

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

---

Band 31

**Fragestellung, Abstimmungsverfahren  
und Abstimmungsgeheimnis  
im Strafverfahren**

Von

**Georg Mellinshoff**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**GEORG MELLINGHOFF**

**Fragestellung, Abstimmungsverfahren  
und Abstimmungsgeheimnis im Strafverfahren**

# **Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft**

**Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster durch die Professoren  
Dr. Hans-Uwe Erichsen Dr. Helmut Kollhosser Dr. Jürgen Welp**

**Band 31**

**Fragestellung, Abstimmungs-  
verfahren und Abstimmungsgeheimnis  
im Strafverfahren**

**Von  
Dr. Georg Mellinghoff**



**Duncker & Humblot · Berlin**

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Mellinghoff, Georg:**

Fragestellung, Abstimmungsverfahren und  
Abstimmungsgeheimnis im Strafverfahren / von Georg

Mellinghoff. – Berlin: Duncker u. Humblot, 1988

(Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft; Bd. 31)

Zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 1987

ISBN 3-428-06503-4

NE: GT

D 6

Alle Rechte vorbehalten

© 1988 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Druck: Werner Hildebrand, Berlin 65

Printed in Germany

ISBN 3-428-06503-4

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	11
<i>1. Teil</i>	
<b>Der äußere Ablauf von Beratungs- und Abstimmungsverfahren</b>	
I. Entscheidungsfindung im „Umlaufverfahren“ .....	14
II. Ort von Beratung und Abstimmung .....	16
III. Zeitpunkt von Beratung und Abstimmung .....	17
1. „Vorberatung“ .....	18
2. „Nachberatung“ .....	18
<i>2. Teil</i>	
<b>Fragestellung im strafrichterlichen Kollegium</b>	
A. Die bisher vorgeschlagenen Abstimmungsthemata .....	22
I. Mögliche Bezugspunkte der Abstimmung .....	23
II. Für die Tatsacheninstanz vorgeschlagene Fragen .....	27
1. Abstimmung über die Schuldfrage iSd § 263 StPO .....	27
a) Fragestellung im Schwurgericht .....	27
b) Abstimmung über die Schuldfrage in Schöffengerichten und Straf- kammern .....	30
aa) Unbestrittener Kern der (einheitlichen) Schuldfrage .....	31
bb) Abstrakte Rechtsfrage .....	32
cc) Objektive Bedingungen der Strafbarkeit .....	32
dd) Besondere Umstände iSd § 263 II StPO .....	33
ee) Konkurrenzen und Wahlfeststellung .....	36
2. Fragestellung hinsichtlich der Rechtsfolgen der Tat .....	38
3. Abstimmung über Verfahrenshindernisse .....	41
4. Fragestellung in sonstigen Fällen .....	44
III. Abstimmungsmethode in der Revisionsinstanz .....	46

B. Die bisherigen Begründungsversuche . . . . .	51
I. Argumente für ein punktuelles Abstimmen . . . . .	52
1. Einheitlichkeit der Rechtsordnung und -anwendung . . . . .	52
2. Hinweis auf Einzelmomente . . . . .	53
3. Pflicht zur Begründung der Entscheidung . . . . .	54
4. Logisches Voranschreiten von Prämisse zu Prämisse . . . . .	58
a) Kollegium als ideale Einheit . . . . .	59
b) Fortschreitende Feststellung der einzelnen tatsächlichen und rechtlichen Prämissen . . . . .	59
c) Abstimmung nach Elementen und Bindungswirkung . . . . .	63
II. Argumente für Ergebnisabstimmung . . . . .	69
1. Richterliche Entscheidung als „volitiver Denkkakt“ . . . . .	69
2. Zu beurteilender Sachverhalt als „unteilbares Ganzes“ . . . . .	71
3. Der Grundsatz „in dubio pro reo“ . . . . .	73
4. Ziel der Abstimmung: ein mehrheitlich gewolltes Ergebnis . . . . .	74
a) Relativität des Ergebnisbegriffs . . . . .	76
b) Mögliche Urteilsformel . . . . .	77
c) Jeder Punkt von „Besonderem Entscheidungswert“ . . . . .	80
aa) Formelle Kriterien . . . . .	81
bb) Materielle Kriterien . . . . .	82
C. Grundlagen der eigenen Lösung . . . . .	84
I. Ratio und Vorteile des Kollegialsystems . . . . .	84
II. Normative Dimension (straf-)richterlicher Entscheidungen . . . . .	85
1. Bindung des Richters an Gesetz und Recht . . . . .	86
2. Auswirkungen der Gesetzesbindung auf die Entscheidungsgewinnung . . . . .	88
a) Logische Struktur eines (vollständigen) Rechtssatzes . . . . .	89
b) Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung . . . . .	92
III. Allgemeine Konsequenzen für die Fragestellung . . . . .	94
1. Der Syllogismus der Rechtsfolgenbestimmung als Frageobjekt . . . . .	94
2. Notwendige Bestandteile einer jeden Frage . . . . .	99
a) Der Tatbestand des vollständigen Rechtssatzes . . . . .	99
b) Die zu subsumierenden Tatsachen . . . . .	103
c) Die potentielle Rechtsfolge . . . . .	106

3. Fragestellung bei Alternativentscheidungen	106
a) Der Inhalt der Fragen	107
b) Probleme der Stimmenzählung	110
IV. Quantitative Entscheidungen aufgrund eines normativen Zweckprogramms	111
D. Konsequenzen für Fragestellung und Abstimmung im Strafverfahren	111
I. Fragestellung in der Tatsacheninstanz	112
1. Formale Prozeßentscheidungen	112
a) Verfahrenshindernisse	112
b) Einstellungen und Beschränkungen gemäß §§ 153 ff. StPO	114
2. Schuldfrage	115
a) Tatbestand im weiteren Sinne	116
aa) Unrechtstatbestand	116
bb) Objektive Strafbarkeitsbedingungen	117
cc) Persönliche Strafausschließungsgründe	118
dd) Persönliche Strafaufhebungsgründe	118
ee) Qualifizierungen, Privilegierungen	120
b) Verschiedene Schuldspruchmöglichkeiten	122
c) Wahlfeststellung	123
3. Straffrage	123
a) Strafschärfungen und -milderungen	124
b) Konkurrenzen	126
c) Haupt- und Nebenstrafe	127
4. Sonstige Rechtsfolgen der Tat	127
5. Kosten- und Auslagenentscheidung	128
6. Sonstige prozessuale Entscheidungen	129
a) Ablehnung eines Beweisantrags	129
b) Vereidigung eines Zeugen	130
c) Strafprozessuale Zwangsmaßnahmen	130
II. Abstimmung im Revisionsverfahren	131
1. Zulässigkeit der Revision	132
2. Formale Prozeßentscheidungen	132
3. Abstimmung über die Aufhebung des Urteils	132
a) Verfahrensrügen	133
b) Sachrüge	133



4. Eigene Sachentscheidung und Zurückverweisung	136
a) Schuldspruchberichtigung	136
b) Zurückverweisung	137
E. Reihenfolge der Fragen	137
I. In der Tatsacheninstanz	137
II. In der Revisionsinstanz	141
F. Die erforderlichen Mehrheiten	142
I. Zweidrittelmehrheit in der Tatsacheninstanz	144
1. Schuld- und Rechtsfolgenfrage	144
2. Prozessuale Fragen mit doppelrelevanten Tatsachen	145
3. Prozessuale Entscheidungen mit materiell-rechtlicher Funktion	147
II. Qualifizierte Mehrheiten in der Revisionsinstanz	149

### 3. Teil

<b>Rechtsschutzmöglichkeiten bei fehlerhafter Abstimmung und Beratungsgeheimnis</b>	152
I. Bisherige Lösungsversuche	153
1. Inhalt und Umfang des Beratungsgeheimnisses	153
2. Ausnahmen vom Grundsatz der Schweigepflicht	154
a) Pflichtenkollision	154
b) Wahrheitspflicht der Urteilsbegründung	157
II. Eigener Lösungsvorschlag	160
1. Umfang der Schweigepflicht nach § 43 DRiG	160
a) „Hergang bei Beratung und Abstimmung“	160
b) Systematik	161
aa) Stellung innerhalb des DRiG	161
bb) lex imperfecta	162
cc) Verhältnis zu anderen Verfahrensvorschriften	162
c) Entstehungsgeschichte	164
aa) Beratungen zu § 198 GVG	165
bb) Beratungen zu § 43 DRiG	166
d) Sinn und Zweck des „Beratungsgeheimnisses“	168
aa) „Autorität des Richterspruchs“	169
bb) Richterliche Unbefangenheit	172

2. Konsequenzen .....	175
a) Darstellung von Abstimmungsverhältnis und -verfahren in den Urteilsgründen .....	175
b) Meinungsverschiedenheiten über die Urteilsbegründung .....	178
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>181</b>



„Die entscheidenden Riten der Rechtsprechung werden im Beratungszimmer zelebriert.“

*Calamandrei* (Lob der Richter)

## Einleitung

Die Vorschriften über „Beratung und Abstimmung“ im gerichtlichen Verfahren (§§ 192 – 197 GVG) führen selbst bei den praktisch tätigen Juristen heute mehr denn je ein Schattendasein.<sup>1</sup> Dies ist umso erstaunlicher, als es sich bei diesem Prozeßabschnitt um den verfahrensmäßigen Höhepunkt der Entscheidungsfindung handelt.

Vom Gesetzgeber weder im GVG noch in den einzelnen speziellen Verfahrensordnungen ausdrücklich geregelt ist die Art der Fragestellung, der Gegenstand der zur Abstimmung zu stellenden Fragen. Obwohl die Fragestellung auch nach Ansicht der Verfasser des Entwurfs des Gerichtsverfassungsgesetzes in die Sachentscheidung selbst hineingreife, für diese präjudizierlich sein könne, welche Fragen gestellt, wie dieselben gefaßt und in welcher Reihenfolge sie zur Abstimmung gebracht werden,<sup>2</sup> hat sich der Gesetzgeber insoweit einer ausdrücklichen Bestimmung enthalten: Einesteils wurde ein praktisches Bedürfnis für entsprechende Normen verneint; andernteils wollte der Gesetzgeber nicht durch definitive Bestimmungen in den damals offenen Streit über „Abstimmung nach Gründen“ oder „Abstimmung nach dem Resultat“ eingreifen.<sup>3</sup> In der *zivilprozeßrechtlichen* Literatur setzte sich rasch und ohne größere Diskussion die Auffassung durch, daß bei Meinungsverschiedenheiten innerhalb eines Kollegiums über jede Prozeßvoraussetzung, über alles, was Gegenstand einer gesonderten (Zwischen-)Entscheidung nach außen werden könne,<sup>4</sup> über jede zur Begründung oder Abwehr eines Anspruchs geltend gemachte Tatsache (gegebenenfalls auch über ihre Erheblichkeit und darüber, ob sie bewiesen sei) getrennt abgestimmt werden müsse.<sup>5</sup> Diese Art

---

<sup>1</sup> Daß dies für das Gerichtsverfassungsrecht insgesamt gilt, beklagt zu Recht: Kissel S.V.

<sup>2</sup> Hahn GVG Bd. I S. 179.

<sup>3</sup> Hahn GVG Bd. I S. 179, 180; ein in der Ersten Lesung eingebrachter Antrag zur Normierung entspr. Grundsätze wurde abgelehnt; vgl. Hahn GVG Bd. I S. 351 ff. Eine zusammenfassende Darstellung des Streitstandes vor Inkrafttreten der RStPO gibt Heinemann ZStW 15 (1895), S. 1 (3 ff.)

<sup>4</sup> unabhängig davon, ob vor demselben oder einem anderen Gericht; vgl. Planck § 36 B S. 158 ff.; Schmidt § 36 II S. 219; Struckmann/Koch Anm. 3 zu § 196 GVG.

der Fragestellung wird in der zivilprozessualen Literatur heute als selbstverständlich angesehen.<sup>6</sup>

Mit Gegenstand und Inhalt der im *Strafverfahren* zur Abstimmung zu stellenden Fragen hingegen befaßten sich Judikatur und Literatur nach Einführung der Geschworenengerichte in Deutschland Anfang des 19. Jahrhunderts recht ausführlich: Mußte der Gesetzgeber nämlich entscheiden, worüber die Berufsrichter auf der einen und worüber die Geschworenen auf der anderen Seite zu entscheiden hatten, so lag es immerhin nahe, (auch) Inhalt und Umfang der an die Geschworenen zu richtenden Fragen wenigstens in groben Umrissen näher zu bestimmen, wie dies auf der Grundlage zahlreicher landesrechtlicher Regelungen<sup>7</sup> dann für das schwurgerichtliche Verfahren in den §§ 290 – 298 RStPO geschehen ist. Etliche Entscheidungen des Reichsgerichts befaßten sich mit diesen Vorschriften, da die Revision gegen Schwurgerichtsurteile nur auf Verfahrensfehler, mithin in erster Linie auf eine fehlerhafte Anwendung der (Verfahrens-)Bestimmungen über die Fragestellung gestützt werden konnte.<sup>8</sup> In der Literatur wurden Inhalt, Umfang und Gegenstand der an die Geschworenen zu richtenden Fragen kontrovers diskutiert.<sup>9</sup> Eine den §§ 290 ff. RStPO entsprechende Regelung auch für die übrigen Strafrichterkollegien (oder eine Verweisung auf die Vorschriften über die Fragestellung an die Geschworenen) enthielt die RStPO zwar nicht. Gleichwohl herrschte in der Literatur ein nicht minder heftig geführter Streit über die richtige Abstimmungsmethode in diesen Kollegien.<sup>10</sup> Die sehr rege geführte Diskussion ver-

---

<sup>5</sup> v. Bülow Anm. zu § 196 GVG; Planck § 36 B S. 159; Engelmann § 115 S. 139 f.; Pfizer ZZZ 15 (1891) S. 365 ff.; grds. (wenn auch nicht widerspruchsfrei) ebenso: Bolgiano ZZZ 15 (1891) S. 387 ff. und ders. AcP 78 (1892) S. 145 ff.; Lang ZZZ 26 (1899) S. 63 ff.; Hellwig § 33 b S. 83 f.; Kleinfeller § 67 VI S. 222 ff.; vgl. auch Hahn GVG Bd. I S. 351 ff. und § 257 Hannöverscher Entwurf der Allgemeinen Deutschen Civilprozeßordnung von 1864 bei Zacke S. 76.

<sup>6</sup> Stein-Jonas § 309 Anm. 3; Rosenberg/Schwab § 22 S. 108; Wiczorek § 194 GVG Anm. 4; Zöller-Gummer Anm. zu § 196; Albers in B/L/A/H § 194 GVG Anm. 1; Breetzke DRiZ 1962, S. 5 ff.

Zur Abstimmung im Verwaltungsprozeß (nur) Martens S. 163; zur Fragestellung beim Bundesverfassungsgericht: Brox in FS für Gebh. Müller, S. 1 ff. und Maunz § 15 BVerfGG Rdn. 13 ff.; für die Finanzgerichte vgl. Jahn ZStW 53 (1934) S. 490 ff.; zu den Kollegialakten der Verwaltung: Dagtoglou S. 31 ff. u. S. 83 ff.; Wolff/Bachof II § 75 III S. 73 ff. und Wolff/Bachof III § 157 II S. 350 ff.

<sup>7</sup> Die landesrechtlichen Regelungen sind dargestellt in Anlage 5 zu den Motiven des Entwurfs der RStPO bei Hahn StPO Bd. I S. 444 (463 ff.) und bei Meyer S. 113 ff.; an diese Bestimmungen sollte die RStPO anknüpfen, Hahn StPO Bd. I S. 223.

<sup>8</sup> Ausf. Nachweise bei Dalcke S. 15 ff.; Meerscheidt-Hüllessem S. 1 ff.; Feddersen S. 125 ff.; Oetker DJZ 1905 Sp. 1083 (zu den Tötungsdelikten).

<sup>9</sup> Oetker S. 117 ff.; ders. GS 64 (1904) S. 55 ff.; Meyer S. 173 ff.; v. Bar S. 21 ff.; Glaser, Erörterungen S. 51 ff.; Dalcke S. 13 ff.; Geyer S. 746 ff.; Hücking GA 34 (1886) S. 216 ff.; Bischoff GA 42 (1894) S. 349 ff.; Feddersen S. 125 ff.

<sup>10</sup> Vgl. insb. Binding S. 171 ff.; ders. Abh. II S. 141 ff. und Beling ZStW 37 (1916) S. 365 ff.; ders. ZStW 42 (1921) S. 599 ff.; ders. GA 67 (1919) S. 141 ff.; Oetker GS 65

stumt, als durch die Emminger'sche Verordnung vom 4. 1. 1924 die Geschworenengerichte abgeschafft und zugleich die §§ 290 ff. RStPO aufgehoben wurden.

Die heutige Strafprozeßrechtsliteratur nimmt lediglich auf die damals vertretenen, jedoch keineswegs ausdiskutierten Meinungen Bezug. Daß die wesentlichen Fragen heute als gelöst gelten können,<sup>11</sup> dürfte daher kaum zutreffen. Die Tatsache, daß für die verschiedenen gerichtlichen Verfahren unterschiedliche Grundsätze gelten sollen, ja sogar innerhalb des Strafverfahrens zum Teil „nach dem Ergebnis“, zum Teil „nach Gründen“ abgestimmt werden soll (wobei über die terminologischen Unsicherheiten<sup>12</sup> hinaus insbesondere in der Sache selbst erhebliche Unterschiede bestehen), belegt vielmehr, daß die eigentlichen Probleme kollegialer Rechtsfindung noch weitgehend ungeklärt sind. Ein einheitliches Prinzip, wie aus den in einem Richterkollegium vorhandenen Einzelvoten eine Entscheidung zu gewinnen ist, ist – obwohl bereits vor mehr als achtzig Jahren gefordert – bisher nicht erkennbar geworden.<sup>13</sup>

Die vorliegende Untersuchung will daher den der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassenen Problembereich erneut in das Bewußtsein des praktischen und/oder wissenschaftlich tätigen Strafrechtlers rücken und versuchen, allgemeine Grundsätze über die Art der Abstimmung, die Methode der Fragestellung zu entwickeln. Das Problem, worauf die vom Vorsitzenden gestellten Fragen zu richten sind, welchen Gegenstand sie haben, wie sie zu fassen und in welcher Reihenfolge über sie abzustimmen ist, wird dabei den Hauptteil der Untersuchung bilden. Grundlinien sollen anhand einiger typischer Konstellationen aufgezeigt werden. Weiter ist zu prüfen, welche Fragen mit welcher Mehrheit zu entscheiden sind. Vorangestellt seien einige Bemerkungen zum äußeren Hergang bei der Abstimmung. Abschließend wird darauf einzugehen sein, ob die Verfahrensbeteiligten de lege lata von fehlerhafter Fragestellung und unrichtiger Feststellung des Stimmenverhältnisses aus den Urteilsgründen erfahren dürfen und damit die Möglichkeit der Verfahrensrüge haben oder ob Abstimmungsmethode und -ergebnis uneingeschränkt von der richterlichen Schweigepflicht (§ 43 DRiG) umfaßt werden.<sup>14</sup>

---

(1905) S. 431 ff.; Zacke S. 41 ff.; v. Bar KVJR 1868, S. 467 ff.; Zeiler ZStW 41 (1920) S. 528 ff.

<sup>11</sup> LR-Schäfer § 194 GVG Rdn. 2 a. E.; a. A. zu Recht Eb. Schmidt III § 194 Rdn. 7.

<sup>12</sup> Vgl. nur Eb. Schmidt III § 194 Rdn. 10: „Total- oder Tenorabstimmung“; Gössel S. 277: „Stufenabstimmung“; Schlüchter Rdn. 582 S. 624: „punktueller Abstimmen“; Gerland S. 285: „Abstimmung nach Teilen“.

<sup>13</sup> Bennecke/Beling S. 389 Fn. 9.

<sup>14</sup> Zu den hier nicht erörterten psychologischen Problemen mehrpersonaler richterlicher Entscheidungen vgl.: Weimar S. 149 (193 ff.); Schreiber ZStW 88 (1976), S. 117 (157 ff.); Benz, S. 88 ff.; empirische Untersuchungen zur Häufigkeit von Meinungsunterschieden im strafrichterlichen Kollegium bei Casper/Zeisel S. 41 ff.