analysiert werden: der für die Vergleichung infrage stehende Lebenssachverhalt, die dazu vorzufindenden Rechtsregeln einschließlich ihrer Funktion, praktischen Applikation und weltanschaulich-gesellschaftlichen Hintergründe sowie die tatsächlichen Wirkungen, welche die jeweiligen Regeln zur Folge haben.⁵⁹⁰ Wenn beispielsweise die strafrechtliche Reaktion verschiedener Länder auf tödliche Notwehr verglichen werden soll, so sind zunächst die möglichen – oder jedenfalls naheliegenden – Sachverhaltsalternativen zu beschreiben; dann werden die rechtlichen Notwehrregeln einschließlich ihrer Interpretation, die ihrerseits von unterschiedlichen Grundeinstellungen zum Verhältnis des staatlichen Gewaltmonopols und zum individuellen Verteidigungsrecht abhängen kann, zu

⁵⁸⁷ So auch das – allerdings nur – auf die Vergleichstiefe abhebende Verständnis der Strukturvergleichung bei *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 113 Fn. 142, S. 116. Auch ohne dabei schon von Strukturvergleich gesprochen zu haben, findet sich die Verknüpfung von rechtlicher Regelung und ihrem Wirkungszusammenhang als Erkenntnisobjekt des Rechtsvergleichs bei *Marc Ancel*, Droit pénal comparé et politique criminelle, in: Jescheck/Kaiser, Vergleichung (o. Fn. 128), S. 73–85, beschrieben als „le fonctionnement positif de ces systèmes dans leur réalité sociologique“ (81). Im gleichen Sinne *Jung*, Grundfragen (o. Fn. 60), S. 2, wiewohl dieser im Strukturvergleich lediglich eine Adoption des Funktionalvergleichs sehen will (vgl. zuvor Fn. 584 f.).

⁵⁸⁸ Vgl. *Ancel*, Droit pénal comparé (o. Fn. 587), S. 81; *Jung*, Grundfragen (o. Fn. 60), S. 2; *ders.*, Theorie (o. Fn. 120), S. 364; *Perron*, Nationale Grenzen (o. Fn. 42), S. 286 ff. Dem von *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 116, übernommenen Begriff von „second codes“ dürfte auch der im Handbook von *Örücü/Nelken*, Handbook (o. Fn. 7) verfolgte „second-order approach“ entsprechen; vgl. *Hendry*, Review Essay (o. Fn. 56), S. 2259 f. Auch in dem schon auf *Rabel* rückführbaren „kontextualistischen“ Ansatz lässt sich die Erforschung der Tiefenstruktur einer Regelung erblicken; vgl. *De Coninck*, Functional method (o. Fn. 565), S. 336 ff.; *Richers*, Postmoderne (o. Fn. 126), S. 532 f.

⁵⁸⁹ Wie er namentlich von *Kaiser*, Vergleichende Kriminologie (o. Fn. 127), S. 90, im Sinne sich beiderseits ergänzender Strafrechtsvergleichung und vergleichender Kriminologie beschrieben wird.

⁵⁹⁰ Vgl. dazu bereits die Vorüberlegungen von *Perron*, Strukturvergleich (o. Fn. 203), S. 135, zu dem hier infrage stehenden Gemeinschaftsprojekt.

ermitteln sein; und dabei können zudem auch prozessuale Faktoren, wie etwa unterschiedliche Beweisregeln oder die Verhandlung mit oder ohne Laienbeteiligung, eine Rolle spielen.⁵⁹¹ Insofern geht es genau besehen sogar um „law as action“⁵⁹² und nicht nur um „law in action“. In gleicher Weise wäre bei einem Vergleichsprojekt zum Strafverteidiger je nach Zielsetzung zunächst zu umschreiben, welche Verteidigungssituationen – Selbstverteidigung und/oder Rechtsbeistand, Wahl- und/oder Pflichtverteidigung, voluntative oder obligatorische, Verfahrensphasen, Kostentragung und dergleichen – erfasst werden sollen, dann wären die entsprechenden Regeln einschließlich der Rechtsprechung und der Verfahrenssancen zu ermitteln, wobei nicht zuletzt deren verfassungsrechtlicher Verbindlichkeitsgrad bedeutsam sein kann, und schließlich wäre auch die praktische Umsetzung einschließlich etwaiger besonderer Folgen zu eruieren.⁵⁹³

Über derartige Tiefenbohrungen hinaus kann auch im Längsschnitt ein Strukturvergleich angebracht sein. Wenn unter „Struktur“ (auch) ein Gefüge zu verstehen ist, in dem bestimmte Einzelteile in einer größeren Einheit miteinander verbunden sind und darin eine jeweils spezifische Funktion erfüllen,⁵⁹⁴ dann darf der Blick nicht auf die Einzelteile beschränkt bleiben, vielmehr ist er dann auch auf Wechsel- und Folgewirkungen zu erstrecken, wobei insbesondere darauf zu achten ist, ob und inwieweit Schwächen des einen Einzelteils durch besondere Stärken eines anderen aufgefangen werden oder Defizite auf der einen Ebene durch Vorzüge auf einer anderen ausgeglichen werden. Für die Rechtsvergleichung bedeutet das, dass vor allem auf der Makroebene, auf der es um mehr geht als um den Vergleich einzelner Rechtselemente, nicht nur tiefenbohend deren Funktion einschließlich ihrer historischen, weltanschaulichen und sonstigen national-kulturellen Hintergründe darzustellen ist, sondern auch aufschlussreich erscheinende Zusammenhänge und Wechselwirkungen zwischen materiellem und prozessualen Strafrecht zu beachten und gegebenenfalls bis in andere Rechtsbereiche hinein zu verfolgen sind.

Solche Längsschritte und Längsschnitte sind insbesondere dann geboten, wenn es einen Verfahrensablauf zu vergleichen gilt. Was beispielsweise die Rechtsstellung des Beschuldigten betrifft, so kann diese in einem Land schon bei Auftauchen eines ersten Tatverdachts als wenig sicher erscheinen, während er in einem anderen Land erst bei Eröffnung eines formellen Ermittlungsverfahrens Schlimmeres zu befürchten hat. Gleichwohl können daraus solange keine Schlüsse im Hinblick auf

⁵⁹¹ Vgl. *Perron*, Nationale Grenzen (o. Fn. 42), S. 286; *ders.*, Überlegungen zum Verhältnis von Strafrecht und Strafprozessrecht, in: Udo Ebert u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag, Berlin 1999, S. 473–485 (476 f.).

⁵⁹² Wie von *Jerome Hall*, Diskussion, in: Jescheck/Kaiser, Vergleichung (o. Fn. 128), S. 39–52, eindrücklich postuliert.⁵⁹³ Vgl. *Jung*, Theorie (o. Fn. 120), S. 365. Zu weiterem Beispielsmaterial und Arbeitsschritten im Einzelnen vgl. unten III.B.1(b).

⁵⁹³ Vgl. *Jung*, Theorie (o. Fn. 120), S. 365. Zu weiterem Beispielsmaterial und Arbeitsschritten im Einzelnen vgl. unten III.B.1(b).

⁵⁹⁴ Vgl. oben II.A.2(d) zu Fn. 203.

das – für wen auch immer – „bessere“ Verfahrensrecht gezogen werden, als noch nicht der gesamte Verfahrensablauf sondiert ist, können doch Nachteile in der ersten Verfahrensphase durch eine stärkere Rechtsstellung in der Hauptverhandlungsphase oder möglicherweise auch in einer großzügigeren Rechtsmittelfase ausgeglichen werden – und umgekehrt.

Eben dies ist auch die Art von Strukturvergleichung, wie sie in dem hier vorgelegten MPI-Projekt verfolgt wird: indem an verschiedenen Varianten eines Tötungsverbrechens zunächst dessen strafatbestandliche Einordnung unter Berücksichtigung möglicher landesspezifischer Strafausschließungs- oder Strafmilderungsgründe beurteilt wird, dann für die Strafzumessung wesentliche Kriterien erfasst und dabei jeweils Besonderheiten prozessualer Art berücksichtigt werden sowie schließlich die Behandlung des Falls und seiner verschiedenen Varianten bis in verschiedenartige Modalitäten der Strafvollstreckung hinein verfolgt wird, und zwar jeweils aus der Sicht von dazu befragten Richtern, Staatsanwälten, Strafverteidigern und Rechtsgelehrten.⁵⁹⁵

➤ Was ist als *Resümee* zu der auf der ersten Untersuchungsstufe zu bestimmenden Aufgabenstellung eines rechtsvergleichenden Projekts festzuhalten? Je nach dessen – theoretischer, judikativer, legislativer, evaluativer oder auch miteinander verbundener – Zielsetzung kann schon ein Mikrovergleich genügen oder aber ein Meso- oder Makrovergleich erforderlich sein. Je mehr Letzteres angezeigt ist, desto breiter wird der Untersuchungsbereich – über eine binationale Ebene hinaus – multilateral bis hin zu universal auszurichten sein. Den Gegenstand des Vergleichs auf die Gegenüberstellung einzelner Rechtsnormen, Rechtsbegriffe oder Institutionen zu beschränken, ist zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen, wird aber für den Regelfall nur dort genügen, wo es lediglich deren Existenz oder Absenz zu ermitteln gilt. Um darüber hinaus die eigentliche Funktion und soziale Rolle einer Regel oder Institution zu erschließen, ist für deren Vergleichbarkeit auf das Sachproblem der Lebenswirklichkeit abzuheben, dessen Lösung sie dienen sollen. Wie ein Vergleichsland dabei vorgeht, wird in der Regel nicht ohne Berücksichtigung historischer, kultureller, politischer oder sonstiger weltanschaulich-gesellschaftlicher Hintergründe zu verstehen sein. Dies kann einen Strukturvergleich erforderlich machen, der je nach Zielsetzung des Projekts unterschiedlich breit, tief und lang anzulegen ist.

(b) Arbeitshypothesen – Fragenkatalog

Je nach der Aufgabenstellung und Gegenstandsbeschreibung, wie sie nach den zuvor genannten Kriterien vorauszugehen haben, sind möglichst konkrete Arbeitshypothesen zu entwickeln und in einem dementsprechend strukturierten Fragen-

⁵⁹⁵ Näher dazu oben Teil 1, § 2 II.4. sowie zur Konzeption des Projekts vorangehend II.A.2(d) zu Fn. 204 mit weiteren Hinweisen.

katalog in beantwortbare Fassung zu bringen. Das ist jedoch leichter gesagt als getan, denn dabei kann man sich sowohl thematisch vergreifen als auch subjektiven Voreingenommenheiten ausgesetzt sein. Um dies zu vermeiden, muss man sich solcher Fallstricke von vornherein bewusst sein.

➤ In thematischer Hinsicht kann man einerseits Gefahr laufen, die Arbeitshypothesen derart weit und allgemein zu fassen, dass die alsdann von den Landesberichten erwarteten Antworten zu vage oder diffus ausfallen, um sinnvoll miteinander verglichen zu werden. Andererseits könnten die Fragen derart eng und spezifisch formuliert sein, dass scheinbar Unerhebliches nicht als einschlägig erkannt wird und damit manches Wesentliche unter den Tisch fällt. Um daraus resultierenden Lücken und Verzerrungen der Vergleichsbefunde vorzubeugen, müssen sie einerseits inhaltsgleich allen Länderberichterstatern vorgegeben werden können, andererseits aber flexibel genug sein, um etwaige Besonderheiten eines Landes mit-erfassbar zu machen.

Diesem doppelten Anliegen lässt sich in der Weise Rechnung tragen, dass ein allgemeines Gliederungsschema vorgesehen wird, das von den Landesberichterstatern um etwaige landesspezifische Besonderheiten ergänzt werden kann, wobei solche Abweichungen vom Grundschema im Landesbericht vorweg kenntlich zu machen sind, um im rechtsvergleichenden Querschnitt erforderlichenfalls berücksichtigt zu werden. In diesem Sinne war beispielsweise dem – mit über 60 einbezogenen Ländern ungewöhnlich umfangreichen – Projekt des Max-Planck-Instituts zu „Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich“, das sowohl theoretischen Zwecken diene als auch reformpolitische Ziele verfolgte, ein allgemeines „Gliederungsschema der Landesberichte“ vorangestellt.⁵⁹⁶ Darin sind die groben Hauptgliederungspunkte – zu den Rahmenbedingungen und der geschichtlichen Entwicklung (I.), zum geltenden Schwangerschaftsabbruchsrecht (II.) und zum rechtstatsächlichen Material (III.) – schon teils bis auf drei Ebenen untergliedert. Um zudem nationalen Besonderheiten Rechnung tragen zu können, sind diese Ebenen teilweise auf bis zu fünf erweitert: so beispielsweise im deutschen Landesbericht, in dem zum geltenden Recht (II.) beim erlaubten Schwangerschaftsabbruch (3) weiter untergliedert wird zu materiellen Voraussetzungen (3.1), Indikationen (3.1.1), medizinisch-soziale Indikation (3.1.1.3) bis zu Lebensgefahr (3.1.1.3.1), Gesundheitsgefahren (3.1.1.3.2) und soziale Faktoren (3.1.1.3.3).⁵⁹⁷ Nachdem auch in anderen Landesberichten ähnliche Untergliederungen einzufügen waren, war damit zugleich eine umfassende Grundlage für den abschließenden rechtsvergleichenden Querschnitt geschaffen.⁵⁹⁸ Ähnliche Erfahrungen waren unter anderem auch mit dem judikativ veranlassten Projekt zu „Öffentliche Vorverurteilung und

⁵⁹⁶ Eser/Koch, Schwangerschaftsabbruch (o. Fn. 160), Teilband 1, S. 13 f.

⁵⁹⁷ Koch, Landesbericht Bundesrepublik Deutschland (o. Fn. 160), Teilband 1, S. 19 ff.

⁵⁹⁸ Eser/Koch, Schwangerschaftsabbruch (o. Fn. 160), Teilband 3, S. 11 ff.

fares Strafverfahren⁵⁹⁹ wie auch mit dem reformpolitisch orientierten Gutachten zu „Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht“⁶⁰⁰ verbunden.

Der Fragenkatalog muss jedoch nicht nur gleichermaßen klar, bestimmt und flexibel, sondern auch möglichst treffsicher und unbefangen sein. Diesen Anforderungen nicht gerecht zu werden, kann einem leicht unterlaufen, wenn man das zu vergleichende Sachproblem nicht voll erfasst hat oder aufgrund eines verengten oder voreingenommenen Blickwinkels wesentliche Fragen nicht erkennt oder meint vernachlässigen zu können. Auch wenn der damit angedeutete Zweifel, ob Rechtsvergleichung überhaupt neutral und objektiv sein kann, erst in der Auswertungsphase voll virulent wird,⁶⁰¹ können doch schon bei der Entwicklung des Fragenkatalogs die Weichen falsch gestellt werden: sei es unbewusst, weil man den Vorgaben der eigenen Rechtsordnung verhaftet bleibt, ohne sich abweichende Lösungsansätze anderer Länder vorstellen zu können, oder sei es sogar bewusst, wie etwa durch gezielte Vorprogrammierung der Fragestellung, um den Rechtsvergleich im Sinne einer „self-fulfilling prophecy“ auf ein erwünschtes Ergebnis zu laufen zu lassen.

Dass jedenfalls Letzteres als unvereinbar mit wissenschaftlichem Ethos anzusehen und deshalb auszuschließen ist, versteht sich von selbst. Im Übrigen aber wird man angesichts der Vielfalt möglicher Zielsetzungen und verschiedenartiger Lebenssachverhalte und Rechtsbereiche kein allgemeingültiges Rezept für die Erstellung eines Fragenkatalogs vorlegen können. Immerhin mögen aber folgende Leitlinien hilfreich sein.

➤ Was den Blickwinkel betrifft, aus dem heraus der Fragenkatalog zu entwickeln ist, mag es im Regelfall naheliegen, zunächst einmal von den Regelungen und Institutionen des eigenen Rechts samt seinen Differenzierungen auszugehen,⁶⁰² bietet sich dieses doch als ein bereits bekannter Rahmen an. Dies kann jedoch allenfalls der erste Orientierungspunkt sein. Denn nicht nur, dass damit möglicherweise schon das zu vergleichende Sachproblem der Lebenswirklichkeit nicht voll erfasst wird, auch tritt durch die Brille des eigenen Rechts gesehen lediglich eine von anderen denkbaren Lösungsvarianten in Erscheinung. Deshalb kommt es bereits an dieser Stelle entscheidend darauf an, für den infrage stehenden Lebenssachverhalt andere Lösungsvarianten in Erwägung zu ziehen, also gleichsam vorauszudenken, auf welche andere Weise als die im eigenen Recht vorgesehene das

⁵⁹⁹ Eine rechtsvergleichende Untersuchung im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, hrsg. von Albin Eser/Jürgen Meyer, Freiburg 1986; vgl. S. V f., 2 f., 324 f.

⁶⁰⁰ Ein rechtsvergleichendes Gutachten zu den Bestechungsdelikten im Auftrag des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz, hrsg. von Albin Eser/Michael Überhofen/Barbara Huber, Freiburg 1997; vgl. S. 5 f., 100 ff., 705 ff.

⁶⁰¹ Vgl. unten III.B.4., III.B.5. sowie III.C.1(c).

⁶⁰² Oder, wie von *Jescheck*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 2), S. 37, 40, formuliert, den „eigenen dogmatischen und kriminalpolitischen Standpunkt“ als Bezugspunkt zu nehmen.

Sachproblem geregelt sein könnte. Hätte man sich beispielsweise zu der Frage, mit welcher Art und Dauer einer Strafe bei einem Totschlag unter mildernden Umständen letztlich zu rechnen ist, auf den Blickwinkel des deutschen Rechts beschränkt, dann hätte es nahegelegen, in den zu vergleichenden Ländern den Fokus allein oder jedenfalls vornehmlich auf die Strafbarkeit und Strafzumessung nach dem materiellen Recht zu richten. Wie jedoch schon bei der Planung dieses MPI-Projekts zu erahnen war, konnte die mögliche Strenge des Schuldurteils und Strafausspruchs in der Vollstreckungsphase eine Milderung erfahren, die in anderen Rechtsordnungen bereits auf der Verurteilungsebene Berücksichtigung gefunden hatte.⁶⁰³ Oder hätte man im Schwangerschaftsabbruchsprojekt den Regelungsort des Abtreibungsverbots nach damaligem deutschem Vorbild allein im Strafgesetzbuch gesucht, wäre von manchen Vergleichsländern Fehlanzeige zu melden gewesen. Tatsächlich kann jedoch, wie sich dann herausstellte, Schwangerschaftsabbruch auch in anderen Rechtsgebieten, wie etwa dem Gesundheitsrecht, geregelt sein. Um solche Modalitäten erfassen zu können, waren im allgemein vorgegebenen Fragenkatalog zu den Rechtsquellen des Schwangerschaftsabbruchs neben dem Strafrecht auch schon andere Regelungsalternativen anzubieten.⁶⁰⁴ Deshalb gilt es schon für den einzunehmenden Blickwinkel, die Augen zu öffnen, sich von Voreinstellungen durch das eigene Recht zu lösen und mit kreativer Fantasie zu erahnen, welche anderen Alternativen als die bereits bekannten es für die Lösung des avisierten Sachproblems geben könnte,⁶⁰⁵ wobei zudem jeweils mitzubedenken ist, ob man den zu vergleichenden Lebenssachverhalt bereits sach- und problemgerecht ausgewählt hat.⁶⁰⁶

➤ Ein solches „cast the net wide“⁶⁰⁷ ist für den Fragenkatalog auch zu Breiten- und Tiefendimensionen des Vergleichs geboten. Das gilt insbesondere für aus der Aufgabenstellung des Projekts zu erwartende Zusammenhänge und Wechselwirkungen zwischen materiellem und prozessualem Strafrecht bis hin zu anderen möglicherweise mitbetroffenen Rechtsgebieten. Auch an die historischen Entstehungs- und Entwicklungsgründe der infrage stehenden Regelungen einschließlich der sie mitbedingenden landesspezifischen Traditionen und sonstigen kulturellen Hintergründe ist zu denken, so wie überhaupt an alle Faktoren, die für die wirklichkeitsgerechte Erfassung des zu vergleichenden Lebenssachverhalts von Belang sein könnten. Dementsprechend konnten schon für das „Strukturvergleichsprojekt“ des MPI, in dem es um die phasenweise unterschiedliche Sanktionierung eines

⁶⁰³ Vgl. oben Teil 1, § 1 III.; Teil 3, § 17 IV.

⁶⁰⁴ Vgl. *Eser/Koch*, Schwangerschaftsabbruch (o. Fn. 160). Teilband 1, S. 13 f. bzw. Teilband 3, S. XII f., XX f., 99 ff.

⁶⁰⁵ Vgl. *Jung*, Theorie (o. Fn. 120), S. 366 f.; *Rosenau*, Plea bargaining (o. Fn. 414), S. 1605 f.

⁶⁰⁶ Vgl. *Nelles*, Internet (o. Fn. 81), S. 1011 f.; *Richers*, Postmoderne (o. Fn. 126), S. 526.

⁶⁰⁷ Wie von *Adams/Griffiths*, Similarities (o. Fn. 508), S. 283 ff., für Rechtsvergleichung in mehrfacher Hinsicht postuliert.

Tötungsfalls ging, nicht allein Fragen zum Zusammenspiel von materiellem und prozeduralem Recht genügen, vielmehr waren dazu auch die verschiedenartigen Verfahrensstile und unterschiedlichen professionellen Einschätzungen zu erkunden, wobei sich dafür eine fallorientierte Interviewmethode anbot.⁶⁰⁸ Noch tiefer in außerrechtliche weltanschaulich-kulturelle Hintergründe und soziologische Bereiche war im Schwangerschaftsabbruchsprojekt einzutauchen, als es darum ging, den sowohl rechtlichen als auch gesellschaftlichen Umgang mit Empfängnisverhütung und ungewollter Schwangerschaft in sehr unterschiedlichen Rechtsfamilien und Kulturkreisen miteinander zu vergleichen. Dazu waren neben Fragen zur jeweiligen gesellschaftlichen Entwicklung auch solche zu gesellschaftlichen Rahmenbedingungen (wie Bevölkerungsentwicklung, Standard der medizinischen Versorgung, gesellschaftliche Stellung der Frau und Rolle der Familienplanung) sowie zu sozialen Präventivmaßnahmen und kriminologischen Befunden aufzunehmen.⁶⁰⁹

➤ Es wird nicht überraschen, dass man bei den ersten Vorarbeiten zu einem rechtsvergleichenden Projekt, bei dem man verständlicherweise von bekannten Rechtsbegriffen und Regeln – und das werden normalerweise die des eigenen Rechts sein – ausgeht, noch nicht in vollem Umfang übersehen kann, welche verschiedenartigen Fragen und Bezüge sich ergeben könnten. Deshalb kann der erste Entwurf oft nicht mehr als eine vorläufige Problemskizze sein. Um dazu mehr Klarheit zu gewinnen, kann es hilfreich sein, durch einen *Vortest*, wie sich das auch durch Pilotstudien für die nachfolgend zu erörternde Länderauswahl empfiehlt,⁶¹⁰ den Blickwinkel zu erweitern und nach denkbaren Regelungsalternativen Ausschau zu halten. Dies kann schon dadurch geschehen, dass man innerhalb der eigenen Rechtsordnung nach Meinungsalternativen fahndet und diese im Fragenkatalog zur Diskussion stellt. Doch noch mehr Aufschluss ist in der Regel zu erwarten, wenn man mehr oder weniger wahllos in anderen – und dabei nicht zuletzt in möglichst verschiedenartigen – Rechtsordnungen nach vergleichbaren Regeln, Praktiken oder Lehren sucht und diese Alternativen in den Fragenkatalog aufnimmt. Dabei jeweils neuen Erkenntnissen Rechnung zu tragen und dementsprechend das Gliederungsschema zu aktualisieren, kann zu durchaus tiefgreifenden Umstrukturierungen der Projektkonzeption zwingen. Derartige Erfahrungen waren beispielsweise bei einem transitionsrechtlichen Projekt zu machen, bei dem es im Wesentlichen darum ging, wie Länder staatlich unterstütztes Unrecht aufarbeiten, nachdem sie durch einen Regimewechsel ihre totalitäre Phase überwunden haben.⁶¹¹ Nachdem wir dabei

⁶⁰⁸ Vgl. oben Teil 1, § 1 III.; § 2 II.1., 4.

⁶⁰⁹ Vgl. *Eser/Koch*, Schwangerschaftsabbruch (o. Fn. 160). Teil 1, S. 13 f. bzw. Teil 3, S. XI f., XIV f., XVII ff., XXXI f., 1 ff., 439 ff. – Vgl. zur Erfassung dieser außerrechtlichen Dimensionen auch oben Teil III.B.1(a) zu Strukturvergleich sowie unten Teil III.B.3. zur Erarbeitung der Landesberichte.

⁶¹⁰ Vgl. unten Teil III.B.2.

⁶¹¹ Veröffentlicht unter dem Titel „Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse“ in 14 Bänden: Bände 1–7 hrsg. von *Albin Eser/*

zunächst von drei Grundmodellen – einem „Schlussstrichmodell“, einem „Strafverfolgungsmodell“ und einem „Aussöhnungsmodell“ – ausgegangen waren und diese Konzeption auf einem internationalen Kolloquium zur Diskussion gestellt worden war, haben sich wesentliche Änderungen als erforderlich erwiesen.⁶¹² Solchen vielleicht unbequemen Überraschungen ist gleichwohl durch entsprechende Anpassungen und Verfeinerungen des Fragenkatalogs Rechnung zu tragen, wenn man Rechtsvergleichung als eine stets lernfähige und weltoffene Disziplin verstehen will.

2. Wahl der zu vergleichenden Länder

(a) Ausrichtung an der Aufgabenstellung – Auswahlkriterien

Wie schon der Fragenkatalog (III.B.1(b)) so hängt auch die Auswahl der in einen Rechtsvergleich einzubeziehenden Länder maßgeblich von der zuvor zu bestimmenden Aufgabenstellung (III.B.1(a)) ab. Wird dies ernst genommen, erweisen sich schon dadurch manche strittigen Positionen als überzogen.

➤ Das betrifft in grundsätzlicher Hinsicht vor allem zwei sich gegenüberstehende Extreme: Einerseits gibt es die Meinung, dass auf der Suche nach dem „besseren Recht“ die nach der vorherrschenden funktionalen Methode erforderliche Vergleichbarkeit zur Folge habe, dass der Vergleich – unter Ausschließung wesentlich andersartig erscheinender Systeme – von vornherein auf gleichartige Rechtsordnungen zu beschränken sei, wobei wegen unvermeidlicher Voreingenommenheit und damit mangelnder Neutralität des Komparatisten die Rechtsvergleichung zu einem Machtinstrument werde, das vornehmlich westlichem Rechtsdenken diene.⁶¹³ Dem steht andererseits eine sich als „postmodern“ verstehende Rechtsvergleichung gegenüber, für die es angesichts der durch kulturelles Vorverständnis bedingten Relativität rechtsvergleichender Erkenntnis weniger um das Verbindende als um die Unterschiede zwischen den Rechtssystemen gehe, wobei weniger nach

Jörg Arnold, Freiburg 2000–2003, Bände 8–14 hrsg. von Albin Eser/Ulrich Sieber/Jörg Arnold, Berlin 2005–2012.

⁶¹² Vgl. Albin Eser/Jörg Arnold, *Transitionsstrafrecht und Vergangenheitspolitik*, Band 14 von Eser/Sieber/Arnold, *Systemunrecht* (o. Fn. 611), S. 12 ff., 34 ff.

⁶¹³ In diesem Sinne der auf einen möglichst kleinen gemeinsamen Nenner gebrachte Disput, der – in einer den Ausgangspunkt von Zweigert/Kötz wohl überinterpretierenden Weise (vgl. o. zu Fn. 575) – namentlich von Frankenberg, *Critical Comparisons* (o. Fn. 510), S. 434 ff., ausgelöst wurde; zu Einzelheiten – wie insbesondere auch mit Kritik und Gegenkritik zum Neutralitätsaspekt – vgl. De Coninck, *Functional method* (o. Fn. 565), S. 334 ff.; Graziadei, *Heritage* (o. Fn. 563), S. 101 ff.; Husa, *Methodological Tolerance* (o. Fn. 562), S. 426 ff.; Örtücü, *Developing* (o. Fn. 72), S. 47 f.; Richers, *Postmoderne* (o. Fn. 126), S. 525 ff. Speziell zur Berücksichtigung von Ländern mit einem anderen politischen System (wie frühere sozialistische Länder) vgl. Bogdan, *Introduction* (o. Fn. 75), S. 50 ff.

dem Konstanten und Gewachsenen als vielmehr nach dem Zeitgenössischen und Vergänglichem zu suchen sei.⁶¹⁴

So wenig es nun einerseits richtig ist, sich bei der Auswahl der bei einem Rechtsvergleich zu berücksichtigenden Länder von vornherein auf tatsächlich oder vermeintlich gleichartige Rechtsordnungen zu beschränken – können sich doch auf der Suche nach dem „besseren Recht“ gerade aus andersartigen Regelungen unerwartete Perspektiven und damit auch neuartige Alternativen eröffnen oder umgekehrt zweifelhaft gewordene Standpunkte des eigenen Rechts denn doch als vorzugswürdig bestätigen –, so wenig kann andererseits bei der Suche nach Neuem das Traditionelle vernachlässigt werden; denn als etwas Gewordenes und nicht von Anbeginn Vorhandenes offenbart sich gewachsenes Recht als grundsätzlich veränderbar und damit auch offen für eine mögliche Rückkehr zu Vergangenen, wenn sich dieses im Nachhinein als besser herausstellen sollte.

Im Übrigen ist der Streit um die Gegenüberstellung von entweder gleichartigen oder eher verschiedenartigen Ländern schon insofern müßig, als es auch für die Länderauswahl letztlich auf die jeweilige Aufgabenstellung ankommt.⁶¹⁵ Geht es beispielsweise um den judikativen Abgleich beiderseitiger Strafbarkeit,⁶¹⁶ ist die Länderwahl ohnehin auf die betroffenen Rechtsordnungen beschränkt, gleich ob diese dem eigenen Recht fern oder nahe stehen, traditionell geprägt sind oder neue Wege gehen. Soll bei einem legislativen Harmonisierungsprojekt ein möglichst hoher Grad an Gemeinschaftlichkeit erreicht werden, wird sich die Länderwahl zweckmäßigerweise auf gleichartig erscheinende Rechtsordnungen fokussieren, während das Netz umso weiter auszuwerfen ist, je kühner es zu neuen Ufern aufzubrechen gilt. Selbst wenn auf Makroebene ganze Rechtssysteme miteinander verglichen oder allgemeine Rechtsprinzipien entwickelt werden sollen, lassen sich für die Länderauswahl keine allgemein gültigen Vorgaben machen. Soll es etwa vornehmlich um den größtmöglichen Aufweis von Vielfalt gehen, wird kaum ein Land aus dem Vergleich auszuschließen sein. Soll hingegen bei der Ermittlung allgemeiner Rechtsprinzipien weniger deren weltweite Einheitlichkeit das Ziel sein, was wohl nur auf höchster Abstraktionsstufe zu erreichen wäre, als vielmehr auch deren praktische Anwendbarkeit, braucht die Länderauswahl keine globale zu sein, sondern kann sich auf eine repräsentative Selektion beschränken, die allerdings ihrerseits an zielorientiert auszuwählenden Kriterien auszurichten ist. Kurzum: so wenig

⁶¹⁴ Vgl. *Brand*, Grundfragen (o. Fn. 8), S. 1086; *Erik Jayme*, Rechtsvergleichung, Heidelberg 2000, S. 103 ff.

⁶¹⁵ Vgl. *Bogdan*, Introduction (o. Fn. 75), S. 45; *Jung*, Theorie (o. Fn. 120), S. 369; *Perron*, Nationale Grenzen (o. Fn. 42), S. 123.

⁶¹⁶ Vgl. oben II.B.1(b).

es einen *numerus clausus* der Vergleichsländer geben kann,⁶¹⁷ so wenig ist eine *selectio proposita* formulierbar.

Damit erweist sich auch hinsichtlich der Länderwahl das erstplatzierte Postulat „universaler Strafrechtsvergleichung“⁶¹⁸ als ein zielabhängiger Anspruch. Dies gilt nicht nur aus praktischen Gründen, sondern weil schon nach der jeweiligen Aufgabenstellung Rechtsvergleichung auf bestimmte Länder beschränkt, aber selbst dann unentbehrlich sein kann, „wenn sie nicht die ganze Welt, sondern nur *einzelne* Rechtsordnungen einbezieht“.⁶¹⁹

➤ Was aber könnten für den somit gebotenen Ein- oder Ausschluss bestimmter Länder brauchbare Auswahlkriterien sein? Anders als bei der Entwicklung des Fragenkatalogs und der Ausarbeitung der Landesberichte, bei denen das Netz jeweils eher weit auszuwerfen ist,⁶²⁰ soll für die Länderauswahl im Allgemeinen der „*Grundsatz weiser Beschränkung*“ gelten, und zwar nicht nur wegen praktisch schwierigen allseitigen Erfassens, sondern auch wegen möglicher Unverhältnismäßigkeit von Aufwand und Ertrag, wie insbesondere dann, wenn schon aus dem Vergleich einer stilbildenden „Mutterordnung“ Erkenntnisse gewonnen werden können, die nicht auch noch der Erforschung imitierender „Tochterrechte“ bedürfen.⁶²¹ Auch wenn es sich dabei lediglich um „Faustregeln“ handeln könne, ist doch gleich der Vorbehalt zu machen, dass es schon für die Weisheit des Beschränkens eines geeigneten Kriteriums bedarf. Indes geht es ohnehin nicht allein ums Beschränken, vielmehr kann umgekehrt gerade das Einbeziehen gefragt sein. In beide Richtungen aber hat man sich in erster Linie an der jeweiligen Aufgabenstellung zu orientieren: Wo für diese die größte Ergiebigkeit erwartet werden kann, ist die Einbeziehung geboten, während die anderen Länder vernachlässigt werden können. Doch selbst diese können erwähnenswert bleiben, wenn das Ausmaß von Fehlanzeigen relevant sein kann: so etwa hinsichtlich eines Rechtsprinzips, das vorschnell und fälschlich als erwiesen erscheinen könnte, wenn man sich von vornherein auf die Berücksichtigung von Rechtsordnungen mit mutmaßlich positivem Befund beschränken würde.

Wie sich schon durch diesen Vorbehalt andeutet, darf das Kriterium der „*präsumtiv größten Ergiebigkeit*“⁶²² keinesfalls einseitig dahingehend verstanden wer-

⁶¹⁷ Jung, Wertende Rechtsvergleichung (o. Fn. 116), S. 8; vgl. auch Jung, Theorie (o. Fn. 120), S. 370 f.

⁶¹⁸ Vgl. oben I.C. (5) mit Fn. 84.

⁶¹⁹ Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung (o. Fn. 6), S. 42 (Hervorhebung schon im Original).

⁶²⁰ Vgl. Adams/Griffiths, Similarities (o. Fn. 508), S. 283 ff., 290 ff., 293 ff., 296 ff., sowie oben III.B.1(b) bzw. unten III.B.3.

⁶²¹ Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung (o. Fn. 6), S. 40 ff.

⁶²² Worin Zweigert, Wörterbuch (o. Fn. 123), S. 81, den besten Maßstab für die Länderauswahl sieht; vgl. auch in: Methode (o. Fn. 527), S. 196.

den, dass von vornherein nur miteinander vergleichbare Länder zu berücksichtigen wären; denn vergleichbar muss lediglich das Sachproblem der Lebenswirklichkeit sein, während dessen Lösung in verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich sein kann.⁶²³ Deshalb ist die Ähnlichkeit der zu vergleichenden Länder als Auswahlkriterium, wie es traditionell favorisiert wird,⁶²⁴ nur dort angebracht, wo es beispielsweise im Harmonisierungsinteresse um die Suche nach größtmöglichen Gemeinsamkeiten oder in wissenschaftlichem Sinne um den Abgleich von feinen Unterschieden geht. Sollen dagegen neuartige Lösungsalternativen eröffnet oder gerade die Vielfalt von Rechtssystemen präsentiert werden, ist von einander ähnlichen Rechtsordnungen wenig und umso mehr von möglichst fremdartigen zu hoffen.⁶²⁵

➤ Solche Vorsicht gegenüber allzu stereotypen Faustregeln ist vor allem bei Präferenzierung oder Kontrastierung bestimmter *Rechtskreise*⁶²⁶ angebracht: sei es, dass der Vergleich auf standardmäßig ausgewählte Rechtsfamilien, wie die deutsche, romanische oder angloamerikanische beschränkt wird oder einfach Civil law und Common law einander gegenübergestellt werden,⁶²⁷ oder dass man sich für die Entwicklung allgemeiner Rechtsprinzipien an den „major legal systems of the world“ orientiert,⁶²⁸ wobei es kaum überraschen kann, dass diese Führungsrolle üblicherweise eben diesen Rechtsfamilien zufällt. Doch nicht nur, dass sich damit die westliche Rechtsvergleichungstradition den bereits angesprochenen Vorwurf von Voreingenommenheit und mangelnder Neutralität einhandelt, vielmehr sieht sich schon die Einteilung und Zuordnung in bestimmte Rechtsfamilien grundsätzlichen Einwänden ausgesetzt.⁶²⁹ Auch soll keineswegs von Grund auf bestritten

⁶²³ Vgl. dazu bereits oben III.B.1(a) zu Fn. 579.

⁶²⁴ Vgl. – nicht ohne kritischen Unterton – *Dannemann*, Similarities (o. Fn. 576), S. 407 ff.; *Nelken*, Comparative Legal Studies (o. Fn. 7), S. 25 ff.

⁶²⁵ Vgl. *Kremnitzer*, Reflections (o. Fn. 110), S. 32 f.

⁶²⁶ Eingehend zu den verschiedenen Rechtskreisen und Rechtsfamilien – wengleich vornehmlich aus privatrechtlicher Sicht – *David/Grasmann*, Rechtssysteme (o. Fn. 6), S. 46 ff.; *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 6), S. 62 ff., ferner *Brand*, Grundfragen (Fn. 8), S. 1088 f.; *Rösler*, Erkenntnisinstrument (o. Fn. 8), S. 1187 f., sowie zu sich neu herauschälenden Gruppierungen „Part III: Comparative law in the flux of civilizations“, in: *Bussani/Mattei*, Comparative Law (o. Fn. 43), S. 255 ff.

⁶²⁷ Vgl. *Jescheck*, Strafprozessreform (o. Fn. 127), S. 771 f.

⁶²⁸ Wie namentlich vom Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien praktiziert: vgl. *Ambos*, Völkerstrafrecht (o. Fn. 421), S. 45 f., sowie *Burghardt*, Völkerrechtliche Rechtsprechung (o. Fn. 102), S. 253.

⁶²⁹ Vgl. *Brand*, Grundfragen (Fn. 8), S. 1089 f.; *Constantinesco* III (Fn. 7), Die rechtsvergleichende Wissenschaft, Köln 1983, S. 63 ff.; *H. Patrick Glenn*, Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions, in: *Reimann/Zimmermann*, Oxford Handbook (o. Fn. 8), S. 421–440; *Esin Örüci*, A General View of ‘Legal Families’ and of ‘Mixing Systems’, in: *Örüci/Nelken*, Handbook (o. Fn. 7), S. 169–187; *Weigend*, Criminal Law (o. Fn. 60), S. 267 f. Selbst *Kötz*, Aufgaben (o. Fn. 42), S. 149, sieht die Lehre von den Rechtskreisen „stark überschätzt“. Vgl. auch oben II.A.2(c) zu Fn. 192 sowie unten III.B.2(c), 4(c).

werden, dass es von einer höheren Warte aus Sinn macht, die Vielfalt von Rechtssystemen durch Gruppenbildung übersichtlicher zu machen, wobei gemeinsame Herkunft, Sprache, Staatsform, Rechtsstil, Verfahrenstypen und dergleichen als Einteilungsfaktoren naheliegen. Gleichwohl ist auf diesem Wege lediglich eine grobe Vorauswahl für die eigentliche Rechtsvergleichung zu erreichen. So kann schon auf Makroebene die Formierung von Rechtsfamilien davon abhängen, ob dies primär aus zivilrechtlicher, strafrechtlicher oder staatsrechtlicher Sicht geschieht, stehen doch beispielsweise die dem romanischen Rechtskreis zugerechneten Länder Italien und Spanien in strafrechtsdogmatischer Hinsicht eher dem deutschen Rechtskreis nahe. Oder wenn entweder stärker auf das materielle Strafrecht oder auf Verfahrensstrukturen abgehoben wird, wäre Japan ersterenfalls der deutschen Rechtsfamilie zuzurechnen, während es letzterenfalls aufgrund der Übernahme des adversatorischen Verfahrenssystems dem Common law näherkäme. Derartige „Ausreißer“ sind umso mehr zu erwarten, je feiner der Vergleich angelegt ist und je tiefer man dabei bis auf die Mikroebene vordringt. Wenn es etwa zu vergleichen gilt, wie verschiedene Rechtsordnungen auf die Beteiligung mehrerer Personen an einer Straftat reagieren, würde man mit einer Gegenüberstellung des deutschen und des romanischen Rechtskreises nicht sehr weit kommen, wird doch der vorwiegend vertretenen Zweiteilung zwischen Täterschaft und Teilnahme in zwei Ländern, von denen normalerweise Österreich dem ersten und Italien dem zweiten Rechtskreis zugerechnet wird, die Einheitstäterschaft entgegengestellt.⁶³⁰ Wie sich daran zeigt, ist nicht nur zwischen verschiedenen Rechtsfamilien mit Unterschieden zu rechnen, vielmehr kann nicht einmal innerhalb eines Rechtskreises ohne Weiteres von allseitigen Gemeinsamkeiten ausgegangen werden. Das ist nicht ohne Reiz, veranlasst es doch zu der Frage, warum selbst innerhalb desselben Rechtskreises unterschiedliche Wege gegangen werden, während es Gemeinsamkeiten auch über Kreisgrenzen hinweg geben kann. Wegen solcher Befunde braucht nicht auf jede Hinführung durch Groborientierung an Rechtsfamilien verzichtet zu werden; wohl aber muss letzter Richtpunkt die jeweilige Aufgabenstellung sein.

(b) Exemplifizierung an Projekten

Wie eine Länderauswahl erfolgen kann, sei kurz an einigen eigenen strafrechtsvergleichenden Projekten exemplifiziert. Als sich in den 1990er Jahren die öffentlichen Klagen über die Überlänge von Strafverfahren verstärkten, sah sich das Bundesministerium der Justiz veranlasst, vom Max-Planck-Institut erforschen zu lassen, ob in ausländischen Rechtsordnungen Regelungen zu erkennen sind, deren Übernahme in das deutsche Recht zu einer Beschleunigung der Strafverfahren führen

⁶³⁰ Vgl. *Albin Eser/Barbara Huber/Karin Cornils* (Hrsg.), Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht. European Colloquium on Individual, Participatory and Collective Responsibility in Criminal Law, Freiburg 1998, S. 13 ff.

könnte. Da diese Fragestellung als zu weit gefasst erschien und zudem die größte Schwachstelle im Hauptverfahren zu vermuten war, wurde die Aufgabenstellung auf die Beweisaufnahme und dabei insbesondere auf deren Unmittelbarkeitserfordernisse fokussiert.⁶³¹ Im Hinblick auf die Suche nach Beschleunigungsalternativen für das deutsche Strafverfahren kamen für die Auswahl der zu vergleichenden Rechtsordnungen nur solche Länder in Betracht, die den in Deutschland allgemein anerkannten Anforderungen an einen effizienten und zugleich rechtsstaatlichen, die Grundrechte des Beschuldigten währenden Strafprozess gerecht werden und insoweit eine stabile Verfahrenspraxis entwickelt haben. Um sich dabei nicht von vornherein auf Länder mit inquisitorischer Tradition zu beschränken, sondern auch adversatorische Erfahrungen mit in Betracht zu ziehen, wurden neben Frankreich, den Niederlanden, Österreich und Portugal auch England und die USA aus dem Common law einbezogen sowie als Mischformen zwischen richterlicher Instruktionsmaxime und adversatorischer Beweisführung Italien, Japan und Schweden berücksichtigt. Wie sich dann ergab, ist in fast allen anderen Ländern die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung weniger aufwändig als in Deutschland gestaltet, wobei die Unterschiede zum einen wesentlich auf abweichenden Verfahrensstrukturen, zum anderen aber teils auch auf rechtsstaatlichen Defiziten beruhen, die hierzulande verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar wären.

War im vorangehenden Projekt der Blick vornehmlich auf Verfahrensstrukturen zu richten und dabei auf möglicherweise austauschbare Strukturelemente zu beschränken, ging es in dem bereits erwähnten rechtsvergleichenden Auftragsprojekt zum „Straf- und Strafverfahrensrecht bei Taten der Korruption“⁶³² um eine bewusste Blickerweiterung über das Recht und die Praxis in Deutschland hinaus. Aufgrund der durch eine Vorstudie zutage getretenen Erkenntnisse sollten sowohl Länder mit einer bereits hoch entwickelten Wirtschaft (wie neben europäischen Nachbarländern die USA und Japan) als auch damalige Schwellenländer (China, die Türkei und aus Lateinamerika Kolumbien) einbezogen werden. Neben Hauptberichten zu 13 Ländern wurden zudem noch weitere acht Rechtsordnungen in Kurz- und Teilberichten beleuchtet. Die erwartungsgemäß große Vielfalt an guten und schlechten Regelungsbemühungen und Erfahrungen, von denen erste Ergebnisse auf dem 61. Deutschen Juristentag 1996 in Karlsruhe vorgestellt werden konnten,⁶³³ haben nicht nur in der Tagespresse lebhafte Resonanz gefunden, sondern konnten auch für das Reformgesetz zur Bekämpfung der Korruption von 1997 zu Rate gezogen werden.

⁶³¹ Vgl. dazu wie auch zum Folgenden *Walter Perron*, Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands. Rechtsvergleichendes Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Freiburg 1995, S. 3 ff.

⁶³² *Eser/Überhofen/Huber*, Korruptionsbekämpfung (o. Fn. 600).

⁶³³ Abschließend erfasst im „Rechtsvergleichenden Querschnitt“ von *Überhofen* (o. Fn. 600), S. 705–790.

Wiederum anders und dabei noch weitergehend ging es im „Schwangerschaftsabbruchsprojekt“⁶³⁴ darum, möglichst weltweit Gemeinsamkeiten und Vielfalt des Schwangerschaftsabbruchsrechts zu erfassen, verbunden mit der Hoffnung, auf diese Weise mögliche Regelungsalternativen für eine etwaige Reform zu finden. Nachdem gerade bei Schwangerschaftsabbruch die rechtliche Regelung sehr stark von weltanschaulichen Werten, kulturellen Traditionen und zivilisatorisch-gesellschaftlichen Entwicklungen abhängt, kam es darauf an, über die schon innerhalb Europas divergierenden Regelungen hinaus auch andere Rechts- und Kulturkreise einzubeziehen. Dies führte zu einer Erstreckung der Länderauswahl auf 64 Länder, davon 26 europäische und 38 außereuropäische. Von dementsprechend außergewöhnlicher Dimension waren nicht nur die in zwei Bänden dokumentierten Landesberichte, sondern auch der in einem weiteren Band publizierte rechtsvergleichende Querschnitt einschließlich rechtspolitischer Schlussbetrachtungen und Empfehlungen. Die dabei gewonnenen Erkenntnisse haben nicht zuletzt zur Einführung eines „Beratungsmodells“ im deutschen Strafrecht beigetragen.⁶³⁵

Was schließlich die Auswahlkriterien für das hier betriebene „Strukturvergleichsprojekt“ betrifft, war eine Balance zu finden zwischen der Erfassung von Ländern, von denen – trotz unterschiedlicher historischer, rechtlicher und kriminalpolitischer Strömungen – verallgemeinerungsfähige Untersuchungsergebnisse zu erwarten waren, einerseits und – weil sowohl strafrechtsdogmatisch ausgerichtet als auch empirisch fallbasiert – den arbeitstechnisch ungewöhnlich hohen Anforderungen an die Landesberichtersteller andererseits. Da dieses Projekt zudem noch ohne Vorbild war, von dessen Erfahrungen man hätte lernen können, und ihm dadurch auch Pilotcharakter zukommt, wurde die Auswahl auf die Länder Deutschland, England und Wales, Frankreich, Italien, Österreich, Portugal, Schweden und die Schweiz beschränkt.⁶³⁶

(c) Vortest – Pilotstudie – Nachbesserungen

➤ Wenn von den auszuwählenden Ländern größtmögliche Ergiebigkeit erwartet wird, ohne dass dabei die Berichtersteller überfordert werden oder allzu viel überflüssiger „Datenmüll“ produziert wird, dann ist gegenüber voreiligen Festlegungen Vorsicht geboten. Das gilt vor allem dann, wenn die Aufgabenstellung nicht von vornherein, wie etwa bei der Frage nach beiderseitiger Strafbarkeit, auf bestimmte Länder spezifiziert ist oder ihrerseits nicht ohne vorherigen Blick auf aussichtsreiche Länder bestimmt werden kann, wie etwa für den Fall, dass man sich über Art

⁶³⁴ Eser/Koch, Schwangerschaftsabbruch (o. Fn. 160).

⁶³⁵ Vgl. Albin Eser/Hans-Georg Koch, Schwangerschaftsabbruch: Auf dem Weg zu einer Neuregelung, Baden-Baden 1992, S. 5 ff., 163 ff. = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/9740.

⁶³⁶ Vgl. oben Teil 1, § 1 III. zu Fn. 37, § 2 II.2.

und Umfang der zu stellenden Fragen noch im Unklaren ist. In dieser Lage kann es nützlich sein, durch einen Vortest zu erkunden, aus welcher Art von Ländern am ehesten ergiebige Antworten auf die gestellten Fragen zu erwarten sind.⁶³⁷ Ja noch mehr, unter Umständen ist überhaupt erst aufgrund der aus einer Pilotstudie zu gewinnenden Erkenntnisse eine sinnvolle Umschreibung der Aufgabenstellung einschließlich des zu entwickelnden Fragenkatalogs möglich.⁶³⁸ Insofern können Aufgabenstellung und Länderauswahl, obgleich Erstere eigentlich vorauszugehen hätte, gelegentlich auch miteinander Hand in Hand gehen.⁶³⁹

Auch die für eine Pilotstudie zu treffende Vorauswahl kann nicht mehr als präsumtiv sein: Man muss für die Vorprüfung zu erraten versuchen, ob überhaupt und, wenn ja, in welchen Rechtsordnungen man für die vorläufige Aufgabenstellung fündig werden könnte. Sich dafür mit einer Durchforstung des Rechtskreises zufriedenzugeben, dem das Land angehört, auf das sich die Vergleichsarbeit letztlich bezieht – wie etwa in Bezug auf Deutschland noch Österreich und die Schweiz – und dem einige Kernländer des romanischen und angloamerikanischen Rechtskreises gegenüberzustellen, diese Vorgehensweise⁶⁴⁰ wird in der Regel nur dort genügen, wo es lediglich um die Ermittlung größtmöglicher Vergleichbarkeit geht. Sofern man hingegen auf der Suche nach ungewohnten Regelungsalternativen oder sonstigen neuartigen Einsichten ist, kann das Netz einer Stichprobe gar nicht weit genug ausgeworfen werden. Das ist umso mehr geboten, wenn man sich nicht sicher sein kann, bereits alle möglicherweise relevanten Varianten einer Aufgabenstellung erkannt zu haben, wie etwa bei Projekten, bei denen kulturbedingt mit einer Vielfalt von Divergenzen zu rechnen ist: Dann kann vielleicht gerade ein rechtzeitiger Blick auf „exotische“ Länder die Augen öffnen.

Je nachdem, wie der Vortest ausfällt, wird die Auswahl für die dann zu erstellenden Landesberichte zu treffen sein. Entsprechendes gilt für die Festlegung der Aufgabenstellung und des den Landesberichten zugrunde zu legenden Fragenkatalogs.

Selbst dann brauchen aber weder der Fragenkatalog noch die Länderauswahl bereits endgültig zu sein. Sollte sich nämlich bei Erstellung der Landesberichte, für die tiefer in die Materie einzudringen ist als in einer Pilotstudie möglich, herausstellen, dass wesentliche Fragen übersehen wurden oder dass in bislang nicht berücksichtigten Ländern ergiebiges Vergleichsmaterial zu finden wäre, ist der Fragenkatalog entsprechend zu modifizieren und/oder die Länderauswahl zu ergänzen.

⁶³⁷ *Jescheck*, Strafprozessreform (o. Fn. 127), S. 771 f.; *Jung*, Theorie (o. Fn. 120), S. 371.

⁶³⁸ Wie dies beispielsweise im „Korruptionsprojekt“ (o. Fn. 632, S. 2 ff.) der Fall war.

⁶³⁹ Nur in diesem parallelen Sinne wäre *Jescheck* (o. Fn. 637) zu verstehen, wenn er die Auswahl der in die Rechtsvergleichung einzubeziehenden Länder als die „erste“ zu stellende Frage bezeichnet.

⁶⁴⁰ Wie sie im Grundansatz namentlich von *Jescheck* (o. Fn. 637) empfohlen wird; vgl. auch *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 6), S. 40 f.

Von derartigen Nachbesserungen sind selbstverständlich alle Landesberichterstatter in Kenntnis zu setzen, sofern sie nicht ohnehin schon in Abstimmung mit dem Projektkoordinator in Aktualisierungen einbezogen waren, wie dies in dem hier betriebenen „Strukturvergleich“ durch wiederholte Besprechungen der Projektbeteiligten praktiziert wurde.⁶⁴¹

3. Ausarbeitung der Landesberichte

Es versteht sich, dass ebenso wie der Fragenkatalog und die Länderauswahl als nächster Schritt auch die jeweils zu erstellenden Landesberichte an der Aufgabenstellung auszurichten sind. Was das bedeutet, bedarf sowohl hinsichtlich des dabei einzunehmenden Blickwinkels (III.B.3(a)) als auch der zu berücksichtigenden Materie (III.B.3(b)–(d)) sowie der dafür einzusetzenden Hilfsmittel (III.B.3(e)–(f)) einer näheren Erläuterung.

(a) Ausgangspunkt – Blickwinkel – Ganzheitliche Betrachtung

Schon die Frage, ob die Erarbeitung eines Landesberichts von einem bestimmten Standpunkt aus zu erfolgen hat und, wenn ja, von welchem, ist nicht so eindeutig und generell zu beantworten, wie dies manche Anleitungen erscheinen lassen. Denn ob „der eigene dogmatische und kriminalpolitische Standpunkt“ zugrunde zu legen ist,⁶⁴² ob die Auslegung der Gesetzestexte „vom Verständnis des jeweils Auslegenden“ geleitet wird⁶⁴³ oder ob „weder von der Regelung der betreffenden Frage im deutschen Recht [...] noch überhaupt von einer bestimmten juristischen Lösung, die dem Berichterstatter unbewusst als Ideallösung vorschweben mag“, auszugehen ist,⁶⁴⁴ hängt von der Fragestellung wie auch von der Rolle des Berichterstatters ab. Geht es wie beispielsweise bei der Prüfung „doppelter Strafbarkeit“⁶⁴⁵ lediglich um einen binationalen Vergleich, in dem beide Rechtsordnungen von derselben Person auf ihre Vergleichbarkeit hin untersucht werden, liegt es nahe, zunächst einmal von der eigenen Rechtsordnung und deren Verständnis auszugehen, um erst dann die andere Rechtsordnung daraufhin zu untersuchen, ob es für das infrage stehende Tatgeschehen, unabhängig von seiner strafrechtlichen Einordnung und tatbestandlichen Benennung, eine vergleichbare Norm gibt, wobei jedoch diese

⁶⁴¹ Vgl. oben Teil I, § 1 II., III., § 2 II.1. Ähnlich wurde auch beim „Schwangerschaftsabbruchsprojekt“ verfahren (o. Fn. 634, Teilband 3, S. VII f.).

⁶⁴² Wie zunächst von *Jescheck*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 2), S. 40, postuliert.

⁶⁴³ Wie im Anschluss an *Schultz*, Grundlagenforschung (o. Fn. 128), S. 10 f., von *Mona*, Comparative Justice (o. Fn. 58), S. 108, als „heute kaum noch umstritten“ bezeichnet.

⁶⁴⁴ Wie in Modifizierung seines früheren Standpunktes von *Jescheck*, Strafprozessreform (o. Fn. 127), S. 772, formuliert. Im gleichen Sinne für „Abstand von den Einzelregelungen im positiven nationalen Recht“ *Jung*, Theorie (o. Fn. 120), S. 366.

⁶⁴⁵ Vgl. oben II.B.1(b) zu Fn. 254 ff.

im Sinne ihrer eigenen Rechtslehre und Praxis zu interpretieren und ihr nicht das Rechtsverständnis des Vergleichers überzustülpen ist. Eines solchen Hineindenkens in die jeweils andere Rechtsordnung bedarf es auch für den Fall, dass zur Ermittlung beiderseitiger Strafbarkeit oder eines ähnlichen Vergleichs ein Gutachter aus der anderen Rechtsordnung beigezogen wird: Dieser darf sich nicht einfach mit einer Darstellung und Interpretation des eigenen Rechts begnügen, sondern muss versuchen, das zu beurteilende Sachproblem auch im Lichte der Vergleichsordnung zu erfassen. In ähnlicher Weise wird bei einem multilateralen Rechtsvergleich der Erkenntnisgewinn umso größer sein, wenn sich ein Landesberichtersteller nicht schlicht auf die Darstellung des eigenen Rechts beschränkt, sondern mitzubedenken versucht, wie das infrage stehende Sachproblem in anderen Rechtsordnungen verstanden und behandelt sein könnte. Ist diese Bereitschaft, über den Tellerrand des eigenen Rechts hinauszublicken, in einem Landesbericht zu vermissen und demzufolge das Sachproblem nicht voll erfasst, ist vom Projektkoordinator auf Nachbesserungen hinzuwirken.

Einer solchen Aufgeschlossenheit bedarf es nicht nur im Hinblick auf das einschlägige Recht, vielmehr ist eine „ganzheitliche Betrachtungsweise“ erforderlich,⁶⁴⁶ bei der man allen praktisch wirksamen Faktoren gerecht zu werden versucht und dabei nicht zuletzt auch den historischen, kulturellen und sonstigen gesellschaftlichen Hintergründen Beachtung schenkt. Auch wenn sich dazu keine allgemeingültige Checkliste aufstellen lässt, lassen sich doch gewisse Leitlinien nennen.

(b) Erfassung des einschlägigen Rechts

Gleich ob in einem Landesbericht an erster Stelle stehend oder erst später zur Sprache kommend, ist die Darstellung des für die Aufgabenstellung einschlägigen Rechts von maßgeblicher Bedeutung. Je nach Zielsetzung des Projekts kann dies unterschiedlich knapp geschehen oder einer umfassenden Ermittlung und Erläuterung bedürfen. So kann schon eine bloße Auflistung von Rechtsnormen genügen, wenn es für die Fragestellung allein auf das Vorhandensein oder Fehlen solcher Normen ankommt. Für den Regelfall hingegen wird die bloße Benennung von Normen nicht genügen, sondern auch deren Relevanz und Bedeutung für die Fragestellung abzuklären sein.

Dafür reicht nicht schon die Darstellung des „law in the books“, vielmehr ist das „law in action“ zu erfassen.⁶⁴⁷ Dazu ist als Rechtsquelle alles zu berücksichtigen, was das Rechtsleben der herangezogenen Ordnung gestaltet oder mitgestaltet,⁶⁴⁸ sei es in Form von geschriebenen Regeln oder von ungeschriebenem Richterrecht,

⁶⁴⁶ Perron, Straftatsystematik (o. Fn. 189), S. 246; ders., Verhältnis (o. Fn. 591), S. 473, 484.

⁶⁴⁷ Vgl. oben III.B.1(a) zu Fn. 588 f.

⁶⁴⁸ Zweigert, Methode (o. Fn. 527), S. 196.

Rechtsgebräuchen oder sonstigem Gewohnheitsrecht. Im Regelfall ist dafür sowohl die Rechtsauslegung durch die Lehre als auch die Rechtsanwendung durch die Praxis zu berücksichtigen, wobei hinsichtlich der Rechtsprechung zu beachten bleibt, dass dieser im Common law ein höherer Stellen- und damit auch Rechtsquellenwert zukommt als der Theorie, die demgegenüber auf dem europäischen Kontinent ein größeres Ansehen genießt.⁶⁴⁹ Je mehr es dabei nicht nur um die Gegenüberstellung von Einzelregeln oder -praktiken, sondern mit strukturvergleichender Zielsetzung um Systemzusammenhänge zwischen verschiedenen Rechtsbereichen und dabei insbesondere um Wechselwirkungen zwischen materiellem und prozessualem Strafrecht geht, desto mehr wird eine „integrierende Betrachtungsweise“ erforderlich.⁶⁵⁰

Was die für die Fragestellung heranzuziehende Rechtsmaterie betrifft, hat sich der Vergleichler grundsätzlich derselben Quellen zu bedienen und diese in gleicher Weise zu gewichten, wie dies ein Jurist aus der betreffenden Rechtsordnung tun würde.⁶⁵¹ Auch wird man sich dabei nicht mit der Feststellung von rechtstechnischen Übereinstimmungen oder Abweichungen begnügen dürfen, sondern darüber hinaus zu ermitteln haben, inwieweit die Regelungen auf gleichen oder andersartigen Vorstellungen von Recht und Gerechtigkeit beruhen.⁶⁵² Dabei sind nicht zuletzt auch unterschiedliche Interpretations- und Begründungsstile zu beachten,⁶⁵³ wie sie sich insbesondere in einem Jury-System daraus ergeben können, dass das materielle Strafrecht in einer auch für juristische Laien verständlichen Weise formuliert und anwendbar sein muss⁶⁵⁴ und/oder die Geschworenen ihren Schuldspruch nicht zu begründen brauchen.⁶⁵⁵

(c) Einbeziehung der Kriminologie und sonstiger empirischer Wissenschaften

Dank der funktionalen Blickerweiterung und Ausrichtung der Rechtsvergleichung auf das Sachproblem der Lebenswirklichkeit⁶⁵⁶ ist es fast schon zum Gemeinplatz geworden, dass sich die Strafrechtsvergleichung nicht auf die Gegen-

⁶⁴⁹ Vgl. *Zweigert*, Wörterbuch (o. Fn. 123), S. 81.

⁶⁵⁰ *Perron*, Verhältnis (o. Fn. 591), S. 483; *ders.*, Straftatsystematik (o. Fn. 189), S. 244 f.; vgl. auch *Tatjana Hörnle*, Unterschiede zwischen Strafverfahrensordnungen und ihre kulturellen Hintergründe, *ZStW* 117 (2005), S. 801–838.

⁶⁵¹ *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 6), S. 34.

⁶⁵² Vgl. *Schultz*, Grundlagenforschung (o. Fn. 128), S. 19; *Mona*, Comparative Justice (o. Fn. 58), S. 108.

⁶⁵³ Vgl. *Jung*, Theorie (o. Fn. 120), S. 377 f.; *Schultz*, Grundlagenforschung (o. Fn. 128), S. 15 f.; *Weigend*, Criminal Law (o. Fn. 60), S. 266 f.; *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 6), S. 62 ff. Vgl. auch unten III.C.1(b) zu Fn. 734 f.

⁶⁵⁴ Vgl. *Perron*, Verhältnis (o. Fn. 591), S. 482 f.

⁶⁵⁵ Wie beispielsweise in diesem „Strukturvergleichsprojekt“ zu England und Wales festgestellt (oben Teil 2, § 4 II.1.2.4., III.1.2.3.).

⁶⁵⁶ Vgl. oben III.B.1(a) zu Fn. 561 f.

überstellung von Normen beschränken darf, sondern dass auch deren soziale Grundlagen und reale Wirkungen mitzubersichtigen sind.⁶⁵⁷ Dies ist allerdings nicht als allgemeingültiges Dogma zu verstehen; denn inwieweit es tatsächlich immer einer kriminologischen Fundierung oder sonstigen sozialwissenschaftlichen Erweiterung des Blickwinkels bedarf, hängt wiederum von der jeweiligen Aufgabenstellung und dem entsprechenden Fragenkatalog ab.⁶⁵⁸ Geht es beispielsweise lediglich um die judikative Feststellung „doppelter Strafbarkeit“, wird es im Regelfall genügen, die Existenz oder das Fehlen einer „identischen Tatortnorm“ festzustellen; auch soweit dazu Straffreistellungsgründe oder Verfolgungshindernisse eine Rolle spielen können,⁶⁵⁹ bedarf es dafür keiner rechtstatsächlichen Ermittlungen. Auch bei einem multilateralen Vergleich von bestimmten Straftheorien, einzelnen Verbrechenlementen oder kriminalpolitischen Zielsetzungen braucht eine empirische Grundierung nicht unbedingt erforderlich zu sein.

Andererseits kann es selbst bei solchen Fragestellungen angebracht sein, sich nicht mit einer rein normativen Sicht zu begnügen, sondern den Blick auch auf die praktischen Auswirkungen einer Rechtsfigur oder Theorie zu richten. Wenn es beispielsweise um den Vergleich subjektiver Verbrechenlemente (wie Vorsatz, Fahrlässigkeit oder Irrtum) oder die Reichweite von Straffreistellungsgründen (wie Notwehr oder Schuldunfähigkeit) geht, wird ein volles Verständnis der betreffenden Normen kaum zu gewinnen sein, wenn nicht anhand einschlägiger Rechtsprechung oder dementsprechender fiktiver Fälle getestet wird, wie häufig und nach welchen Kriterien etwa Vorsatz bejaht beziehungsweise ein Rechtfertigungsgrund gewährt wird.⁶⁶⁰ Auch über Alternativen zur Verfahrensbeschleunigung lässt sich schwerlich reden, ohne in den zu vergleichenden Ländern Daten zur jeweiligen Verfahrensdauer und damit zusammenhängenden Faktoren erhoben zu haben.⁶⁶¹ Gleichermäßen unbefriedigend bleiben rechtsvergleichend geführte Reformdiskussionen zum Schwangerschaftsabbruch, wenn die Sinnhaftigkeit von Verbotsmustern nicht auch an deren realer Durchsetzungskraft gemessen wird.⁶⁶²

⁶⁵⁷ Vgl. *Hilgendorf*, Einführung (o. Fn. 5), S. 22 f.; *Jung*, Theorie (o. Fn. 120), S. 366; *Kaiser*, Vergleichende Kriminologie (o. Fn. 127), S. 85 ff.; *Mona*, Comparative Justice (o. Fn. 58), S. 111 ff.; *Perron*, Strukturvergleich (o. Fn. 203), S. 135 f.; *ders.*, Nationale Grenzen (o. Fn. 42), S. 300 f.

⁶⁵⁸ Vgl. dazu auch schon oben III.B.1(a) zu Fn. 589 ff.

⁶⁵⁹ Näher dazu *Eser*, in: Schönke/Schröder (o. Fn. 237), § 7 Rn. 7 ff.

⁶⁶⁰ Solches zu ermitteln, auch dazu diene die fallbasiert-rechtstatsächliche Methode in dem hier verfolgten „Strukturvergleichsprojekt“, vgl. oben Teil 3, § 12.

⁶⁶¹ Zu diesem Zweck waren im „Beweisnahmeprojekt“ (zuvor Fn. 631) jeweils empirische Daten zur Verfahrensdauer zu erheben, vgl. dort S. 6, 550, 552 ff.

⁶⁶² Vgl. das – bemerkenswerterweise teils recht spärliche – rechtstatsächliche Material zum „Schwangerschaftsabbruchsprojekt“ (zuvor Fn. 634, Teilband 3, S. 465 ff.).

(d) Kulturbezogenheit

Mit diesem Terminus ist wohl am besten zu erfassen, was über die aufzuführenden Rechtsnormen und dazu einzubeziehenden empirischen Faktoren hinaus an historischen, traditionellen, ideologischen, soziologischen, politischen oder sonstigen gesellschaftlichen Hintergründen in einen Landesbericht einzubringen ist. Anders als bei der allgemeinen „Kulturvergleichung“ geht es aber dabei weniger um die „kulturprägende“ als vielmehr um die „kulturgeprägte“ Rolle des Rechts;⁶⁶³ denn wie sich nicht zuletzt aus der funktionalen Ausrichtung der Rechtsordnung am Sachproblem der Lebenswirklichkeit ergibt, sind darauf bezogene Rechtsnormen und Institutionen hinsichtlich ihrer Vergleichbarkeit oder Andersartigkeit nicht voll zu erfassen, ohne auch die zugrunde liegenden nationalen Besonderheiten in Gestalt von Traditionen, Mentalitäten, Gerechtigkeitsvorstellungen, Gemeinschaftsgestaltungen oder ähnliche Wert- und Ordnungskriterien offengelegt zu haben.⁶⁶⁴ Dies ist im Strafrecht umso mehr geboten, als dessen historisch-kulturelle Verwurzelung und Bedingtheit besonders stark ausgeprägt sind.⁶⁶⁵

Diese „geistige Realität von Ideologien“⁶⁶⁶ kann sich nicht nur in der allgemeinen Kultur, sondern schon in einer davon unterscheidbaren landesspezifischen „Rechtskultur“ niederschlagen,⁶⁶⁷ wie sie im besonderen Stil einer Rechtsordnung, unterschiedlichen Rollenzuweisungen und Handlungsmodalitäten oder auch in Wertschätzungen und Verhaltensweisen einer bestimmten Juristengemeinde zum Ausdruck kommen kann.⁶⁶⁸ Wenn etwa die konfuzianische Morallehre derart stark internalisiert ist, dass man sich, ohne deren rationale Gründe zu hinterfragen, in die Sittenordnung einfügt, dann erhält der hierzulande als eher problematisch empfundene Verweis auf „gesellschaftliche Sitten“ oder sonstige Generalklauseln einen anderen Stellenwert.⁶⁶⁹ Auch Besonderheiten der Rechtssprache sind nicht zu un-

⁶⁶³ Ganz im Sinne dieser Gewichtung – eines als solchen allerdings nicht voll erkannten Unterschieds (dazu oben III.B.1(a) zu Fn. 550 ff., 569 ff.) – sind auch die dem Kulturvergleich gewidmeten Beiträge in *Streng/Kett-Straub*, Kulturvergleich (o. Fn. 112) zu verstehen; vgl. *Eser*, Besprechung (o. Fn. 567), S. 287 ff.

⁶⁶⁴ Im gleichen Sinne – wenngleich mit teils unterschiedlicher Akzentuierung – namentlich *Beck*, Interkultureller Dialog (o. Fn. 112), S. 65 ff.; *Hilgendorf*, Einführung (o. Fn. 5), S. 22; *Hörnle*, Kulturelle Unterschiede (o. Fn. 650), S. 803 ff., auch *Kunz*, Kulturgebundenheit (o. Fn. 336), S. 147 ff.

⁶⁶⁵ Vgl. *Frank Meyer*, Internationalisierung (o. Fn. 60), S. 90, zur Lissabon-Entscheidung in BVerfGE 120, 224 (241 f.), sowie *Beck*, Interkultureller Dialog (o. Fn. 112), S. 83.

⁶⁶⁶ *Ebert*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 72), S. 22, 42 f.

⁶⁶⁷ Diesen Unterschied aus asiatischer Sicht besonders unterstreichend vgl. *Ida*, Kulturvergleich (o. Fn. 551), S. 26 f.

⁶⁶⁸ Vgl. *Burchard*, Exekutorische Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 81), S. 302; *Vogel*, Transkulturelles (o. Fn. 316), 2 f.

⁶⁶⁹ Vgl. *Kim*, Korea (o. Fn. 345), S. 64 f., 238 ff.; *Perron*, Strukturvergleich (o. Fn. 203), S. 132. Vgl. auch das Beispielsmaterial von *Vogel*, Transkulturelles (o. Fn. 316), S. 4 ff.

terschätzen. Sind beispielsweise Strafgesetze, weil – wie längere Zeit in Griechenland und Japan – nicht in verständlicher Volkssprache zugänglich, primär an die Rechtsanwender und nicht an die Bürger gerichtet,⁶⁷⁰ dann kann sich das sowohl im Justizwesen als auch in der Strafrechtsdogmatik auswirken. Oder fehlt es in diesem Rechtssystem, wie im Common law, an einem Begriff für Tatbestandsmäßigkeit oder an der Unterscheidung von Unrecht und Schuld, dann kann schon die wechselseitige Verständigung zum Problem werden.⁶⁷¹

Über solche rechtsinternen Kulturfaktoren hinaus kann noch größeres Gewicht den historischen, allgemein-ideologischen und sonstigen gesellschaftlichen Hintergründen und Bedingtheiten des zu vergleichenden Rechts zukommen. Diese Erfahrung war für den Bereich des Strafrechts in besonders intensiver Weise beim „Schwangerschaftsabbruchsprojekt“ zu machen. Wie schon zu dessen Fragenkatalog angedeutet,⁶⁷² geht der Erläuterung des geltenden Rechts jeweils eine Darstellung der gesellschaftlichen Rahmenbedingungen und geschichtlichen Entwicklung voraus, wobei neben der demographischen und wirtschaftlichen Situation, dem Standard der medizinischen Versorgung und der gesellschaftlichen Stellung der Frau auch die Einschätzung und Bedeutung von Familienplanung und Schwangerschaftsabbruch zu erfragen war, mit dem Ergebnis, dass der die Landesberichte zusammenfassende rechtsvergleichende Querschnitt sich schließlich auf über 90 Seiten erstreckte.⁶⁷³

(e) Fallbasierte Vergleichsmethode

Selbst wenn man sich für den Rechtsvergleich nicht mehr mit der Gegenüberstellung von Rechtsnormen und Institutionen begnügt, sondern in funktionaler Weise die Fragestellung auf das zu lösende Sachproblem der Lebenswirklichkeit ausrichtet, kann man nicht sicher sein, schon mit dem Aufweis – tatsächlich oder vermeintlich – einschlägiger Tatbestände und Rechtsbegriffe eine gemeinsame Vergleichsgrundlage gefunden zu haben. Denn was auf den ersten Blick ähnlich oder andersartig erscheint, kann sich bei der Prüfung anhand von Fällen als enger oder weiter erweisen. Wenn es beispielsweise darum geht, inwieweit für die Strafbarkeit der Tötung eines Menschen ein mentales Element erforderlich ist und je nach dessen etwaiger Graduierung unterschiedliche Straffolgen in Betracht kommen, ist

⁶⁷⁰ Wie im Tagungsband von *Streng/Kett-Straub*, Kulturvergleich (o. Fn. 112) aus Japan, Korea und Griechenland berichtet (S. 240, 242, 244, 252 f.).

⁶⁷¹ Wie beispielsweise bei dem Versuch, den im deutschen Strafrecht geläufigen 2- oder 3-stufigen Verbrechenaufbau ins englische zu übertragen, vgl. *Albin Eser*, Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime, in: *Albin Eser/George P. Fletcher* (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven* Band I; Freiburg 1987, S. 17–65 (61 ff.) = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3906.

⁶⁷² Oben III.B.1(b) zu Fn. 596.

⁶⁷³ *Eser/Koch*, Schwangerschaftsabbruch (o. Fn. 160), Teilband 3, S. 1–93.

noch nicht allzu viel mit der Feststellung gewonnen, dass nach deutschem Strafrecht nicht nur Vorsatz, sondern schon Fahrlässigkeit, wenngleich mit unterschiedlich strenger Strafordrohung, für die Strafbarkeit ausreicht, während andere Rechtsordnungen, wie beispielsweise die angloamerikanische, in der Regel nur „intent“ oder „recklessness“, nicht aber „negligence“ genügen lassen; denn inwieweit einerseits bedingter Vorsatz noch unter „intent“ fällt oder lediglich als „recklessness“ erfassbar ist, diese aber andererseits bis zu bewusster Fahrlässigkeit reichen kann,⁶⁷⁴ das ist letztlich nur anhand von Fällen verlässlich abzugrenzen.⁶⁷⁵ Ähnlich ist auch der Umfang des im Prinzip weltweit anerkannten Notwehrrechts nicht unterscheidungskräftig genug zu erfassen, ohne es anhand verschiedener Fallvarianten abzuklären.

Eine solche fallbasierte Vergleichsmethode ist umso mehr angebracht, wenn es nicht nur einzelne Sachprobleme und deren Lösung in verschiedenen Rechtsordnungen zu vergleichen gilt, sondern der Verlauf von Strukturunterschieden zu verfolgen ist. Deshalb wurde diese Methode auch für das „Strukturvergleichsprojekt“ gewählt.⁶⁷⁶

(f) Computerunterstützte Vergleichung

Je komplexer ein rechtsvergleichendes Projekt ist und je mehr Daten dazu anfallen, desto schwieriger ist es, diese mit herkömmlichen Mitteln – wie schriftlichen Auflistungen, Tabellen und dergleichen – zu erfassen. Derartige Erhebungs- und Strukturierungsprobleme werden sich durch den Einsatz neuer Technologien, wie insbesondere von Computern, leichter lösen lassen.⁶⁷⁷ Auch beim vorliegenden „Strukturvergleichsprojekt“ konnte davon bis zu einem gewissen Grad bereits Gebrauch gemacht werden.⁶⁷⁸

4. Vergleichung – Querschnitt – Modellbildung

Was der Erstellung der Landesberichte zu folgen hat, wird üblicherweise als „rechtsvergleichender Querschnitt“ bezeichnet. Eines solchen bedarf es jedoch nicht für jede Art von Rechtsvergleichung, vielmehr hängt auch dieser Arbeits-

⁶⁷⁴ Vgl. auch *Perron*, Vorüberlegungen (o. Fn. 109), S. 144 f.

⁶⁷⁵ Vgl. auch *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 118.

⁶⁷⁶ Vgl. oben III.B.1(b) zu Fn. 608 sowie Teil 1, § 1 III., § 2 II.1., 3.; ferner *Perron*, Vorüberlegungen (o. Fn. 109), S. 145 f.; *Jung*, Grundfragen (o. Fn. 60), S. 3; *Nelles*, Internet (o. Fn. 81), S. 1009 f.

⁶⁷⁷ Näher dazu *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 124; vgl. auch *Nelles*, Internet (Fn. 81), S. 1005, 1014 ff., sowie zu einer verfassungsrechtlichen Parallele *Anne Meuwese/Mila Versteeg*, Quantitative methods for comparative constitutional law, in: *Adams/Bomhoff*, Practice (o. Fn. 189), S. 230–257.

⁶⁷⁸ Vgl. oben Teil 1, § 2 II.5.

schritt von der jeweiligen Zielsetzung der verschiedenartigen Projekte ab. Immerhin ist aber allen gemeinsam, dass erst auf dieser Untersuchungsstufe die eigentliche Vergleichung beginnt,⁶⁷⁹ wobei sich diese aber als „der schwierigste Teil jeder rechtsvergleichenden Arbeit [...] fast völlig dem Versuch (entzieht), sie in Regeln einzufangen“⁶⁸⁰ Gleichwohl lassen sich auch dazu je nach Art der Zielsetzung und des ermittelten Vergleichsmaterials gewisse Leitlinien aufzeigen.

(a) Binationaler Abgleich

Die naheliegende Annahme, dass das Feststellen von Gemeinsamkeiten und Unterschieden eine einfache Sache sei, wenn lediglich zwei (oder eine ausgesuchte Zahl von wenigen) Rechtsordnungen miteinander zu vergleichen sind, ist allenfalls dort zutreffend, wo lediglich zu eruieren ist, ob es beispielsweise in beiden Ländern bestimmte Straftatbestände, Beteiligungsformen oder Strafausschließungsgründe gibt: Dafür mag schon der schlichte Nachweis genügen. Sobald es aber auch darum geht, ob – wie etwa beim judikativen Erfordernis „beiderseitiger Strafbarkeit“ – ein bestimmter Tatvorwurf von unterschiedlich benannten Straftatbeständen gleichwohl erfasst wird oder umgekehrt gleichnamige Verbrechen einen unterschiedlichen Anwendungsbereich haben, kann sowohl ein Breiten- als auch ein Tiefenvergleich geboten sein: Ersteres etwa dahingehend, dass bei scheinbarem Fehlen eines Vergleichstatbestands oder funktionsähnlichen Strafausschließungsgrundes in anderen Rechtsbereichen weiter zu suchen ist, Letzteres in der Weise, dass für die Reichweite einer Amnestie bis zu einem etwaigen Mutterrecht vorzudringen ist.⁶⁸¹ Nicht zuletzt kann es schon bei einem binationalen Vergleich von einzelnen Strafnormen erforderlich sein, kulturbezogene Hintergründe mit einzubeziehen.⁶⁸²

Derartige Erweiterungen und Vertiefungen sind umso mehr erforderlich, wenn zwei Strafrechtssysteme als Ganzes oder in wesentlichen Segmenten miteinander verglichen werden sollen oder ein Transfer von der einen auf die andere Rechtsordnung zur Diskussion steht. Zwar bedarf es dafür – gleichsam mangels Vergleichsmasse – keines Querschnitts, wohl aber kann dies schon eine Modellbildung unter Hervorhebung von Gemeinsamkeiten und Unterschieden erfordern.

⁶⁷⁹ Wie bereits von *Jescheck*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 2), S. 41 betont; vgl. auch seine Strafprozessreform (o. Fn. 127), S. 775, sowie *Eser*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 3), Kaiser-FS, S. 1522, bzw. Transnationales Strafrecht S. 21.

⁶⁸⁰ Wie von *Zweigert*, Methode (o. Fn. 527), S. 198, zugespitzt; vgl. auch sein Wörterbuch (o. Fn. 123), S. 81, sowie *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 6), 43 f. Diese Schwierigkeit mag auch erklären, warum ansonsten zu diesem Vergleichungsschritt wenig Weiterführendes zu finden ist.

⁶⁸¹ Wie dies beispielsweise bei Rückführung einer libanesischen Amnestie auf das französische Vorbild – in dem insoweit nicht veröffentlichten Rechtsgutachten von *Eser*, Stellvertretende Strafrechtspflege (o. Fn. 257) – erforderlich war.

⁶⁸² Näher zu solchen funktional zu erfassenden Hintergründen und empirischen Daten oben III.B.3(c), (d).

(b) Multinationaler Querschnitt

Wenn mehr als zwei (oder einige wenige) Länder miteinander zu vergleichen sind, ist für den Regelfall ein rechtsvergleichender Querschnitt zu erstellen. Dessen Strukturierung wird umso leichter fallen, je mehr man sich dabei am Fragenkatalog ausrichten kann, praktisch also lediglich die in den Landesberichten gegebenen Antworten der jeweiligen Frage zuzuordnen und gegenüberzustellen braucht. Weit- aus häufiger ist jedoch der Fall, dass sich bei der Erarbeitung der Landesberichte länderspezifische Besonderheiten herausstellen können, die bei der Entwicklung des Fragenkatalogs noch nicht vorauszusehen waren, die aber – selbst wenn nur vereinzelt auftretend – gewichtig genug erscheinen, um in einen Querschnitt aufgenommen zu werden. Aus diesem Grund ist insbesondere der rechtsvergleichende Querschnitt des „Schwangerschaftsabbruchsprojekts“ mit über 500 Seiten weitaus differenzierter ausgefallen, als dies nach dem für die Landesberichte vorgegebenen Gliederungsschema zu erwarten war.⁶⁸³

Was die Art der Erfassung und Darstellung betrifft, sollte diese einerseits weder auf eine volle Wiedergabe der in den Landesberichten zusammengetragenen Einzeldaten hinauslaufen noch sich andererseits in deren summarischer Wiederholung erschöpfen; vielmehr ist sie bereits auf die Profilierung markanter Gemeinsamkeiten und Unterschiede auszurichten und damit auf mögliche Gruppierungen und Typenbildungen hinzuführen.

Welche Kriterien dabei als markant anzusehen sind, hängt wiederum nicht zuletzt von der Zielsetzung des betreffenden Projekts ab.⁶⁸⁴ Zielt dieses etwa darauf ab, einem scheinbar alternativlosen Regelungsmodell die Vielfalt anderer Lösungsansätze entgegenzustellen oder eine Art „Lösungsvorrat“ zu etablieren,⁶⁸⁵ so wird alles als beachtenswert und dokumentierungsbedürftig anzusehen sein, was eine gewisse Andersartigkeit zum Ausdruck bringen kann. Gilt es demgegenüber in eine wildwuchernde Meinungsvielfalt gewisse Schneisen zu schlagen, wird mit einem eher großen Netz möglichst viel zusammenzufassen sein, was noch irgendwie funktional ähnlich erscheint. Wiederum anders kann bei der ungeheuren Vielfalt eines groß angelegten Vergleichs eine Systematisierung daran zu scheitern drohen, dass die Regelungen mancher Länder sich in bestimmten Punkten ähneln, während sie in anderen voneinander abweichen und es dabei auf anderen Ebenen noch zusätzliche Überschneidungen gibt. In einem solchen Fall, wie er insbesondere beim „Systemunrechtsprojekt“ zu bewältigen war, kann es sich empfehlen, von einer alles umfassenden Gesamtsystematisierung abzusehen oder eine solche nur auf

⁶⁸³ Vgl. *Eser/Koch*, Schwangerschaftsabbruch (o. Fn. 160), Teil 1, S. 13 f. bzw. Teil 3, S. 1–512.

⁶⁸⁴ Würde dies mehr beachtet, könnten sich manche der über „similarities“ und „differences“ geführten Debatten (vgl. oben III.B.1(a) zu Fn. 575 ff.) als buchstäblich ziellos erübrigen.

⁶⁸⁵ Vgl. oben II.C.1(a) zu Fn. 351.

einer hohen Abstraktionsebene zu versuchen, um stattdessen auf einer mittleren Vergleichsebene – wie im Beispielfall orientiert an der Art des Regimewechsels, der Verfolgungsrealität, der Täterbezogenheit oder an Wiedergutmachungsmodalitäten – bestimmte Typisierungen zu ermöglichen.⁶⁸⁶ Geht es hingegen weniger um einen flächenhaften Überblick als vielmehr um einen strukturellen Verlaufsvergleich, wie insbesondere in unserem „Strukturvergleichsprojekt“, dann sind vor allem die für das letztendliche Schicksal eines Verurteilten wesentlichen Phasen und weichenstellenden Schwellen einander gegenüberzustellen.⁶⁸⁷

(c) Modellbildung

Auch für die Art und Weise, wie sich aus Systematisierung und Typisierung alternative Modelle entwickeln ließen, lassen sich keine allgemein gültigen Vorgaben machen.

Geht es primär darum, die eigene Strafrechtsordnung oder Dogmatik von anderen Rechtssystemen abzuheben, wird diese als das maßgebliche Orientierungsmodell in den Mittelpunkt zu stellen sein, um ihm dann mehr oder weniger abweichende Modelle gegenüberzustellen. Dabei kann es schon bei deren Auswahl und Profilierung darauf ankommen, was als das für das eigene Strafrechtsmodell Charakteristische hervortreten soll. Ähnlich wird bei legislativer Suche nach einer dem eigenen Recht möglichst ähnlichen, wenngleich besseren Regelung der Fokus weniger auf andersartige als auf eher gleichartig erscheinende Modelle zu richten sein. Will man hingegen zu neuen Horizonten aufbrechen, ist die Modellbildung auf möglichst andersartige und zukunftsweisende Alternativen hin zu orientieren.

Wiederum anders ist bei Harmonisierungsprojekten – wie etwa bei der Entwicklung Europäischen Gemeinschaftsrechts oder der Etablierung transnationaler Strafgerichtsbarkeit – zu verfahren: Sofern dabei einerseits nicht schon von vornherein einer bestimmten Rechtsordnung oder Strafrechtsdogmatik eine Leitfunktion zukommen soll, aber andererseits auch nicht eine wahllose Vielfalt praktikabel erscheint, sondern ein gleichermaßen gemeinsames Neues wie allseits Akzeptables anzustreben ist, werden die Typisierungskriterien so zu setzen sein, dass weniger trennende als leichter vereinbare Modellelemente hervortreten.

Wie nicht zu übersehen ist, bewegt man sich bei der System- und Typenbildung oft schon im Übergangsbereich zum letzten Arbeitsschritt: der rechtsdogmatisch-rechtspolitischen Bewertung.

⁶⁸⁶ Näher zu dem dabei erforderlichen Paradigmenwechsel im Verlauf des Projekts vgl. *Eser/Arnold*, *Transitionsstrafrecht* (o. Fn. 612), S. 12 ff.

⁶⁸⁷ Vgl. oben III.B.1(a) nach Fn. 593 sowie Teil 1, § 1 III., § 2.

5. Bewertung – Empfehlungen

(a) Abhängigkeit von der Zielsetzung – Wertungsstufen

Gleich, ob man die rechtspolitische Bewertung noch als funktionellen Teil der Rechtsvergleichung versteht, wie hier vertreten, oder ob man darin eine über Rechtsvergleichung hinausgehende Aufgabe erblickt, wie dies traditionellerweise gesehen wird, selbst letzterenfalls wird von rechtsvergleichenden Projekten in der Regel eine abschließende Stellungnahme erwartet, bei der meist nicht ohne gewisse Wertungen auszukommen sein wird. Das soll weder heißen, dass Rechtsvergleichung gar nicht ohne Wertung denkbar sei, noch dass dies einer bestimmten Untersuchungsstufe vorbehalten bleibe, wohl aber dass sie je nach dem Vergleichsziel teils essenziell notwendig, teils kontingent bedingt sein kann.⁶⁸⁸

Kaum weniger als bei anderen methodischen Schritten hängen daher die Notwendigkeit und der Umfang von Wertungen von der jeweiligen Zielsetzung ab.⁶⁸⁹ Ja, genau besehen sind Wertungen nicht erst der Abschlussphase eines rechtsvergleichenden Projekts vorbehalten, sondern können bereits bei den vorangehenden Untersuchungsschritten eine Rolle spielen.

Schon wenn es um das für das Untersuchungsziel bedeutsame Erkenntnisinteresse geht, wie beispielsweise bei einem legislativ ausgerichteten Projekt zur Reform des Schwangerschaftsabbruchs, wird es bei der Suche nach möglichen Strafausschlussgründen weniger auf deren dogmatische Fassung als vielmehr darauf ankommen, ob und inwieweit die gegenläufigen Interessen des ungeborenen Lebens und der Schwangeren Berücksichtigung finden sollen, wobei nicht zuletzt auch weltanschauliche Grundeinstellungen oder der Stand der Geburtenregelung zum Fragenkatalog gehören können. Dementsprechend können bereits für die auf der ersten Stufe zu formulierenden Arbeitshypothesen (oben III.B.1(b)) Wertungen unumgänglich sein.⁶⁹⁰ Ähnliches gilt für die Länderauswahl (oben III.B.2.): Soll etwa bei einem transnationalen Harmonisierungsvorhaben ein Höchstmaß an menschenrechtlicher Absicherung von Beschuldigtenrechten ermittelt werden, wird man sich von vornherein auf Länder beschränken können, von denen erfahrungsgemäß hohe menschenrechtliche Standards zu erwarten sind. Demgegenüber kann die Länderauswahl ganz anders ausfallen, wenn lediglich ein möglichst allseits durchsetzbarer Mindeststandard gewährleistet werden soll. Selbst bei Abfassung der Landesberichte (oben III.B.3.) sind Wertungen nicht auszuschließen, wenn es, wie beispielsweise bei judikativem Abgleich des Inzestverbots, den uneinheitlichen

⁶⁸⁸ Näher zu dieser Grundsatzproblematik oben II.D.3.

⁶⁸⁹ Vgl. *Eser*, Evaluativ-kompetitive Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 82), S. 1460 f., so wie zu den nachfolgenden Passagen S. 1462 ff.

⁶⁹⁰ Wie auch schon von *Zweigert*, Kritische Bewertung (o. Fn. 418), S. 414 f., als Beginn eines stetigen „value clarification“-Prozesses angemerkt. Vgl. auch oben II.D.2, III.B.1(a).

Meinungsstand innerhalb eines Landes zu gewichten gilt. Noch mehr an Wertung kann für den rechtsvergleichenden Querschnitt (oben III.B.4.) abverlangt sein, wenn modellhafte Gruppierungen zu bilden und dafür Kriterien festzulegen sind, die von bestimmten normativen Vorgaben abhängen, wie beispielsweise beim „Systemunrechtsprojekt“ von der vorentscheidenden Differenzierung zwischen Strafverfolgung, Verfolgungsverzicht und sonstigen staatlichen Reaktionen.⁶⁹¹

Doch nicht um solche mehr oder weniger inhärenten Wertungen geht es auf dieser Untersuchungsstufe, sondern um explizite Evaluationen: sei es in der Weise, dass von mehreren ermittelten Theorien, Regelungsmodellen oder sonstigen Alternativen der einen gegenüber anderen der Vorzug zu geben oder sonstwie eine Graduierung vorzunehmen ist, sei es, dass in kompetitivem Sinne Empfehlungen auszusprechen sind, oder sei es, dass sogar ein ausformulierter Regelungsvorschlag unterbreitet wird.⁶⁹² Ein Beispiel für Letzteres ist im „Schwangerschaftsabbruchsprojekt“ zu finden.⁶⁹³

(b) Wertungskriterien

Sollen die mit Einschätzungen, Empfehlungen oder Regelungsvorschlägen verbundenen Wertungen nicht willkürlich erscheinen und auch für Dritte nachvollziehbar sein, sind sie an bestimmten Kriterien auszurichten, die ihrerseits offenzulegen sind. Soweit dies überhaupt geschieht⁶⁹⁴ oder jedenfalls für erforderlich erachtet wird, pflegt man sich allerdings meist mit recht allgemeinen Parametern zu begnügen. So werden insbesondere für die Suche nach Alternativen oder besseren Lösungen vornehmlich „Zweckmäßigkeit“ und „Gerechtigkeit“ angeführt.⁶⁹⁵ Während davon manchem überhaupt nur das Gerechtigkeitskriterium als Maßstab geeignet erscheint,⁶⁹⁶ findet sich bei anderen die Zweckmäßigkeit als „kriminalpolitische“ spezifiziert und um die „Praktikabilität“ ergänzt.⁶⁹⁷ Auch „Tradition“ und „Volksüberzeugung“ werden als Wertkategorien genannt,⁶⁹⁸ ähnlich wie es im Fall

⁶⁹¹ Vgl. *Eser/Arnold*, Transitionsstrafrecht (o. Fn. 612), S. 15 ff.

⁶⁹² Näher zu einem solchen Fortschreiten von evaluativer zu kompetitiver Rechtsvergleichung vgl. oben II.D.4.

⁶⁹³ *Eser/Koch*, Schwangerschaftsabbruch (o. Fn. 160), Teil 3, S. 608 ff.

⁶⁹⁴ Vgl. unten III.C.1(c).

⁶⁹⁵ Beispielhaft dafür *Zweigert*, Wörterbuch (o. Fn. 123), S. 81; vgl. auch in: Kritische Bewertung (o. Fn. 418), S. 404, 410.

⁶⁹⁶ Wie bei *Mona*, Comparative Justice (o. Fn. 58), S. 103 ff., 115 ff., für den die Rechtsvergleichung „in eine umfassende Theorie der Gerechtigkeit“ einzugliedern ist; vgl. aber dazu auch *Kubiciel*, Funktionen (o. Fn. 60), S. 219, und *Weigend*, Diskussionsbemerkungen (o. Fn. 68), S. 132.

⁶⁹⁷ So bei *Jescheck*, Strafrechtsvergleichung (Fn. 2), S. 43.

⁶⁹⁸ Diese ebenfalls von *Jescheck*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 2), S. 43, genannten Parameter werden auch von *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 121, und *Hilgen-dorf*, Einführung (o. Fn. 5), S. 19, angeführt.

von Rechtsimport auf die besonderen Bedingungen des Empfängerlandes und dessen heimisches Umfeld⁶⁹⁹ oder bei grenzüberschreitender Harmonisierung auf „good governance“⁷⁰⁰ ankommen soll. Vor allem aber wird der optimalen Gewährleistung der Menschenrechte zunehmend Gewicht beigelegt.⁷⁰¹ Über diese vorwiegend praktischen Kriterien von unterschiedlichen Prinzipien, Regeln und Argumenten hinaus ist in dogmatischer Hinsicht auch an Wertungskategorien wie innere Konsistenz und praktische Relevanz zu denken, ähnlich wie für die Vorzugswürdigkeit einer Alternative auch die Aussicht auf Akzeptanz und Realisierbarkeit eine Rolle spielen kann.⁷⁰²

Doch so beachtenswert solche Parameter auch sind, bleibt dabei eines zu bedenken: Da sie ihrerseits schon in Konflikt miteinander stehen können – weil das Gerechteste nicht unbedingt das Zweckmäßigste sein muss und umgekehrt –, sind sie nicht unbedenken nebeneinander anwendbar, falls für die Art des betreffenden Rechtsvergleichs überhaupt passend. Zudem sind Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit – ebenso wie Tradition und Volksüberzeugung – offene, wenn nicht gar parteiliche Begriffe, die ihrerseits einer weiteren Bestimmung und Bewertung bedürfen: Gerecht für wen? Brauchbar wofür? Bewahrens- oder einführungswert wozu?⁷⁰³ Und überhaupt: aus wessen Blickwinkel ist all dies jeweils zu beurteilen? Auch für die sich aus diesen Fragen ergebenden Anforderungen wird man keine allgemein gültigen Vorgaben machen können. Entscheidend ist vielmehr ein Zweifaches: Statt sich für die Evaluierung mit allgemein-abstrakten Parametern zu begnügen, sind diese an der Zielsetzung des betreffenden Rechtsvergleichs auszurichten und von daher jeweils bereichs- und projektspezifisch zu konkretisieren.⁷⁰⁴ Und zudem sind diese Bewertungskriterien jeweils offenzulegen.⁷⁰⁵ In diesem Sinne wurde im „Schwangerschaftsabbruchsprojekt“ sowohl auf subjektiv unterschiedliche Vorverständnisse und weltanschauliche Wertüberzeugungen der Projektbeteiligten hinge-

⁶⁹⁹ Vgl. *Weigend*, Criminal Law (o. Fn. 60), S. 268. Zu Transplantationsbedingungen vgl. auch oben II.D.4(g) zu Fn. 497 sowie unten III.B.5(c) zu Fn. 714.

⁷⁰⁰ Vgl. *Sieber* Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 99, aber auch *Frank Meyer*, Internationalisierung (o. Fn. 60), S. 90 ff.

⁷⁰¹ Vgl. *Jung*, Wertende Rechtsvergleichung (o. Fn. 116), S. 3; *Rosenau*, Plea bargaining (o. Fn. 414), S. 1611; *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 121, mit weiteren Nachweisen.

⁷⁰² Vgl. *Schubert*, Versuch (o. Fn. 551), S. 274 ff., sowie oben I.C. (18), II.A.3.

⁷⁰³ Vgl. *Nelles*, Internet (o. Fn. 81), S. 1008.

⁷⁰⁴ Vgl. *Constantinesco* II, Rechtsvergleichende Methode (o. Fn. 7), S. 324 f.; *Jung*, Wertende Rechtsvergleichung (o. Fn. 116), S. 9.

⁷⁰⁵ Zu sich daraus ergebenden Anforderungen an die „Wertungsakteure“ vgl. unten III.C.1(c).

wiesen, wie auch die dem Regelungsvorschlag zugrunde liegenden rechtspolitischen Grund- und Leitsätze dargelegt wurden.⁷⁰⁶

(c) Vergleichsvoraussetzungen

Unter diesem Stichwort sind nicht Voraussetzungen gemeint, wie sie in personeller und institutioneller Hinsicht erforderlich sind, um ernsthaft Rechtsvergleichung betreiben zu können.⁷⁰⁷ Vielmehr geht es hier um das für sinnvolle Wertung selbstverständliche Erfordernis, dass diese nur dann zu verlässlichen Aussagen führen kann, wenn – je nach dem Funktionsziel des rechtsvergleichenden Vorhabens – den zu ermittelnden und zu bewertenden Gegenständen (wie Prinzipien, Regeln, Theorien und dergleichen) die gleiche Problemstellung zugrunde liegt, alle dafür relevanten Bewertungskriterien berücksichtigt sind und dabei gleiche Bewertungsmaßstäbe angelegt werden.⁷⁰⁸

Das muss nicht heißen, dass von vornherein nur Rechtsordnungen miteinander verglichen werden könnten, die hinsichtlich der tatsächlichen Gegebenheiten und sozialen Zielvorstellungen von gleichen Grundlagen ausgehen.⁷⁰⁹ Denn nicht nur, dass es im Hinblick auf dieselbe Problemstellung – wie beispielsweise bei einem Schwangerschaftsabbruchsprojekt eine sowohl den Interessen des ungeborenen Lebens als auch der Schwangeren bestmöglich gerecht werdende Lösung – sinnvoll sein kann, Rechtsordnungen unterschiedlicher Weltanschauungen und gesellschaftlicher Standards einander gegenüberzustellen, um tiefer liegende Ursachen von Fehlentwicklungen oder wachsende Chancen zu ermitteln. Auch können sich dabei scheinbare „Wertungsaporien“ als trügerisch entpuppen.⁷¹⁰ Wohl aber wird die Rechtsvergleichung dort an Grenzen stoßen oder jedenfalls wenig Brauchbares erwarten lassen, wo die Verschiedenheit der sozialen Wirklichkeit schon gar keine vergleichbare Problemstellung entstehen lässt oder bestimmten vorauszusehenden Lösungswegen von vornherein unüberwindbare rechtliche Hürden entgegenstehen.⁷¹¹ Das kann selbst schon zwischen an sich nahe verwandten Rechtsordnungen,

⁷⁰⁶ Eser/Koch, Schwangerschaftsabbruch (o. Fn. 160), Teil 3, S. 515 f., 608 ff. Vgl. auch Eser/Arnold, Transitionsstrafrecht (o. Fn. 612), S. 1 f., 10 f., zum „Systemunrechtsprojekt“.

⁷⁰⁷ Dazu vgl. unten III.C.

⁷⁰⁸ In diesem Sinne dürften auch die von Sieber (oben II.D.2. zu Fn. 436) angeführten Fragestellungen zu verstehen sein.

⁷⁰⁹ Wie Zweigert, Kritische Bewertung (o. Fn. 418), S. 420, auf den ersten Blick missverstanden werden könnte.

⁷¹⁰ Vgl. Zweigert, Wörterbuch (o. Fn. 123), S. 80, sowie in: Kritische Bewertung (o. Fn. 418), S. 414 f.

⁷¹¹ Wie Zweigert im Folgesatz seiner zuvor (Fn. 709) erwähnten Aussage dem Sinne nach zu verstehen ist. Hier ist denn auch das Hauptfeld, auf dem der teils heftige Theorienstreit um Ähnlichkeiten und Differenzen (vgl. oben III.B.1(a) zu Fn. 574 ff.) praktisch zum Tragen kommen kann.

wie beispielsweise Deutschland und Österreich, der Fall sein: so etwa dann, wenn scheinbar gleichen Begriffen oder Institutionen ein unterschiedliches kulturell-traditionelles Vorverständnis oder unaufgebbare Rechtsprinzipien zugrunde liegen⁷¹² oder wo die judikative Anerkennung oder legislative Übernahme von „cultural defenses“ zur Diskussion steht.⁷¹³ Umso mehr wird es einer gründlichen Prüfung der Vergleichbarkeit und Übernahmefähigkeit fremden Rechts bedürfen, wenn es um größere Transplantationen von Strafrechtsordnungen,⁷¹⁴ grundlegende Neuorientierungen oder großflächige Rechtsangleichungen geht.⁷¹⁵

C. Personelle und institutionelle Rahmenbedingungen

Wie schon vorangehend immer wieder angeklungen ist, handelt es sich bei Rechtsvergleichung nicht um eine juristische Tätigkeit, wie sie „Normaljuristen“ auszuüben pflegen. Vielmehr kann Rechtsvergleichung, um sinnvoll betrieben und angewandt zu werden, von verschiedenen Rahmenbedingungen abhängig sein, bei denen sich – grob gesehen – zwischen personellen (III.C.1.) und institutionellen Erfordernissen (III.C.2.) unterscheiden lässt.

1. Personelle Anforderungen

(a) Rechtsvergleichende Akteure – Kooperation

Auch die Frage, welche Anforderungen an einen Rechtsvergleicher zu stellen sind, ist nicht ohne Blick auf die Art und Zielsetzung des jeweiligen rechtsvergleichenden Projekts sowie insbesondere der dabei eingenommenen Rollen zu beant-

⁷¹² Wie beispielhaft demonstriert von *Otto Lagodny*, Übernahmefähigkeit und Übernahmewürdigkeit ausländischer strafrechtlicher Regelungen – Eine Projektskizze am Beispiel Österreichs und Deutschlands, in: Björn Burkhardt/Hans-Georg Koch u.a. (Hrsg.), *Scripta amicitiae*. Freundschaftsgabe für Albin Eser zum 80. Geburtstag, Berlin 2015, S. 387–412.

⁷¹³ Vgl. oben II.B.1. zu Fn. 242.

⁷¹⁴ Instrukтив zur Geschichte von mehr oder weniger gelungenen Strafrechtsexporten und -importen die von *Streng/Kett-Straub*, Kulturvergleich (o. Fn. 112) dokumentierte Tagung; vgl. dazu auch *Eser*, Besprechung (o. Fn. 567). Zu Transfervoraussetzungen und -hürden vgl. *Kudlich*, Exportgüter (o. Fn. 110), S. 170 ff., sowie zuvor Fn. 699.

⁷¹⁵ Zu den Problemen, wie sie insbesondere bei der Diskussion um eine Harmonisierung des europäischen Strafrechts nicht selten unterschätzt werden, vgl. bereits *Eser*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 3), Kaiser-FS, S. 1524 ff.; *ders.*, Wege und Hürden transnationaler Strafrechtspflege in Europa, in: *Eser*, Transnationales Strafrecht (o. Fn. 3), S. 326–346 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3387; ferner *Kubiciel*, Europäisches Strafrecht (o. Fn. 359), S. 67 ff.; *Frank Meyer*, Internationalisierung (o. Fn. 60), S. 90 ff.; *Perron*, Nationale Grenzen (o. Fn. 42), S. 287 ff.; *Thomas Weigend*, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen – Verlust an nationaler Strafrechtskultur?, *ZStW* 105 (1993), S. 774–802 (775).

worten. Geht es nur um die akademische Lehre oder ein rein theoretisches Vergleichsprojekt, ist naturgemäß der Wissenschaftler gefragt. Doch schon von diesem können unterschiedliche Funktionen wahrzunehmen sein. Handelt es sich um einen binationalen oder auf wenige, dem eigenen Kulturkreis nahestehende Länder beschränkten Rechtsvergleich, wie es für komparative Dissertationen typisch ist, so wird derjenige, der im Zuge der einzelnen Arbeitsschritte die Aufgabenstellung bestimmt und den Fragenkatalog festlegt, die Länder auswählt, die Landesberichte erstellt, den Vergleich vornimmt und vielleicht auch noch eine Empfehlung vorlegt, im Regelfall dieselbe Person sein. Doch schon bei rein theoretischer Strafrechtsvergleichen können mehrere Personen mit möglicherweise unterschiedlichen Anforderungen im Spiel sein. Geht es beispielsweise um einen multinationalen Vergleich, in den ungemein verschiedenartige Rechtskreise einbezogen sind, so mag zwar für die Aufgabenstellung, den Vergleich wie auch für die Bewertung derselbe Wissenschaftler zuständig sein, für die Erstellung der Landesberichte hingegen, wenn nicht sogar schon für die Länderauswahl, werden oft nicht zuletzt aus sprachlichen Gründen weitere Sachkundige einzubeziehen sein. Dieser Kreis kann noch größer und bunter werden, wenn bei einem betont kulturbezogenen Projekt über Juristen hinaus auch noch die Expertise von Historikern oder Sozialwissenschaftlern benötigt wird.

Auch im Bereich judikativer Strafrechtsvergleichen können verschiedene Akteure gefragt sein. Geht es lediglich um die Feststellung beiderseitiger Strafbarkeit, kann möglicherweise der zuständige Richter selbst die erforderlichen Nachweise erkunden und bewerten. Dies setzt allerdings sowohl Zugang zu den einschlägigen Rechtsquellen als auch juristische Sachkunde voraus, wobei zudem nicht selten auch schon sprachliche Hürden zu überwinden sind. Dabei kann die Hinzuziehung eines Sachverständigen hilfreich sein, wie dies beispielsweise im deutschen Strafverfahren nach den §§ 72 ff. StPO zulässig ist.⁷¹⁶ Üblicherweise wird es sich bei diesem um einen Wissenschaftler handeln; denn ganz abgesehen davon, dass in normalen Gerichtsbibliotheken das notwendige ausländische Material schwerlich vorzufinden sein wird, geht dem „normalen“ Richter oder Anwalt meist auch schon das schlichte Handwerkszeug ab, um mit ausländischem Recht kompetent umzugehen. Diese Vorarbeit der Wissenschaft wird zuweilen sogar seitens der Richterschaft dankbar vermerkt.⁷¹⁷ In diesem Sinne darf sich die rechtsvergleichend arbeitende Wissenschaft sicherlich aufgerufen fühlen, der Rechtspraxis den Zugang zu auslandsrechtlichem Material zu ermöglichen oder wenigstens zu erleichtern,⁷¹⁸

⁷¹⁶ Vgl. mit Hinweis auf eine bereits frühe Entscheidung des Reichsgerichts (Recht 1911 Nr. 2267) *Schramm*, Erkenntnisse (o. Fn. 59), S. 157 f.

⁷¹⁷ Wie explizit von *Lord Goff* in *White v. Jones*, *The Weekly Law Reports* (W.L.R.), 1995, 2, S. 187, 201 ff.; vgl. auch *Kötz*, Bundesgerichtshof (o. Fn. 282), S. 840 f.

⁷¹⁸ Vgl. oben II.A.5.

auch wenn es zu weit gehen dürfte, darin sogar eine „Bringschuld“ der Wissenschaftler zu sehen.⁷¹⁹

Noch mehr als der Richter wird der Gesetzgeber überfordert sein, wenn er ein Reformvorhaben rechtsvergleichend untermauern will. Deshalb wird man in der legislativen Rechtsvergleichung grundsätzlich auf Wissenschaftler zurückgreifen müssen, sei es in Gestalt eines den Parlamentariern intern zuarbeitenden Rechtsstabs oder durch Beauftragung von externen Experten, wie dies immer häufiger zu beobachten ist.⁷²⁰

Wie sich schon aus diesen Beispielen erkennen lässt, kommt dem kooperativen Zusammenwirken in der Rechtsvergleichung eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu. Das soll weder heißen, dass Rechtsvergleichung nur noch als kooperative möglich sei,⁷²¹ noch soll damit den höchst respektablen Komparationen, wie sie nach wie vor von zahlreichen Einzelforschern – und dies zuvörderst von Doktoranden und Habilitanden – vorgelegt werden, die gebührende Anerkennung vorenthalten bleiben.⁷²² Doch selbst ein ausgewiesener Komparatist wird in der Regel nur eine beschränkte Zahl von ausländischen Rechten näher kennen. Daher wird er sich entweder auf die ihm zugänglichen Rechtsordnungen beschränken müssen, worunter aber die Aussagekraft seiner Vergleichung leiden kann, oder er wird sich um die Mitwirkung weiterer kompetenter Forscher zu bemühen haben,⁷²³ wie dies insbesondere auch bei unserem „Strukturvergleichsprojekt“ erforderlich war.⁷²⁴ Dies ist umso einfacher, je mehr man auf einen bereits institutionell zusammengesetzten Apparat von länderspezifischen Experten und/oder deren Vorarbeiten zurückgreifen kann.⁷²⁵ Andernfalls wird man sein Forschungsteam selbst *ad hoc* zu rekrutieren haben, wobei für die Identifizierung von gleichermaßen einschlägig ausgewiesenen wie kooperationswilligen Kollegen die Mitgliedschaft in internationalen Vereinigungen, wie insbesondere der Association Internationale de Droit Pénal (AIDP),⁷²⁶ hilfreich sein kann.

Kooperative Rechtsvergleichung hat allerdings auch eine Kehrseite. Je mehr Arbeit im Team erfolgt oder je stärker die Rollen zwischen dem Projektkoordinator, den Landesberichterstattern und dem eigentlichen Vergleicher und Evaluator ver-

⁷¹⁹ Wie von *Kötz*, Bundesgerichtshof (o. Fn. 717), S. 841, postuliert.

⁷²⁰ Von legislativ veranlassten Gutachten wären beispielsweise aus dem Max-Planck-Institut die oben in Fn. 600 und 631 angeführten sowie das von *Monika Becker/Jörg Kinzig* (Hrsg.), *Rechtsmittel im Strafrecht. Eine international vergleichende Untersuchung zur Rechtswirklichkeit und Effizienz von Rechtsmitteln*, Freiburg 2000, zu nennen.

⁷²¹ Wie dies gelegentlich behauptet wird; vgl. oben III.B.1(a) zu Fn. 547.

⁷²² Wie auch von *Zweigert/Kötz*, *Rechtsvergleichung* (o. Fn. 6), S. 42, zur Unentbehrlichkeit von Einzelforschungen betont.

⁷²³ Vgl. *Jung*, *Theorie* (o. Fn. 120), S. 369.

⁷²⁴ Vgl. oben Teil 1, § 1 III. zu Fn. 38, § 2 II.4.1.

⁷²⁵ Näher zu solchen institutionellen Hilfsmitteln nachfolgend III.C.2.

⁷²⁶ Vgl. oben I.B.1. zu Fn. 51.

teilt sind, desto größere Abstimmungsprobleme und Wertungsdifferenzen kann es geben, mit der Folge, dass sich die Frage nach der jeweiligen Verantwortlichkeit und Letztentscheidung stellt. In der Regel wird Letzteres zur Zuständigkeit des Projektkoordinators gehören, während andere Projektbeteiligte für ihren jeweiligen Beitrag geradezustehen haben. Das wird kaum Probleme aufwerfen, soweit es um die wertneutrale Dokumentation und Deskription des zu erfassenden Vergleichsmaterials geht. Sobald dagegen auch Wertungen erforderlich sind, ist klarzustellen, wem dabei die entscheidende Rolle zukommen soll. Diese Frage kann sich schon bei der Aufgabenstellung und der Länderauswahl stellen, wenn dabei über Präferenzen zu entscheiden ist, vor allem aber dann, wenn es um abschließende Bewertungen und Empfehlungen geht.

Bei legislativer und judikativer Rechtsvergleichung liegt die Antwort nahe: die Letztentscheidung muss hier beim Gesetzgeber bzw. beim Richter liegen; denn sofern nicht eine einzige Lösung zwingend vorgezeichnet ist, bleibt die Wahl zwischen mehreren Alternativen dem Organ vorbehalten, das letztlich die politische oder judizielle Verantwortung zu übernehmen hat.

Demzufolge scheint für den wissenschaftlichen Komparatisten die Rolle eines „Wertungsakteurs“ auf die theoretische Rechtsvergleichung beschränkt zu sein. Doch das ist nur teilweise zutreffend. Gewiss ist die theoretische Rechtsvergleichung der ureigene Wertungsbereich des Wissenschaftlers. Doch selbst soweit er auf den anderen rechtsvergleichenden Feldern die Letztentscheidung über mögliche Lösungsalternativen den dafür rechtlich und politisch Verantwortlichen zu überlassen hat, schließt das nicht aus, dass der Forscher in zweifacher Hinsicht Entscheidungshilfe leisten und Mitverantwortung übernehmen kann: Zum einen in der Weise, dass er, auch soweit er nur die rechtsvergleichende Vorarbeit leistet,⁷²⁷ einen Kenntnisstand erreicht, wie er den legislativen und judikativen „Abnehmern“, sofern diese – wie in der Regel – nicht selbst an der Materialermittlung beteiligt sind, in gleicher Breite und Tiefe nicht zugänglich ist.⁷²⁸ Dadurch kann der Forscher mit seinem Rat zu einem unverzichtbaren Entscheidungshelfer avancieren. Zum anderen kann es dem Wissenschaftler auch in seiner Rolle als politischem Bürger nicht verwehrt sein, seine Meinung zu äußern und damit zumindest mittelbar auf den politischen Entscheidungsprozess Einfluss zu nehmen.⁷²⁹

Für jede dieser Rollen eines Rechtsvergleichers ist aber eines unverzichtbar: Um nicht persönliche Politik unter dem Deckmantel scheinbar reiner Wissenschaftlichkeit zu betreiben, hat er offenzulegen, wo und wann seine Einschätzungen über reine Datenerhebungen und unvoreingenommene Modellbildungen und Entschei-

⁷²⁷ Vgl. *Kubiciel*, Funktionen (o. Fn. 60), S. 216.

⁷²⁸ Vgl. *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 6), S. 46.

⁷²⁹ Vgl. auch *Eser*, Über Grenzen (o. Fn. 82), S. 97 f.

dungsalternativen hinausgehen und von welchen Wertungskriterien er dabei geleitet wird.⁷³⁰

(b) Professionelle Qualifikation

Um als Rechtsvergleicher ernst genommen zu werden, müssen einerseits bestimmte Fähigkeiten vorhanden und andererseits gewisse Schwächen ausgeschlossen sein.

In positiver Hinsicht muss der Akteur je nach der Rolle, die er im Rechtsvergleichungsprozess einzunehmen hat, über die dafür erforderlichen Qualifikationen verfügen. Fungiert er als Landesberichterstatter, muss er mit dem zu ermittelnden und darzustellenden Recht vertraut sein, ebenso wie bei Berücksichtigung historisch-traditioneller Entstehungs- oder sozio-kultureller Hintergründe sowohl deren Kenntnis als auch das Gespür für die Wechselbezüglichkeit mit den betroffenen rechtlichen Phänomenen vorhanden sein muss. Das soll nicht heißen, dass der Berichterstatter dieses Wissen selbst schon besitzen müsste. Zumindest aber muss er es erforderlichenfalls erwerben können oder durch Hinzuziehung von Experten vermitteln lassen. Obliegt dem Projektbeteiligten die Koordination mit Aufgabenstellung, Entwurf des Fragenkatalogs und/oder des eigentlichen Rechtsvergleichs, wird er über die Kenntnis des eigenen Rechts hinaus auch Aufgeschlossenheit für fremdes Recht und Spürsinn für andersartige Phänomene mitbringen müssen. Dabei kann gleichermaßen wie die Grundorientierung in einer fremden Rechtsordnung auch die Kenntnis der fremden Sprache wichtig sein.⁷³¹ All dies sind Erfordernisse, denen in der gegenwärtigen deutschen Juristenausbildung noch viel zu wenig Beachtung geschenkt wird.⁷³²

Eine der Rechtsvergleichung nachgesagte Schwäche ist die, notwendigerweise oberflächlich zu sein.⁷³³ Ist schon das Erfassen und Verstehen des eigenen Rechts nicht immer einfach, ist dies bei fremdem Recht noch ungemein schwerer; denn selbst wenn die Quellen zugänglich sein mögen, sind bei deren Auslegung und Beurteilung Irrtümer nicht auszuschließen. Diese Gefahr ist umso größer, je mehr es aufgrund von unterschiedlichen Denk- und Argumentationsstilen zu Fehleinschätzungen kommen kann.⁷³⁴ Nicht aneinander vorbeizureden ist daher oft erst im

⁷³⁰ Vgl. auch *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (o. Fn. 4), S. 122, sowie unten III.C.1(c).

⁷³¹ Vgl. *Jung*, Theorie (o. Fn. 120), S. 377 ff.; *Markesinis*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 43), S. 76 f., sowie oben II.A.2(c).

⁷³² Vgl. oben I.B.1. zu Fn. 42, II.A.2(b) zu Fn. 181.

⁷³³ *G. Watt*, Comparison (o. Fn. 173), S. 83, mit Verweis auf und in Auseinandersetzung mit *F. H. Lawson* und *Alan Watson*.

⁷³⁴ Grundlegend dazu *Coendet*, Argumentation (o. Fn. 562), S. 132 ff., sowie speziell zum strafrechtlichen Bereich vgl. *Jung*, Theorie (o. Fn. 120), S. 371 ff.; *Kudlich*, Exportgüter (o. Fn. 110), S. 182 ff.; *Perron*, Nationale Grenzen (o. Fn. 42), S. 295 f. Vgl. auch oben II.C.1(c) zu Fn. 373, III.B.3(b) zu Fn. 653, III.B.3(d) zu Fn. 666.

rechtsvergleichenden Dialog zu erreichen.⁷³⁵ Auch die Anfälligkeit für Dilettantismus, wie er der Rechtsvergleichung von Anfang an geschadet habe,⁷³⁶ ist nicht zu unterschätzen: sei es, dass man schon mit dem komparatistischen Handwerkszeug nicht gut genug vertraut ist oder dass schlicht vor der Überfülle eines schwer zu überblickenden Stoffes kapituliert und dieser nur oberhin registriert wird. Um diesen Gefahren zu begegnen, sind akribische Genauigkeit bei der Erfassung und Bewertung des zu vergleichenden Materials wie auch selbstkritische Vorsicht gegenüber voreiligen Schlussfolgerungen geboten.⁷³⁷

Gleiches gilt auch gegenüber der bei Rechtsvergleichung naheliegenden Gefahr des Eklektizismus, indem man sich – mehr oder weniger bewusst – auf Rechtsordnungen oder Nachweise fokussiert, von denen am ehesten eine Bestätigung der eigenen Hypothesen zu erwarten ist. Der Versuchung solcher selektiver „Rosinenpickerei“ können insbesondere Politiker bei legislativen Projekten erliegen, indem sie aus rechtsvergleichenden Befunden nach Art eines „Selbstbedienungsladens“ nur das den eigenen parteipolitischen Vorstellungen entgegenkommende zur Kenntnis nehmen.⁷³⁸ Auch gegenüber „Zitierkartellen“ gleichgerichteter Schulen⁷³⁹ ist Aufmerksamkeit geboten.

(c) Persönliche Integrität

Wie schon in der vorangehenden Erwähnung der zu vermeidenden Schwachstellen anklingt, ist es mit wissenschaftlicher und sprachlicher Kompetenz des Komparatisten allein nicht getan. Was von ihm zudem erwartet wird, ist ideologische Unvoreingenommenheit,⁷⁴⁰ und gleiches gilt auch für den respektvollen Umgang mit dem fremden Recht.⁷⁴¹ Das soll nicht heißen, dass der Rechtsvergleicher mit einer

⁷³⁵ Wie beispielsweise auf einem deutsch-angloamerikanischen Kolloquium zu „Rechtfertigung und Entschuldigung“ zu erleben war, vgl. *W. Cole Durham*, Reminiscence of Dialogue: Beyond the Papers of the Freiburg Conference, in: Eser/Fletcher, Rechtfertigung (o. Fn. 671), Band II, Freiburg 1988, S. 1489–1554 (1515 ff., 1528 f., 1539 ff. und *passim*).

⁷³⁶ So schon *Rabel*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 36), S. 21, wobei er allerdings – nicht ohne einen gewissen Chauvinismus – russischer Großzügigkeit und französischer Eleganz „deutsche Gewissenhaftigkeit“ meint entgegenstellen zu sollen. Vgl. auch *Jeschek*, Strafrechtsvergleichung (Fn. 2), S. 38; *ders.*, Max-Planck-Institut (o. Fn. 41), S. 143 f.

⁷³⁷ Vgl. *Frankenberg*, Critical Comparisons (o. Fn. 510), S. 443, 445 f.; *Jung*, Grundfragen (o. Fn. 60), S. 3.

⁷³⁸ Vgl. oben II.C.1(a) zu Fn. 354.

⁷³⁹ Wie sie beispielsweise von *Markesinis*, Rechtsvergleichung (o. Fn. 43), S. 77, 85 ff., für den Bereich des Privatrechts aufgewiesen wurden.

⁷⁴⁰ Vgl. *Adams/Griffiths*, Similarities (o. Fn. 508), S. 286; *Grande*, Criminal Justice (o. Fn. 43), S. 195 ff.; *Kremnitzer*, Reflections (o. Fn. 110), S. 40; *Örücü*, Methodology (o. Fn. 499), S. 572.

⁷⁴¹ Insbesondere zur Bedeutung von „constructing friendship“, wenn ein rechtsvergleichendes Projekt erfolgreich sein soll, vgl. *Günter Frankenberg*, How to do projects with

Art und einem Grad von Neutralität zu Werke gehen müsste, wie dies von manchen Skeptikern der Rechtsvergleichung ohnehin für unmöglich erklärt wird – wobei diese damit offenbar sogar diskreditiert werden soll.⁷⁴² Ebenso wenig braucht sich der Rechtsvergleicher jeder Wertung zu enthalten, kann doch eine solche abschließende Empfehlung sogar gefragt sein.⁷⁴³ Worauf es vielmehr ankommt, ist Unparteilichkeit in dem Sinne, dass von den in einen Rechtsvergleich einbezogenen Rechtsordnungen und Kulturen nicht der einen oder anderen von vornherein eine Vorzugsstellung eingeräumt wird oder wiederum andere gleich hintangestellt werden, sondern dass mit größtmöglicher Objektivität und Unbefangenheit vorgegangen wird. Das gilt insbesondere für die Länderauswahl, die an den vom Projektziel abhängigen Arbeitshypothesen auszurichten ist, wie auch für die Länderberichte, die vorurteilsfrei abzufassen sind. Erst wenn darin auch eine Stellungnahme zur Geeignetheit oder Plausibilität einer rechtlichen Regelung oder dogmatischen Konstruktion erwartet wird, mag der Berichtersteller sein Urteil abgeben und seine dabei zugrunde gelegten Wertungskriterien offenlegen. Der dabei zu beachtenden Unvoreingenommenheit wird sich der Rechtsvergleicher auch bei den Arbeitsschritten bewusst bleiben müssen, die schon ein Mehr an Wertung abverlangen können: so der eigentliche Rechtsvergleich mit möglichen Modellberechnungen sowie naturgemäß die abschließende Evaluation.⁷⁴⁴

An diese Grundsätze wissenschaftlicher Integrität ist vor allem dort zu erinnern, wo es um Auftragsforschung geht und vom Auftraggeber ein bestimmtes Ergebnis erwartet wird.⁷⁴⁵ Wie leider immer wieder zu beobachten, versucht man unwillkommene Vergleichsergebnisse dadurch zu unterdrücken, dass der Forschungsauftrag einem Veröffentlichungsvorbehalt des Auftraggebers unterworfen wird. Sich darauf einzulassen, ist meines Erachtens mit dem Selbstverständnis eines Wissenschaftlers, der die ihm eingeräumte Forschungsfreiheit auch als Verantwortung für die Offenlegung des Erforschten versteht, nicht vereinbar. Damit soll nicht ausgeschlossen sein, mit der Veröffentlichung abzuwarten, bis möglicherweise erforderliche Vorkehrungen getroffen sind, wie beispielsweise bei rechtsvergleichenden Befunden, deren Publizierung politische Sprengkraft haben könnte. Mit solchen Karenzen sollte die Veröffentlichung eines rechtsvergleichenden Projekts aber allenfalls aufgeschoben, nicht aber völlig aufgehoben sein. Dies gilt im Allgemein-

comparative law: notes of an expedition to the common core, in: Monateri, *Methods* (o. Fn. 68), S. 120–143 (121 ff.).

⁷⁴² Vgl. oben III.B.2(a) zu Fn. 613.

⁷⁴³ Vgl. oben III.B.5.

⁷⁴⁴ Vgl. oben III.B.4(b), (c), III.B.5(b).

⁷⁴⁵ Wie dies geradezu exemplarisch bei der jeweils einseitig im eigenen Nationalinteresse liegenden Auslegung des Versailler Vertrages durch die Interpreten der Konfliktparteien der Fall war: vgl. oben I.B.1 zu Fn. 35, II.D.4(g) zu Fn. 503.

interesse umso mehr, wenn für das Projekt öffentliche Mittel zum Einsatz gekommen sind.⁷⁴⁶

2. Institutionelle Hilfsmittel

Angesichts der Vielfalt von Aufgaben und der Unterschiedlichkeit der dabei einzusetzenden Methoden kann es nicht überraschen, dass strafrechtsvergleichende Forschung ohne entsprechende Hilfsmittel nicht sinnvoll betrieben werden kann. Dazu gehört sowohl der Zugang zu einer auslandsrechtlich ausgestatteten Bibliothek, mit der die Rechtsordnungen der zu untersuchenden Länder erschlossen werden können,⁷⁴⁷ als auch – wie insbesondere bei empirischen Vorarbeiten oder Begleituntersuchungen – der Zugang zu bereits vorhandenen oder noch zu erhebenden Daten.⁷⁴⁸

Was das „bibliographische Rüstzeug“⁷⁴⁹ betrifft, sollten als Grundbausteine sowohl Standardwerke und allgemeine Einführungen zur Rechtsvergleichung⁷⁵⁰ als auch auslandsrechtliches Schrifttum zu den häufiger herangezogenen „Länderkandidaten“ rechtsvergleichender Forschung vorhanden sein,⁷⁵¹ ebenso wie auch die einschlägigen Zeitschriften nicht fehlen dürfen.⁷⁵² Soweit es an der für ein be-

⁷⁴⁶ Vgl. auch oben I.E. zu Fn. 131, sowie *Eser*, Über Grenzen (o. Fn. 82), S. 98.

⁷⁴⁷ Vgl. *Jescheck*, Strafrechtsvergleichung (Fn. 2), S. 39.

⁷⁴⁸ Vgl. *Örücü*, *Methodology* (o. Fn. 499), S. 565.

⁷⁴⁹ *Rösler*, Erkenntnisinstrument (o. Fn. 8), S. 1190.

⁷⁵⁰ Wie namentlich die oben I.A. in Fn. 6 f. angeführte Literatur.

⁷⁵¹ Dazu gehören neben Lehrbüchern und Kommentaren der verschiedenen Länder vor allem auch Sammelbände, in denen bereits rechtsvergleichend ausgerichtete Landesberichte enthalten sind, wie beispielsweise in den dem Allgemeinen Teil gewidmeten rechtsvergleichenden Darstellungen von *Sieber* u.a. (o. Fn. 159) oder den auf „Rechtfertigung und Entschuldigung“ fokussierten Tagungsbänden von *Eser/Fletcher*, Rechtfertigung I und II (o. Fn. 671, 735) wie auch *Albin Eser/Walter Perron* (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung III. Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990, Freiburg 1991; *Albin Eser/Haruo Nishihara* (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung IV. Ostasiatisch-deutsches Strafrechtskolloquium Tokio 1993, Freiburg 1995.

⁷⁵² Als primär der Strafrechtsvergleichung gewidmete Zeitschriften ist insbesondere hinzuweisen auf:

- *Criminal Law Forum, Dordrecht* – online: <http://link.springer.com/journal/10609>;
- *eu crim*: The European Criminal Law Association Forum, Freiburg i. Br. – online: <http://www.mpicc.de/eu crim/archiv.php>;
- *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Leiden – online: <http://booksandjournals.brillonline.com/content/journals/15718174>;
- *European Journal on Criminal Policy and Research*, Dordrecht – online: <http://link.springer.com/journal/10610>;
- *Global Journal on Crime and Criminal Law*, Holmes Beach/Florida;
- *International Criminal Justice Review*, Thousand Oaks/California – online: <http://icj.sagepub.com/>;

stimmtes Projekt erforderlichen Spezialliteratur – wie Gesetzes- und Rechtsprechungssammlungen, Kongressmaterialien, Monographien oder Aufsätze – fehlt, muss diese zu beschaffen sein oder anderweitig vermittelt werden können.

Soweit es um die Ermittlung und Verfügbarkeit von Daten geht, ist von den modernen computergestützten Informationssystemen immer größere Hilfe zu erwarten.⁷⁵³ Dazu sollten Zugangsmöglichkeiten, wie sie durch ein Europäisches Übereinkommen betreffend Auskünfte über ausländisches Recht von 1986 den Gerichten eröffnet wurden,⁷⁵⁴ auch der rechtsvergleichenden Forschung zur Verfügung stehen. Auch dass inzwischen viele Gesetzes- und Entscheidungssammlungen wie auch Beiträge in zahlreichen Zeitschriften und manchen Büchern online abgerufen werden können, hat den Zugang zu ausländischem Strafrecht enorm erleichtert.

Selbst eine gut bestückte Privatbibliothek wird jedoch – vielleicht von kleineren Projekten abgesehen – allenfalls ausnahmsweise anbieten können, was für rechtsvergleichende Forschungsvorhaben vonnöten ist. Auch von Universitätsbibliotheken und juristischen Seminaren wird man nicht ohne Weiteres erwarten dürfen, alles Erforderliche zur Hand zu haben – es sei denn, dass ausreichende Finanzmittel für eine auslandsrechtliche Abteilung vorhanden sind. Das aber ist nicht überall der Fall, auch wenn erfreulicherweise zu beobachten ist, dass von der wachsenden Bedeutung des europäischen Rechts auch die nationale Literatur dieser Länder bibliothekarisch profitiert. Noch zweckmäßiger ist natürlich die Errichtung von Instituten, die tendenziell auf möglichst globale Erfassung des strafrechtlichen Schrifttums und sonstigen einschlägigen Materials angelegt sind, wie dies das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg zum

– *Journal of International Criminal Justice*, Oxford: Oxford Univ. Press – online: <http://jicj.oxfordjournals.org/>;

– *International Criminal Law Review*, Leiden – online: <http://booksandjournals.brillonline.com/content/journals/15718123>;

– *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, Abingdon – online: <http://www.tandfonline.com/loi/rcac20>;

– *International Journal of Law, Crime and Justice*, Amsterdam – (nur) online: <http://www.sciencedirect.com/science/journal/17560616>;

– *International, Transnational & Comparative Criminal Law* – (nur) online: <http://www.ssrn.com/link/intl-transnational-comp-law.html>;

– *Revue Internationale de Droit Pénal*, Toulouse – online: http://www.penal.org/?page=mainaidp&id_rubrique=41&lang=fr;

– *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)/Auslandsrundschau*, Berlin – online: <http://www.degruyter.com/view/j/zstw>;

– *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik: ZiS* – (nur) online: <http://www.zis-online.com/>

⁷⁵³ Vgl. oben III.B.3(f) zu computerunterstützter Strafrechtsvergleichung.

⁷⁵⁴ Vgl. *Schramm*, Erkenntnisse (o. Fn. 59), S. 158.

Ziel hat.⁷⁵⁵ Mit seinem derzeitigen Gesamtbestand von über 455 000 Bänden und rund 1 500 – überwiegend ausländischen – Zeitschriften und Periodika⁷⁵⁶ lassen sich neben kleineren individuellen Forschungsvorhaben auch größere Gemeinschaftsprojekte durchführen. Da diese Arbeitsmöglichkeiten nicht nur Institutsangehörigen, sondern auch ausländischen Gastwissenschaftlern offenstehen, bietet das Max-Planck-Institut nicht zuletzt auch ein gern genutztes Forum für intensiven Gedankenaustausch und grenzüberschreitende Kooperation.⁷⁵⁷

D. Leitfaden für (straf-)rechtsvergleichendes Arbeiten

Es würde nicht verwundern, wenn die vorangehend zutage getretene Komplexität unterschiedlicher Zielsetzungen rechtsvergleichender Arbeit und die Umstrittenheit mancher Methoden wie auch die jeweils erforderlichen Voraussetzungen den einen oder anderen davon abschrecken könnten, sich überhaupt an Strafrechtsvergleichung heranzuwagen. Dies wäre jedoch voreilig und verfehlt. Auch wenn einerseits immer wieder vor Oberflächlichkeit im Umgang mit fremdem Recht zu warnen und auf Gründlichkeit bei dessen Ermittlung und Bewertung zu pochen ist, sind die sich daraus ergebenden Anforderungen nicht so zu verstehen, als ob Strafrechtsvergleichung nur mit großem personellem und institutionellem Aufwand zu betreiben und demzufolge einem einzelnen Forscher praktisch verschlossen sei. Dem ist grundsätzlich nicht so. Denn gleich, ob es sich um ein Groß- oder ein Kleinprojekt handelt, hängt das Gelingen oder Scheitern maßgeblich davon ab, sich von vornherein klarzumachen (und bei Fortgang der Arbeit entsprechend anzupassen), was man erreichen will, welche Methoden dafür geboten und geeignet erscheinen und inwieweit die dafür notwendigen personellen Fähigkeiten vorhanden sind und etwa erforderliche institutionelle Hilfsmittel zur Verfügung stehen. Aus der Vielfalt dessen, was dazu vorangehend theoretisch zu entfalten war, sei nachfolgend die Quintessenz für die praktische rechtsvergleichende Arbeit zusammengefasst.

⁷⁵⁵ Näher zur Konzeption und Entwicklung dieses Instituts vgl. *Jescheck*, Max-Planck-Institut (o. Fn. 41), S. 128 ff., zur Entwicklung bis Mitte der 80er Jahre vgl. Max-Planck-Gesellschaft, Berichte und Mitteilungen, Heft 4/85, S. 9–20, sowie zum gegenwärtigen Stand <https://www.mpicc.de/de/int/forschung/forschungsprofil/forschungsperspektiven.html>.

⁷⁵⁶ Für weitere Informationen vgl. <http://www.mpicc.de/ww/de/pub/bibliothek/about.cfm>.

⁷⁵⁷ Zu solchen kommunikativen Voraussetzungen und Möglichkeiten eines transnationalen Strafrechtsdiskurses vgl. auch *Kühl*, Europäisierung (o. Fn. 189), S. 780 ff.

0. Durchgehendes Leitprinzip: Ausrichtung der Methode wie auch der einzelnen Arbeitsschritte an der Zielsetzung des Rechtsvergleichs

Von Anfang bis Ende ist grundsätzlich Vorsicht gegenüber häufig zu beobachtendem Methodenstreit geboten, bei dem eine Methode gegen die andere ausgespielt und diese oder jene Vorgehensweise für die einzig richtige erklärt wird. Dies kann umso mehr in die Irre führen, wenn man sich auf eine bestimmte Methode festlegt, ohne sich zuvor gefragt oder wenigstens andeutungsweise offengelegt zu haben, wozu der Rechtsvergleich überhaupt dienen soll. Denn gleich, ob etwa schon mit Begriffsvergleichen auszukommen oder auf die Funktion bestimmter Institutionen abzuheben ist, ob bereits ein Mikrovergleich genügen kann oder ein Makrovergleich anzustreben ist, ob und inwieweit kulturelle Hintergründe zu ermitteln sind oder der Rechtsvergleich schon von vornherein als ein Kulturvergleich anzulegen ist, oder was sonst auch immer mit theoretischer, judikativ-praktischer oder legislatorisch-politischer Zielsetzung erforscht werden soll, all diese verschiedenartigen Anforderungen sind nicht mit einer einzigen Methode zu bewältigen; vielmehr hängt die jeweils einzusetzende Methode maßgeblich von der vorher zu bestimmenden Zielsetzung ab.⁷⁵⁸ Schlagwortartig zusammengefasst ist demzufolge die durchgehend zu beachtende Leitlinie eine dreifache:

- 0.1. Zuallererst ist die *Zielsetzung* des anzustellenden Vergleichs zu bestimmen (1).
- 0.2. An dieser Zielsetzung ist die *Methode* auszurichten. Dabei ist im Sinne von Methodenoffenheit die jeweils am besten geeignet erscheinende Vergleichsmethode zu wählen, wobei erforderlichenfalls mehrere Methoden miteinander zu verbinden sind.
- 0.3. So wie der Rechtsvergleich als ganzer methodisch von seiner Zielsetzung abhängt, sind auch die einzelnen *Arbeitsschritte* daran auszurichten und erforderlichenfalls zu variieren. Während es beispielsweise im Interesse eines möglichst umfassenden Überblicks angezeigt sein kann, den Fragenkatalog (1.2.) wie auch die Länderauswahl (2.) nach Makro-Kriterien anzulegen, kann es aufgrund der bei Ausarbeitung der Landesberichte ermittelten Befunde (3.) unter Umständen genügen, für eine Modellbildung (4.) wie auch für eine rechtspolitische Bewertung (5.) sich im Sinne eines Mikrovergleichs auf einander nahekommende oder umgekehrt auf extrem alternative Rechtsordnungen zu beschränken. Kurzum: auf jeder Bearbeitungsstufe bleibt jeweils zu prüfen, auf welchem methodischen Wege und mit welchen Hilfsmitteln das angestrebte Ziel am besten zu erreichen ist.

⁷⁵⁸ Zu Einzelheiten zum Zusammenhang von Zielsetzung und Methode vgl. oben III.A.

1. Arbeitsschritt: Zielsetzung

Was ist zu welchem Zweck und in welchem Umfang rechtsvergleichend zu ermitteln? Mit diesen Fragen hat die Untersuchung zu beginnen. Die Antwort darauf kann einfach sein, wenn sich beispielsweise im Zuge einer dogmatischen Abhandlung oder eines Strafverfahrens die Einzelfrage stellt, ob ein bestimmtes Verbrechen unter dieser oder jener Bezeichnung auch in fremden Strafrechtssystemen eine Rolle spielt bzw. ob eine von einem deutschen Staatsangehörigen begangene Tat ebenso wie nach deutschem Recht auch am ausländischen Tatort strafbar ist. In solchen Fällen werden zwar auch die nachfolgenden Schritte insoweit nicht völlig entbehrlich sein, als bei der Länderauswahl (2) nach möglichen Fundorten zu suchen sein wird oder es bei der Frage nach doppelter Strafbarkeit die Gleichwertigkeit zu vergleichen gilt (4). Solche leicht überschaubaren Vergleichsfälle dürften jedoch eher die Ausnahme sein. Deswegen kommt es schon für die Vorprogrammierung der weiteren Arbeitsschritte wie auch zur Vermeidung einerseits unvollständiger Problemerkfassung und andererseits unnötiger Umwege entscheidend darauf an, das Ermittlungs- und Vergleichsziel so klar wie möglich zu bestimmen. Um sich dabei freilich nicht zu überfordern, kann es schon bei der Zielumschreibung angeraten sein, die Realisierbarkeit zwar erwünschter, aber schwerlich zu ermittelnder Befunde ins Auge zu fassen und den Arbeitsplan dementsprechend anzulegen.

Ohne hier im Einzelnen wiederholen zu wollen, was aus der Vielfalt denkbarer Ziele⁷⁵⁹ als Aufgabenstellung in Betracht kommen kann, ist für deren Konkretisierung schlagwortartig zweierlei erforderlich:⁷⁶⁰

1.1. Wahl und Festlegung der grundsätzlichen Zielrichtung

Dazu wird insbesondere klarzustellen sein,

- ob der Vergleich von seiner grundsätzlichen Ausrichtung her allein oder vorwiegend theoretischen, judikativen oder legislativen Zwecken (oder möglicherweise auch verschiedenen Zwecken in einer gewissen Verbindung miteinander) dienen soll,
- ob es sich seiner Grundanlage nach um einen bloßen Normen- oder Institutionenvergleich oder um eine tiefergehende Strukturanalyse handeln soll,
- ob dem Umfang nach lediglich ein Mikrovergleich einer bestimmten Rechtsfigur oder einzelnen Institution (und selbst dies beschränkt auf ihre Begrifflichkeit und Anwendbarkeit) anzustellen ist oder ein Makrovergleich eines ganzen Verbrechens- oder Sanktionssystems angestrebt wird,

⁷⁵⁹ Wie sie oben II. näher dargestellt sind.

⁷⁶⁰ Zu Einzelheiten vgl. oben III.B.1(a).

- ob hinsichtlich der Tiefenschärfe allein die normativ-rechtliche Qualität bestimmter Normen oder Institutionen festgestellt werden soll oder ob und inwieweit auch historisch-kulturelle Hintergründe, ethische Implikationen und empirische Wirkungsfaktoren einbezogen werden sollen,
- ob es dem disziplinären Erkenntnisinteresse nach weniger um einen kulturgeprägten Rechtsvergleich als vielmehr umgekehrt um einen durch Recht geprägten Kulturvergleich gehen soll,
- ob im Hinblick auf unterschiedliche Grade von Gleichheit oder Andersartigkeit die Suche auf sich möglichst nahekommende Regelungen auszurichten ist oder man eher diametral alternative Regelungen zu finden hofft,
- oder ob auch noch sonstige Vergleichszwecke zu erreichen sind.

1.2. Aufgrund von Arbeitshypothesen Entwicklung eines Fragenkatalogs

Je nach Art und Differenzierungsgrad der angestrebten Ziele sind möglichst konkrete Arbeitshypothesen zu entwickeln und in einem dementsprechend strukturierten Fragenkatalog in eine beantwortbare Fassung zu bringen. Dabei ist vor allem Folgendes zu beachten:

- Damit aus den zu erforschenden Rechtsordnungen vergleichbare Antworten erwartet werden können, müssen die Fragen einerseits konkret genug sein, um allzu vagen oder diffusen Aussagen vorzubeugen, dürfen aber andererseits nicht zu speziell sein, um nicht Fehlanzeigen zu provozieren, wo in Wirklichkeit gleichartige Befunde zu registrieren wären.
- Soweit es um Normen- und Institutionenvergleich geht, bietet sich als Leitlinie für die Art und Differenziertheit der Fragen die eigene Rechtsordnung an. Um dabei aber das Vergleichsfeld nicht schon von vornherein einzuengen oder gar präjudizierend vorzuprogrammieren, muss man sich von Voreinstellungen durch das eigene Recht lösen und mit kreativer Fantasie zu errahnen versuchen, welche andere Alternativen als die aus dem eigenen Recht bekannten in anderen Rechtsordnungen vorzufinden sein könnten.
- Einer solchen Offenheit für möglicherweise andere Rechtsbegriffe, Institutionen und Differenzierungen bedarf es umso mehr, je mehr sehr unterschiedlich erscheinende oder eine größere Zahl von Rechtsordnungen in den Vergleich einbezogen werden sollen.
- Soweit es um mehr geht als den Aufweis gleichartiger Strafnormen, Rechtsbegriffe oder Institutionen, sind je nach Aufgabenstellung auch kulturelle Dimensionen und empirische Fakten in den Fragenkatalog aufzunehmen.⁷⁶¹

⁷⁶¹ Zu weiteren Einzelheiten dieses Arbeitsschrittes vgl. oben III.B.1(b).

2. Arbeitsschritt: Länderwahl

Wie schon der Fragenkatalog (1.2) so hängt auch die Auswahl der in einen Rechtsvergleich einzubeziehenden Länder maßgeblich von der zuvor zu bestimmenden Aufgabenstellung (1.1) ab. Dabei ist im Wesentlichen Folgendes zu beachten:

2.1. Grundausrichtung

Schon in dieser Hinsicht ist gegenüber einseitig orientierten Maximen Vorsicht geboten.⁷⁶²

– Weder ist die Auswahl einerseits grundsätzlich auf Länder zu beschränken, die sich geographisch, kulturhistorisch, rechtsdogmatisch, rechtspolitisch oder sonstwie nahestehen, noch ist andererseits grundsätzlich nach möglichst andersartigen oder fernstehenden Rechtsordnungen Ausschau zu halten. Wenn es beispielsweise bei einem strafrechtsdogmatischen Vergleich herauszufinden gilt, in welchen Rechtsordnungen eine bestimmte Verbrechenstheorie Anhänger gefunden hat, wird man sich von vornherein auf bekanntermaßen ähnliche Rechtssysteme beschränken können und allenfalls testhalber fremdartige Rechtsordnungen einbeziehen. Wenn es dagegen in einem legislativen Vergleichsprojekt darum gehen soll, eingefahrene Geleise zu verlassen und neuartige Alternativen zu entdecken, wird man eher bei andersartigen als bei gleichartigen Rechtsordnungen fündig werden.

– Ähnliches gilt für die angeblich erforderliche Suche allein nach dem „besseren Recht“. Auch wenn dies die Regel sein mag, kann es in einem rechtsvergleichenden Projekt durchaus auch darum gehen, zwecks Vermeidung von Irrwegen „schlechtes Strafrecht“ zu markieren oder untaugliche Theorien zu identifizieren.

2.2. Anzahl der einzubeziehenden Länder

Auch in dieser Hinsicht lassen sich keine allgemein verbindlichen Vorgaben machen.

– Geht es beispielsweise um den judikativen Abgleich beiderseitiger Strafbarkeit, ist die Länderwahl naturgemäß auf die betroffenen Rechtsordnungen beschränkt, und zwar gleich, ob sie dem eigenen Recht fern oder nahe stehen, traditionell geprägt sind oder neue Wege gehen.

– Ist etwa bei einem legislativen Harmonisierungsprojekt ein möglichst hoher Grad an Gemeinschaftlichkeit anzustreben, wird sich die Länderwahl zweckmäßigerweise auf gleichartig erscheinende Rechtsordnungen fokussieren. Demgegenüber

⁷⁶² Hierzu wie zum Folgenden vgl. auch oben III.B.2(a).

wird das Ländernetz umso weiter auszuwerfen sein, je mehr es neuartige Regelungsalternativen aufzuspüren gilt.

– Soll in einem Makrovergleich die Existenz einer größtmöglichen Vielfalt von Verbrechen- oder Sanktionssystemen ermittelt werden, wird kaum ein Land von vornherein aus dem Vergleich auszuschließen sein.

– Selbst soweit eine größere Zahl von Ländern in den Vergleich einzubeziehen ist, bleibt schon aus praktischen Gründen der „Grundsatz weiser Beschränkung“ zu beachten, wobei das Kriterium „präsumtiv größter Ergiebigkeit“ für die jeweilige Aufgabe als Leitlinie dienen kann.

– Danach ist auch bei der üblichen Konzentration auf bestimmte „Rechtsfamilien“ zu verfahren. So wie es einerseits sinnvoll sein kann, sich zur Ermittlung größtmöglicher Ähnlichkeiten auf „nahe Verwandte“ zu beschränken, kann sich andererseits zur Ermittlung größtmöglicher Vielfalt eine Ausweitung und Kontrastierung mit möglichst fremdartigen Rechtssystemen empfehlen.

– Dementsprechend ist auch das Postulat „universaler Strafrechtsvergleichung“ an der jeweiligen Aufgabenstellung zu orientieren. Sofern überhaupt realisierbar, braucht der Universalitätsanspruch nicht mehr zu bedeuten, als dass Strafrechtsvergleichung tendenziell global offen sein muss und demzufolge bestimmte Strafrechtskreise nicht von vornherein auszuschließen sind.⁷⁶³

2.3. Vortest – Nachbesserungen

Ist die Aufgabenstellung nicht schon als solche, wie etwa bei der Frage nach beiderseitiger Strafbarkeit, auf bestimmte Länder spezifiziert oder hängt gar die Zielbestimmung selbst noch davon ab, ob und inwieweit dafür erforschbare Länder gefunden werden können, dann ist die Länderauswahl möglicherweise nicht auf einen Schlag zu treffen. Derartigen Schwierigkeiten kann auf zweierlei Weise abgeholfen werden:

– Zum einen dadurch, dass in Form einer Pilotstudie eine geeignet erscheinende Zahl verschiedenartiger Länder daraufhin getestet wird, ob und inwieweit für die avisierte Fragestellung verwertbare Antworten erwartet werden können und/oder in welche Richtung dann weitere Länder sinnvollerweise in den Rechtsvergleich einbezogen werden könnten. Ein solcher Vortest kann auch schon für die Formulierung der Aufgabenstellung selbst von Nutzen sein.

– Zum anderen können selbst dann, wenn die Länderauswahl endgültig festgelegt erscheint, Nachbesserungen erforderlich werden: so wenn sich erst in der Ausarbeitungsphase (3) herausstellen sollte, dass zunächst ausgewählte Rechtsordnungen nichts Verwertbares hergeben, während von bislang nicht berücksichtigten

⁷⁶³ Vgl. dazu auch oben II.A.2(c), III.B.1(a) zu Fn. 540 ff., 543.

Ländern brauchbares Vergleichsmaterial zu erwarten ist. Dementsprechend wird, wie möglicherweise schon die Aufgabenstellung, auch die Länderliste im Nachhinein noch zu korrigieren und ergänzen sein.⁷⁶⁴

3. Arbeitsschritt: Landesberichte

Während für die Aufgabenstellung (1) und die Länderauswahl (2) in der Regel der Projektleiter zuständig ist, liegt die Ausarbeitung der Landesberichte, sofern nicht – wie bei Einzelprojekten – vom Projektleiter selbst ausgeführt, in der Hand der dazu bestellten Landesberichterstatter. Um vergleichbares Material liefern zu können, haben sich diese an einheitliche Vorgaben zu halten. Soweit diese nicht bereits in der Aufgabenstellung selbst mitausformuliert sind, müssen sie spätestens zum Beginn der Ausarbeitungsphase zur Verfügung stehen.

Wie schon der Fragenkatalog und die Länderauswahl sind auch die Leitlinien für die Landesberichte – und zwar gleich, ob bereits aus dem Fragenkatalog ersichtlich oder noch gesondert zu erstellen – an der Aufgabenstellung auszurichten. Dabei ist sowohl für die Ermittlung einschlägigen Materials als auch für dessen Darstellung durchweg Folgendes im Auge zu behalten:

3.1. Ausgangspunkt – Blickwinkel – Vorverständnis

In dieser Hinsicht geht es darum, sich die leicht übersehene Frage bewusst zu machen, ob und inwieweit die Erarbeitung eines Landesberichts von einem bestimmten Standpunkt aus zu erfolgen hat und, wenn ja, von welchem: aus dem Blickwinkel des Rechts, von dem bei der Festlegung der Aufgabenstellung und der Entwicklung des Fragenkatalogs ausgegangen wurde? Oder aus der Perspektive des Landesberichterstatters, der möglicherweise von einem anderen Vorverständnis der zu beantwortenden Fragen ausgeht, als es diesen zugrunde liegt? Auch wenn – oder gerade weil – es naheliegt, erfragte Rechtsbegriffe, Institutionen und diesen unterliegende Elemente, Differenzierungen und Spezifizierungen bewusst oder unbewusst aus dem gewohnten Blickwinkel des eigenen Rechts zu interpretieren und dementsprechend – möglicherweise zielverfehlend – zu beantworten, bleibt die Vergleichbarkeit der nationalen Befunde sicherzustellen. Dies kann auf verschiedene Weise geschehen:

– Am einfachsten ist Einheitlichkeit und Vergleichbarkeit gewährleistet, wenn Fragesteller und Landesberichterstatter identisch sind; denn selbst wenn – wie bei Einzelprojekten üblich – derjenige, der den Fragenkatalog erstellt hat, über mehrere fremde Rechte zu berichten hat, wird er dabei jeweils vom gleichen Vorverständnis ausgehen. Andernfalls wären Abweichungen offenzulegen.

⁷⁶⁴ Vgl. auch oben III.B.2(c).

– Sind Fragesteller und Landesberichterstatter – wie meist bei größeren Projekten – nicht identisch, dann ist Einheitlichkeit und Vergleichbarkeit entweder dadurch herzustellen, dass sich der Berichterstatter auf das für ihn erkennbare Vorverständnis der Fragestellung einlässt und aus diesem Blickwinkel berichtet, oder dass er offenlegt, wenn und soweit er von einem anderen Vorverständnis ausgeht.

– Doch um nicht missverstanden zu werden: wenn vom Landesberichterstatter erwartet wird, sich seines Vorverständnisses bewusst zu werden und seinen eigenen Blickwinkel erkennbar zu machen, soll das nicht heißen, dass das fremde Recht nicht auch aus seinem je eigenen Verständnis zu erfassen und darzustellen wäre (3.2.); vielmehr sei hier lediglich davor gewarnt, mit einem durch eigene Rechtsvorstellungen vorgeprägten Verständnis an fremdes Recht heranzugehen und damit Gefahr zu laufen, durch verfehlte Fragestellungen falsche Antworten zu erhalten, mit der Folge, dass darunter die Vergleichbarkeit der Befunde leiden würde.⁷⁶⁵

3.2. Erfassung und Darstellung der einschlägigen Rechtsmaterie

Auch dieser zentrale Arbeitsschritt hängt in seinem Umfang und seiner Ausführlichkeit maßgeblich von der Aufgabenstellung ab. In der Regel wird insbesondere Folgendes zu ermitteln und darzustellen sein:

– die für die Fragestellung einschlägigen Rechtsnormen und Rechtspraktiken, seien sie geschrieben oder auch ungeschrieben;

– soweit erforderlich erscheinend, die jeweiligen Rechtsquellen, wobei alles zu berücksichtigen ist, was das Rechtsleben der herangezogenen Ordnung mitgestaltet;

– die Funktion und Interpretation der infrage stehenden Normen und Institutionen, wobei diese, um nicht aus voreingenommenem Blickwinkel missverstanden zu werden, in erster Linie aus dem Selbstverständnis des befragten Rechts zu ermitteln und darzustellen sind;⁷⁶⁶

– die Anwendung in der Rechtspraxis.

3.3. Einbeziehung anderer Wissenschaften oder Bezüge

Je nach Fragestellung kann über die Darstellung des einschlägigen Rechts hinaus auch die Berücksichtigung außerrechtlicher Phänomene erforderlich sein, wie insbesondere:

⁷⁶⁵ Vgl. auch oben III.B.3(a).

⁷⁶⁶ Vgl. oben III.B.3(b).

- kriminologische Aspekte oder sonstige empirische Faktoren,⁷⁶⁷
- kulturhistorische, politische oder sonstige weltanschauliche Hintergründe. Geht es in einem Projekt sogar weniger um einen Rechtsvergleich als vielmehr um einen Kulturvergleich,⁷⁶⁸ werden primär daran die Fragen und Antworten auszurichten sein.

3.4. Ermittlungsmethodik

Solange sich Rechtsvergleichung auf normativen Begriffs- oder Institutionenvergleich beschränkte, konnte es im Regelfall genügen, sich die einschlägige Rechtsmaterie aus Gesetzblättern, Entscheidungssammlungen, juristischer Literatur oder sonstigen schriftlichen Quellen zu erschließen. Will man darüber hinaus oder stattdessen auch die Strukturen und empirischen Faktoren von Rechtssystemen erforschen und vergleichen, sind auch andere Ermittlungsmethoden heranzuziehen. Das gilt insbesondere für die

- fallbasierte Vergleichsmethode und die
- computerunterstützte Rechtsvergleichung.⁷⁶⁹

3.5. Nachbesserungen

Wie schon bei der Länderauswahl (2.3.) kann sich auch im Zuge der Erarbeitung einzelner Landesberichte herausstellen, dass eine Rechtsordnung Besonderheiten aufweist, die im Fragenkatalog (1.2.) noch nicht berücksichtigt sind, jedoch für die Gesamtbewertung bedeutsam sein könnten.

- Soweit es sich dabei lediglich um exzeptionelle Eigentümlichkeiten des betreffenden Landes handelt, mag es genügen, im Landesbericht darauf hinzuweisen.
- Sofern solche Phänomene jedoch als derart gravierend erscheinen, dass sie auch für andere Länder relevant sein könnten, ist der Projektleiter rechtzeitig darauf aufmerksam zu machen, um erforderlichenfalls den Fragenkatalog für alle Landesberichte dementsprechend nachzubessern.⁷⁷⁰

⁷⁶⁷ Vgl. oben III.B.3(c).

⁷⁶⁸ Näher dazu oben III.B.1(a) zu Fn. 567 ff., III.B.3(d).

⁷⁶⁹ Vgl. oben III.B.3(e) und (f).

⁷⁷⁰ Vgl. auch oben III.C.1(a).

4. Arbeitsschritt: Vergleichung

Während die Länderberichte gleichsam auslandskundlich der Stoffsammlung dienen, beginnt erst mit der Auswertung und Gegenüberstellung der Befunde aus den verschiedenen Ländern die eigentliche Strafrechtsvergleichung.⁷⁷¹

4.1. Kriterienkatalog

Je nachdem, wozu der Vergleich – wie beispielhaft an den nachfolgend genannten Optionen zu erkennen – dienen soll, ist für das Feststellen von Gemeinsamkeiten oder Unterschieden zwischen verschiedenen Ländern zunächst ein Katalog möglicherweise relevanter Kriterien zu erstellen. Dieser ist zweckmäßigerweise an dem den Landesberichten zugrunde liegenden Fragenkatalog auszurichten, erforderlichenfalls ergänzt oder modifiziert durch Variablen, die sich erst aus den Landesberichten ergeben haben.

4.2. Binationaler Abgleich

Ein solcher kann insoweit einfach sein, als es lediglich um den Vergleich von zwei (oder einer ausgesuchten Zahl von wenigen) Ländern geht. Sobald jedoch dabei mehr als nur der schlichte Aufweis einzelner Normen oder Institutionen zu erbringen ist, kann die Feststellung von Gemeinsamkeiten oder Unterschieden einen entsprechend größeren Auswertungsaufwand erfordern.⁷⁷²

4.3. Multinationaler Querschnitt

Ein solcher ist in der Regel beim Vergleich einer größeren Zahl von Ländern erforderlich. Soweit es dabei um mehr als um die bloße Auflistung und Gegenüberstellung von einzelnen Normen oder Institutionen geht, bedarf es hinsichtlich der Ausführlichkeit der Darstellung weder einerseits der vollen Wiedergabe der in den Landesberichten zusammengetragenen Einzeldaten noch kann andererseits deren summarische Wiederholung genügen. Vielmehr ist die Auswertung und Darstellung auf die Profilierung markanter Gemeinsamkeiten und Unterschiede auszurichten und damit auf mögliche Gruppierungen und Typenbildungen hinzuzuführen.⁷⁷³

⁷⁷¹ Vgl. oben II.A.2(a), III.B.4.

⁷⁷² Vgl. oben III.B.4(a).

⁷⁷³ Zu weiteren Einzelheiten vgl. oben III.B.4(b).

4.4. Modellbildung – Ermittlung von Grundstrukturen und allgemeinen Rechtssätzen

Je genauer der rechtsvergleichende Querschnitt bereits auf Typisierungen angelegt ist (4.3.), desto leichter wird es, gemeinsame oder unterschiedliche Grundstrukturen aufzudecken, allgemeine Rechtssätze zu entwickeln oder Regelungsmodelle zu bilden. Auch deren Ausrichtung kann – unter anderem – davon abhängen, ob es dabei bereits Bekanntes zu bestätigen gilt oder damit andersartige Alternativen erschlossen werden sollen.⁷⁷⁴

5. Arbeitsschritt: Bewertung – Empfehlungen

Sofern nicht bereits in Modellbildungen (4.4.) eine Bewertung enthalten ist, kann eine solche je nach Aufgabenstellung in einem abschließenden Arbeitsschritt erforderlich sein. Das muss nicht heißen, dass Rechtsvergleichung immer mit Empfehlungen enden müsste. Wohl aber ist – entgegen der Ansicht, dass Wertungen schon gar nicht mehr zur Rechtsvergleichung gehörten oder Rechtsvergleicher tunlichst davon Abstand nehmen sollten – in „evaluativ-kompetitiver Strafrechtsvergleichung“ eine legitime Funktion zu sehen.⁷⁷⁵

5.1. Evaluierungsoptionen

Je nach der Aufgabenstellung des Projekts kommen unterschiedliche Arten von Bewertungen und Empfehlungen in Betracht, wie beispielsweise:

- bei einem theoretischen Vergleichsprojekt die Feststellung, welche von verschiedenen Straftheorien aus bestimmten Gründen anzuerkennen oder abzulehnen ist;
- bei einem rechtspolitisch orientierten Projekt die Empfehlung, dem einen gegenüber einem anderen Sanktionierungsmodell den Vorzug zu geben;
- bei einem legislativen Vergleichsauftrag die Ausformulierung eines Regelungsvorschlags, wobei zwischen unterschiedlichen Lösungsalternativen notwendigerweise eine Wertung vorzunehmen ist.

5.2. Wertungskriterien

Nachdem bereits bei der Aufgabenstellung in die Formulierung von Arbeitshypothesen (1.2.) wie auch bei vergleichenden Modellbildungen (4.4.) wertende Vorverständnisse einfließen können,⁷⁷⁶ ist solches bei abschließenden Evaluierung

⁷⁷⁴ Vgl. auch oben III.B.4(c).

⁷⁷⁵ Näher zu dieser Grundsatzdiskussion vgl. oben II.D., insbesondere unter 3.

⁷⁷⁶ Vgl. oben III.B.5(a).

gen und Empfehlungen noch weniger auszuschließen. Umso mehr ist Folgendes geboten:

- Damit die mit Einschätzungen oder Vorschlägen verbundenen Wertungen nicht willkürlich erscheinen und auch für Dritte nachvollziehbar sind, sind die zugrunde liegenden Wertungskriterien anzuzeigen, wie insbesondere folgende:
- Bei der Suche nach dem „besseren Recht“ oder nach praktikableren Lösungsalternativen stehen naturgemäß „Gerechtigkeit“ und „Zweckmäßigkeit“ im Vordergrund, wobei allerdings auch für diese Kriterien selbst die maßgeblichen Parameter offenzulegen sind.⁷⁷⁷
- Soweit es um Regelungsalternativen geht, von denen Menschenrechte betroffen sein könnten, ist diesen bei Empfehlungen gesteigerte Beachtung zu schenken.
- Bei strafrechtsdogmatischen Vergleichsprojekten wird auch Wertungskategorien wie innerer Konsistenz und praktischer Relevanz besondere Bedeutung zukommen.

5.3. Vergleichs- und Empfehlungsvoraussetzungen

Obgleich dies als eine Selbstverständlichkeit erscheinen mag, können Vergleiche und demzufolge auch Empfehlungen von vornherein nur dort sinnvoll sein, wo möglichen Alternativen vergleichbare Problemstellungen zugrunde liegen und einer Übernahme keine unüberwindbaren Hürden entgegenstünden. Deshalb bedarf auch dies jeweils der Prüfung und Begründung.⁷⁷⁸

IV. Ausblick

Obgleich diese Abhandlung sehr viel umfänglicher geworden ist als ursprünglich beabsichtigt, konnte doch keineswegs alles behandelt werden, was sich zur Strafrechtsvergleichung sagen ließe. Anders als in der üblicherweise unter „Rechtsvergleichung“ firmierenden Literatur wurden hier weder bestimmte Strafrechtsfamilien näher dargestellt noch einzelne strafrechtliche Phänomene miteinander verglichen, ebenso wenig wie hier eine auslandsrechtskundliche Materialsammlung geboten wurde.

Solchen anderweitigen Erwartungen schon gar nicht entsprechen zu wollen, erklärt sich daraus, dass es hier weniger um bestimmte Gegenstände oder Inhalte zu vergleichender Rechte als vielmehr um mögliche Ziele und Methodenstrafrecht-

⁷⁷⁷ Vgl. oben III.B.5(b).

⁷⁷⁸ Vgl. oben III.B.5(c).

lichen Vergleichens ging. Selbst soweit dabei immer wieder Gemeinsamkeiten und Unterschiede verschiedener Rechtskreise anzusprechen oder einzelne strafrechtliche Regeln und Rechtsfiguren vergleichend gegenüberzustellen waren, diente dies vornehmlich als Beispielsmaterial, um bestimmte Zielsetzungen oder Methoden rechtsvergleichend zu veranschaulichen. Hauptziel war daher grundsätzlich deren Analyse und Darstellung, wobei nicht zuletzt auch der Standort und die Besonderheit des „Strukturvergleichsprojekts“ erkennbar werden sollten, von dem diese abschließende Bilanz ihren Ausgang nahm.

Wenn die Grundtendenz dieser Reflexionen zu möglichen Zielsetzungen, Methoden und Voraussetzungen gleichermaßen sinnvoller wie erfolgsversprechender Strafrechtsvergleichung oft als skeptisch, wenn nicht gar überskeptisch empfunden würde, wäre dies nicht verwunderlich, waren doch hinter manche hochfliegenden Zielsetzungen oder oberflächlichen Methoden kritische Fragezeichen zu setzen. Indes würden solche Vorbehalte und Einwände von Grund auf missverstanden, wenn sie als destruktiv oder gar als pauschale Verwerfung der Strafrechtsvergleichung gedeutet würden. Ganz im Gegenteil: gerade um diese konstruktiv zu stärken, gilt es, sich von vornherein nicht zu unerfüllbaren Erwartungen verleiten zu lassen, gegen voreilige Schlussfolgerungen und parteiliche Vereinnahmungen für erhoffte Positionen gewappnet zu sein wie auch methodisch nicht der Gefahr von Oberflächlichkeit und Dilettantismus zu erliegen.

In diesem Sinne auf erreichbare Ziele beschränkt und mit geeigneter Methodik durchgeführt, ist der Wert der Strafrechtsvergleichung gar nicht hoch genug einzuschätzen, und zwar selbst gemessen an traditionell bevorzugteren Bereichen der Rechtsvergleichung.⁷⁷⁹ Das mag überraschen, nachdem das Strafrecht weitaus markanter als andere Rechtsbereiche als national-kulturell vorgeprägt gilt und daher eher mit Unterschieden als mit Gemeinsamkeiten zu rechnen sei.⁷⁸⁰ Dass sich demzufolge das Strafrecht stärker gegen Vergleichung und Vereinheitlichung sperre, mag zwar für legislative Harmonisierungsvorhaben zutreffen. Doch selbst auf dieser Ebene braucht sich Strafrechtsvergleichung weder in abgehobenem *L'art pour l'art* noch in voreingenommener Selbstbestätigung zu erschöpfen. Im Gegenteil, gerade weil man im Bereich des Strafrechts besonders leicht Gefahr läuft, sich durch idiosynkratisches Berufen auf nationale Besonderheit und Einzigartigkeit nach außen abzuschotten und damit nicht zuletzt auch unerwünschte Reformbestrebungen abzublocken, ist es umso wichtiger, national-narzisstischer Selbstzufriedenheit den Spiegel ausländischen Rechts vorzuhalten. Umgekehrt tut es aber auch einer sich gerne als universal gültig verstehenden Strafrechtsdogmatik gut, solche Überlegenheitsansprüche immer wieder mit andersartigen Konzeptionen und Modellen konfrontiert zu sehen.

⁷⁷⁹ Vgl. I.B.2.

⁷⁸⁰ Vgl. oben III.B.3(d).

Ohne die vielfältigen Aufgaben, die sich somit den verschiedenen Arten von – theoretischer, judikativer, legislativer und evaluativ-kompetitiver – Strafrechtsvergleichung stellen können, hier wiederholen zu wollen,⁷⁸¹ seien mit Blick auf die Zukunft lediglich drei Bereiche genannt, die zwar immer wieder beispielhaft anzuführen waren, deren inhaltliche Behandlung jedoch über den hier vorgegebenen Rahmen hinausgegangen wäre und deren umfassende Darstellung daher künftiger Strafrechtsvergleichung als Herausforderung aufgegeben sei.

Was zum einen das traditionelle Bild von Rechtsfamilien betrifft, von dem sich die Rechtsvergleichung herkömmlicherweise leiten lässt, hat sich die Strafrechtsvergleichung davon abzuheben und an spezifisch strafrechtlichen Kriterien auszurichten. Nicht nur, dass die übliche Unterscheidung und Einteilung nach ohnehin meist zivilrechtlich orientierten Rechtsquellen romanischer oder germanischer Provenienz neueren rechtspolitischen Entwicklungen (wie etwa in sozialistisch geprägten Rechtsordnungen) oder der Einbeziehung bislang vernachlässigter Rechtskulturen (wie etwa asiatischer oder islamisch fundierter Art) nicht mehr gerecht wird; vielmehr können die maßgeblichen Kriterien für die Bildung zivil-, öffentlich- und strafrechtlicher Rechtsfamilien ganz unterschiedlich sein.⁷⁸² Deshalb hat sich die strafrechtliche Rechtskreislehre, soweit eine solche für die Strafrechtsvergleichung überhaupt von Belang sein kann und die Länderauswahl nicht ohnehin von der spezifischen Zielsetzung des jeweiligen Projekts abhängt, von zivilistischen Vorbildern zu emanzipieren und von ihren eigenen Zielsetzungen und Rechtsquellen her zu konzipieren.

Aber auch innerhalb der Strafrechtsvergleichung selbst – und das ist ein zweites Desiderat – ist nicht ohne Weiteres von einem einheitlichen Rechtskreis auszugehen, vielmehr können je nach materiellem oder prozessuellem Recht unterschiedliche Gruppierungen geboten sein. Dementsprechend kann auch der Vergleich verschiedener strafrechtlicher Verbrechenstelemente oder verfahrensrechtlicher Institutionen nicht einfach nach einem einheitlichen Schema erfolgen, sondern hat auf nationale Besonderheiten wie auch unterschiedliche Gesamtzusammenhänge und Folgewirkungen Rücksicht zu nehmen. Deshalb ist von einer Strafrechtsvergleichung, die über das bloße Nebeneinanderstellen von bestimmten Regeln oder Rechtsfiguren hinausgeht, zu erwarten, dass die zu vergleichenden Phänomene – und sei es auch nur für bestimmte Teilbereiche – in ihrem bereichsspezifischen Gesamtzusammenhang gesehen werden und danach möglichst auch die zu berücksichtigenden Länder auszuwählen sind.

Der dritte Bereich, dem verstärkte Aufmerksamkeit zu widmen ist, betrifft die internationale Strafergerichtsbarkeit. Auch wenn an strafrechtsvergleichenden Beiträgen dazu kein Mangel herrscht, kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass

⁷⁸¹ Näher dazu oben II.

⁷⁸² Vgl. im Einzelnen oben III.B.2(a) zu Fn. 626 ff.

das Vergleichen bislang noch zu sehr im Erforschen der Herkunft bestimmter Regeln aus dem angloamerikanischen Common law oder aus kontinental-europäischen Traditionen und der jeweiligen Vorzugswürdigkeit des einen gegenüber dem anderen verhaftet bleibt. Stattdessen wäre es an der Zeit, sich bei der Ermittlung von universal annehmbaren Rechtsgrundsätzen und der Entwicklung einer supranationalen Strafrechtsordnung und Gerichtsbarkeit an deren möglichen Zielen auszurichten und von diesem übergeordneten Ausgangspunkt her zu erforschen, aus welchen nationalen Rechtsordnungen zielführende Prinzipien und Institutionen zu gewinnen sind und inwieweit dafür auch mit möglichst breiter internationaler Akzeptanz zu rechnen wäre. Die dabei gewonnenen Erkenntnisse könnten in Form von Modellstrafgesetzbüchern auch für nationale Reformvorhaben als Vorbild dienen, selbst wenn dabei auf unterschiedliche Besonderheiten internationaler Strafrechtspflege Rücksicht zu nehmen wäre.

Was das zweite und in gewisser Weise auch das dritte Desiderat betrifft, sind nicht zuletzt Lehren aus dem „Strukturvergleichsprojekt“ zu ziehen, das in den ersten Teilen dieses Bandes dokumentiert ist und aus dem sich auch diese allgemeinere Studie zur Theorie und Praxis der Strafrechtsvergleiche entwickelt hat. Als eine seinem Selbstverständnis nach neuartige Pilotstudie war das „Strukturvergleichsprojekt“ sowohl gegenständlich wie hinsichtlich der einbezogenen Länder Beschränkungen unterworfen.⁷⁸³ Nachdem sich die dabei angewandte Methodik bewährt hat, lässt sich diese nunmehr in zweierlei Hinsicht auf weitere Gebiete übertragen: zum einen durch Erstreckung auf andere Rechtsfamilien und Strafrechtsordnungen als die bisher erfassten, und zwar einschließlich der supranationalen Ebene, und zum anderen durch den Vergleich von weiteren Verbrechenselementen und Tatbestandsgruppen.⁷⁸⁴

Diese strukturvergleichende Methodik hervorgehoben zu haben, soll keineswegs heißen, dass sie die einzig mögliche wäre. Denn wie einmal mehr gar nicht klar genug betont werden kann, hängt die in der Rechtsvergleichung anzuwendende Methode ganz entscheidend von der jeweiligen Zielsetzung ab.⁷⁸⁵ Nur wenn dies beachtet wird, kann man gleichermaßen gegen frustrierende Überforderungen gefeit sein wie andererseits auch der Versuchung widerstehen, Strafrechtsvergleiche dilettantisch zu leicht zu nehmen oder diskreditierend zu instrumentalisieren.

Wem es gelingt, bei dem für Rechtsvergleichung typischen Suchen nach dem Einen unter dem Vielen die richtige Balance zu finden, der wird reich belohnt. Ähnlich wie in der Rechtsphilosophie und Rechtsgeschichte, die ja ebenfalls ohne Vergleichen nicht sachgerecht zu betreiben sind, liegt auch der Reiz der Rechtsver-

⁷⁸³ Vgl. oben Teil 1, § 2 II.1.–3..

⁷⁸⁴ Wie dies übrigens schon bei der Projektkonzipierung diskutiert worden war (vgl. oben Teil 1, § 1 III.), wobei anstelle der damals erwogenen Bereiche aus heutiger Sicht durchaus auch andere in Betracht gezogen werden könnten.

⁷⁸⁵ Vgl. oben III.A.

gleichung gerade darin, in der Vielfalt von Gedanken und Phänomenen das Gemeinsame und vielleicht sogar Universale zu finden, ohne dabei das Individuelle im Allgemeinen aufgehen zu lassen. Das Hinausgehen über das Gewohnte, das Öffnen der Augen für das Andere, das Aufspüren von Gemeinsamem, das Respektieren von individuellen Eigenarten, die damit wachsende Skepsis gegenüber dem Aberglauben an absolute Wahrheiten, wie insbesondere an die Richtigkeit des (meist eigenen) Rechts oder bestimmter Rechtsüberzeugungen, die dadurch gleichermaßen geförderte Bereitschaft zu verständnisvoller Toleranz wie auch zu Wachsamkeit gegenüber inakzeptabler Abartigkeit, sowie nicht zuletzt davon zu erhoffende Fortschritte auf dem Weg zu einer weniger konfrontativen und ausgeglicheneren Rechtswelt: all das ist den Einsatz für eine zielbewusste und methodengerechte Strafrechtsvergleichung wert.

Literaturverzeichnis

- Adams, Maurice/Bomhoff, Jacco* (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law*. Cambridge 2012.
- Comparing law: practice and theory. In: Maurice Adams/Jacco Bomhoff (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law*. Cambridge 2012, S. 1–21.
- Adams, Maurice/Griffiths, John*, Against ‘comparative method’: explaining similarities and differences. In: Maurice Adams/Jacco Bomhoff (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law*. Cambridge 2012, S. 278–301.
- Aksenova, Marina*, Book Review: *Kevin Jon Heller/Markus D. Dubber* (eds.), *The Handbook of Comparative Criminal Law*. Stanford 2011. *Journal of International Criminal Justice* (JICJ) 10 (2012), S. 709–711.
- Ambos, Kai*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze zu einer Dogmatisierung* 2. Auflage Berlin 2004.
- *Internationales Strafrecht*. 3. Auflage München 2011.
- Ancl, Marc*, Les grandes étapes de la recherche comparative au XXe siècle (1968). In: Konrad Zweigert/Hans-Jürgen Puttfarcken, *Rechtsvergleichung*. Darmstadt 1978, S. 350–360.
- Droit pénal comparé et politique criminelle. In: Hans-Heinrich Jescheck/Günther Kaiser (Hrsg.), *Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie*. Berlin 1980, S. 73–85.
- Andenas, Mads/Fairgrieve, Duncan*, Intent on making mischief: seven ways of using comparative criminal law. In: Pier Giuseppe Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law*. Cheltenham 2012, S. 25–60.
- Andrejew, Igor*, Das polnische Strafrecht. In: Edmund Mezger/Adolf Schönke/Hans-Heinrich Jescheck (Hrsg.), *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*. Berlin 1982, S. 7–155.
- Bader Ginsburg, Ruth*, „Gebührender Respekt vor den Meinungen der Menschheit“: Der Wert einer vergleichenden Perspektive in der Verfassungsrechtsprechung. *Europäische GRUNDRECHTE-Zeitschrift* (EuGRZ) 2005, S. 341–346.
- Bar, Christian v.*, Zur Situation des Lehr- und Prüfungsfaches Rechtsvergleichung in (der Bundesrepublik) Deutschland. In: The Institute of Comparative Law in Japan Chuo University (ed.), *Conflict and Integration. Comparative Law in the World Today*. Tokio 1988, S. 507–520.
- Basile, Fabio*, *Multikulturelle Gesellschaft und Strafrecht. Die Behandlung der kulturell motivierten Straftaten*. Zürich 2015.
- Baxi, Upendra*, The colonialist heritage. In: Pierre Legrand/Rodriguez Munday (eds.), *Comparative Legal Traditions and Transitions*. Cambridge 2003, S. 46–75.
- Beck, Susanne*, Strafrecht im interkulturellen Dialog. Zur Methode der kulturbezogenen Strafrechtsvergleichung. In: Susanne Beck/Christoph Burchard/Bijan Fateh-Moghadam (Hrsg.), *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung*. Baden-Baden 2011, S. 65–86.

- Beck, Susanne/Burchard, Christoph/Fateh-Moghadam, Bijan* (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung. Baden-Baden 2011.
- Becker, Monika/Kinzig, Jörg* (Hrsg.), Rechtsmittel im Strafrecht. Eine international vergleichende Untersuchung zur Rechtswirklichkeit und Effizienz von Rechtsmitteln. Freiburg 2000.
- Bekou, Olympia*, Crimes at Crossroads. Incorporating International Crimes at the National Level. *Journal of International Criminal Justice* (JICJ) 10/3 (2012), S. 677–691.
- Birkmeyer, Karl*, Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform, 16 Bände. Berlin 1905–1909.
- Bogdan, Michael*, Concise Introduction to Comparative Law. Groningen 2013.
- Borja Jiménez, Emiliano*, Annäherung an das interkulturelle Fundament des Strafrechts. In: Manfred Heinrich/Christian Jäger/Hans Achenbach/Knut Amelung/Wilfried Bottke/Bernhard Haffke/Bernd Schünemann/Jürgen Wolter (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag. Berlin 2011, S. 55–70.
- Borowsky, Martin*, Titel I: Würde des Menschen, sowie Art. 52: Tragweite und Auslegung der Rechte und Grundsätze. In: Jürgen Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union. 4. Auflage Baden-Baden 2014, S. 94–106 bzw. S. 771–813.
- Brand, Oliver*, Grundfragen der Rechtsvergleichung. *Juristische Schulung* (JuS) 2003, S. 1082–1091.
- Büngener, Lars*, Die Entwicklung der Disclosure of Evidence in internationalen Strafverfahren – Annäherung der Traditionen? In: Susanne Beck/Christoph Burchard/Bijan Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung. Baden-Baden 2011, S. 215–233.
- Burchard, Christoph*, Die Europäische Ermittlungsanordnung („European Investigation Order“): Exekutorische Strafrechtsvergleichung und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung. In: Susanne Beck/Christoph Burchard/Bijan Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung. Baden-Baden 2011, S. 275–306.
- Burghardt, Boris*, Die Rechtsvergleichung in der völkerstrafrechtlichen Rechtsprechung. Von der Rechtsvergleichung als Mittel der Rechtsfindung zur diskursiv-vermittelnden Rechtsvergleichung. In: Susanne Beck/Christoph Burchard/Bijan Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung. Baden-Baden 2011, S. 235–254.
- Bussani, Mauro/Mattei, Ugo* (eds.), Comparative Law. Cambridge 2012.
- Butler, William E./Kresin, O.V./Shemshuchenko, Iu. S.* (eds.), Foundations of Comparative Law. Methods and Typologies. London 2011.
- Cárdenas Paulsen, Aura María*, Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Hamburg 2009.
- Cho, Byung-Sun*, Konkretisierungen der deutschen Strafrechtsdogmatik in Korea. Grenzen und Fortentwicklungen der Rezeption. In: Franz Streng/Gabriele Kett-Straub (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich. Tübingen 2012, S. 75–92.
- Choi, Chongko*, Research and Teaching of Comparative Law in Korea. *Soochow Law Journal* II.1 (2005), S. 139–152.

- Choi, Ou-Chan*, Notwehr und „gesellschaftliche Sitten“. Ein deutsch-koreanischer Vergleich zu sozialetischen Implikationen von Rechtfertigungsgründen. Freiburg 1988.
- Coendet, Thomas*, Rechtsvergleichende Argumentation. Tübingen 2012.
- Constantinesco, Léontin-Jean*, Band I: Einführung in die Rechtsvergleichung. Köln 1971.
- Band II: Die rechtsvergleichende Methode. Köln 1972,
 - Band III: Die rechtsvergleichende Wissenschaft. Die theoretischen Grundlagen. Köln 1983.
- Cornils, Karin*, Die Fremdrechtsanwendung im Strafrecht. Berlin, New York 1978.
- *Leges in ossibus?* Überlegungen zur doppelten Strafbarkeit einer Auslandstat. In: Jörg Arnold/Björn Burkhardt/Walter Gropp/Hans-Georg Koch (Hrsg.), Grenzüberschreitungen. Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser. Freiburg 1995, S. 211–228.
- Cotterrell, Roger*, Comparative Law and Legal Culture. In: Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford 2006, S. 710–737.
- *Is it so Bad to be Different? Comparative Law and the Appreciation of Diversity.* In: Esin Örüçü/David Nelken (eds.), Comparative Law. A Handbook. Oxford 2007, S. 131–154.
- Dannecker, Gerhard*, Der Allgemeine Teil eines europäischen Strafrechts als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft – Zur Ausgestaltung der Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe. In: Thomas Weigend/Georg Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag. Berlin 1999, S. 141–173.
- Dannemann, Gerhard*, Comparative Law: Study of Similarities or Differences? In: Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford 2006, S. 384–419.
- D’Ascoli, Silvia*, Sentencing in International Criminal Law. The UN ad hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC. Oxford 2011.
- David, René/Grasmann, Günther*, Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart. Berlin 1966; 2. Auflage 1988.
- De Coninck, Julie*, The Functional Method of Comparative Law: *Quo vadis?* *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)* 74 (2010), S. 318–350
- Delmas-Marty, Mireille*, The Implementation of the Corpus Juris in the Member States. Antwerpen 2000.
- Comparative Law as a Necessary Tool for the Application of International Criminal Law. In: Antonio Cassese (ed.), The Oxford Companion to International Criminal Justice. Oxford 2009, S. 97–103.
- Diaz-Aranda, Enrique*, Ist die deutsche Strafrechtsdogmatik auf die strafrechtliche Problematik Mexikos anwendbar? In: Manfred Heinrich/Christian Jäger/Hans Achenbach/Knut Amelung/Wilfried Bottke/Bernhard Haffke/Bernd Schünemann/Jürgen Wolter (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag. Berlin 2011, S. 1557–1565.

- Dölle, Hans*, Der Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht. In: Deutscher Juristentag (Hrsg.), 100 Jahre deutsches Rechtsleben, Band II. München 1960, S. 19–47.
- Drobnig, Ulrich/Dopffel, Peter*, Die Nutzung der Rechtsvergleichung durch den deutschen Gesetzgeber. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)* 46 (1982), S. 253–299.
- Dubber, Markus Dirk*, Comparative Criminal Law. In: Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford 2006, S. 1287–1325.
- Durham, W. Cole*, Notes on the Dialogue of German and American Criminal Theory. *Bringham Young University Law Review* 1986, S. 523–533.
- Reminiscence of Dialogue: Beyond the Papers of the Freiburg Conference. In: Albin Eser/George P. Fletcher (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven/Justification and Excuse. Comparative Perspectives*, Band II. Freiburg 1988, S. 1489–1554.
- Ebert, Hanns Kurt*, Rechtsvergleichung. Einführung in die Grundlagen. Bern 1978.
- Eisele, Jörg*, Jurisdiktionskonflikte in der Europäischen Union: Vom nationalen Strafanwendungsrecht zum Europäischen Kollisionsrecht? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 125 (2013), S. 1–33.
- Eser, Albin*, Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren. Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rechtsstellung des Beschuldigten. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 79 (1967), S. 565–623 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3700.
- Justification and Excuse. *The American Journal of Comparative Law* 24 (1976), S. 621–637 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3765.
 - Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindes-tötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen? Band I. München 1980, D 19–201 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4059.
 - Eröffnungsansprache. In: Albin Eser/Günther Kaiser/Ewa Weigend (Hrsg.), *Zweites deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie. Rechtfertigung und Entschuldigung – Schwangerschaftsabbruch – Gewaltkriminalität – Stellung des Verletzten*. Baden-Baden 1986, S. 4.
 - Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime. In: Albin Eser/George P. Fletcher (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung/Justification and Excuse*, Band I. Freiburg 1987, S. 17–65 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3906.
 - Common Goals and Different Ways in International Criminal Law: Reflections from a European Perspective. *Harvard International Law Journal* 31 (1/1990), S. 117–127 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3536; Nachdruck in: *Albin Eser, Transnationales Strafrecht*. Berlin 2011, S. 317–325.
 - Die Unterscheidung von Rechtfertigung und Entschuldigung: ein Schlüsselproblem des Verbrechensbegriffs. In: Raimo Lahti (ed.), *Criminal Law Theory in Transition*. Helsinki 1992, S. 301–317 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3383.

- Funktionswandel strafrechtlicher Prozessmaximen: Auf dem Weg zur „Reprivatisierung“ des Strafverfahrens? Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 104 (1992), S. 361–396 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3389.
- Wege und Hürden transnationaler Strafrechtspflege in Europa. In: Bundeskriminalamt Wiesbaden (Hrsg.), Verbrechensbekämpfung in europäische Dimension, (BKA-Vortragsreihe 37). Wiesbaden 1992, S. 21–53 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3387; Nachdruck in: *Albin Eser*, Transnationales Strafrecht. Berlin 2011, S. 326–346.
- Grundlagen und Grenzen „stellvertretender Strafrechtspflege“ (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB). Zur Problematik der „identischen Tatortnorm“ bei Auslandstaten. Juristenzeitung (JZ) 1993, S. 875–884 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3960; Nachdruck in: *Albin Eser*, Transnationales Strafrecht. Berlin 2011, S. 183–202.
- Basic Issues of Transnational Cooperation in Criminal Cases. In: Edward M. Wise (ed.), Criminal Science in a Global Society: Essays in Honor of Gerhard O.W. Mueller. Rothman & Co. Littleton/Colorado 1994, S. 3–20 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3454; Nachdruck in: *Albin Eser*, Transnationales Strafrecht. Berlin 2011, S. 305–316.
- Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung. In: Hans-Jörg Albrecht/Hans-Jürgen Kerner (Hrsg.), Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag. Berlin 1998, 2. Halbband, S. 1499–1530 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3735; Nachdruck in: *Albin Eser*, Transnationales. Berlin 2011, S. 3–26.
- Rechtfertigung und Entschuldigung im japanischen Recht aus deutscher Perspektive. In: Albin Eser (Hrsg.), Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag. Baden-Baden 1998, S. 41–65 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3677.
- Aktuelle Perspektiven transnationalen Strafrechts/Current perspectives of transnational criminal law. In: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Rechtsraum Europa. Perspektiven für die Harmonisierung/The European Area of Justice. Perspectives for Harmonisation. Berlin 2002, S. 53–94 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4758; Nachdruck in: *Albin Eser*, Transnationales Strafrecht. Berlin 2011, S. 27–43.
- Individual Criminal Responsibility. In: Antonio Cassese/Paola Gaeta/John R.W.D. Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Band I. Oxford 2002, S. 767–822 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3909; Nachdruck in: *Albin Eser*, Transnationales Strafrecht. Berlin 2011, S. 430–475.
- Von der Konkurrenz zur Kongruenz nationaler Strafrechtsordnungen. Wege zur Rechtsannäherung in Europa. Poinikos Logos 5/2002, S. 2157–2170 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4248.
- Auf dem Weg zu einem internationalen Strafgerichtshof: Entstehung und Grundzüge des Rom-Statuts. Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 139 (2003), S. 2–42 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/6271; Nachdruck in: *Albin Eser*, Transnationales Strafrecht. Berlin 2011, S. 402–429.
- Das Rom-Statut des Internationalen Strafgerichtshofs als Herausforderung für die nationale Strafrechtspflege: exemplifiziert an der Implementierung in das deutsche Recht. In: Christian Graf/Ursula Medigovic (Hrsg.), Festschrift für Manfred Burgstaller. Berlin 2004, S. 355–373 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3675; Nachdruck in: *Albin Eser*, Transnationales Strafrecht. Berlin 2011, S. 594–611.

- Eser, Albin*, Gedanken im Übergang. Amtswechsel am Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 2004. In: Hans-Jörg Albrecht/Ulrich Sieber (Hrsg.), *Perspektiven der strafrechtlichen Forschung*. Berlin 2006, S. 22–34 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4053.
- Über Grenzen – Streben nach Mitte. In: Eric Hilgendorf (Hrsg.), *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*. Berlin 2010, S. 75–122 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/9709.
 - Procedural Structure and Features of International Criminal Justice: Lessons from the ICTY. In: Bert Swart/Alexander Zahar/Göran Sluiter (eds.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. Oxford 2011, S. 108–148 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/9713.
 - Transnationales Strafrecht/Transnational Criminal Law. *Gesammelte Beiträge/Collected Publications* (hrsg. Günter Heine/Björn Burkhardt/Walter Gropp). Berlin 2011 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/9742.
 - Justizielle Rechte. In: Jürgen Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*. 3. Auflage Baden-Baden 2011, S. 569–627 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4245, bzw. in: *Albin Eser, Transnationales Strafrecht Publications* (hrsg. von Günter Heine/Björn Burkhardt/Walter Gropp), Berlin 2011, S. 154 ff.; 4. Auflage Baden-Baden 2014, S. 652–717 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/9723.
 - Kritische Würdigung der Modellentwürfe eines Regelungsmechanismus zur Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten. In: Arndt Sinn (Hrsg.), *Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität. Ein Rechtsvergleich zum Internationalen Strafrecht*. Osnabrück 2012, S. 557–572 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/9731.
 - Transnational Measures against the Impunity of International Crimes. *Journal of International Criminal Justice* 10/3 (2012) S. 621–634.
 - Evaluativ-kompetitive Strafrechtsvergleichung. Zu „wertenden“ Funktionen und Methoden der Rechtsvergleichung. In: Georg Freund/Uwe Murmann/René Bloy/Walter Perron (Hrsg.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*. Berlin 2013, S. 1441–1466 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/9715.
 - Strafrechtsvergleichung durch Kulturvergleich. *Jahrbuch für japanisches Recht* 2014, S. 288–295 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/9725.
 - Adversatorische und inquisitorische Verfahrensmodelle: Ein kritischer Vergleich mit Strukturalternativen. In: Friedrich-Christian Schroeder/Manuchehr Kudratov (Hrsg.), *Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell. Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und des zentralasiatischen Strafprozessrechts*. Frankfurt/Main 2014, S. 11–29 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/9734.
 - Konkurrernde nationale und transnationale Strafverfolgung – Zur Sicherung von „ne bis in idem“ und zur Vermeidung von positiven Kompetenzkonflikten. In: Ulrich Sieber/Franz-Hermann Brüner/Helmut Satzger/Bernd v. Heintschel-Heinegg, *Europäisches Strafrecht*. 2. Auflage. Baden-Baden 2014, S. 636–660 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/9724.

- Eser, Albin/Arnold, Jörg*, Transitionsstrafrecht und Vergangenheitspolitik. In: Albin Eser/ Ulrich Sieber/Jörg Arnold (Hrsg.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Teilband 14. Berlin 2012.
- Eser, Albin/Cornils, Karin* (Hrsg.), *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik. Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtsskolloquium*. Freiburg 1987.
- Eser, Albin/Fletcher George P.* (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven/Justification and Excuse: Comparative Perspectives*, Band I. Freiburg 1987; Band II Freiburg 1988.
- Eser, Albin/Gimbernat, Enrique/Perron, Walter* (eds.), *Justificación y Exculpación en Derecho Penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal)*. Madrid 1995.
- Eser, Albin/Huber, Barbara/Cornils, Karin* (Hrsg.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht. European Colloquium on Individual, Participatory and Collective Responsibility in Criminal Law*. Freiburg 1998.
- Eser, Albin/Kaiser, Günther* (Hrsg.), *Drittes deutsch-sowjetisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie. Rechtfertigung und Entschuldigung – Umweltstrafrecht – Jugendkriminalität*. Baden-Baden 1987.
- Eser, Albin/Kaiser, Günther/Weigend, Ewa* (Hrsg.), *Drittes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie. Täterschaft und ihre Erscheinungsformen – Vorverschulden – Jugendkriminalität und Jugendgerichtsbarkeit*. Baden-Baden 1988.
- *Von totalitärem zu rechtsstaatlichem Strafrecht. Kriminalpolitische Reformtendenzen im Strafrecht osteuropäischer Länder*. Freiburg 1993.
- Eser, Albin/Koch, Hans-Georg*, *Die vorsätzlichen Tötungstatbestände. Eine rechtsvergleichend-reformpolitische Struktur- und Kriterienanalyse*. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 92 (1980), S. 491–560 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3838.
- *Schwangerschaftsabbruch: Auf dem Weg zu einer Neuregelung*. Baden-Baden 1992 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/9740.
- *Schwangerschaftsabbruch und Recht. Vom internationalen Vergleich zur Rechtspolitik*. Baden-Baden 2003 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/9746.
- *Abortion and the Law. From International Comparison to Legal Policy*. Den Haag 2005 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/9747.
- *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich. Rechtliche Regelungen – Soziale Rahmenbedingungen – Empirische Grunddaten. Teil 1: Europa*. Baden-Baden 1988; Teil 2: *Außereuropa*. Baden-Baden 1989; Teil 3: *Rechtsvergleichender Querschnitt – Rechtspolitische Schlußbetrachtungen – Dokumentation zur neueren Rechtsentwicklung*. Baden-Baden 1999.
- Eser, Albin/Lagodny, Otto* (eds.), *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law. Documentation of an International Workshop* 1991. Freiburg 1992.
- Eser, Albin/Meyer, Jürgen* (Hrsg.), *Öffentliche Vorverurteilung und faires Strafverfahren. Eine rechtsvergleichende Untersuchung im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz*. Freiburg 1986.
- Eser, Albin/Nishihara, Haruo* (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung IV. Ostasiatisch-deutsches Strafrechtsskolloquium Tokio* 1993. Freiburg 1995.

- Eser, Albin/Perron, Walter* (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III. Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990*. Freiburg 1991.
- Eser, Albin/(Sieber, Ulrich)/Arnold, Jörg* (Hrsg.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Bände 1–7 hrsg. von Albin Eser/Jörg Arnold. Freiburg 2000–2003; Bände. 8–14 hrsg. von Albin Eser/Ulrich Sieber/Jörg Arnold. Berlin 2005–2012.
- Eser, Albin/Sieber, Ulrich/Kreicker, Helmut* (Hrsg.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen/National Prosecution of International Crimes*, 7 Bände. Freiburg, Berlin 2003–2006.
- Eser, Albin/Überhofen, Michael/Huber, Barbara* (Hrsg.), *Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht. Ein rechtsvergleichendes Gutachten zu den Bestechungsdelikten im Auftrag des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz*. Freiburg 1997.
- Etzel, Jochen*, *Notstand und Pflichtenkollision im amerikanischen Strafrecht*. Freiburg 1993.
- Fateh-Moghadam, Bijan*, *Operativer Funktionalismus in der Strafrechtsvergleichung*. In: Susanne Beck/Christoph Burchard/Bijan Fateh-Moghadam (Hrsg.), *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung*. Baden-Baden 2011, S. 43–63.
- Faust, Florian*, *Comparative Law and Economic Analysis of Law*. In: Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford 2006, S. 837–865.
- Feuerbach, Johann Paul Anselm v.*, *Blick auf die teutsche Rechtswissenschaft. Vorrede zu Unterholzners juristischen Abhandlungen*. (1810). In: Anselms von Feuerbach kleine Schriften vermischten Inhalts, 1. Abteilung. Nürnberg 1833, S. 152–177.
- Fletcher, George P.*, *The Right and the Reasonable*. In: Albin Eser/George P. Fletcher (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung/Justification and Excuse*, Band I. Freiburg 1987, S. 67–119.
- *Comparative Law as a Subversive Discipline*. *American Journal of Comparative Law* 6 (1998), S. 683–700.
- Frankenberg, Günter*, *Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law*. *Harvard International Law Journal* 26 (1985), S. 411–450.
- *How to do projects with comparative law: notes of an expedition to the common core*. In: Pier Giuseppe Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law*. Cheltenham 2012, S. 120–143.
- Frisch, Wolfgang*, *Einheit und Vielfalt des Strafrechts in Europa. Wirkungen und Grenzen der Strafrechtsphilosophie*. In: Kimmo Nuotio (Hrsg.), *Festschrift in Honour of Raimo Lahti*. Helsinki 2007, S. 7–23.
- *Strafrechtsvergleichung und nationales Recht. Zur Bedeutung der Strafrechtsvergleichung für Gesetzgebung und Rechtsanwendung*. In: Thomas Elholm (Hrsg.), *Ikke kun straf: Festschrift til Vagn Greve*. Kopenhagen 2008, S. 139–156.
- Fuß, Ernst-Werner*, *Rechtssatz und Einzelakt im Europäischen Gemeinschaftsrecht*. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1964, S. 945–951.

- Ganshof van der Meersch, W.J.*, Die Bezugnahme auf das innerstaatliche Recht der Vertragsstaaten in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Europäische GRUNDRECHTE-Zeitschrift (EuGRZ) 1981, S. 481–489.
- Garoupa, Nuno/Ginsburg, Tom*, Economic analysis and competitive law. In: Mauro Bussani/Ugo Mattei (eds.), *Comparative Law*. Cambridge 2012, S. 57–72.
- Glanert, Simone*, Method? In: Pier Giuseppe Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law*. Cheltenham 2012, S. 61–81.
- Glenn, H. Patrick*, Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions. In: Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford 2006, S. 421–440.
- Gordley, James*, Comparative Law and Legal History. In: Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford 2006, S. 753–773.
- The functional method. In: Pier Giuseppe Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law*. Cheltenham 2012, S. 107–119.
- Grande, Elisabetta*, Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance. *American Journal of Comparative Law* 48 (2000), S. 227–260.
- Comparative criminal justice, a long neglected discipline on the rise. In: Mauro Bussani/Ugo Mattei (eds.), *Comparative Law*. Cambridge 2012, S. 191–204.
- Graf Gleispach*, Strafrechtsvereinheitlichung in Deutschland und Österreich-Ungarn. *Deutsche Strafrechts-Zeitung (DStrZ)* 1916, Sp. 107–117.
- Graziadei, Michele*, The functional heritage. In: Pierre Legrand/Rodriguez Munday (eds.), *Comparative Legal Traditions and Transitions*. Cambridge 2003, S. 100–127.
- Comparative Law and the Study of Transplants and Receptions. In: Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford 2006, S. 441–475.
- Gropengießer, Helmut/Kreicker, Helmut*, Grundlagen der Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen: Deutschland. In: Albin Eser/Helmut Kreicker (Hrsg.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, Band 1. Freiburg 2003, S. 21–452.
- Gropp, Walter*, Kollision nationaler Strafgewalten – nulla prosecutio sine lege. In: Arndt Sinn (Hrsg.), *Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität. Ein Rechtsvergleich zum Internationalen Strafrecht*. Osnabrück 2012, S. 41–63.
- Großfeld, Bernhard*, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung. Tübingen 1984.
- Kernfragen der Rechtsvergleichung. Tübingen 1996.
- Großfeld, Bernhard/Theusinger, Ingo/Kohler, Josef*, Brückenbauer zwischen Jurisprudenz und Rechtsethnologie. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)* 64 (2000), S. 696–714.
- Hall, Jerome*, Diskussion. In: Hans-Heinrich Jescheck/Günther Kaiser (Hrsg.), *Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie*. Berlin 1980, S. 39–50.

- Hauck, Pierre*, Funktionen und Grenzen des Einflusses der Strafrechtsvergleichung auf die Strafrechtsharmonisierung in der Europäischen Union. In: Susanne Beck/Christoph Burchard/Bijan Fateh-Moghadam (Hrsg.), *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung*. Baden-Baden 2011, S. 255–273.
- Hauser, Robert*, Die Rechtsvergleichung als Auslegungshilfe in der höchstrichterlichen Rechtsprechung im materiellen Strafrecht. In: Theo Vogler (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Band II. Berlin 1985, S. 1215–1232.
- Hecker, Bernd*, *Europäisches Strafrecht*. 4. Auflage Heidelberg 2012.
- Harmonisierung. In: Ulrich Sieber/Franz-Hermann Brüner/Helmut Satzger/Bernd v. Heintschel-Heinegg, *Europäisches Strafrecht*. 2. Auflage Baden-Baden 2014, S. 272–293.
- Heger, Martin*, *Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts*. Tübingen 2009.
- Heintschel-Heinegg, Bernd v.*, Europäischer Haftbefehl. In: Ulrich Sieber/Franz-Hermann Brüner/Helmut Satzger/Bernd v. Heintschel-Heinegg, *Europäisches Strafrecht*. 2. Auflage Baden-Baden 2014, S. 661–676.
- Hendry, Jennifer*, “Contemporary Comparative Law: Between Theory And Practice” – Review of Esin Örtücü/David Nelken’s *Comparative Law: A Handbook*. *German Law Journal* 9 (2008), S. 2253–2263.
- Heller, Kevin Jon/Dubber, Markus D.* (eds.), *The Handbook of Comparative Criminal Law*. Stanford 2011.
- Hilgendorf, Eric*, Von der juristischen Entwicklungshilfe zum Rechtsdialog. In: Manfred Heinrich/Christian Jäger/Hans Achenbach/Knut Amelung/Wilfried Bottke/Bernhard Haffke/Bernd Schünemann/Jürgen Wolter (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis*. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag. Berlin 2011, S. 1451–1463.
- Zur Einführung: Globalisierung und Recht. Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung heute. In: Susanne Beck/Christoph Burchard/Bijan Fateh-Moghadam (Hrsg.), *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung*. Baden-Baden 2011, S. 5–25.
 - Das Eigene und das Fremde I: Die deutsche Strafgesetzgebung und Strafrechtspraxis vor den Herausforderungen kultureller Pluralisierung. *Strafverteidiger (StV)* 2014, S. 555–563.
 - Das Eigene und das Fremde II: Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen kultureller Polarisierung, oder: Was ist „Religion“? *Juristenzeitung (JZ)* 2014, S. 821–829.
- Hirsch, Hans Joachim*, Über die Entwicklung einer universalen Strafrechtswissenschaft. In: Wladyslaw Czaplinski (Hrsg.), *Prawo w XXI wieku*. Warschau 2006, S. 241–252.
- Hörnle, Tatjana*, Unterschiede zwischen Strafverfahrensordnungen und ihre kulturellen Hintergründe. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 117 (2005), S. 801–838.
- Kultur, Religion Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft. Gutachten C zum 70. Deutschen Juristentag. München 2013.
- Hünérfeld, Peter*, Diskussionsbeitrag. In: Hans-Heinrich Jescheck/Günther Kaiser (Hrsg.), *Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie*. Berlin 1980, S. 52–57.

- Hug, Walther*, The History of Comparative Law. Harvard Law Review XLV (1931/32), S. 1027–1070, nachgedruckt in: *Zweigert, Konrad/Puttfarken, Hans-Jürgen*, Rechtsvergleichung. Darmstadt 1978, S. 109–161.
- Husa, Jaakko*, Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance? *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RebelsZ)* 67 (2003), S. 419–447.
- The Tip of the Iceberg or What Lies Beneath the Surface of Comparative Law. *Maastricht Journal of European and Comparative Law (MJECL)* 16 (2005), S. 73–94.
- Ida, Makoto*, Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich? Dargestellt am Beispiel der Versuchsstrafbarkeit. In: Franz Streng/Gabriele Kett-Straub (Hrsg.), *Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich*. Tübingen 2012, S. 23–37.
- Jayme, Erik*, Rechtsvergleichung. Heidelberg 2000.
- Jensen, Nils*, Bildet nicht Rechtstheoretiker sondern Anwälte des Rechts. *Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)*, 17.1.2015.
- Jescheck, Hans-Heinrich*, Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung. Tübingen 1955.
- Das Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i.Br. Berlin 1963.
- Rechtsvergleichung im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i.Br. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 79 (1967), S. 128–144.
- Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozessreform. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 86 (1974), S. 761–782.
- Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Strafrechtsreform. In: Arthur Kaufmann/Günter Bemann/Detlef Kraus/Klaus Volk (Hrsg.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*. München 1979, S. 133–154.
- Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach: Schlussworte. In: Ulrich Sieber/Hans-Jörg Albrecht (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*. Berlin 2006, S. 152–160.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Kaiser, Günther* (Hrsg.), *Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie*. Berlin 1980.
- Jung, Heike*, Grundfragen der Strafrechtsvergleichung. *Juristische Schulung (JuS)* 1998, S. 1–7.
- Zu Theorie und Methoden der Strafrechtsvergleichung. In: Raffaele di Giorgi (ed.), *Il Diritto e la Differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta*. Lecce 2002, S. 361–384.
- Wertende (Straf-)Rechtsvergleichung. Betrachtungen über einen elastischen Begriff. *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)* 2005, S. 2–10.
- Recht und kulturelle Identität – Anmerkungen zur Rezeption, Transplantation und Diffusion von Recht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 121 (2009), S. 467–500.

- Jung, Heike*, Über die Beobachtung als Methode der Strafprozessvergleichung. In: Winfried Hassemer/Eberhard Kempf/Sergio Moccia (Hrsg.), *In dubio pro libertate*. Festschrift für Klaus Volk. München 2009, S. 223–230.
- From structure to actor – Reflections on comparative law theory. In: Werner Meng/Georg Röss/Torsten Stein (Hrsg.), *Europäische Integration und Globalisierung*. Baden-Baden 2011, S. 299–307.
- Junker, Abbo*, Rechtsvergleichung als Grundlagenfach. *Juristenzeitung (JZ)* 1994, S. 921–928.
- Kaiser, Günther*, Strafrechtsvergleichung und vergleichende Kriminologie. In: Günther Kaiser/Theo Vogler (Hrsg.), *Strafrecht – Strafrechtsvergleichung*. Freiburg 1975, S. 79–91.
- Die vergleichende Methode in der Kriminologie. In: Hans-Heinrich Jescheck, *Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum X. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung Budapest 1978* Sektion V. Beiheft zur Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Berlin 1978, S. 129–174.
- Kaiser, Günther/Vogler, Theo* (Hrsg.), *Strafrecht – Strafrechtsvergleichung*. Freiburg 1975.
- Kamba, W.J.*, *Comparative Law: A Theoretical Framework*. *International and Comparative Law Quarterly* 23 (1974), S. 485–519.
- Kapp, Wolfgang*, Bericht über das Kolloquium „Rechtfertigung und Entschuldigung in rechtsvergleichender Sicht – unter besonderer Berücksichtigung des spanischen Strafrechts“. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 99 (1987), S. 924–938.
- Kelina, S.G.*, Das sowjetische Strafrecht. In: Edmund Mezger/Adolf Schönke/Hans-Heinrich Jescheck (Hrsg.), *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*. Berlin 1982, S. 157–299.
- Killmann, Bernd-Roland/Hofmann, Margarete*, Perspektiven für eine europäische Staatsanwaltschaft. In: Ulrich Sieber/Franz-Hermann Brüner/Helmut Satzger/Bernd v. Heintschel-Heinegg, *Europäisches Strafrecht*. 2. Auflage Baden-Baden 2014, S. 864–876.
- Kim, Young-Whan*, Rezeption des deutschen Strafrechts in Korea. In: Franz Streng/Gabriele Kett-Straub (Hrsg.), *Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich*. Tübingen 2012, S. 59–74.
- Klip, André*, Harmonisierung des Strafrechts – eine fixe Idee? *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ)* 2000, S. 626–630.
- Kokkini-Iatridou, D.*, Some Methodological Aspects of Comparative Law. *Netherlands International Law Review* 33 (1986), S. 143–194.
- Kotsalis, Leonidas*, Die Einführung des deutschen Strafrechts in Griechenland. In: Franz Streng/Gabriele Kett-Straub (Hrsg.), *Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich*. Tübingen 2012, S. 93–103.
- Kötz, Hein*, Der Bundesgerichtshof und die Rechtsvergleichung. In: Claus-Wilhelm Canaris/Andreas Heldrich/Klaus J. Hopt/Claus Roxin/Karsten Schmidt/Gunter Widmaier (Hrsg.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Band II*. München 2000, S. 824–843.

- Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung. *Juristenzeitung (JZ)* 2002, S. 257–264; Nachdruck: *Kötz, Hein*, *Undogmatisches. Rechtsvergleichende und rechtsökonomische Studien aus 30 Jahren*. In: Jürgen Basedow/Klaus Hopt/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*. Tübingen 2005, S. 138–154.
- Kreicker, Helmut*, National Prosecution of International Crimes from a Comparative Perspective. *International Criminal Law Review* 5 (2005), S. 313–328.
- Völkerstrafrecht im Ländervergleich, Teilband 7 von *Eser, Albin/Sieber, Ulrich/Kreicker, Helmut* (Hrsg.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen. National Prosecution of International Crimes*. Berlin 2006.
- Kremnitzer, Mordechai*, Some Reflections on Comparative Criminal Law. In: Susanne Beck/Christoph Burchard/Bijan Fateh-Moghadam (Hrsg.), *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung*. Baden-Baden 2011, S. 29–40.
- Kubiciel, Michael*, Funktionen und Dimensionen der Strafrechtsvergleichung. Rezension von Susanne Beck/Christoph Burchard/Bijan Fateh-Moghadam (Hrsg.), *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung*, Baden-Baden 2011. *Rechtswissenschaft (RW)* 2/2012, S. 212–222.
- Einheitliches europäisches Strafrecht und vergleichende Darstellung seiner Grundlagen. *Juristenzeitung (JZ)* 2015, S. 64–70.
- Kudlich, Hans*, Exportgüter und Exportbeschränkungen. Der Strafrechtsexport aus rechtstheoretischer Perspektive. In: Franz Streng/Gabriele Kett-Straub (Hrsg.), *Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich*. Tübingen 2012, S. 169–185.
- Kudratov, Manuchehr*, Die Straftatausschließungsgründe nach tadschikischem Strafrecht. Eine Analyse aus deutscher Perspektive. Frankfurt/Main 2011.
- Kühl, Kristian*, Rezension von Albin Eser/George P. Fletcher (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung – Rechtsvergleichende Perspektiven*, 2 Bände. Freiburg 1987/1988. *Juristenzeitung (JZ)* 1989, S. 683–684.
- Kühl, Kristian*, Europäisierung der Strafrechtswissenschaft. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 109 (1997), S. 777–807.
- Kunz, Karl-Ludwig*, Die Kulturgebundenheit des Strafrechts und seine Übertragbarkeit in fremde Rechtskreise. In: Franz Streng/Gabriele Kett-Straub (Hrsg.), *Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich*. Tübingen 2012, S. 145–167.
- Lagodny, Otto*, Übernahmefähigkeit und Übernahmewürdigkeit ausländischer strafrechtlicher Regelungen – Eine Projektskizze am Beispiel Österreichs und Deutschlands. In: Björn Burkhardt/Hans-Georg Koch/Walter Gropp/Otto Lagodny/Margret Spaniol/Susanne Walther/Alfred Künschner/Jörg Arnold/Walter Perron (Hrsg.), *Scripta amicitiae. Freundschaftsgabe für Albin Eser zum 80. Geburtstag*. Berlin 2015, S. 387–412.
- Lee, Yong-Sik*, Entschuldigungsgründe im deutschen und koreanischen Strafrecht. Freiburg 1992.
- Legrand, Pierre*, The same and the different. In: Pierre Legrand/Rodriguez Munday (eds.), *Comparative Legal Traditions and Transitions*. Cambridge 2003, S. 240–311.
- *Le Droit Comparé*. 4. Auflage Paris 2011.

- Lenz, Karl-Friedrich/Heuser, Robert*, Strafrechtsentwicklung in Japan und der Volksrepublik China. Freiburg 1995.
- Lepaulle, Pierre*, The Function of Comparative Law. Harvard Law Review XXXV (1921/22), S. 838–858.
- Liszt, Franz v.*, Zur Einführung. Rückblick und Zukunftspläne. In: Internationale Kriminalistische Vereinigung (Hrsg.), Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung, Band I: Das Strafrecht der Staaten Europas. Berlin 1894, S. IX–XXVII.
- Einleitung. In: Karl von Birkmeyer/Fritz van Calker/Reinhard Frank/Robert von Hippel/Wilhelm Kahl/Karl von Lilienthal/Franz von Liszt/Adolf Wach (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil V. Berlin 1905, S. 4–8.
 - Einheitliches mitteleuropäisches Strafrecht. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 38 (1917), S. 1–20.
- Markesinis, Basil*, Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre. München 2004.
- Mattei, Ugo*, Comparative Law and Critical Legal Studies. In: Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford 2006, S. 815–836.
- McAuliffe de Guzman, Margret*, Article 21: Applicable Law. In: Otto Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2. Auflage München 2008, art. 21 Rn. 14, 18 (S. 708, 710).
- McEvoy, Sebastian*, Descriptive and purposive categories of comparative law. In: Pier Giuseppe Monateri (ed.), Methods of Comparative Law. Cheltenham 2012, S. 144–162.
- Meuwese, Anne/Versteeg, Mila*, Quantitative methods for comparative constitutional law. In: Maurice Adams/Jacco Bomhoff (eds.), Practice and Theory in Comparative Law. Cambridge 2012, S. 230–257.
- Meier-Hayoz, Arthur*, Der Richter als Gesetzgeber. Zürich 1951.
- Meyer, Frank*, Internationalisierung und Europäisierung des Rechts als methodische Herausforderung der Rechtsvergleichung. In: Susanne Beck/Christoph Burchard/Bijan Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung. Baden-Baden 2011, S. 87–102.
- Michaels, Ralf*, The Functional Method of Comparative Law. In: Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford 2006, S. 339–382.
- Mona, Martino*, Strafrechtsvergleichung und *comparative justice*: zum Verhältnis zwischen Rechtsvergleichung, Grundlagenforschung und Rechtsphilosophie, in: Susanne Beck/Christoph Burchard/Bijan Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung. Baden-Baden 2011, S. 103–119.
- Monateri, Pier Giuseppe* (ed.), Methods of Comparative Law. Cheltenham 2012.

- Montiel, Juan Pablo*, Kurze Geschichte der lateinamerikanischen (insbesondere argentinischen) Strafrechtswissenschaft und die Rezeption der deutschen strafrechtlichen Dogmatik. In: Franz Streng/Gabriele Kett-Straub (Hrsg.), *Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich*. Tübingen 2012, S. 129–143.
- Muñoz Conde, Francisco*, Rechtsvergleichende Gesamtbetrachtung. In: Albin Eser/Walter Perron (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III. Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990*. Freiburg 1991, S. 375–381.
- Nelken, David*, *Comparative Law and Comparative Legal Studies*. In: Esin Öricü/David Nelken (eds.), *Comparative Law. A Handbook*. Oxford 2007, S. 3–42.
- *Defining and Using the Concept of Legal Culture*. In: Esin Öricü/David Nelken (eds.), *Comparative Law. A Handbook*. Oxford 2007, S. 109–132.
- Nelles, Ursula*, Rechtsvergleichung per Internet? Einige Aspekte zum Generalthema „Zukunft der Strafrechtsvergleichung“. In: Jörg Arnold/Björn Burkhardt/Walter Gropp/Günter Heine/Hans-Georg Koch/Otto Lagodny/Walter Perron/Susanne Walther (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*. München 2005, S. 1005–1018.
- Neumayer, Heinz*, Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart. In: René David/Günther Grasmann (Hrsg.), *Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart*. 2. Dt. Auflage München 1988.
- Niggli, Marcel Alexander/Queloz, Nicolas*, Strafjustiz und Rechtsstaat/Justice pénale et État de droit. Symposium zum 60. Geburtstag von Franz Riklin und José Hurtado Pozo. Zürich 2003, S. 69–100.
- Nil-Theobald, Christiane*, „Defences“ bei Kriegsverbrechen am Beispiel Deutschlands und der USA. Zugleich ein Beitrag zu einem Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts. Freiburg 1998.
- O'Connor, Vivienne/Rausch, Colette* (eds.), *Model Codes for Post-Conflict Criminal Justice*. Washington, D.C. 2007.
- Önder, Ayhan*, Die Entwicklung und Rezeption des Straf- und Strafverfahrensrechts in der Türkei. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 70 (1958), S. 31–322.
- Öricü, Esin*, A General View of ‘Legal Families’ and of ‘Mixing Systems’. In: Esin Öricü/David Nelken (eds.), *Comparative Law. A Handbook*. Oxford 2007, S. 169–187.
- *Developing Comparative Law*. In: Esin Öricü/David Nelken (eds.), *Comparative Law. A Handbook*. Oxford 2007, S. 43–65.
- *Methodological Aspects of Comparative Law*. *European Journal of Law Reform* 8 (2007), S. 29–42.
- *Methodology of comparative law*. In: Jan M. Smits, *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. 2. Auflage Cheltenham 2012, S. 560–576.
- Öricü, Esin/Nelken, David* (eds.), *Comparative Law. A Handbook*. Oxford 2007.

- Paetow, Barbara*, Vergewaltigung in der Ehe. Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Vereinigten Staaten von Amerika. Freiburg 1986.
- Parisi, Francesco/Luppi, Barbara*, Quantitative methods in comparative law. In: Pier Giuseppe Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law*. Cheltenham 2012, S. 306–316.
- Patrignani, Emma*, Book Review of Pier Giuseppe Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham 2012. *Maastricht Journal of European and Comparative Law (MJECL)* 20 (2013), S. 549–553.
- Perron, Walter*, Rechtfertigung und Entschuldigung in rechtsvergleichender Sicht – unter besonderer Berücksichtigung des spanischen Strafrechts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 99 (1987), S. 902–923.
- Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht. Ein Strukturvergleich strafrechtlicher Zurechnungssysteme. Baden-Baden 1988.
 - Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands. Rechtsvergleichendes Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz. Freiburg 1995.
 - Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im System der Strafbarkeitsvoraussetzungen. In: Albin Eser/Haruo Nishihara (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung IV*. Ostasiatisch-deutsches Strafrechtssymposium Tokio 1993. Freiburg 1995, S. 67–92.
 - Überlegungen zum Erkenntnisziel und Untersuchungsgegenstand des Forschungsprojektes „Allgemeiner strafrechtlicher Strukturvergleich“. In: Jörg Arnold/Björn Burkardt/Walter Gropp/Hans-Georg Koch (Hrsg.), *Grenzüberschreitungen*. Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser. Freiburg 1995, S. 127–136.
 - Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit. In: Albin Eser/Haruo Nishihara (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung IV*. Ostasiatisch-deutsches Strafrechtssymposium Tokio 1993. Freiburg 1995, S. 143–154.
 - Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar? Überlegungen zu den strukturellen Voraussetzungen der Angleichung und Vereinheitlichung unterschiedlicher Rechtssysteme. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 109 (1997), S. 281–301.
 - Strafrechtsvereinheitlichung in Europa. In: Dieter Dörr/Meinrad Dreher (Hrsg.), *Europa als Rechtsgemeinschaft*. Baden-Baden 1997, S. 135–154.
 - Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft? In: Albin Eser/Ulrike Schittenhelm/Heribert Schumann (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*. München 1998, S. 227–247.
 - Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit. In: Albin Eser (Hrsg.), *Festschrift für Haruo Nishihara*. Baden-Baden 1998, S. 143–154.
 - Überlegungen zum Verhältnis von Strafrecht und Strafprozessrecht. In: Udo Ebert/Peter Rieß/Claus Roxin/Eberhard Wahle (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag*. Berlin 1999, S. 473–485.

- Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Notwehr. In: Jörg Arnold/Björn Burkhardt/Walter Gropp/Günter Heine/Hans-Georg Koch/Otto Lagodny/Walter Perron/Susanne Walther (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht*. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag. München 2005, S. 1019–1039.
 - Perspektiven der europäischen Strafrechtsintegration. In: Michael Hettinger/Jan Zopfs/Thomas Hillenkamp/Michael Köhler/Jürgen Rath/Franz Streng/Jürgen Wolter (Hrsg.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*. Heidelberg 2007, S. 429–441.
 - Operativ-funktionalistische oder kulturbezogene Strafrechtsvergleiche? In: Susanne Beck/Christoph Burchard/Bijan Fateh-Moghadam (Hrsg.), *Strafrechtsvergleiche als Problem und Lösung*. Baden-Baden 2011, S. 121–132.
 - Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im Völkerstrafrecht. In: Piotr Kardas/Tomasz Szoka/Włodzimierz Wróbel (Hrsg.), *Państwo Prawa i Prawo Karne* (Festschrift für Andrzej Zoll), Band II. Warschau 2012, S. 683–700.
 - Menschengerechter Strafprozess – Beweisverfahren und Bürgerinteressen im deutsch-amerikanischen Vergleich. In: Björn Burkhardt/Hans-Georg Koch/Walter Gropp/Otto Lagodny/Margret Spaniol/Susanne Walther/Alfred Künschner/Jörg Arnold/Walter Perron (Hrsg.), *Scripta amicitiae*. Freundschaftsgabe für Albin Eser zum 80. Geburtstag. Berlin 2015, S. 413–430.
- Pieth, Mark*, „Funktionale Äquivalenz“: Praktische Rechtsvergleichung und internationale Harmonisierung von Wirtschaftsstrafrecht. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSchwR)* 119 (2000), S. 477–489.
- Rabel, Ernst*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung (1924). In: Ernst Rabel, *Gesammelte Aufsätze*, Band III (hrsg. von Hans G Leser). Tübingen 1967, S. 1–21; auch abgedruckt in: Konrad Zweigert/Hans-Jürgen Puttfarcken (Hrsg.), *Rechtsvergleiche*. Darmstadt 1978, S. 85–108.
- Die Fachgebiete des Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht (1937), abgedruckt in: Ernst Rabel, *Gesammelte Aufsätze*, Band III (hrsg. von Hans G. Leser). Tübingen 1967, S. 180–234.
- Radbruch, Gustav*, Über die Methode der Rechtsvergleichung. *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform* 2 (1905/06), S. 422–425.
- *Der Mensch im Recht*. Göttingen 1957.
- Radzinowicz, Leon*, International Collaboration in Criminal Science. *The Law Quarterly Review* 58 (1942), S. 110–139.
- *The Roots of the International Association of Criminal Law and their Significance*. Freiburg 1991.
- Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard* (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford 2006.
- Reitz, John C.*, How to Do Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law* 46 (1998), S. 617–636.
- Rheinstein, Max*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*. 2. Auflage München 1987.
- Richers, Dominik*, Postmoderne Theorie in der Rechtsvergleichung? *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)* 67 (2007), S. 509–540.

- Roberts, Paul*, Comparative Law for International Criminal Justice. In: Esin Örucü/David Nelken (eds.), *Comparative Law. A Handbook*. Oxford 2007, S. 339–370.
- Rosenau, Henning*, Plea bargaining in deutschen Strafgerichtssälen: Die Rechtsvergleichung als Auslegungshilfe am Beispiel der Absprachen im Strafverfahren betrachtet. In: Hans-Ullrich Paeffgen/Martin Böse/Urs Kindhäuser/Stephan Stübinger/Torsten Verrel/Rainer Zaczyk (Hrsg.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe*. Berlin 2011, S. 1597–1609.
- Rösler, Hannes*, Rechtsvergleichung als Erkenntnisinstrument in Wissenschaft, Praxis und Ausbildung. *Juristische Schulung (JuS)* 6 1999, S. 1084–1089 und 1186–1191.
- Roxin, Claus*, Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft. In: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. München 2000, S. 369–395.
- Safferling, Christoph*, Diskussionsbemerkungen. In: Susanne Beck/Christoph Burchard/Bijan Fateh-Moghadam (Hrsg.), *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung*. Baden-Baden 2011, S. 307–311.
- Strafrechtsentwicklung in der EU – Konglomerat oder Synthese? In: Franz Streng/Gabriele Kett-Straub (Hrsg.), *Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich*. Tübingen 2012, S. 187–211.
- Sánchez-Ostiz, Pablo*, Strafrechtsexport nach bzw. -import in Spanien. In: Franz Streng/Gabriele Kett-Straub (Hrsg.), *Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich*. Tübingen 2012, S. 105–127.
- Satzger, Helmut*, *Die Europäisierung des Strafrechts*. Köln 2002.
- *Internationales und Europäisches Strafrecht*. 6. Auflage Baden-Baden 2013.
- Schmidt, Eberhard*, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. 3. Auflage Göttingen 1965.
- Scholten, Hans-Joseph*, *Das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit in § 7 StGB*. Freiburg 1995.
- Schomburg, Wolfgang/Lagodny, Otto/Gleiß, Sabine/Hackner, Thomas*, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*. 5. Auflage München 2012.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst*, *Strafgesetzbuch. Kommentar* (bearbeitet von Albin Eser u.a.), 28. Auflage München 2010; 29. Auflage München 2014.
- Schramm, Edward*, Die Verwendung strafrechtsvergleichender Erkenntnisse in der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH. In: Susanne Beck/Christoph Burchard/Bijan Fateh-Moghadam (Hrsg.), *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung*. Baden-Baden 2011, S. 155–178.
- Auf dem Weg zur Europäischen Staatsanwaltschaft. *Juristenzeitung (JZ)* 2014, S. 749–758.
- Schroeder, Friedrich-Christian*, Die Gliederung der Straftat in der Sowjetunion und in der DDR. In: Theo Vogler (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Band II. Berlin 1985, S. 1249–1264.
- Shubert, Katrin*, *Der Versuch – Überlegungen zur Rechtsvergleichung und Harmonisierung*. Berlin 2005.

- Schultz, Hans*, Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung. In: Hans-Heinrich Jescheck/Günther Kaiser (Hrsg.), Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie. Berlin 1980, S. 7–25.
- Schwarz, Axel/Degen, Sarah*, Zwischen angloamerikanischem Sendungsbewusstsein und kontinental-europäischer Tradition: Das neue Strafprozessrecht in Bosnien und Herzegowina. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 117 (2005), S. 458–474.
- Shany, Yuval*, Seeking Domestic Help. The Role of Domestic Criminal Law in Legitimizing the Work of International Criminal Tribunals. Journal of International Criminal Justice (JICJ) 11 (2013), S. 5–26.
- Sieber, Ulrich*, Kinderpornographie, Jugendschutz und Providerverantwortlichkeit im Internet: Eine strafrechtsvergleichende Untersuchung. Bonn 1999.
- Grenzen des Strafrechts. Strafrechtliche, kriminologische und kriminalpolitische Grundlagenfragen im Programm der Strafrechtlichen Forschungsgruppe am Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. In: Hans-Jörg Albrecht/Ulrich Sieber (Hrsg.), Perspektiven der strafrechtlichen Forschung. Amtswechsel am Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Berlin 2006, S. 35–79.
 - Strafrechtsvergleichung im Wandel – Aufgaben, Methoden und Theorieansätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft. In: Ulrich Sieber/Hans-Jörg Albrecht (Hrsg.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach. Kolloquium zum 90. Geburtstag von Hans-Heinrich Jescheck. Berlin 2006, S. 78–151.
 - Grenzen des Strafrechts – Grundlagen und Herausforderungen des neuen strafrechtlichen Forschungsprogramms am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 119 (2007), S. 1–68.
 - Rechtliche Ordnung in einer globalen Welt. Rechtstheorie 41 (2007), S. 151–198.
 - Die Zukunft des Europäischen Strafrechts. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 121 (2009), S. 1–67.
 - Hans-Heinrich Jescheck zum Gedächtnis. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 121 (2009), S. 813–828.
- Sieber, Ulrich/Brüner, Franz-Hermann/Satzger, Helmut/Heintschel-Heinegg, Bernd v.*, Europäisches Strafrecht. 2. Auflage Baden-Baden 2014.
- Sieber, Ulrich/Cornils, Karin* (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung. Allgemeiner Teil, Teilband 1: Grundlagen. Berlin 2009.
- Teilband 2: Gesetzlichkeitsprinzip – Internationaler Geltungsbereich – Begriff und Systematisierung der Straftat. Berlin 2008.
 - Teilband 3: Objektive Tatseite – Subjektive Tatseite – Strafbares Verhalten vor der Tatvollendung. Berlin 2008.
 - Teilband 4: Tatbeteiligung – Straftaten in Unternehmen, Verbänden und anderen Kollektiven. Berlin 2010.
 - Teilband 5: Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit – Aufhebung der Strafbarkeit – Verjährung. Berlin 2010.

- Sieber, Ulrich/Forster, Susanne/Jarvers, Konstanze* (eds.), National Criminal Law in a Comparative Legal Context. General Limitations on the application of criminal law, Band 2.1 Berlin 2011; Defining criminal conduct, Band 3.1 Berlin 2011.
- Sieber, Ulrich/Jarvers, Konstanze/Silverman, Emily* (eds.), National Criminal Law in a Comparative Legal Context. Introduction to National Systems, Band 1.1 und 1.2 Berlin 2013; Band 1.3 und 1.4 Berlin 2014.
- Siems, Matthias M.*, The End of Comparative Law. *The Journal of Comparative Law* 2:2 (2007), S. 133–149.
- Sinn, Arndt* (Hrsg.), Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität. Ein Rechtsvergleich zum Internationalen Strafrecht. Osnabrück 2012.
- Sözüer, Adem*, 10 Jahre Türkische Strafrechtsreform – Hoffnungen und Enttäuschungen. In: Björn Burkhardt/Hans-Georg Koch/Walter Gropp/Otto Lagodny/Margret Spaniol/Susanne Walther/Alfred Künschner/Jörg Arnold/Walter Perron (Hrsg.), *Scripta amicitiae*. Freundschaftsgabe für Albin Eser zum 80. Geburtstag. Berlin 2015, S. 143–157.
- Streng, Franz*, Strafrechtsexport als Strafrechtsimport – Zugleich rechtskulturvergleichende Hypothesen zu Deutschland und Japan. In: Franz Streng/Gabriele Kett-Straub (Hrsg.), *Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich*. Tübingen 2012, S. 1–22.
- Streng, Franz/Kett-Straub, Gabriele* (Hrsg.), *Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich*. Beiträge zur Evaluation deutschen „Strafrechtsexports“ als „Strafrechtsimport“. Tübingen 2012.
- Tellenbach, Silvia* (Hrsg.), *Das neue türkische Straf- und Strafprozessrecht*. Berlin 2008.
- Tiedemann, Klaus*, Der Allgemeine Teil des Strafrechts im Lichte der europäischen Rechtsvergleichung. In: Albin Eser/Ulrike Schittenhelm/Heribert Schumann (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*. München 1998, S. 411–434.
- Vom Nutzen der Rechtsvergleichung für das Wirtschaftsstrafrecht. In: Marcel Alexander Niggli/Nicolas Queloz (Hrsg.), *Strafjustiz und Rechtsstaat*. Symposium zum 60. Geburtstag von Franz Riklin und José Hurtado Pozo. Zürich 2003, S. 69–100.
 - Gegenwart und Zukunft des europäischen Strafrechts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 116 (2004), S. 945–958.
- Tochilovsky, Vladimir*, The Nature and Evolution of the Rules of Procedure and Evidence. In: Karim A.A. Khan/Caroline Buisman/Christopher Gosnell (eds.), *Principles of Evidence in International Criminal Justice*. Oxford 2010, S. 157–184.
- Triffterer, Otto* (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. 2. Auflage München 2008.
- Tschentscher, Axel*, Dialektische Rechtsvergleichung. *Juristenzeitung (JZ)* 2007, S. 807–816.
- Twining, William*, Comparative Law and Legal Theory: The Country and Western Tradition. In: Jan Edge (ed.), *Comparative Law in Global Perspective*. Ardsley, N.Y. 2001, S. 21–76.
- Uyterhoeven, Hugo*, *Richterliche Rechtsfindung und Rechtsvergleichung*. Bern 1959.

- Vogel, Joachim*, Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik. Goltammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2002, S. 517–534.
- Transkulturelles Strafrecht. Goltammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2010, S. 1–14.
 - Diskussionsbemerkungen: Instrumentelle Strafrechtsvergleichen. In: Susanne Beck/Christoph Burchard/Bijan Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichen als Problem und Lösung. Baden-Baden 2011, S. 205–212.
- Wang, Shi-Zhou*, The problem of justification and excuse in the criminal law. In: Albin Eser/Haruo Nishihara (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung IV. Ostasiatisch-deutsches Strafrechtskolloquium Tokio 1993. Freiburg 1995, S. 107–110.
- Watson, Alan*, The Making of the Civil Law. Cambridge/Mass. 1981.
- Watt, Gary*, Comparison as deep appreciation. In: Pier Giuseppe Monateri (ed.), Methods of Comparative Law. Cheltenham 2012, S. 82–103.
- Watt, Horatia Muir*, Further terrains for subversive comparison: the field of global governance and the public/private-divide. In: Pier Giuseppe Monateri (ed.), Methods of Comparative Law. Cheltenham 2012, S. 270–288.
- Watzek, Jens*, Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht. Eine Struktur-analyse der allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen aus deutscher Perspektive. Freiburg 1997.
- Weigend, Ewa*, Entwicklung und gegenwärtiger Stand der Strafrechtsdogmatik in Polen. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 90 (1978), S. 481–503.
- Das neue polnische Strafgesetzbuch von 1997. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 110 (1998), S. 114–142.
- Weigend, Thomas*, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen – Verlust an nationaler Strafrechtskultur? Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 105 (1993), S. 774–802.
- Grundsätze und Probleme des deutschen Auslieferungsrechts. Juristische Schulung (JuS) 2000, S. 105–111.
 - Zur Frage eines „internationalen“ Allgemeinen Teils. In: Bernd Schünemann/Hans Achenbach/Wilfried Bottke/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag. Berlin 2001, S. 1375–1399.
 - Diskussionsbemerkungen. In: Susanne Beck/Christoph Burchard/Bijan Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichen als Problem und Lösung. Baden-Baden 2011, S. 131–132.
 - Criminal law and criminal procedure. In: Jan M. Smits (eds.), Elgar Encyclopedia of Comparative Law. 2. Auflage Cheltenham 2012, S. 261–276.
 - Deutsches Völkerstrafrecht? Reflexionen internationalen Strafrechts in Deutschland – und umgekehrt. In: Franz Streng/Gabriele Kett-Straub (Hrsg.), Strafrechtsvergleichen als Kulturvergleich. Tübingen 2012, S. 213–232.
- Williams, Sharon A./Schabas, William A.*, Article 17: Issues of admissibility. In: Otto Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. 2. Auflage München 2008, S. 605–625.

- Wörner, Liane*, Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung am Beispiel eines strafrechtsvergleichenden Projektes mit der Türkei. In: Susanne Beck/Christoph Burchard/Bijan Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung. Baden-Baden 2011, S. 135–154.
- Zu Verankerungsmechanismen im Recht anhand des deutschen und des türkischen Strafrechts und Strafprozessrechts. In: Walter Gropp/Bahri Öztürk/Adem Sözüer/Liane Wörner (Hrsg.), Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung. Baden-Baden 2014, S. 567–603.
- Wynngaert, Christine van den*, Double Criminality as a Requirement to Jurisdiction. In: Nils Jareborg (ed.), Double Criminality. Studies in International Criminal Law. Uppsala 1989, S. 43–56.
- International Criminal Law. A Collection of International and European Instruments. Leiden, Boston 2005.
- Xingliang, Chen*, Die Wiedergeburt der chinesischen Strafrechtswissenschaft. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 124 (2012), S. 807–828.
- Yntema, Hessel E.*, Roman Law as the Basis of Comparative Law. In: Konrad Zweigert/Hans-Jürgen Puttfarcken (Hrsg.), Rechtsvergleichung. Darmstadt 1978, S. 162–185.
- Zeidler, Arne*, Der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit im Auslieferungsrecht. Hamburg 2008.
- Zitelmann, Ernst*, Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung (1900). In: Konrad Zweigert/Hans-Jürgen Puttfarcken (Hrsg.), Rechtsvergleichung. Darmstadt 1978, S. 11–17.
- Zumbansen, Peer*, Transnational comparisons: theory and practice of comparative law as a critique of global governance. In: Maurice Adams/Jacco Bomhoff (eds.), Practice and Theory in Comparative Law. Cambridge 2012, S. 186–211.
- Zweigert, Konrad*, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode. Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ) 15 (1949/50), S. 5–21.
- Zur Methode der Rechtsvergleichung. Studium Generale. Zeitschrift für die Einheit der Wissenschaften 13 (1960), S. 193–200.
 - Rechtsvergleichung. In: Karl Strupp/Hans-Jürgen Schlochauer (Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts, 3. Band. 2. Auflage Berlin 1962, S. 79–82.
 - Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ) 28 (1964), S. 601–643.
 - Die „praesumptio similitudinis“ als Grundsatzvermutung rechtsvergleichender Methode. In: Mario Rotondi (ed.), Inchieste di diritto comparato. Padua 1973, S. 735–758.
 - Die kritische Bewertung in der Rechtsvergleichung. In: Fritz Fabricius (Hrsg.), Law and International Trade. Festschrift für Clive M. Schmitthoff zum 70. Geburtstag. Frankfurt 1973, S. 403–420.

- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts, Band I: Grundlagen. 1. Auflage Tübingen 1971, 3. Auflage 1996.
- Zweigert, Konrad/Puttfarcken, Hans-Jürgen*, Zur Vergleichbarkeit analoger Rechtsinstitute in verschiedenen Gesellschaftsordnungen (1973). In: Konrad Zweigert/Hans-Jürgen Puttfarcken (Hrsg.), Rechtsvergleichung. Darmstadt 1978, S. 395–429.
- Zweigert, Konrad/Siehr, Kurt*, Jhering's Influence on the Development of Comparative Legal Method. *The American Journal of Comparative Law* 19 (1971), S. 215–231.

Anhang

Auswertungsbogen zu den Experteninterviews

Standardskala

(wird verwendet, wenn nicht anders angegeben)

- 1 = Eindeutig ja
- 2 = Tendenziell ja
- 3 = Unentschieden
- 4 = Tendenziell nein
- 5 = Eindeutig nein
- 6 = Frage erübrigt sich wegen vorausgegangener Antwort
- 7 = Rechtlich nicht möglich
- 8 = Frage nicht oder ausweichend beantwortet
- 9 = Protokoll enthält keine Angaben

1. Allgemeines

- | | |
|--------------------------------|---|
| 1.1 Land | <input type="checkbox"/> |
| 1 = Österreich (A) | |
| 2 = Schweiz (CH) | |
| 3 = Deutschland (D) | |
| 4 = Frankreich (F) | |
| 5 = England und Wales (GB) | |
| 6 = Italien (I) | |
| 7 = Portugal (P) | |
| 8 = Schweden (S) | |
| 1.2 Laufende Nummer | <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> |
| 1.3 Funktion | <input type="checkbox"/> |
| 1 = Erkennender Richter | |
| 2 = Untersuchungsrichter | |
| 3 = Rechtsmittelrichter | |
| 4 = Staatsanwalt | |
| 5 = Polizeibeamter | |
| 6 = Rechtsanwalt / Verteidiger | |
| 7 = Universitätsprofessor | |
| 8 = Dozent an Praktikerschule | |
| 1.4 Geschlecht | <input type="checkbox"/> |
| 1 = Weiblich | |
| 2 = Männlich | |
| 1.5 Berufserfahrung | |
| Angabe in Jahren | <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> |

2. Einstufung in das System der Tötungsdelikte	Var. 1	Var. 2	Var. 3	Var. 4
2.1 Stufenmodell der vorsätzlichen Tötung				
2.1.1 Stufenmodell	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
1 = Einstufig				
2 = Zweistufig				
3 = Dreistufig				
2.1.2 Ausgangstatbestand	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
1 = Schwere Fall (2- u. 3-stufige Modelle)				
2 = Mittlerer Fall (3-stufige Modelle)				
3 = Leichter Fall (2- u. 3-stufige Modelle)				
9 = Entfällt (1-stufiges Modell)				
2.2 Zuordnung des Falls				
2.2.1 Nach Einschätzung des Gesprächspartners (Standardskala)				
– Ausgangstatbestand	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Qualifikation	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Privilegierung	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
2.2.2 Prognose der gerichtlichen Einstufung				
– Ausgangstatbestand	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Qualifikation	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Privilegierung	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
2.2.3 Prognose d. Einstufung durch Anklagebehörde				
– Ausgangstatbestand	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Qualifikation	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Privilegierung	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
2.3 Subjektiver Tatbestand				
Wird der Tötungsvorsatz problematisiert?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

3. Strafausschließungsgründe	Var. 3	Var. 4
3.1 Notwehr		
3.1.1 Kommt in Betracht?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
3.1.2 Voraussetzungen erfüllt?		
– Insgesamt?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Notwehrsituation?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Intensität der Verteidigungshandlung?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Einschränkungen?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
3.1.3 Verzichtet Anklagebehörde auf Anklage?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
3.1.4 Wird das Gericht freisprechen?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
3.2 Notwehrexzess	Var. 3	Var. 4
3.2.1 Kommt Privilegierung in Betracht?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
3.2.2 Führt Exzess zu		
– Straffreiheit?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Strafminderung	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Herabstufung des Tatbestands (z.B. fahrl. Tötung)?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
3.2.3 Wird das Gericht wegen Exzess entscheiden auf		
– Straffreiheit?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Strafminderung	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Herabstufung des Tatbestands (z.B. fahrl. Tötung)?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
3.2.4 Verzichtet Anklagebehörde auf Anklage?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
3.3 Putativnotwehr (nur Variante 4)	Var. 4	
3.3.1 Scheitert Notwehr, weil T die Gefährlichkeit des Angriffs überschätzt?	<input type="checkbox"/>	
3.3.2 Kommt T ein solcher Irrtum zugute?		
– Straffreiheit?	<input type="checkbox"/>	
– Strafminderung?	<input type="checkbox"/>	
– Herabstufung des Tatbestands (z.B. fahrl. Tötung)?	<input type="checkbox"/>	
3.3.3 Wird das Gericht wegen des Irrtums entscheiden auf		
– Straffreiheit?	<input type="checkbox"/>	
– Strafminderung?	<input type="checkbox"/>	
– Herabstufung des Tatbestands (z.B. fahrl. Tötung)?	<input type="checkbox"/>	
3.3.4 Verzichtet Anklagebehörde auf Anklage?	<input type="checkbox"/>	

	Var. 1	Var. 2	Var. 3	Var. 4
3.4 Notstand				
3.4.1 Kommt Notstand in Betracht?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
3.4.2 Führt Notstand zur Straffreiheit?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
3.4.3 Verzichtet Anklagebehörde auf Anklage?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
3.4.4 Wird Gericht wegen Notstands freisprechen?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
3.5 Störung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit				
3.5.1 Naheliegend?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
3.5.2 Führt zur				
– Straffreiheit	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Strafminderung	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
3.6 Sonstige Strafausschließungsgründe				
Ist Straffreiheit aus anderen Gründen naheliegend?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

4. Den Strafraumen verändernde Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe	Var. 1	Var. 2	Var. 3	Var. 4
4.1 Strafschärfungsgründe				
– Vorbedacht, Kaltblütigkeit	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Ausnutzung der Wehrlosigkeit	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Ehegatte als Tatopfer	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Art des Tatwerkzeugs	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Andere	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
4.2 Strafmilderungsgründe				
– Seelische Belastung	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Verminderte Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Provokation durch das Tatopfer	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Gefahr weiterer Misshandlungen	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Andere	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
4.3 Strafraumhöhe				
4.3.1 Option 1				
– Mindeststrafe (in Monaten Freiheitsstrafe, lebenslange Freiheitsstrafe = 999)	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Höchststrafe	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Hier konkret anzuwenden? (Standardskala)	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
4.3.2 Option 2 (etc.)				
– Mindeststrafe (in Monaten Freiheitsstrafe, lebenslange Freiheitsstrafe = 888)	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Höchststrafe	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Hier konkret anzuwenden? (Standardskala)	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

5. Konkrete Sanktionsmessung (innerhalb des Strafrahmens)

5.1 Einfluss erschwerender und mildernder Faktoren

- 1 = Ausschlaggebend
- 2 = Starker Einfluss
- 3 = Mittlerer Einfluss
- 4 = Schwacher Einfluss
- 5 = Kein Einfluss
- 6 = Frage erübrigt sich wegen vorausgegangener Antwort
- 7 = Rechtlich nicht möglich
- 8 = Frage nicht oder ausweichend beantwortet
- 9 = Protokoll enthält keine Angaben

5.1.1 Erschwerende Faktoren

Var. 1 Var. 2 Var. 3 Var. 4

- Vorbedacht, Kaltblütigkeit
- Ausnutzung der Wehrlosigkeit
- Ehegatte als Tatopfer
- Art des Tatwerkzeugs
- Andere

5.1.2 Mildernde Faktoren

- Seelische Belastung
- Verminderte Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit
- Provokation durch das Tatopfer
- Gefahr weiterer Misshandlungen
- Andere

5.2 Konkrete Sanktionsprognose

5.2.1 Höhe der prognostizierten Freiheitsstrafe

5.2.1.1 Ansicht Gesprächspartner

- Untergrenze
- Obergrenze

5.2.1.2 Prognose Gerichtsentscheidung

- Untergrenze
- Obergrenze

5.2.2 Strafaussetzung zur Bewährung im Urteil?

Var. 1 Var. 2 Var. 3 Var. 4

5.2.2.1 Ansicht Gesprächspartner

- Vollständig
- Teilweise

5.2.2.2 Prognose Gerichtsentscheidung	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Vollständig	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Teilweise				
5.2.3 Vorzeitige Entlassung aus Haft				
5.2.3.1 Möglicher Zeitpunkt 1				
– Nach verbüßter Haftzeit (Angabe in %)	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Wahrscheinlichkeit	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
5.2.3.2 Möglicher Zeitpunkt 2				
– Nach verbüßter Haftzeit (Angabe in %)	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
– Wahrscheinlichkeit	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
5.2.4 Wahrscheinlichkeit substantieller Haftlocke- rungen (Standardskala)	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

6. Einfluss des Strafverfahrens (Fragen 6.1 bis 6.3 nur 1 Mal durch Landesberichterstatter zu beantworten)

6.1 Personen der Entscheidungsfinder

- 1 = Nur Laien
- 2 = Berufsrichter und Laien gemeinsam
- 3 = Nur Berufsrichter
- Bei Schuldspruch
- Bei Strafzumessung

6.2 Struktur der Beweisaufnahme

- 1 = Amtsermittlung durch Gericht
- 2 = Beweisvorführung durch Anklage und Verteidigung mit Ergänzungen durch aktives Gericht
- 3 = Beweisvorführung durch Anklage und Verteidigung bei weitgehend passivem Gericht

6.3 Anforderungen an Entscheidungsbegründung

- 1 = Keine Begründung erforderlich
- 2 = Nur oberflächlich, formelhaft
- 3 = Eingehende Begründung erforderlich

6.4 Beweisverfahren

Var. 1 Var. 2 Var. 3 Var. 4

6.4.1 Ist ein besonderer Aufwand an Beweisermittlungen und -erhebungen zu erwarten wegen

- Notwehr?
- Beeinträchtigung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit?
- Provokation?

6.4.2 Ist die Beiziehung eines psychiatrischen oder psychologischen Sachverständigen zu erwarten?

6.4.3 Anforderungen an Verteidigungseinreden bei

- Notwehr
- Beeinträchtigung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit?
- Provokation?

- 1 = Bloße Behauptung genügt
- 2 = Substantiierte Darlegung erforderlich
- 3 = Nachweis qualifizierter Wahrscheinlichkeit
- 4 = Volle Beweislast
- 7 = Einrede nicht möglich
- 8 = Frage nicht oder ausweichend beantwortet
- 9 = Protokoll enthält keine Angaben
(nur Angaben des Gesprächspartners, für alle Varianten gemeinsam)

Autoren und Herausgeber

Barth, Holger (1959)

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht. 1989–1993 Rechtsanwalt in Waldkirch und Freiburg. 1993–2000 wissenschaftlicher Assistent an der Universität Freiburg (Rechtswissenschaftliche Fakultät, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Strafrechtsvergleichung, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Albin Eser, M.C.J.) und wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg für das Landesreferat Frankreich. Autor/Coautor des Landesberichts Frankreich in: Perron (Hrsg.), *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrechts des Auslands* (1995); Eser, Überhofen (Hrsg.), *Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht* (1997); Gleß, Grote, Heine (Hrsg.), *Justitielle Einbindung und Kontrolle von Europol* (2001). Seit 2000 eigene Anwaltskanzlei in Freiburg mit Schwerpunkt Arzt- und Medizinrecht.

Cornils, Karin (1949)

Dr. jur., Dr. h.c. mult. (Stockholm, Bergen, Rovaniemi, Odense); geboren 1949 in Berlin. Studium der Rechtswissenschaften an der Freien Universität Berlin. Promotion 1977 über *Die Fremdrechtsanwendung im Strafrecht*. 1978–2010 wissenschaftliche Referentin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Leiterin des Referats „Nordische Länder“. Autorin und Mitherausgeberin zahlreicher Veröffentlichungen zum Straf- und Strafverfahrensrecht und zur Kriminalpolitik der nordischen Länder sowie zur Strafrechtsvergleichung; Übersetzungen des dänischen Strafgesetzes (mit Vagn Greve, 1. Aufl. 1997, 2. Aufl. 2001, 3. Aufl. 2009), des schwedischen Kriminalgesetzbuchs (mit Nils Jareborg, 2000), des finnischen Strafgesetzes (mit Dan Frände und Jussi Matikkala, 2006) und des norwegischen Strafgesetzes (mit Erling Johannes Husabø, 2014), jeweils mit einer Einführung in das Strafrecht des betreffenden Landes.

Eser, Albin (1935)

Prof. Dr. iur. (Würzburg); Dr. h.c. mult. (Krakau/Polen, Huancayo/Peru, Waseda Tokio/Japan), M.C.J. (New York University). Nach Professuren in Bielefeld (1970) und Tübingen (1974) von 1982 bis zu seiner Emeritierung Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Strafrechtsvergleichung an der Universität Freiburg und Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht. 1971–1988 im Nebenamt Richter an den Oberlandesgerichten Hamm/Westfalen und Stuttgart. 2004–2006 Richter am Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien in Den Haag. Danach Gastprofessuren in Kioto/Japan (2008), St. Louis/USA (2009), Haifa und Jerusalem/Israel (2011 bzw. 2013) und Hobart/Australien (2011). Verfasser und Mitherausgeber zahlreicher Monografien, Sammelbände und Aufsätze zum deutschen, ausländischen und internationalen Straf- und Strafverfahrensrecht, Medizinrecht und Umweltrecht. Unter anderem Mitherausgeber der „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“ und der Schriftenreihe „Rechtsvergleichende Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft“.

Gropengießer, Helmut (1961)

Prof. Dr. jur.; Studium der Rechtswissenschaft in Mannheim und Freiburg. 1988 und 1991 Erstes und Zweites juristisches Staatsexamen. 1988–1990 und 1991–1992 geprüfte wissenschaftliche Hilfskraft am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 1993–1999 wissenschaftlicher Assistent an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Strafrechtsvergleichung, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Albin Eser, M.C.J.). 1999–2005 Referent am Max-Planck-Institut mit Schwerpunkt

im Landesbereich Deutschland und im Völkerstrafrecht, zuletzt Referent für Spanien und Portugal. 2005 Zulassung als Rechtsanwalt, seit 2009 Kooperationspartner einer Freiburger Rechtsanwaltskanzlei. Seit 2006 Professor an der Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung in Brühl/Rheinland.

Huber, Barbara (1935)

Dr. jur.; bis 2000 wissenschaftliche Referentin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg für die Landesreferate Großbritannien, Irland, Australien, Kanada, Indien und Südafrika; 2001–2015 wissenschaftliche Mitarbeiterin. 1961 Promotion über die *Strafbarkeit des Versuchs im deutschen und angloamerikanischen Strafrecht*. Zahlreiche Veröffentlichungen zum Straf- und Strafverfahrensrecht Englands, Irlands, Nigerias und Südafrikas, sowie zum Europäischen Strafrecht, u.a. *Das Recht der Tötungsdelikte in Nigeria unter rechtsvergleichender Einbeziehung verwandter Rechte Afrikas* (1983); *Die Freiheitsstrafe in England und Wales* (1983). 1985–1999 Projektleiterin der *Strafrechtsentwicklung in Europa. Comparative Criminal Procedure* (1996, mit J. Hatcher und R. Vogler); *Criminal Procedure in Europe* (2008, hrsg. mit R. Vogler); *Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht* (1997, hrsg. mit A. Eser und M. Überhofen); *Rechtliche Initiativen gegen organisierte Kriminalität* (2001, hrsg. mit W. Gropp); *Corruption in the European Union* (2002, Hrsg.); *Private Commercial Bribery* (2003, hrsg. mit G. Heine und T.O. Rose). Auslandsaufenthalte an den Universitäten Cambridge (1979) und London (1991).

Hünnerfeld, Peter (1938–2011)

Prof. Dr. jur., Dr. h.c. (Coimbra); wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg. Habilitation 1977 für die Fächer deutsches und ausländisches Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Strafrechtsvergleichung. Arbeitsschwerpunkte im Strafrecht romanischer Länder. Lehrstuhlvertretungen in Deutschland, Gastdozentur in Coimbra, Lehraufträge für das Freiburger Frankreich-Zentrum. Von 1982 bis 1994 stellvertretender Generalsekretär der Internationalen Strafrechtsgesellschaft (AIDP). Veröffentlichungen: Monografien, u.a. *Strafrechtsdogmatik in Deutschland und Portugal. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Verbrechenslehre und ihrer Entwicklung in einem europäischen Zusammenhang* (1981) sowie Beiträge in in- und ausländischen Zeitschriften und Sammelbänden.

Jarvers, Konstanze (1964)

Dr. jur.; Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Heidelberg und Freiburg. 1995–1998 Tätigkeit in der Rechtsabteilung einer privaten Bank. Seit 1999 wissenschaftliche Referentin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Leiterin des Referats „Italien und Griechenland“. Promotion 2007 über *Massen- und Kleinkriminalität vor dem italienischen Friedensrichter*. Zahlreiche weitere Veröffentlichungen zum italienischen Straf- und Strafprozessrecht sowie zum deutschen Straf- und Strafprozessrecht in italienischer Sprache. Leitung der Projekte *Grenzen des Rechtsgüterschutzes bei der Strafbarkeit des Inzests* (2007, gemeinsam mit H.-J. Albrecht und U. Sieber) und *International Max Planck Information System for Comparative Criminal Law* (seit 2008, gemeinsam mit U. Sieber und E. Silverman)

Medigovic, Ursula (1952)

Prof. Dr.; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien, ab 1975 Universitätsassistentin am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien. 2001 Habilitation zum Thema *Die Unterbringung zurechnungsunfähiger geistig abnormer Rechtsbrecher gemäß § 21 Abs 1 StGB* (Orac). Ab Ende 2001 ao. Univ.-Professorin am

genannten Institut. 2004–2010 Professorin für Strafrecht und Strafprozessrecht am Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie der Universität Graz. 2010–2013 wiederum ao. Univ.-Professorin am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien. Forschungsschwerpunkte: das strafrechtliche Reaktionen- bzw Sanktionensystem, die freiheitsentziehenden vorbeugenden Maßnahmen, Wirtschaftsstrafrecht, Korruptionsstrafrecht, die Umsetzung europastrafrechtlicher Vorgaben ins innerstaatliche Strafrecht, Absprachen im Strafverfahren. Publikationen (Auswahl): *Das neue Delikt der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen gemäß § 159 StGB* (2003); *Bemerkungen zu verfahrensbeendenden Absprachen im Strafprozess*, in: Soyer (Hrsg), Strafverteidigung – Ringen um Fairness, Schriftenreihe der Vereinigung österreichischer StrafverteidigerInnen (2005); *Der Europäische Hafibefehl in Österreich. Eine Analyse der materiellen Voraussetzungen für eine Übergabe nach dem EU-JZG* (2006); *Der Europäische Hafibefehl in Österreich: Das neue Verfahren zur Erlassung und Vollstreckung eines Europäischen Hafibefehls*, in: Moos (Hrsg.), Festschrift für Roland Miklau zum 65. Geburtstag (2006); *Die gegenseitige Anerkennung von vermögensrechtlichen Sanktionen innerhalb der EU und ihre Umsetzung im österreichischen Justizstrafrecht – Das EU-JZG-ÄnderungsG 2007* (2008); gemeinsam mit Ch. Graf: Herausgabe der Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag (2004). Gemeinsam mit S. Reindl-Krauskopf: Strafrecht Allgemeiner Teil II (2013).

Perron, Walter (1956)

Prof. Dr. iur.; Studium der Rechtswissenschaft in Mannheim und Freiburg. 1982 und 1986 Erste und Zweite Juristische Staatsprüfung, Promotion 1986 und Habilitation 1993 in Freiburg. 1993–1995 Professor (C 3) an der Universität Konstanz, 1995–2003 Professor (C 4) an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz, seit 2003 Professor (C 4) für Strafrecht, Strafprozessrecht und Strafrechtsvergleichung an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Seit 2006 auswärtiges wissenschaftliches Mitglied des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht; 2010–2013 geschäftsführender Direktor des Freiburger Centre for Security and Society. Veröffentlichungen zum Allgemeinen und Besonderen Teil des Strafrechts (u.a. Kommentierung der Vorschriften zu Notwehr und Notstand sowie Betrug und Untreue im StGB-Kommentar Schönke/Schröder), zum Strafprozessrecht sowie zum ausländischen Strafrecht und zur Strafrechtsvergleichung.

Vest, Hans (1956)

Prof. Dr. iur.; Studium der Rechtswissenschaft in Basel und Berlin. 1980 Lizentiat, 1985 Promotion und 2000 Habilitation in Basel. 1986–1999 Verhörrichter, Untersuchungsbeamter und Anwalt. 1995–1996 Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg. 1997–2000 Assistenzprofessor Universität Basel; 2000–2007 Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht mit besonderer Berücksichtigung des Wirtschaftsstrafrechts an der Universität St. Gallen; seit 2007 Ordinarius für Strafrecht, Völkerstrafrecht und Rechtstheorie an der Universität Bern. Veröffentlichungen zum Allgemeinen und Besonderen Teil des Strafrechts (u.a. Vorsatznachweis und materielles Strafrecht, 1986; Kommentierungen in Ehrenzeller, Die schweizerische Bundesverfassung, 2. Aufl. 2014; Schubarth, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, 2007; Trechsel/Pieth, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2013), zum Strafprozessrecht (u.a. Kommentierungen in Niggli/Heer/Wiprächtiger, Basler Kommentar zur StPO/JStPO, 2. Aufl. 2014) sowie zum Völkerstrafrecht (u.a. Genozid durch organisatorische Machtapparate 2002; Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen? 2006, Völkerrechtsverbrechen verfolgen 2011; Kommentierungen in Vest et al., Die völkerstrafrechtlichen Bestimmungen des StGB, 2014).

Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht

Die zentralen Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht werden in Zusammenarbeit mit dem Verlag Duncker & Humblot in den folgenden vier Unterreihen der „Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht“ vertrieben:

- „Strafrechtliche Forschungsberichte“,
- „Kriminologische Forschungsberichte“,
- „Interdisziplinäre Forschungen aus Strafrecht und Kriminologie“ sowie
- „Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung“.

Diese Publikationen können direkt über das Max-Planck-Institut unter <www.mpicc.de> oder über den Verlag Duncker & Humblot unter <www.duncker-humblot.de> erworben werden.

Darüber hinaus erscheinen im Hausverlag des Max-Planck-Instituts in der Unterreihe „research in brief“ zusammenfassende Kurzbeschreibungen von Forschungsergebnissen und in der Unterreihe „Arbeitsberichte“ Veröffentlichungen vorläufiger Forschungsergebnisse. Diese Veröffentlichungen können über das Max-Planck-Institut bezogen werden.

Detaillierte Informationen zu den einzelnen Publikationen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht sind unter <www.mpicc.de> abrufbar.

The main research activities of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law are published in the following four subseries of the “Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht” (Research Series of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law), which are distributed in cooperation with the publisher Duncker & Humblot:

- “Strafrechtliche Forschungsberichte” (Reports on Research in Criminal Law),
- “Kriminologische Forschungsberichte” (Reports on Research in Criminology),
- “Interdisziplinäre Forschungen aus Strafrecht und Kriminologie” (Reports on Interdisciplinary Research in Criminal Law and Criminology), and
- “Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung” (Collection of Foreign Criminal Laws in German Translation).

These publications can be ordered from the Max Planck Institute at <www.mpicc.de> or from Duncker & Humblot at <www.duncker-humblot.de>.

Two additional subseries are published directly by the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law: “research in brief” contains short reports on results of research activities, and “Arbeitsberichte” (working materials) present preliminary results of research projects. These publications are available at the Max Planck Institute.

Detailed information on all publications of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law can be found at <www.mpicc.de>.



Auswahl aus dem strafrechtlichen Forschungsprogramm:

- S 151 *Emmanouil Billis*
Die Rolle des Richters im adversatorischen und im inquisitorischen Beweisverfahren
Modelltheoretische Ansätze, englisches und deutsches Beweisführungssystem, internationalrechtliche Dimensionen
2015 • 503 Seiten • ISBN 978-3-86113-804-4 € 44,00
- S 150 *Ulrich Sieber / Benjamin Vogel*
Terrorismusfinanzierung
Prävention im Spannungsfeld von internationalen Vorgaben und nationalem Tatstrafrecht
2015 • 237 Seiten • ISBN 978-3-86113-805-1 € 35,00
- S 149 *Stefan Drackert*
Die Risiken der Verarbeitung personenbezogener Daten
Eine Untersuchung zu den Grundlagen des Datenschutzrechts
2014 • 338 Seiten • ISBN 978-3-86113-806-8 € 35,00
- S 148 *Harald Weiß*
Haft ohne Urteil
Strafprozessuale Freiheitsentziehungen im deutsch-französischen Vergleich
2015 • 891 Seiten • ISBN 978-3-86113-807-5 € 60,00
- S 147 *Lennart M. Hügel*
Strafbarkeit der Anschlagsvorbereitung durch terroristische Einzeltäter und deren Unterstützer
Eine rechtsvergleichende Untersuchung anhand der deutschen und amerikanischen Rechtsordnung
2014 • 260 Seiten • ISBN 978-3-86113-808-2 € 35,00
- S 146 *Jon Petter Rui / Ulrich Sieber (eds.)*
Non-Conviction-Based Confiscation in Europe
Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction
2015 • 306 Seiten • ISBN 978-3-86113-809-9 € 40,00
- S 145 *Xenia Lang*
Geheimdienstinformationen im deutschen und amerikanischen Strafprozess
2014 • 400 Seiten • ISBN 978-3-86113-811-2 € 41,00
- S 144 *Michael Albrecht*
Die Kriminalisierung von Dual-Use-Software
2014 • 297 Seiten • ISBN 978-3-86113-812-9 € 40,00



Auswahl aus dem strafrechtlichen Forschungsprogramm:

- S 128.1.1 *Ulrich Sieber / Konstanze Jarvers / Emily Silverman* (eds.)
National Criminal Law in a Comparative Legal Context
Volume 1.1: Introduction to National Systems
2013 • 314 Seiten • ISBN 978-3-86113-822-8 € 40,00
- S 128.1.2 Volume 1.2: Introduction to National Systems
2013 • 363 Seiten • ISBN 978-3-86113-826-6 € 43,00
- S 128.1.3 Volume 1.3: Introduction to National Systems
2014 • 297 Seiten • ISBN 978-3-86113-818-1 € 40,00
- S 128.1.4 Volume 1.4: Introduction to National Systems
2014 • 391 Seiten • ISBN 978-3-86113-810-5 € 43,00
- S 128.2.1 *Ulrich Sieber / Susanne Forster / Konstanze Jarvers* (eds.)
National Criminal Law in a Comparative Legal Context
Volume 2.1: General limitations on the application
of criminal law
2011 • 399 Seiten • ISBN 978-3-86113-834-1 € 43,00
- S 128.3.1 Volume 3.1: Defining criminal conduct
2011 • 519 Seiten • ISBN 978-3-86113-833-4 € 46,00
- S 114.1 *Ulrich Sieber/Karin Cornils* (Hrsg.)
Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung
– Allgemeiner Teil –
Band 1: Grundlagen
2009 • 790 Seiten • ISBN 978-3-86113-849-5 € 55,00
- S 114.2 Band 2: Gesetzlichkeitsprinzip – Internationaler Geltungs-
bereich – Begriff und Systematisierung der Straftat
2008 • 470 Seiten • ISBN 978-3-86113-860-0 € 41,00
- S 114.3 Band 3: Objektive Tatseite – Subjektive Tatseite –
Strafbares Verhalten vor der Tatvollendung
2008 • 490 Seiten • ISBN 978-3-86113-859-4 € 41,00
- S 114.4 Band 4: Tatbeteiligung – Straftaten in Unternehmen,
Verbänden und anderen Kollektiven
2010 • 527 Seiten • ISBN 978-3-86113-842-6 € 45,00
- S 114.5 Band 5: Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit –
Aufhebung der Strafbarkeit – Verjährung
2010 • 718 Seiten • ISBN 978-3-86113-841-9 € 55,00