

Frankfurter  
kriminalwissenschaftliche  
Studien 126

Marc Fornauf

Die Marginalisierung  
der Unabhängigkeit  
der Dritten Gewalt im  
System des Strafrechts

PETER LANG

Aus pointierter straftheoretischer, rechtsstaatlicher und verfassungsrechtlicher Position wird die Bedeutung der Unabhängigkeit der Dritten Gewalt als Garant eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens hervorgehoben, weil nur sie in Korrelation mit der Gewaltenteilung die Machtbegrenzung des Staates zu sichern vermag. Es werden Entwicklungslinien im Strafrecht dargestellt, die das Ersetzen des rechtsstaatlichen Strafrechts durch ein rechtlich anspruchsloses, opportunes und konsensorientiertes Präventionsparadigma belegen. Als Folge wird die Marginalisierung der Unabhängigkeit der Dritten Gewalt resümiert, weil das moderne Präventionsstrafrecht primär auf Effizienz und Flexibilisierung angelegt ist, nicht aber auf Prinzipienorientierung und Rechtsstaatlichkeit.

Marc Fornauf, geboren 1981; 2001–2006 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Frankfurt am Main; 2006 Erstes juristisches Staatsexamen; danach Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie der Universität Frankfurt am Main; Promotion 2010; seitdem Rechtsreferendar am Landgericht Hanau.

Die Marginalisierung der Unabhängigkeit  
der Dritten Gewalt im System des Strafrechts

# Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien

Herausgegeben von  
Prof. Dr. Peter-Alexis Albrecht  
Prof. Dr. Dirk Fabricius  
Prof. Dr. Klaus Günther  
Prof. Dr. Winfried Hassemer  
Prof. Dr. Herbert Jäger  
Prof. Dr. Walter Kargl  
Prof. Dr. Klaus Lüderssen  
Prof. Dr. Wolfgang Naucke  
Prof. Dr. Ulfrid Neumann  
Prof. Dr. Cornelius Prittwitz  
Prof. Dr. Ernst Amadeus Wolff †

Bd./Vol. 126



PETER LANG

Frankfurt am Main · Berlin · Bern · Bruxelles · New York · Oxford · Wien

Marc Fornauf

Die Marginalisierung  
der Unabhängigkeit  
der Dritten Gewalt im  
System des Strafrechts



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

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

Zugl.: Frankfurt (Main), Univ., Diss., 2010

Gedruckt auf alterungsbeständigem,  
säurefreiem Papier.

D 30

ISSN 0170-6918

ISBN 978-3-653-00390-1

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2010

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

[www.peterlang.de](http://www.peterlang.de)

*Meinen Eltern*



## *Vorwort*

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2010 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main als Dissertation angenommen.

Mein besonderer und herzlicher Dank gilt meinem akademischen Lehrer und Erstgutachter Herr *Prof. Dr. Peter-Alexis Albrecht*, der mir nicht nur durch seine Anregungen wertvolle wissenschaftliche Unterstützung geliefert hat, sondern maßgeblich zur Profilierung eines kritischen Strafrechtlers beigetragen hat. Auch möchte ich ihm danken für die immerhin siebenjährige Tätigkeit an seiner Professur. Diese lange Zeit war für mich nicht nur in wissenschaftlicher, sondern auch in menschlicher Hinsicht sehr prägend.

Ein weiterer besonderer Dank gilt meinem Zweitgutachter Herr *Prof. Dr. Wolfgang Naucke*. Nicht nur – wie üblich für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens – möchte ich ihm danken, sondern vor allem für den durch ihn vermittelten „richtigen“ Blick auf das Strafrecht, der mir Grundlage des ersten Teils wurde und als Maßstab für die Marginalisierung der Unabhängigkeit der Dritten Gewalt diente. Ohne ihn, ohne seine Schriften und ohne seine Anmerkungen im „Frankfurter Dienstagsseminar“ wären mir erforderliche Erkenntnisquellen verborgen geblieben. Ich danke zudem den Herausgebern der *Frankfurter Kriminalwissenschaftlichen Studien* für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe.

Herrn *Martin Jung* und Herrn *Christoph Oster* danke ich, weil sie mich in den letzten knapp 20 Jahren freundschaftlich begleitet haben. Herrn Richter am Bundesgerichtshof *Prof. Dr. Christoph Krehl* und Herrn Vorsitzender am Landgericht a. D. *Dr. Ulrich Baltzer* danke ich für wertvolle Hinweise während der Erstellung meiner Arbeit. Schließlich danke ich Frau *Mareike Jeschke* und Frau *Charlotte Schultz*, weil sie mir in all den Jahren wichtige kollegiale Unterstützung und Ermutigung entgegengebracht haben.

Der wichtigste Dank gebührt indes meinen Eltern, *Werner* und *Ulrike Fornauf*, die mir zu jeder Zeit und in jeder Hinsicht die wertvollste Unterstützung zu Teil wurden ließen. Ohne ihren uneingeschränkten und bedingungslosen Beistand wäre mir all dies nicht möglich gewesen. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

*Frankfurt am Main im Juli 2010*

*Marc Fornauf*



## *Inhaltsübersicht*

<b>Einführung und Gang der Untersuchung.....</b>	<b>21</b>
--	-----------

### **Erster Teil:**

<b>Theoretische und verfassungsrechtliche Grundlagen richterlicher Unabhängigkeit.....</b>	<b>23</b>
--	-----------

<b>A. Staatstheoretische Bedingungen und deren Folgen für ein rechtsstaatliches Strafrecht und die richterliche Unabhängigkeit.....</b>	<b>23</b>
---	-----------

I. Staatstheoretisches Konstrukt einer absoluten Rechtsstaatlichkeit .....	23
--	----

II. Ableitungen für ein rechtsstaatliches Strafrecht.....	36
---	----

III. Richterliche Unabhängigkeit im rechtsstaatlichen Strafrecht .....	49
--	----

<b>B. Verfassungsrechtliche Anknüpfungen für ein rechtsstaatliches Strafrecht .....</b>	<b>53</b>
---	-----------

I. Schuldprinzip .....	55
------------------------	----

II. Verfahrensziel der materiellen Wahrheit.....	60
--	----

III. Richterliche Schuldüberzeugung und der Grundsatz der materiellen Wahrheit als verfassungsrechtlich abgesicherte Grundpfeiler eines rechtsstaatlichen Strafrechts.....	63
--	----

<b>C. Verfassungsrechtliche Leitlinien richterlicher Unabhängigkeit.....</b>	<b>65</b>
--	-----------

I. Der Grundsatz der Gewaltenteilung als objektive Bedingung formeller Rechtsstaatlichkeit.....	66
---	----

II. Der Anspruch auf den gesetzlichen als subjektbezogene Ausprägung formeller Rechtsstaatlichkeit.....	79
---	----

<b>D. Konklusionen für die richterliche Unabhängigkeit im System des Strafrechts .....</b>	<b>98</b>
--	-----------

## **Zweiter Teil:**

### **Entwicklungslinien der Marginalisierung der Unabhängigkeit der Dritten Gewalt im System des Strafrechts..... 101**

#### **A. Verdrängung richterlicher Unabhängigkeit aus dem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren ..... 101**

I. Die Notwendigkeit von Richtervorbehalten als prozedurale Grundrechtsabsicherungen ..... 103

II. Anforderungen an den unabhängigen Richter ..... 112

III. Mängelprofil ..... 118

IV. Zusammenfassung: Bedeutungsverlust von Richtervorbehalten im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren ..... 136

#### **B. Normative und faktische rechtsstaatliche Auflösungserscheinungen durch ein konsensorientiertes Präventionsstrafrecht ..... 138**

I. Strafbefehlsverfahren gemäß §§ 407ff. StPO ..... 144

II. Erledigungsmöglichkeiten gemäß § 153a StPO ..... 170

III. Verfahrensabsprachen im Strafverfahren ..... 202

IV. Die allgemeine Kronzeugenregelung des § 46b StGB ..... 236

#### **C. Zusammenfassung: Die Entwicklung des rechtsstaatlichen Strafrechts hin zu einem grundrechtsofernden konsensorientierten Präventionsstrafrecht ..... 257**

## **Dritter Teil:**

### **Das konsensorientierte Präventionsstrafrecht als Produzent der Marginalisierung der Unabhängigkeit der Dritten Gewalt ..... 261**

#### **A. Die Marginalisierung richterlicher Unabhängigkeit im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren ..... 263**

I. Der Funktionszusammenhang zwischen Richtervorbehalten und richterlicher Unabhängigkeit ..... 263

II. Bedingungen der Marginalisierung richterlicher Unabhängigkeit ..... 264

III. Die Rolle des Richters in einem von Prävention geprägten Ermittlungsverfahren ..... 266

**B. Auswirkungen auf die richterliche Unabhängigkeit durch die Praxis des Strafbefehlsverfahrens ..... 270**

I. Die Rolle des Richters beim Strafbefehl aus normativer Sicht ..... 270  
II. Die Rolle des Richters beim Strafbefehl aus empirischer Sicht..... 271  
III. Der Funktionsverlust richterlicher Unabhängigkeit am Beispiel des Strafbefehlsverfahrens..... 274

**C. Auswirkungen auf die richterliche Unabhängigkeit durch die Erledigungsmöglichkeit des § 153a StPO ..... 276**

I. Die Rolle des Richters bei § 153a StPO aus normativer Sicht ..... 276  
II. Die Rolle des Richters bei § 153a StPO in empirischer Sicht ..... 279  
III. Der Funktionsverlust richterlicher Unabhängigkeit am Beispiel des § 153a StPO ..... 280

**D. Auswirkungen auf die richterliche Unabhängigkeit durch die Verständigung im Strafverfahren ..... 282**

I. Das Verständigungsverfahren als Eingriff in die unabhängige Verfahrensleitung des Gerichts ..... 282  
II. Funktionsverlust der „richterlichen“ Hauptverhandlung als Ausgangspunkt für die Marginalisierung richterlicher Unabhängigkeit..... 285  
III. Unmöglichkeit richterlicher Kontrolle bei auf Effizienz und Flexibilität ausgerichteten Verfahren ..... 286  
IV. Das richterliche Initiativrecht zur Verständigung als Endpunkt des richterlichen Rollenwechsels..... 288

**E. Auswirkungen auf die richterliche Unabhängigkeit durch die allgemeine Kronzeugenregelung des § 46b StGB..... 291**

I. Marginalisierung des Richters durch den zeitlichen Anwendungsbereich des § 46b StGB..... 291

II. Rechtsstaatliche Pattsituation für den unabhängigen Richter im Hauptverfahren .....	292
III. Materiell-rechtliche Marginalisierung richterlicher Unabhängigkeit durch ein reines Präventionsstrafrecht .....	293
<b>Gesamtergebnis</b> .....	294
I. Die fundamentale Bedeutung richterlicher Unabhängigkeit im rechtsstaatlichen Strafrecht .....	295
II. Mittel und Wege der Marginalisierung richterlicher Unabhängig- keit .....	296
III. Die Selbstaufgabe rechtsstaatlicher Standards durch schrankenlose Prävention am Beispiel richterlicher Unabhängigkeit .....	297
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	301

## *Inhaltsverzeichnis*

<b>Einführung und Gang der Untersuchung.....</b>	<b>21</b>
--	-----------

### **Erster Teil:**

<b>Theoretische und verfassungsrechtliche Grundlagen richterlicher Unabhängigkeit.....</b>	<b>23</b>
--	-----------

<b>A. Staatstheoretische Bedingungen und deren Folgen für ein rechtsstaatliches Strafrecht und die richterliche Unabhängigkeit.....</b>	<b>23</b>
---	-----------

I. Staatstheoretisches Konstrukt einer absoluten Rechtsstaatlichkeit .....	23
--	----

1. Konstitutionsbedingungen des Rechtszustandes.....	24
--	----

2. Notwendige Überwindung des Naturzustandes .....	27
--	----

3. Die Idee des Gesellschaftsvertrages als Organisationsrahmen .....	29
--	----

4. Demokratie und Gewaltenteilung als organisatorische Bedingungen des Rechts.....	32
--	----

5. Zusammenfassung: Leitlinien einer absoluten Rechtsstaatlichkeit.....	35
---	----

II. Ableitungen für ein rechtsstaatliches Strafrecht.....	36
---	----

1. Staatliches Strafrecht als notwendige Folge von Rechtsstaatlichkeit.....	36
---	----

2. Legitimation staatlicher Strafe durch die Idee der Strafgerechtigkeit.....	38
---	----

3. Strafgesetzlichkeit als Bestimmung der Reichweite staatlichen Strafrechts und zugleich als Grenze staatlicher Gesetzgebungsmacht und richterlicher Willkür.....	43
--	----

III. Richterliche Unabhängigkeit im rechtsstaatlichen Strafrecht.....	49
---	----

<b>B. Verfassungsrechtliche Anknüpfungen für ein rechtsstaatliches Strafrecht .....</b>	<b>53</b>
---	-----------

I. Schuldprinzip .....	55
------------------------	----

II. Verfahrensziel der materiellen Wahrheit.....	60
--	----

III. Richterliche Schuldüberzeugung und der Grundsatz der materiellen Wahrheit als verfassungsrechtlich abgesicherte Grundpfeiler eines rechtsstaatlichen Strafrechts.....	63
--	----

<b>C. Verfassungsrechtliche Leitlinien richterlicher Unabhängigkeit</b> .....	65
I. Der Grundsatz der Gewaltenteilung als objektive Bedingung formeller Rechtsstaatlichkeit.....	66
1. Historische Ableitung des Gewaltenteilungsgrundsatzes .....	66
2. Gewaltenteilung im Grundgesetz: Funktionenteilung .....	70
3. Der Grundsatz der Gewaltenteilung als institutionelle Sicherung richterlicher Unabhängigkeit und formeller Rechtsstaatlichkeit .....	73
4. Gewaltenteilung im Strafverfahren .....	76
II. Der Anspruch auf den gesetzlichen Richter als subjektbezogene Ausprägung formeller Rechtsstaatlichkeit .....	79
1. Art. 97 GG als subjektbezogene Ausprägung formeller Rechtsstaatlichkeit.....	80
2. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG als subjektbezogene Ausprägung formeller Rechtsstaatlichkeit .....	84
a) Konkretisierung des Anspruchs durch Art. 92 GG.....	85
b) Konkretisierung des Anspruchs durch ein materielles Grundrechtsverständnis.....	87
(1) Kennzeichen eines „neutralen Verfahrens“ .....	89
(2) Notwendigkeit eines „neutralen Verfahrens“ .....	91
c) Folgerungen aus dem „neutralen Verfahren“ für die richterliche Unabhängigkeit im Strafverfahren .....	93
<b>D. Konklusionen für die richterliche Unabhängigkeit im System des Strafrechts</b> .....	98

**Zweiter Teil:**

<b>Entwicklungslinien der Marginalisierung der Unabhängigkeit der Dritten Gewalt im System des Strafrechts</b> .....	101
--	-----

<b>A. Verdrängung richterlicher Unabhängigkeit aus dem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren</b> .....	101
--	-----

I. Die Notwendigkeit von Richtervorbehalten als prozedurale Grundrechtsabsicherungen .....	103
1. Historische Auslegung: Misstrauen gegenüber der Exekutive .....	103
2. Ausdruck gegenseitiger Gewaltenkontrolle .....	105
3. Präventive Rechtsschutzfunktion .....	107
4. Zusammenfassung.....	109

5. Folgerungen für die Notwendigkeit von Richtervorbehalten .....	110
II. Anforderungen an den unabhängigen Richter .....	112
1. Umfang der richterlichen Überprüfung.....	112
2. Begründungsanforderungen .....	114
3. Richterlicher Bereitschaftsdienst .....	116
III. Mängelprofil .....	118
1. Politische Missachtung.....	119
2. Strukturelle Defizite .....	122
3. Exekutive Umgehungen.....	125
a) „Gefahr im Verzug“ .....	125
b) „Echte“ Umgehungen .....	127
c) Exkurs: Beweisverwertungsverbote .....	131
4. Richterliches Fehlverständnis .....	133
IV. Zusammenfassung: Bedeutungsverlust von Richtervorbehalten im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren.....	136

**B. Normative und faktische rechtsstaatliche Auflösungserscheinungen durch ein konsensorientiertes Präventionsstrafrecht .....** 138

I. Strafbefehlsverfahren gemäß §§ 407ff. StPO .....	144
1. Voraussetzungen eines rechtsstaatlich verträglichen defizitären Verfahrens .....	144
2. Das geltende Strafbefehlsverfahren als Konsensverfahren .....	147
a) Gesetzgeberische Intention und Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens .....	148
b) Legitimation der Rechtsfolge eines Strafbefehls.....	151
(1) Richterliche Schuldüberzeugung oder: Anspruch des rechtsstaatlichen Strafrechts an die Verhängung einer Stra- fe im Strafbefehl.....	152
(2) Verdachtsstrafe oder: die Wirklichkeit im Strafbefehls- verfahren .....	156
(3) Zusammenfassende Bewertung der beiden Ansichten.....	158
c) Rechtsstaatliche Bedenken gegen das Strafbefehlsverfahren.....	159
(1) Schuldprinzip und Grundsatz der materiellen Wahrheit.....	160
(2) Rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG.....	163
(3) Strafprozessuale Gewaltenteilung .....	165
(4) Drucksituation des Beschuldigten.....	166

3. Zusammenfassung: Notwendigkeit von Restriktionen für ein noch rechtsstaatlich verträgliches Strafbefehlsverfahren.....	167
II. Erledigungsmöglichkeiten gemäß § 153a StPO .....	170
1. Entstehungsgeschichte des § 153a StPO und gesetzgeberische Intention .....	172
2. Anwendungsvoraussetzungen des § 153a StPO .....	174
a) Schwere der Schuld.....	175
b) Öffentliches Interesse .....	177
c) „Zustimmung“.....	178
3. Legitimation von Verfahrenseinstellungen.....	178
a) Entwurf eines rechtsstaatlich verträglichen Opportunitätsprinzips .....	178
b) § 153a StPO als Verfahren der Opportunität.....	183
c) § 153a StPO als Verfahren der Konsensorientierung.....	186
d) Doppelt Gefährdungspotential für ein rechtsstaatliches Strafrecht .....	188
4. Rechtsstaatliche Bedenken gegen § 153a StPO.....	190
a) Gleichheitsgrundsatz.....	190
b) Strafprozessuale Gewaltenteilung .....	192
(1) Übertragung von Judikativfunktionen auf die Exekutive .....	192
(2) Übertragung von Legislativfunktionen auf die Exekutive.....	195
(3) Zwischenergebnis.....	195
c) Vergeltungsstrafrecht: Schuldprinzip und Grundsatz der materiellen Wahrheit.....	196
d) Verstoß gegen § 136a StPO.....	198
5. Zusammenfassung: Zweckmäßigkeit des § 153a StPO vs. rechtsstaatliche Bedenken .....	199
III. Verfahrensabsprachen im Strafverfahren.....	202
1. Das Konsensprinzip in der geltenden Strafprozessordnung .....	202
a) Bisherige Erkenntnisse zum Konsensverfahren .....	202
b) Bedingungen einer Konsensualisierung des Strafverfahrens .....	203
c) Kennzeichen des Konsensverfahrens.....	205
2. Informelle Verfahrensabsprachen in der strafrechtlichen Praxis.....	206
a) Das Phänomen der Verfahrensabsprachen .....	206
b) Verfahrensabsprachen als Ausdruck der Konsensorientierung.....	209

c)	Bedenken gegen die Praxis der Verfahrensabsprachen .....	210
(1)	Grundsatz der materiellen Wahrheit bzw. Amtsaufklärungspflicht des Gerichts gemäß § 244 Abs. 2 StPO.....	210
(2)	Schuldprinzip.....	213
(3)	Schutz der Willensfreiheit und Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten .....	214
(4)	Zusammenfassung .....	216
d)	Notwendigkeit einer gesetzlichen Positionierung zu informellen Verfahrensabsprachen .....	218
3.	Gesetzliche Regelung der Verständigung im Strafverfahren .....	220
a)	Gesetzgeberische Zielsetzungen .....	220
b)	Legitimationsprinzip .....	221
c)	Anwendungsbereich der Verfahrensabsprache.....	224
d)	Zustandekommen der Verfahrensabsprache.....	225
e)	Inhalt der Verfahrensabsprache .....	226
f)	Auswirkungen auf das laufende Verfahren .....	229
g)	Auswirkungen auf das Rechtsmittelverfahren.....	232
4.	Zusammenfassung: Die gesetzliche Regelung der Verständigung als untaugliches und wirkungsloses Mittel der Vermeidung von Informalität und Konsens .....	232
IV.	Die allgemeine Kronzeugenregelung des § 46b StGB .....	236
1.	Grundsätzliche Schwierigkeiten der Kronzeugenregelung im rechtsstaatlichen Strafrecht .....	237
a)	Grundsatz des schuldangemessenen Strafens .....	237
b)	Gleichheitsgrundsatz und Legalitätsprinzip .....	238
c)	Versuch der Rechtfertigung der rechtsstaatswidrigen Tatbestandsmäßigkeit.....	240
2.	Die Kronzeugenregelung des § 46b StGB .....	242
a)	Gesetzgeberische Intention des § 46b StGB.....	242
b)	Verhältnis zu Verfahrensabsprachen .....	244
c)	Voraussetzungen des § 46b StGB.....	247
(1)	Anwendungsbereich der Kronzeugenregelung .....	248
(2)	„Freiwilligkeit“ des Kronzeugen.....	249
(3)	„Wesentlicher Beitrag“ (Aufklärungs- und Verhinderungserfolg).....	250
(4)	Ausschluss nach Beendigung des Ermittlungsverfahrens .....	253

3. Zusammenfassung: Die allgemeine Kronzeugenregelung als Prototyp eines ausufernden Präventionsstrafrechts .....	255
<b>C. Zusammenfassung: Die Entwicklung des rechtsstaatlichen Strafrechts hin zu einem grundrechtsofernden konsensorientierten Präventionsstrafrecht .....</b>	<b>257</b>
<b>Dritter Teil:</b>	
<b>Das konsensorientierte Präventionsstrafrecht als Produzent der Marginalisierung der Unabhängigkeit der Dritten Gewalt .....</b>	<b>261</b>
<b>A. Die Marginalisierung richterlicher Unabhängigkeit im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren .....</b>	<b>263</b>
I. Der Funktionszusammenhang von Richtervorbehalten und richterlicher Unabhängigkeit.....	263
II. Bedingungen der Marginalisierung richterlicher Unabhängigkeit.....	264
III. Die Rolle des Richters in einem von Prävention geprägten Ermittlungsverfahren.....	266
<b>B. Auswirkungen auf die richterliche Unabhängigkeit durch die Praxis des Strafbefehlsverfahrens .....</b>	<b>270</b>
I. Die Rolle des Richters beim Strafbefehl aus normativer Sicht .....	270
II. Die Rolle des Richters beim Strafbefehl aus empirischer Sicht.....	271
III. Der Funktionsverlust richterlicher Unabhängigkeit am Beispiel des Strafbefehlsverfahrens.....	274
<b>C. Auswirkungen auf die richterliche Unabhängigkeit durch die Erledigungsmöglichkeit des § 153a StPO .....</b>	<b>276</b>
I. Die Rolle des Richters bei § 153a StPO aus normativer Sicht.....	276
II. Die Rolle des Richters bei § 153a StPO in empirischer Sicht .....	279
III. Der Funktionsverlust richterlicher Unabhängigkeit am Beispiel des § 153a StPO.....	280
<b>D. Auswirkungen auf die richterliche Unabhängigkeit durch die Verständigung im Strafverfahren .....</b>	<b>282</b>
I. Das Verständigungsverfahren als Eingriff in die unabhängige Verfahrensleitung des Gerichts .....	282

II. Der Funktionsverlust der „richterlichen“ Hauptverhandlung als Ausgangspunkt für die Marginalisierung richterlicher Unabhängigkeit .....	285
III. Die Unmöglichkeit richterlicher Kontrolle bei auf Effizienz und Flexibilität ausgerichteten Verfahren .....	286
IV. Das richterliche Initiativrecht zur Verständigung als Endpunkt des richterlichen Rollenwechsels.....	288
<b>E. Auswirkungen auf die richterliche Unabhängigkeit durch die allgemeine Kronzeugenregelung des § 46b StGB.....</b>	<b>291</b>
I. Die Marginalisierung des Richters durch den zeitlichen Anwendungsbereich des § 46b StGB .....	291
II. Rechtsstaatliche Pattsituation für den unabhängigen Richter im Hauptverfahren.....	292
III. Materiell-rechtliche Marginalisierung richterlicher Unabhängigkeit durch ein reines Präventionsstrafrecht .....	293
<b>Gesamtergebnis .....</b>	<b>294</b>
I. Die fundamentale Bedeutung richterlicher Unabhängigkeit im rechtsstaatlichen Strafrecht .....	295
II. Mittel und Wege der Marginalisierung richterlicher Unabhängigkeit .....	296
III. Die Selbstaufgabe rechtsstaatlicher Standards durch schrankenlose Prävention am Beispiel richterlicher Unabhängigkeit .....	297
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>301</b>



## *Einführung und Gang der Untersuchung*

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Frage nach Umfang (*Zweiter Teil*) und Gründen (*Dritter Teil*) der zunehmenden Marginalisierung richterlicher Unabhängigkeit im rechtsstaatlichen Strafrecht. Hierbei wird der Zusammenhang zu untersuchen sein zwischen dem Funktionswandel des Strafrechts, nämlich der Etablierung des Präventionsgedankens und der Ausrichtung hin zu einem Interventionsstrafrecht, einerseits und steter Marginalisierung und Zurückdrängung richterlicher Entscheidungsmacht andererseits.

Ausgehend von einem theoretischen Verständnis von Staat und Strafrecht als rechtsstaatlicher Zwangsordnung gilt es ein *funktionalistisches Verständnis* der *richterlichen Unabhängigkeit* und des damit verbundenen neutralen Verfahrens aufzuzeigen (*Erster Teil*). Dabei werden die materiellen Komponenten ermittelt, die die Anwendung des Strafrechts und die Verhängung einer Strafe legitimieren und begrenzen. Diese sind das *Schuldprinzip*, verstanden als retrospektives Legitimations- und Maßprinzip der individuell zu verhängenden Strafe, sowie der *Grundsatz materieller Wahrheitsermittlung* als Voraussetzung für einen auf materielle Gerechtigkeit beruhendem staatlichen Zugriff. Diese dem Strafrecht immanenten materiellen Komponenten sind aber nur der „halbe Schritt“ zur Rechtsstaatlichkeit. Hinzukommen müssen formelle Komponenten, die sich einerseits aus der zugrunde liegenden Theorie eines rechtsstaatlichen Strafrechts ergeben, die aber andererseits auch im Grundgesetz rechtlich abgesichert sind. Der Blick auf das Verfassungsrecht ist wichtig, da er zu belegen vermag, dass die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen dieser formellen Rechtsstaatlichkeit mit den theoretischen Anforderungen deckungsgleich sind. Basis dieser formellen Rechtsstaatlichkeit ist dabei die richterliche Unabhängigkeit als Ausdruck der Gewaltenteilung.

In einem nächsten Schritt werden anhand exemplarischer Entwicklungen im Strafverfahren mögliche Gefährdungspotentiale für die richterliche Unabhängigkeit dargelegt (*Zweiter Teil*). Deren Auswahl konzentriert sich dabei auf zwei moderne rechtspolitische Topoi: den *Grundrechtsschutz im Ermittlungsverfahren* (A) und die *Tendenz zur Konsensualisierung* in Vor- und Hauptverfahren (B). Bei der Frage der Bedeutung des Richters im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren geht es darum, inwiefern Richtervorbehalte staatlichen Zwangseingriffen vor- bzw. nachgeschaltet und vor allem inwieweit richterliche Entscheidungen

gen dazu in der Lage sind, dem Beschuldigten den Grundrechtsschutz effektiv und rechtsstaatlich zu gewährleisten. Die Differenzierung von Norm- und Praxisebene soll zeigen, dass der Richtervorbehalt zwar Konjunktur hat, er im Wesentlichen aber als Instrument des Grundrechtsschutzes durch einen unabhängigen Richter die ihm zugewiesenen Funktionen kaum erfüllen kann. Die zweite Entwicklungslinie – die Konsensualisierung des formellen, aber auch materiellen Strafrechts – wird vor allem unter dem Gesichtspunkt untersucht, ob sich durch das Präventionsparadigma im Strafrecht Veränderungen aufzeigen lassen, die die Verfahrensstruktur und die Erledigungsstrategien des rechtsstaatlichen Strafverfahrens nachhaltig beeinflussen und so faktisch die Marginalisierung des Richters vorantreiben.

In einem letzten Schritt werden unter Zugrundelegung der Erkenntnisse aus dem zweiten Teil zu den ausgewählten Entwicklungslinien des modernen *Präventionsstrafrechts* die Folgen für die richterliche Unabhängigkeit untersucht (*Dritter Teil*). Entscheidend ist dabei die Frage, ob der richterlichen Entscheidung überhaupt noch eine wesentliche Legitimationskraft zukommt oder ob diese nicht vielmehr funktionalisiert wird, um die Ziele des modernen Präventionsstrafrechts – *optimierte Effizienz von Strafverfolgung* und *administrative Flexibilität von Verfahren* – zu erreichen.

## ***Erster Teil: Theoretische und verfassungsrechtliche Grundlagen richterlicher Unabhängigkeit***

Im Fokus dieser Untersuchung steht die Unabhängigkeit des Richters im rechtsstaatlichen Strafrecht. Um deren Bedeutung im System des Strafrechts bestimmen zu können, sind zunächst die Grundlagen eines rechtsstaatlichen Strafrechts zu skizzieren. Es ist hierfür zu klären, mit welcher Staatstheorie ein rechtsstaatliches Strafrecht korreliert, welches Strafrechtsmodell und welche Grundlinien das Grundgesetz für ein solches vorsieht sowie welchen Einfluss die theoretischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen auf ein derartiges Strafrecht haben. Auf dieser Basis sind Aufgaben und Bedeutung richterlicher Unabhängigkeit sowie deren konkrete Umsetzung im Strafverfahren zu bemessen, wobei insbesondere die Beziehung zum Beschuldigten interessiert, denn dieser bildet das Ziel des staatlichen Zugriffs. Ausgehend von staatstheoretischen Grundlagen und deren Folgerungen für ein rechtsstaatliches Strafrecht sollen daher zunächst abstrakt die Aufgabe und Funktion der Garantie richterlicher Unabhängigkeit im Strafverfahren herausgearbeitet werden.

### **A. Staatstheoretische Bedingungen und deren Folgen für ein rechtsstaatliches Strafrecht und die richterliche Unabhängigkeit**

Bei der (rechts-)theoretischen Fundierung eines rechtsstaatlichen Strafrechts geht es nicht darum, einen umfassenden Überblick über verschiedene Staatstheorien zu gewähren, sondern allenfalls die Bedingungen darzustellen, aus denen Leitlinien eines rechtsstaatlichen Strafrechts folgen. Auch wenn in diesem Zusammenhang nicht genügend Raum für eine umfassende Erörterung bleibt, darf die Bedeutung dieser Grundüberlegungen für das Strafverfahren und vor allem für die spätere Auslegung verfassungsrechtlicher und einfachgesetzlicher Normen nicht unterschätzt werden, denn nur auf Grundlage dessen lässt sich die Bedeutung richterlicher Unabhängigkeit für ein rechtsstaatliches Strafverfahren und den davon betroffenen Bürger verstehen.

#### **I. Staatstheoretisches Konstrukt einer absoluten Rechtsstaatlichkeit**

Dem hier vertretenen (Rechts-)Staatsmodell liegen die Ideen des deutschen Idealismus zur Zeit der europäischen Aufklärung und insbesondere die Rechts-

philosophie *Immanuel Kants* zugrunde.<sup>1</sup> Aus diesen ergeben sich die Grundlinien eines an Rechtsstaatlichkeit ausgerichteten Strafrechts, so wie es die Basis dieser Untersuchung bildet.

## 1. Konstitutionsbedingungen des Rechtszustandes

### *Individuelle Freiheit als Ausgangspunkt von Recht*

Den Ursprung der *Kantischen* Staatstheorie bildet zunächst die *individuelle Freiheit* als „jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende[m] Recht“<sup>2</sup>, welches die Überschneidung individueller Freiheitssphären verhindert und diese dadurch konstituiert. So muss sich die bürgerliche Gesellschaft in erster Linie an der Kompatibilität unterschiedlicher Freiheitssphären orientieren.<sup>3</sup> Hauptkennzeichen eines Rechtsstaates ist es, diese Freiheitssphären zu schützen und jedem Bürger einen Unterlassungsanspruch gegen Eingriffe in die eigene Freiheitssphäre zu gewähren sowohl gegenüber anderen Bürgern als auch gegenüber dem Staat selbst. Die individuelle Freiheit bildet danach die Grundlage des Staates schlechthin und die notwendige Bedingung von Recht.<sup>4</sup> Normsetzung und rechtsverbindliche Normanwendung haben sich an dieser absoluten Maxime zu orientieren und lassen sich nur dann legitimieren, wenn sie diese achten.

### *Gleichheit und Selbständigkeit als weitere notwendige Bedingungen von Recht*

Mit der Anerkennung der individuellen Freiheit als apriorisches Prinzip ergibt sich zum einen die Notwendigkeit gleicher Verteilung von Rechtsmacht sowie zum anderen die Verpflichtung, jeden Menschen als eigene Persönlichkeit anzusehen, mithin ihn als selbständiges und autonomes Mitglied einer bürgerlichen

---

1 Vgl. hierzu auch ausführlich die Darstellungen bei Kersting, *Wohlgeordnete Freiheit*, S. 199 ff. sowie bei Sinner, *Der Vertragsgedanke im Strafprozeßrecht*, S. 35 ff.

2 Kant, *Metaphysik der Sitten*, AA VI, S. 237.

3 Vgl. Kersting, *Wohlgeordnete Freiheit*, S. 234.

4 Vgl. hierzu Harzer, *Der Naturzustand als Denkfigur moderner praktischer Vernunft*, S. 90, vgl. zudem auch zusammenfassend Naucke zur Ableitung des Rechtsprinzips, Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, S. 28, wonach Kant „das Sit-  
tengesetz aus der reinen Vernunft abgeleitet und dessen Notwendigkeit dargelegt hat. Daraus und aus dem äußeren Verhältnis zwischen Personen ergab sich die weitere unbedingte Vernunftforderung des Rechts als alleiniger Bedingung, unter der die sittliche Freiheit wirken kann.“

Gesellschaft zu akzeptieren.<sup>5</sup> Aus dem Freiheitsrecht folgen damit die zweite und die dritte Bedingung von Recht: die Anerkennung von *Gleichheit aller Bürger* und von der *Selbständigkeit jedes Einzelnen*, wobei mit letzterem die Anerkennung gemeint ist, dass jeder Bürger als selbständig handelndes Individuum wahrgenommen werden muss.

„Die angeborene *Gleichheit*, d. i. die Unabhängigkeit, nicht zu mehrerem von anderen verbunden zu werden, also wozu man sie wechselseitig auch verbinden kann; mithin die Qualität des Menschen, sein *eigener Herr (sui iuris)* zu sein [...]“<sup>6</sup>

Das *Prinzip der Gleichheit* bezweckt die gegenseitige Anerkennung individueller Freiheitssphären und ist hierbei gerade auf Wechselseitigkeit angelegt. Denn die Freiheit aller lässt sich nur dann umsetzen, wenn kein Individuum einem anderen überlegen ist: Die Gleichheit aller wird so zur Bedingung der Freiheit. Mit der anderen Voraussetzung des Rechtszustandes, nämlich die *Anerkennung der Selbständigkeit* ist letztlich das Vermögen gemeint, nach eigenem Willen seinen Unterhalt zu erarbeiten<sup>7</sup>: Dies bedeutet, dass der Bürger

„seine Existenz und Erhaltung nicht der Willkür eines anderen im Volke, sondern seinen eigenen Rechten und Kräften als Glied eines gemeinen Wesens verdankt, folglich die bürgerliche Persönlichkeit, in Rechtsangelegenheiten durch keinen anderen vorge stellt werden zu dürfen.“<sup>8</sup>

Mit dieser Selbständigkeit des Einzelnen ist nicht nur gemeint, dass jeder in der Gesellschaft als freier Bürger anerkannt wird, sondern umgekehrt, dass jeder Einzelne wie auch der Staat selbst die Individuen als freie Bürger anerkennt. Indem sie dem Menschen in einer sich rechtlich konstituierenden Gemeinschaft Subjektqualität verleiht, beschreibt sie das Verhältnis von Staat und Bürger. Die Anerkennung und der Schutz dieser Subjektqualität konstituieren den Rechtsstaat und stellen dadurch zugleich die Schranke staatlicher Machtausübung dar. Gleichheit und Selbständigkeit sind somit notwendige Auswirkungen der ihnen zugrunde liegenden individuellen Freiheit und gleichsam notwendige und unentbehrliche Voraussetzungen des Rechtsstaats.

---

5 Vgl. Sinner, Der Vertragsgedanke im Strafprozeßrecht, S. 37.

6 Kant, Metaphysik der Sitten, AA VI, S. 237 f. (Hervorhebungen im Original).

7 Vgl. Sinner, Der Vertragsgedanke im Strafprozeßrecht, S. 37 mit weiteren Nachweisen.

8 Kant, Metaphysik der Sitten, AA VI, S. 237.

## *Die Trias der Konstitutionsbedingungen als universelle Schranke staatlicher Machtausübung*

Diese Rechtsprinzipien sind dem Menschen a priori kraft seiner Vernunft gegeben und bilden damit den unabänderlichen und definitiven Maßstab moderner Staatsbegründung. Sie sind dabei keine Prinzipien, die aus der Staatlichkeit folgen bzw. subjektiv-öffentliche Rechte darstellen<sup>9</sup>, sondern sie sind dem staatlichen Zustand als reine Vernunftprinzipien vorgelagert.<sup>10</sup> Sie verleihen dem Menschen Subjektivität in einem Rechtsstaat und machen ihn zu einer autonomen und freien Person. *Kant* folgert hieraus die zweite Formel des Prinzips der Sittlichkeit:

*„Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest.“*<sup>11</sup>

Die menschliche Vernunft ist damit der Garant dafür, dass jeder Mensch selbst nicht bloß als Mittel, sondern immer als Zweck behandelt wird. Umgekehrt müssen die Menschen wie auch der Staat sich dieser objektiven Gesetzmäßigkeit unterwerfen und den Menschen als eine mit Würde ausgestattete Person akzeptieren und schützen. Die gegenseitige Achtung der Würde eines Menschen folgt aus der dem Menschen innewohnenden Vernunft. Den Mittelpunkt dieser Rechts- und Staatsphilosophie stellt der einzelne Bürger selbst dar: Er ist der Ausgangspunkt des Staates. Das Subjekt, also das Individuum und dessen apriorische Rechte werden zum ausschlaggebenden Faktor der Staatsbildung und der Staatsorganisation.

Die individuelle Freiheit, die Gleichheit aller Individuen und die Anerkennung des Menschen als autonom handelndes und mit eigenen Rechten ausgestattetes Subjekt stellen die Konstitutionsbedingungen des Staates dar und bilden gleichsam die universelle Schranke staatlicher Machtausübung. Aus der ausschließlich subjektorientierten Staatstheorie und der daraus notwendig resultierenden (gegenseitigen) Achtung der Würde jedes Einzelnen folgt gleichzeitig das absolute

---

9 Vgl. Kersting, Wohlgeordnete Freiheit, S. 239.

10 Vgl. Harzer, Der Naturzustand als Denkfigur moderner praktischer Vernunft, S. 90 f.

11 Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, AA IV, S. 429 (Hervorhebungen im Original).

Verbot der Instrumentalisierung des Menschen<sup>12</sup>, worauf bei der Begründung des Strafrechts bzw. der staatlichen Kriminalstrafe zu achten ist.

## 2. Notwendige Überwindung des Naturzustandes

Die Notwendigkeit des Übergangs vom Naturzustand in den Rechtszustand folgt *Kant* zunächst aus der Existenz des Privatrechts:

„Aus dem Privatrecht im natürlichen Zustande geht nun das Postulat des öffentlichen Rechts hervor: du sollst, im Verhältnisse eines unvermeidlichen Nebeneinanderseins mit allen anderen, aus jenem heraus in einen rechtlichen Zustand, d. i. den einer austeilenden Gerechtigkeit übergehen. [...] Niemand ist verbunden, sich des Eingriffs in den Besitz des anderen zu enthalten, wenn dieser ihm nicht gleichmäßig auch Sicherheit gibt, er werde ebendieselbe Enthaltensamkeit gegen ihn beobachten. [...] Bei dem Vorsetze, in diesem Zustande äußerlich gesetzloser Freiheit zu sein und zu bleiben, tun sie *einander* auch gar nicht unrecht, wenn sie sich untereinander befehden; denn was dem einen gilt, das gilt auch wechselseitig dem anderen, gleich als durch eine Übereinkunft (*uti partes de iure suo disponunt, ita ius est*); aber überhaupt tun sie im höchsten Grade daran unrecht, in einem Zustande sein und bleiben zu wollen, der kein rechtlicher ist, d. i. in dem niemand des Seinen wider Gewalttätigkeit sicher ist.“<sup>13</sup>

Ausgehend von Unsicherheiten hinsichtlich persönlicher Besitzverhältnisse bemängelt *Kant*, dass es im rechtlosen Naturzustand keine verbindlichen Regelungen zur Beurteilung von Besitzfragen gibt und dies dazu führt, dass sich die Menschen gegenseitig eben diesen Besitz streitig machen. Diese Streitigkeiten können mangels geschriebener und verbindlicher Gesetze im Naturzustand nur gewaltsam nach jeweils individuellen und nicht verbindlichen Maßstäben entschieden werden. Eine gewaltsame Konfliktlösung birgt aber immer die Gefahr, dass die oben beschriebenen angeborenen Rechte des Menschen nicht gewahrt werden. Das Verbleiben im Naturzustand widerspricht daher der menschlichen Vernunft. Allein deswegen ist der Mensch zur Staatenbildung bzw. zur Vergesellschaftung bzw. zur Bildung einer bürgerlichen Gemeinschaft, wie *Kant* es nennt, verpflichtet.<sup>14</sup> Kraft seiner Vernunft erkennt der Mensch, dass die Bil-

---

12 Vgl. zum Ganzen Sander, Grenzen instrumenteller Vernunft im Strafrecht, S. 282 ff. sowie die sich anschließenden Versuche, den Begriff der Würde des Menschen inhaltlich zu fassen.

13 Kant, Metaphysik der Sitten, AA VI, S. 307 f. (Hervorhebungen im Original).

14 Vgl. insbesondere Naucke, Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, S. 29, sowie dort zum Verhältnis von Recht und Staat Fußnote 130: „der Staat ist die Bedingung sine qua non des Rechts und das Recht die Bedingung sine qua non der

derung eines Staates zur Sicherung seines freien, gleichen und autonomen Daseins notwendig ist. Kennzeichen und Ziel eines Rechtsstaates ist dabei die Wahrung des Rechtszustandes und die Herstellung von Gerechtigkeit, wobei diese als notwendige Voraussetzung letztlich im Dienste individueller Freiheit zu sehen ist. Der Staat wird hierbei als von den Bürgern unabhängige Machtinstitution zur Wahrung der dem Menschen a priori gegebenen Rechte durch die Verwirklichung von Gerechtigkeit begriffen.

Die beschriebene Unsicherheit im Privatrecht und das Streitigmachen von Besitzverhältnissen, insbesondere aber die dadurch bestehende Gefahr der Beeinträchtigung individueller Freiheit, zeigen sich im Naturzustand genauso wie im Rechtszustand. Der Unterschied besteht darin, dass im Rechtszustand – im Gegensatz zum Naturzustand – objektive und vorhersehbare Instrumentarien bereit gestellt sind, die dieser Unsicherheit begegnen.<sup>15</sup> Die Menge gleichberechtigter Meinungen und perspektivenabhängiger Interpretationen, wie sie den Naturzustand prägen, werden im Rechtszustand abgelöst durch die Maßstäbe des Rechts und die öffentlichen Gesetze.<sup>16</sup> Dieser rechtliche Zustand ist nach *Kant* die Ordnung der individuellen Freiheiten der einzelnen Bürger:

„Eine Handlung ist recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann.“<sup>17</sup>

In diesem rechtlichen Zustand wird die Fülle unterschiedlicher Rechtsmeinungen einzelner Menschen durch eine einzige, nämlich durch das öffentliche Gesetz abgelöst, welches die Besitzfragen allgemeinverbindlich und endgültig festlegt und so eine gesetzliche Grundlage für die Regelung streitiger Rechtsfragen schafft.<sup>18</sup>

„Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“<sup>19</sup>

---

Sittlichkeit; sind wir unbedingt verpflichtet, sittlich zu handeln, so sind wir auch unbedingt verpflichtet, die Voraussetzung dafür, d. h. den Staat, zu schaffen.“

15 Vgl. Albrecht, Kriminologie – Eine Grundlegung zum Strafrecht, S. 96.

16 Vgl. Köhler, Strafrecht – Allgemeiner Teil, S. 16.

17 Kant, Metaphysik der Sitten, AA VI, S. 230.

18 Vgl. Kersting, Wohlgeordnete Freiheit, S. 210.

19 Kant, Metaphysik der Sitten, AA VI, S. 230.

Nur der Rechtszustand bietet die Möglichkeit „distributiver Gerechtigkeit“<sup>20</sup>, also die Möglichkeit einer gewaltfreien und an rechtlichen Maßstäben orientierten Konfliktregelung, an der es gerade im Naturzustand mangelt. Daher ist es notwendig, den Zustand der Rechtlosigkeit und Unsicherheit zu überwinden und in den Zustand des Rechts einzutreten.<sup>21</sup> Denn den rechtlichen Zustand kennzeichnet einerseits eine materielle Seite, nämlich die Idee der Gerechtigkeit, andererseits aber auch eine formelle Seite, nämlich die Bereitstellung von tauglichen und effektiven Instrumentarien zur Durchsetzung der Gerechtigkeitsidee und damit zur Verwirklichung der individuellen Freiheit.

Neben dem Recht, das feste Maßstäbe zur Beurteilung und Lösung der Konflikte zur Verfügung stellt, bedarf es notwendigerweise auch noch eines angemessenen und verbindlichen Verfahrens der Rechtsgewährleistung und Rechtsdurchsetzung im Streitfalle. Erst durch diese verfahrensmäßige Absicherung kann sich das Recht vollständig entfalten. Hierin zeigen sich die Differenzierung und die strenge Wechselseitigkeit materieller und formeller Rechtsstaatlichkeit, wobei zugleich ein erster gedanklicher Schritt zur richterlichen Unabhängigkeit im verfassten Rechtsstaat geleistet ist und deren elementare Bedeutung für eben jenen sichtbar wird. Richterliche Unabhängigkeit als notwendige Bedingung der formellen Rechtsstaatlichkeit garantiert die Wahrung und Herstellung materieller Gerechtigkeit. Materielle und formelle Rechtsstaatlichkeit bedingen sich dabei gegenseitig, die Garantie richterlicher Unabhängigkeit und die Gewährleistung neutraler Verfahren zur Rechtswahrung sind notwendige Voraussetzungen der Gerechtigkeitsidee.

### **3. Die Idee des Gesellschaftsvertrages als Organisationsrahmen**

Im Gegensatz zu den Vertragstheoretikern *Thomas Hobbes* und *Jean-Jacques Rousseau* sieht *Kant* den Übergang in den Rechtszustand nicht primär durch den Gesellschaftsvertrag begründet, sondern verweist auf die jedem Menschen immanente Vernunft, die notwendigerweise zur Staatsbegründung führen muss<sup>22</sup>, denn

---

20 Vgl. Kant, *Metaphysik der Sitten*, AA VI, S. 302.

21 Vgl. Hruschka, *Kants Rechtsphilosophie als Philosophie des subjektiven Rechts*, JZ 2004, S. 1086.

22 Vgl. Kersting, *Wohlgeordnete Freiheit*, S. 210.

„man müsse aus dem Naturzustande, in welchem jeder seinem eigenen Kopfe folgt, herausgehen und sich mit allen anderen (mit denen in Wechselwirkung zu geraten er nicht vermeiden kann) dahin vereinigen, sich einem öffentlich gesetzlichen äußeren Zwange zu unterwerfen, also in einen Zustand treten, darin jedem das, was für das Seine anerkannt werden soll, *gesetzlich* bestimmt und durch hinreichende *Macht* (die nicht die seinige, sondern eine äußere ist) zu Teil wird, d. i. er solle vor allen Dingen in einen bürgerlichen Zustand treten.“<sup>23</sup>

*Kant* hebt anders als *Hobbes* und *Rousseau* seine Staatsphilosophie damit auf eine wissenschaftliche und metaphysische Ebene. Während bei *Hobbes* der Staat als allmächtiger Leviathan in erster Linie den Krieg aller gegen alle überwinden soll<sup>24</sup> und bei *Rousseau* der Staat dem allgemeinen Willen (*volonté générale*) verpflichtet ist<sup>25</sup>, steht bei *Kant* der einzelne Bürger im Vordergrund.<sup>26</sup> Der Einzelne geht hier nicht im Allgemeinwillen auf, sondern behält seine Individualität und bleibt als Vernunftwesen bestehen.<sup>27</sup> Diese Staatsphilosophie hat den Vorteil, dass sie sich von der real bestehenden Gesellschaftsordnung löst und damit ihre Begründung nicht in der Empirie findet, sondern in der menschlichen Vernunftidee. Sie darf sich daher nicht als Reaktion auf tatsächlich gegebene Verhältnisse verstehen, sondern stellt vielmehr eine abstrakte Theorie des Rechtsstaates dar. Der Staat leitet sich hier aus dem freien Dasein des Menschen ab und er hat dieses Wesen zur Verwirklichung zu bringen. „Die rechtliche, vernunftgesetzliche Notwendigkeit des Staates macht eine vertragliche Begründung staatlicher Herrschaft überflüssig. Der Rechtsgrund für die Staatsbegründung ist

---

23 Kant, *Metaphysik der Sitten*, AA VI, S. 312 (Hervorhebungen im Original).

24 Hobbes, *Leviathan*, Zweiter Teil, Siebzehntes Kapitel, S. 151: „Die Absicht und Ursache, warum die Menschen bei all ihrem natürlichen Hang zur Freiheit und Herrschaft sich dennoch entschließen konnten, sich gewissen Anordnungen, welche die bürgerliche Gesellschaft trifft, zu unterwerfen, lag in dem Verlangen, sich selbst zu erhalten und ein bequemerer Leben zu führen; oder mit anderen Worten, aus dem elenden Zustande eines Krieges aller gegen alle gerettet zu werden.“

25 Rousseau, *Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts*, Zweites Buch, 3, Kapitel: „Aus dem Vorhergehenden folgt, dass der Gemeinwille immer auf dem rechten Weg ist und auf das öffentliche Wohl abzielt: woraus allerdings nicht folgt, daß die Beschlüsse des Volkes immer gleiche Richtigkeit haben. [...] Es gibt oft einen beträchtlichen Unterschied zwischen dem Gesamtwillen und dem Gemeinwillen; dieser sieht nur auf das Gemeininteresse, jener auf das Privatinteresse und ist nichts anderes als eine Summe von Sonderwillen: aber nimm von ebendiesen das Mehr und das Weniger weg, das sich gegenseitig aufhebt, so bleibt als Summe der Unterschiede der Gemeinwille.“

26 Vgl. zu den gedanklichen Unterschieden der Vertragstheorie zu Hobbes und Rousseau weiterführend Kersting, *Wohlgeordnete Freiheit*, S. 227 ff.

27 Vgl. auch Albrecht, *Kriminologie – Eine Grundlegung zum Strafrecht*, S. 97.

vertragsunabhängig und allein in der praktischen Vernunft derjenigen zu suchen, welche sich im Staat zusammenschließen.“<sup>28</sup>

Dem hier vertretenen Staatsmodell liegt dieses oben beschriebene *Kantische* Menschenbild eines von Natur aus freien, gleichen und selbständigen Menschen zugrunde. Die Sicherung von Freiheit, Gleichheit und Selbständigkeit erfolgt nur im Rechtszustand durch den wechselseitigen Gewaltverzicht der Bürger im Falle eines Konfliktes – veranlasst durch die menschliche Vernunft. Mit der gleichzeitigen Übertragung des Rechts zur Gewaltausübung auf einen neutralen Dritten ist der Staat begründet.<sup>29</sup> Die Legitimationskriterien für den Staat und die Begründung des Staates ergeben sich dabei aber nicht aus dem Gesellschaftsvertrag, sondern alleine aus der menschlichen Vernunft, genauer aus den dem Menschen von Natur aus gegebenen Rechten der Freiheit, Gleichheit und Selbständigkeit. Der Staat beruht damit in erster Linie nicht auf einem hypothetischen Vertrag der Bürger, sondern er folgt der auf der menschlichen Vernunft beruhenden Verpflichtung zur Vergesellschaftung.<sup>30</sup>

Der Gesellschaftsvertrag verliert im *Kantischen* Staatsmodell aber nicht gänzlich an Bedeutung, denn er liefert gewissermaßen den praktischen Umsetzungsmechanismus vom Naturzustand in den Rechtszustand, er ist dabei aber „nicht Ermöglichungs- und Legitimationsbedingung staatlicher Herrschaft, sondern ein Verfassungsprinzip, das die anderenorts in ihrer rechtlichen Notwendigkeit begründete staatliche Allmacht freiheitsgesetzlich domestiziert.“<sup>31</sup> Zusammenfassend entsteht mit dem Gesellschaftsvertrag als Organisationsnorm auf der Grundlage menschlicher Vernunft und individueller Freiheit der rechtlich organisierte Staat.<sup>32</sup>

---

28 Sinner, Der Vertragsgedanke im Strafprozeßrecht, S. 44; vgl. auch Kersting, Wohlgeordnete Freiheit, S. 218.

29 Vgl. Albrecht, Kriminologie – Eine Grundlegung zum Strafrecht, S. 96.

30 Vgl. Sinner, Der Vertragsgedanke im Strafprozeßrecht, S. 44 f.: „Nicht länger beruht der Staat auf dem Gesellschaftsvertrag, auf einer historischen oder auch nur fiktiven Übereinkunft der Naturzustandsbewohner, die sich um ihrer stets bedrohten Sicherheit willen vereinigen und die politische Gewalt als Schutzgaranten ihrer natürlichen Freiheit einsetzen. [...] Der Vertrag nimmt vielmehr die Gestalt einer vernunftrechtlichen Organisationsnorm, der Verfassung des Staates, einer normativen Binnenstruktur des allein nach Vernunftbegriffen entworfenen Rechtszustandes an.“

31 Kersting, Wohlgeordnete Freiheit, S. 231.

32 Wenn im Nachfolgenden auf den Begriff des Gesellschaftsvertrages abgestellt wird, so ist damit stets eine Art von Menschen selbstverantworteter Verfassung gemeint, nicht aber der Rechtsgrund des Staates selbst. Vgl. hierzu auch Naucke, Über den Einfluss