

ten (und dies, obwohl das Urteil des SchöffG „als gegenstandslos aufzuheben“<sup>84</sup> war). Richtigerweise handelt es sich hierbei um eine *Analogie zu § 331*, da das LG ja insgesamt erstinstanzlich zu verhandeln hat<sup>85</sup>, mithin das „Substrat“ für die *direkte* Anwendung des § 331 fortgefallen ist.

Mit Blick auf die Ausführungen unter III 3 ist dieser Entscheidung i. E. zuzustimmen.

Auch könnte das Urteil Anlaß dazu geben, die m. E. abzulehnende<sup>86</sup> Auffassung (insbesondere) der Rechtsprechung<sup>87</sup> neu zu überdenken, § 331 bewirke eine wie auch immer geartete Teilrechtskraft, macht der BGH doch (in der hiesigen Entscheidung) die Verbindung analog § 4 u. a. davon abhängig, daß „keine Teilrechtskraft eingetreten“<sup>88</sup> ist.

Die unterlassene Kennzeichnung der Analogie zu § 331 weist auf zwei weitere dogmatisch-begriffliche „Angriffspunkte“ hin, die in der Auseinandersetzung mit der Judikatur beachtet werden sollten: Hatte das LG noch eine Verbindung „gem. § 4“ angenommen<sup>89</sup>, so korrigiert der BGH dies in seinem Urteil<sup>90</sup> zutreffend. Dies könnte zumindest auf ein diesbezüglich z. Zt. noch wenig ausgeprägtes Problembewußtsein (bei den Tatgerichten) hindeuten<sup>91</sup>.

Weiterhin führt der BGH<sup>92</sup> unter Hinweis auf Meyer-Goßner<sup>93</sup> aus, das Urteil des SchöffG sei „als gegenstandslos aufzuheben“. Bisher fehlt dafür hier wie anderswo eine tragfähige dogmatische Fundierung (*Materiell* wirkende Aufhebung als *Folge* einer lediglich *prozessualen* Verbindung?). § 328 I bzw. II läßt sich jedenfalls nicht heranziehen<sup>94</sup>.

### 3. Strafprozeßrecht als angewandtes Verfassungsrecht

Der Gesetzesvorbehalt<sup>95</sup> (vgl. schon oben II 2 a) und c) bzw. IV mag vielleicht nicht zu einer „Verrechtlichungs-ekstase“<sup>96</sup> zwingen; hat sich jedoch schon der Gesetzgeber von 1877 zu einer exakten Zuständigkeitsregelung in VVG und StPO veranlaßt gesehen, so sollte die Judikative sich in diesem Bereich einer eigenen Rechtssetzung durch Analogiebildung enthalten. Der Rechtsprechung kann und soll ihre Aufgabe und Befugnis zu schöpferischer Rechtsfindung nicht bestritten werden<sup>97</sup>. Um mit dem BVerfG<sup>98</sup> zu sprechen, gilt es jedoch, die Grenzen zu bestimmen, die dieser Kompetenz „mit Rücksicht auf den (...) unverzichtbaren Grundsatz der Gesetzesbindung der Rechtsprechung gezogen werden müssen“<sup>99</sup>. Diese Grenzen sind vorliegend überschritten<sup>100</sup>.

## Vortragsveranstaltung der Juristischen Gesellschaft zu Berlin:

### Die Effektivität von Recht als Rechtsproblem

In seinem Vortrag vom 17. März 1993 erörterte Prof. Dr. Brun-Otto Bryde (Universität Gießen) die Auswirkung von Effektivitätsdefiziten bei gesetzten Rechtsnormen auf deren Gültigkeit bis hin zur Verfassungsmäßigkeit. Zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen machte der Referent das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Zinsbesteuerung, das bei seiner allgemeinen Akzeptanz vergessen mache, in welch' revolutionärer Weise die Grundsätze „keine Gleichheit im Unrecht“ und „kein

Recht auf Fehlerwiederholung“ über Bord geworfen würden, nur um eine gleichmäßige Besteuerung zu erreichen. Rechtssoziologisch betrachtet sei ein Vollzugsdefizit einer Norm eher die Regel als die Ausnahme. Dem Recht stelle sich vielfach abweichendes Verhalten entgegen. Recht sei immer kontingentes Recht; Devianz ein notwendiger Integrationsfaktor. Zum einen bewiesen bereits kriminologische Forschungen (Jugend- und Umweltstrafrecht), daß Aufklärungsquoten gering, Sanktionsquoten noch geringer seien. Darüber hinaus seien viele Gesetze nur selektiv.

Sodann wandte sich Bryde der Funktion ineffektiven Rechts zu: Es diene der symbolischen Bestätigung von Werten und werde deshalb vom Gesetzgeber — wenn auch nicht im Sinne eines strafrechtlich faßbaren Vorsatzes — bewußt symbolisch gesetzt. Dies führe gerade in einem Rechtsstaat zu Gleichheitsproblemen. Der Grundsatz „kein Recht auf Fehlerwiederholung“ werde von der Bevölkerung vielfach als ungerecht empfunden. Demgegenüber habe das Bundesverfassungsgericht in seiner Abtreibungsentscheidung die symbolische Bedeutung von Recht hervorgehoben. Wenn das Indikationsmodell dieselbe Wirkung habe wie das Fristenmodell, dann fordere das Bundesverfassungsgericht gerade eine symbolische Rechtsetzung. Zwar führe die Androhung von Strafe zur gesellschaftlichen Ächtung, aber die symbolische Wirkung sei vom Vollzug der Norm nicht unabhängig. Die daraus folgende Konsequenz, daß auch ineffektives Recht angewandt werde, sei gefährlich, da dieses durch die Anwendung ungerecht werde. Dies führe aber nicht zwangsläufig zur Verfassungswidrigkeit ineffektiven Rechts; da der Gesetzgeber seine Gesetze im Zweifel ernst nehme, habe vielmehr eine verfassungskonforme Auslegung stattzufinden. Zurückkommend auf das Urteil zur Zinsbesteuerung führte Bryde aus, daß das Vollzugsdefizit hier nicht dem Gesetz entspringe, son-

<sup>84</sup> BGHSt. 38, 300, 301 f. = MDR 1992, 888.

<sup>85</sup> Vgl. dazu schon oben II 2 c) vor Fn. 23.

<sup>86</sup> Vgl. u. a. Hanack, JZ 1973, 660; Kl./M./Meyer-Goßner (o. Fn. 8), § 331, Rdn. 2.

<sup>87</sup> Vgl. u. a. BGH NJW 1979, 936; BGH GA 1970, 84.

<sup>88</sup> BGHSt. 38, 300, 301 = MDR 1992, 888; freilich war mit diesem Begriff (bisher) nur die Teilrechtskraft im *Schuldspruch* gemeint; vgl. Schlüchter (o. Fn. 79), § 237, Rdn. 18. Eine Klarstellung wäre jedoch trotzdem geboten.

<sup>89</sup> So jedenfalls in der BGHSt. 38, 300, 301 = MDR 1992, 888 mitgeteilte Sachverhalt.

<sup>90</sup> BGHSt. 38, 300, 301 = MDR 1992, 888.

<sup>91</sup> Dementsprechend häufig muß sich der BGH z. Zt. mit Art. 10112 GG befassen (vgl. zuletzt BGH NJW 1993, 197 m. w. N.). Tieferliegend könnte hier jedoch auch ein Prozeß der „Verrechtlichung durch Sprache“ zu beobachten sein; vgl. dazu Bussmann, Die Entdeckung der Informalität, 1991, 218 f. und öfter.

<sup>92</sup> BGHSt. 38, 300, 301 f. = MDR 1992, 888; vgl. schon Bringewat (o. Fn. 10).

<sup>93</sup> DRiZ 1990, 284, 285.

<sup>94</sup> Vgl. freilich BGHSt. 21, 245 = NJW 1967, 1576; vgl. auch Meyer-Goßner (o. Fn. 8), § 328, Rdn. 5. Diese Unstimmigkeit verstärkt jedoch letztlich nur die dem geltenden Rechtsmittelsystem (dazu oben unter IV) und -verständnis (Kassation durch Reformation) innewohnende Tendenz, erstinstanzlichen (insbesondere amtsgerichtlichen) Entscheidungen ihren Eigenwert abzusprechen; vgl. dazu — wenn auch zur ZPO und mit einem anderen Grundverständnis — Gilles, Humane Justiz, 1977, 153 ff., 166; Weitzel, JuS 1992, 627, 628, beide m. w. N.

<sup>95</sup> Vgl. jüngst Rogall, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozeßrecht, 1992, 1 ff., 11 ff.

<sup>96</sup> Kloepfer, JZ 1984, 689; vgl. dazu auch Rogall (o. Fn. 95), 8 ff.

<sup>97</sup> Vgl. jüngst Teysen, Legislative und Judikative im Strafverfahren, 1992, 7 ff., 180 ff., 198 ff.; als Beispiele aus neuester Zeit seien genannt BGH VIII ARZ 6/92, Beschl. v. 13. 1. 1993 = NJW 1993, 999 ff. (ergangen auf Vorlagebeschl. des BayObLG NJW 1993, 137); BGH 1 StR 534/92, Urt. v. 17. 11. 1992 = StV 1993, 193 ff.; weitere Beispiele in Fn. 99.

<sup>98</sup> BVerfGE 34, 269, 286 ff., 288.

<sup>99</sup> Dazu Kortgen, Probleme des Gewohnheitsrechts, 1993, 219 ff.; zum Richterrecht jüngst auch BVerfG NJW 1993, 996 f. einerseits und BVerfG NJW 1993, 997 ff. andererseits.

<sup>100</sup> Vgl. auch Schlüchter (o. Fn. 79), § 237, Rdn. 9; Kost, Verbindung und Trennung von Strafverfahren, 1989, 136 ff., 140 ff., 232 f., mit dessen Diss. sich auch Schlüchter (o. Fn. 79) in ihrer Kommentierung des § 237 intensiv und überwiegend zustimmend befaßt. Bei Kost (aaO, 214 ff.) finden sich auch umfangreiche Vorschläge de lege ferenda.