

HANNA WEYRICH

# Straftheorien und Rechtswirklichkeit

*Studien und Beiträge  
zum Strafrecht*  
34

---

**Mohr Siebeck**

Studien und Beiträge  
zum Strafrecht

Band 34





Hanna Weyrich

# Straftheorien und Rechtswirklichkeit

Kritik der Entgrenzung  
von Strafverfahren

Mohr Siebeck

*Hanna Weyrich*, geboren 1991; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Jena; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Jena; 2020 Promotion; seit 2019 Referendariat am LG Erfurt.  
orcid.org/0000-0003-2090-1730

ISBN 978-3-16-159836-4 / eISBN 978-3-16-159837-1  
DOI 10.1628/978-3-16-159837-1

ISSN 2364-267X / eISSN 2568-7468 (Studien und Beiträge zum Strafrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

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

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2019/20 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena als Dissertation angenommen. Literatur und insbesondere Rechtsprechung konnten bis September 2020 berücksichtigt werden.

Mein Dank gilt zuvorderst meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Heiner Alwart. Er hat die Arbeit durchgehend mit höchstem Engagement begleitet, beständig für geistige Impulse und tatkräftige Unterstützung gesorgt und dabei zugleich immer ein hohes Maß an Freiheit und Eigenständigkeit gefördert. Für seine ausgezeichnete Betreuung und die Schaffung einer intellektuell anregenden Arbeitsatmosphäre gebührt ihm die höchste Wertschätzung.

Daneben danke ich Herrn Prof. Dr. Florian Knauer für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Ihm und Herrn Prof. Dr. Christian Fischer bin ich zudem zu Dank verpflichtet, dass sie die Disputation trotz Behinderungen durch die Covid-19-Pandemie derart unkompliziert ermöglicht haben.

Der Studienstiftung des Deutschen Volkes möchte ich für die Förderung durch ein Promotionsstipendium danken, vor allem auch für das damit verbundene ideelle Angebot, aus dem ich wertvolle Anregungen mitnehmen konnte. Der Stiftung Apfelbaum und insbesondere Herrn Dr. Hans-Martin Schmidt danke ich herzlich für die finanzielle Unterstützung bei der Drucklegung. In diesem Zusammenhang gilt mein Dank auch dem Verlag Mohr Siebeck für die Aufnahme dieser Arbeit in sein Verlagsprogramm.

Überaus dankbar bin ich zudem meinen Lehrstuhl-Kolleginnen, Dr. Amina Hoppe, Dr. Katharina Krämer und Dr. Carolin Weiß für die angenehme Zusammenarbeit, fruchtbare fachliche Gespräche und dass sie mir jederzeit mit Rat und Tat zur Seite standen. Zählen konnte ich auch immer auf Zuspruch und Beistand meiner Freundinnen und Freunde. Dass ich die Promotionszeit über weite Teile gemeinsam mit meinen langjährigen Freundinnen Niovy Sarakinis und Jana Schneider bestreiten durfte, freut mich ganz besonders. Der wechselseitige Erfahrungsaustausch ermutigte und motivierte mich immer wieder.

Meiner Mutter möchte ich meinen tiefen Dank dafür aussprechen, dass sie, seit ich denken kann, Neugier und Wissensdurst ermuntert und gefördert und damit meinen Lebensweg geprägt hat.

Zu guter Letzt gilt mein größter Dank Franziska Weyrich und Philipp Franke, die nicht nur das Korrekturlesen dieser Arbeit übernommen haben, sondern die auch sonst immer für mich da sind und deren Verständnis und Bestätigung dieses Projekt maßgeblich seinen Erfolg verdankt. Ihnen widme ich dieses Buch.

Jena, im Januar 2021

Hanna Weyrich

## Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XV
Einleitung: Programmatik und Methoden .....	1
Erster Teil: Analyse des entgrenzten Strafverfahrens .....	7
Kapitel 1: Ausprägungen des entgrenzten Strafverfahrens ...	9
I. Ökonomisierung: Effizienzsteigerung und Entformalisierung .....	11
II. Medialisierung .....	23
III. Politisierte Aufarbeitungserwartungen .....	37
IV. Opferausrichtung und Psychologisierung .....	47
V. Zusammenwirken und Verstärkereffekte .....	58
VI. Zusammenfassung .....	63
Kapitel 2: Stand der straftheoretischen Kontroverse .....	65
I. Relative Theorien .....	65
II. Absolute Theorien .....	88
III. Expressive Theorien .....	96
IV. Additive Vereinigungstheorien .....	104
V. Zusammenfassung .....	106



Kapitel 3: Die Legitimationsfrage .....	107
I. <i>Legitimationsmängel aufgrund fehlender Kompatibilität von     Rechtswirklichkeit und Straftheorien</i> .....	107
II. <i>Legitimationsmängel aufgrund fehlender Rechtfertigungswirkung     moderner Straftheorien</i> .....	141
III. <i>Einordnung in entgrenzte Strukturen</i> .....	165
IV. <i>Zusammenfassung</i> .....	172
Zweiter Teil: Das Strafverfahren im differenzierenden Phasenmodell .....	175
Kapitel 4: Legitimation der Strafe durch das differenzierende Phasenmodell .....	177
I. <i>Der Begriff der Strafe</i> .....	179
II. <i>Anforderungen an eine Kombinationslösung</i> .....	195
III. <i>Rechtfertigung der Institution Strafe durch Rahmentheorien</i> .....	207
IV. <i>Rechtfertigung des Strafeingriffs durch phasenorientierte     Anwendung der klassischen Straftheorien</i> .....	222
V. <i>Resümee: Zusammenspiel der Theorien im Strafrechtssystem</i> .....	256
Kapitel 5: Konsequenzen für den Strafprozess .....	261
I. <i>Legitimität der Entgrenzungserscheinungen nach dem     differenzierenden Phasenmodell</i> .....	261
II. <i>Notwendigkeit einer Prozessrechtsreform?</i> .....	295
Schlussbetrachtung .....	299
Thesen .....	301
Literaturverzeichnis .....	305
Register .....	319

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XV
Einleitung: Programmatik und Methoden .....	1
Erster Teil: Analyse des entgrenzten Strafverfahrens .....	7
Kapitel 1: Ausprägungen des entgrenzten Strafverfahrens ...	9
<i>I. Ökonomisierung: Effizienzsteigerung und Entformalisierung</i> .....	11
1. Einstellung, insbesondere Einstellung gegen Auflage (§§ 153 ff. StPO) .....	13
2. Verständigung (§ 257c StPO) .....	18
3. Strafbefehl (§§ 407 ff. StPO) .....	20
4. Fazit .....	21
<i>II. Medialisierung</i> .....	23
1. Beispiele einer medialisierten Prozessführung .....	24
a) Mediale Aufmerksamkeit aufgrund des Falles .....	25
b) Mediale Aufmerksamkeit aufgrund der Beteiligten .....	26
c) Mediale Aufmerksamkeit aus gesellschaftspolitischer Motivation .....	29
2. Rechtliche Rahmenbedingungen .....	32
a) Gesetzliche Ausgangslage .....	32
b) Rechtsprechung .....	33
c) Gesetz zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit .....	33
d) Zwischenfazit .....	35
3. Fazit .....	35
<i>III. Politisierte Aufarbeitungserwartungen</i> .....	37
1. Kollektive Vergangenheitsbewältigung .....	38
2. Aufarbeitung von außer-strafrechtlicher Verantwortung .....	43

3. Fazit .....	46
<i>IV. Opferausrichtung und Psychologisierung</i> .....	47
1. Perspektive der Opfer .....	48
2. Opferrechte im Strafprozess .....	54
3. Fazit .....	57
<i>V. Zusammenwirken und Verstärkereffekte</i> .....	58
<i>VI. Zusammenfassung</i> .....	63
<b>Kapitel 2: Stand der straftheoretischen Kontroverse</b> .....	65
<i>I. Relative Theorien</i> .....	65
1. Positive Generalprävention .....	66
a) Die klassische positive Generalprävention oder Integrationsprävention .....	66
b) Freiheitsverbürgung durch positive Generalprävention .....	68
c) Systemtheoretischer Ansatz .....	69
d) Positionierung zu anderen Straftheorien .....	71
e) Rezeption in der Rechtsprechung .....	73
aa) Bundesgerichtshof .....	74
bb) Bundesverfassungsgericht .....	76
f) Fazit .....	78
2. Negative Generalprävention .....	78
a) Allgemeines .....	78
b) Grecos Konzept unter Berücksichtigung von Feuerbachs Theorie .....	79
aa) Prämissen von Grecos Konzept .....	79
bb) Stellungnahme gegenüber anderen Straftheorien .....	81
c) Weitere Befürworter der negativen Generalprävention .....	83
d) Fazit .....	84
3. Spezialprävention .....	85
a) Allgemeines .....	85
b) Heutige Bedeutung .....	85
4. Fazit .....	88
<i>II. Absolute Theorien</i> .....	88
1. Allgemeines zur absoluten Straftheorie .....	88
2. Die „Renaissance der Vergeltungstheorie“ .....	89
3. Moderne Ansätze .....	92
4. Rechtsprechung .....	95
5. Fazit .....	95
<i>III. Expressive Theorien</i> .....	96

1. Ursprünge .....	97
2. Aktuelle Schwerpunkte einer expressiven Theorie in Deutschland .....	99
3. Rezeption und Reaktionen .....	102
4. Fazit .....	104
<i>IV. Additive Vereinigungstheorien</i> .....	104
<i>V. Zusammenfassung</i> .....	106
<b>Kapitel 3: Die Legitimationsfrage</b> .....	107
<i>I. Legitimationsmängel aufgrund fehlender Kompatibilität von Rechtswirklichkeit und Straftheorien</i> .....	107
1. Ökonomisierung .....	108
a) Absolute Theorien .....	108
b) Negative Generalprävention .....	110
c) Spezialprävention .....	111
d) Positive Generalprävention .....	114
e) Expressive Theorien .....	117
f) Zwischenfazit .....	118
2. Medialisierung .....	119
a) Absolute Theorie .....	120
b) Spezialprävention .....	120
c) Generalprävention .....	122
d) Expressive Theorien .....	127
e) Zwischenfazit .....	128
3. Politisierung und Aufarbeitung .....	128
a) Absolute Theorie .....	128
b) Negative Generalprävention .....	130
c) Spezialprävention .....	131
d) Positive Generalprävention .....	132
e) Expressive Theorien .....	133
f) Zwischenfazit .....	134
4. Opferausrichtung und Psychologisierung .....	134
a) Absolute Theorie .....	134
b) Negative Generalprävention .....	136
c) Spezialprävention .....	136
d) Positive Generalprävention .....	137
e) Expressive Theorien .....	138
f) Opferprävention mittels Wiedergutmachung als eigener Strafzweck? .....	139
g) Zwischenfazit .....	140

5. Fazit .....	140
<i>II. Legitimationsmängel aufgrund fehlender Rechtfertigungswirkung moderner Straftheorien</i> .....	141
1. Vorfrage: Legitimationsaufgabe der Straftheorien .....	141
2. Legitimationswirkung der positiven Generalprävention .....	144
a) Problem der Strafbegrenzung .....	144
b) Was kann die Theorie der positiven Generalprävention leisten? .....	148
3. Legitimationswirkung der expressiven Theorien .....	150
a) Ansprüche der expressiven Theorien .....	151
b) Konzeptionelle Probleme als Straftheorie .....	156
4. Additive Vereinigungstheorie .....	161
5. Fazit .....	163
<i>III. Einordnung in entgrenzte Strukturen</i> .....	165
1. Strukturwandel .....	165
2. Überforderung des Strafsystems .....	170
<i>IV. Zusammenfassung</i> .....	172
 Zweiter Teil: Das Strafverfahren im differenzierenden Phasenmodell .....	 175
 Kapitel 4: Legitimation der Strafe durch das differenzierende Phasenmodell .....	 177
<i>I. Der Begriff der Strafe</i> .....	179
1. Notwendigkeit eines gehaltvollen Strafbegriffs .....	179
2. Rechtstheoretische Annäherung an den Strafbegriffskern .....	181
a) Herleitung eines strafbegrifflichen Mindestgehalts aus verschiedenen Ansätzen .....	181
b) Rechtstheoretische Begründung eines Mindestgehalts des Strafbegriffs .....	186
aa) Allgemeiner rechtstheoretischer Hintergrund .....	186
bb) Straftheoretische Ausgestaltung .....	189
c) Synthese eines Strafbegriffs aus faktisch anerkanntem Mindestgehalt und rechtstheoretischer Begründung .....	193
<i>II. Anforderungen an eine Kombinationslösung</i> .....	195
1. Anknüpfung an rechtstheoretische Herleitung .....	196
2. Herausforderungen und Chancen von pluralistischen Rechtfertigungsansätzen .....	197
3. Skizzierung eines differenzierenden Phasenmodells .....	198

<i>III. Rechtfertigung der Institution Strafe durch Rahmentheorien . . . . .</i>	207
1. Positive Generalprävention als konsequentialistische Rahmentheorie der Strafe . . . . .	208
2. Kommunikationstheorien als deontologische Rahmentheorie der Strafe . . . . .	212
3. Gesamtbetrachtung und Konsequenzen . . . . .	219
<i>IV. Rechtfertigung des Strafeingriffs durch phasenorientierte Anwendung der klassischen Straftheorien . . . . .</i>	222
1. Strafnorm und Abschreckungsprävention . . . . .	223
2. Strafverfahren und retributive Theorie . . . . .	226
a) Verhältnis von Straf- und Prozesstheorie . . . . .	228
b) Prozessziele . . . . .	229
aa) Wahrheitserkundung . . . . .	232
bb) Gerechtigkeitsverwirklichung . . . . .	234
cc) Herstellung von Rechtsfrieden . . . . .	238
c) Prozessmaximen . . . . .	241
aa) Strukturprinzipien . . . . .	243
bb) Unschuldsvermutung . . . . .	246
cc) Fair trial . . . . .	246
dd) Grundlegende Beschuldigtenrechte . . . . .	247
ee) Formgrundsätze . . . . .	248
ff) Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege . . . . .	250
gg) Zwischenfazit . . . . .	250
d) Pragmatismus und Präventionsdenken im Prozess? . . . . .	251
e) Fazit . . . . .	254
3. Strafvollstreckung und Spezialprävention . . . . .	255
<i>V. Resümee: Zusammenspiel der Theorien im Strafrechtssystem . . . . .</i>	256
<b>Kapitel 5: Konsequenzen für den Strafprozess . . . . .</b>	<b>261</b>
<i>I. Legitimität der Entgrenzungserscheinungen nach dem differenzierenden Phasenmodell . . . . .</i>	261
1. Kritische Bewertung der Ökonomisierung . . . . .	262
a) Strukturelle Veränderung: Verhältnis von Ermittlungs- und Hauptverfahren . . . . .	262
b) Verhältnis zur klassischen Prozesstheorie . . . . .	264
aa) Prozessziele . . . . .	264
bb) Struktur- und Formprinzipien . . . . .	266
cc) Beschuldigtenschutz . . . . .	268
c) Konsensprinzip – Einführung eines systemfremden Elements	270
d) Fazit . . . . .	271

2.	Kritische Bewertung der Medialisierung .....	273
	a) Sinn und Zweck des Öffentlichkeitsgrundsatzes .....	274
	b) Unschuldsvermutung .....	275
	c) Einschränkung einer effektiven Wahrnehmung von Beschuldigtenrechten .....	277
	d) Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung .....	278
	e) Fazit .....	279
3.	Kritische Bewertung der Politisierung .....	281
	a) Ungleichbehandlung und Rechtsstaatlichkeit .....	281
	b) Extremfall: Feindstrafrecht .....	282
	c) Anklagegrundsatz .....	283
	d) Instrumentalisierungsverbot .....	284
	e) Fazit .....	284
4.	Kritische Bewertung der Opferausrichtung .....	285
	a) Wahrheitsermittlung .....	285
	b) Beschuldigtenrechte .....	286
	c) Verfahrensbalance .....	289
	d) Reprivatisierung und staatlicher Strafanspruch .....	289
	e) Fazit .....	291
5.	Zusammenfassung .....	292
	<i>II. Notwendigkeit einer Prozessrechtsreform?</i> .....	295
	Schlussbetrachtung .....	299
	Thesen .....	301
	Literaturverzeichnis .....	305
	Register .....	319

## Abkürzungsverzeichnis

AE/AE-StGB	Alternativ-Entwurf Strafgesetzbuch
AE-ASR	Alternativ-Entwurf Abgekürzte Verfahren im Rechtsstaat
AG	Amtsgericht
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AT	Allgemeiner Teil
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BR-Drs	Bundesratdrucksache
BT-Drs	Bundestagsdrucksache
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DJT	Deutscher Juristentag
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMÖGG	Gesetz über die Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren
et al.	et alia
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
f./ff.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
GS	Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
i.e.	id est
i.E.	Im Ergebnis
insb.	insbesondere
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap	Kapitel
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
LTO	Legal Tribune Online
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MüKo	Münchener Kommentar
NJW	Neue Juristische Wochenschrift



NSZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NSU	Nationalsozialistischer Untergrund
O.V.	Ohne Verfasser
OLG	Oberlandesgericht
ORRG	Opferrechtsreformgesetz
OWi	Ordnungswidrigkeit
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und Bußgeldverfahren
Rn	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
s.E.	seines Erachtens
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
StPO	Strafprozessordnung
StrafFO	StrafverteidigerForum
StV	Strafverteidiger
u.a.	unter anderem
u.v.m.	und viele mehr
Vgl	vergleiche
Wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
z.B.	zum Beispiel
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStV	Zentrales Staatsanwaltliches Verfahrensregister
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

## Einleitung: Programmatik und Methoden

„Die rechtstheoretischen Grundbegriffe geben dem juristischen Denken festen Halt und zielsichere Richtung. Sie müssen dem Juristen bei der Auslegung und Anwendung jeder einzelnen prozessualen Bestimmung gegenwärtig sein; dann bewahren sie ihn vor einem schwankenden Pragmatismus.“ – Eberhard Schmidt<sup>1</sup>

Das Strafrecht befindet sich gegenwärtig im Umbruch. Die der Straflegitimation dienenden Straftheorien und die Ausgestaltung des Strafprozesses sind dabei ebenso im Fluss wie das Grundverständnis davon, was überhaupt von der Institution Strafe zu erwarten ist.

Aufgrund ihrer praktischen Bedeutung sind die Veränderungen des Strafprozesses besonders offensichtlich. Sie betreffen verschiedene Aspekte der Prozessführung und lassen sich trotz gewisser Überschneidungen und Wechselwirkungen untereinander in vier zentralen Erscheinungsformen beschreiben: Die *Ökonomisierung* des Prozesses, die im Zeichen wirtschaftlicher Effizienz der Strafverfolgung steht, eine zunehmende Prägung durch die Medienpräsenz im Prozess, die sich als *Medialisierung* bezeichnen lässt, eine *Politisierung*, die allgemeine gesellschaftliche Aufarbeitung in das prozessuale Forum hineinträgt sowie eine *Opferausrichtung* und *Psychologisierung*. Zusammen führen diese Entwicklungen zu strukturellen Veränderungen des Prozesses, der sich dadurch zunehmend von der ursprünglichen Prozesskonzeption der Strafprozessordnung entfernt. So kommt es zu Auflösungserscheinungen der ursprünglich bestehenden Strukturen.

Diese einzelnen Aspekte der Ökonomisierung, Medialisierung, Politisierung und Opferausrichtung werden nur teilweise als zusammenhängende Entwicklung thematisiert. So weist *Eser* 1992 auf die Justizüberforderung mit der Konsequenz von Absprachen, einen veränderten Umgang in der Opferbeteiligung und eine Pervertierung der Öffentlichkeit durch die Massenmedien als strukturelle Veränderungen am Prozess hin.<sup>2</sup> Auch *Prittitz* greift ähnliche Phänomene in Bezug auf die Medienöffentlichkeit, die Opferbeteiligung, historische Aufarbeitung, Läuterung und Dokumentation von Staatsversagen auf.<sup>3</sup> In der nicht-rechtswissenschaftlichen Außenwahr-

---

<sup>1</sup> *Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz (1), 4.

<sup>2</sup> *Eser*, ZStW 1992, 361.

<sup>3</sup> *Prittitz*, in: GS Weßlau, 253.

nehmung werden diese Veränderungen ebenfalls bemerkt, wie ein Beitrag der Journalistin *Friedrichsen* zeigt, der im Schwerpunkt auf die Verschiebungen im Bereich der Medien sowie die Verständigung eingeht, aber auch auf die zunehmende Bedeutung der Opfer und Nebenklage.<sup>4</sup>

Eine Einordnung vergleichbarer Beobachtungen in einen größeren Zusammenhang des allgemeinen Strafverständnisses nimmt jüngst *Zabel* vor.<sup>5</sup> Sie werden dort als Erscheinungsformen eines „postreformierten Prozesses“ zusammengefasst und es wird die Frage aufgeworfen, inwiefern ein solcher postreformierter Prozess sich noch in bestehende Legitimationsmodelle der Strafe insgesamt einfügt.<sup>6</sup>

Die Dimension der Legitimation durch die Straftheorien angesichts dieser prozessualen Strukturveränderungen ist jedoch noch wenig thematisiert. Tatsächlich greifen aktuelle Untersuchungen zu den einzelnen Veränderungen auf prozessualer Ebene zwar neuerdings immer mehr die Frage auf, inwiefern diese sich in die bestehenden Legitimations- und Rechtfertigungstheorien einfügen. So untersucht *Schmitz-Remberg* die Verständigung auf ihre Kompatibilität mit den Straftheorien<sup>7</sup> und *Pielow* betrachtet die mediale Ausgestaltung des öffentlichen Strafverfahrens im Lichte der Straftheorien.<sup>8</sup> Gesamtbetrachtungen dieser Entwicklungen und ihre Wirkung auf das Legitimationssystem sind bisher hingegen eher rar, doch machen diese punktuellen Analysen die Notwendigkeit deutlich, eine kritische Einordnung dieser Phänomene in das Gesamtsystem der Strafe und die zugrunde gelegten Rechtfertigungstheorien vorzunehmen.

Ein notwendiger Zusammenhang zwischen der theoretischen Legitimation von Strafe und der Prozessgestaltung ergibt sich schon aus der Grundfunktion des Prozesses: durch den Prozess, geregelt durch das Verfahrensrecht, beginnt das materielle Recht erst real zu existieren.<sup>9</sup> Die hinter dem materiellen Strafrecht stehenden Ideen und Ideale, einschließlich der legitimierenden Straftheorien sind also darauf angewiesen, durch eine entsprechende Ausgestaltung des Strafverfahrens in Realität zu erwachsen. Zu Recht wird daher verschiedenen Orts davon ausgegangen, dass sich die Straftheorien auf den Strafprozess auswirken. *Pawlik* beispielsweise nimmt an, dass das gesamte Strafrechtssystem, einschließlich der Grundzüge des Verfahrensrechts, durch die zugrunde gelegten Straftheorien bestimmt wird.<sup>10</sup> Ebenso äußert *Hörnle*, dass was bestraft werde und wie bestraft werde, maß-

---

<sup>4</sup> *Friedrichsen*, StV 2012, 631.

<sup>5</sup> *Zabel*, GA 2011, 347; *Zabel*, Die Ordnung des Strafrechts.

<sup>6</sup> *Zabel*, Die Ordnung des Strafrechts, 9.

<sup>7</sup> *Schmitz-Remberg*, Verständigung und positive Generalprävention.

<sup>8</sup> *Pielow*, Öffentliches Strafverfahren – Öffentliche Strafen.

<sup>9</sup> Vgl. Löwe/Rosenberg (27)/*Kühne*, Einleitung, B Rn. 9.

<sup>10</sup> *Pawlik*, Person, Subjekt, Bürger, 13.

geblich davon abhängen, warum Strafe verhängt würde.<sup>11</sup> Das Strafsystem muss demnach im Gesamtzusammenhang gesehen werden: größere Veränderungen auf der Ebene der Strafrealität sind daher auch auf Wechselwirkungen mit anderen Ebenen der Strafe zu untersuchen.

Wie wichtig dabei die rechtstheoretische Grundlage für die Legitimität des gelebten Strafrechts in Gestalt des Strafprozesses ist, wenn dieses sich nicht in der Beliebigkeit eines „schwankenden Pragmatismus“ verlieren soll, kommt auch in dem vorangestellten Zitat *Schmidts* deutlich zum Ausdruck.

So selbstverständlich diese Grundprämisse erscheint, so wird doch nicht einheitlich beantwortet, welche Konsequenzen aus eventuellen Friktionen zu ziehen sind. Einerseits werden Widersprüche zwischen Straftheorie und Rechtswirklichkeit für ein Anzeichen gehalten, dass es der Realität an Legitimität fehlt und sie daher anzupassen ist.<sup>12</sup> Andererseits sind die Straftheorien in ihrer Ausrichtung immer auch zeit- und kulturabhängig.<sup>13</sup> Tatsächlich ist wohl davon auszugehen, dass ein gewisses Wechselwirkungsverhältnis zwischen Theorie und Praxis besteht. Das erschwert es jedoch zu erkennen, ob eine neue theoretische Ausrichtung praktische Entwicklungen ermöglicht oder ob umgekehrt Veränderungen in der Praxis erst ein theoretisches Umdenken nach sich ziehen.<sup>14</sup> Gerade dieser wechselseitig prägende Einfluss macht es erforderlich, die Gesamtheit des Strafens im Blick zu behalten, um zu verhindern, dass sich Entwicklungen innerhalb eines solchen Wechselwirkungsverhältnisses allzu unkontrolliert verselbstständigen.

Im Folgenden sollen daher im ersten Teil zunächst die heutige Rechtswirklichkeit und der gegenwärtige Stand der Straftheoriendebatte dargestellt werden. Anschließend ist zum einen zu analysieren, ob die Theorien diese Prozessrealität erfassen und zum anderen, inwiefern die herrschenden Theorien überhaupt Legitimationswirkung entfalten können und wie sich die hier zu Tage tretende Legitimationsproblematik in das moderne Verständnis von Strafe und die Erwartungen an diese Institution einfügt. Dabei ist zu klären, welche Anforderungen an eine straftheoretische Legitimation zu stellen sind. Aus den hieraus gewonnenen Erkenntnissen soll im zweiten Teil ein straftheoretisches Modell entwickelt werden, das der zunehmenden Komplexität eines modernen Strafsystems grundsätzlich gewachsen, dabei aber in der Lage ist, klare Grenzen legitimer Strafverfolgung aufzuzeigen. Anhand dieses Modells sind schließlich die beschriebenen Prozessveränderungen kritisch zu durchleuchten.

Faktische und normative Entwicklungen in der Prozessrealität und der straftheoretischen Legitimationsgrundlage müssen also wechselseitig be-

---

<sup>11</sup> Hörnle, JZ 2006, 950, 957.

<sup>12</sup> So Greco, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 204.

<sup>13</sup> Vgl. Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 284 f.

<sup>14</sup> Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe, 34.

trachtet werden. Das erfordert einen rechtstheoretischen Ansatz, der es erlaubt, Sinnhaftigkeit und Zweckmäßigkeit der gegenwärtigen Strafrealität anhand abstrakter Kriterien zu bewerten. Das ist nur durch Beobachtung und Analyse dieser Rechtswirklichkeit möglich.

Die Beobachtungen, die im ersten Kapitel gemacht werden, sollen daher einen Eindruck von den verschiedenen Entgrenzungserscheinungen vermitteln. Eine empirische Auswertung der einzelnen Phänomene ist dabei schon aufgrund ihres diffusen und häufig latenten Auftretens kaum möglich. Teilweise lassen sie sich zwar durch quantitative Erhebungen fassen, teilweise kommt es aber auch gerade auf die allgemeine Wahrnehmung an, die oftmals nicht empirisch feststellbar ist, sich aber in öffentlicher Berichterstattung und Wortmeldung widerspiegelt.<sup>15</sup> Insofern ist häufig auch auf Einzelfälle zu rekurrieren, die einerseits Kristallisationspunkt einer bestimmten Entwicklung, andererseits aber auch Anlass für eine bestimmte Reaktion sein können. Entscheidend ist, dass eine Rückwirkung auf den Prozess und seine Strukturen erfolgt, sei es durch Gesetzgebung, Rechtsprechung oder Justizpraxis. Was der Prozess aufnimmt, ist nämlich ebenfalls oft nicht auf eine empirische Analyse gestützt, sondern folgt dem diffusen Entwicklungsverlauf eher reflexartig als systematisch.

Zugleich drängt die daraus erwachsende Strafrealität zu der Frage, wie der Prozess tatsächlich ausgestaltet sein sollte, und verlangt nach einer strafrechtsphilosophischen Klärung,<sup>16</sup> wenn es um die Entscheidung für ein straftheoretisches Modell geht.

Methodisch entspricht das hier gewählte Vorgehen am ehesten einer hermeneutisch-analytischen Rechtslehre, mit der ein „Horizont-Apriori“ geschaffen werden soll.<sup>17</sup> Das bedeutet, dass Aussagen über typische Rechtsprobleme einer modernen Gesellschaft getroffen werden, ohne sich in unverbindlicher Beliebigkeit zu verlieren, indem Form und Gestalt der

---

<sup>15</sup> Vgl. zur Problematik empirischer Erkenntnisgewinne für die Fragen der Rechtswissenschaft im Spannungsfeld zwischen Verfahrensrecht und Verfahrenswirklichkeit, Theorie und Praxis: Löwe/Rosenberg (27)/Kühne, Einleitung, B Rn. 66 ff.

<sup>16</sup> Vgl. Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 21 f., wonach Rechtstheorie eher der Versuch ist, ein konkretes Recht und Rechtssystem in seinen realen Funktionsabläufen zu begreifen, während es bei der Rechtsphilosophie um das normative „Warum?“ hinter dieser Rechtsrealität geht. Die vorliegende Arbeit tangiert insofern beide Ebenen, indem einerseits die reale Situation analysiert und eingeordnet wird (rechtstheoretisch) und andererseits dahinterstehende Begründungen für eine kritische Bewertung der Legitimierbarkeit dieser Realität herangezogen werden (rechtsphilosophisch). Zugleich wird von Rüthers/Fischer/Birk ein gewisses Verschwimmen dieser verschiedenen Zweige angenommen (Rn. 20) und an anderer Stelle werden diese Teilbereiche als unterschiedliche Funktionen der Rechtstheorie aufgefasst, nämlich eine empirische, eine analytische und schließlich eine normative (Rn. 24–26; zusammenfassend Rn. 47).

<sup>17</sup> Alwart, JZ 1990, 883, 885.

Rechtskultur wirklichkeitsbezogen auf einen abstrakten Nenner gebracht werden.<sup>18</sup>

Ein solcher Ansatz hat den Vorzug, dass er auf eine Verknüpfung von sozialer Wirklichkeit, Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie ausgerichtet ist,<sup>19</sup> weswegen er dieser Arbeit zugrunde gelegt wird. Es geht also zugleich darum, die Realität des Rechts zu verstehen und dessen Grundgehalt im Bewusstsein einer gewissen Relativität und Veränderlichkeit dieser gesellschaftlich bedingten Normenordnung zu erfassen,<sup>20</sup> dabei aber das Verständnis des Rechts als „einheitliches, logisch geordnetes Ganzes“ zu begreifen, das sodann notwendigerweise gewisse Systematiken und Strukturen ausbildet.<sup>21</sup> So wird schon konzeptionell die Spannung abgebildet, die sich im Recht zwangsläufig daraus ergibt, dass zwar einerseits die Relativität der Gesellschaftsordnung zu akzeptieren ist, eine völlige Beliebigkeit der gelebten Realität mithilfe gewachsener Strukturen aber andererseits zugleich verhindert werden muss.<sup>22</sup>

Da gerade in der Auseinandersetzung mit straftheoretischen Fragen Begrifflichkeiten zwar eine entscheidende Rolle spielen,<sup>23</sup> jedoch nicht immer einheitlich verwendet werden und so für eine gewisse Verwirrung sorgen können, sollen im Folgenden noch einige zentrale Begriffe und Konzepte geklärt und wenn nötig voneinander abgegrenzt werden.

Oftmals werden die Begriffe von Straftheorien, Strafrechtstheorien und Strafzwecktheorien synonym verwendet, was zu Unschärfen in der Diskussion führt.<sup>24</sup> „Straftheorien“ soll hier als Oberbegriff für die existierenden Rechtfertigungstheorien verwendet werden, er meint also die absolute Theorie, die verschiedenen relativen Theorien sowie die expressive Theorie.<sup>25</sup>

---

<sup>18</sup> Alwart, JZ 1990, 883, 885; Schönwälder-Kuntze, Philosophische Methoden zur Einführung, 85 ff.

<sup>19</sup> Vgl. Alwart, JZ 1990, 883, 885.

<sup>20</sup> Alwart, JZ 1990, 883, 885; Schönwälder-Kuntze, Philosophische Methoden zur Einführung, 85 ff., wo als Charakteristik eines hermeneutischen Ansatzes einerseits die grundsätzliche Veränderlichkeit gesellschaftlicher und damit auch normativer Realitäten anerkannt wird, diese aber andererseits ein ständiges Neu-Verstehen und Hinterfragen dieser Situation erforderlich macht, s. insb. 86 f.

<sup>21</sup> Weinberger, Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftsforschung 1973, 356, 358 f., über eine strukturanalytische Jurisprudenz in Anknüpfung an rechtstheoretische Traditionen von Austin über Kelsen, Hart und andere Rechtstheoretiker.

<sup>22</sup> Vgl. auch Hörnle, in: FS 200 Jahre Juristische Fakultät der HU Berlin, 1265, 1275 f., wo sie ebenfalls eine analytische Strafrechtsphilosophie fordert, in der „Rationalität, Begriffsklärung, Widerspruchsfreiheit und Kohärenz“ gefragt seien.

<sup>23</sup> Vgl. Hörnle, in: FS 200 Jahre Juristische Fakultät der HU Berlin, 1265, 1275.

<sup>24</sup> Vgl. zur Problematik Greco, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 203 f.

<sup>25</sup> Detailliert zu den einzelnen Straftheorien, s. Kap. 2.

Strafzwecke und folglich auch die Strafzwecktheorien enthalten bereits begrifflich eine konsequentialistische Ausrichtung („Zweck“) und können daher von vornherein nur für die folgenorientierten relativen Straftheorien gelten, nicht hingegen für absolute Straftheorien, denen eine Zweckausrichtung gerade fehlt.

Eine weitere Unterscheidung wird zwischen Straftheorien und Strafrechtstheorien vorgenommen, je nachdem ob es um die Aufgaben der Strafe und ihrer Rechtfertigung in ihrer konkreten Wirkung gegenüber dem Bestraften geht oder um die Ziele und Aufgaben des Strafrechts als solchem.<sup>26</sup> Die darin anklingende Unterscheidung zwischen der Rechtfertigung der Strafe, beziehungsweise des Strafrechts als Institution, und der Strafe in ihrer realen Ausübung wird einen zentralen Punkt der vorliegenden Arbeit ausmachen, wobei der Begriff der Strafrechtstheorien aufgrund der Verwechslungsgefahr eher zu vermeiden ist und die Rechtfertigung auf institutioneller Ebene deswegen durch „Rahmentheorien“ erfolgen wird, die Rechtfertigung der realen Strafumsetzung hingegen durch die Straftheorien im engeren Sinne.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Vgl. z.B. *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 281 f.; *Schmidhäuser*, Strafrecht AT, 2. Kap. Rn. 4.

<sup>27</sup> Dazu mehr in Kap. 4.

*Erster Teil*

## Analyse des entgrenzten Strafverfahrens





## Kapitel 1

# Ausprägungen des entgrenzten Strafverfahrens

Der Strafprozess ist gegenwärtig Veränderungen ausgesetzt, die ihn zunehmend von seinen Wurzeln im sogenannten „reformierten Strafprozess“<sup>1</sup> entfernen. Einige dieser Veränderungen betreffen eher das Ermittlungs-, andere das Hauptverfahren, teils ist es auch gerade das Verhältnis dieser beiden Verfahrensabschnitte zueinander, das sich wandelt. Dabei scheinen die einzelnen Umformungen oftmals gar nicht so gravierend, vor allem da sie sich nicht selten langsam und sukzessive durchsetzen. Erst wenn man von diesen Entwicklungs- und Veränderungsprozessen einen Schritt zurücktritt und die moderne Konflikterledigung insgesamt im Vergleich zu den Ursprüngen im reformierten Prozess betrachtet, wird ihr Ausmaß deutlich. Ihnen allen ist gemein, dass prozesseexterne Interessen auf verschiedene Weise die strafprozessuale Struktur verändern. Der Prozess reagiert auf die so zunehmend entstehende Komplexität, indem er sich für diese Interessen öffnet, teilweise unter Auflösung seiner eigentlichen Strukturen. Den Prozessstrukturen droht auf diese Weise, eine klare Kontur verloren zu gehen. Insgesamt können diese Veränderungen als *Entgrenzungen* des Strafprozesses bezeichnet werden.

Ausgangs- und Vergleichspunkt für jede Untersuchung des Strafprozesses, ist nach wie vor das Normalverfahren des reformierten Strafprozesses.<sup>2</sup> Dieses hatte sich im 19. Jahrhundert sukzessive herausgebildet und wurde in der Reichsstrafprozessordnung von 1877 positiviert.<sup>3</sup> Dort kulminierten die seit der Märzrevolution und Paulskirchenverfassung unternommenen Bemühungen um ein deutschlandweit einheitliches Strafverfahren<sup>4</sup> in einer liberal-rechtsstaatlichen Ansprüchen verpflichteten Verfahrensordnung.<sup>5</sup> Diese neue Prozessordnung sollte die staatliche Strafgewalt auf rationale

---

<sup>1</sup> Zum reformierten Prozess statt vieler: *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 70 Rn. 8; *Rüping/ Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, Rn. 243 ff.

<sup>2</sup> Zum Begriff des „Normalverfahrens“ vgl. *Fezer*, ZStW 1994, 1, 2 ff.; *Fezer*, StV 1995, 263; *Zabel*, Die Ordnung des Strafrechts, 449.

<sup>3</sup> Allgemein zur historischen Entwicklung des Strafverfahrens und der StPO seit dem 19. Jahrhundert: *Roxin*, Strafverfahrensrecht, Kap. 15.

<sup>4</sup> Löwe/Rosenberg (27)/Kühne, Einleitung, F Rn. 5.

<sup>5</sup> *Eser*, ZStW 1992, 361, 363 ff.; *Weigend*, ZStW 1992, 486.

Weise legitimieren.<sup>6</sup> Sie ist geprägt von den Grundsätzen eines in den Jahrzehnten zuvor von Denkern wie Kant und Feuerbach entwickelten aufgeklärten Strafrechts<sup>7</sup> und den Forderungen nach effizienter Wahrheitserkundung, gesichert durch Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens.<sup>8</sup> Mit dieser Programmatik und präzisen Regelungstechnik war der reformierte Prozess ein Prototyp des rechtsstaatlich-liberalen Strafverfahrens kontinentaleuropäischen Zuschnitts.<sup>9</sup> Der reformierte Prozess ist insofern immer auch in seiner Stoßrichtung als Gegenmodell und Weiterentwicklung des altdeutschen, gemeinrechtlichen Inquisitionsprozesses, der geheim und schriftlich geführt wurde, und den daraus erwachsenden Nachteilen zu sehen.<sup>10</sup> Zentrale Prozessgrundsätze wie Akkusations-, Offizial- und Legalitätsprinzip verpflichten diesen Prozesstyp neuen Charakters auf den liberalen Rechtsstaat.<sup>11</sup> Damit wird der reformierte Strafprozess zugleich zum „Machtbegrenzungsinstrument“,<sup>12</sup> das staatliche Herrschaft und ihre Übergriffigkeit gegen den einzelnen Bürger einhegen und relativieren soll und eine echte Legitimation dieser Strafgewalt erst durch die komplexe interne Ausbalancierung von Macht schafft.<sup>13</sup>

Eine erste einschneidende Modifikation erfuhr der reformierte Strafprozess 1924 durch die finanzpolitisch motivierte „Lex Emminger“, die mit ihrer Abschaffung der Geschworenengerichte und Ausweitungen der Einzelrichterzuständigkeit und des Strafbefehlsverfahrens grundlegende Strukturveränderungen dieses Prozessgleichgewichts herbeiführte und als Krise des rechtsstaatlichen Strafprozesses empfunden wurde.<sup>14</sup>

Dass diese Änderungen letztlich nicht zum Ende des Rechtsstaats führten, mag dazu verleiten, auch die aktuellen Sorgen angesichts der Prozessentgrenzungen für übertrieben zu halten, selbst wenn sie die Verfahrensstruktur vergleichbar stark tangieren wie ihrerzeit die Emminger'sche Gesetzgebung.<sup>15</sup> Um das Ausmaß beurteilen zu können, gilt es, einen Überblick über die aktuellen Veränderungen und ihr Zusammenwirken zu schaffen, der es erlaubt, im weiteren Verlauf die Auswirkung auf die Prozessstruktur und ihre Konstanten zu beurteilen.

<sup>6</sup> Vgl. Zabel, Die Ordnung des Strafrechts, 263.

<sup>7</sup> Vgl. Zabel, Die Ordnung des Strafrechts, 264 ff.

<sup>8</sup> Vgl. Zabel, Die Ordnung des Strafrechts, 267 f.

<sup>9</sup> Weigend, ZStW 1992, 486.

<sup>10</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 17 Rn. 3.

<sup>11</sup> Vgl. zu den Prozessgrundsätzen und ihren Hintergründen Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 10; s. zur Einordnung der Prozessmaximen in zentrale Verfahrenscharakteristika auch unten Kap. 4 IV. 2.

<sup>12</sup> Zabel, Die Ordnung des Strafrechts, 651.

<sup>13</sup> Vgl. Zabel, Die Ordnung des Strafrechts, 271.

<sup>14</sup> Hoyer, in: FS Beck (Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert), 799, 801 ff., m.w.N.

<sup>15</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 17 Rn. 8b.

# Register

- Abschreckungsprävention *siehe* Negative Generalprävention  
Aufarbeitungserwartungen *siehe* Politisierung
- Deontologisches Prinzip 187, 192, 212, 226  
Differenzierendes Phasenmodell 204
- Entgrenzungserscheinung *siehe* Prozessentgrenzung
- Gröning-Prozess 40, 48, 102, 128, 134
- Integrationsprävention 66, 68
- Kommunikationstheorie **217**  
Konsensprinzip 167, **270**  
Konsequentialistisches Prinzip 187, 192, 208
- Loveparade-Prozess 45, 49, 127
- Medialisierung **23**, 119, 273  
Moral Agent *siehe* Moralischer Akteur  
Moralischer Akteur 214
- Negative Generalprävention 78, 110, 126, 130, 136, 223
- NSU-Prozess 29, 43, 129, 133
- Ökonomisierung **11**, 108, 262  
Opferausrichtung **47**, 98, 100, 103, 134, 153, 285
- Politisierung **37**, 128, 281  
Positive Generalprävention **66**, 114, 122, 132, 137, 144, 209  
Prozessentgrenzung 4, 9, 58, 107, 140, 165, 171  
Prozessziele 229, 264  
Psychologisierung *siehe* Opferausrichtung
- Rahmentheorie 92, 137, **204**, **207**  
Relative Gerechtigkeit **219**, 231f., 236  
Resozialisierung 86, 94
- Spezialprävention **85**, 111, 120, 131, 136  
Strafbegriff 103, 151, 157, **179**  
Straftheorien 5, 65, 198, 222  
– absolute 65, **88**, 96, 108, 120, 134, 212  
– expressive **96**, 117, 127, 133, 138, 150  
– relative 65, 212  
– retributive **227**  
Strafübel 90, 94, 97, 152, 157, 181, 185, 210  
Strafzwecktheorie *siehe* Straftheorie
- Tadel 97, 151, 157, 185, 215  
Teleologisches Prinzip *siehe* Konsequentialistisches Prinzip
- Unwerturteil 181, 185, 212
- Vereinigungstheorie 104, 161, 195  
Vergeltung 95, 135

