

# Dimensionen der Rechtsvergleichung: Ermessen des Gerichts

Prof. Dr. Maciej Malolepszy\*

## I. Einführung

Neben den Aspekten der Traditionalität und der Modernität von Rechtssystemen<sup>1</sup> lassen sich Rechtssysteme vergleichend auch unter dem Gesichtspunkt untersuchen, inwieweit der Gesetzgeber der Rechtsprechung Entscheidungsspielräume belassen hat. Da heute ein Rechtssystem undenkbar wäre, in dem der Gesetzgeber alle relevanten Rechtsfragen selbst entschieden hat, muss er den Gerichten entsprechende Spielräume lassen. Diese kann man an verschiedenen Stellen der Rechtsordnung feststellen. Sie sind insbesondere bei den Generalklauseln, den Kann-Vorschriften und den Strafzumessungsregeln erkennbar. Der Gesetzgeber kann dabei unterschiedlich verfahren. Rein theoretisch lassen sich zwei Extreme unterscheiden. Auf der einen Seite kann man sich einen Gesetzgeber vorstellen, der der Rechtsprechung in weitem Umfang Spielräume überlässt und dadurch zum Ausdruck bringt, dass die Rechtsprechung in jedem Fall das letzte Wort sprechen sollte. Auf der anderen Seite steht ein Gesetzgeber, der versucht, möglichst viele Rechtsfragen selbst zu entscheiden und demzufolge der Rechtsprechung weitestgehend „die Hände bindet“. Die zuletzt genannte Lage entsteht insbesondere bei denjenigen Regelungen, die „Muss-Charakter“ aufweisen. Bei diesen Regelungen hat der Richter kein Ermessen: Steht ein Umstand fest, mit dem eine Rechtsnorm eine bestimmte Rechtsfolge verknüpft, muss das Gericht eine vom Gesetz vorgesehene Entscheidung treffen. Ob Regelungen dieser Art wünschenswert sind und welche Nachteile und Vorteile ihre Anwendung aufweist, wird im Folgenden noch näher zu erörtern sein.

Zunächst soll jedoch vor dem Hintergrund des deutschen und des polnischen Strafrechts die angesprochene Problematik rechtsvergleichend veranschau-

licht werden. Der näher zu betrachtende Fall betrifft die Materie des Widerrufs der Strafaussetzung, die in beiden Rechtsordnungen unterschiedlich behandelt worden ist. Der Gesetzgeber in Polen hat sich in dieser Hinsicht zumindest teilweise für eine „inflexible“ Regelung entschieden (vgl. Art. 75 § 1 KK), die dem Gericht bei Vorliegen bestimmter tatsächlicher Voraussetzungen keinen Spielraum lässt. Demgegenüber hat der Gesetzgeber in Deutschland der Rechtsprechung volles Ermessen in dem Sinne eingeräumt, dass das letzte Wort über den Widerruf einer Strafaussetzung stets von dem zuständigen Gericht gesprochen wird (vgl. § 56f StGB). Dieses Beispiel zeigt deutlich, wie die Entscheidungsmacht zwischen dem Gesetzgeber und der Rechtsprechung in einer Rechtsordnung im Hinblick auf die Beantwortung bestimmter Rechtsfragen verteilt werden kann. Die Rechtsvergleichung lässt diesen Unterschied dabei besonders deutlich hervortreten, wie die nachfolgenden Überlegungen zeigen werden.

## II. Widerruf der Strafaussetzung im deutschen und im polnischen Strafgesetzbuch

Auf den ersten Blick bestehen zwischen dem Rechtsinstitut der Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung im deutschen und im polnischen Strafgesetzbuch keine erheblichen Differenzen.<sup>2</sup> Beide Gesetzbücher regeln die Prämissen der Anordnung einer Strafaussetzung, der Aufsicht, der Auflagen/Weisungen, des Einsatzes eines Bewährungshelfers und des Widerrufs der Strafaussetzung. Diese Ähnlichkeiten, die bei einer oberflächlichen Analyse sofort ins Auge fallen, können jedoch nicht verschleiern, dass in diesem Regelungsbereich zwischen beiden Gesetzen erhebliche Unterschiede bestehen. Dabei findet sich einer der größten Unterschiede zwischen beiden Rechtsordnungen gerade im Hinblick auf den Widerruf der Strafaussetzung. Dieser Unterschied darf zudem aus rechtspraktischer Sicht keinesfalls als bloße Bagatelle angesehen werden, insbesondere wenn es um die polnische Rechtsordnung geht, in deren Rahmen die Gerichte jährlich immerhin ca. 250.000 Bewährungs-

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für polnisches Strafrecht an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder).

<sup>1</sup> „Modernität“ und „Traditionalität“ markieren einen Maßstab, mit dessen Hilfe sich die Bereitschaft eines Rechtssystems zur Absorption neuer Rechtsideen feststellen lässt. Siehe dazu: M. Malolepszy, Dimensionen der Rechtsvergleichung – Traditionalität und Modernität der Rechtssysteme, in: Jan C. Joerden, Uwe Scheffler, Arndt Sinn, Gerhard Wolf (Hrsg.), Vergleichende Strafrechtswissenschaft, Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarc zum 70. Geburtstag, Berlin 2009, S. 19-33.

<sup>2</sup> Zur Entwicklung des Rechtsinstitutes in Deutschland und Polen siehe näher: M. Malolepszy, Geldstrafe und bedingte Freiheitsstrafe nach deutschem und polnischem Strafrecht. Rechtshistorische Entwicklung und gegenwärtige Rechtslage im Vergleich, Berlin 2007.

strafen verhängen. Auch in der deutschen Rechtsordnung spielen die Bewährungsstrafen eine erhebliche Rolle, wobei die Gerichte allerdings den Geldstrafen den Vorrang einräumen. Jedenfalls zählen die Entscheidungen über den Widerruf der Strafaussetzung in beiden Rechtsordnungen nicht zu den marginalen Angelegenheiten der Rechtspraxis, sondern weisen beachtliche praktische Relevanz auf.

In dieser Hinsicht, besteht – wie bereits angedeutet – nun zwischen beiden Rechtsordnungen auf gesetzlicher Ebene ein erheblicher Unterschied: Während der deutsche Gesetzgeber in § 56f StGB entschieden hat, dass das Gericht in jedem Einzelfall einer solchen Entscheidung über den Widerruf das letzte Wort sprechen soll, hat der polnische Gesetzgeber eine andere Lösung gewählt. Gemäß Art. 75 Abs. 1 KK<sup>3</sup> muss das Gericht die Vollstreckung der Strafe anordnen, wenn der Verurteilte innerhalb der Bewährungszeit eine ähnliche vorsätzliche Straftat begangen hat wie die, für die er rechtskräftig zu der (ausgesetzten) Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Diese „Muss-Vorschrift“ räumt dem Gericht kein Ermessen ein: Wird der Verurteilte wegen einer in der Probezeit begangenen vorsätzlichen ähnlichen Straftat zu einer zweiten Freiheitsstrafe (ggf. auch einer Bewährungsstrafe) verurteilt, muss die Strafaussetzung widerrufen werden. Die Auswirkungen dieser Regelung verdeutlicht folgendes Beispiel:

A begeht einen Diebstahl und wird deswegen zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten verurteilt. Die Vollstreckung dieser Freiheitsstrafe wird zur Bewährung ausgesetzt. In der Probezeit begeht A eine Unterschlagung, die eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe zur Folge hat. Da die Unterschlagung in der Probezeit begangen wurde und im Hinblick auf den Diebstahl eine ähnliche vorsätzliche Straftat ist, muss das Gericht gemäß Art. 75 § 1 KK die Vollstreckung

<sup>3</sup> Art. 75 KK lautet:

„§ 1. Das Gericht ordnet die Vollstreckung der Strafe an, wenn der Verurteilte in der Bewährungszeit eine ähnliche vorsätzliche Straftat begangen hat, für die er rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde.

§ 2. Das Gericht kann die Vollstreckung der Strafe anordnen, wenn der Verurteilte in der Bewährungszeit in grober Weise die Rechtsordnung verletzt, insbesondere wenn er eine andere als die in § 1 bezeichnete Straftat begangen hat, wenn er sich der Begleichung der Geldstrafe, der Aufsicht, der Erfüllung der ihm auferlegten Pflichten oder der ihm gegenüber angeordneten Strafmaßnahmen entzieht.

§ 3. Das Gericht kann die Vollstreckung der Strafe anordnen, wenn der Verurteilte nach Verhängung des Urteils, aber bevor dieses rechtskräftig wurde, in grober Weise die Rechtsordnung verletzt und insbesondere, wenn er in diesem Zeitraum eine Straftat begangen hat.

§ 4. Die Anordnung der Vollstreckung der Strafe kann nicht später als innerhalb von sechs Monaten nach Ablauf der Bewährungszeit erfolgen.“ Übersetzung nach E. Weigand, Das polnische Strafgesetzbuch, Freiburg im Breisgau, 1998.

der ersten Freiheitsstrafe anordnen. A muss somit auf jeden Fall ins Gefängnis.

Der Unterschied zum deutschen Strafrecht fällt in diesem Fall sofort auf. Zwar kann auch in Deutschland das zuständige Gericht gemäß § 56 Abs. 1 StGB die Strafaussetzung widerrufen; es kann jedoch auch gemäß § 56 Abs. 2 StGB vom Widerruf absehen, wenn es ihm als ausreichend erscheint, weitere Auflagen oder Weisungen zu erteilen oder die Bewährungszeit oder die Zeit der Unterstellung unter Bewährungshilfe zu verlängern. Das Gericht muss somit selbst in der Sache entscheiden.

### III. Vorteile und Nachteile von „Muss-“ und „Kann-Vorschriften“

Vor dem Hintergrund der bereits dargestellten Vorschriften drängt sich die Frage auf, welche von den beiden Lösungen vorzugswürdig ist. Die Antwort auf diese Frage hängt selbstverständlich von den gewählten Beurteilungskriterien ab; diese sollen deshalb nachfolgend rekonstruiert werden.

Beginnt man die Analyse aus der Perspektive eines präventiv ausgerichteten Strafrechts, so lässt sich die These gut vertreten, dass die „polnische Lösung“ (Art. 75 Abs. 1 KK) stärker abschreckend wirken dürfte, weil der Verurteilte im Falle der Begehung einer ähnlichen vorsätzlichen Straftat in der Probezeit auf jeden Fall mit dem Widerruf der Strafaussetzung rechnen muss. Nachsicht seitens des Gerichts kann er nicht erwarten, da Art. 75 Abs. 1 KK dem Gericht keine Möglichkeit lässt, in diesem Fall von der Anordnung der Vollstreckung der Freiheitsstrafe abzuweichen. Diese auf den ersten Blick vernünftige Argumentation stützt sich jedoch auf zwei Annahmen, die sich bei näherer Betrachtung als problematisch erweisen: Zum einen muss der Verurteilte überhaupt wissen, dass ihm eine solche rechtliche Konsequenz droht; allenfalls dann können diese Regelungen ihre abschreckende Wirkung entfalten. Zum anderen muss der Verurteilte damit rechnen, dass seine in der Probezeit begangene Straftat entdeckt werden wird; tut er das nicht, entfällt die präventive Wirkung der Regelung ebenfalls.

Nach dem polnischen Strafverfahrensrecht muss das Gericht indes den Verurteilten nicht belehren, welche Konsequenzen ihm gemäß Art. 75 KK drohen, wenn er in der Probezeit eine Straftat begeht. Da die Bewährungsstrafe gegenüber Rückfalltätern, die in ihrer „Karriere“ bereits gewisse Strafrechtskenntnisse erlangt haben, eher nicht verhängt wird, ist jedenfalls nicht auszuschließen, dass der zur Bewährungsstrafe Verurteilte von der „Inflexibilität“ der Regelung des Art. 75 § 1 KK gar nichts weiß. Die Informationslage des Verurteilten ist sicherlich besser, wenn zugleich Bewährungshilfe angeordnet wird: der Bewährungs-

helfer muss den Verurteilten über seine Pflichten und Rechte belehren. Bewährungshilfe wird jedoch überhaupt nur bei einem Drittel der Bewährungsstrafen in Polen angeordnet.

Noch problematischer ist die zweite Voraussetzung des präventiven Ansatzes, und zwar dass der Verurteilte damit rechnet, dass seine in der Probezeit begangene Straftat entdeckt werden wird. Dass die Zahl der unentdeckt bleibenden Straftaten hoch ist, wissen nicht nur Kriminologen, sondern auch die Kriminellen, teils aus Erfahrung, teils dank ihrer Sozialisation in einem kriminellen Umfeld. Insbesondere bei den Vermögensdelikten, die sowohl in Deutschland als auch in Polen eine erhebliche Anzahl aller registrierten Delikte ausmachen, ist die Gefahr einer Entdeckung der Straftat äußerst gering; das geht eindeutig aus den polizeilichen Statistiken beider Länder hervor.<sup>4</sup> Dabei muss berücksichtigt werden, dass viele Straftaten – auch die gegen Vermögen – in beiden Ländern überhaupt nicht der Polizei gemeldet werden, was einen zusätzlichen Anreiz zur Begehung einer weiteren Straftat gegen das Vermögen in der Probezeit darstellt, insbesondere wenn noch weitere Faktoren hinzukommen.

Die Schwäche des präventiven Ansatzes scheint jedoch der Vergeltungsgedanke auszugleichen, an den Art. 75 § 1 KK in erheblichem Maße anknüpft. Man kann die plausible These vertreten, dass der Täter schließlich ein Übel für seine Straftaten erleiden muss, falls er weitere Straftaten in der Probezeit begeht. Hat er schon eine Chance bekommen, indem seine an sich verwirkte Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt wurde, und hat er gleichwohl ein weiteres ähnliches vorsätzliches Delikt begangen, so verdient er seitens des Gerichts keine Nachsicht mehr: Er muss ins Gefängnis, was im Gegensatz zur Bewährungszeit ein reales Übel für den Verurteilten darstellt. Die demgegenüber „liberale“ Regelung des § 56f StGB hat jedoch durchaus eine Lösung für dieses Problem vorgesehen, ohne den Verurteilten ins Gefängnis zu schicken. Das Gericht kann gemäß § 56f Abs. 2 StGB dem Verurteilten etwa eine weitere Auflage erteilen, die nach ihrem dogmatischen Konzept auch durchaus eine repressive Wirkung entfalten kann und sollte. Damit kann das Gericht die Fortführung der Bewährungszeit gegenüber einem erneut straffälligen Verurteilten zulassen, ohne den Vergeltungsgedanken zu verletzen.

Die Anhänger der „polnischen Lösung“ könnten jedoch noch einwenden, dass Art. 75 § 1 KK die

Entwicklung einer allzu „liberalen“ Praxis in der Rechtsprechung verhindere. Lässt der Gesetzgeber den Gerichten keinen Spielraum beim Widerruf der Strafaussetzung, so verhindert er zugleich, dass die Gerichte in zu vielen Fällen die für den Verurteilten günstige Lösung wählen, was in der Gesellschaft für Empörung sorgen könnte. Diese Gefahr ist nicht zwar nicht zu leugnen, sie muss aber bei einer „liberalen“ Lösung in Kauf genommen werden.

Schließlich spricht für „Muss-Vorschriften“ im Allgemeinen immerhin die Erwägung, dass sie keinen Raum für Korruption eröffnen: Hat das Gericht keinen Spielraum, so ist der Anreiz zum Angebot eines Vorteils für eine bestimmte Entscheidung eher gering. Auch sind „Muss-Vorschriften“ aus arbeitsökonomischen Gesichtspunkten eher vorteilhaft: Anders als bei „Kann-Vorschriften“ ist die gerichtliche Entscheidung schnell getroffen, weil sie keine langwierige Abwägung erfordert. Bei „Muss-Vorschriften“ genügt regelmäßig ein rein „mechanisches“ Vorgehen. Andererseits spricht für die „flexible“ Regelung des § 56f StGB, dass sie dem Gericht erlaubt, eine Entscheidung zu treffen, die für den konkreten Fall optimal ist. Da der Gesetzgeber nicht alle Situationen voraussehen kann, entsteht bei den „inflexiblen“ Regelungen die Gefahr, dass das Gericht eine Entscheidung treffen muss, die aus unterschiedlichen Gründen problematisch erscheinen kann. Zwei Beispiele lassen sich anführen, die diese Vermutung erhärten. Zum einen erweckt Art. 75 § 1 KK besondere Bedenken im Fall eines Drogen- oder Alkoholsüchtigen, der in der Probezeit eine Therapie begonnen hat, die jedoch ihre Wirkungen noch nicht entfalten konnte, bevor der Verurteilte eine ähnliche vorsätzliche Straftat in der Probezeit beging. Warum dieser Verurteilte unbedingt ins Gefängnis muss, lässt sich kaum plausibel begründen. In einer solchen Situation sollte das Gericht eher abwarten, bis der Verurteilte seine Rauschmittelabhängigkeit überwunden hat. Die zweite Situation betrifft denjenigen Verurteilten, der ohne Bewährungshelfer in die Probezeit eingetreten ist, obwohl aus der Perspektive der Resozialisierung der Einsatz eines Bewährungshelfers an sich von Anfang der Probezeit an erforderlich gewesen wäre. Weshalb wegen der ursprünglich fehlerhaften Entscheidung des Gerichts, das in seinem ersten Urteil keine Bewährungshilfe angeordnet hat, der Verurteilte nun eine Freiheitsstrafe verbüßen muss, wäre ebenfalls kaum zu begründen. In diesem Fall sollte dem Verurteilten vielmehr eher eine weitere Chance gegeben werden, dieses Mal allerdings mit einem Bewährungshelfer, der ihn in der Probezeit unterstützt.

Auch aus europäischer Perspektive sind heute mög-

<sup>4</sup> Die Polnische Polizeiliche Kriminalstatistik kann unter folgender Adresse abgerufen werden: [http://www.statystyka.policja.pl/portal/st/842/47682/Postepowania\\_wszczete\\_przestepstwa\\_stwierdzone\\_i\\_wykrywalnosc\\_w\\_latach\\_19992009.html](http://www.statystyka.policja.pl/portal/st/842/47682/Postepowania_wszczete_przestepstwa_stwierdzone_i_wykrywalnosc_w_latach_19992009.html)

lichst flexible Regelungen vorzuzugswürdig.<sup>5</sup> Da der gegenwärtige Prozess der Europäisierung der Strafsysteme, der sich vor allem auf den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung der justiziellen Entscheidungen stützt, zu unvermeidbaren Wertungswidersprüchen führen kann, sind „Muss-Regelungen“, insbesondere im Vollstreckungsverfahren, problematisch. Sie lassen keine Spielräume, um ungerechte Entscheidungen zu vermeiden, die aus der Inkohärenz der europäischen Rechtssysteme entstehen können. Demgegenüber kann das Gericht auf der Grundlage „flexibler“ Regelungen zu einem Ergebnis kommen, das einerseits in dem jeweiligen Rechtssystem Akzeptanz finden und andererseits die Ungerechtigkeiten, die sich aus der Inkohärenz der europäischen Rechtsordnungen ergeben, ausgleichen kann. Der Gesetzgeber sollte daher bei dem Erlass strafrechtlicher Vorschriften auch durchaus diesem Aspekt der europäischen Integration Rechnung tragen.

„Inflexible“ Regelungen scheinen zudem nicht in das Bild eines liberalen und demokratischen Staates des 21. Jahrhunderts zu passen, der eher einen Rahmen für die „Verhandlung“ des Rechts schaffen sollte, als seine „Untertanen“ festen, „inflexiblen“ Lösungskonzepten zu unterwerfen. Obwohl der Gesetzgeber demokratisch legitimiert ist und das Bestimmtheitsgebot ihn zum Erlass möglichst klarer Vorschriften verpflichtet, sollte er doch zugleich Regelungen schaffen, die Akzeptanz in der Rechtsprechung und in der Bevölkerung finden können. Es kann dabei grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass diejenigen Regelungen, die der Rechtsprechung Entscheidungsspielräume lassen, höhere Akzeptanz erwarten können, als Regelungen, die nur eine bestimmte Lösung vorsehen. Die ersteren Regelungen ermöglichen eine Kommunikation zwischen dem Gericht und den Parteien, die eine Grundlage für die Aushandlung einer möglichst optimalen Lösung bildet. Diese Lösung mag wiederum seitens der Strafrechtslehre kritisiert werden, was zu ihrer eventuellen Modifikation ohne Beteiligung des Gesetzgebers führen kann. Es liegt auf der Hand, dass eine bestimmte Lösung eines rechtlichen Problems auf diese Weise in einem Kommunikationsprozess entsteht, den der Gesetzgeber lediglich eingeleitet hat, ohne dabei gleich das letzte Wort zu sprechen. Man kann dabei aber davon ausgehen, dass die durch die Rechtsprechung gefundenen

Lösungen letztlich mehr an Rationalität aufweisen werden als die vom Gesetzgeber erlassenen „Muss-Vorschriften“, die keinen Raum für eine Kommunikation und Aushandlung des Rechts lassen. Dadurch steigt nicht zuletzt auch die allgemeine Bereitschaft zur Akzeptanz des geltenden Rechts.

Dabei ist auch zu bedenken, dass „inflexible“ Regelungen, die in der Rechtsprechung in bestimmten Fällen keine Akzeptanz finden, zu der „Erfindung“ von Lösungen führen können, die zumindest aus der Perspektive der herrschenden Methodenlehre problematisch wären. Es lassen sich leicht Beispiele aus beiden Rechtsordnungen anführen, die diese These bestätigen. Ein typisches Beispiel aus der deutschen Rechtsordnung stellt die Entscheidung des Großen Senats des BGH in Strafsachen aus dem Jahre 1981 dar, in der ausgeführt wurde, dass im Falle des Vorliegens „außergewöhnlicher Umstände“ bei (Heimtücke-) Mord eine zeitige Freiheitsstrafe verhängt werden muss.<sup>6</sup> Der BGH hat in diesem Fall die Anwendung einer Strafmilderung vorgesehen, obwohl das StGB dafür keine rechtliche Grundlage gibt, weil § 211 StGB bei Mord nur die lebenslange Freiheitsstrafe vorsieht, ohne einen Strafrahmen zu eröffnen. Die vom BGH vorgenommene Rechtsfortbildung erweckt in diesem Fall aus methodischer Perspektive somit erhebliche Bedenken. In ähnlicher Weise versuchten die polnischen Instanzgerichte die obligatorische Anordnung des Fahrverbotes bei Trunkenheitsfahrrtären<sup>7</sup> dadurch zu umgehen, dass sie das Fahrverbot auf andere Kategorien von Fahrzeugen (z.B. LKW) statt auf die eines PKW bezogen, um den Verurteilten zu ermöglichen, nach ihrer Verurteilung weiterhin ihre PKW zu führen. Diese Praxis beendete allerdings das polnische Oberste Gericht (diesem Gericht entspricht in Deutschland der BGH) mit seinem Urteil vom 4.12.2006<sup>8</sup>, in dem es feststellte, dass die ratio legis des Art. 42 § 2 KK (obligatorische Anordnung des Fahrverbots bei Trunkenheitsfahrrtären) gerade darin liege, diejenigen Täter, die im Trunkenheitszustand ein Fahrzeug geführt haben, vom Verkehr auszuschließen, um die Sicherheit des Straßenverkehrs zu gewährleisten. Daher müsse das Fahrverbot auch gerade die Kategorie eines Fahrzeuges erfassen, die das vom Täter im Trunkenheitszustand geführte Fahrzeug hatte. Hatte dieser somit im

<sup>6</sup> BGHSt 30, 105.

<sup>7</sup> Ein Trunkenheitszustand liegt nach dem polnischen Kodex (Art. 115 Abs. 16 KK) dann vor, wenn: Der Gehalt des Alkohols im Blut einen Wert von 0,5 Promille überschreitet oder zu einer diesen Wert überschreitenden Anreicherung führt, oder Der Alkoholgehalt in einem Kubikzentimeter ausgeatmeter Luft 0,25 mg überschreitet oder zu einer diesen Wert überschreitenden Anreicherung führt.

<sup>8</sup> V KK 360/06.

<sup>5</sup> Dabei ist zu betonen, dass das Institut der Strafaussetzung nach dem Erlass des Rahmenbeschlusses des Rates vom 27. November 2008 nicht mehr als eine rein nationale Angelegenheit betrachtet werden kann. Siehe dazu Rahmenbeschluss über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Urteilen und Bewährungsentscheidungen im Hinblick auf die Überwachung von Bewährungsmaßnahmen und alternativen Sanktionen (ABl. L 337 v. 16.12.2008, S. 102 ff.).

Trunkenheitszustand einen PKW geführt, muss das Fahrverbot auch gerade diese Kategorie erfassen.

„Inflexible“ Regelungen können weiterhin auch zu einem Gewissenskonflikt des Richters führen. Der Konflikt ist offensichtlich, wenn ein Richter gemäß einer „Muss-Vorschrift“ eine Entscheidung treffen muss, die sein Bedenken hervorruft. Er entscheidet in diesem Fall gegen seine Überzeugung, was die Entwicklung einer Rechtskultur erschweren kann, in der die Richter bereit sind, Verantwortung für ihre Entscheidungen zu übernehmen. Bei der Anwendung einer „Muss-Vorschrift“, die in einem konkreten Fall zu einer unvernünftigen Lösung führt, können sich die Richter zudem leicht damit entschuldigen, dass sie dafür nicht verantwortlich sind, sondern der Gesetzgeber, der eine solche „inflexible“ Regelung erlassen hat. Eine solche Einstellung ist in einem Rechtsstaat jedoch eher unerwünscht; denn die Richter sollen sich möglichst in jedem Fall als Träger ihrer Entscheidungen ansehen können. Das bedeutet natürlich nicht, dass jede gesetzliche Regelung in den Augen der Richter Akzeptanz finden muss; aber der Gesetzgeber sollte durchaus auch dafür Sorge tragen, Regelungen zu schaffen, die möglichst große Akzeptanz bei der Richterschaft finden können. „Muss-Vorschriften“, die eindeutig ein Ermessen des Gerichts ausschließen, gehen jedenfalls mit Sicherheit nicht in diese Richtung.

Schließlich kann man die „Muss-Vorschriften“ auch aus einer postmodernen Perspektive betrachten. Es ist nicht zu übersehen, dass diese Vorschriften in einer Welt, in der alle herkömmlichen Werteordnungen in Frage gestellt wurden, in der sich die soziale Welt mit unvorstellbarer Geschwindigkeit ändert, in der alle Handlungsmuster und Handlungsdeutungen ihre Eindeutigkeit verloren haben und in der der Tod aller Meta-Narrationen angekündigt wurde, den Mythos pflegen, dass es in unserer Welt noch stabile Punkte gibt, die uns Orientierung geben. In der Tat gehören die „Muss-Vorschriften“ zu einer Epoche, in der die soziale Ordnung noch feste Konturen hatte und die Handlungsweisen und Handlungsmöglichkeiten eher offenkundig waren. Wie lange sie noch in den beiden hier betrachteten Rechtsordnungen Verwendung finden werden, ist schwer zu prognostizieren. Es scheint jedoch, dass sie in einer Zeit des „flüssigen Zustandes der Gegenwart“ immer häufiger der Kritik ausgesetzt sein werden.

#### IV. Fazit

Aus alledem ergibt sich, dass sowohl das „deutsche Konzept“ als auch das „polnische Konzept“ im Bereich des Widerrufs der Strafaussetzung seine Vor- und Nachteile hat. Die Entscheidung für eine bestimmte Lösung hängt vor allem von kriminalpo-

litischen Erwägungen ab und ist zudem tief mit der Rechtsgeschichte des betreffenden Landes verbunden. Die rechtsvergleichende Methode lässt dabei diese Unterschiede deutlich hervortreten und gibt darüberhinaus Anlass zu grundlegenden Überlegungen über die Vor- und Nachteile von „Kann-“ und „Muss-Vorschriften“.