

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge • Band 257

Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft

**Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs,
des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme
im Strafverfahrensrecht**

Von

Luís Greco



Duncker & Humblot • Berlin

LUÍS GRECO

Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Begründet von Dr. Eberhard Schmidhäuser (†)

em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Hamburg

Herausgegeben von

Dr. Dres. h. c. Friedrich-Christian Schroeder

em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Regensburg

und

Dr. Andreas Hoyer

ord. Prof. der Rechte an der Universität Kiel

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 257

Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft

Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs,
des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme
im Strafverfahrensrecht

Von

Luís Greco



Duncker & Humblot · Berlin

In die Reihe aufgenommen als Habilitationsschrift.

Die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München
hat diese Arbeit im Wintersemester 2013/2014 als Habilitationsschrift angenommen.

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.

Alle Rechte vorbehalten
© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: BGZ Druckzentrum GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 978-3-428-14464-8 (Print)
ISBN 978-3-428-54464-6 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84464-7 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Für Bernd Schünemann

Vorwort

Die vorliegende Monografie ist von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München im Wintersemester 2013/2014 als Habilitationsschrift angenommen worden. Betreut wurde die Habilitation von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann; weitere Mitglieder des Mentorats waren Prof. Dr. Ulrich Schroth und Prof. Dr. Helmut Satzger.

Es entspricht bewährter Übung, sich beim Zweitgutachter für die zügige Erstellung des Votums zu bedanken. Diese abgenutzte Formel könnte Herrn Prof. Ulrich Schroth nur teilweise gerecht werden. Denn er hat das Gutachten nicht bloß zügig, sondern über die Weihnachtsfeiertage verfasst; ohne diesen Einsatz hätte sich der Abschluss des Habilitationsverfahrens um mindestens ein Semester verschoben. Bei Herrn Prof. Satzger bedanke ich mich für die stetige Gesprächsbereitschaft.

Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. Friedrich-Christian Schroeder und Prof. Dr. Andreas Hoyer danke ich für die Aufnahme des ungekürzten Buchs in die angesehene Reihe „Strafrechtliche Abhandlungen“. Ich freue mich, meine beiden großen deutschen Monografien im Hause Duncker & Humblot publiziert zu haben, und möchte auch dem Verlag meine Dankbarkeit ausdrücken.

Drei weitere Professoren dürfen hier nicht unerwähnt bleiben. Mein Doktorvater Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin hat nicht nur meinen Entschluss, mich in Deutschland zu habilitieren, gemeinschaftlich mit Prof. Schünemann hervorgerufen, sondern ihn auch durch lange und nahezu monatliche Gespräche gestärkt. Bei ihm hatte mein Weg auf deutschem Boden seinen Anfang. Die Großzügigkeit, auch für einen jungen Studenten aus dem Ausland Zeit zu finden, die Bescheidenheit, ihm glaubhaft zu zeigen, dass seine Arbeit einem am Herzen liegt, sind prägende Beispiele, die ich immer präsent zu halten vorhabe. Prof. Dr. Jürgen Wolter hat mir nicht nur die Tür zu Goltdammer's Archiv geöffnet, sondern mich immer fürsorglich beraten. Die Idee, nicht nur über die materielle Rechtskraft zu schreiben, sondern auch eine „Strafprozesstheorie“ anzubieten, verfestigte sich erst nach einem Gespräch, das ich mit ihm führen durfte; sogar die Überschrift des vorliegenden Buchs geht auf ihn zurück. Prof. Dr. Petra Wittig half mir mit dem großzügigen Angebot einer Mitarbeiterstelle, die an sich einkommenslose Zeit zwischen der Emeritierung meines Betreuers und dem Abschluss dieses Buches zu überbrücken.

Die umfangreiche Berücksichtigung ausländischer Literatur wäre nicht möglich gewesen ohne die Hilfe zweier erstklassiger Bibliotheken, derer ich mich

ausgiebig bedient habe. Gemeint sind die Bibliothek des Freiburger Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht und die Bibliothek für ausländisches und internationales Strafrecht der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen. Ich bedanke mich bei beiden Bibliotheken, insbesondere bei Herrn Dr. Pablo Galain Palermo und Frau Elisabeth Martin (MPI) sowie bei Herrn Prof. Dr. Kai Ambos.

Ich möchte mich auch für wertvolle, anregende Diskussionen bedanken bei: meinen langjährigen Kollegen Dr. Peter Kasiske und Benjamin Roger; den Münchener Doktoranden Augusto Assis, Alaor Leite, Alberto Nanzer und Adriano Teixeira; bei den Professoren Doktoren Gabriel Pérez Barberá und Fernando Gama; bei den Doktoren Stephan Ast, Jan Schuhr, Liane Wörner und Till Zimmermann für einen unvergesslichen Diskussionsabend auf der Züricher Strafrechtslehrertagung; bei PD Dr. Tobias Reinbacher; bei Marie Koch und Dr. Eva v. Wietersheim. Anna Richter hat mir bei der sprachlichen Überarbeitung des umfangreichen Buchs geholfen.

Meiner Mutter und meinem Vater, die ich 2001 in Brasilien verlassen habe, schulde ich Dank dafür, dass sie trotz räumlicher Distanz in meinem Leben ohne jegliche Unterbrechung anwesend sind. Ohne die Gewissheit, über einen sicheren Hafen zu verfügen, wäre für mich der Weg weder materiell noch emotionell möglich gewesen.

Last but not least komme ich auf meinen Habilitationsvater zu sprechen. Prof. Schünemann schulde ich mehr, als ich je werde niederschreiben können. Die Offenheit, mir als 24-jährigem, ausländischem Promotionsstudenten eine deutsche Habilitation überhaupt in Aussicht zu stellen, als Denkmöglichkeit erst aufzuzeigen; die Bereitschaft, die Habilitation durch die Gewährung einer vollen Assistentenstelle auch materiell zu unterstützen; die liebevolle Fürsorge, mit der meine tausend Seiten in wenigen Wochen nicht bloß gelesen, sondern auch sprachlich verbessert wurden, um mir eine erfolgreiche Habilitation noch in dem Semester, in dem sie ihren Abschluss fand, zu ermöglichen – für all dies bin ich Ihnen dankbar. Professor Schünemann, ich bin stolz, Sie meinen Lehrer und glücklich, Sie einen Freund nennen zu dürfen.

Manchmal stellt sich derjenige, der ein Buch schreibt, bewusst oder unbewusst einen Leser vor. Professor Schünemann, dieses Buch habe ich für Sie geschrieben; Ihnen möchte ich es deshalb auch widmen.

München, den 21. September 2014

Luis Greco

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	31
A. Gegenstand der Untersuchung	31
B. Terminologische Präzisierungen	36
C. Gang der Untersuchung	39

1. Teil

Strafprozesstheorie	41
----------------------------	----

1. Kapitel

Vorüberlegungen zur Methode einer universellen (Strafprozess-)rechtswissenschaft	41
A. Das Projekt einer universellen Rechtswissenschaft	41
I. Grund und Entscheidung, Recht und Macht	41
II. Einwände	55
1. Die partikularistische Herausforderung	55
2. Die anti-rationalistische Herausforderung	59
3. Die kulturellrelativistische Herausforderung	61
4. Die staats-theoretische Herausforderung	66
5. Die demokratische Herausforderung	68
6. Die prozessstrukturelle Herausforderung	69
7. Fazit	85
B. Alternative Konzepte einer universellen (Strafprozess-)Rechtswissenschaft	86
I. Universelle Rechtswissenschaft als formelle Rahmenwissenschaft?	86
II. Universelle Rechtswissenschaft als Erforschung sachlogischer Strukturen?	88
III. Universelle Rechtswissenschaft als universelles Problem-denken?	93
IV. Universelle Rechtswissenschaft als Rechtsvergleichung?	94
V. Fazit	101
C. Die eigene konkrete Vorgehensweise	101
D. Zusammenfassung: Universelle Rechtswissenschaft als Wissenschaft der Unter- scheidung von Recht und Macht	116

2. Kapitel

Strafprozesstheoretische Grundlegung

117

A. Einleitende Erwägungen	117
B. Der Begriff der Strafverfolgung	119
I. Einleitende Worte	119
II. Strafverfolgung als Strafverfahren	119
III. Strafverfahren als latente soziale Bedrohung	120
IV. Strafverfahren als individuelle Verdächtigung	122
V. Der Inhalt der Verdächtigung	129
VI. Das Übel der Verdächtigung	130
VII. Fazit: Das Übel des Strafverfahrens	133
C. Die Rechtfertigung der Strafverfolgung als Rechtfertigung einer allgemein be- drohlichen Institution und einer qualifizierten Verdächtigung	133
I. Einleitendes	133
II. Drei Beispiele für die Verkennung der Fundamentalfrage	135
1. Der begriffskonstruktivistische Ansatz: Prozess als Rechtsverhältnis und als Rechtslage	135
Exkurs: Die Lehre vom Strafklagerecht	148
2. Systemtheorie: Legitimation durch Verfahren	151
3. Prozessualer Machiavellismus	155
III. Erste Rechtfertigungsstufe: Strafverfahren im Interesse der Gesellschaft (Lehren vom Zweck des Strafverfahrens)	157
1. Vorüberlegungen	157
2. Straftheorien (I), insbesondere: Generalprävention als Zweck des Strafverfahrens	159
3. Materielle Wahrheit als Zweck des Strafverfahrens	168
4. Rechtsfrieden	187
5. Externe Kritik an Rechtfertigungsversuchen auf der ersten Stufe	191
6. Erste Zwischenbilanz am Ende der ersten Rechtfertigungsstufe	197
IV. Zweite Rechtfertigungsstufe: Strafverfahren im Interesse des Betroffenen	197
1. Einleitende Bemerkungen	197
2. Straftheorien (II): Das Strafverfahren im Dienste der Resozialisierung	198
3. Das Strafverfahren als Mittel zum Schutz des Betroffenen	203
4. Externe Kritik der Rechtfertigungsversuche auf der zweiten Stufe	209
5. Zweite Zwischenbilanz am Ende der zweiten Rechtfertigungsstufe ...	213
V. Rechtfertigungsversuche zwischen den beiden ersten Stufen	216
1. Das Ausgleichsmodell: Abwägung	217
2. Das Versöhnungsmodell: Solidarität	230

VI. Dritte Rechtfertigungsstufe: Strafverfahren als Ausdruck des Respekts vor dem Beschuldigten	234
1. Einleitende Bemerkungen	234
2. Strafverfahren als Verwirklichung von Gerechtigkeit	236
a) Drei Verständnisse von Gerechtigkeit	236
b) Strafverfahren als Verwirklichung der Vergeltung – zugleich Straftheorien (III)	238
c) Strafverfahren als Verwirklichung des materiellen Strafrechts	239
d) Strafverfahren als Verwirklichung von Verfahrensgerechtigkeit ...	243
aa) Empirische Verfahrensgerechtigkeit: Procedural Justice	244
bb) Strafverfahren als fairer, sportlicher Wettkampf	245
cc) „Rechtliche“ Verfahrensgerechtigkeit	251
dd) Zusammenfassung	259
e) Fazit zur Gerechtigkeit im Strafverfahren	260
3. Konsens	261
4. Legitimationswirkung des Verdachts? Zugleich: der Verdächtige als Störer	282
5. Neuere Ansätze auf der dritten Rechtfertigungsstufe	291
a) Die Neuauflagen des Prozessrechtsverhältnisses	291
b) Die neuere Lehre von der Prozessrechtssubjektivität	297
c) Teilhabe am Verfahren als Legitimitätsvoraussetzung der Strafe ..	299
6. Eigene Begründung auf der dritten Rechtfertigungsstufe	301
a) Dritte Zwischenbilanz	301
b) Die Beling'sche Herausforderung	303
c) Erster Versuch der Überwindung der Beling'schen Herausforderung: der Aufopferungsgedanke	306
d) Eigener Weg: Rehabilitierung bzw. Verdachtstilgung als Ausgleich für die Verdächtigung	310
e) Der Schuldige in der Strafprozesstheorie	315
f) Weitere Implikationen	317
D. Gesamtfazit zur strafprozesstheoretischen Grundlegung	318
I. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	318
II. Zusatzbemerkungen	320
1. Zur Komplexität der Theorie	320
2. Zu den unterschiedlichen Rechtfertigungsstufen und dem Verhältnis zwischen ihnen	321
a) Warum gerade (die) drei Rechtfertigungsstufen?	322
b) Verhältnis der Rechtfertigungsstufen; das Problem des Dezisionismus	323
c) Weitere Rechtfertigungsstufen?	324

*2. Teil***Materielle Rechtskraft** 328

1. Kapitel

Die Begründung der materiellen Rechtskraft 328

A. Einleitende Erwägungen	328
I. Begriff der materiellen Rechtskraft	328
II. Das Problem des materiellrechtlich unrichtigen Sachurteils	332
B. Begriffskonstruktivistische Rechtskrafttheorien	334
C. Normative Rechtskrafttheorien	338
I. Ansehen des Staates und der Gerichte	338
II. Triumph der Rechtssicherheit über die Gerechtigkeit	344
III. Gebot des Rechtsfriedens	350
IV. Rechtskraft als Wahrheit oder als Fiktion der Wahrheit	351
V. Schutz des Angeklagten	354
VI. Rechtskraft als Sanktionierung der Strafverfolgungsbehörden	358
VII. Rechtskraft als Gerechtigkeit	360
VIII. Rechtskraft als individuelles Recht	369
D. Der eigene Ansatz: Schuldtilgung, Rehabilitierung und Verfahrensgerechtigkeit („dreisäulige“ Rechtskraftlehre)	371
E. Fazit	374
I. Zusammenfassung	374
II. Abschließende Bemerkungen zur Begründung der Rechtskraft im Straf- verfahren	375
III. Überleitung zu den nächsten Kapiteln	377

2. Kapitel

Der Begriff der strafprozessualen Tat 378

A. Einleitende Erwägungen	378
B. Theoretische Grundlegung	379
I. Die strafprozessuale Tat als Gegenstand des Strafverfahrens; Prozess- gegenstand und Prozessstoff	379
II. Tatbegriff und Tatstrafrecht	382
III. Tatbegriff und Anklageprinzip	383
1. Erste Annäherung: Die Unbestimmtheit des Verfahrensgegenstands als Komponente der Allmacht des Inquirenten	383

2.	Zur Begründung des Anklageprinzips	385
a)	Die traditionelle Auffassung	385
b)	Vertiefung	388
3.	Gehalt des Anklageprinzips	392
4.	Gebotene begriffliche Klarstellungen	398
a)	Anklageprinzip, akkusatorisches und inquisitorisches Strafverfahren	398
b)	Anklageprinzip und Anklageform	401
5.	Anklageprinzip und Tatbegriff	403
6.	Zusammenfassung	407
IV.	Unwesentliche Gesichtspunkte	408
1.	Die alte Lehre von der sog. dreifachen Identität	409
2.	Verteidigungsrecht bzw. rechtliches Gehör	410
3.	Beschuldigtenschutz	412
4.	Prozessökonomie	415
5.	Rechtskraftlehre, Gerechtigkeit bzw. Gerechtigkeit und Rechtssicherheit	416
6.	Wiederaufnahmevorschriften	417
7.	Vermeidung einander widersprechender Entscheidungen	418
8.	Verfassungsrecht	421
9.	Europarecht	425
10.	Fazit	426
C.	Die Diskussion um den Tatbegriff	427
I.	Einleitendes	427
II.	Methodische Vorüberlegung. Universelle vs. lokale Perspektive	428
III.	Unproblematisches: der Verdächtige als Komponente der prozessualen Tat	430
IV.	Die (überwiegend) faktisch orientierte Theorie der deutschen herrschenden Meinung	431
V.	Weitere faktisch orientierte Stellungnahmen	438
1.	Identität der Handlungssubstanz (Oehler)	438
2.	Laienorientierter Intuitionismus (Achenbach)	439
3.	Gesamtschau (Neuhaus)	440
4.	Zeit- und Ortsgleichheit (Schlehofer)	442
5.	Same transaction	443
6.	Zwischenfazit zu der faktisch orientierten Bestimmung des Tatbegriffs	444
VI.	Normative Theorien	444
1.	Materiellrechtlicher Tatbegriff	445
2.	Identität der Normverletzung (Binding)	451
3.	Der sog. Blockburger-Test	453

4. Richtung des Tätigkeitsakts bzw. „Zielrichtung des Handelns“	455
5. Sozialer Sinngehalt	456
6. Übereinstimmung des rechtlichen Unwertgehalts	457
a) Identität der beeinträchtigten Rechtsgüter	457
b) Identität des Unrechtskerns	460
VII. Kognitionsorientierte Kriterien	461
1. Konkrete Möglichkeit der Sachverhaltsfeststellung	461
2. Untersuchungsrichtung	464
VIII. Vermittelnde (normativ-faktische) Theorien	465
D. Der eigene Lösungsweg	468
I. Ausgangsprämissen	468
II. Implikationen	468
III. Die Grundregel: Prozessgegenstand und Strafklageverbrauch als Funktionen des Verhältnisses von Anklage, richterlichen Klageänderungsmöglichkeiten und Urteil	470
IV. Vier Beispiele für das Verkennen dieser Zusammenhänge	477
1. Der dynamisch-inkongruente Tatbegriff	477
2. Fragestellung an die Geschworenen; die Kontroverse über das idem factum oder idem crimen	486
3. Strukturblinde Wortlautexegese	493
a) Die italienische Diskussion	493
b) Die amerikanische Diskussion	497
4. „Autonome“ (verfassungsrechtliche oder europarechtliche) Tatbegriffe	502
a) Verfassungsrechtlicher Tatbegriff	502
b) Europarechtliche Tatbegriffe	503
5. Fazit	510
V. Gibt es äußerste Grenzen für die prozessuale Tat?	510
VI. Die äußersten Grenzen (I): unterste Grenze	513
1. Die unterste normative Grenze	514
2. Die unterste faktische Grenze	516
VII. Die äußersten Grenzen (II): oberste Grenze	520
1. Die oberste normative Grenze	520
2. Die oberste faktische Grenze	533
3. Verhältnis der zwei Kriterien zueinander	538
VIII. Missachtung der äußersten Grenzen	539
IX. Zusammenfassung	543
E. Positivrechtliche Übersetzung	545
I. Vorbemerkungen	545
II. Der positivrechtliche Rahmen	545

III. Fallgruppenspezifische Konkretisierung	551
1. Vorbemerkungen	551
2. Abwandlungen desselben Strafgesetzes	552
a) Qualifikationen, Privilegierungen	553
b) Versuch und Vollendung	553
c) Vorbereitungshandlung und Versuch	554
d) Beteiligungsform	554
e) Vorsatz und Fahrlässigkeit	555
f) Begehungs- und Unterlassungsdelikt	556
3. Abwandlungen bei unterschiedlichen Strafgesetzen	556
a) Körperverletzung, Tötung	557
b) Raub, Diebstahl	557
c) Vergewaltigung, Körperverletzung	558
d) Diebstahl, Betrug	559
4. Normative „Kupierungen“ des Prozessgegenstands	560
a) Vorbemerkungen	560
b) Prozessuale Aburteilungsschranken	561
aa) Fehlende Gerichtsbarkeit, fehlende sachliche Zuständigkeit ..	561
bb) Strafbefehl, Verfolgung als Ordnungswidrigkeit	564
cc) Fehlender Strafantrag beim Zusammentreffen von Offizialdelikt und Antragsdelikt bzw. bei mehreren Antragsberechtigten	568
dd) Erhebung der Privatklage trotz Zusammentreffens mit einem Offizialdelikt	569
ee) „Kupierte“ Rechtskraft	571
ff) Weitere Fälle	571
c) Materiell-rechtliche Aburteilungsschranken	572
aa) Nachträglicher Eintritt einer strafschärfenden Tatfolge	572
bb) Nachträgliche Vornahme eines „gleichartigen“ Verhaltens ...	576
cc) Spezialitätsgrundsatz und Auslieferung	580
dd) Weitere Gründe	581
5. Handlungseinheit, Idealkonkurrenz	581
6. Realkonkurrenz	585
7. Fortgesetzte Handlung bzw. wiederholte Strafgesetzverletzungen (Serienstraftaten)	591
8. Dauerdelikte bzw. Organisationsdelikte	598
9. Alternativität, insbesondere Anschlussdelikte	611
10. Einheit, Mehrheit und Verschiedenheit von Opfern	620
11. Straftatenverschiebung, Straftatenvermehrung	622
12. Zusammenfassung der einzelnen Ergebnisse	622

F. Fazit zum Tatbegriff im Strafverfahrensrecht	625
I. Zusammenfassung	625
II. Abschließende Bemerkungen zum Begriff der Tat im Strafverfahren	628

3. Kapitel

Die erste Strafe 634

A. Einleitende Worte zu dem vorliegenden und dem nächsten Kapitel	634
B. Zum Begriff der Schuldtilgung	636
C. Der Begriff der Strafe	640
I. Einleitende Bemerkungen	640
II. Zur sog. „Strafähnlichkeit“	640
III. Die vorherigen Überlegungen	642
IV. Das besonders Rechtfertigungsbedürftige an der Strafe	647
1. Strafe als besonders schwere Reaktion?	647
2. Strafe als besondere Reaktion	648
V. Zur Systematik der Strafen	659
D. Die einzelnen Strafen	662
I. Strafen im ontologischen Sinn	662
1. Todesstrafe, Leibesstrafe, bürgerlicher Tod	663
2. Freiheitsstrafe; Untersuchungshaft	663
II. Strafen im abgeleiteten Sinn	665
1. Geldstrafe, Vermögensstrafe, Geldbuße (und Erzwingungshaft), Verwarnungsgeld, Prozessuale Kostenentscheidungen	665
2. Strafaussetzung zur Bewährung	670
III. Strafen im künstlichen oder konventionellen Sinn	671
1. Juristische Personen	671
2. Schuldtilgung durch poena naturalis?	672
IV. Sonstige Sanktionen	673
1. Disziplinarrechtliche und weitere „ordnungsrechtliche“, „verwaltungsrechtliche“ bzw. „außerstrafrechtliche“ Sanktionen	673
2. Verfall, Einziehung	687
3. Schuldspruch und sonstige die Ehre betreffenden Sanktionen	689
4. Maßregeln der Besserung und Sicherung	691
5. Schuldspruchunabhängige Auflagen	693
6. Nicht staatliche Sanktionen	697
7. Beugemittel	697
V. Zusammenfassung der einzelnen Ergebnisse	699
E. Zusammenfassung zur ersten Strafe (Schuldtilgung)	700

4. Kapitel

Die erste Verfolgung	702
A. Einleitende Bemerkungen	702
B. Das herrschende Konzept in seinen Grundzügen	704
I. Beschreibung des herrschenden Konzepts	704
II. Struktur des herrschenden, „klassischen“ Konzepts	707
III. Verkomplizierungen	707
IV. Zwischenfazit	710
C. Rechtfertigung und Kritik des „klassischen“ Konzepts	710
I. Begriffskonstruktivistisches Modell: Konsumption des Strafklagerechts als eines Rechts auf gerichtliche Sachentscheidung in einer Hauptverhandlung	711
II. Normative Begründungsansätze	712
1. Das situative Erfordernis: Hauptverhandlung	712
2. Das objektive Erfordernis: Sachentscheidung	715
3. Das subjektive Erfordernis: Gericht	721
III. Fazit	728
D. Neuere Konzepte	729
I. Das anfechtbarkeitsorientierte Modell von Roxin und Schlüchter	729
II. Gantzer	731
III. P. Herzog	734
IV. Radtke	736
V. Ausblick	740
E. Eigenes Modell: Rechtskraft als Verdachtstilgung bzw. Rehabilitierung	740
I. Hinleitung zum Modell	740
II. Rechtskraft als Verdachtstilgung bzw. Rehabilitierung: das Kriterium der Verdächtigungstiefe	741
III. Bestimmung der Verdächtigungstiefe	742
1. Einleitende Bemerkungen	742
2. Volle Verdächtigungstiefe, volle Rechtskraft	743
a) Urteilsverkündung?	744
b) Versetzung in den Anklagestand bzw. Eröffnung des Hauptverfahrens	744
c) Beginn der öffentlichen Hauptverhandlung	745
d) Beginn der Beweisaufnahme	746
e) Zweifel und Präzisierungen	752
aa) Strafverfahren ohne Beweisaufnahme	752

bb) Strafverfahrenssysteme mit Entscheidungen auf Grundlage von Akten	753
cc) Erduldung von prozessualen Zwangsmaßnahmen?	754
dd) Strafklageverbrauch vor Verfahrensende	754
ee) Begriffsjurisprudenz	759
f) Zusammenfassung	760
3. Mittlere Verdächtigtiefe: beschränkte Rechtskraft	761
a) Das herrschende Konzept: das Vorverfahren als Internum	761
b) Gehalt: Beschränktes und Vollkommenes in der beschränkten Rechtskraft	767
c) Ergänzung: der Tatbegriff vor Anklageerhebung	773
IV. Erweiterung des Modells: Verfahrensgerechtigkeit	774
V. Spielräume des Gesetzgebers nach oben und nach unten	775
VI. Fazit: Die zwei Schnittstellen der Verdächtigtiefe; volle und beschränkte (genauer: rebus sic stantibus) Rechtskraft	777
F. Die einzelnen Entscheidungen	777
I. Vorbemerkungen	777
1. Die Aufgabe	777
2. Terminologische Festlegungen	778
3. Die weitere Vorgehensweise	780
II. Richterliche Entscheidungen	781
1. Sachurteile	781
a) Freispruch	781
b) Verurteilung	784
c) Sachurteil im Sicherungsverfahren	785
2. Nichteröffnungsbeschluss (§ 204 StPO) und vergleichbare Entscheidungen (§ 174, § 383 Abs. 1 S. 1 StPO)	786
3. Gerichtliche Opportunitätseinstellungen wegen Geringfügigkeit (§ 153 Abs. 2 StPO; auch § 383 Abs. 2 StPO, § 31 a Abs. 2 BtMG, § 47 Abs. 1 Nr. 1 JGG)	788
4. Einstellungsurteil wegen Prozesshindernissen (§ 260 Abs. 3 StPO) ...	794
5. Einstellungsbeschluss wegen Prozesshindernissen (§ 206a StPO) ...	803
6. Weitere Einstellungsbeschlüsse (§§ 205, 206b StGB)	806
7. Einstellungsentscheidung mit Auflagen (§ 153 a Abs. 2 StPO)	806
8. Einstellung wegen anderweitiger Verfolgung (§ 154 Abs. 2, § 154 b Abs. 4 StPO)	808
9. Strafbefehl	810
10. Sonstige prozessabschließende Entscheidungen	814
III. Prozessbeendigung durch die Staatsanwaltschaft	816
1. Die Einstellung wegen mangelnden hinreichenden Tatverdachts (§ 170 Abs. 2 StPO)	816

2. Opportunitätsbezogene Einstellungen	825
a) „Gratis“ Einstellungen im Vorverfahren (insb. § 153 Abs. 1 StPO; auch § 153b Abs. 1, § 153c Abs. 1, § 153d Abs. 1, § 153f Abs. 1, 2; § 45 Abs. 1 JGG)	825
b) Einstellung gem. § 154 Abs. 1, § 154b Abs. 1–3 StPO und § 154c StPO	827
c) Einstellung mit Auflage (§ 153a Abs. 1 StPO)	828
d) „Späte“ Einstellungsentscheidungen	828
IV. Zusammenfassung der einzelnen Ergebnisse	829
G. Fazit	831
I. Zusammenfassung	831
II. Abschließende Bemerkungen zu den rechtskräftigen Entscheidungen ..	835

5. Kapitel

Die Sperrwirkung

837

A. Das Unveränderbare an der materiell rechtskräftigen Entscheidung	837
B. Das von der Sperrwirkung Gesperrte	839
I. Keine neue Strafe	839
II. Keine erneute qualifizierte Verdächtigung	840
C. Prozessuales	840
D. Sonderfragen	843
I. Sperrwirkung und Privatklage	843
II. Popularklage	845
E. Zwei Exkurse	846
I. Rechtshängigkeit	846
II. Rechtsmittel gegen Freispruch	848
F. Zusammenfassung	852

6. Kapitel

Auflösung der materiellen Rechtskraft: Kleines System der strafprozessualen Wiederaufnahme

853

A. Einleitung	853
I. Gegenstand und Anliegen des Kapitels	853
II. Begriffliche Vorfragen: zum „Wesen“ der Wiederaufnahme des Verfahrens	856
III. Gegenstand der Wiederaufnahme	861

B. Zur Legitimierbarkeit einer Auflösung der materiellen Rechtskraft	865
I. Begriffskonstruktivistische Ansätze	865
II. Wiederaufnahme als Aufrechterhaltung der Autorität gerichtlicher Entscheidungen	866
III. Das herrschende Konzept: Wiederaufnahme als Rückschlag der Gerechtigkeit gegen die Rechtssicherheit	871
IV. Versöhnungsmodelle	880
V. Die Begründung aus der dreisäuligen Rechtskraftlehre	883
VI. Irrwege	884
1. Abhängigkeit vom Verfahrensmodell?	884
2. Jury; Mündlichkeit und freie Beweiswürdigung	886
3. Zusammenhang mit der Rechtsmittellehre?	889
4. Zum vermeintlichen Ausnahmecharakter der Wiederaufnahme	892
VII. Zusammenfassung, Überleitung zu den nächsten Abschnitten	896
C. Wiederaufnahme zugunsten des Beschuldigten	898
I. Grundsätzliches	898
1. Das herrschende Konzept	898
2. Eigene Auffassung: Schuldprinzip und Verfahrensgerechtigkeit	898
II. Wiederaufnahme wegen Verletzung des Schuldprinzips	901
1. Die drei Grundformen der Verletzung des Schuldprinzips	901
2. Wiederaufnahmeziele: Beseitigung einer Verletzung des Schuldprinzips	903
a) Verurteilung für richtigerweise strafloses Verhalten: Freispruch	903
b) Verurteilung zu einer übermäßigen Strafe: Strafmilderung	903
c) Verurteilung nach der falschen Strafvorschrift: Schuldspruchberichtigung	911
d) Einstellung als Wiederaufnahmeziel?	915
3. Wiederaufnahmegrund: materieller Fehler	917
a) Schuldspruch, Strafausspruch, faktische und rechtliche Prämissen	917
b) Fehler in den faktischen Prämissen des Schuld- oder Strafausspruchs: das novum	917
aa) Erste Annäherung	917
bb) Zur Neuheit	920
cc) Eignung	924
c) Fehler in den rechtlichen Prämissen des Schuld- oder Strafausspruchs	926
aa) Zum Stand der Diskussion	926
bb) Das Leitprinzip: das rechtliche novum	930
cc) Konkretisierungen	933
(1) Nachträgliche Aufhebung bzw. Milderung des angewendeten Strafgesetzes	933

(2) Nachträgliche mildere Rechtsprechung	935
dd) Positivrechtliche Übersetzung	937
III. Wiederaufnahme wegen Verletzung der Verfahrensgerechtigkeit	938
1. Zur Gebotenheit einer Wiederaufnahme wegen missachteter Verfahrensgerechtigkeit	938
2. Die zwei Formen der Verletzung der Verfahrensgerechtigkeit	940
3. Wiederaufnahmeziele: Beseitigung der Verletzung der Verfahrensgerechtigkeit	941
a) Wiederholung des Verfahrens	941
b) Einstellung	941
4. Wiederaufnahmegrund: grundlegende Prozessrechtsverletzung	942
a) Amtspflichtverletzung	942
aa) Der Grundfall: richterliche Amtspflichtverletzung	942
bb) Geisteskrankheit des Richters?	945
cc) Amtspflichtverletzungen weiterer Verfahrenspersonen?	946
b) Negationen der Prozessrechtssubjektivität: Folter, Verletzungen des nemo tenetur-Grundsatzes; Verletzung von Beweisverboten ..	948
c) Verletzungen des Anklageprinzips	949
d) Abwesenheitsverfahren	949
e) Verwirkung des Strafanspruchs als Wiederaufnahmegrund?	950
5. Positivrechtliche Erwägungen	950
IV. Positivrechtliche Zusatzbemerkungen	952
1. Nicht wiederaufnahmefähige Willensfehler	953
2. Zur Tiefenstruktur bestimmter Wiederaufnahmegründe	955
D. Wiederaufnahme zulasten des Beschuldigten	956
I. Grundsätzliches	956
1. Die herrschende Auffassung	957
2. Der vorliegende Standpunkt: fehlendes Rehabilitierungsrecht	957
3. Grundsätzliche Kritik	959
a) Dezisionistische Einwände	959
aa) Terminologische Kritik	959
bb) Verfassungsrechtliche Kritik	959
cc) Ideologische Kritik	963
b) Rationalistische Einwände	964
aa) Begriffskonstruktivistische Kritik	964
bb) Gesellschaftsorientierte Kritik	964
cc) Individualorientierte Kritik	965
dd) Vermittelnde Auffassungen	966
ee) Gerechtigkeitsorientierte Kritik	966
4. Rechtspolitik der Wiederaufnahme zuungunsten	967

a) Praktische Bedeutungslosigkeit der Wiederaufnahme zuungunsten?	967
b) Staaten ohne Wiederaufnahme zuungunsten?	968
II. Wiederaufnahmeziel: Verurteilung, Straferhöhung, Wiederholung des Verfahrens	971
III. Wiederaufnahmegrund: Fehlen eines Rehabilitierungsrechts	972
1. Der Leitgedanke: Verletzung der Prozessduldungspflicht	972
2. Wiederaufnahme propter nova zuungunsten?	977
3. Zuspitzung	979
IV. Positivrechtliche Übersetzung. Die gesetzlichen Wiederaufnahmegründe (§ 362 StPO)	981
1. Nachträgliches glaubhaftes Geständnis (§ 362 Nr. 4 StPO)?	981
2. § 362 Nr. 1, 2 StPO	985
3. § 362 Nr. 3 StPO	986
4. Wiederaufnahme propter nova zuungunsten: § 373a StPO, § 85 Abs. 3 OWiG	989
5. Wiederaufnahme zuungunsten wegen Verfassungswidrigkeit (§ 79 Abs. 1 BVerfGG)?	991
V. Wiederaufnahmegründe zuungunsten de lege ferenda?	991
1. Neue Kriminaltechnik (DNA-Test)?	991
2. Kronzeugenregelung?	993
E. Weitere Fragen der Wiederaufnahme des Verfahrens	994
I. Befristung	994
II. Ausgestaltung als relative oder absolute Wiederaufnahmegründe	996
F. Fazit zur Wiederaufnahme des Verfahrens	998
I. Zusammenfassung	998
II. Abschließende Bemerkungen zur Wiederaufnahme des Verfahrens	1005
Schlussteil	1008
A. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse der Arbeit	1008
B. Abschließende Bemerkungen zur Monografie	1013
Literaturverzeichnis	1018
Sachverzeichnis	1142

Abkürzungsverzeichnis

ABFRJ	American Bar Foundation Research Journal
ADPCP	Anuário de derecho penal y ciencias penales (Madrid, Spanien)
AJS	American Journal of Sociology
AK-StPO	Wassermann (Hrsg.), Alternativkommentar zur Strafprozeßordnung, 1996
AlaskaLR	Alaska Law Review
AllgStRZ	Allgemeine deutsche Strafrechtszeitung
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (1794)
AmJCompL	The American Journal of Comparative Law
AmJCrimL	The American Journal of Criminal Law
AmLEcR	American Law & Economics Review
AnwBl	Anwaltsblatt
AöR	Archiv für öffentliches Recht
AP	Actualidad Penal
ArchCrimR	Archiv des Criminalrechts
ArchMilR	Archiv für Militärrecht
ArchPen	Archivio Penale
ArizStLJ	Arizona State Law Journal
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BayDO	Bayerische Disziplinarordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. März 1985 (GVBl. S. 31)
BayPAG	Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (Polizeiaufgabengesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. September 1990 (GVBl. S. 397)
BBG	Bundesbeamtenengesetz vom 5. Februar 2009 (BGBl. I S. 160)
BCESMPU	Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União
Berlin DiszG	Disziplinargesetz vom 29. Juni 2004 (GVBl. S. 263)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BolGLIPGö	Boletín semestral del Grupo Latinoamericano de Investigación Penal Göttingen
BpRW	Bibliothek für peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzeskunde
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer

BRAK Denkschrift	Strafrechtsrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, Denkschrift zur Reform des Rechtsmittelrechts und der Wiederaufnahme des Verfahrens im Strafprozeß, 1976
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BrYULR	Brigham Young University Law Review
BuffCLR	Buffalo Criminal Law Review
BuffLR	Buffalo Law Review
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BWPolG	Polizeigesetz für Baden-Württemberg in der Fassung vom 13. Januar 1992 (GBl. 1992, 1)
CalLRev	California Law Review
CardJICL	Cardozo Journal of International and Comparative Law
CardLR	Cardozo Law Review
CCB	Bambergische Peinliche Halsgerichtsordnung, <i>Constitutio Criminalis Bambergensis</i> , hrsgg. v. H. Bauer, 2009
CCC	<i>Constitutio Criminalis Carolina</i>
CJICL	Cardozo Journal of International & Comparative Law
CLR	The Criminal Law Review
ColLR	Columbia Law Review
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CR	Computer und Recht
CrAppR	The Criminal Appeal Reports
D.	Recueil Dalloz de Doctrine, de Jurisprudence et de Législation.
DDP	Digesto delle Discipline Penalistiche
Debates I	The Debates and proceedings in the Congress of the United States, Bd. 1: 1789–91, Washington, 1834
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DigIt	Il Digesto Italiano
DJ	Deutsche Justiz
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DPP	Diritto penale e processo
DR	Deutsches Recht. Zeitschrift des Bundes Nat.-Soz. Deutscher Juristen
Dreier-GG	Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., Bd. 1 2006; Bd. 2 2006; Bd. 3 2008
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DrLR	Drake Law Review
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft

DStR	Deutsches Strafrecht
DWBl	Deutsches Wochenblatt
E 1905, Protokolle	Reichs-Justizamt (Hrsg.), Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, Bd. 1: Erste Lesung, 1905; Bd. 2: Zweite Lesung und Zusammenstellung der Beschlüsse, 1905
E 1939	Entwurf einer Strafverfahrensordnung und einer Friedensrichter- und Schiedsmannsordnung 1939, Nachdruck 1954
ECPI	European Criminal Policy Initiative
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EmLJ	Emory Law Journal
EncDir	Enciclopedia del Diritto
EncGiur	Enciclopedia Giuridica
EPC	Estudios penales y criminológicos
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Zeitschrift Europarecht
f./ff.	folgende/fortfolgende
FedRCrimP	Federal Rules of Criminal Procedure
FS	Festschrift
GA	Goltdammers Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
GiurCost	Giurisprudenza Costituzionale
GiustPen	Giustizia Penale
GP	La Gazette du Palais
grdl.	grundlegend
GS	Der Gerichtssaal
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Hahn/Mudgan	Hahn, Carl/Mudgan, Benno (Hrsg.), Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 8 Bände, Bd. 3: Materialien zur Strafprozeßordnung, hrsg. v. E. Stegemann, 2. Aufl. 1885-6
HarvLR	Harvard Law Review
HJLPP	Harvard Journal of Law & Public Policy
h. M.	herrschende Meinung
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht
ICLR	International Criminal Law Review
i. d. R.	in der Regel
i. Erg.	im Ergebnis
IJEP	The International Journal of Evidence & Proof
IJPG	Internationales Jahrbuch für Philosophie und Gesetzgebung
insb.	insbesondere
insg.	insgesamt
IoLR	Iowa Law Review
IP	L'Indice Penale
i. S.	im Sinne

IsLR	Israel Law Review
i. Ü.	im Übrigen
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl	Juristische Blätter
JBRKSoz	Jahrbuch für Rechts- und Kriminalsoziologie
JBRSozRTh	Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie
JCL	The Journal of Criminal Law
JCLC	The Journal of Criminal Law and Criminology
JFL Aichi Univ.	Journal of the Faculty of Law Aichi University
JJZG	Journal für Juristische Zeitgeschichte
JLS	The Journal of Legal Studies
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JSIJ	Judicial Studies Institute Journal
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KansURLP	Kansai University Review of Law and Politics
KK-OWiG	Senge (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz, 3. Aufl. 2006
KK-StPO	Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013
KMR-StPO	v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), Kleinknecht/Müller/Reitberger, Kommentar zur Strafprozessordnung, Loseblatt
KrimJ	Kriminologisches Journal
KritJ	Kritische Justiz
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für die Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KritZRGa	Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes
L&CP	Law and Contemporary Problems
L&SI	Law and Social Inquiry
L&SR	Law and Society Review
LAW COM Nr. 267	The Law Commission, Double Jeopardy and Prosecution Appeals, Report on two references under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965, 2001
LegPen	Legislazione Penale
Lewis/Fister/ Weilguni-VStG	Lewis, Peter/Fister, Mathis/Weilguni, Johanna, Verwaltungsstrafgesetz 1991, Wien, 2013
L/F/W-VStG	Lewis, Peter/Fister, Mathis/Weilguni, Johanna: Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), Wien 2013
LH	Libro homenaje, Estudos em homenagem (Festschrift)

LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LouisLR	Louisiana Law Journal
LR-StPO	Erb, Volker u. a. (Hrsg.), Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar, 26. Aufl., 2006 ff.
LR-StPO 20. Aufl.	Niethammer, E. u. a. (Hrsg.), Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar, 20. Aufl. 1958
LR-StPO 25. Aufl.	Rieß, Peter (Hrsg.), Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar, 25. Aufl., 1999 ff.
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
v. Mangoldt/Klein/Starck-GG	v. Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, 6. Aufl., 2010
M/D-GG	Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar 70. Ergänzungslieferung 2013
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MichLR	Michigan Law Review
MIKV	Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung
MK-StGB	Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.): Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2011 ff.
MK-ZPO	Rauscher, Thomas u. a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Auflage, 2012
MLR	The Modern Law Review
ModPenC	The American Law Institute, Model Penal Code. Proposed Official Draft, Philadelphia, 1962
MoLR	Missouri Law Review
M/SB/K/B-BVerfGG	Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 40. Ergänzungslieferung, 2013
MschrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
MSchrKrimPsych	Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform
v. Münch/Kunig-GG	v. Münch, Ingo/Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl. 2012
NArchCrim	Archiv des Criminalrechts (Neue Folge)
NDiszG	Niedersächsisches Disziplinargesetz vom 13. Oktober 2005 (Nds.GVBl. Nr.21/2005 S.296)
NEP	Nouvelles études pénales
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Neue Kriminalpolitik
NK-StGB	Kindhäuser, Urs u. a. (Hrsg.), Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013
NorthCarLR	North Carolina Law Review

NotreDameLR	Notre Dame Law Review
NovDigIt	Novissimo Digesto Italiano
NRHDFE	Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NuDigIt	Nuovo Digesto Italiano
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungs-Report
NYULR	New York University Law Review
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
NZWSt	Neue Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht
OGHBrZ	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OhioStJCrimL	Ohio State Journal of Criminal Law
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OñSLS	Oñati Socio-Legal Series
P&SC	Philosophy and Social Criticism
PekULJ	Peking University Law Journal
PolG NRW	Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen in der Fassung vom Neufassung 25. Juli 2003 (GV. NRW. S. 441)
Proc. Arist. Soc.	Proceedings of the Aristotelian Society
Prütting/Gehrlein-ZPO	Prütting, Hanns/Gehrlein, Markus (Hrsg.), ZPO Kommentar, 5. Aufl. 2013
Public Affairs Quarterly	PAQ
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RBCC	Revista Brasileira de Ciências Criminais
RDP	Rivista di diritto processuale
RDPC	Rivista di diritto processuale civile
RDPP	Rivista di diritto processuale penale
RDProc	Revista de derecho procesal
REcSt	Review of Economic Studies
RevDPC	Revue de droit penal et de criminologie (Belgien)
RGSt	Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen
R/H-StPO	Radtko, Henning/Hohmann, Olaf (Hrsg.), Strafprozessordnung. Kommentar, 2011
RhZZP	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht des In- und Auslandes
RIDP	Rivista italiana di diritto penale
RitDPP	Rivista italiana di diritto e procedura penale
RJDRSC	Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
RMGE	Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile

RuP	Recht und Politik. Vierteljahreshefte für Rechts- und Verwaltungspolitik
RutgLR	Rutgers Law Review
RuW	Recht und Wirtschaft. Monatsschrift der Vereinigung zur Förderung zeitgemäßer Rechtspflege und Verwaltung „Recht und Wirtschaft“
RW	Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
S.	Seite
s.	siehe
Sachs-GG	Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl., 2011
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
Sch/Sch-StGB	Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2010
SchwJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SchwZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ScPos	La Scuola Positiva
SCR	The Supreme Court Review
SDiegoILJ	San Diego International Law Journal
SG	Studium Generale; Soldatengesetz
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
SK-StPO	Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 4. Aufl. 2011 ff.
SLR	Stanford Law Review
S/M-östStPO	Schmölzer, Gabriele/Mühlbacher, Thomas (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar. Bd. 1: Ermittlungsverfahren, Wien, 2013
SNO	Studi e Note di Economia
Sp.	Spalte
SpuRt	Sport und Recht
SSW-StGB	Satzger, Helmut/Schmitt, Bertram/Widmaier, Günter (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 2009
Stein/Jonas-ZPO	Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl., 2002 ff.
StGB	Strafgesetzbuch
StLR	Stanford Law Review
StLULJ	Saint Louis University Law Journal
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	Strafverteidiger Forum
StV	Strafverteidiger
UChLR	University of Chicago Law Review
UCLALR	UCLA Law Review
UCoILR	University of Colorado Law Review

Umbach/Clemens/ Dollinger-BVerfGG	Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas/Dollinger, Franz-Wilhelm, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2005
UPennLR	University of Pennsylvania Law Review
VE ME PolG	Clages (Hrsg.), Kniesel/Vahle (Bearbeiter), Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes in der Fassung des Vorentwurfs zur Änderung des ME PolG, 1990
VillLR	Villanova Law Review
VirgLR	Virginia Law Review
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WK-östStPO	Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, Wien (Loseblatt)
WULQ	Washington University Law Quarterly
WULR	Washington University Law Review
YLJ	The Yale Law Journal
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZdStV	Zeitschrift für deutsches Strafverfahren einschließlich des Gefängniswesens
ZfgRW	Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZRG	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Einleitung

A. Gegenstand der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit sollte ursprünglich die materielle Rechtskraft in ihrer negativen Dimension untersuchen, also den sog. *ne bis in idem*-Grundsatz.¹ Verfahren müssen ein Ende haben. Mehr und mehr wurde mir aber klar, dass man erst verstehen kann, warum das Verfahren enden muss, wenn man weiß, warum es überhaupt anfangen darf. Eine Rückbesinnung auf die Grundlagen des Strafprozessrechts erwies sich als erforderlich, was im Einklang mit einer langen prozessrechtswissenschaftlichen Tradition steht, die von einem engen Zusammenhang zwischen der Frage nach dem Zweck des Verfahrens und der Frage nach der Rechtskraft ausgeht.² Weil aber die grundlagentheoretische Reflexion zugleich als Selbstzweck betrieben werden muss, ging sie zum Teil weit über dasjenige hinaus, was zur Lösung der Rechtskraftprobleme unabdingbar war. Daher die Überschrift „Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft“.

Das *erste Anliegen* der Arbeit – „*Strafprozesstheorie*“ – besteht also darin, über die Grundlagen des Strafprozessrechts zu reflektieren. Im Mittelpunkt soll konkret die selten explizit gestellte Frage stehen, warum es Strafprozesse geben darf. Gerade bei der Erforschung der Grundlagen des Strafprozessrechts ist ein wissenschaftliches Defizit zu verzeichnen, das auch seit Jahrzehnten beklagt wird.³ Der Vergleich zur theoretischen Durchdringung und Systematisierung des materiellen Strafrechts schmeichelt dem Strafprozessrecht nicht. So stellt *Roxin* fest: „... ein begrifflich und teleologisch durchgebildetes prozessuales Gesamtsystem hat die Wissenschaft bisher nicht schaffen können“.⁴ Nach *Wolter* befin-

¹ In der französischen Literatur ist eher von „non bis in idem“ die Rede; zur kaum diskussionswürdigen Frage, welche Formulierung „richtiger“ ist, *Barja de Quiroga*, *Non bis in idem*, S. 14 ff.; *ders.* *Tratado*, S. 178 ff.

² Nachw. u. Bd. 2, Fn. 358.

³ Genauer sogar seit über 150 Jahren, vgl. etwa *Köstlin*, *Wendepunkt*, S. III f.; genau vor 100 Jahren *Binding*, *Rechtsgang I* (1913), S. 1, 10 f.

⁴ *Roxin*, 40 Jahre BGH, S. 66. Ebenso *Roxin*, *Strafrechtswissenschaft*, S. 371; *Schaper*, *Verfahren*, S. 29; *Wolter*, *NStZ* 1993, S. 1; *ders.* *Theorie und Systematik*, S. 267; *Perron*, FS Lenckner, S. 244; *Botke*, FS *Roxin I*, S. 1243; *Fischer*, *NStZ* 2007, 436; s. a. *Frisch*, *Wesenszüge*, S. 171: „Eine umfassende Theorie, die das Ziel des Strafprozesses, dessen Institutionen und Einzelerscheinungen zu einer Einheit verbindet und aus diesem Verständnis dann konkrete Anforderungen und Erscheinungen (auch kritisch) reflektiert, fehlt weitgehend (oder ist doch allenfalls in Andeutungen vorhanden)“ – besser könnte man das hier verfolgte Ziel kaum beschreiben.

det sich das Strafprozessrechtssystem in einem „Ur- und Rohzustand“:⁵ „uns fehlt in der Tat schon der bloße Ansatz einer modernen Strafprozeßrechtstheorie und eines prozessualen Gesamtsystems“.⁶ Die vielzitierte Behauptung *Friedrich Steins*, der das Prozessrecht als „technisches Recht“ bezeichnete, das „von wechselnden Zweckmäßigkeiten beherrscht, der Ewigkeitswerte bar“ sei,⁷ enthält mehr Wahres, als man zugeben möchte. Das Strafverfahrensrecht ist in Deutschland im Großen und Ganzen ein richterrechtliches Gebilde,⁸ das immer noch auf eine überzeugende theoretische Einrahmung wartet. Die vorliegende Arbeit strebt an, einen Beitrag zur Errichtung einer derartigen Theorie zu liefern; sie möchte sich in die jüngeren Bestrebungen eingeordnet sehen, die vor Kurzem Anlass zu der Feststellung einer „Renaissance der Strafprozesstheorie“ gegeben haben.⁹ Insofern versteht sie sich als prozessuales Gegenstück zu der in einer anderen Monografie entwickelten Straftheorie:¹⁰ Die materiellrechtliche Straftheorie beschäftigt sich mit der Frage, warum die Strafe sein darf, die Strafprozesstheorie ihrerseits mit der Frage, warum das Strafverfahren sein darf. Diese Fragestellung muss genauso radikal sein wie die materiellrechtliche: In erster Linie muss es darum gehen, ob und wie die empfindliche Beanspruchung, die das Strafverfahren für den Betroffenen bedeutet, nicht nur der Gesellschaft gegenüber, sondern diesem gegenüber gerechtfertigt werden kann. Im Strafrecht rechtfertigt man ein Übel gegenüber einem Schuldigen; das Strafverfahren trifft indes zugleich Unschuldige, so dass es eigentlich überrascht, dass man sich dieser Frage bisher eher zögerlich zuzuwenden bereit war. Hier wird sie zum Angelpunkt der ganzen Strafprozesstheorie erhoben; sie wird zugleich den Schlüssel zum Verständnis der Rechtskraft im Strafverfahren liefern und der gesamten Dogmatik der mit ihm verbundenen Rechtsinstitute.

Eine solche Strafprozesstheorie wird, wie auch die Straftheorie, notwendig *vorpositiv* sein. Erst eine vorpositive Warte vermag einen festen Halt zu bieten, von dem aus man einen Beitrag zur Klärung anderer Probleme (hier: der Rechtskraft bzw. des ne bis in idem-Grundsatzes) erwarten kann. Der sparsam-pragmatische Weg einer ad hoc Behandlung von Fragen aus sich selbst heraus mag zwar

⁵ *Wolter*, FS Roxin I, S. 1141.

⁶ *Wolter*, NStZ 1993, S. 1; s. a. *ders.* FS Roxin II, S. 1245.

⁷ *Stein*, Grundriß, S. XIV. Vgl. auch *Volk*, Prozessvoraussetzungen, S. 10: Prozessrecht als „Heimstatt pragmatischer Lösungen“. Von diesem Spruch Steins wurde behauptet: „Wohl kaum ein Wort hat der Prozeßrechtswissenschaft solches Ärgernis und manchem Spötter solche Genugtuung bereitet wie dieser Ausspruch eines der angesehnen Prozessualisten“ (*Gaul*, AcP 1968, S. 28). Dezidierte Kritik bei *Eb. Schmidt*, ZStW 65 (1953), S. 162 f., 166 ff.; krit. a. *Figueiredo Dias*, Direito processual penal, S. 50.

⁸ *Roxin*, 40 Jahre BGH, S. 66; *ders.* Strafrechtswissenschaft, S. 371; *Sternberg-Lieben*, ZStW 108 (1996), S. 745.

⁹ *Haas*, ZStW 125 (2013), S. 121.

¹⁰ *Greco*, Lebendiges, insb. S. 202 ff.

wegen seiner Konsensfähigkeit besonders attraktiv erscheinen. Mehr als Kompromisse, die immer so vorläufig bleiben wie die zufällig übereinstimmenden Interessen, die sie tragen, erzielt man aber dadurch nicht.

Und hiermit kommt man schon zum *zweiten Anliegen* der Arbeit, der *materiellen Rechtskraft*. Die Arbeit bemüht sich zugleich um eine Klärung der Grundlagen und Reichweite der Rechtskraft in ihrer negativen Dimension, der sog. Sperrwirkung, deren beschuldigtenfreundliche Seite der sog. ne bis in idem-Grundsatz darstellt.¹¹ Bei diesem im Allgemeinen selten bestrittenen Grundsatz – ein „Satz des Universalrechts“, wie es seit den Beratungen im französischen Conseil d'Etat 1804 im Laufe des 19. Jahrhunderts immer wieder hieß,¹² der inzwischen an vielen Stellen positivrechtliche Anerkennung bekommen hat¹³ – sind viele Einzelheiten äußerst unklar. Man kann in anschaulicher Bezeichnung klassische und moderne Probleme unterscheiden; nur mit Ersteren wird sich die vorliegende Monografie beschäftigen.

Die *klassischen Probleme* ergeben sich bereits aus einer strukturellen Analyse der Aussage, die das Prinzip umschreibt. Rechtssatztheoretisch betrachtet bestimmt der ne bis in idem-Grundsatz, dass wenn eine Tat bereits bestraft bzw. abgeurteilt bzw. verfolgt worden ist (Tatbestandsseite), es verboten ist, sie noch einmal zu bestrafen bzw. abzuurteilen bzw. zu verfolgen (Rechtsfolgenseite). Das bedeutet zunächst ein dreistufiges Arbeitsprogramm: auf der Tatbestandsseite muss man erstens bestimmen, was unter einer „Tat“ zu verstehen ist – die klassi-

¹¹ Auf eine geschichtliche Fundierung wurde bewusst verzichtet; s. insb. *Griolet*, Chose jugée, S. 182 ff.; *Hommey*, Chose jugée, S. 9 ff.; *Hirtz*, Chose jugée, S. 10 ff.; *Esmein*, NRHDFE 11 (1887) S. 545 ff.; *Carfora*, DigIt XIII/4 (1900), S. 286 ff.; *Rocco*, Cosa giudicata I, S. 25 ff.; *Rheingans*, Rechtskraftlehre, S. 3 ff.; *Schwarplies*, Ne bis in idem, S. 14 ff.; *Musselli*, Giudicato, S. 3 ff.; *Friedland*, Double Jeopardy, S. 5 ff.; *Sigler*, Double Jeopardy, S. 1 ff.; *Najarian*, Chose jugée, S. 17 ff.; s. a. *Callari*, Firmitas, S. 61 ff. Der in geschichtlich orientierten Arbeiten immer wieder hervorgehobene dogmatische Ertrag einer geschichtlichen Fundierung (statt aller *Rocco*, Cosa giudicata I, S. 16), die den Weg bis zum Recht der Antike zurückgeht, wird eher behauptet als eingelöst; zur angemessenen Rolle der Geschichte in der prozessualen Theoriebildung s. u. Teil 1 Kap. 1 C. (S. 112 f.; „geschichtlich-analytische Methode“).

¹² *Berlier*, in: Locré, Discussion, S. 120; die Wendung taucht in Deutschland etwa bei *Glaser*, GrünhZ 12 (1885), S. 306 und *Borgmann*, Identität der That, S. 1, auf, freilich ohne Angabe der Urquelle. Ähnl. der amerikanische Supreme Court, Ex parte Lange, 85 U.S. 163, 169 (1873); *Heffter*, Non bis in idem, S. 5; *Ortolan/Desjardins*, Éléments, S. 294, 296. Selbstverständlich heißt das nicht, dass alle Staaten und Epochen den Satz anerkannt haben (s. *Correia*, Caso julgado, S. 301) – zu wichtigen Ausnahmen s. u. Teil 2 Kap. 1 C. VII. (S. 362 ff.) – und auch nicht, dass der Satz eine überstaatliche Geltung habe (abl. genau zu dieser Argumentationsweise *Griolet*, Chose jugée, S. 225) oder eine allgemeine Regel des Völkerrechts darstelle (abl. bereits BVerfGE 75, 1 [18 ff.]) – näher hierzu die o. S. 35 angekündigte Arbeit.

¹³ Für Deutschland: Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 14 Abs. 7 IPbPR; Art. 4 des 7. ZP-EMRK; Art. 54 SDÜ; Art. 50 EU-GRCh; Nachw. weiterer zwischenstaatlicher Übereinkommen bei *Satzger*, Europäisierung, S. 689 ff.; *Conway*, ICLR 3 (2003), S. 219 f. Nachw. ausländischer Rechtsvorschriften u. Fn. 1435, 1916.