

## B u c h r e z e n s i o n

**Luís Greco**, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft. Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 2015, 1.154 S., € 159,90.

Diese Münchener Habilitationsschrift setzt sich ehrgeizige Ziele, nämlich die Grundlegung einer universell gültigen, vorpositiven allgemeinen Strafprozesstheorie und deren Exemplifizierung durch Formulierung einer vorpositiven Lehre der materiellen Rechtskraft. „Theorie“ wird hier nicht bloß als Deutungsmuster verstanden, sondern „normativ“ (S. 142 f.): Es geht um die richtige, „quasi-vernunftrechtliche“ (S. 181) Begründung des Strafprozessrechts und Ausgestaltung der Rechtskraft. Da sich Theorie in der Praxis bewähren müsse, soll zudem die gesamte deutsche Rechtsprechungskasuistik verarbeitet und einer theoriegeleiteten Lösung zugeführt werden (S. 35). Behandelt wird nur die negative Wirkung der Rechtskraft, d.h. die Sperrwirkung, wohingegen die Frage einer Bindungswirkung ebenso ausgespart wird (S. 37 f.) wie die transnationale Dimension (S. 35).

I. Die Arbeit zerfällt in zwei Teile. Der erste Teil (S. 41-327) gilt der Strafprozesstheorie und der zweiten der materiellen Rechtskraft (S. 328-1.007). Ein Schlussteil (S. 1.008-1.017) fasst die Ergebnisse zusammen und kommentiert noch einmal die methodische Vorgehensweise.

1. a) Der erste Teil enthält wiederum zwei Kapitel. Das erste (S. 41-116) ist Vorüberlegungen zur Methode einer universellen (Strafprozess-)Rechtswissenschaft gewidmet. *Verf.* tritt an, um das „nationalbezogene Paradigma“ (S. 45) durch eine universelle Rechtswissenschaft abzulösen, weil nur diese dem Wesen des Rechts entspreche. Recht fange erst dort an, wo nicht nur eine autoritative Entscheidung etwa eines Gesetzgebers vorliege, sondern wo Gründe zu deren Rechtfertigung gegeben werden (S. 44 ff., 116). Gründe seien Erwägungen, die für oder gegen etwas sprechen (*Raz*). Autorität ohne Gründe sei willkürliche Macht. Gründe aber hätten stets einen Universalitätsanspruch (S. 46 ff. mit Verweis auf *Alexy*, *Neumann* und *Habermas*). *Verf.* bekennt sich damit zu einer Art vorpositivem Vernunftrecht (S. 59, 1.017), das später auch als Rechtsethik, Rechtsmoral (S. 320 f.) oder „strenges“ Recht (S. 686) angesprochen wird. Das heiße aber nicht, dass rechtliche Regeln überall durch dieselben Gründe determiniert und somit gleich seien; Unterschiede ergäben sich (S. 48 ff.) aus verschiedenen empirischen Umständen, epistemischen und sonstigen Begrenzungen sowie schließlich wegen Billigkeit und Willkür: Für manche Regelungen gebe es schlechthin keine guten Gründe wie z.B. für das Geschworenengericht (S. 52 ff.), das lediglich „kulturell verwurzelt“ sei, nicht anders als die weibliche Genitalverstümmelung in Afrika (S. 54). Welche Gründe in welchem Umfang zum Tragen kommen, hänge vom normativen Kontext ab (S. 57 ff.).

Dem möglichen Einwand, bei seiner Position handle es sich um eine längst überwundene Mischung aus Vernunftrecht und Begriffsjurisprudenz, wird entgegengehalten, weder im Alltag noch im Recht genüge ein bloßer Verweis auf ei-

nen Willensakt als Begründung (S. 59 ff.). Diese Replik erscheint freilich untauglich, denn zum einen ist es ja gerade die Frage, ob es für die Rechtsgeltung auf überzeugende Gründe ankommt, zum anderen werden im Recht Entscheidungen in der Regel durch Verweis auf geltende Vorschriften und nicht deren (moralische, sozialtechnische oder welche?) Richtigkeit begründet. Eingehend wird die „kulturrelativistische Herausforderung“ (S. 61 ff.), es gebe national verschiedene Vorschriften, Traditionen und Argumentationsstile, behandelt. *Verf.* diagnostiziert zu Recht, dass sich hier eine Reihe ebenso zweifelhafter wie zählbarer Vorurteile und Klischees findet und dass trotz mancher vordergründigen Unterschiede oftmals doch dieselben Sachfragen bzw. Gründe in Rede stehen. *Verf.* redet von den „Verbrechen des Relativismus“ sowie der Gefahr des „kulturellen Chauvinismus“ und erteilt jedem Anflug von Kulturrelativismus eine klare Absage: „Herkunft ist kein Grund“ (alle Zitate S. 66). Scharf zurückgewiesen wird auch die „demokratische Herausforderung“ (S. 68 f.), denn der Wille der Mehrheit sei kein Grund gegen die Minderheit. Nur der Zwang zur inhaltlichen Legitimation trenne Demokratie von der Tyrannei der Mehrheit, womit freilich der Begriff der Demokratie, deren zentraler Gedanke der Relativismus ist,<sup>1</sup> verfehlt wird. Gründe zu erkennen sei nicht leicht und setze „eine aufwändige Ausbildung voraus, die sich nur ganz wenige leisten können“ (S. 68) – den von ihm zitierten Vorwurf des „Herrschaftsanspruchs einer Gerechtigkeitsexpertokratie“<sup>2</sup> verdient sich *Verf.* damit selbst. Zuletzt wird die „prozessstrukturelle Herausforderung“ der vermeintlich grundlegenden Verschiedenheit von akkusatorischem und inquisitorischem Prozessmodell abgewendet (S. 69-85). Etwas langatmig und anhand diverser Beispiele plausibilisiert *Verf.*, dass dem bisweilen bis zur Karikatur übertriebenen Systemunterschied zwischen Common Law und Civil Law in einzelnen Sachfragen vielfach wenig oder keine Relevanz zukommt, dass aber natürlich Einzelfragen nicht aus dem Zusammenhang gerissen werden dürfen. Das „Sosein eines Systems“ habe indes keine normative Kraft (S. 83): wenn sich etwa Beweismanipulation durch Vorbereitung von Zeugen in ein System einfüge, dann führe das vielmehr zur „Verdammung des Systems“ (S. 84). In der Tat fragt man sich, ob es der langen Ausführungen bedurft hätte, denn vom Standpunkt des *Verf.* müsste die Verschiedenheit positiven Rechts normativ bedeutungslos sein, wenn seine Leitdifferenz gut begründet/schlecht begründet bzw. richtig/falsch oder legitim/illegitim lautet.

Anschließend mustert *Verf.* „alternative Konzepte“ einer universellen (Strafprozess-)Rechtswissenschaft durch (S. 86-101), beginnend mit dem Konzept einer „formellen Rahmenwissenschaft“, das er *Hruschka* und *mir* zuschreibt. Das Universelle sei aber nicht auf formelle Strukturen beschränkt, sondern habe auch an der „Dimension des Inhaltlichen“ teil (S. 87 f.), was weder *Hruschka*, der neben Normstrukturen auch die Rechtsethik für universell hält,<sup>3</sup> noch *ich*<sup>4</sup> irgendwo

<sup>1</sup> *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. 1929, S. 101.

<sup>2</sup> *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331 (337).

<sup>3</sup> *Hruschka*, GA 1981, 237.

bestritten haben.<sup>5</sup> Nicht gefolgt wird der Annahme sachlogischer Strukturen (S. 88-93), die zudem unzureichend sei, wenn man das Verfahren einbeziehen wolle. Zurückgewiesen wird auch ein „universelles Problemendenken“ (S. 83 f.) in Anlehnung an *Hruschka*, weil es um Gründe, also auch Lösungen, nicht nur um Probleme gehe. Die Rechtsvergleichung nimmt *Verf.* als einen Ausgangspunkt, über den hinauszugehen sei (S. 94 ff.). Denn die „rationalistisch begründete“ universelle Rechtswissenschaft interessiere sich für „hochwertige wissenschaftliche Leistungen und gut fundierte gerichtliche Entscheidungen“ (S. 98) auf einem Niveau, das etwa Frankreich nicht erreiche, und blende kulturelle, geschichtliche und politische Faktoren aus.

*Verf.* legt anschließend seine Vorgehensweise dar (S. 101 ff.), zu der die umfassende Berücksichtigung ausländischer Literatur und Rechtsprechung gehört und die dann die Ausarbeitung einer vorpositiven Theorie erfordert. Unterschieden werden die aufs positive Recht beschränkte „Gesetzeskunde“ und die philosophische Stufe der Rechtswissenschaft (S. 104). Anders als im klassischen Vernunftrecht könne eine Theorie nicht mehr mehr *more geometrico* deduziert werden. Vielmehr will *Verf.* sich einiger Prinzipien, die selbst keiner weiteren „fundamentalistischen“ (?) Begründung mehr zugänglich seien, wie dem Verbot der Instrumentalisierung und dem *nemo iudex in causa sua*-Grundsatz, bedienen sowie „konkrete[r] Intuitionen zur richtigen Lösung bestimmter klarer Einzelfälle“ (S. 104). Anschließend sei die vorpositive Theorie in das positive Recht zu übersetzen, um es kritisieren zu können. Geboten sei auch eine Berücksichtigung der Geschichte der Strafprozessrechtswissenschaft (S. 112), wohingegen eine geschichtliche Fundierung der einzelnen Rechtsinstitute nutzlos sei (S. 33 Fn. 11).

b) Dieses erste Kapitel lässt den Leser etwas ratlos zurück, weil unklar bleibt, auf welchem Fundament *Verf.* seine immerhin mit universellem Richtigkeitsanspruch versehene Theorie bauen will: Die Unterscheidung zwischen Recht und Macht – beide Begriffe werden nicht definiert – nach Maßgabe der (Un-)Begründetheit eines Sollenssatzes erscheint viel zu dürftig, um darauf eine Theorie des Rechts (und erst recht des Staates) zu bauen. Fragen der Geltung und der Überzeugungskraft rechtlicher Regeln werden nicht geschieden: Wenn Wohlbegründetheit zum Begriff des Rechts gehören soll, was folgt daraus? Ist eine nicht oder schlecht begründete Regelung kein Recht? Gilt sie dann auch nicht? Wenn jede Rechtsordnung mit dem Anspruch der Richtigkeit auftritt (S. 85), was leistet die Differenzierung dann? Wer entschei-

det verbindlich über die Wohlbegründetheit? Anscheinend die Rechtswissenschaft, die als „vierte Gewalt“ im *Schöne-mannschen* Sinn darüber wachen soll, dass „Macht nicht im Gewande des Rechts auftritt“ (S. 116, 382, 1017), und dem positiven Recht mit „achselzuckender Gelassenheit“ oder „dezidiertem Stolz“ begegnet (S. 181). Woher beziehen Gründe ihr „normatives Gewicht“ (S. 45 f.) und was bedeutet das? Positives Recht kommt *als Recht* in der Konzeption des *Verf.* nicht vor, Recht ist für ihn offenbar kein soziales Phänomen, sondern ort- und zeitlos. Politische Prozesse haben folglich keinen Eigenwert (S. 67). Eine solche Position ist voraussetzungs-voll, wozu sich aber kein Wort findet.

Offen bleibt auch, welchen deontischen Status die avisier-te vorpositive Theorie hat, die öfters als „Vernunftrecht“ angesprochen wird. Ist sie bloß ein Regelungsvorschlag oder gilt sie? Der Vorwurf an die italienische Rechtsprechung, sie habe eine „verarmte Rechtsauffassung, die versucht, ohne vorpositive Gründe auszukommen“ (S. 110), zeigt, dass *Verf.* offenbar von der Bindung der Gerichte an das positive Gesetz wenig hält. Das ist umso bedenklicher, weil *Verf.* für die angekündigte Lehre vom richtigen Strafprozessrecht keine theoretische Verankerung anbietet, sondern nur ein paar vorgeblich nicht mehr begründbare unscharfe Prinzipien nebst Einzelfallintuitionen. Es verblüfft, wie wenig Sorgfalt auf die Grundlegung der nächsten 900 Seiten der Untersuchung aufgewendet wird, und der Rekurs auf Intuitionen lässt Schlimmstes befürchten. Die axiomatischen Prinzipien werden lediglich postuliert und auch später (zuletzt S. 1.014, 1.017) nicht ausgearbeitet, sondern nur wiederholt. Intuitionen sind schiere Fakten, unreflektierte Zustände eines individuellen Gemüts, bloße Meinungen ohne jegliche Richtigkeitsgewähr, mithin keine Gründe<sup>6</sup> und das Gegenteil von Theorie.

2. a) Das zweite Kapitel unternimmt die „strafprozess-theoretische Grundlegung“ (S. 117-327). Die Frage, um die *Verf.* nun geht, ist, warum es Strafverfolgung überhaupt geben, warum sie überhaupt anfangen darf (S. 118). Dass es über 200 Seiten bis zur Antwort auf diese nicht gerade neue Frage – für die schon *Beling* eine an Klarheit kaum zu überbietende Antwort gefunden hatte (S. 150) – braucht, liegt daran, dass dieses Kapitel keine stringente Exposition, sondern die Dokumentation der allmählichen Verfertigung der Überlegungen, die zur Antwort führen, und damit mancherlei Überflüssiges und Redundantes enthält. *Verf.* kann der Versuchung nur selten widerstehen, zu interessanten Themen, die neben dem Weg liegen, abzuschweifen, was oft geistvoll, gerne provokant, aber dem Gedankengang nicht immer förderlich ist.

Strafverfolgung wird zunächst kurzerhand definiert als die Gesamtheit der Aktivitäten, die auf die Vollstreckung einer Strafe gerichtet sind, ohne die Vollstreckung selbst

<sup>4</sup> *Stuckenberg*, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht, 2007, S. 35 Fn. 163 a.E.

<sup>5</sup> Man ist geneigt, der Geringschätzung des Formellen einen Satz des Neukantianers *Hermann Cohen* entgegenzuhalten: „Nur das Formale ist sachlich, je formaler eine Methodik ist, desto sachlicher kann sie werden. Und je sachlicher in der ganzen Tiefe der Sache ein Problem formuliert wird, desto formaler muß es fundamenti-ert sein.“, *Cohen*, Logik der reinen Erkenntnis, 2. Aufl. 1914, S. 587; auch zitiert jeweils auf dem Titelblatt von *Felix Kaufmann*, Logik und Rechtswissenschaft, 1922, und *ders.*, Die Kriterien des Rechts, 1924.

<sup>6</sup> Was *Verf.* früher (*Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 2009, S. 119 Fn. 60) anerkannt hatte; auch im hiesigen Buch kommen sie ihm mitunter „etwas suspekt“ (S. 429) und als bloße *petitiones principii* (S. 558) vor; der (häufige) Gebrauch von Intuitionen wird somit nicht konsistent gehandhabt.

(S. 119 f.). Das ist implausibel, weil das Strafverfahren in einem ersten Schritt, der nicht ohne Grund „Erkenntnisverfahren“ heißt, der Klärung dient, ob die Voraussetzungen für Strafverhängung überhaupt vorliegen.

Das Strafverfahren sei in doppelter Hinsicht ein Übel und somit rechtfertigungsbedürftig: Einmal als latente Bedrohung für alle Bürger, darin verwickelt zu werden (S. 120-122), zum anderen als individuelle Verdächtigung des Betroffenen, die ihm zutraut, eine Straftat begangen zu haben (S. 122-133).

*Verf.* wendet sich sodann der Frage der Rechtfertigung zu, wieso der Staat einem möglicherweise Unschuldigen die Pflicht auferlegen darf, das Verfahren zu dulden (S. 133 ff.) und erörtert zuerst einige Theorieansätze, die gar nicht dazu gedacht waren, eine Antwort auf diese Frage zu geben, unter der Überschrift „Drei Beispiele für die Verkennung der Fundamentalfrage“ (S. 135 ff.). Dass dies unredlich erscheint, ist *Verf.* bewusst (S. 134), seine Gründe, dies dennoch zu tun, erschließen sich nicht. Dargestellt und verworfen werden unter dem Etikett „begriffs-konstruktivistischer Ansatz“ die Lehren vom Prozess als Rechtsverhältnis und als Rechtslage, ebenso ältere<sup>7</sup> Ansätze zu allgemeinen Prozesslehren, denen kaum Erkenntniswert zukomme. Als zu Unrecht vergessenes „Juwel“ dieses Ansatzes wird aber die Lehre vom Strafklage-recht angesehen (S. 148 ff.). Weder die Systemtheorie (Legitimation durch Verfahren) noch der „prozessuale Macchiavellismus“ lieferten eine normative oder „rechtsethische“ (S. 154) Rechtfertigung.

Sodann wird auf der „ersten Rechtfertigungsstufe“ (S. 157-197) nach Gründen gesucht, die die Einleitung des Strafverfahrens im Interesse der Gesellschaft („gesellschaftsbezogene Konsequentialismen“) rechtfertigen könnten und gemeinhin als „Prozesszwecke“ firmieren wie Generalprävention, Wahrheitsfindung oder Rechtsfrieden. Der Zweck der Strafe, der in der negativen Generalprävention liege, könne das Verfahren, das selbst keine Strafe sei, nicht rechtfertigen (S. 167 f.). Beim möglichen Verfahrensziel der materiellen Wahrheit diskutiert *Verf.* die bekannten Einwände gegen die Korrespondenztheorie, deren Kritiker er zur unbeachtlichen Mindermeinung erklärt (*Peirce, Dewey, James, Rorty, Habermas, Apel* u.a. darf man also getrost ignorieren?) und ohne inhaltliche Diskussion des „philosophischen Dilettantismus“ verdächtigt (S. 172); das Recht müsse vom Alltagsverständnis ausgehen, was nicht näher begründet wird, aber im Ergebnis zutrifft. Obschon die Wahrheitssuche nie uneingeschränkt stattfindet, will *Verf.* nicht von einer prozessualen o.ä. Wahrheit sprechen, weil solche hegelianische „gegensatzaufhebende Begriffsbildung“ (S. 179 f.) von Übel sei – das verkennt, dass es nicht um „verbale Kunstgriffe“ zur Verschleierung der Sachlage, sondern umgekehrt um deren möglichst zutreffende Beschreibung geht, weil die Aussage, die Findung der materiellen Wahrheit sei der „spezifische Zweck“ des Strafverfahrens (S. 187), nun einmal nicht zutrifft: Es geht nicht um Erkenntnis der Wirklichkeit tout court (unterstellt, sie sei möglich), denn dann dürfte es keine Beweisverbote geben, sondern darum, ob eine wahrheitsdefinite

<sup>7</sup> Den neuen Beitrag von *Reimer*, *Verfahrenstheorie*, 2015, konnte *Verf.* noch nicht kennen.

Aussage über eine Straftatbegehung mit den Mitteln des Strafprozesses hergestellt werden kann.<sup>8</sup> Nun endlich geht *Verf.* darauf ein (S. 181 ff.), dass das Strafverfahren regelmäßig ein Erkenntnisproblem lösen soll. An den neuralgischen Stellen bleibt *Verf.* aber enttäuschend kurz: Aus dem Schuldprinzip ergebe sich nur das Gebot hinreichend zuverlässiger Ermittlungen (S. 184),<sup>9</sup> bei summarischen Verfahren bestätige der Konsens die Wahrheit (S. 185) – was an der Rechtswirklichkeit bekanntlich krass vorbeigeht. Die materielle Wahrheit könne aber nicht erklären, warum ein Verfahren auch dann durchgeführt werde, „wenn man von der Schuld des Betroffenen bereits weiß“ (S. 187). Rechtsfriede als Verfahrensziel sei empirisch kontingent und normativ tautologisch (S. 187-190).

Im Zuge einer externen Kritik (S. 191-197) meint *Verf.*, das gesellschaftliche Interesse könne die Inanspruchnahme des Einzelnen nicht rechtfertigen, denn dies sei eine unzulässige Benutzung zum Wohle anderer und somit eine „offene Instrumentalisierung“ (S. 192 f.). Mit einem Kant-Zitat scheint alle Analyse geleistet, obschon *Verf.* im Übrigen keineswegs Kantianer ist, da er etwa Autonomie nicht nur dem Vernunftsubjekt zuspricht, sondern mit der natürlichen Willkürfreiheit gleichsetzt (S. 213 ff., 299). An dieser Stelle jedenfalls, wo es auf Ausarbeitung des Arguments ankäme, wird nicht weitergedacht, sondern ersichtlich weit über das Ziel hinausgeschossen: Die bekannten Probleme des „in hohem Maße interpretationsbedürftig[en]“<sup>10</sup> und „vielfach missverstandenen“<sup>11</sup> Verbots der Instrumentalisierung zu fremden Zwecken bzw. der Objektformel – in jeder Behandlung eines anderen liegt unweigerlich eine Vergegenständlichung,<sup>12</sup> ob im Gebot des Polizisten, den Weg für einen Rettungswagen frei zu machen, in der Steuer- oder Wehrpflicht usw. – werden ignoriert. Wie soll man ein Gemeinwesen organisieren ohne eine Rechtfertigung aus dem Prinzip des überwiegenden Interesses? Das zweite Problem sieht *Verf.* in den Einzelfällen, in denen das gesamte subsumtionsrelevante Material bereits bekannt sei – dazu s.u. b).

Ab S. 197 ff. wird untersucht, ob das Strafverfahren damit gerechtfertigt werden könne, dass es im Interesse des Beschuldigten liege, wozu spezialpräventive Ansätze verschiedenen Datums zurückgewiesen werden, weil sie die Schuld-feststellung vorwegnehmen. *Verf.* verwirft auch die Vorstellung (S. 203 ff.), das Strafverfahren diene dem Schutz des Beschuldigten, als zu einseitig.

Auch die Möglichkeiten eines Interessenausgleichs per Abwägung (S. 217 ff.) werden zurückgewiesen, wobei *Verf.*

<sup>8</sup> Siehe nur *Stuckenberg*, in: *Schroeder/Kudratov* (Hrsg.), *Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell*, 2014, S. 39 (43 ff. m.w.N.).

<sup>9</sup> Vgl. dazu *Stuckenberg*, GA 2016, 625 (628 ff.).

<sup>10</sup> *Schaber*, *Instrumentalisierung und Würde*, 2010, S. 18.

<sup>11</sup> *Birnbacher*, in: *Kaiser* (Hrsg.), *Jahrbuch der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf* 2001, 2001, S. 243 (247).

<sup>12</sup> Eingehend *Schaber* (Fn. 10), S. 12 ff., 17-39; *Birnbacher* (Fn. 11), S. 247 f.; schon *Luhmann*, *Grundrechte als Institution*, 3. Aufl. 1986, S. 59 Fn. 18 (auf S. 60), siehe auch S. 74 Fn. 56.

in eine allgemeine Diskussion über Abwägungen im Recht eintritt, die er für willkürliche Stellungnahmen hält (S. 221) und die zur Instrumentalisierung des einzelnen führten (S. 225). Anzuerkennen sei nur ein selbstkritisch-bescheidener Abwägungsansatz, der einen unantastbaren „heiligen Bereich“ wahre (S. 227). Verworfen werden die Konzepte der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege und des fairen Verfahrens; letzteres könne alles und nichts begründen (S. 228 f.). Abgelehnt wird schließlich eine Mitwirkungspflicht des Beschuldigten (S. 230 ff.).

Die Antwort wird endlich auf einer dritten Rechtfertigungsebene gefunden, die Interessen hinter sich lasse und stattdessen die „Sprache der Achtung und des Respekts spreche“. Das respektbezogene Zusatzelement suche nach dem Schuldanalogon, mit dem der Eigenwert des Betroffenen anerkannt werde (S. 234 f.). Der Schuldige schulde nicht nur das Dulden der Strafe, sondern auch des Verfahrens; Schuld sei auch „Verfahrenserduldungsschuld“, die zu Beginn indes nicht weiterhelfe (S. 240 ff.). *Verf.* sucht daher nach einer spezifischen Verfahrensgerechtigkeit (S. 243 ff.) und verwirft dabei u.a. das Wettkampfmodell („sporting theory of justice“). Der Gedanke der Ergebnisoffenheit des Verfahrens sei nur bei einer Fuchsjagd eine normative Größe und mache aus dem Verfahren „etwas Schlimmeres als einen Wettkampf, nämlich ein Glücksspiel“ (S. 249 f.) – womit jedenfalls *mein* Konzept<sup>13</sup> aus dem Kontext gerissen und gründlich verkannt wird. Schließlich wird auch *Paulus'* Konzept einer „rechtlichen Verfahrensgerechtigkeit“ abgelehnt, weil ein Prozessergebnis auch dann richtig sein könne, wenn die Regeln nicht eingehalten worden seien (S. 252); die Verfahrensregeln seien vielmehr rechtsmoralisch geboten, weil das Verfahren ein Gewaltakt wäre, wenn es nicht Kommunikation verkörpere; Menschen hätten ein Recht darauf, dass man mit ihnen kommuniziere. Verfahren sei apriorisch notwendig (S. 258), weil Strafverhängung sonst ein bloßer Gewaltakt sei. Selbst wenn es ausnahmsweise kein Erkenntnisproblem gebe, müsse man den Schuldigen noch hören (S. 255) – aber wozu? Das bringt *Verf.* nicht auf den Punkt. So wird zwar die Subjektstellung des Beschuldigten eingeführt, aber noch nicht, warum auch derjenige mit einem Verfahren überzogen werden dürfe, der nicht kommunizieren wolle (S. 259).

*Verf.* fragt sich sodann, ob der Konsens zum Angelpunkt einer Verfahrenstheorie taue. Das erstaunt, denn soweit ersichtlich hat noch niemand die *Einleitung* eines Strafverfahrens, die hier in Frage steht, vom Konsens des Beschuldigten abhängig machen wollen. Das hält *Verf.* nicht davon ab, die konsensuale Verfahrensbeendigung in Gestalt von „guilty

pleas“ und Absprachen nebst der strafmildernden Wirkung des Geständnisses einer eingehenden Diskussion zu unterziehen (S. 262-282), die zwar inhaltlich sympathisch, aber gänzlich überflüssig ist.

Einschlägig hingegen ist das *Krauße*sche Störermodell, das *Verf.* zu Recht ablehnt (S. 282-291). Eine allgemeine Justizpflicht, wie *Köhler* sie formuliert hat,<sup>14</sup> wird teils als „formell“ diskreditiert, jedoch der Sonderopfergedanke anerkannt. *Verf.* macht es sich hier zu leicht, denn von *Köhler* stammt der seinerzeit<sup>15</sup> einzige ausgearbeitete Theorieansatz zu einer Justizpflicht, der schon deshalb eine ernsthafte Diskussion verdient hätte. Verworfen werden auch die Ansätze von *Kahlo*, *Zaczyk* und *Gaede* (S. 297 ff.). *Verf.* dringt nun endlich zum Wesentlichen vor, das er die „Beling'sche Herausforderung“ nennt (S. 303 ff.), welche auf der temporalen (und regelmäßig auch epistemischen) Relativität der Beurteilungsgrundlage beruht, was freilich mit den Szenarien asymmetrischer Rechtfertigung bei *Jakobs* (S. 305) wenig zu tun hat. Ab S. 306 ff. wird der Aufopferungsgedanke ventiliert, der aber den Eingriff selbst nicht rechtfertigen könne.

*Verf.* kommt nun zu seiner eigenen Lösung (S. 310 ff.), die in der Feststellung besteht, dass ein Strafverfahren nur dann legitim sei, wenn dem Beschuldigten „nichts weggenommen“ werde, weil dann keine Instrumentalisierung statfinde. Die Rechtssphäre des Beschuldigten müsse „während des ganzen Verfahrens unvermindert fortbestehen“. Das ist freilich nicht wörtlich gemeint, denn natürlich dürfe die Rechtssphäre vermindert werden, wenn es dafür eine Kompensation durch „Gewährung besonderer Rechte“ gebe, also eine Art Saldotheorie der Rechtssphäre des Individuums. Die Vernehmung von Belastungszeugen müsse durch ein Konfrontationsrecht, alle Zwangsmaßnahmen ohne vorherige Anhörung durch einen Richtervorbehalt ausgeglichen werden. *Verf.* ist hier so großzügig, dass Justizpraktiker in Freudentränen ausbrechen dürften: Untersuchungshaft werde durch Kontrollrechte, etwa ein Rechtsmittel zu einem höheren Gericht kompensiert (S. 312)! Wer also fünf Jahre in U-Haft sitzt, dessen Rechtssphäre bleibt dennoch „unvermindert bestehen“, weil er besondere Haftprüfung durch das OLG verlangen kann?<sup>16</sup> Das kann nicht ernst gemeint sein, doch auch an dieser wichtigen Stelle fehlt die nähere Ausarbeitung. Zudem müsse das Verfahren stets die Möglichkeit vorsehen, den Verdacht zu tilgen – das hatte ich mit „Ergebnisoffenheit“ gemeint, die die Reversibilität der Eingriffe und möglichst vollständige Rehabilitierung, d.h. Tilgung des Makels

<sup>13</sup> *Stuckenberg*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1997, S. 531 ff. Verfahren wird dort begriffen als Entscheidungsfindungsprozess, für den begrifflich konstitutiv ist, dass zu Beginn prinzipiell noch offen ist, welche Entscheidung ergehen wird. Steht dies am Anfang schon fest, geht es nur noch um Darstellung einer bereits getroffenen Entscheidung, um Schauprozess oder Aburteilungsritual. Anders *Greco*, S. 250: „Ein Verfahren kann auch dann gut sein, wenn man von vornherein weiß, was für ein Ergebnis es haben sollte.“, in der Sache aber ähnlich S. 254 f.

<sup>14</sup> *Köhler*, ZStW 107 (1995), 10 (12, 19 ff.).

<sup>15</sup> Danach *Stuckenberg*, in: *Stuckenberg/Gärditz* (Hrsg.), Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat, Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, 2015, S. 483 (485 ff.).

<sup>16</sup> Man ist versucht zu fragen, ob dann nicht einmal ein Grundrechtseingriff vorläge, wenn für den *Verf.* die Verfassung nicht irrelevantes positives Recht wäre, mit dem sich Rechtswissenschaftler nicht abgeben, sondern nur Juristen bzw. Gesetzeskundler.

des Verdachts bedingt<sup>17</sup> – nebst dem Verbot, je wieder zu verdächtigen. *Verf.* sieht, dass eine Rehabilitierung des Unschuldigen kaum je vollständig gelingen mag, weshalb „jedes Strafverfahren gegen einen Unschuldigen einen unüberwindbaren Rest an Ungerechtigkeit“ (S. 314) verkörpere, was aber als Folge der menschlichen Unvollkommenheit noch erträglich sei – ein etwas billiger Trost und eine unschöne begriffliche Unschärfe: Ist das Strafverfahren nun rechtmäßig, aber ungerecht? Ex ante rechtmäßig, ex post rechtswidrig? Was folgt rechtlich daraus? Und gibt es – das ist ja ein klassisches, aus der Unschuldsvermutung abgeleitetes Postulat – ein Recht auf vollständige Rehabilitierung, etwa auf Durchermittlung bis zum Freispruch? *Verf.* hält diese Diskussion für „deplatziert“ (S. 317), was darauf beruht, dass er ungenau die Rehabilitierung mit Verdachtstilgung identifiziert (S. 313) und sodann mit Nichtbestätigung des Verdachts (S. 317) in eins setzt; wenn aber das für Anklage oder Verurteilung jeweils nötige Beweismaß verfehlt wird, kann (und wird oft) ein milderer Verdacht bestehen bleiben – Tilgung und Nichtbestätigung des Verdachts sind nicht dasselbe. Einstellung und Freispruch verkörpern eben oftmals keinen „actus contrarius zur Verdächtigung“ (S. 315). Rechtskraft mit Rehabilitierung gleichzusetzen und rechtliche von „soziologisch-faktischer“ Rehabilitierung zu trennen (S. 781 f.), kehrt das Problem bloß unter den Teppich. Immerhin verwirft *Verf.* Freisprüche zweiter Klasse und dergleichen (S. 317 f.).

*Verf.* geht noch einmal auf die Rechtsstellung des Schuldigen (S. 315 f.) ein, dessen Tat ihn schon zur Duldung des Verfahrens verpflichtet, doch dürfe man sich nicht auf die Verfahrensduldungsschuld berufen, weil man vor verfahrensgemäßer Schuldfeststellung (!) bei der Rechtsposition des Beschuldigten nicht zwischen Schuldigen und Unschuldigen unterscheiden dürfe – was zutrifft, hier fehlen nur die Belege der zahlreichen Gerichte und Autoren, die dies seit langem aussprechen. Am Ende ist also alles ganz konventionell. Dieses banale Ergebnis – Strafverfahren sind gerechtfertigt, wenn sie die Subjektstellung des Beschuldigten wahren und ergebnisoffen sind – hält *Verf.* indes für „komplex“ (S. 320). Es wird noch einmal das Verhältnis von konsequentialistischen und deontologischen Begründungen erörtert und konstatiert, dass deren Verhältnis auf Intuitionen darüber beruhe, was einen Staat von einer Räuberbande unterscheide (S. 321 ff., 324), also letztlich eine Art Gefühlstheorie des Rechtsstaats.

b) Die ganze Rechtfertigungsdiskussion des *Verf.* leidet darunter, dass er keine Sorgfalt auf die präzise Erfassung der prozessualen Situation und damit auf die Formulierung der anfänglichen Problemstellung verwendet und folglich eine Reihe sinnloser Fragen stellt. Durchgehend wird die Perspektive ex ante, also die der Strafverfolgungsorgane bei Einleitung eines Ermittlungsverfahrens, mit der allwissenden göttlichen vermengt, die als einzige die Wirklichkeit kennt. So ist die Frage, ob man ein Strafverfahren gegen einen Unschuldi-

gen einleiten darf (S. 195, 212), ohne Klärung der epistemischen Umstände nicht beantwortbar, also sinnlos, ebenso wie die Feststellungen, dass man einen Unschuldigen nicht bestrafen dürfe (S. 301), oder dass ein Freispruch nur dann „etwas Gutes“ sei, wenn der Angeklagte „wirklich unschuldig ist“ (S. 249, 638), sinnlos sind: Die Strafverfolgung und Bestrafung von jemandem, der von zuständiger Stelle für unschuldig gehalten wird, ist im deutschen Recht ein Verbrechen (§ 344 StGB); die Verfolgung von jemandem, der möglicherweise unschuldig ist, ist hingegen geboten, ebenso seine Bestrafung, wenn das Gericht von seiner Schuld überzeugt ist. Ob dieser jemand „wirklich“ unschuldig ist, ist nur aus göttlicher Perspektive feststellbar, aus epistemisch beschränkter menschlicher, also auch rechtlicher Perspektive aber jeweils belanglos – denn die Information, was „wirklich“ ist, steht einfach nicht zur Verfügung. Die Frage, ob man ein Strafverfahren gegen einen Unschuldigen einleiten darf, kann man also allenfalls ex post stellen – wenn sie sich nicht mehr stellt, sondern nur noch Entschädigung oder Wiederaufnahme thematisch ist. Wenn man Strafverfahren gegen möglicherweise Unschuldige nicht führen dürfte, wäre Strafjustiz in toto unzulässig. Weil jedes Verfahren ohne Schuldfeststellung enden kann, darf Schuld nicht zu seiner Rechtfertigung herangezogen werden.

*Verf.* verkürzt die prozessuale Perspektive auf das Erkenntnisproblem, ob der Beschuldigte „der Richtige“ ist (S. 192), und übersieht, dass ein Strafverfahren immer auch eine Kompetenzordnung enthält, wer auf welche Weise rechtsverbindlich feststellt, ob jemand der Richtige ist. Solange diese Feststellung nicht getroffen ist, ist es völlig irrelevant, wer wirklich schuldig ist oder nicht und ob alle dies glauben oder nicht. Es hätte sich daher angeboten, auf *Packers* Konzept von „legal guilt“ näher einzugehen, dem *Paulus*' Position nahesteht.

Deshalb ist die bis zuletzt (S. 634 f., 980 f.) unablässig wiederkehrende Rede von der „Verfahrensduldungspflicht“ des „wirklich Schuldigen“ nicht stringent gedacht und verstrickt sich in Widersprüche: Es gebe sie, aber man dürfe sich nicht auf sie berufen, weil man alle Beschuldigten gleich behandeln müsse? Dann ist diese ominöse Pflicht auch rechtlich inexistent und *Ockhams* Rasiermesser hätte sie nach einmaliger Erwähnung ausschneiden müssen. Gleiches gilt für die hässliche Rede vom Schuldigen als „Trittbrettfahrer“, der Rechte genieße, die an sich nur dem Unschuldigen zukämen (S. 242 f., richtig 316, aber wieder 637).

II. 1. Im zweiten Teil beginnt das erste Kapitel (S. 328–377) mit Reflexionen über den Begriff der Rechtskraft, wobei „begriffs-konstruktivistische“ von „normativen Rechtskraftlehren“ unterschieden werden. *Verf.* schließt sich der prozessrechtlichen Rechtskraftlehre an (S. 337). Ab S. 338 ff. werden die vorgefundenen Begründungen für das Institut der materiellen Rechtskraft diskutiert und allesamt verworfen, so bedeute der Vorrang der Rechtssicherheit über die materielle Gerechtigkeit eine Instrumentalisierung des Einzelnen (S. 347), verfehlt sei der Aspekt des Schutzes des Angeklagten gegen den übermächtigen Staat (S. 354 ff.) oder des Sanktionscharakters der Rechtskraft (S. 358 ff.). Der eigene Ansatz wird knapp als „drei-säulige Rechtskraftlehre“

<sup>17</sup> *Stuckenberg* (Fn. 13), S. 530 ff., 541; *ders.*, ZStW 111 (1999), 422 (454 ff.); *ders.*, in: *Wolter/Schenke/Rieß/Zöllner* (Hrsg.), *Datenübermittlungen und Vorermittlungen*, Festgabe für Hans Hilger, 2003, S. 25 (49).

(S. 371-373) vorgestellt, die auf der Verfahrensduldungspflicht des Schuldigen, dem Rehabilitierungsanspruch des Freigesprochenen und der Verfahrensgerechtigkeit ruhe. Das ist überraschend dürftig, denn die Wirkungen der Rechtskraft auch des materiell falschen Urteils sowie der unzureichenden Verurteilung werden damit offensichtlich nicht erklärt – eine nähere Entfaltung erfolgt erst 255 Seiten später, bis dahin wundert der Leser sich.

2. Das zweite Kapitel (S. 378-634) gilt der Bestimmung des Umfangs der Sperrwirkung, also dem Begriff der prozessualen Tat. Den Prozessgegenstand versteht *Verf.* mit *Bertel* als Thema, über das im Verfahren eine Entscheidung ergehen soll (S. 379 f.). Da es in einem Strafverfahren um den Verdacht von Straftaten gehe, müsse auch die Sperrwirkung diese Straftaten zum Bezugspunkt haben. Nur hinsichtlich dieser Straftat sei auch die Prozessduldungspflicht erfüllt bzw. trete Schuldtilgung ein. Mit diesem schlichten Argument hat sich *Verf.* auf ein Verständnis der prozessualen Tat als idem crimen festgelegt. Mehr als eine *petitio principii* liegt darin freilich nicht.

Ab S. 383 wird das Anklageprinzip begründet: Dass der Richter, der gleichzeitig Ankläger ist, Schwierigkeiten habe, sich von seiner Anklage zu distanzieren, wird für „intuitiv einleuchtend“ erklärt und mit Alltagsbeispielen illustriert (S. 386). In einer wissenschaftlichen Arbeit hätte man sich Verweise auf Erkenntnisse der empirischen Psychologie zu „confirmation bias“, Perseveranz-/Inertia-Effekten zur Vermeidung kognitiver Dissonanz usw. gewünscht. Mit Empirie begnügt sich *Verf.* ohnehin nicht, vielmehr sei die *Maxime* „nemo iudex in causa sua“ ein apriorisches Prinzip der Verfahrensgerechtigkeit (S. 390 ff.). Dies ergebe sich aus dem Gedankenexperiment, dass auch der perfekte Ankläger, das vernünftige Subjekt, der homo noumenon, rationalerweise wollen müsse, dass der Verdächtige sich als schuldig erweist, weil dieser sonst ungerecht behandelt worden wäre. Anders gewendet: Der vernünftige Ankläger müsse seinen „confirmation bias“ wollen. Dieses Gedankenexperiment, auf dessen Ergebnis die gesamte weitere Arbeit ruht, erscheint zutiefst implausibel: Wenn das vom *Verf.* in jeder Verdächtigung erblickte Restunrecht der Unvollkommenheit allen menschlichen Tuns geschuldet ist, warum sollte der vernünftige Strafverfolger eben deswegen darüber nicht achselzuckend hinweggehen? Selbst wenn nicht: Der mitleidvolle Vernünftige mag hoffen, dass der Verdächtige sich als schuldig erweisen wird, muss aber zugleich wollen, dass aufgrund etwaiger Voreingenommenheit seinerseits kein Unschuldiger verurteilt wird, was das größere Übel wäre; kurzum: der homo noumenon will schon deshalb nicht befangen sein, weil er nicht Quelle eines Fehlurteils sein will. Der ideale Ankläger will genauso wie der ideale Richter objektiv sein. Der „confirmation bias“ ist also keine apriorische Gefahr. Das Gedankenexperiment ist zudem schon deshalb falsch, weil Befangenheit dem Willen nicht zugänglich ist, sondern ein Resultat des modus operandi des menschlichen Verstandes ist, was wiederum auf empirischer Einsicht beruht. Befangenheit ist nicht vernünftig, aber unausweichlich.

Das Anklageprinzip gelte aber nur im Strafrecht, nicht für Ordnungswidrigkeiten oder Disziplinarsachen, bei denen es

keine qualifizierte Verdächtigung gebe (S. 392 f.), so dass der Verdächtige nicht notwendigerweise wolle, dass der Verdächtige auch schuldig sei – ein seltsames Amalgam aus Küchenpsychologie und Wertung.

Aus diesem „apriorischen und vorpositiven“ Anklageprinzip, das nicht zur Disposition des Gesetzgebers stehe (S. 398), wird nun abgeleitet, dass die umfassende rechtliche Würdigung, die das deutsche Recht vom Gericht verlangt, nicht richtig sei (S. 396 f.). Diverse Intuitionen legten aber nahe, dass das Gericht auch nicht strikt an den ausdrücklichen Inhalt der Verdächtigung gebunden sein könne (S. 398). Der Tatbegriff (S. 403 ff.) wird nun verstanden als „prozessdogmatische Operationalisierung der auf dem Anklageprinzip beruhenden Arbeitsteilung zwischen Ankläger und Richter“ (S. 405); dort, wo das Anklageprinzip nicht gelte, brauche man auch keinen Tatbegriff – das verkennt, dass auch OWi- und Disziplinarverfahren in Rechtskraft erwachsen können, deren Umfang bestimmt werden muss. Es folgt eine lange Liste „unwesentlicher Gesichtspunkte“ (S. 408 ff.) wie die Lehre von der dreifachen Identität (*eadem persona, eadem res, eadem causa petendi*), die ihren Ursprung im französischen Code civil haben soll (S. 409 f.) – was nicht stimmt, sie kommt vielmehr direkt aus dem römischen Recht<sup>18</sup> – und nicht nur höchst oberflächlich abgehandelt, sondern auch gründlich missverstanden wird, da sie auf den Zivilprozess mit seiner viel komplizierteren Rechtskraftproblematik gemünzt ist. Verteidigungsrechte des Beschuldigten seien hier irrelevant, sein Interesse, mit Strafverfahren nicht belästigt zu werden, sei „rechtlich unbeachtlich“ (S. 414). Weil sowohl ein enger wie ein weiter Tatbegriff ambivalente Folgen haben, schüttet *Verf.* das Kind mit dem Bade aus und erklärt den Schutz des Beschuldigten bei der Bestimmung des Umfangs der prozessualen Tat für „völlig irrelevant“ (S. 413) – schlüssig erscheint das freilich nicht. Irrelevant sind auch Erwägungen der Prozessökonomie, der Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen, und natürlich sind verfassungs- und europarechtliche Aspekte (S. 421 ff.) für eine vorpositive Lehre bedeutungslos. Falsch ist hier das Argument, die aus den Verhandlungsniederschriften ersichtliche Tatsache, dass der Verfassungsgeber mit Art. 103 Abs. 3 GG nicht vorhatte, etwas am bisherigen einfachrechtlichen Zustand zu verändern, bedeute „noch lange nicht das Gleiche wie die positive Tatsache, dass er alles unverändert lassen wollte“ (S. 422). *Verf.* hält dies für „eine logisch und empirisch fehlerhafte Gleichsetzung“ und irrt damit selbst doppelt, denn der semantische Gehalt ist hier bei interner und externer Verneinung derselbe („ich will, dass x nicht geändert wird“ = „ich will nicht, dass x geändert wird“ ergibt immer: „x ist nicht zu ändern“).

Bei der Konkretisierung des Tatbegriffs (S. 427 ff.) wird zu Recht die Abhängigkeit vom normativen Zusammenhang erkannt. Die Personenidentität wird als Kriterium der Tatidentität für unproblematisch gehalten (S. 430), aber die nicht ganz trivialen Fragen, die bei Personenverwechslung entste-

<sup>18</sup> Siehe nur D. 44, 2, 14 pr. (Paul. 70 ad ed.); 44, 2, 27 (Nerat. 7 membr.).

hen,<sup>19</sup> werden leider nicht angesprochen. *Verf.* setzt sich dann mit dem weiten Tatbegriff des deutschen Rechts auseinander (S. 431 ff.), der mit dem Anklageprinzip unvereinbar sei; dass dies heute kaum noch erkannt werde, sei ein Armutszeugnis (S. 436). Wenn der Richter eine in der Anklage nicht erwähnte rechtliche Würdigung vornehme, liege darin eine qualifizierte Verdächtigung, über die er sodann selbst entscheide, was das Anklageprinzip gerade verhindern solle (S. 438). Dieses für den weiteren Gang der Arbeit zentrale Argument, das eher beiläufig daherkommt, leuchtet nicht ein: Kommt es zur Umgestaltung der Strafklage nach § 264 Abs. 2 StPO, wird dies am Auftauchen neuer Fakten in der Hauptverhandlung liegen, die das Gericht ohnehin würdigen muss, ist also gerichtliche Reaktion, sodass hier von „gefährlicher richterlicher Initiative“ (vgl. S. 514), eigener Anklage durch den Richter (vgl. S. 541) o.ä. nicht gesprochen werden kann und für einen Perseveranz-Effekt kein Raum ist (was sich empirisch klären ließe; „apriorisch“ ist hier, wie vorhin gezeigt, nichts). Das ließe sich allenfalls bei der abweichenden Würdigung im Eröffnungsbeschluss (§ 207 StPO) erwägen, auf die *Verf.* aber nicht eingeht. Es ist auch nicht einsichtig, wie das praktisch aussehen sollte: Wenn der wegen Diebstahls Angeklagte in der Hauptverhandlung gesteht, er habe mit einer Spielzeugpistole gedroht, soll das Gericht dann stillschweigend hoffen, dass der Staatsanwalt Nachtragsanklage erhebt? Darf es das anregen? Was wäre damit gewonnen?

Alle weiteren Vorschläge aus dem Schrifttum, auch zum amerikanischen Recht, werden verworfen (S. 438-467), soweit sie mit der Ansicht des *Verf.* nicht übereinstimmen, darunter auch die Anbindung an materiell-rechtliche Einheiten wie die Idealkonkurrenz, deren Ergebnisse in etlichen Fällen intuitiv nicht einleuchteten (S. 447 ff.) und die eine bloße Verlegenheitslösung sei. Dem Einwand, dass das, worüber nur eine einheitliche Strafe ergehen könne, auch in einem Verfahren abgeurteilt werden müsse, wird entgegengehalten, man könne ja § 55 StGB analog anwenden (S. 451), was nicht genügt (s.u. zu S. 584).

Der eigene Lösungsansatz (S. 468 ff.) hält das Anklageprinzip nur im Kern für apriorisch, so dass es verschiedene Ausgestaltungen, verschiedene Tatbegriffe geben könne. Zu Recht wird angenommen, dass die Reichweite der Rechtskraft mit der der Kognitionsbefugnis übereinstimme (S. 470 f.), was etwa der EuGH übersehe (S. 505). Ausgiebig widerlegt werden dann „Vier Beispiele für das Verkennen der Zusammenhänge“ (S. 477 ff.), deren Relevanz, etwa des italienischen Rechts (S. 493 ff.), nicht stets klar ist.

*Verf.* versteht den Anklagegrundsatz nicht so streng, dass das Gericht die einzelnen Anklagepunkte nur bejahen oder verneinen könne; es sei nicht jede Umgestaltung verboten, die Unbeachtlichkeit von Variationen nebensächlicher Details, die erst später definiert werden, sogar geboten (S. 513). Die weitere Konturierung des Tatbegriffs wird überwiegend mit Intuitionen begründet: Rechtliche Abweichungen sind zulässig in Gestalt der „lesser included offenses“ (S. 514 ff.); auch mildernd wirkende Fakten sind von der Anklage impli-

zit umfasst, wobei es auf einen engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhang und die Ähnlichkeit des äußeren Erscheinungsbildes ankomme (S. 519), was sehr an den abgelehnten herrschenden Tatbegriff erinnert. Zum Gegenstand der Anklage gehöre alles, was „vernünftigerweise nicht erst nicht [sic] hintereinander, sondern vor allem nicht gleichzeitig verfolgt werden dürfte“ (S. 519) – das erinnert an die englische „abuse of process“-Doktrin, ist aber nicht kriterial: Zur Tat gehört, was vernünftigerweise zu ihr gehört. Wer wollte dem widersprechen?

Die Umgestaltung der Strafklage nach §§ 155 Abs. 2, 264 Abs. 2 StPO müsse eingeschränkt werden (S. 520 ff.), um das Anklageprinzip zu wahren. *Verf.* formuliert aber einige zulässige „Umgestaltungsregeln“: Gesetzeskonkurrierende Tatbestände seien von der Anklage immer mit abgedeckt sowie alles, was im Sinne der Wahlfeststellung rechtsethisch und psychologisch vergleichbar sei (unabhängig davon, ob eine Rechtsordnung die Wahlfeststellung kenne, S. 524), ohne deren Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip, die jüngst wieder bezweifelt wird,<sup>20</sup> überhaupt zu thematisieren. Auch unrechtsvertiefende Merkmale wie Qualifikationen und Regelbeispiele trügen keinen „eigenen Vorwurf“, anders erst, wenn neuartiges Unrecht vorliege wie beim § 177 StGB im Verhältnis zu § 240 StGB (S. 527). Auch offensichtliche Subsumtionsfehler des Anklägers dürfe das Gericht korrigieren (S. 530). In welcher Ableitungsbeziehung diese an Unrechtsklassifikationen angebotenen Regeln mit dem Anliegen des Anklageprinzips, der Vermeidung eines „confirmation bias“, stehen, erschließt sich allerdings nicht. Idealkonkurrenz sei hingegen ein Indiz für Tatverschiedenheit (S. 531). Auch sei der Gleichlauf von materieller und prozessualer Tateinheit nicht etwa in den Willen des deutschen Verfassungsgebers aufgenommen worden, weil das Reichsgericht auch die Verfolgung von Teilen einer „einheitlichen Handlung im natürlichen Sinne“ anerkannt habe, wenn etwa bei einem tateinheitlichen Delikt der Strafantrag fehlte (S. 532). Dieses Argument, auf das *Verf.* mehrfach zurückkommen wird, ist doppelt fehlerhaft: Erstens, weil von der Existenz einer Ausnahme nicht auf das Fehlen einer Regel geschlossen werden kann, zweitens, weil sowohl das RG<sup>21</sup> und später auch der BGH<sup>22</sup> bei fehlender Verfolgbarkeit eines Tatbestandes schon die materielle Tateinheit verneint hatten, so dass tatsächlich Gleichlauf vorlag.

Schließlich will *Verf.* an die Regeln der objektiven Zurechnung des materiellen Strafrechts anknüpfen (S. 534 ff.), so dass zur prozessualen Tat noch alle die Vorgänge gehörten, die „nach allgemeiner Lebenserfahrung auf die Bekanntmachung der verdachtstragenden Tatsachen durch den Ankläger zurückführbar sind“, also als Realisierung des durch die Verdächtigung geschaffenen Entdeckungsrisikos

<sup>20</sup> Zuletzt BGH, Beschl. v. 2.11.2016 – 2 StR 495/12, Rn. 30, 36 f., 78 ff. m.w.N.

<sup>21</sup> Z.B. RGSt 46, 45 (47): Keine Tateinheit mit mangels Strafantrag nicht verfolgbareren Vergehen.

<sup>22</sup> BGHSt 17, 157 (158): In den Fortsetzungszusammenhang werden nur Einzelhandlungen einbezogen, die auch verfolgbar sind.

<sup>19</sup> Dazu Meyer-Goßner, ZIS 2009, 519.

angesehen werden könnten (S. 537 f.). Atypische Verläufe oder Glücksfunde gehörten nicht mehr zu derselben Tat. Das erstaunt aus mehreren Gründen: *Verf.* parallelisiert die objektive Zurechnung ohne Rücksicht auf deren Sinn. Zweitens verwendet *Verf.* mit der „allgemeinen Lebenserfahrung“ (Wieso hat der Durchschnittsbürger Erfahrung in der Beurteilung von Verdachtslagen?) und den Intuitionen des Jedermann („Keiner fände es überraschend [...]“, S. 537) oder des „externen Beobachters“ (S. 538) Kriterien, die ebenso unscharf sind wie die „natürliche Lebensauffassung“ der kritisierten herrschenden Meinung, der sich *Verf.* damit drittens auch im Ergebnis wieder eng annähert.

Im nächsten Schritt erfolgt die „positivrechtliche Übersetzung“ in das deutsche Recht (S. 545 ff.). *Verf.* stellt erfreut fest, dass seine Ansicht sich im deutschen Recht weitgehend wiederfinde, zumal § 264 Abs. 2 StPO bisher immer falsch i.S.d. unbeschränkten Zulässigkeit der rechtlichen Umgestaltung der Strafklage verstanden worden sei. Die Motive enthielten aber eine Absage an einen derart weiten Tatbegriff in folgender Passage: „Hat Jemand ein Verbrechen schwererer Art begangen, so wird dadurch, daß die Anklage irrtümlich nur auf eine geringere Verbrechenart gerichtet worden ist, seine *größere* Strafbarkeit nicht aufgehoben.“<sup>23</sup> *Verf.* erliegt offenbar einem Missverständnis, denn die Passage besagt genau das Gegenteil – dass nämlich die Nichterwähnung einer schwereren Straftat in der Anklageschrift ihre Aburteilung nicht hindert –, wie der Kontext bestätigt: Eine Straftat werde nicht durch die Anklage konsumiert (das meint das „aufgehoben“), sondern erst durch das Urteil, heißt es im Satz davor; der übernächste Absatz führt dies näher aus. Würde man es anders sehen, sagen die Motive, würde dies zu umfangreichen Vorverfahren führen und die Hauptverhandlung zur bloßen Schlussverhandlung herabdrücken.<sup>24</sup> Dass sich die Motive zu den später diskutierten Extremfällen (Schießen an bewohnten Orten) nicht äußern, ist kein Argument.

Drei Grundsätze bedürften im deutschen Recht der Revision (S. 548 ff.): Der Grundsatz der allseitigen Kognition, der Grundsatz der Unteilbarkeit der prozessualen Tat und das unausgesprochene „Prinzip der korrelativen Identität prozessualer Taten“. Mit letzterem (S. 550) meint *Verf.*, dass es bei identischen Taten an deren Identität nichts ändere, in welcher Reihenfolge sie verfolgt würden – das ist richtig, aber eine merkwürdige Überlegung. Ungenau gedacht und formuliert sind die folgenden Erwägungen, dass dies anders sein könne, wenn man die Tat nicht mehr als „monadische Größe“ ansehe, so dass ein Verfahrensgegenstand vom anderen ganz erfasst sein könne, ohne dass sich dies umkehren lasse. Dass zwei nicht-identische Dinge nicht identisch sind, ist trivial und besagt nichts über identische Dinge. Gemeint ist wohl, dass (nur) bei einem idem crimen-Ansatz prozessuale Taten im Verhältnis von Teilmenge zur Gesamtmenge stehen können.

<sup>23</sup> Hahn/Stegemann (Hrsg.), Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 3: Materialien zur Strafprozeßordnung, 2. Aufl. 1885, S. 206. (*Hervorhebung* im Original)

<sup>24</sup> Fn. 23.

Bei der „fallgruppenspezifischen Konkretisierung“ (S. 551 ff.) zeigen sich Unterschiede zum geltenden deutschen Recht vor allem beim Wechsel des Strafgesetzes (S. 556 ff.), doch soll im Übergang vom Körperverletzungszum Tötungsdelikt nur eine quantitative Steigerung liegen, die die Tatidentität unberührt lässt, anders als bei Diebstahl/Raub und Körperverletzung/Vergewaltigung. Diebstahl und Betrug seien in bestimmten Fallgruppen (Trickdiebstahl/Sachbetrug) vergleichbar. Anders gewendet: Wer etwa wegen einer gefährlichen Körperverletzung angeklagt ist, wäre implizit auch immer wegen Mordes angeklagt; wiederum ist nicht ersichtlich, wie sich dies mit dem *nemo iudex in causa sua*-Ansatz verträgt.

Fehlt bzgl. einer Straftat eine Prozessvoraussetzung, so ist nach *Verf.* insoweit gar keine Anklage erhoben worden (S. 561) – eine problematische Ansicht, wie sich an behebbaren Prozesshindernissen zeigt: Wird der nötige Strafantrag in der Hauptverhandlung noch gestellt, liegt dann darin auch eine Anklage? Dazu wird nichts gesagt.

Nach dem Verfahren eintretende Umstände wie das Versterben des Tatopfers gehörten nicht mehr zur Tat (S. 572 ff.). Die Klammerwirkung wird ausgeklammert (Fn. 2294 auf S. 582), Tateinheit ist wie schon zuvor ausgeführt bedeutungslos, so dass im Schulbeispiel nach einer Verurteilung wegen Schießens an bewohnten Orten ohne weiteres noch eine neue Anklage wegen Mordes erhoben werden dürfe, wobei durch die Mehrzahl an Urteilen dem Angeklagten kein Nachteil erwachsen dürfe, was durch analoge Anwendung des § 55 StGB sichergestellt werden könne (S. 584 f.). Hier macht *Verf.* es sich viel zu einfach: Analog § 55 StGB könnte man allenfalls per Saldo ein adäquates Strafzumessungsergebnis herstellen, aber nicht die von § 52 StGB geforderte einheitliche Strafe, wofür man im zweiten Verfahren den bereits abgeurteilten idealkonkurrierenden Tatbestand mit würdigen müsste. Sinn und Zweck der Konkurrenzlehre werden großzügig ignoriert.

Bei Realkonkurrenz könne prozessuale Tateinheit vorliegen, wenn die vorgenannten Umwandlungsregeln eingriffen (S. 585 ff.). Ausführlich wird die fortgesetzte Handlung erörtert, als ob es sie noch gäbe (S. 591 ff.); bemerkenswert ist die Ansicht des *Verf.*, wenn schon so viele gleichartige Tatbestandsverwirklichungen angeklagt seien, dass weitere Einzelakte strafzumessungsrechtlich unerheblich wären, dann seien auch diese vom Strafklageverbrauch erfasst (S. 596 ff.) – unklar bleibt, ob es dann nur eine Tat oder viele Taten sind und zu welcher die zusätzlichen dann gehören. Beim Zusammentreffen von Dauer- oder Organisationsdelikten mit Zustandsdelikten wird regelmäßig keine prozessuale Tateinheit anerkannt (S. 599 ff., 607 ff.); die Fallgruppe der Alternativität wird für unbedeutend erklärt (S. 611 ff., 615), Opferidentität ist hingegen ein Kriterium für Tatidentität (S. 620 f.).

3. Das dritte Kapitel mit dem Titel „Die erste Strafe“ (S. 634-702) behandelt den sachlichen Anwendungsbereich, d.h. in welchen Verfahrenstypen materielle Rechtskraft eintritt. Zunächst befasst sich *Verf.* erneut mit der Prozessduldungspflicht des wirklich Schuldigen (S. 636 ff.), die dazu führen könnte, dass er so viele Prozesse dulden müsste, bis

seine Schuld getilgt ist. Hier wird nun eine „schuldtilgende Dimension der Prozessduldung“ – sachlich ein Unding, wenn der Prozess keine Strafe ist – anerkannt, d.h. der wirklich Schuldige, dessen Schuld nicht vollständig erkannt und abgeurteilt wurde, dürfe nicht erneut verfolgt werden, weil etwa 50fache erneute Verfolgung ein Mittel sei, ihn zur aktiven Mitwirkung zu nötigen, die aber stets verboten sei (S. 637 f.), woraus sich ein Nachschlagsverbot ergebe. Wieder enttäuscht die Arbeit an kritischer Stelle mit flüchtiger Begründung: Es gibt keine innere Verbindung zwischen erneuter Strafverfolgung und Untergraben des Schweigerechts, geschweige denn eine notwendige. Ob eine erneute Verfolgung den Beschuldigten zum Geständnis animiert, ist völlig kontingent. Die lebensfremde Hypothese von 50 Nachfolgeprozessen mag ihn in der Tat entnerven, aber was spricht gegen ein, zwei oder fünf Nachschlagsverfahren? Jedenfalls revoziert *Verf.* an dieser Stelle sein „drei-säuliges“ Modell der Rechtskraft, dessen eine Säule (Prozessduldungspflicht des Schuldigen) sich endgültig als untauglich erwiesen hat, setzt sich aber sogleich in Widerspruch zur eigenen besseren Erkenntnis, indem er bis zum Ende der Arbeit gleichwohl immer wieder die Schuldtilgung anführen wird (S. 703). Gewichtiger ist allerdings, dass *Verf.* sich auch zu seinem Ausgangspunkt in Widerspruch setzt: Ein Nachschlagsverbot verlangt nach einem faktischen Tatbegriff oder einem vom Tatbegriff unabhängigen Kriterium wie „abuse of process“, während ein idem crimen-Tatbegriff gerade den Nachschlag – in Gestalt der Anklage eines anderen Tatbestands – zulässt und *Verf.* ebenso eine Anklage wegen Tötung nach einer rechtskräftigen Verurteilung wegen Wilderei oder Schießens an bewohnten Orten erlauben will (S. 583) – ist das kein Nachschlag?

Hier wird nun endlich auch die Frage der Rechtskraft von Fehlurteilen, wenn auch knapp (S. 637, 639), thematisiert. Zunächst wird auch dem zu Unrecht freigesprochenen Schuldigen ein Recht auf Rehabilitierung zuerkannt, aber nur als „Trittbrettfahrer“ des wirklich Unschuldigen. Dann heißt es, beim ganz oder teilweise zu Unrecht Bestraften ergebe sich die Sperrwirkung aus der Rehabilitierung (?): Wer gar nicht in Anspruch genommen werden dürfe, dürfe dies erst nicht ein zweites Mal (?). Für die Rechtskraft komme es daher nicht darauf an, ob die Entscheidung „legitim oder illegitim“ sei. Das ist zwar im Ergebnis richtig, überzeugt aber in der Begründung nicht, denn worauf die Sperrwirkung im Einzelfall letztlich beruht, weiß nach diesem Ansatz, der sich nicht von der unerkennbaren Wirklichkeit lösen mag, nur Gott.

Ab S. 640 ff. unternimmt *Verf.* die Bestimmung des Begriffs der Strafe, aber nicht funktional nach ihrem Zweck (vgl. S. 680), als ob der Neukantianismus am Strafrecht spurlos vorübergegangen wäre,<sup>25</sup> sondern mit dem Ziel, ihre be-

sondere Rechtfertigungsbedürftigkeit zu erfassen (S. 647), womit das eigene Anliegen, Begriff und Rechtfertigungsvoraussetzungen der Strafe strikt zu trennen (S. 643), verraten wird. Damit wird ein bestimmter Begriff der Strafe bereits vorausgesetzt, der nun nur noch präzisiert wird; dass schließlich der Strafe eine Sonderrolle zuerkannt wird, die zu leugnen ein Armutszeugnis sei (S. 659), überrascht nicht. Dabei wird eine Reihe phänomenologischer Ansätze wie der des EGMR oder des US Supreme Court durchkämmt und am Ende Strafe „als Entzug eines angeborenen Rechts, der vom Staat [...] als objektive Reaktion auf angenommenes Fehlverhalten verhängt wird“, definiert (S. 659). Die angeborenen Rechte seien Leben, Freiheit und Ehre (S. 655 mit Zitat von *Zachariä*) sowie „freie Lebensführung“ (S. 692). Diese ad hoc-Definition ist völlig willkürlich, weil der Griff ins Magazin der Ideengeschichte nicht einmal ansatzweise begründet wird; überdies haben manche Naturrechtler wie *Grotius*, den *Verf.* zitiert (Fn. 2597), die Unterscheidung von angeborenen und sonstigen Rechten im Staat für belanglos erklärt, für andere wie *Locke*, *Paine* oder die Menschenrechtserklärung von 1789 gehört das Eigentum mit dazu usw. Dieser Begriff wird sodann zur Strafe „im ontologischen Sinn“ geadelt (S. 660), ist aber offensichtlich verfehlt, weil er die heute häufigste Strafart, die Geldstrafe, nicht zu erfassen vermag, weshalb ihm sogleich zwei weitere Strafarten an die Seite gestellt werden, nämlich die „Strafe im abgeleiteten Sinn“, die zur ontologischen führen kann (wie die Geldstrafe durch die Ersatzfreiheitsstrafe) und die „Strafe im künstlichen oder konventionellen Sinn“, die der Gesetzgeber nach Belieben schafft. Dies ist geradezu ein Lehrbuchbeispiel für missratene Begriffsbildung. Anspruch und Aufwand einerseits und Begründungstiefe sowie Leistungsfähigkeit andererseits stehen in keinem Verhältnis. *Verf.* ahnt, dass die „künstliche Strafe“ unterbestimmt ist – wie unterscheidet man den zivilrechtlichen Schadensersatz, der auch „objektive Reaktion auf angenommenes Fehlverhalten“ ist, von ihr? – und verweist auf den Willen des Gesetzgebers (S. 661): Strafe ist also, was der Gesetzgeber dafür hält – eine theoretische Bankrotterklärung. Die vorpositive Theorie hat sich vor Ratlosigkeit in die Arme des Positivismus geworfen.

Anschließend mustert *Verf.* die repressiven Reaktionsformen durch, zu denen er auch tatbezogene Untersuchungshaft zählt (S. 664), die Strafe im ontologischen Sinne sei. Geldbußen sind ungeachtet ihrer Höhe keine Strafen, so dass ne bis in idem nicht gelte und auch keine Anrechnung erforderlich sei (S. 666 ff.), gleiches gilt für Disziplinarmaßnahmen, sofern sie keine angeborenen Rechte verkürzen (S. 673 ff., 679). Das herkömmliche Abstellen auf unterschiedliche Zwecke des Strafrechts und des Disziplinarrechts sei falsch, denn Strafzwecke ließen sich nicht nur durch Strafen verfolgen, und das Besondere der Strafe liege nicht in den mit ihr verfolgten Zwecken (S. 680), worin freilich ein Widerspruch zur eigenen Definition liegt, die den Zweck der „objektiven Reaktion auf angenommenes Fehlverhalten“ enthält. Der Schuldspruch wird zu Recht nicht als Strafe angesehen (S. 689 ff.), die Maßregeln der Sicherung und Besserung dann nicht, wenn sie das Abstandsgebot einhielten (S. 691 f.) – warum sie keine „Reaktion auf angenommenes Fehlverhalten“

<sup>25</sup> Zum Einfluss des Neukantianismus *Schünemann*, in: *Schünemann* (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, S. 1 (24 ff.). Gegen eine strikte Trennung von Begriff und Rechtfertigung von normativen Instituten etwa *Gardner*, *Law & Philosophy* 30 (2011), 1 (2 f.); ebenso *Nozick*, *Philosophical Explanations*, 1981, S. 365; *Grosse-Wilde*, *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung*, 2017, S. 27 f.

ten“ darstellen, da sie nur anlässlich eines solchen verhängt werden, bleibt unerörtert; unklar sind die kursorischen Bemerkungen zur Führungsaufsicht (S. 692 f. *Hervorhebung* im Original). Auflagen nach § 153a StPO sind keine Strafen (S. 693 ff.), weil der Gesetzgeber sie nicht als solche ansah.

4. Im vierten Kapitel (S. 702-837) geht es um „die erste Verfolgung“, d.h. darum, welche Arten von Verfahrensbeendigung die Sperrwirkung auslösen sollen. *Verf.* diskutiert das von ihm so genannte „klassische Modell“, wonach nur eine aufgrund Hauptverhandlung ergangene Sachentscheidung die volle Rechtskraftwirkung habe, und lehnt es ab, weil es nur mit Interessen der Gesellschaft gerechtfertigt werden könne. In allen Prozessentscheidungen und allen Einstellungen läge vielmehr ein Fortleben der überwunden geglaubten absolutio ab instantia, weil der ungetilgte Verdacht fortbestehe, was in Anbetracht des Rehabilitierungsinteresses des Verdächtigen nicht hinnehmbar sei (S. 716 ff.) – wenn der Staat ihm schon das Sachurteil verweigere, solle man ihn danach wenigstens „ewig in Ruhe lassen“ (S. 720). Das Überwiegen des subjektiven Interesses wird indes nur mithilfe eines Beispiels erläutert, in dem nach achttätiger Hauptverhandlung das Fehlen des Eröffnungsbeschlusses bemerkt wurde und ein Einstellungsurteil erging; die herrschende Meinung, die hier keine Sperrwirkung annimmt, stelle den Angeklagten „völlig schutzlos“. Es sei befremdlich, dass sich der Staat, der seinen Fehler erst spät bemerkt, dem Betroffenen ein zweites Verfahren zuzumuten traue (S. 719 f.) – diese an die Arglistenrede erinnernde Argumentation verkennt, dass es Prozessentscheidungen nicht nur bei zurechenbaren Fehlern gibt, und ist zudem zirkulär, denn dass der Angeklagte in dieser Situation den Schutz der Sperrwirkung verdient, wird damit nur behauptet, aber nicht begründet.

Rechtskraft komme nicht nur gerichtlichen Entscheidungen zu, weil dies aus der Perspektive des Betroffenen gleichgültig sei (S. 724 ff.). Auch auf Richtigkeitsgewähr komme es nicht an, denn das sei nur ein Interesse der Gesellschaft. All das führe dazu, dass der Staat die Sache umso leichter erneut aufrollen könne, „je *leichtfertiger* er sich um diese Aufgabe bemüht“ (S. 729, *Hervorhebung* im Original; nochmals S. 739, 752) – ob diese Polemik hilfreich ist, wonach alle summarischen Verfahren auf vorwerfbar Fehlverhalten oder Charakterfehlern (Bequemlichkeit, S. 739) beruhen, erscheint zweifelhaft, ebenso das spätere Argument, die schlechtere Qualität einer nicht-richterlichen Entscheidung habe der Betroffene nicht zu vertreten (S. 762). Neuere Konzepte lehnt *Verf.* anschließend ab (S. 729 ff.), bevor er sein eigenes Modell vorstellt (S. 740 ff.): Wenn Rechtskraft als Rehabilitierung = Verdachtstilgung begriffen werde, müsse sie von der „Verdachtstiefe“ abhängen; volle Rechtskraft trete bei „voller Verdachtstiefe“ ein, die beim Beginn der Beweisaufnahme erreicht sei (S. 746 ff.), mit der der Staat anfangs, „den *Sarg des Betroffenen zuzunageln*“ (S. 748, *Hervorhebung* im Original) – hier überwuchern Metaphern die sachliche Argumentation. Die Strafklage wird also verbraucht, während das Strafverfahren noch läuft (S. 755). Ist allerdings der Betroffene mit der Verfahrensbeendigung einverstanden, ist die Rehabilitierung nicht im gleichen Umfang geschuldet (S. 751). Bei bloß „mittlerer Verdächtigungs-

tiefe“ genügt beschränkte Rechtskraft, die durch nova beseitigt wird (S. 761 ff., 767 ff.). *Verf.* notiert hinsichtlich eines staatsanwaltschaftlichen Einstellungsbeschlusses aus Sicht des Betroffenen das „scheinbare Paradoxon, dass eine weniger rechtsstaatlich-gesicherte Entscheidung den Beschuldigten schlechter stellt“ (S. 761) – was noch einmal verdeutlicht, dass in einem Gemeinwesen nicht die Perspektive der bornierten Besonderheit maßgebend sein kann.

Den von *Bohnert* hervorgehobenen internen Charakter des Vorverfahrens lehnt *Verf.* ab, denn in der Verdächtigung liege bereits eine „beachtliche Belastung“, unabhängig von der Kenntnis des Betroffenen davon; schon die Inkulpation löse Rechtskraft aus (S. 767). Sollte das heißen, dass diese „Belastung“, die leider nicht näher bestimmt wird, immer dann eintritt, wenn ein Staatsanwalt eine Verfahrensakte anlegt, so verlangt dieses Internum, dass der Staat schlecht vom Bürger denkt, nur die moralische Rechtfertigung in *essentia* oder vor Gott und betrifft nicht die äußere Sphäre der Freiheit des Einzelnen. Die (auch grund- oder menschen-) rechtliche Perspektive, die eine Externalisierung des Staatshandelns voraussetzt, damit Verkürzungen der Rechte des Bürgers eintreten können, ist damit verlassen. Wenn es aber um Rechtsschutz nicht geht (S. 766), warum dann Rechte zuerkennen? Dass es um Moral und nicht um Recht geht, legt die Wortwahl nahe: Verdächtigung als „Zutrauen von etwas Schlechtem“ (S. 766), „moralisches Gewicht der Verdächtigung“ (S. 816).

Ab S. 777 ff. werden die verfahrensbeendenden Entscheidungen durchgemustert. Freisprüche entfalten volle Rechtskraft und enthalten die „formelle Behauptung, dass die Verdächtigung sich nicht bestätigen konnte“ (S. 781). Diese schon zuvor verwendete Redeweise ist nicht nur ungenau, sondern sachlich falsch: Es geht im Strafverfahren nicht um die „Bestätigung“ einer Verdächtigung, sondern um das Erreichen des nötigen Beweismaßes (§ 261 StPO), dementsprechend enthält der Freispruch nur die Aussage, dass das Gericht nicht von der Schuld des Angeklagten überzeugt ist; in den Gründen mag mehr stehen, auch dass der Verdacht bestehen bleibt.

Die Rechtskraft der Verurteilung beruhe auf der Verfahrensduldungsschuld (S. 784 f.), die Rechtskraft einer Maßregelverhängung darauf, dass das Verfahren auch zur Strafe hätte führen können, was beim objektiven Verfahren gem. §§ 413 ff. StPO nicht der Fall ist, das folgerichtig keine Sperrwirkung auslösen müsse (S. 785 f.). Auch Einstellungsurteilen komme volle Rechtskraft zu (S. 793 f.), es sei denn, der Beschuldigte habe die Einstellung beantragt oder durch Täuschung erschlichen (S. 805). Wenn die h.M. Rechtskraft nur bei Einstellungen wegen unbehebbarer Prozesshindernisse anerkenne, so liege darin eine sonst nie bejahte suspekta „positive Feststellungswirkung der richterlichen Entscheidung“ (S. 800) – hier werden Feststellungswirkung (in demselben Verfahren) und Bindungswirkung (anderer Verfahren) verwechselt. Beschränkte Rechtskraft haben die Beschlüsse nach §§ 206a, 205, 153 Abs. 2 StPO (S. 803 ff.). Die Einstellung nach § 154 StPO opfere das Rehabilitierungsrecht des Angeklagten „bedenkenlos dem verfolgten Zweck der Verfahrensvereinfachung“ (S. 809) und sei nach Beginn der

Beweisaufnahme nur mit Zustimmung des Angeklagten zulässig. Der Strafbefehl stehe einem Eröffnungsbeschluss gleich, denn mangels Prozesses sei die Prozessduldungsschuld nicht getilgt, und entfalte daher nur beschränkte Rechtskraft (S. 810 ff.). § 373a StPO beruhe auf bloßer Billigkeit (S. 814).

Wären die Abweichungen von der herrschenden Ansicht bisher im Ergebnis nicht groß, so kommt es ab S. 816 bei der Betrachtung der staatsanwaltschaftlichen Einstellungen zum Schwur: Aus der Perspektive des Beschuldigten dürfe es keinen Unterschied machen, ob ein Gericht oder die Staatsanwaltschaft das Verfahren beendet. Herkömmliche Erwägungen des Vertrauensschutzes werden zurückgewiesen als inhaltleer und deplatziert, zudem dürfe niemand auf den Bestand einer Entscheidung vertrauen, deren Unwahrheit er kennt (S. 820 f.); schließlich wüssten die meisten Schuldigen, dass sie schuldig sind. Hiernach erwächst jeder staatsanwaltschaftliche Einstellungsbeschluss in beschränkte Rechtskraft, die nur bei nova entfällt, wobei „neu“ alles ist, was noch nicht in den Akten steht. Dass der Betroffene vielfach nicht einmal vom Ermittlungsverfahren weiß, wird dabei für unerträglich gehalten (S. 821 f.). Dass diese Rechtskraft ihm nicht viel nutzt, sei irrelevant.

5. Das kurze fünfte Kapitel (S. 837-853) befasst sich mit der Rechtsfolge der Sperrwirkung, die nur die Entscheidung, nicht auch die Gründe entfalten. Für eine darüber hinaus gehende Bindungswirkung gebe es keinen zwingenden Grund (S. 839). Gesperrt sind nur neue Strafverfahren, während Bußgeld- und Disziplinarverfahren zulässig bleiben; in dubio pro reo wird für anwendbar erklärt (S. 842). Verboten sind auch mehrere gleichzeitige Verfahren, aber nicht im Sinne der Gerichtshängigkeit, sondern auch zwei oder mehr parallele Ermittlungsverfahren (S. 846 ff.). In einem Exkurs wird ein Verbot von Rechtsmitteln gegen Freisprüche, wie es aus den USA bekannt ist, erörtert und abgelehnt (S. 848 ff.), weil es auf die Eigenheiten des Geschworenenprozesses zurückgehe, den als irrational zu bezichtigen *Verf.* nicht müde wird.

6. Das sechste und letzte Kapitel (S. 853-1.007) behandelt die „materielle Tiefenstruktur“ (S. 856) der Wiederaufnahme. Herkömmliche Konzeptionen der Wiederaufnahme werden verworfen (S. 865-883), namentlich Beschränkungen auf besonders schwere Fehler zwecks Wahrung der Autorität der Urteile („nackter prozessualer Macchiavellismus“, S. 871) oder der Rechtssicherheit (Instrumentalisierung, S. 875, 880). *Verf.* erkennt an, dass nicht jede fehlerhafte rechtskräftige Entscheidung zu überprüfen sei (S. 879 f.), hält aber eine Wiederaufnahme zugunsten des Betroffenen immer für geboten, wenn eine Verurteilung die Schuld des Betroffenen verfehlt – es fragt sich, ob dann von der Rechtskraft viel übrigbleiben kann – oder nicht auf einem Mindestmaß an Verfahrensgerechtigkeit beruht, zulasten dann, wenn der Betroffene seine Prozessduldungspflicht aktiv verletzt habe (S. 883 f., 897 f.). Die Wiederaufnahme sei nicht als Ausnahme zu konzipieren (S. 892 ff.), sondern sei ein kategorisches Recht des Betroffenen. Der Unterschied zu den ordentlichen Rechtsmitteln bestehe darin, dass diese präventiv und die Wiederaufnahme reparativ sei (*Orano*).

*Verf.* sieht in jedem Urteil, das eine gar nicht oder nicht in dieser Höhe verdiente Strafe ausspricht, – freilich zu Unrecht<sup>26</sup> – eine Verletzung des Schuldprinzips (S. 901 ff.), weshalb § 363 StPO zu eng erscheint. Dies wird in Fallgruppen durchdekliniert, was zu einer weiten Zulassung der Wiederaufnahme propter nova führt, die entgegen § 359 Nr. 5 StPO sowohl tatsächlicher als auch rechtlicher Natur (S. 926 ff.) sein können. Falsche Tatsachenfeststellungen und Rechtsfehler werden als „Wissensfehler“ eingestuft, denen die „Willensfehler“ der Amtspflichtverletzungen gegenüberstehen (S. 918, 931 f.). Als rechtliche nova gelten Rechtsprechungsänderungen (weil dann die frühere Entscheidung falsch gewesen sein müsse), aber nicht Gesetzesänderungen (mangels Verletzung des Schuldprinzips, S. 933 ff.), was aus der Sicht des Betroffenen kaum überzeugt. Bei der ganzen Diskussion lässt *Verf.* einen Aspekt ganz außer Acht, dass sich nämlich die Beweislage aufgrund Zeitablaufs typischerweise verschlechtert, so dass ein wiederaufgenommenes Verfahren nicht zwangsläufig eine höhere Richtigkeitsgewähr bietet als das erste; gleichwohl stimmt er im Ergebnis der restriktiven Handhabung der h.M. bei der Beurteilung der Eignung eines novums zur Erreichung der Wiederaufnahmeziels zu (S. 925).

Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten wegen Verletzung von Verfahrensrecht ist beschränkt auf grundlegende Regeln, deren Missachtung das Verfahren zum Gewaltakt mache (S. 938 ff.), was sich im positiven Recht allerdings kaum wiederfindet.

Bei der Diskussion über die Zulässigkeit einer Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten (S. 956 ff.) werden pauschale Behauptungen, viele Länder hätten sie nicht, zutreffend zurückgewiesen, weil es oftmals funktionale Äquivalente gibt (S. 968 ff.). Etwas unklar bleiben die Ausführungen, wonach der Beschuldigte auch durch unechtes Unterlassen seine Prozessduldungspflicht verletzen kann (S. 972 ff.). Die *lex lata* des § 362 StPO kann *Verf.* nicht erklären und überlässt sie der bloßen Deziision des Gesetzgebers (S. 974 f.). Eine Wiederaufnahme propter nova zuungunsten des Beschuldigten lasse sich überhaupt nicht begründen und wird als Verletzung des Rehabilitationsrechts angesehen (S. 977 ff., 979) – beim zu milde Bestraften von „Rehabilitierung“ zu sprechen, ist eine missliche terminologische Festsetzung (vgl. S. 958). In der Sache läuft dies auf die frühere (S. 636 ff.) *petitio principii* hinaus, dass auch der wirklich Schuldige nur einmal verfolgt werden darf, weil ihn seine Schuld nur zur Duldung *eines* Verfahrens verpflichtet. Aber ein Verfahren weswegen? Aus seinem Ansatz heraus kann *Verf.* beim nicht ausreichend Bestraften weder ein Verbot des Nachschlags in einem neuen noch in demselben Verfahren per Wiederaufnahme begründen. Erst kurz vor Schluss (S. 980 f.) wird wie vereinzelt zuvor (S. 258 f., 637 f.) klargestellt, dass auch der Schuldige „eigenständiger Träger von Verfahrensrechten“ sei und Schuldige wie Unschuldige gleichermaßen das Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung hätten – damit ist freilich sein „drei-säuliges“ Modell der Rechtskraft, deren erste Säule die Schuldtilgung ist, auch als Anknüpfungspunkt für die Wiederaufnahme (zu Recht) über Bord geworfen.

<sup>26</sup> Oben Fn. 9.

Da eine Wiederaufnahme zuungunsten nur bei schuldhafter Verletzung der Prozessduldungspflicht zulässig sei, seien § 362 Nr. 1-3 StPO (S. 985 ff.) entsprechend zu reduzieren und Nr. 4 zu streichen, weil das nachträgliche Geständnis bloß ein novum sei (S. 981 ff.).

III. Insgesamt ist an der Arbeit uneingeschränkt zu loben der rechtsordnungsübergreifende Ansatz, denn dort, wo es nicht nur um Auslegung des nationalen Rechts, sondern um Konzepte geht, ist die Diskussionsrunde universell. Indem *Verf.* an eine universelle Vernunft glaubt, stellt er sich im besten Sinne in die Tradition der Aufklärung; die eigene Auffassung gleich als vorpositives Vernunftrecht auszugeben bezeugt allerdings bemerkenswertes Selbstvertrauen. Lobenswert ist weiterhin der Wille zum System, der große sittliche Ernst, mit dem *Verf.* sich unablässig um Sachgründe bemüht, tradierten Formeln misstraut, Autoritätsappelle zurückweist<sup>27</sup> und der gerade im Strafprozessrecht beliebten und bequemen Unterwerfung unter Belange der Praxis widersteht.

Beklagenswert ist hingegen, dass *Verf.* die versprochene Theorie nicht liefert. Zwar verfügt er über beeindruckende Belesenheit (das Literaturverzeichnis umfasst 124 Seiten), die sich erfreulicherweise auch auf die ältere Literatur erstreckt, aber weder über ein theoretisches Instrumentarium noch über ein adäquates theoretisches Fundament. Die Prämissen, auf denen die Arbeit ruht, bleiben ebenso unterreflektiert wie die zentralen Weichenstellungen im Gedankengang – wenn es darauf ankommt, schweigt *Verf.*, entgegen der eigenen Devise, dass „eine Habilitationsschrift [...] Schwierigkeiten nicht ausweichen“ (S. 799) darf. Stattdessen buchstabiert er seine Intuitionen aus. Gegen Intuitionen kann man aber schlecht argumentieren, man kann sie nur teilen oder nicht. Der Anspruch, nur rationale Gründe gelten zu lassen, wird somit nicht eingelöst, vielmehr leidet die Arbeit dadurch wenigstens in formaler Hinsicht an einem Rationalitätsdefizit – *Alexy*, auf den *Verf.* sich öfters beruft, hält Intuitionismus sogar für „ein Bekenntnis zur Irrationalität“<sup>28</sup> – und stellt sich letztlich als gefühlsbasierte Morallehre oder Gefühlsethik des Strafprozesses dar. *Verf.* beschränkt seine Überlegungen nicht auf die äußere, rechtliche Sphäre der Freiheit, sondern ordnet das Recht der Moral unter. Die Stärke des moralischen Gefühls findet leider keine Entsprechung in Sorgfalt und Konsistenz des Gedankengangs, der viel zu oft oberflächlich bleibt. Vorpositiv – oder besser: als Regelungsmodell – überzeugt daher weder die Strafprozess- noch die Rechtskraftlehre; mit dem positiven Recht sind sie nur zum Teil vereinbar.

Der Haupteinwand richtet sich gegen den Ansatz, dass der „wahre Kampf“ darin liege, „ob es bei der Bestimmung der Rechtskraft um die Interessen der Gesellschaft oder um das Recht des verfolgten Individuums geht“ (S. 755). Da *Verf.* Abwägungen als unzulässig ablehnt, bestimmt er die Rechtskraft allein aus der Perspektive des Einzelnen. Zwar ist ein solcher abwägungsfreier und nicht (wie bei *Kant*) vernunft-

gebändigter Vorrang des Individuums vor Gesellschaft und Staat, wie er in dem vom *Verf.* vertretenen, gänzlich undifferenzierten Instrumentalisierungsverbot zum Ausdruck kommt, durchaus vorstellbar, führt aber ganz woanders hin, entspricht nämlich in der politischen Philosophie der anarchistischen Position; in der Tat erinnert hier manches ein wenig an *William Godwins* libertär-anarchistischen Ansatz.<sup>29</sup> Konsequenterweise ist danach allerdings weder Strafverfahren noch Recht noch Staat anzuerkennen, so dass das Problem der Rechtskraft keines ist. In einem Staat ist der Ansatz dieser Arbeit undurchführbar.

Die weiteren zuvor angemerkten Kritikpunkte bedürfen hier keiner Wiederholung. Erwähnt sei noch ergänzend, dass die ob ihrer Vielzahl offenbar von einem starken Ressentiment getragenen Invektiven gegen das „begriffs-konstruktivistische“ Denken vordergründig erscheinen und leider ihre Entsprechung darin haben, dass *Verf.* selbst es mit Begriffen nicht genau nimmt. So wird insbesondere kein Begriff des Begriffs angeboten und nicht deutlich gemacht, was genau „Begriffs-Konstruktivismus“ sein soll – kontrastiert wird er andeutungsweise mit normativen und inhaltlichen Erwägungen (S. 381) bzw. Sachfragen (S. 563). Fast genauso schlimm mutet ihm „schulmäßige positivistische Gesetzesauslegung“ (S. 504) an, die sich nicht zum gefühlsethischen Durchgriff durchringt. Jedoch kommt geordnetes Denken ohne Begriffe nicht aus. Dass Begriffe keine Gründe abgeben könnten, trifft (entgegen S. 711) nicht zu, weil hinter (gut gebildeten) Begriffen sachliche Erwägungen stehen. Tatsächlich erweist *Verf.* sich selbst bisweilen als lupenreiner Begriffsjurist, wenn er z.B. aus seinem essentialistischen Strafbegriff deduziert, dass ne bis in idem bei Geldbußen nicht gelte, ohne die Interessen des Betroffenen in den Blick zu nehmen, um die es ihm sonst geht.

Dem akribischen Leser sei die Bemerkung gestattet, dass die Arbeit auch deshalb an etlichen vermeidbaren Redundanzen leidet, weil *Verf.* eine starke Neigung zu didaktischer Repetition hat und am Beginn eines Abschnitts ankündigt, was ausgeführt werden wird, die Ausführungen dann am Unterabschnitts- und erneut am Abschnittsende zusammenfasst und die Ergebnisse danach noch einmal kommentiert, auf dass auch der begriffsstutzigste Leser eine reelle Chance auf vollkommenes Verständnis erhalte. Das ist gut gemeint, aber ermüdend.

Wenn man die Prämissen des *Verf.* nicht teilt, liegt der Ertrag des Buches vor allem darin, viele Fragen unter Einbeziehung ausländischer Stimmen noch einmal ernsthaft aufgeworfen, zum Widerspruch gereizt und dadurch allfälligen dogmatischen Schlummer unterbrochen zu haben.

*Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M., Bonn*

<sup>27</sup> Daher mutet es seltsam an, dass dennoch regelmäßig die Autorität einzelner Autoren hervorgehoben wird („kein geringerer als“, „namhafte Vertreter“, „große Denker“, „große Philosophen“).

<sup>28</sup> *Alexy*, AöR 140 (2015), 497 (513).

<sup>29</sup> *Godwin*, An Enquiry concerning Political Justice and Its Influence on General Virtue and Happiness, 2 Bände, 1793.