

# Erster Teil: Grundlagen

## § 1 Begriff und Funktion des Strafverfahrensrechts

### I. Begriff des Strafverfahrensrechts

#### 1. Strafprozessrecht und materielles Strafrecht: Abgrenzung

a) Der Begriff »Strafrecht« im engeren Sinne erfasst nur das **materielle Strafrecht**, 1 untergliedert in AT (§§ 1–79b StGB) und BT (§§ 80–358 StGB sowie die sog. strafrechtlichen Nebengesetze). Er lässt sich am besten verdeutlichen, wenn man auf die Voraussetzungen der Straftat und die angedrohten Sanktionen abstellt. Danach befasst sich das Strafrecht im materiellen Sinne mit zwei Fragen:<sup>1</sup>

- Was sind die Voraussetzungen der Straftat (Verbrechen oder Vergehen)?
- Welche Rechtsfolgen (Strafen und/oder Maßregeln) können verhängt werden?

b) Das **Strafverfahrensrecht**, auch »formelles Strafrecht« genannt, dient der Verwirklichung des materiellen Strafrechts (und damit »der Aufrechterhaltung der ›Sanktionsgeltung‹ der materiellen Norm«<sup>2</sup>): Es bezeichnet den Inbegriff der Vorschriften, bei denen es um die Regelungsmaterie »Strafprozess« geht, d.h. um 2

*das Verfahren, in dem das Vorliegen einer Straftat ermittelt und ggf. die gesetzlich vorgesehenen Strafen und/oder Maßregeln festgesetzt und vollstreckt werden.*<sup>3</sup>

Zur Verdeutlichung: Die Hauptverhandlung als Herzstück des Strafprozesses endet durch Urteil (§ 260 StPO), das den Angeklagten i.d.R.<sup>4</sup> entweder freispricht oder verurteilt. Im letzteren Fall erfolgt nach Rechtskraft des Strafurteils dessen Vollstreckung (§ 449 StPO).

#### 2. Bedeutung der Differenzierung Strafprozessrecht/materielles Strafrecht

a) Art. 103 II GG (**nulla poena sine lege**) gilt nach herrschender und zutreffender Ansicht *nicht* im Strafverfahrensrecht.<sup>5</sup> Das bedeutet im Einzelnen: 3

(1) Das **Rückwirkungsverbot** (genauer: das Verbot strafbegründender und -schärfender Rückwirkung von Gesetzen) ist im Strafprozessrecht unanwendbar.<sup>6</sup> Vielmehr ist für das Prozessrecht im Allgemeinen und das Strafprozessrecht im Besonderen aufgrund der Natur der Sache die grundsätzliche Anwendbarkeit des **zur Zeit des Prozesses** geltenden Verfahrensrechts charakteristisch.<sup>7</sup>

**Beispiel 1:** Bis 1974 war die **Zahl der Wahlverteidiger** noch unbegrenzt. Mit Wirkung zum 1.1.1975 hat der Gesetzgeber die Zahl auf drei begrenzt (§ 137 I 2 StPO n.F.). Diese Neuregelung galt dabei auch für solche Strafverfahren, die am 1.1.1975 schon anhängig waren; das strafrechtliche Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG stand dem nicht entgegen.<sup>8</sup> 4

<sup>1</sup> Krey/Esser, Rn. 30; sachlich übereinstimmend Roxin I, 1/1; Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 17.

<sup>2</sup> R/Schünemann, 1/13; ähnl. Kühne, Rn. 1; LR<sup>27</sup>-Kühne, Einl B Rn. 8 ff.; s.a. KK-Fischer, Einl Rn. 1.

<sup>3</sup> Krey/Esser, Rn. 35; R/Schünemann, 1/1; s.a. Rengier, AT, 1/12; Schroeder/Verrel, 2/11.

<sup>4</sup> Ggf. auch »Einstellung des Verfahrens« durch Urteil bei Verfahrenshindernissen (§ 260 III StPO).

<sup>5</sup> BGH St 46, 310, 317, 318; Krey/Esser, Rn. 35, 64–69, 97; s. ergänzend Fn. 6, 19; ganz hM.

<sup>6</sup> BGH St 46, 310, 317 f.; BVerfG E 25, 269, 284 ff.; 81, 132, 135; NStZ 2000, 251; Beulke, Rn. 8; Fischer, § 1 Rn. 30; Krey/Esser, Rn. 65; a.A. Jakobs, 4/9, 4/57; diff. Roxin I, 5/57 ff.

<sup>7</sup> BGH St 26, 288, 289; BVerfG E 24, 33, 55 a.E.; 65, 76, 95 a.E.; s.a. LR<sup>27</sup>-Kühne, Einl E Rn. 16 ff.

<sup>8</sup> So der Sache nach BVerfG E 39, 156, 166, 167; vertiefend hierzu Krey, StPO 1, Rn. 115 ff.

- 5 Beispiel 2:** Die rückwirkende *Verlängerung von Verjährungsfristen* und die rückwirkende *Aufhebung der Verjährung*, so geschehen etwa (insbesondere mit Blick auf die damals jeweils kurz vor der Verjährung stehenden Verbrechen der Nazi-Diktatur)<sup>9</sup>
- für *Mord* (erst Verlängerung auf 30 Jahre durch das 9. StrÄG v. 4.8.1969, dann gänzliche Aufhebung durch das 16. StrÄG v. 16.7.1979, vgl. § 78 II StGB) sowie
  - für *Völkermord* durch das 9. StrÄG v. 4.8.1969 (vgl. jetzt § 5 VStGB),
- sind mit Art. 103 II GG vereinbar;<sup>10</sup>
- dasselbe gilt für die rückwirkende Anordnung eines *Ruhens der Verjährung* für aus politischen Gründen nicht verfolgte Taten des SED-Regimes in der Zeit v. 11.10.1949 bis 2.10.1990 nach dem VerjährungsG v. 26.3.1993<sup>11</sup> (vgl. jetzt § 315a V EGStGB).
- Die Verfassungsnorm des Art. 103 II GG gilt nicht im Strafprozessrecht (Rn. 3). Die Verjährung aber ist ungeachtet ihrer Regelung im StGB ein strafprozessuales Rechtsinstitut.<sup>12</sup> Sie ist Verfolgungshindernis (Prozesshindernis) bzw. – anders herum betrachtet – die Nichtverjährung der Tat ist Verfolgungsvoraussetzung (Prozessvoraussetzung, näher Rn. 972).<sup>13</sup>
- Auch der Strafantrag (§§ 77 ff. StGB) zählt als Prozessvoraussetzung zur Regelungsmaterie Strafprozessrecht, sodass auch hier Art. 103 II GG nicht gilt.<sup>14</sup> –
- 6** Allerdings können sich für Strafprozessnormen aus dem **allgemeinen rechtsstaatlichen Prinzip des Vertrauensschutzes** ausnahmsweise Schranken der Rückwirkung ergeben, insbesondere in Fällen der Rückwirkung auf abgeschlossene Lebenssachverhalte (»echte Rückwirkung« bzw. – so jetzt das *BVerfG*<sup>15</sup> – »Rückbewirkung von Rechtsfolgen«).<sup>16</sup> Ein solcher Vertrauensschutz gelangt etwa zum Ausdruck:
- in **Beispiel 1** (Rn. 4) durch Verzicht auf eine Geltung der Neuregelung für solche Strafverfahren, bei denen am 1.1.1975 die Hauptverhandlung schon begonnen hatte.<sup>17</sup>
  - in **Beispiel 2** (Rn. 5) durch eine Ausnahme für bereits verjährte Verbrechen.<sup>18</sup>
- 7 (2)** Auch das **Analogieverbot** aus Art. 103 II GG (genauer: Verbot strafbegründender und strafschärfender Analogie) ist im Strafverfahrensrecht unanwendbar.<sup>19</sup>
- Doch gilt für strafprozessuale Zwangsmaßnahmen (Grundrechtseingriffe) wie Untersuchungshaft etc. ein Analogieverbot, das aus dem **allgemeinen rechtsstaatlichen Vorbehalt des Gesetzes** für Eingriffe in Grundrechte des Bürgers abzuleiten ist.<sup>20</sup> –

---

<sup>9</sup> Schon nach dem BerechnungsG v. 13.4.1965, BGBl. I, 315, blieb bei mit »lebenslang« bedrohten Verbrechen die Zeit v. 8.5.1945– 31.12.1949 für die Berechnung der Verjährungsfrist außer Ansatz.

<sup>10</sup> *BGH* St 46, 310, 317, 318; *BVerfG* E 25, 269, 285 ff.; *NStZ* 2000, 251; *Krey/Esser*, Rn. 65–68; *Roxin* I, 5/60; a.A. *Jäger*, GA 2006, 615, 627; *Jakobs*, 4/9 mwN.

<sup>11</sup> BGBl. I, 392; näher *Pföhler*, Rn. 55 ff., 73 ff., 79 ff.; *Fischer*, 62. Aufl. 2015, vor § 78 Rn. 7; vgl. auch 2. und 3. VerjährungsG v. 27.9.1993 (BGBl. I, 1657) bzw. v. 22.12.1997 (BGBl. I, 3223).

<sup>12</sup> *BGH* St 46, 310, 317, 318; *BVerfG* E 25, 269, 285 ff.; *Beulke*, Rn. 8; *Krey/Esser*, Rn. 68; *Kühne*, Rn. 668; mit überzeugender Begründung auch *Roxin* I, 23/51 ff. (insb. 23/52); str.

<sup>13</sup> Siehe Fn. 12; es verhält sich hier nicht anders als mit den zwei Seiten ein und derselben Münze.

<sup>14</sup> *BGH* St 46, 310, 317 f.; *Krey/Esser*, Rn. 69; a.A. *Roxin* I, 5/59; *Jäger*, GA 2006, 615, 627.

<sup>15</sup> *BVerfG* NJW 2010, 3629, 3630, 3631; 3634, 3635; 3638, 3639; dazu *Selmer*, Jus 2011, 189 ff.

<sup>16</sup> *BVerfG* E 25, 269, 289 ff.; 63, 343, 358 ff.; *Krey/Esser*, Rn. 66 f.; *Rensmann*, JZ 1999, 168 ff.

<sup>17</sup> Dazu *BVerfG* E 39, 156, 158, 166 ff.; s. *Schmidt-Leichner*, NJW 1975, 417; *Groß*, NJW 1975, 422.

<sup>18</sup> *BVerfG* E 25, 269, 289–291; E 63, 343, 358 (a.E.) ff.; *Krey/Esser*, Rn. 66, 67; s.a. die insoweit expliziten Regelungen der jeweiligen Art. 2 des 2. u. des 3. Verjährungsgesetzes (vgl. oben Fn. 11).

<sup>19</sup> *Krey*, ZStW 1989, 838, 853 f.; *M-G/S*, Einl. Rn. 198; anders »jedenfalls im Bereich der beweisbildenden Verfahrensnormen wegen deren strafbegründenden Charakters« *Jäger*, GA 2006, 615, 628.

<sup>20</sup> So *BVerfG* E 29, 183, 195–197 (für Eingriffe mit Freiheitsentzug); *NStZ* 1996, 615; *Amelung*, *NStZ* 1982, 38, 40 (zu § 136a StPO); *Konzak*, *NVwZ* 1997, 872 f.; *Krey*, ZStW 1989, 838, 854 ff.; *Krey/Esser*, Rn. 97 Fn. 120 mwN; *Leister*, S. 122–225, 331 f.

**Beispiel 3:** Der Angeklagte A verzögert die Hauptverhandlung hartnäckig durch Berufung auf angebliche Verhandlungsunfähigkeit wegen drohenden Herzinfarktes unter Stress. Zur Klärung der Frage seiner körperlichen Verhandlungsfähigkeit ordnet das Gericht seine zwangsweise Unterbringung in einem Krankenhaus für fünf Tage an. Kann diese Maßnahme auf eine analoge Anwendung des § 81 StPO gestützt werden?

– Diese Norm erlaubt die Unterbringung des Beschuldigten (nur) zur Klärung seines *psychischen*, nicht aber auch seines *körperlichen* Zustandes (näher Rn. 793–795). –

Die Maßnahme auf eine analoge Anwendung des § 81 StPO zu stützen, verstößt zwar nicht gegen Art. 103 II GG, ist aber mit dem öffentlich-rechtlichen Vorbehalt des Gesetzes für Grundrechtseingriffe (hier: Eingriff in die Freiheit der Person, Art. 2 II 2 mit Art. 104 I GG) unvereinbar, da dieser ein Analogieverbot beinhaltet. **8**

– Demgemäß spricht das *BVerfG* plakativ von **Analogieverbot für Freiheitsentziehung aus Art. 104 I GG**, vergleichbar dem Analogieverbot aus Art. 103 II GG.<sup>21</sup> –

Ob im Übrigen jene Zwangsmaßnahme gegen A auf § 81a StPO (der immerhin von »körperlicher Untersuchung« spricht) gestützt werden kann, ist strittig, richtigerweise aber abzulehnen: Denn diese Vorschrift erlaubt nach Wortlaut und Sinn allenfalls *kurzfristige* Eingriffe in die Freiheit der Person, z.B. durch zwangsweise Verbringung zum Arzt, um eine Blutprobe entnehmen zu lassen, keinesfalls aber einen Freiheitsentzug für mehrere Tage.<sup>22</sup>

b) Die Differenzierung Strafrecht/Strafprozessrecht ist auch für den Geltungsbereich des Rechtsprinzips »**in dubio pro reo**« (im Zweifel für den Angeklagten) relevant. **9**

– Der Satz »in dubio pro reo« ist zwar in der StPO nicht ausdrücklich normiert, ist aber als Ausfluss der Rechtsstaatlichkeit **geltendes Recht mit Verfassungsrang** (Rn. 1502).<sup>23</sup> –

Jenes Rechtsprinzip (näher zu ihm Rn. 1501 ff.) gilt (grundsätzlich) nur für das materielle Recht, nicht aber für *allein verfahrensrechtlich relevante Tatsachen*.<sup>24</sup> Der Satz »in dubio pro reo« zählt nämlich selbst zum materiellen Strafrecht,<sup>25</sup> ist er doch seinem Inhalte nach nicht mehr als gewissermaßen ein **Annex zu dem (materiell-rechtlichen) Gesetzmäßigkeitsprinzip »nulla poena sine lege«** (Art. 103 II GG), denn:

Gemäß Art. 103 II GG darf der Angeklagte nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit zur Tatzeit gesetzlich bestimmt war, d.h. wenn seine Tat bei ihrer Begehung die gesetzlichen Merkmale eines Verbrechens oder Vergehens erfüllte. Von diesen materiell-rechtlichen Voraussetzungen muss der Strafrichter überzeugt sein. Verbleiben ihm nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung (§§ 261, 264 StPO) insoweit »vernünftige Zweifel«, d.h. fehlt ihm jene richterliche Überzeugung, so ist der Angeklagte freizusprechen.<sup>26</sup> Diese rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit – denkt man Art. 103 II GG gewissermaßen »prozessual zu Ende« – und nicht mehr besagt das Prinzip »in dubio pro reo«.<sup>27</sup>

<sup>21</sup> *BVerfG* E 29, 183, 195–197; s.a. *Gusy*, NJW 1992, 457 ff.; *Sachs-Degenhart*, Art. 104 Rn. 9.

<sup>22</sup> So auch *SK-StPO-Rogall*, § 81a Rn. 95; s.a. *Leister*, S. 14–17, 18–25, 267 ff., 323 f.; a.A. jedoch (mit einer Grenzziehung bei 4–5 Tagen): *OLG Schleswig* NSTZ 1982, 81; *LR<sup>27</sup>-Krause*, § 81a Rn. 34; *M-G/S*, § 81a Rn. 24; noch weitergehend (bis 14 Tage) *BayObLG* NJW 1957, 272.

<sup>23</sup> *R/Schünemann*, 45/56; *KK-Ott*, § 261 Rn. 56; *KMR-Stuckenberg*, § 261 Rn. 87; *LR<sup>27</sup>-Kühne*, Einl. Abschn. I Rn. 50; offen gelassen in *BVerfG* NJW 1988, 477; s.a. *BayVerfGH* NJW 1983, 1600, 1602.

<sup>24</sup> *Sax*, JZ 1958, 178 f.; ausf. *Krey*, StPO 1, Rn. 19 ff.; *Kühne*, Rn. 964 ff.; s.a. *LR<sup>27</sup>-Kühne*, Einl. Abschn. I, Rn. 51; *M-G/S*, § 261 Rn. 33 ff.; sehr str., a.A. etwa *R/Schünemann*, 45/61–63.

<sup>25</sup> *Sax*, JZ 1958, 178 f.; *Sarstedt*, S. 240; *M-G/S*, § 261 Rn. 26; *Ranft*, Rn. 1641; s.a. *Beulke*, Rn. 25 (auch materiell-rechtlicher Charakter) sowie *LR<sup>27</sup>-Kühne*, Einl. Abschn. I Rn. 50.

<sup>26</sup> Vgl. nur etwa *BGH* NSTZ 1990, 402 u. 603; *R/Schünemann*, 45/43; *Kindhäuser*, 23/67.

<sup>27</sup> In diesem Sinne überzeugend *Sarstedt*, S. 240: »Hält der Richter nicht alle Tatbestandsmerkmale für zweifelsfrei erwiesen, so begeht er einen ... Subsumtionsfehler im Bereich des sachlichen Strafrechts, wenn er den Angeklagten trotzdem verurteilt«; ganz entspr. *Montenbruck*, S. 75 f., 190.

- 10 Dass der Satz »in dubio pro reo« sich nur auf materiell-rechtlich relevante Tatsachen bezieht, ergibt sich auch aus der Rechtsnatur der **Revisions-Rüge** (§§ 333, 337, 344 II StPO), *das angefochtene Urteil verletze das Rechtsprinzip »im Zweifel für den Angeklagten«*: Diese Rüge wird nämlich von der h.M. zu Recht als **Sachrüge** (Rüge der Verletzung materiellen – d.h. »sachlichen« – Rechts) behandelt, nicht als **Verfahrens-rüge** (Rüge der Verletzung von Prozessrecht, § 344 II 2 StPO).<sup>28</sup>
- 11 Die Judikatur folgte dem hier vertretenen Standpunkt lange Zeit im Grundsatz, machte aber für einzelne Verfahrenshindernisse wie die **Verjährung** (Rn. 5) eine Ausnahme: Zweifel daran, ob die Tat verjährt sei oder nicht, wirkten sich nach dem Rechtsprinzip »in dubio pro reo« zugunsten des Täters aus.<sup>29</sup>
- Mittlerweile will der BGH noch weitergehend dieses Rechtsprinzip grundsätzlich im Hinblick auf **alle Prozesshindernisse bzw. Prozessvoraussetzungen** anwenden<sup>30</sup> und will ein Teil der Lehre es gar noch auf **andere Verfahrensfehler** ausdehnen<sup>31</sup>, wobei insbesondere von **Verstößen gegen § 136a StPO** die Rede ist (hierzu noch Rn. 15).<sup>32</sup>
- 12 Indes ist solchen Ausweitungstendenzen zu widersprechen, wenn auch nicht durchweg im Ergebnis, so doch jedenfalls in der Begründung: Ob und wie weit bei lediglich **verfahrensrechtlich** erheblichen Tatsachen Zweifel sich zugunsten oder zum Nachteil des Beschuldigten auswirken, ist **nicht pauschal gemäß dem Satz »in dubio pro reo«** zu entscheiden; dieser ist als Teil des materiellen Strafrechts hier nicht einschlägig (Rn. 9). Vielmehr ist jene Frage nach Sinn und Zweck der jeweiligen Verfahrensvorschrift *unter Berücksichtigung des Verfassungsgebots rechtsstaatlichen Strafprozesses differenzierend* zu beantworten.<sup>33</sup>
- 13 **Beispiel 4 (a)**: Lässt sich nicht klären, ob die angeklagte Tat **verjährt** oder der erforderliche **Strafantrag** gestellt ist, ist das Verfahren einzustellen. Es wäre mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar, trotz möglichen Vorliegens eines Prozesshindernisses (hier: der Verjährung) bzw. Fehlens einer Prozessvoraussetzung (hier: des Strafantrags) den Angeklagten zu verurteilen,<sup>34</sup> denn:
- »Das Gebot der Rechtsstaatlichkeit verpflichtet den Staat zum eindeutigen Nachweis der selbst gesetzten Voraussetzungen seines Handelns.«<sup>35</sup>
- Dies muss im Übrigen **für alle Prozessvoraussetzungen/-hindernisse** (Rn. 972 ff.) gelten, da sie ja allesamt »fundamentale, rechtsstaatliche Voraussetzungen eines Sachurteils sind.«<sup>36</sup>
- 14 **Beispiel 4 (b)**: Lässt sich nicht klären, ob eine Berufung oder Revision **fristgerecht eingelegt** wurde (§ 314 bzw. § 341 StPO), weil nicht festzustellen ist, ob das Rechtsmittel **überhaupt** bei Gericht eingelegt wurde, führt dieser Zweifel nach Sinn und Zweck des Gesetzes zur Verwerfung

---

<sup>28</sup> Kindhäuser, 31/55; LR-Sander, § 261 Rn. 103; KK-Ott, § 261 Rn. 56; M-G/S, § 261 Rn. 38, 39, 41.

<sup>29</sup> BGH St 18, 274; 47, 138, 147; Beulke, Rn. 273; KK-Ott, § 261 Rn. 62; Walter, JZ 2006, 340, 345; s.a. Ranft, Rn. 1641: »in Wahrheit ... eine **analoge Anwendung**« des *in dubio*-Satzes.

<sup>30</sup> BGH St 46, 349, 352 (konkret zur Frage anderweitiger Rechtshängigkeit); NStZ 2010, 160 (konkret zur Frage des Strafklageverbrauchs); ebso. Beulke, Rn. 25, 273; Hellmann, Rn. 811; Loos, JuS 1969, 702 f.; strikter noch V/Engländer, 14/10; R/Schünemann, 45/62 mwN.

<sup>31</sup> Hauf, MDR 1993, 195 ff.; R/Schünemann, 45/63; a.A. Ranft, Rn. 1642; M-G/S, § 261 Rn. 35.

<sup>32</sup> LR-Gleß, § 136a Rn. 78; a.A. M-G/S, § 136a Rn. 32; KK-Diener, § 136a Rn. 43.

<sup>33</sup> Vgl. Kühne, Rn. 964 f., 966 (i.A.a. Sax); i.d.S. auch M-G/S, § 261 Rn. 34, 35.

<sup>34</sup> Henkel, S. 352 f.; Kühne, Rn. 964, 965; speziell zum Strafantrag vgl. BGH St 22, 90, 93.

<sup>35</sup> Kühne, Rn. 965; i.d.S. auch M-G/S, § 206a Rn. 7, § 261 Rn. 34, sowie letztlich auch BGH St 46, 349, 352; NStZ 2010, 160, soweit dort (alternativ zur Anwendung des *in dubio*-Satzes) auf die »Funktion der Prozessvoraussetzung als Bedingung für die Zulässigkeit eines Sachurteils« abgestellt wird; obgleich auf *in dubio* abstellend, entspr. argumentierend auch V/Engländer, 14/10.

<sup>36</sup> So ganz richtig V/Engländer, 14/10; i.E. ebso. R/Schünemann, 45/61, 62.

des Rechtsmittels als unzulässig: Das Rechtsmittel kann nur Erfolg haben, wenn das Zulässigkeitserfordernis der Fristwahrung feststeht. Daran fehlt es *jedenfalls dann*, wenn zweifelhaft bleibt, ob die Rechtsmittelschrift überhaupt bei Gericht eingegangen ist.<sup>37</sup>

Steht dagegen die Einlegung des Rechtsmittels fest und lässt sich *nur der Termin des Einganges* nicht klären (fehlender Eingangsstempel), so ist aus rechtsstaatlichen Erwägungen heraus anders zu entscheiden:<sup>38</sup> Diese Unklarheit fällt in den Verantwortungsbereich der Justiz.

**Beispiel 4 (c):** Mit seiner Revision rügt der Angeklagte die **Verletzung von Strafprozessrecht**, 15

– etwa der Vorschriften über die Pflicht der Polizei, den Beschuldigten zu Beginn seiner Vernehmung **über seine Rechte zu belehren**, nicht zur Sache auszusagen (Schweigerecht) und einen Verteidiger seiner Wahl zu konsultieren (s. § 163a IV 2 mit § 136 I 2 StPO)

– oder des § 136a StPO aufgrund **unerlaubter Vernehmungsmethoden** (Schläge, Folter etc.).

Wenn das Revisionsgericht nicht klären kann, ob der gerügte Verfahrensfehler erfolgt ist, führt dieser Zweifel (zumindest grundsätzlich<sup>39</sup>) zur **Verwerfung der Revision** als unbegründet. Denn Verfahrensrügen (Rn. 10) können grundsätzlich nur Erfolg haben, wenn die gerügte Verletzung von Prozessrecht zur Überzeugung des Revisionsgerichts feststeht.<sup>40</sup>

Dies soll trotz des hohen Rangs der dortigen Verbote **selbst für § 136a StPO** gelten.<sup>41</sup> Angesichts des Umstandes, dass der volle Beweis, bei der Vernehmung misshandelt worden zu sein, für den Beschuldigten i.d.R. kaum zu erbringen sein wird, **muss es aber genügen**, wenn der Beschuldigte Umstände nachweist (etwa Misshandlungsspuren am Körper), die Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Vernehmungsmethoden aufkommen lassen.<sup>42</sup>

– Gerade zu *im Ausland* erlangten Aussagen hat der *EGMR* zu Recht festgestellt:<sup>43</sup> **keine Verwertung bei »realem Risiko«, dass die Aussage durch Folter erlangt wurde.** –

c) Bedeutsam ist die Unterscheidung Straf-/Strafprozessrecht auch **im Beweisrecht**: 16

Für die Feststellung verfahrensrechtlich relevanter Tatsachen gilt – auch in der Hauptverhandlung – der *Freibeweis*. Dagegen erfordert die Feststellung materiell-rechtlich relevanter Tatsachen, d.h. der für die Schuldfrage und die Strafzumessung bedeutsamen Fakten, den *Strengbeweis*, soweit es um die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung geht.<sup>44</sup> – Hierauf wird zurückzukommen sein (Rn. 1100 ff.). –

d) Im Übrigen ist die Differenzierung materielles Strafrecht/Strafverfahrensrecht noch für die **Begründung von Revisionen** relevant (§ 344 II StPO): 17

**Die Sachrüge** (Rn. 10) muss nicht näher begründet werden. Insoweit genügt die Erklärung, *gerügt werde die Verletzung materiellen Rechts*, oder die Feststellung, *mit der Revision werde die Sachrüge geltend gemacht*. Dagegen muss **die Verfahrensrüge** (Rn. 10) nach Maßgabe des § 344 II 2 StPO substantiiert begründet werden.

<sup>37</sup> BGH NStZ 1999, 372 f.; OLG Hamm NStZ 1982, 43 f.; M-G/S, § 261 Rn. 35.

<sup>38</sup> BGH NJW 1960, 2202; R/Schünemann, 53/21; s.a. M-G/S, § 261 Rn. 35 mwN.

<sup>39</sup> Anders ggf. bei Verstößen gegen Dokumentationspflichten, vgl. BVerfG StV 2012, 385, 387 (Verstoß gegen § 273 Ia 1 StPO); BGH StV 2007, 65 f. (kein Aktenvermerk über die Belehrung).

<sup>40</sup> BGH St 16, 164, 167; NStZ 1997, 609, 610; dies grds. bestätigend BVerfG StV 2012, 385, 387; ebso. Beulke, Rn 564; M-G/S, § 337 Rn. 12; krit. Kühne, Rn. 966; R/Schünemann, 45/63; s.a. Fn. 41.

<sup>41</sup> BGH NStZ 2008, 643, 644; OLG Hamburg NJW 2005, 2326, 2329 f. (Fall Motassadeq); KK-Diemer, § 136a Rn. 43; M-G/S, § 136a Rn. 33; S/S/W-Eschelbach, § 136a Rn. 60.

<sup>42</sup> So ganz richtig Ambos, StV 2009, 151, 160; Beulke, Rn. 143; LR-Gleiß, § 136a Rn. 78; R/H-Kretschmer, § 136a Rn. 52; i.E. ebso. Kühne, Rn. 966; R/Schünemann 45/63.

<sup>43</sup> Mit Blick auf Art. 3 EMRK EGMR ZIS 2013, 245 (El Haski./Belgien) m. zust. Anm. Schüller aaO; anders noch OLG Hamburg NJW 2005, 2326, 2329 f. (Fall Motassadeq) m. zu Recht krit. Bspr. Ambos, StV 2009, 151, 155 ff.; s.a. EGMR (Fall El-Masri) m. Anm. Ambos, StV 2013, 129; R/Schünemann, 24/67, 25/23; Beulke, Rn. 479 mwN; sowie ausf. Schuster, 2006.

<sup>44</sup> M-G/S, § 244 Rn. 6, 7; s.a. unten Rn. 1100 mwN; zur historischen Entwicklung Ostendorf, Rn. 293.

### 3. Strafvollstreckung und Strafvollzug

- 18 a) Zum Strafprozessrecht gehört auch die **Strafvollstreckung** (§§ 449 ff. StPO):
- Bei der *Geldstrafe* geht es um ihre Beitreibung (§§ 459–459h StPO).
  - Bei der *Freiheitsstrafe* beschränken sich die Vollstreckungsregeln der StPO auf das Verfahren zu ihrer Realisierung von der Rechtskraft bis zum Strafantritt (§§ 449 ff. StPO) sowie auf die »generelle Überwachung ihrer Durchführung« (§§ 454 ff. StPO).<sup>45</sup>
- 19 b) Der **Vollzug der Freiheitsstrafe** in den Justizvollzugsanstalten (Strafvollzug)
- streng zu unterscheiden vom *Untersuchungshaftvollzug* (dazu Rn. 763) –
- ist demgegenüber nicht in der StPO geregelt, sondern in den **Strafvollzugsgesetzen der Länder**. Diese Normen zählen *nicht* zum Strafrechtsverfahrensrecht.
- Bis zur **Föderalismusreform** des Jahres 2006 war der Strafvollzug Angelegenheit allein des Bundes und demgemäß im StVollzG des Bundes geregelt. Im Zuge jener Reform ist jedoch die Gesetzgebungskompetenz auf die Länder übergegangen.<sup>46</sup> Mittlerweile ist in allen Bundesländern ein Landes-Strafvollzugsgesetz geschaffen worden (z.B. LStVollzG-SH).<sup>47</sup>

## II. Funktion des Strafrechtsverfahrens

### 1. Erforschung der Wahrheit in einem rechtsstaatlichen Verfahren<sup>48</sup>

- 20 a) Der Strafprozess dient primär der **Erforschung der Wahrheit**.<sup>49</sup> Sie ist Voraussetzung für die anzustrebende sachlich richtige, gerechte Entscheidung,<sup>50</sup> i.d.R. also
- die Verurteilung des Schuldigen oder
  - den Freispruch des Unschuldigen (bzw. bei nicht erwiesener Schuld).
- Sie ist ein Gebot der **Gerechtigkeit** als Element der Rechtsstaatlichkeit. Zugleich begrenzt das Verfassungsprinzip der Gerechtigkeit aber die Erforschung der Wahrheit:
- Das Strafprozessrecht fordert nicht die Wahrheitsfindung »um jeden Preis«.**<sup>51</sup>
- Vielmehr hat sie auf »justizförmigem Wege« zu erfolgen, oder genauer: in einem rechtsstaatlich strukturierten Verfahren unter Einhaltung seiner Regeln.<sup>52</sup>
- Einschränkungen jeder Art im Hinblick auf ein (schon *per se* nicht anzuerkennendes) sog. »Feindstrafrecht« sind mit aller Entschiedenheit zurückzuweisen (s.a. Rn. 311).<sup>53</sup> –
- 21 (1) Einerseits haben *BVerfG* und *BGH* zum Strafprozessrecht wiederholt betont, »die möglichst vollständige Wahrheitsermittlung«, ohne die »Gerechtigkeit nicht durchgesetzt werden könne«, sei ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit.<sup>54</sup>

<sup>45</sup> *R/Schünemann*, 58/2; ebenso *Kühne*, Rn. 1141; s.a. *Hellmann*, Rn. 19; *Kindhäuser*, 27/1.

<sup>46</sup> Durch Herausnahme des Strafvollzugs aus dem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung in Art. 74 I Nr. 1 GG durch Art. 1 Nr. 7 des Gesetzes zur Änderung des GG v. 28.8.2006 (BGBl. I, 2034).

<sup>47</sup> Die Texte aller Landes-Strafvollzugsgesetze finden sich bei *Feest/Lesting/Lindemann* im Anhang.

<sup>48</sup> Zur Perversion des Strafprozesses im »Dritten Reich« lesenswert *Ostendorf*, Rn. 487 ff., 490 ff.

<sup>49</sup> Vgl. LR<sup>27</sup>-*Kühne*, Einl. H Rn. 23; *Beulke*, Rn. 3; *R/Schünemann*, 1/1, 3, 6; s.a. *BGH* St 50, 298, 309; »Auch die Revisionsgerichte sind der Wahrheit verpflichtet« (dazu *Ziegert*, Volk-FS, 2009, 901 ff.); *Radtke*, GA 2012, 187 ff.; krit. zur sinkenden Bedeutung der Wahrheitsfindung in der strafprozessualen Realität *Kühne*, GA 2008, 361 ff.; *Schünemann*, Kühne-FS, 2013, 361 ff.; krit. zum »Recht auf Wahrheit: durch den Strafprozess« *Pastor*, Volk-FS, 2009, 541 ff.; s.a. *Malek*, StV 2011, 559 ff.

<sup>50</sup> *Radtke*, GA 2012, 187; s.a. *Landau*, Hassemer-FS, 2010, 1073, 1086 (die Wahrheitsermittlung sei »Mittel zum Zweck der gerechten Entscheidung und der Wiederherstellung des Rechtsfriedens«).

<sup>51</sup> *BGH* St 14, 358, 365; 38, 214, 220; *Kindhäuser*, 1/15; *Kühne*, Rn. 2; *R/Schünemann*, 1/3.

<sup>52</sup> Zur »rechtsstaatlichen Wahrheitsermittlung« ausführlich *Radtke*, GA 2012, 187, 192 ff.

<sup>53</sup> Statt vieler nur *Schünemann*, *Nehm*-FS, 2008, 219 ff. mwN: »**Feindstrafrecht ist kein Strafrecht!**«

<sup>54</sup> *BVerfG* E 33, 367, 383; 34, 238, 248 f.; 80, 367, 375; 51, 324, 343; *BGH* St 29, 244, 250.

## § 1: Begriff und Funktion des Strafverfahrensrechts

Auf dieser Einsicht beruht das (auf Verwirklichung des staatlichen Strafanspruchs im Sinne einer Durchsetzung des materiellen Rechts zielende<sup>55</sup>) rechtsstaatliche Prinzip der »Gewährleistung der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege«<sup>56</sup> (näher Rn. 692 ff.).

(2) Andererseits haben *BVerfG* und *BGH* in ständiger Rechtsprechung aber auch die rechtsstaatlichen Schranken der Wahrheitsfindung im Strafprozess betont:<sup>57</sup> **22**

Das Verfassungsgebot, Straftaten möglichst umfassend aufzuklären, könne mit **Gegeninteressen** kollidieren, denen ebenfalls Verfassungsrang zukomme.

(a) Solche Gegeninteressen sind *erstens* die **Grundrechte des Beschuldigten**

– z.B. seine Menschenwürde<sup>58</sup>, persönliche Freiheit, körperliche Unversehrtheit, die Unverletzlichkeit seiner Wohnung, –

zudem die Grundrechte anderer Betroffener, wie Verteidiger oder Zeugen.

(b) *Zweitens* können **Rechtsgüter der Allgemeinheit** solche Gegeninteressen mit Verfassungsrang sein; das gilt z.B. für die »Staatssicherheit« der Bundesrepublik.

– Dazu § 172 Nr. 1 GVG; s.a. §§ 153c III, IV und 153d I StPO (»schwerer Nachteil für die Bundesrepublik Deutschland«, vgl. Rn. 660-662). –

(c) *Drittens* können auch **Belange des Opferschutzes** von Bedeutung sein,<sup>59</sup> was in den letzten Jahren zunehmend ins Bewusstsein des Gesetzgebers gedrungen ist

– und zum Erlass gleich mehrerer dem Opferschutz gewidmeter Gesetze geführt hat.<sup>60</sup>

b) Demgemäß ist von Verfassungs wegen ein gerechter Ausgleich zwischen den einander widerstrebenden Interessen geboten. Die Strafverfolgungsinteressen sind an den verfassungsrechtlich geschützten Gegeninteressen zu messen, was eine umfassende **Interessenabwägung** der beteiligten Verfassungswerte fordert.<sup>61</sup> **23**

Im Staatsrecht spricht man, im Anschluss an *Hesse*, bei solcher Interessenabwägung vielfach vom »Herstellen praktischer Konkordanz«.<sup>62</sup>

Jene Aufgabe kommt in erster Linie dem **Gesetzgeber** zu. Er hat für die Normierung eines rechtsstaatlichen Strafverfahrensrechts Sorge zu tragen und dabei einen angemessenen Ausgleich zwischen den Erfordernissen einer der Wahrheitsfindung verpflichteten Strafverfolgung und den Gegeninteressen vorzunehmen.<sup>63</sup>

**Beispiel 5:** Im Interesse der Wahrheitsfindung ist grundsätzlich jeder Zeuge verpflichtet, vor Gericht zur Sache auszusagen (§ 48 I 2 StPO). Anderenfalls wäre die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege gefährdet.<sup>64</sup> Jedoch hat der Gesetzgeber nach Abwägung mit Gegeninteressen eine Reihe von Zeugnisverweigerungsrechten normiert, so insbesondere: **24**

– § 52 StPO (Angehörige); hier geht es um den Schutz von Ehe und Familie, Art. 6 GG.

– § 53 StPO (Berufsheimliche); z.B. Pressemitarbeiter: Pressefreiheit, Art. 5 I GG.

<sup>55</sup> *BVerfG* E 20, 45, 49; *BGH* NJW 2007, 3010; *Beulke*, Rn. 3; *R/Schünemann*, 1/7.

<sup>56</sup> *BVerfG* E 33, 367, 383; 74, 257, 262; 122, 248, 272; 130, 1, 26; *BGH* St 38, 214, 220; *Beulke*, Rn. 3; *Hellmann*, Rn. 5; *M-G/S*, Einl. Rn. 18; *R/Schünemann*, 1/7; s.a. *Landau*, NSTZ 2011, 537, 544 ff.

<sup>57</sup> *BVerfG* E 32, 373, 378 ff.; E 38, 105, 111 ff.; E 80, 367, 373 ff.; *BGH* St 19, 325, 329 f.

<sup>58</sup> Zu deren zunehmender »Antastung im Strafverf.« *Eschelbach/Wasserburg*, *Wolter-FS*, 2013, 877 ff.

<sup>59</sup> *R/Schünemann*, 1/8 spricht vom Opferschutz als inzwischen **eigenständigem Verfahrensziel**.

<sup>60</sup> Näher hierzu unter Nennung der einschlägigen Gesetze unten, Rn. 489.

<sup>61</sup> *BVerfG* E 34, 238, 249; 57, 250, 285; 80, 367, 375 f.; s.a. *Jarass/Pieroth*, Vorb. Vor Art. 1 Rn. 52.

<sup>62</sup> *Hesse*, Rn. 317 f.; *Degenhart*, Rn. 22; *Stein/Frank*, § 32 III 1; *Jarass/Pieroth*, Einleitung Rn. 7.

<sup>63</sup> **Bedenklich insofern** dem Grundrechtsschutz eher abträgliche gesetzliche Neuregelungen, wie seinerzeit (durch G v. 24.6.2005, BGBl. I, 1841) die der §§ 100a IV [a.F.], 100c IV [a.F.] StPO [jetzt in § 100d I, II bzw. IV StPO] (näher dazu *Wolter*, *Weflau-GS*, 2016, 445, 454 f.; s.a. Fn. 70).

<sup>64</sup> *BVerfG* E 33, 367, 383; 38, 312, 321; 129, 208; *M-G/S*, § 53 Rn. 2; *KK-Senge*, § 53 Rn. 2.

Insbesondere auch § 136a StPO (**verbotene Vernehmungsmethoden**, Rn. 1167 ff.) ist ein Beispiel für die verfassungsrechtlich gebotene Normierung rechtsstaatlichen Strafprozessrechts.

- 25 Was die – per se begrüßenswerte – Berücksichtigung des Opferschutzes (Rn. 22) anlangt, ist angesichts der typischerweise gegenläufigen Interessen von Beschuldigtem und Verletztem in besonderem Maße darauf zu achten, dass die Stärkung der Verletzten-Stellung nicht zu einer Beeinträchtigung der legitimen Verteidigungsinteressen des Beschuldigten führt<sup>65</sup>
- ein Anspruch, dem der Gesetzgeber im Rahmen seiner bisherigen Gesetzgebung zum Opferschutz leider nicht hinreichend gerecht geworden ist (näher Rn. 491).<sup>66</sup>
- 26 c) Die Abwägung zwischen den Erfordernissen einer der Wahrheitsfindung verpflichteten Strafverfolgung und Gegeninteressen mit Verfassungsrang ist auch Aufgabe der **Rechtsprechung**. Sie hat im Wege richterlicher Rechtsfortbildung am gerechten Ausgleich der widerstreitenden Interessen mitzuwirken, und zwar
- durch verfassungskonforme *Auslegung* strafprozessualer Gesetze (s. Rn. 50–54) und
  - mittels verfassungskonformer *Rechtsfindung praeter legem* (Lückenfüllung)<sup>67</sup>.
- 27 **Beispiel 6:** Die Judikatur hat u.a. die folgenden Beweisverwertungsverbote entwickelt:
- (a) Tagebuchaufzeichnungen »höchstpersönlichen Inhalts«, etwa über eine Liebesbeziehung, sind als Beweismittel nicht verwertbar, solche nur »persönlichen« Inhalts lediglich dann, wenn *in casu* das »Strafverfolgungsinteresse des Staates« die Gegeninteressen (allgemeines Persönlichkeitsrecht des Verfassers, Art. 2 I mit Art. 1 I GG) überwiegt. – Näher dazu Rn. 1615 ff., 1618 ff. –
- (b) Verstöße gegen die bereits in Rn. 15 erwähnten Belehrungspflichten der Polizei führen – zumindest grundsätzlich<sup>68</sup> – zu einem Verwertungsverbot (s. Rn. 1136).<sup>69</sup>
- 28 Leider ist die jüngere Rspr. des *BVerfG* von einer den Freiheitsaspekt zunehmend vernachlässigenden, überzogenen Hinwendung zu dem zwar per se legitimen (Rn. 21), aber eben (Rn. 23) auch nicht um jeden Preis anzusteuern Ziel »funktionstüchtiger Strafverfolgung« geprägt bzw. (um mit *Wolter* zu sprechen) durch »zahlreiche Kehrtwendungen, Wankelmütigkeiten, Widersprüche oder Nachlässigkeiten« gezeichnet, die »für den Grundrechtsschutz ... zu einer Rutschbahn in die funktionstüchtige Strafverfolgung geführt« haben.<sup>70</sup> – S. noch Rn. 692, 693. –
- 29 d) Dabei gerät das Ziel der Wahrheitsfindung immer stärker in den Schatten der Forderung nach größtmöglicher **Verfahrenseffizienz**. Insbesondere die mittlerweile weit verzweigten Möglichkeiten eines formell oder informell **verkürzten Verfahrens**
- man denke nur an das **Strafbefehlsverfahren** (§§ 407 ff. StPO, Rn. 1825 ff.), das **beschleunigte Verfahren** (§§ 417 ff. StPO, Rn. 1831 ff.), die **Einstellungsmöglichkeiten** nach dem Opportunitätsprinzip (§§ 153 ff. StPO, Rn. 618 ff.) und die nun in § 257c StPO legalisierte, in der Sache aber hochbedenkliche<sup>71</sup> **Absprachenpraxis** (Rn. 1505 ff.) –
- sowie die allgemeine Forderung nach immer weiter zu forcierender **Verfahrensbeschleunigung** sind der Wahrheitsfindung in mitunter erheblichem Maße abträglich.<sup>72</sup>

---

<sup>65</sup> Zu Recht sehr kritisch und besorgt *Schünemann*. Hamm-FS, 2008, 687, 690 ff. (insb. 694: Fazit); s.a. *R/Schünemann*, 1/8, 2/6; *Kühne*, Rn. 245.2; *Heghmanns*, Rn. 838.

<sup>66</sup> *R/Schünemann*, 63/3 spricht insoweit zu Recht von »kriminalpolitischem Rückschritt«.

<sup>67</sup> Zum Unterschied Gesetzesanwendung/gesetzesergänzende Lückenfüllung *Krey/Esser*, Rn. 80, 81 ff.

<sup>68</sup> Zu Einschränkungen im Rahmen der sog. »Widerspruchslösung« vgl. Rn. 1636.

<sup>69</sup> *BGH* St 38, 214, 218 ff.; 38, 372; 42, 15, 18 (a.E.) ff., 21; s.a. die Nachw. in Rn. 1136 Fn. 23.

<sup>70</sup> *Wolter*, WeBlau-GS, 2016, 445 ff. mit Hinweis u.a. auf das »Durchwinken« (aaO, 455) der (nicht unproblematischen, s. Fn. 63) §§ 100a IV a.F., 100c IV a.F. StPO als verf.rechtl. unbedenklich durch *BVerfG* E 129, 208, 245 ff. (zu § 100a IV); NJW 2007, 2753, 2755 (zu § 100c IV); höchst krit. zur Renaissance dieser Argumentationsfigur auch *Sommer*, StraFo 2014, 441 ff.

<sup>71</sup> Pointiert und treffend *R/Schünemann*, 1/7: »noch unter Drittweltelniveau angesiedelte Regelung«.

<sup>72</sup> Näher *Kühne*, GA 2008, 361, 364 ff.; s. schon *Hassemer*, StV 1982, 275 ff.; zum **Vorrang der Wahrheitsfindung** *Trüg*, StV 2010, 528, 530 f., 531 ff.; s.a. *Landau*, Hassemer-FS, 2010, 1073, 1085 f.

Gerade auch in der Zusammenschau mit anderen Fehlentwicklungen unseres heutigen Strafverfahrensrechts<sup>73</sup> geben sie Anlass zur Sorge.<sup>74</sup>

## 2. Schaffung von Rechtsfrieden

Die »Erforschung der Wahrheit in einem rechtsstaatlichen Verfahren« ist zwar die primäre Funktion des Strafprozessrechts. Daneben geht es aber auch um die Schaffung von **Rechtsfrieden durch rechtskräftige Entscheidung**.<sup>75</sup> 30

Diese zweite Aufgabe dient dem Verfassungsprinzip der **Rechtssicherheit**; sie gehört, wie die Gerechtigkeit, zu den Elementen der Rechtsstaatlichkeit.<sup>76</sup>

a) Schaffung von Rechtsfrieden durch Rechtskraft des Strafurteils bedeutet dabei den endgültigen Abschluss des Strafverfahrens.<sup>77</sup> 31

– Das rechtskräftige Urteil kann von den Verfahrensbeteiligten nicht mehr mit Rechtsmitteln angegriffen werden (**formelle Rechtskraft**); näher Rn. 1696 f.

– Bei einer Sachentscheidung (Freispruch bzw. Verurteilung) ist die Anklage verbraucht: Der *freigesprochene* Angeklagte darf wegen derselben Tat nicht erneut angeklagt werden; der *Verurteilte* darf nicht in einem neuen Strafprozess wegen derselben Tat freigesprochen oder erneut verurteilt werden, sei es strenger, sei es milder (**materielle Rechtskraft**); näher Rn. 1698.

b) Auch die Schaffung von Rechtsfrieden darf nicht »um jeden Preis« angestrebt werden. Das Rechtsstaatsprinzip gebietet es, zur Vermeidung grob ungerechter Ergebnisse **Durchbrechungen** der Rechtskraft zuzulassen.<sup>78</sup> Dem dienen 32

– die **Wiederaufnahme** eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens (§§ 359–373a StPO, § 79 I BVerfGG; s. noch Rn. 1821) sowie

– die **Wiedereinsetzung** in den vorigen Stand (§§ 44–47 StPO; s. noch Rn. 1700, 1820).

**Beispiel 7:** A wird vom AG wegen fahrlässiger Tötung zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Da bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist – s. Rn 14 – weder Berufung noch Revision eingelegt werden, erwächst das Urteil in Rechtskraft. 33

(a) Sein Verteidiger hatte dem A zugesagt, Berufung einzulegen, dies aber vergessen.

Da Angeklagten das Verschulden ihrer Verteidiger nicht zugerechnet wird, ist A nach §§ 44, 45 StPO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.<sup>79</sup> Dabei muss die »versäumte Handlung« (Einlegung der Berufung) nachgeholt werden, § 45 II 2 StPO.

(b) A, der in Wirklichkeit die Tötung vorsätzlich begangen hatte, feiert mit Freunden seine Verurteilung, wobei er sich damit brüstet, das Opfer vorsätzlich ermordet zu haben.

Eine Durchbrechung der Rechtskraft mittels Wiederaufnahme des Verfahrens **zu Ungunsten** des Verurteilten gem. § 362 Nr. 4 StPO<sup>80</sup> wegen seines »außergerichtlichen Geständnisses« scheidet hier aus. Diese Vorschrift verlangt ja, dass der Angeklagte *freigesprochen* worden war. Fehlt es an einem solchen **Freispruch**, so ist § 362 Nr. 4 StPO auch dann nicht anwendbar, wenn die Verurteilung aufgrund einer zu milden Vorschrift erfolgte<sup>81</sup>. Hier setzt sich die Rechtssicherheit (Rechtskraft) gegen die »Gerechtigkeit im Einzelfall« durch.

<sup>73</sup> Etwa der – so *R/Schünemann*, 1/7 ganz richtig – »bis heute rechtsstaatlich nicht hinreichend ausbalancierten Europäisierung des Strafverfahrensrechts«; zu dieser Rn. 75 ff.

<sup>74</sup> *R/Schünemann*, 1/7 spricht gar von »Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur«.

<sup>75</sup> *Beulke*, Rn. 6, 7; *R/Schünemann*, 1/1, 2 ff.; eher krit. *Dölling*, *Beulke-FS*, 2015, 679 ff. (insb. 687).

<sup>76</sup> *BVerfG* E 35, 41, 47; s.a. *R/Schünemann*, 1/6; *S/S/W-Beulke*, Einleitung Rn. 14.

<sup>77</sup> Zu form. u. mat. Rechtskraft ausf. *KK-Fischer*, Einl. Rn. 481, 482 ff.; *M-G/S*, Einl. Rn. 164, 168 ff.

<sup>78</sup> *S. M-G/S*, vor § 359 Rn. 1; *R/Schünemann*, 1/4, 52/22; *LR-Gössel*, Vor § 359 Rn. 5 ff., insb. 11 ff.

<sup>79</sup> *M-G/S*, § 44 Rn. 18; *KK-Maul*, § 44 Rn. 30; *Kindhäuser*, 15/23; *MK-Valerius*, § 44 Rn. 55 ff., 58.

<sup>80</sup> Zu deren Vereinbarkeit mit Art. 103 III GG (*ne bis in idem*): *BVerfG* E 3, 248, 252; E 12, 62, 66; *BGH* St 5, 323, 328 ff.; *KK-Schmidt*, § 362 Rn. 3; *SK-Frister*, § 362 Rn. 3, 14.

<sup>81</sup> *LR-Gössel*, § 362 Rn. 8; *M-G/S*, § 362 Rn. 4; *KK-Schmidt*, § 362 Rn. 9; *R/Schünemann*, 57/11; str.

## § 2 Rechtsquellen des Strafverfahrensrechts

*Zum aktuellen Stand der – über die Geltung der EMRK (Rn. 57 ff.) hinausreichenden – Europäisierung des deutschen Strafverfahrensrechts s. § 3 des Lehrbuchs (Rn. 75 ff.).*

### I. Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz

#### 1. Strafprozessordnung (StPO)

- 34** Das Strafprozessrecht ist **Bundesrecht** (Art. 74 I Nr. 1 GG: »gerichtliches Verfahren«; s.a. Art. 31 GG). Die 16 Länder haben keine eigenen Strafprozessordnungen; etwaige strafprozessuale Regelungen im Landesrecht (insb. auch in den Landesverfassungen) sind durch § 6 EGStPO nahezu ausnahmslos außer Kraft gesetzt.<sup>1</sup>

– Zu beachten sind freilich die landesrechtlich geregelten besonderen Verjährungsvorschriften im Bereich des Presserechts (vgl. etwa § 17 Landespressegesetz Schleswig-Holstein).<sup>2</sup> –

Die StPO<sup>3</sup> als umfassende Kodifikation des Strafverfahrens ist zusammen mit den anderen sog. Reichsjustizgesetzen von 1877 (GVG, ZPO u.a.) am 1.10.1879 in Kraft getreten.<sup>4</sup>

Die erste deutsche Strafprozessordnung war freilich die »**Constitutio Criminalis Carolina**« (CCC) von 1532, die »**Peinliche Gerichtsordnung**« von Kaiser Karl V.<sup>5</sup> Sie war StPO und zugleich StGB des »Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation«.<sup>6</sup>

– Zur **Geschichte des deutschen Strafprozessrechts** vgl. insb. die mittlerweile schon klassischen Darstellungen von *Eb. Schmidt* (3. Aufl., 1965) und *Rüping/Jerouschek* (6. Aufl., 2011).<sup>7</sup> –

#### 2. Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)

- 35** Das GVG<sup>8</sup> ergänzt die StPO und regelt insbesondere
- die funktionelle und sachliche Zuständigkeit der Strafgerichte (§§ 22–140a GVG);
  - die diplomatische Immunität (§§ 18–21 GVG);
  - den Gerichtsaufbau: *AG, LG, OLG, BGH* (§§ 22–140 GVG);
  - die Staatsanwaltschaft (§§ 141–152 GVG);
  - die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung und die Sitzungspolizei (§§ 169–183 GVG);
  - die Beratung und die Abstimmung bei Kollegialgerichten (§§ 192–197 StPO).

### II. Sonstige Rechtsquellen

- 36** 1. Weitere Bundesgesetze mit strafprozessualer Relevanz sind u.a.:
- das *Jugendgerichtsgesetz* (JGG): für das Jugendstrafverfahren;
  - die *Abgabenordnung* (AO), §§ 385 ff.: für das Steuerstrafverfahren;
  - das *Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz* (EGGVG);
  - das *Bundeszentralregistergesetz* (BZRG): Zentralregister und Erziehungsregister;
  - das *Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen* (StrEG);
  - die *Bundesrechtsanwaltsordnung* (BRAO);

---

<sup>1</sup> § 6 I EGStPO; vgl. aber die Ausnahmen in § 6 II EGStPO; s.a. *R/Schünemann*, 3/11.

<sup>2</sup> Eingehend zu ihnen *M. Heinrich*, ZJS 2016, 17 ff. (sowie 414 ff. für Rundfunk und Telemedien).

<sup>3</sup> Jetzt i.d.F. der Bekanntmachung v. 7.4.1987 (BGBl. I, 1074, ber. 1319).

<sup>4</sup> Als RStPO v. 1.2.1877, RGBl. 1877, 253; vgl. *Sellert*, JuS 1977, 781 ff.

<sup>5</sup> **Text: Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.**, hrsg. u. erläutert v. *Schroeder*, 2000 (Reclam).

<sup>6</sup> Eingehend *Bechtel*, ZJS 2017, 641; 2018, 20; s.a. *Kindhäuser*, 34/8–10; ausf. *Eb. Schmidt*, §§ 115, 124; *Peters*, § 11 II; *Rüping/Jerouschek*, Rn. 94 ff., 103 ff.; *Dezza*, S. 45 ff.; *Ignor*, S. 41 ff.

<sup>7</sup> Auch *Dezza* und *Ignor*; s.a. *Heger*, § 5; *Kindhäuser*, § 34; *Schroeder/Verrel*, § 54.

<sup>8</sup> GVG v. 27.1.1877 i.d.F. der Bekanntmachung v. 9.5.1975 (BGBl. I, 1077).