

HENNING RADTKE

Wechselwirkungen zwischen Widerruf der Strafaussetzung
zur Bewährung und der Sanktionierung
des Bewährungsbruchs*

*I. Rechtspolitische und praktische Bedeutung der
Strafaussetzung zur Bewährung*

1. Rechtspolitik

Neben der Geldstrafe stellt die Aussetzung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung eines der wichtigsten kriminalpolitischen Instrumente der Zurückdrängung stationärer freiheitsentziehender kriminalstrafrechtlicher Sanktionen dar.¹ Die inzwischen zahlreichen Möglichkeiten der Diversion und in jüngerer Zeit der Mediation (z. B. §§ 153 a Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 155 a StPO) mögen das Spektrum der Möglichkeiten der Vermeidung zu vollstreckender Freiheitsstrafe verbreitert haben. Die erhebliche rechtspolitische und praktische Bedeutung im Urteil des erkennenden Gerichts ausgesetzter Freiheitsstrafe wird dadurch jedoch nicht gemindert. Trotz Verschiebungen in der Sanktionspraxis mit der Tendenz zu geringerer Bestrafung und der Verlagerung von stationären zu ambulanten Sanktionen,² wird ein Bereich freiheitsstrafenfähiger

* Meinen Senatskollegen Herrn VRiOLG *Paul*, Frau RiOLG *Morgenstern-Profft* und Herrn RiOLG *Balbier* danke ich für die Anregung zu der Thematik und die intensive Diskussion im Senat.

¹ Über das zentrale kriminalpolitische Anliegen der Zurückdrängung zu vollstreckender Freiheitsstrafe ausführlich bereits *Müller-Dietz*, Zur Entwicklung von Alternativen zum strafweisen Freiheitsentzug, in: *Recht und Politik* 14 (1978), S. 28 ff. sowie *ders.*, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, 1979, S. 52 ff. (insb. 56 ff.); knapp zur angedeuteten Entwicklung *Maurach/Gössel/Zipf*, *Strafrecht*, Allg. Teil, Teilbd. 2, 7. Aufl. 1989, § 57 Rdnr. 8 m. w. N.

² Überblick zu der Entwicklung des Verhältnisses von Geld- zu Freiheitsstrafe sowie zwischen vollstreckter und ausgesetzter Freiheitsstrafe z. B. bei *Eisenberg*, *Kriminologie*, 4. Aufl. 1995, § 36 Rdnr. 6 mit Tab. 22 sowie *Jescheck/Weigend*, *Strafrecht*, Allg. Teil, 5. Aufl. 1996, § 70 II. 1.–3., S. 744 ff.; ausführlich *Heinz*, Sanktionierungspraxis in der Bundesrepublik Deutschland im Spiegel der Rechtspflegestatistiken, *ZStW* 111 (1999), S. 461 (476 ff.; S. 491–495 insbes. zur Entwicklung der zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe).

und -bedürftiger Straftaten verbleiben, in dem aussetzungsfähige Freiheitsstrafen (§ 56 Abs. 1 u. 2 StGB) verhängt werden.³ Vor diesem sehr grob skizzierten rechtspolitischen und rechtstatsächlichen Hintergrund behalten die zahlreichen Äußerungen des Jubilars zur Strafaussetzung ihr Gewicht. Für das in diesem Beitrag behandelte Verhältnis von Widerruf der früheren Strafaussetzung zu der Strafzumessung wegen der Begehung einer neuen Straftat innerhalb der Bewährungsfrist sei an zwei Gedanken von *Müller-Dietz* erinnert, die gleichsam den Rahmen der hier interessierenden Problematik abstecken. Zum einen weist *Müller-Dietz* für die sog. Folgendiskussion innerhalb der Sanktionenlehre auf die bedeutsame, an den Tatrichter adressierte Anweisung des § 46 Abs. 1 S. 2 StGB hin, die sich aus der Bestrafung ergebenden (möglichen) Konsequenzen für das zukünftige Leben des Täters zu bedenken.⁴ Zum anderen beschreibt er die Schwierigkeiten der strafgerichtlichen Praxis, ungeachtet intensiver empirischer Prognoseforschung ausreichend verlässliche Prognosen über das zukünftige Legalverhalten von Straftätern anzustellen. Funktionsfähigkeit und Erfolg der Strafaussetzung zur Bewährung hängen auch, so mahnt *Müller-Dietz* zu Recht, von der Qualität der tatrichterlichen Prognosen ab.⁵ Die Schwierigkeiten, zukünftiges Legalverhalten von Menschen vorherzusagen, verschärfen sich noch, wenn das Verhalten eines Menschen zu prognostizieren ist, bei dem die ursprünglich positive Prognose im Sinne von § 56 Abs. 1 S. 1 (od. Abs. 2 S. 1) StGB durch die erwartungswidrige Begehung einer neuen Straftat während der Bewährungszeit zumindest infrage gestellt, wenn nicht gar erschüttert ist.⁶ Gleichwohl ist das für die Aburteilung der neuen, während laufender Bewährung begangenen Straftat zuständige Tatgericht gehalten, bei Verwirkung einer aussetzungsfähigen Freiheitsstrafe die erneute Aussetzung der Vollstreckung dieser Strafe zu prüfen. Grundlage dieser Prüfung ist die Prognose im Sinne von § 56 Abs. 1 (od. Abs. 2) StGB, in die entsprechend der Vorgaben der § 46 Abs. 1 S. 2 und § 56 Abs. 1 S. 2 StGB

³ Zur Legitimierung des Freiheitsstrafenvollzugs jüngst *Müller-Dietz*, Der Ort des Strafvollzugs in einem künftigen Sanktionensystem, in: Feuerhelm/Schwind/Bock (Hrsg.), Festschrift für Böhm, 1999, S. 3 (16 ff.).

⁴ *Müller-Dietz*, Grundfragen (Fn. 1), S. 61.

⁵ *Müller-Dietz*, Grundfragen (Fn. 1), S. 62.

⁶ Über die Bedeutung der neuen Straftat für die ursprüngliche Prognose LK-*Gribbohm*, StGB, 11. Aufl. 1992, § 56 f Rdnrn. 12 f.; SK-StGB-*Horn*, 7. Aufl., Stand: November 1997, § 56 f Rdnrn. 12–14; *Boetticher*, Zum Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung, NStZ 1991, S. 1 (2 f.); *Stree*, Probleme des Widerrufs einer Strafaussetzung wegen einer Straftat, NStZ 1992, S. 153 (158 f.); *Blumenstein*, Der Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung wegen der Begehung einer neuen Straftat nach § 56 f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB, 1995, S. 27–29.

die Erwägung einfließen sollte, dass wegen der Begehung der neuen Straftat die frühere Bewährung gemäß § 56 f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB widerrufen werden kann und dem Täter die Vollstreckung der Strafe aus der früheren Verurteilung droht. Parallel⁷ dazu hat das für die Entscheidung über den Widerruf zuständige Gericht zu prüfen, ob wegen der neuen Straftat die gewährte Strafaussetzung zu widerrufen ist oder ob trotz erwartungswidriger erneuter Straffälligkeit von dem Widerruf abgesehen werden kann (§ 56 f Abs. 2 StGB). Grundlage dieser Entscheidung ist ebenfalls eine Prognose, die sich inhaltlich auf das Festhalten an der ursprünglich positiven Prognose trotz Bewährungsbruches bezieht.⁸ In diesem Schnitt- bzw. Spannungsbereich zwischen Strafzumessung für die neue bewährungsbrüchige Straftat und Entscheidung über den Widerruf der früheren Strafaussetzung gemäß § 56 f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB sind die in diesem Beitrag untersuchten Wechselwirkungen angesiedelt.

2. Praxiserfahrungen

Angesichts der großen kriminalpolitischen Bedeutung zur Bewährung ausgesetzter Freiheitsstrafe überrascht es, im rechtspraktischen Umgang mit diesem alltäglich genutzten Rechtsinstitut auf erhebliche Anwendungsschwierigkeiten zu stoßen. Die Anfang der 90er Jahre intensiv geführte Diskussion um die Notwendigkeit einer rechtskräftigen Verurteilung wegen einer neuen Straftat während der Bewährungszeit als Voraussetzung für den Widerruf einer früher gewährten Strafaussetzung gemäß § 56 f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB ist beispielsweise ein solches die strafgerichtliche Praxis intensiv beschäftigendes Problem. Trotz einer gewissen Beruhigung der Debatte und einem Modus Vivendi der Gerichte dergestalt, dass zumindest bei einem glaubhaften Geständnis des Probanden mit dem Widerruf nicht bis zu der rechtskräftigen Aburteilung zugewartet werden muss,⁹ scheint mir eine wirklich konsentiertere Lösung der Problematik noch nicht erreicht zu sein.¹⁰ Dafür dürfte eine nicht ausreichend

⁷ Nicht notwendig in zeitlicher Hinsicht parallel; insb. dann nicht, wenn eine rechtskräftige Verurteilung wegen der neuen Straftat für eine notwendige Widerrufs Voraussetzung gehalten wird, dazu unten Text b. Fn. 9 und Nachw. in Fn. 9.

⁸ Zum Prognosemaßstab bei der Entscheidung über den Widerruf siehe die Nachw. in Fn. 6.

⁹ Nachw. zum Diskussionsstand bei *Lackner*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 23. Aufl. 1999, § 56 f Rdnr. 3; *LK-Gribbohm*, § 56 f Rdnr. 9; *SK-StGB-Horn*, § 56 f Rdnr. 8; sowie *Stree* (Fn. 6), NStZ 1992, S. 153–156 einerseits und *Boetticher* (Fn. 6), NStZ 1991, S. 1 (4) andererseits; ablehnend gegenüber der Widerrufbarkeit aufgrund Geständnis vor rechtskräftiger Entscheidung über die neue Straftat *Blumenstein* (Fn. 6), S. 97 ff.

¹⁰ So beschränken etwa *LK-Gribbohm*, § 56 f Rdnr. 11 sowie *Stree*, NStZ 1992, S. 153 (156 ff.) die Widerrufbarkeit nach § 56 f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB vor rechtskräftiger Entschei-

intensive wissenschaftliche Beschäftigung mit derartigen Anwendungsfragen des Rechts der Bewährungsaussetzung mit verantwortlich sein. Die Verdienste der – weit gefassten – Strafrechtswissenschaft um das Institut zur Bewährung ausgesetzter Freiheitsstrafe auf dem Felde der Kriminalpolitik, gestützt durch empirische Sanktionsforschung, sollen nicht negiert werden; erst recht nicht die intensiven und instruktiven Bemühungen um das Verständnis der für die Bewährungsaussetzung zentralen Prognose sowie die Verbesserung der Prognosemethoden.¹¹ Aber ungeachtet dessen stellen sich einige mit den §§ 56 ff. StGB verbundene Rechtsprobleme in einem Bild dar, wie es *Meyer-Gößner*¹² kürzlich mit „Theorie ohne Praxis und Praxis ohne Theorie (im Strafverfahren)“ treffend gezeichnet hat. Einerseits erreichen die vielfältigen Vorschläge der Wissenschaft zur Kriminalprognose die gerichtliche Praxis kaum. Schon gar nicht vermögen sie die Strafgerichte von der überkommenen intuitiven Prognosemethode abzubringen.¹³ Andererseits können die Strafgerichte auf nahezu keine Beiträge aus der Wissenschaft über das Verhältnis zwischen der Bestrafung der neuen Straftat während laufender Bewährung und der Entscheidung über den möglichen Widerruf zurückgreifen; Praxis ohne Theorie. Dabei erweist sich das Verhältnis zwischen Strafzumessungs- und Widerrufsentscheidung in der Handhabung der instanz- und rechtsmittelgerichtlichen Praxis als spannungsreich und als in mehrfacher Weise miteinander verwoben.

II. Wechselwirkungen

Das angedeutete spannungsreiche Verhältnis stellt sich in groben Zügen wie folgt dar:

1. Für die Entscheidung über eine während laufender Bewährungsfrist begangene Straftat einerseits und für die aus Anlass dieser Straftatbegehung erfolgende Entscheidung über den Widerruf früher gewährter Strafaussetzung andererseits sind verschiedene Gerichte zuständig; Tatgerichte

dung über die neue Straftat gerade nicht auf das glaubhafte Geständnis, sondern lassen auch andere Quellen der Überzeugungsbildung des Widerrufsgericht, der Verurteilte habe eine neue Straftat begangen, zu.

¹¹ Etwa *Frisch*, Prognoseentscheidungen im Strafrecht, 1983; *Streng*, Strafrechtliche Folgenorientierung und Kriminalprognose, in: Dölling (Hrsg.), Die Täter-Individualprognose, 1994, S. 97 ff.; vgl. auch *Müller-Dietz*, Probleme der Sozialprognose, NJW 1973, S. 1065 ff.

¹² ZRP 2000, S. 345.

¹³ Zu den verschiedenen Prognosemethoden (intuitiv; statistisch; klinisch) ausführlich *Volckart*, Praxis der Kriminalprognose, Methodologie und Rechtsanwendung, 1997.

hier, Widerrufsgerichte (§§ 453, 462 StPO) dort. Die Feststellung der jeweils relevanten tatsächlichen und rechtlichen Aspekte der zu treffenden Entscheidungen folgt unterschiedlichen Regeln; Strengbeweis (§§ 244–257 StPO) hier, Freibeweis dort. Mit diesen unterschiedlichen Verfahrensregeln korrespondieren verschieden ausgestaltete Partizipationsmöglichkeiten und -rechte der Beteiligten.¹⁴ Tatgerichte wie Widerrufsgerichte haben jedoch trotz der angedeuteten Unterschiede innerhalb der von ihnen zu fällenden Entscheidungen jeweils auch eine Prognose zu treffen. Diese Prognose bezieht sich übereinstimmend in beiden Bereichen auf das (erwartete) zukünftige Legalverhalten des Angeklagten bzw. Verurteilten.

2. Innerhalb der Strafzumessungsentscheidung des Tatgerichts hinsichtlich der während der Bewährungsfrist begangenen Straftat verlangt mindestens ein Teil der zuständigen Revisionsgerichte von den Tatgerichten, die *Möglichkeit*¹⁵ des Widerrufs der früheren Strafaussetzung mit der Konsequenz der Verbüßung der (zunächst ausgesetzten) Freiheitsstrafe zu berücksichtigen. § 46 Abs. 1 S. 2 StGB mit seiner Forderung, die erwarteten Wirkungen der Strafe bei der Strafzumessung zu bedenken, und § 56 Abs. 1 S. 2 StGB mit dem Gebot, das Vorleben des Täters und damit auch vorhandene oder erwartete Vollzugserfahrung in die Prognose einzu beziehen,¹⁶ bieten für eine solche Vorgabe eine positivrechtliche Grundlage. Dementsprechend heißt es in einem Beschluss des Saarländischen Oberlandesgerichts, das erkennende Gericht müsse den Umstand der möglichen Erstverbüßung aufgrund des eventuellen Widerrufs angesichts der besonderen spezialpräventiven Bedeutung des erstmaligen Freiheitsstrafenvollzuges innerhalb der Strafzumessung gebührend beachten.¹⁷ Noch weitergehende Anforderungen an die Darstellungs- und Begründungserfordernisse stellt das OLG Köln, wenn es von dem für die Aburtei-

¹⁴ Dazu hinsichtlich des (freibeweislichen) Verfahrens vor den Strafvollstreckungskammern in Strafvollzugs- und Strafvollstreckungssachen ausführlich *Voigtel*, Zum Freibeweis bei Entscheidungen der Strafvollstreckungskammern, 1998, S. 119 ff., 141 ff., 214 ff. und passim; siehe auch *Blumenstein* (Fn. 6), S. 104 ff.

¹⁵ Fordert man mit einem Teil der Oberlandesgerichte und einigen Stimmen in der Strafrechtswissenschaft (Fn. 9) ohnehin eine rechtskräftige Verurteilung wegen der neuen Tat als Voraussetzung des auf § 56 f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB gestützten Widerrufs, handelt es sich stets um die *Möglichkeit* des der tatrichterlichen Entscheidung zwingend nachfolgenden Widerrufs durch das dafür zuständige Gericht.

¹⁶ LK-*Gribbohm*, § 56 Rdnr. 18 a. E. weist jedoch zu Recht darauf hin, dass allein der Verweis auf den Widerruf der Strafaussetzung in anderer Sache eine positive Prognose nicht begründen könne, ebenso *Lackner*, in: *Lackner/Kühl*, § 56 Rdnr. 13 a. E.; *Berg*, NSStZ 1994, S. 206 (207).

¹⁷ Beschl. v. 30. 12. 1987 – Ss 111/87; in der Sache ebenso OLG Saarbrücken, NJW 1975, 2215 [2217] m. w. Nachw. auf die Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte.

lung der während der Bewährungszeit begangenen Straftat zuständigen Tatgericht verlangt, nicht nur darzulegen, dass es sich der Möglichkeit des Widerrufs und der damit verbundenen Verbüßung der früherer Strafe bewusst war, sondern eine nähere Begründung dafür erwartet, warum trotz einer aus der früheren Verurteilung zu erwartenden Vollstreckung einer zweijährigen Freiheitsstrafe die Verbüßung der jetzt verhängten neunmonatigen Freiheitsstrafe für erforderlich gehalten werde.¹⁸

3. Gestützt auf einen wenig aussagekräftigen Beschluss eines (damaligen) Vorprüfungsausschusses des Bundesverfassungsgerichts¹⁹ entspricht es nahezu allgemeiner Auffassung, bezüglich der für Widerruf und erneute Strafaussetzung gleichermaßen relevanten Legalbewährungsprognose im Regelfall²⁰ dem Tatgericht eine Art *Beurteilungsprärogative* einzuräumen. Dieses „Prä“ des hinsichtlich der Prognose vermeintlich zeit- und sachnäheren erkennenden Gerichts stellt sich für das Widerrufsgericht als ein durch die Rechtsmittelgerichte kontrollierter faktischer Zwang dar, der Prognose des Tatgerichts zu folgen.²¹ Beinahe verschämt wird dieser faktische Zwang zum Ausdruck gebracht, indem Obergerichte in Leitsätzen formulieren, „das mit einem Bewährungswiderruf befasste Gericht *kann*²² sich im Regelfall einer vorliegenden und ihm bekannten Prognose des in dem neuen Strafverfahren entscheidenden Gerichts anschließen“.²³ Die Verwendung des Begriffs „kann“ verschleiert das eigentlich Gemeinte. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf *darf* das Widerrufsgericht sich über die positive Prognose des Tatgerichts nur dann hinwegsetzen, wenn eine anerkannte Ausnahme von der (faktischen) Bindung an die Prognose des „sach- und zeitnäheren“ Tatgerichts vorliegt.²⁴ Solche Ausnahmen werden bei fehlender inhaltlicher Nachvollziehbarkeit der Prognose des Tatgerichts und für den Fall angenommen, dass dieses prognoserelevante Tatsachen unbeachtet gelassen hat oder offensichtlich von falschen Voraussetzungen bei der Prognose ausgegangen ist.²⁵ Die Auffas-

¹⁸ OLG Köln, NStZ 1994, S. 205 m. abl. Anm. *Berg*.

¹⁹ NStZ 1985, S. 357.

²⁰ Zu den Ausnahmen siehe unten Text nach Fn. 24.

²¹ *Stree* (Fn. 6), NStZ 1992, S. 153 (159) weist zwar zutreffend darauf hin, dass (rechtlich) das Widerrufsgericht nicht an die positive Prognose des Tatgerichts gebunden ist, unterschätzt aber den faktischen Bindungszwang, der von dem in der Rechtsprechung nahezu einhellig angenommenen Regel-Ausnahme-Verhältnis ausgeht.

²² Hervorhebung hier.

²³ OLG Düsseldorf, StV 1994, S. 198.

²⁴ OLG Düsseldorf, StV 1994, S. 198 (199) „Das gilt nur dann nicht, ...“.

²⁵ OLG Düsseldorf, StV 1994, S. 198 (199); OLG Frankfurt, NStZ-RR 1996, S. 59 (60); OLG Düsseldorf, NZV 1998, S. 163; StV 1998, S. 214; LG Zweibrücken, VRS 95 (1998), S. 215.

sung über die (faktische) Bindung des Widerrufsgerichts in dem vorgenannten Sinne ist durch den bereits angesprochenen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts mit verfassungsrechtlicher Autorität ausgestattet. Der damals zuständige Vorprüfungsausschuss des 2. Senats hatte zwar den Widerruf *trotz Aussetzung* der neuen verwirkten Strafe zur Bewährung von Verfassungen wegen im Ergebnis nicht beanstandet, aber zum Ausdruck gebracht, dass es sich lediglich um einen Ausnahmefall handeln könne.²⁶ Die Strafrechtswissenschaft geht soweit ersichtlich ebenfalls einhellig von dem aufgezeigten Regel-Ausnahme-Verhältnis aus.²⁷

4. Bei einer Zusammenschau der zuvor genannten Elemente zeichnet sich ein vitiöser Zirkel deutlich ab. Das über die neue Straftat erkennende Gericht ist gehalten, die dem möglichen, erwarteten oder „als sicher“ angenommenen²⁸ Widerruf folgende Verbüßung bzw. die von der Verbüßung auf das zukünftige Legalverhalten erwarteten spezialpräventiven Wirkungen bei seiner Strafzumessungsentscheidung zu berücksichtigen. Sollte diese „Berücksichtigung“ zu dem Ergebnis führen, wegen der erwarteten (positiven) Wirkungen der erwarteten Vollstreckung der zunächst zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe bedürfe es keiner Vollstreckung der für die neue Straftat verwirkten Freiheitsstrafe mehr, stellt das erkennende Gericht der Sache nach dem bewährungsbrüchigen Probanden eine positive Prognose. Diese positive Prognose des Tatgerichts könnte in dem geschilderten faktischen Sinne das Widerrufsgericht binden. Kann die positive Prognose des Tatgerichts inhaltlich nachvollzogen werden und ist dieses von einer zutreffenden Prognosebasis ausgegangen,²⁹ wird ein um Vermeidung der sofortigen Beschwerde (§ 453 Abs. 2 S. 3 StPO) bemühtes Widerrufsgericht der positiven Legalbewährungsprognose des Tatgerichts folgen und von dem Widerruf der Bewährung trotz Versagen des Probanden absehen. Die die günstige Prognose des Tatgerichts mindestens mit tragenden erwarteten Wirkungen einer durch den erwarteten Widerruf ausgelösten erwarteten Verbüßung von Frei-

²⁶ BVerfG, NStZ 1985, S. 357.

²⁷ Blumenstein (Fn. 6), S. 77; SK-StGB-Horn, § 56 f Rdnr. 8 a; LK-Gribbohm, § 56 f Rdnr. 14; Lackner, in: Lackner/Kühl, § 56 f Rdnr. 4; Fischer, in: Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl., 2001, § 56 f Rdnr. 3 c; Stree, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 56 f Rdnr. 5; enger Boetticher (Fn. 6), NStZ 1991, S. 1 (3), der bei erneuter Strafaussetzung zur Bewährung den Widerruf nicht zulassen will.

²⁸ OLG Köln, NStZ 1994, S. 205 ging in seiner Revisionsentscheidung entsprechend der Einschätzung des angefochtenen Berufungsurteils davon aus, der Widerruf der früheren Strafaussetzung müsse in dem konkreten Fall „als sicher gelten“. Worauf diese Einschätzung gestützt war, wurde nicht mitgeteilt.

²⁹ Zur fehlenden Nachvollziehbarkeit der Prognose des Tatgerichts als Grund der Aufhebung der faktischen Bindung des Widerrufsgerichts unten Text nach Fn. 39.

heitsstrafe treten nicht ein. Die Strafzumessungsentscheidung des Tatgerichts ist nach Eintritt der Rechtskraft nicht korrigierbar (arg. §§ 362, 363 Abs. 1 StPO). Die geforderte und im Kern zu Recht geforderte Einheitlichkeit der Prognose über das zukünftige Legalverhalten in Strafzumessungs- und Widerrufsentscheidung wird ad absurdum geführt. Beruhte doch die erneute Gewährung der Strafaussetzung gerade auf dem erwarteten Widerruf der früheren Strafaussetzung bzw. der damit verbundenen „Erfahrung“ des Strafvollzugs. Dieser Widerruf unterbleibt jedoch wegen der faktischen Bindung, die von der – auf den erwarteten Widerruf gestützten – positiven Prognose des Tatgerichts ausgeht.

III. Auflösungen

Zugegeben, der von mir geschlossene Kreis muss nicht in der skizzierten Weise geschlossen werden. Art und Ausmaß der Wechselwirkungen zwischen der Strafzumessungsentscheidung über die neue Straftat und dem Bewährungswiderruf müssen nach der *lex lata* nicht die beschriebene Gestalt haben, aber sie können diese haben. In der Rechtspraxis ziehen Tatrichter und Widerrufsrichter im Hinblick auf die Rechtsprechung „ihrer“ Obergerichte die an die Wand gemalten Konsequenzen. Dass sie trotz des sich ergebenden in sich widersprüchlichen Ergebnisses gezogen werden, beruht teils auf einer unzureichenden Durchdringung des Rechts der Bewährungsaussetzung in seiner geltenden Gestalt, teils auf strukturellen Mängeln dieses Rechts sowohl auf materiellstrafrechtlicher Ebene als auch vor allem auf der Ebene der Ausgestaltung des Verfahrens.

1. Zirkuläres

Die Gefahr des vitiösen Zirkels im Umgang mit einer abzuurteilenden Straftat während laufender Bewährungsfrist und den aus dieser Straftat für die Widerrufsentscheidung zu ziehenden Konsequenzen speist sich aus vier Quellen: a) die grundsätzlich einheitliche Prognose über das zukünftige Legalverhalten eines Täters zu einem bestimmten Zeitpunkt bzw. innerhalb eines bestimmten Zeitraums. b) Die aus der Zuständigkeitsverteilung folgende Befassung von zwei verschiedenen Gerichten mit der Aufgabe, einmal im Rahmen der Strafzumessungsentscheidung und das andere Mal im Rahmen der Widerrufsentscheidung das zukünftige Legalverhalten desselben Straftäters aus Anlass derselben Straftatverwirklichung zu prognostizieren. c) Die unterschiedlich ausgestalteten

Verfahren, innerhalb derer die für die (einheitliche) Prognose relevanten Tatsachen in unterschiedlichen Beweisformen erhoben werden. Der die nahezu allgemeine Auffassung von der Beurteilungsprärogative des Tatgerichts tragende Grund liegt darin, dass dem Tatgericht wegen der strengbeweislichen Beweiserhebung und der im Regelverfahren zwingenden Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung³⁰ weiterreichende und zuverlässigere Instrumente zur Verfügung stehen, die für die Prognose relevanten tatsächlichen Umstände festzustellen. d) Die immer dichter werdende Kontrolle tatrichterlicher Strafzumessungsentscheidungen durch die Revisionsgerichte.³¹

Auf der Ebene des geltenden Rechts sind nicht alle der bezeichneten Quellen eines Zirkels bei der Strafzumessungs- bzw. Strafaussetzungsentscheidung zu beeinflussen. Die Zuständigkeit von zwei verschiedenen Gerichten für die aus der Begehung der neuen (bewährungsbrüchigen) Straftat zu ziehenden strafrechtlichen Konsequenzen lässt sich weder durch Auslegung des geltenden Rechts noch durch dessen richterrechtliche Fortbildung überspielen.³² Auch die unterschiedlichen Beweisverfahren (Strengbeweis versus Freibeweis) und die unterschiedlich ausgestalteten Beteiligungsrechte des Angeklagten einerseits und des Verurteilten andererseits können auf der Ebene der Anwendung des geltenden Rechts nicht aufgehoben werden.³³ Lediglich eine Annäherung der Verfahrensmodalitäten vor allem durch eine möglichst obligatorisch erfolgende mündliche Anhörung des Verurteilten über seine aktuellen persönlichen Verhältnisse vor der Entscheidung über den möglichen Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung kommt in Betracht.³⁴

³⁰ Die in den §§ 231–233 StPO geschaffenen Möglichkeiten des Prozedierens ohne den Angeklagten können in dem hier interessierenden Zusammenhang unberücksichtigt bleiben.

³¹ Vgl. nur *Mawach/Gössel/Zipf*, Strafrecht, Allg. Teil (Fn. 1), § 63 Rdnrn. 201 ff.

³² Der letzte Teil Aussage gilt ungeachtet BVerfGE 86, 288 ff. Mit diesem Beschluss hat das Bundesverfassungsgericht die Grenzen richterlicher Rechtsanwendung selbst unter Berücksichtigung verfassungskonformer Auslegung des geltenden Rechts überschritten. Die Erwägungen, die das Gericht bewogen haben, die eindeutige gesetzliche Kompetenzverteilung zwischen Tatgericht und Strafvollstreckungskammer bei der Entscheidung über das Vorliegen besonderer Schuldschwere „umzugestalten“, haben ihren Grund – der hier interessierenden Lage vergleichbar – in den weniger zuverlässigen Beweiserhebungsmöglichkeiten der Strafvollstreckungskammer und den schwächer als im Erkenntnisverfahren ausgestalteten Beteiligungsrechten des Angeklagten bzw. Verurteilten (deutlich BVerfGE 86, 288 [317–320]).

³³ Zu Strengbeweis und Freibeweis innerhalb der Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer *Voigtel*, (Fn. 14), S. 94 ff., 139 ff., 269 ff. und passim.

³⁴ Für das Verfahren vor den Strafvollstreckungskammern in Strafvollstreckungs- und Strafvollzugssachen siehe *Voigtel* (Fn. 14), S. 318–320; vgl. auch *Blumenstein* (Fn. 6), S. 119–122; *Boetticher* (Fn. 6), NStZ 1991, S. 1 (3 f.).

2. Korrekturen

Im Rahmen der Anwendung des geltenden Rechts lässt sich aber insbesondere die einheitliche Prognose durch Tatgericht und Widerrufsgericht in eine den aufgezeigten Zirkel vermeidende Richtung beeinflussen. Unterstellt man die allgemein postulierte Beurteilungsprärogative des Tatgerichts³⁵ als zutreffend, darf diese Prärogative nicht in einen Zwang des Widerrufsgerichts münden, *allein* wegen der vom Tatgericht angenommenen günstigen Prognose von dem Widerruf der Strafaussetzung gemäß § 56 f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB abzusehen. Soweit die Auffassung vom „Prä“ des Tatgerichts überhaupt trägt, stellt die hier untersuchte Konstellation – im Sinne der herrschenden Deutung – eine Ausnahme vom Regelfall der faktischen Bindung des Tatgerichts dar. Die für die Bindung angeführten Gründe liegen nicht vor, wenn die positive Prognose des Tatgerichts hauptsächlich darauf gestützt ist, dass wegen der erwarteten positiven Wirkungen der aufgrund des vom Tatgericht erwarteten Bewährungs-widerrufs erfolgenden Strafverbüßung zukünftig straffreies Verhalten des Angeklagten auch ohne die Einwirkung der weiteren Freiheitsstrafen-verbüßung wegen der jetzt verwirkten Strafe erwartet werden kann. Der behauptete Prognosevorrang des Tatgerichts mit dem faktischen Bindungszwang für das Widerrufsgericht lässt sich allenfalls mit den bereits mehrfach angesprochenen besseren Möglichkeiten des Tatgerichts, für die Prognose des zukünftigen Legalverhaltens relevante Erkenntnisse zu gewinnen, begründen. Diese „besseren Erkenntnismöglichkeiten“ erschöpfen sich entgegen der Sichtweise des Bundesverfassungsgerichts³⁶ nicht in dem Umstand des persönlichen Eindrucks von dem Angeklagten in der Hauptverhandlung. Sollte die Annahme verlässlicheren Prognostizierens durch das Tatgericht überhaupt zutreffen, beruht die Überlegenheit auch auf der strengbeweislichen Regeln folgenden Beweisaufnahme (z. B. Beweisantragsrecht mit begrenzten Ablehnungsmöglichkeiten nach § 244 Abs. 3–5 StPO, das dem Angeklagten stärkere Partizipationsrechte gewähren). In der Entscheidung zur Feststellungskompetenz der „besonderen Schwere der Schuld“ im Sinne von § 57 a Abs. 1 Nr. 2 StGB hat das Bundesverfassungsgericht insoweit im Ansatz zu Recht die Unterschiede zwischen strengbeweislichem Erkenntnisverfahren und freibeweislichem Vollstreckungsverfahren herausgestellt.³⁷

³⁵ Nachw. oben Fn. 24.

³⁶ BVerfG, NStZ 1985, S. 357.

³⁷ BVerfGE 86, 288 (316 ff.; insb. 318–320).

Diese Unterschiede wirken sich im Verhältnis zwischen Tatgericht und Widerrufsgericht bei der Prognose des zukünftigen Legalverhaltens ebenfalls aus. In der Konstellation des § 57 a Abs. 1 Nr. 2 StGB lassen sich wegen des langen Zeitraums zwischen Tatbegehung und Aussetzungsentscheidung die für die Bewertung der besonderen Schwere der Schuld maßgeblichen Verhältnisse der Tat und des Täters durch die Strafvollstreckungskammer weniger verlässlich rekonstruieren, als dies dem meist zeitnah zur Tatausführung entscheidenden erkennenden Gericht möglich ist.³⁸ In vergleichbarer Weise können die für eine möglichst optimale Prognose notwendigen tatsächlichen Umstände, insbesondere die aktuellen Lebensverhältnisse des Täters in ihrer prognostischen Bedeutung, durch das Tatgericht regelmäßig zuverlässiger aufgeklärt werden als im Verfahren gemäß § 453 Abs. 1 StPO durch das Widerrufsgericht. Dafür sprechen auch und vor allem die stärkeren Partizipationsrechte des Angeklagten in der Hauptverhandlung des Erkenntnisverfahrens in Relation zu der de lege lata nicht einmal zwingend vorgeschriebenen mündlichen Anhörung des Verurteilten (§ 453 Abs. 1 S. 3 StPO e contrario) im Rahmen des Widerrufsverfahrens.³⁹ Diese den behaupteten Prognosevorrang des Tatgerichts erklärenden, vielleicht rechtlich begründenden⁴⁰ überlegenen Sachaufklärungsmöglichkeiten und die für den Angeklagten stärker ausgestalteten Beteiligungsmöglichkeiten im Erkenntnisverfahren

³⁸ Insoweit zutreffend BVerfGE 86, 288 (319 f.); ob daraus selbst mit dem Auslegungskriterium „verfassungskonforme Auslegung“ so weitreichende Konsequenzen für die Zuständigkeitsverteilung zwischen Tatgericht und Strafvollstreckungskammer (§§ 454, 462 a StPO, § 74 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GVG) gezogen werden durften, ist eine andere, hier nicht interessierende Frage; zur Kritik an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts *Lackner*, in: *Lackner/Kühl*, § 57 a Rdnr. 2 m. w. N.

³⁹ Auf den schwächeren Partizipationsmöglichkeiten des Verurteilten im Verfahren über den Widerruf beruhen Forderungen, zumindest eine mündliche Anhörung des Verurteilten obligatorisch vorzusehen; etwa *Blumenstein* (Fn. 6), S. 120–122; *Boetticher* (Fn. 6), NStZ 1991, S. 1 (3 f.); siehe auch *Voigtel* (Fn. 14), S. 234–240 zur mündl. Anhörung durch die StVK bei Entscheidungen über die Aussetzung des Strafrestes.

⁴⁰ Überraschenderweise nennt die nahezu einhellige Ansicht vom Prognosevorrang des Tatgerichts keine Rechtsnormen, die diesen Vorrang wegen der behaupteten überlegenen Aufklärungsmöglichkeiten aus Rechtsgründen erzwingen oder auch nur gestatten würden. Auch der einschlägige Beschluss des Vorprüfungsausschusses des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts (NStZ 1985, S. 357) benennt den angelegten verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab nicht. Man wird jedoch annehmen dürfen, dass in Entsprechung zu dem in BVerfGE 86, 288 (317 ff.) angelegten Maßstab das vom Verfassungsgericht in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG verortete *fair-trial-Prinzip* (dazu jüngst umfassend *Rzepka*, Zur Fairness im deutschen Strafverfahren, 2000) die Beurteilungsprärogative der Tatgerichte gegenüber den Widerrufsgerichten stützen soll; in diese Richtung argumentiert etwa *Blumenstein*, (Fn. 6), S. 119–122 zur Begründung seiner Forderung, eine obligatorische mündliche Anhörung des Verurteilten im Widerrufsverfahren nach § 453 Abs. 1 StPO durchzuführen.

kommen aber praktisch kaum zum Tragen, wenn die positive Prognose des Tatgerichts allein oder doch überwiegend auf die erwarteten, die Legalbewährungschancen vielleicht positiv beeinflussenden Wirkungen der – wegen des (erwarteten) Widerrufs – erwarteten Freiheitsstrafenverbüßung gestützt sind. Insbesondere bei Erstverbüßern existieren keinerlei auf die konkrete Person bezogenen Erfahrungen, wie auf den „erlebten“ Strafvollzug reagiert wird und welche Wirkungen von der Vollzugserfahrung auf das zukünftige Legalverhalten ausgehen können.⁴¹ Empirische Untersuchungen über die Legalbewährungsquote bei unterschiedlichen Formen des Freiheitsstrafenvollzuges sowie deren Beeinflussbarkeit durch gezielte Behandlungsangebote im Vollzug sind zwar reichhaltig vorhanden. Nur vermögen sie kaum Erkenntnisse für das zukünftige Legalverhalten eines konkreten Probanden beizusteuern. Die mittels empirischer Forschung gewonnenen Erkenntnisse werden zudem durch das Tatgericht nicht in anderer Weise der von ihm zu treffenden Prognose im Rahmen der Strafzumessungsentscheidung zugrunde gelegt, als dies bei der Prognose des Widerrufsgerichts innerhalb der Entscheidung nach § 56 f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB der Fall ist. Zwar mag unter Berücksichtigung der – in der Praxis ohnehin nicht beliebten und verbreiteten – in statistischen Prognosetafeln eingestellten kriminovalenten und kriminoresistenten Faktoren aus den Lebensumständen des Angeklagten aufgrund der Aufklärungsmöglichkeiten des Tatgerichts und des unmittelbaren Eindrucks von dessen Person in der Hauptverhandlung eine etwas verlässlichere und breitere Prognosebasis zur Verfügung stehen. Aber mindestens bei (zukünftigen) Erstverbüßern ergeben sich angesichts des Fehlens konkreter Kenntnisse über die Wirkungen des anstehenden Strafvollzuges auf den Angeklagten keine qualitativ überlegenen Aufklärungs- und Beurteilungsmöglichkeiten des Tatgerichts. Die besondere spezialpräventive Bedeutung der Erfahrung der ersten Verbüßung einer Freiheitsstrafe, wie sie § 57 Abs. 2 Nr. 1 StGB zugrunde liegt,⁴² beruht auf einer allgemeinen Wertung des Gesetzgebers, die unabhängig von den konkreten Verhältnissen des individuellen Täters von Widerrufsgericht und Tatgericht in gleicher Weise in der Prognose berücksichtigt werden kann. Zudem legt das Tatgericht abweichend von den Fallgestaltungen des § 57 Abs. 2 Nr. 1 StGB in den hier betrachteten Konstellationen seiner Prognose einen ganz ungewissen Umstand zugrunde. Denn

⁴¹ Insoweit übereinstimmend *Berg*, NStZ 1994, S. 206 (207); vgl. auch LK-*Gribbohm*, § 56 Rdnr. 18 a. E. sowie OLG Köln, MDR 1972, S. 437 (zu § 23 StGB a. F.).

⁴² Über die vom Gesetzgeber angenommene Warnwirkung der Erstverbüßung siehe SK-StGB-*Horn*, § 57 Rdnr. 18 a; LK-*Gribbohm*, § 57 Rdnr. 28.

der die möglichen Wirkungen der Vollzugserfahrung erst auslösende Widerruf steht im Entscheidungszeitpunkt des Tatgerichts meist noch aus. Das bedeutet aber, dass der Vollzug der Freiheitsstrafe, dessen erwartete positive Wirkungen in die Prognose bereits eingestellt worden sind, nicht sicher erfolgt und bei Festhalten an der Beurteilungsprärogative des Tatgerichts mit überwiegender Wahrscheinlichkeit sogar ausbleibt. Der Sache nach handelte es sich um eine Art Prognose auf bewusst unsicherer Prognosebasis.⁴³

In den Konstellationen, in denen das die neue Straftat aburteilende Tatgericht die erneute Strafaussetzung wesentlich auf die erwarteten positiven Wirkungen des „Erleidens“ der Verbüßung der zunächst zur Bewährung ausgesetzten Strafvollstreckung stützt, kommt daher dem Tatgericht keine Beurteilungsprärogative bei der Prognose zu.⁴⁴ Dem Tatgericht stehen insoweit keine den Instrumentarien des Widerrufsgerichts überlegenen Möglichkeiten der Ermittlung der prognoserelevanten tatsächlichen Umstände zur Verfügung. Bewertet man eine tragend auf die Folgen des erwarteten Widerrufs gestützte positive Prognose des Tatgerichts nicht ohnehin als rechtsfehlerhaft,⁴⁵ bindet eine derart begründete positive, zu erneuter Strafaussetzung führende Prognose⁴⁶ das Widerrufsgericht nicht in dem beschriebenen faktischen Sinn.

⁴³ Die Frage der Geltung des Grundsatzes in dubio pro reo im Rahmen von gerichtlichen Prognosen (dazu LK-Gribbohm, § 56 Rdnr. 16 m. w. N.) ist nur mittelbar betroffen, weil das Tatgericht einen Umstand zugrunde legt, auf dessen Eintritt es wegen der faktischen Bindungswirkung seiner Prognose selbst mittelbar Einfluss hat.

⁴⁴ Umgekehrt darf das Widerrufsgericht die erwarteten Wirkungen des infolge des Widerrufs anstehenden Strafvollzugs nicht in die Beurteilung einbeziehen, ob der Proband sich erwartungswidrig verhalten habe; Stree, NStZ 1992, S. 153 (158). Von einem Widerruf kann daher bei erwartungswidrigem Verhalten nicht mit dem Argument abgesehen werden, der – bereits Vollzugserfahrung aufweisende – Proband werde sich in seinem zukünftigen Legalverhalten auch nicht durch den (erneuten) Freiheitsstrafenvollzug beeinflussen lassen.

⁴⁵ Lackner, in: Lackner/Kühl, § 56 Rdnr. 13; Berg, NStZ 1994, S. 206 (207); LK-Gribbohm, § 56 Rdnr. 18 a. E.; a. A. SK-StGB-Horn, § 56 Rdnr. 18.

⁴⁶ Hat das für die Widerrufsentscheidung zuständige Gericht die frühere Strafaussetzung zur Bewährung bereits zeitlich vor der rechtskräftigen Aburteilung der neuen Straftat – etwa angesichts eines für glaubwürdig und stabil bewerteten Geständnisses (dazu oben Text bei Fn. 9 und Nachw. in Fn. 9) – beschlossen, besteht die Gefahr des vitiösen Zirkels in der hier gezeichneten Weise nicht. Allerdings überzeugt in der Sache eine zur erneuten Strafaussetzung führende positive Prognose auch in diesen Konstellationen jedenfalls bei Erstverbüßern nicht, wenn der zentrale Grund der Günstigkeit der Prognose in den erwarteten Wirkungen des aufgrund des Widerrufs anstehenden Strafvollzugs gesehen wird.

IV. Folgerungen und Forderungen

Dass die Wechselwirkungen zwischen der Sanktionierung der neuen Straftat und der Entscheidung über den Widerruf der früher gewährten Strafaussetzung auf der Basis des geltenden Rechts in einer Spannungen vermeidenden oder doch reduzierenden Weise gehandhabt werden können, haben die vorangegangenen Überlegungen gezeigt. Dennoch bleiben strukturelle Defizite der derzeitigen Gesetzeslage unübersehbar. Das zentrale Defizit besteht in der Zuständigkeit von zwei verschiedenen Gerichten für eine inhaltlich grundsätzlich einheitliche Prognose⁴⁷ über das zukünftige Legalverhalten derselben Person aus Anlass der Begehung einer neuen Straftat während der Bewährungszeit. Aus dieser zweifachen gerichtlichen Befassung mit der – im weiten Sinne – Sanktionierung der erneuten Straffälligkeit des Probanden resultieren nicht allein die betrachteten Spannungen zwischen Strafzumessung durch den Tatrichter einerseits und Widerrufsentscheidung durch das Widerrufsgericht andererseits. Auch der einleitend angesprochene Streit um die rechtskräftige Verurteilung als Voraussetzung des Widerrufs gemäß § 56 f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB mit seinen europarechtlichen Implikationen hat seine Ursache in der „gespaltenen“ Zuständigkeit. Gleiches gilt für die Frage der rechtlichen Bindung des Widerrufsgerichts an einen rechtskräftigen Freispruch durch das Tatgericht.⁴⁸

1. Zur Behebung des Defizits bietet sich die Verlagerung der Kompetenz für die Widerrufsentscheidung in den Konstellationen des § 56 f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB auf das für die Aburteilung der neuen Straftat zuständige Tatgericht an.⁴⁹ Gesetzestechnisch ließe sich eine solche Änderung der Kompetenzverteilung durch Modifikationen in §§ 453 Abs. 1, 462 a Abs. 2 StPO erreichen. So könnte im Rahmen des Kataloges in § 453 Abs. 1 StPO die Entscheidung über den Widerruf nach § 56 f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB ausgenommen und in einem neuen Absatz 3 einer eige-

⁴⁷ Die Einheitlichkeit der Prognose kann durch den zeitlichen Abstand zwischen der Sanktionierung der neuen Tat und den Widerrufsentscheidung aufgehoben sein. So können sich nach der Verurteilung wegen der neuen, bewährungsbrüchigen Straftat aber vor der Entscheidung über den Widerruf der früheren Strafaussetzung prognoserelevante Umstände im Umfeld des Täters verändert haben; z. B. Aufnahme von Erwerbstätigkeit, Eingehen neuer sozialer Bindungen etc.

⁴⁸ Dazu *Blumenstein* (Fn. 6), S. 145 ff.; *SK-StGB-Horn*, § 56 f Rdnr. 8; *Stree* (Fn. 6), NStZ 1992, S. 153 (156 ff.).

⁴⁹ So bereits, allerdings ohne Erörterung der sich daraus ergebenden Konsequenzen, *Blumenstein* (Fn. 6), S. 148 f.

nen Regelung zugeführt werden. Eine eigenständige Normierung müsste insbesondere festlegen, ob die durch das Tatgericht zu treffende Entscheidung über den Widerruf entsprechend § 453 Abs. 1 S. 1 StPO als Beschluss oder als Urteil des erkennenden Gerichts zu treffen ist. Systematisch konsequent wäre wegen der vorausgegangenen Hauptverhandlung, in der auch die Voraussetzungen des Widerrufs (Straftat während der Bewährung) und die für die Prognose relevanten tatsächlichen Umstände festgestellt werden, die Urteilsform. Allerdings ließe sich trotz Hauptverhandlung ein vom Urteil über die neue Straftat getrennter Beschluss bezüglich des Widerrufs vorstellen. Eine gewisse Entsprechung hätte die Beschlussvariante in der Regelung über die Entscheidungsform bei Aussetzung des Vollzuges verwirkter Freiheitsstrafe zur Bewährung im Urteil und der Entscheidung über die „Folgesachen“ (§§ 56 a bis 56 d und 59 a StGB) in einem mit dem Urteil verkündeten Beschluss (§ 268 a Abs. 1 StPO). Eine solche Gestaltung im Fall der Zuständigkeitskonzentration bei dem erkennenden Gericht im Fall des Widerrufs aus Anlass der Begehung einer neuen Straftat lehnt sich eng an die Rechtslage in Österreich an. Das für die Aburteilung einer während der Probezeit (Bewährungsfrist) begangenen Straftat zuständige Tatgericht hat auch über die Frage des Widerrufs aus Anlass dieser neuen Straftatbegehung (§ 53 Abs. 1 ÖStGB) zu entscheiden (§ 494 a Abs. 1 Z. 1 ÖStPO). Die Widerrufsentscheidung des erkennenden Gerichts ergeht durch mit dem Urteil zu verkündenden Beschluss. Dieser Beschluss ist mit der Beschwerde gemäß § 494 a Abs. 4 ÖStPO unabhängig von dem Urteil hinsichtlich der neuen Straftat anfechtbar.⁵⁰ Eine der österreichischen Zuständigkeitsregelung vergleichbare Gestaltung der gerichtlichen Kompetenzen findet sich auch in der Schweiz. Nach Art. 43 Z. 3 Abs. 1 und Abs. 3 Schweiz. StGB hat der für die Aburteilung einer während der Probezeit (Bewährungsfrist) begangenen Straftat zuständige Richter auch darüber zu befinden, ob der zunächst aufgeschobene Vollzug der früheren Freiheitsstrafe nunmehr durchgeführt wird. Dieser Zuständigkeitskonzentration liegt die Erwägung zugrunde, das Tatgericht sei wegen der aus Anlass der Entscheidung über die neue Straftat erfolgenden Befassung mit der Persönlichkeit des Angeklagten besser als das früher zuständige Gericht in der Lage, über den Widerruf oder alternative Maßnahmen nach Art. 43 Z. 3 Abs. Schweiz. StGB zu befinden.⁵¹ Wie in Österreich auch erfolgt aller-

⁵⁰ Näher *Platzgummer*, Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens, 6. Aufl. 1994, S. 228–230.

⁵¹ BGE 104 IV 67, 101 I a 285.

dings keine Gesamtstrafenbildung aus der früheren Strafe und der für die neue Straftat verwirkten Strafe.⁵²

2. Das derzeit in Österreich und der Schweiz bestehende Modell der Zuständigkeitskonzentration beim Tatgericht mit der formal getrennten Entscheidung über die neue Straftat einerseits und den Widerruf andererseits löst das herausgearbeitete Defizit zu einem Teil auf. Insbesondere werden die Partizipationsrechte des Angeklagten im Verfahren über den Widerruf gestärkt und die Möglichkeiten der Sachaufklärung wegen der strengbeweislichen Beweiserhebung verbessert. Auch die denkbaren Kollisionen mit der EMRK wegen eines vor Rechtskraft der erneuten Verurteilung erfolgenden Widerrufs fallen weg oder werden doch zumindest deutlich abgeschwächt. Allerdings bleibt die Gestaltung der Zuständigkeitskonzentration – auch im Hinblick auf die europarechtlichen Vorgaben – auf halbem Weg stehen, wenn Verurteilung und Widerrufentcheidung wegen unterschiedlicher Anfechtungsmöglichkeiten getrennte Rechtsmittelwege gehen und auf die Bildung einer Gesamtstrafe aus der neuen Strafe und früher hinsichtlich der Vollstreckung ausgesetzten Strafe verzichtet wird. Trotz der Vereinigung der Zuständigkeit in einer Hand bliebe das Problem möglicherweise in der Summe langjähriger Freiheitsstrafe wegen der Kumulation mehrerer Bestrafungen aus verschiedenen Zeiträumen; die Problematik ergibt sich insbesondere, wenn mehrere zur Bewährung ausgesetzte Strafe vorliegen. Zwar kann eine gewisse Abhilfe dadurch geschaffen werden, dass nicht bezüglich aller früheren Strafen die Aussetzung widerrufen wird, sondern ganz oder partiell nach § 56 f Abs. 2 StGB verfahren wird. Aber im Hinblick auf eine spezialpräventiv möglichst optimierte Einwirkung auf den Täter und zur Vermeidung unverhältnismäßiger Strafsummen aufgrund der Verfahrensgestaltung dürfte kriminalpolitisch die Schaffung einer *unechten*⁵³ Gesamtstrafenbildung vorzuzugswürdig sein.⁵⁴ Der zehnte Österreichische Juristentag hatte diese Möglichkeit bereits 1988 ventiliert.⁵⁵ In der Schweiz

⁵² Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Art. 41 Rdnr. 53.

⁵³ Unechte Gesamtstrafenbildung, weil die in die neue Gesamtstrafe eingefügten Strafen aufgrund der Begehungszeitpunkte der Taten und der Termine ihrer Aburteilung im Sinne des geltenden Rechts nicht gesamtstrafenfähig sind.

⁵⁴ Ein Verzicht auf die Bildung einer unechten Gesamtstrafe und das Festhalten an dem Nebeneinander von neuer und früherer Strafe kann zu kaum hinnehmbaren „Ausweichstrategien“ der Praxis führen. So wird z. B. zu § 53 ÖStGB vorgeschlagen, das Tatgericht solle die für die neue Tat an sich verwirkte Strafe von vornherein um die Strafe aus der früheren Verurteilung reduzieren und sodann die früher gewährte Strafaussetzung widerrufen; Foregger/Fabry, ÖstGB, 7. Aufl. 1999, § 53 Rdnr. 6.

⁵⁵ Siehe Obendorf, Verhandlungen des 10. Österreichischen Juristentages, Abt. Strafrecht, Band II/2, S. 51 (65–70).

wird in der aktuellen Diskussion um die Reform des dortigen Sanktionenrechts ebenfalls die Bildung einer Gesamtstrafe aus neuer und früherer Strafe mit der Möglichkeit von Modifikationen der früheren Sanktion durch das Tatgericht erwogen.⁵⁶ Für die hiesige Diskussion hat *Jung* bereits 1994 die Einführung der unechten Gesamtstrafenbildung bei Widerruf früherer Strafaussetzung und erneuter Verurteilung befürwortet.⁵⁷

Im Rahmen dieses Beitrages kann nicht allen Konsequenzen des Modells der unechten Gesamtstrafenbildung aus neuer Strafe und zunächst hinsichtlich ihrer Vollstreckung ausgesetzten Strafen nachgegangen werden. Daher müssen wenige Andeutungen genügen. Wegen der Verknüpfung mit der Strafe aufgrund der neuen Straftat erfolgt die Entscheidung insgesamt und damit auch die über den Widerruf durch Urteil.⁵⁸ Dieses Urteil würde einheitlich mit Berufung oder Revision nach den allgemeinen Regeln angefochten. Beschränkungen im Umfang des Rechtsmittels wären ebenfalls nach den allgemeinen Regeln (Trennbarkeit) möglich. Eine Kollision mit der materiellen Rechtskraft des früheren Urteils, in dem die Strafe zur Bewährung ausgesetzt wurde, tritt nicht in einem über § 460 StPO hinausgehenden Umfang ein. Schuld- und Strafanspruch bleiben unangetastet. Lediglich aufgrund des (rechnerischen) Vorgangs der unechten Gesamtstrafenbildung kommt es zu „Abschlägen“ hinsichtlich der Dauer der zu vollstreckenden Strafe. Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber im Zuge seiner Überlegungen zur Reform des Sanktionenrechts die Gelegenheit ergreift, auch das Recht der Strafaussetzung zur Bewährung in dem angedeuteten Sinn zu überdenken.

⁵⁶ Vgl. *P. Müller*, in: Informationen über den Straf- und Maßnahmenvollzug, 2/2000, S. 3 (6).

⁵⁷ In: *Jung/Müller-Dietz* (Hrsg.), Langer Freiheitsentzug – wie lange noch?, S. 85 (90 f.).

⁵⁸ Siehe bereits Text nach Fn. 49. Ein Beschluss über den Widerruf und parallel die Einstellung der jetzt zu vollstreckenden Strafe aus der früheren Verurteilung in den Strafanspruch des neuen Urteils, führt zu Schwierigkeiten bezüglich der Anfechtbarkeit; eine mit der Beschwerde erfolgreiche Anfechtung des Widerrufs hätte notwendig Rückkoppelungen an die unechte Gesamtstrafe.