

Herzstück der strafrechtlichen Theoriebildung ist das materielle Recht und in diesem der Allgemeine Teil, der traditionell als Projektionsfläche für Theorieangebote fungiert, die das positive Recht mit einer vorpositiven Deutungsmatrix verknüpfen.<sup>1</sup> Im Verfassungs- und Verwaltungsrecht nimmt eine von der Auslegung des geltenden Rechts abstrahierte Theoriebildung in jüngerer Zeit wieder an Fahrt auf, nachdem die Formation des Öffentlichen Rechts in der Nachkriegszeit bald und dann über Dekaden von der Dogmatik des positiven Rechts – teils im Kielwasser der Rechtsprechung,<sup>2</sup> sehr oft aber auch vorangetrieben von der Staatsrechtslehre<sup>3</sup> – dominiert wurde. Im Strafrecht blieben hingegen die langen Traditionen der Theoriebildung ungebrochen,<sup>4</sup> bisweilen in einem markanten Vintage-Style<sup>5</sup> auch irritationsresilient gegenüber den Zumutungen der politischen Gesetzgebung. Dass Fokus, Prämissen und Methoden der Theoriebildung im materiellen Strafrecht, im Verwaltungsrecht und im Verfassungsrecht durchaus unterschiedlich sind, namentlich dem Öffentlichen Recht die starke Selbstvergewisserung durch die Rechtsphilosophie,<sup>6</sup> die das Strafrecht auszeichnet, überwiegend fehlt, soll hier nur erwähnt werden.

Ungeachtet dessen kennt auch die strafrechtliche Landkarte Flecken, die vielleicht nicht weiß, aber doch noch recht wenig konturiert erscheinen. Zutreffend wurde festgestellt: „Das Strafprozessrecht ist das Stiefkind der Strafrechtswissenschaft.“<sup>7</sup> Mit einer echten Strafprozessrechtstheorie beschäftigen sich – obgleich es natürlich immer wieder Arbeiten gibt<sup>8</sup> – immer noch zu wenige Stimmen.<sup>9</sup> Zum Kreis der-

jenigen, die sich gerade um die Analyse der grundlegenden Strukturen des Strafprozessrechts verdient gemacht und hierbei eine institutionelle Verfahrensidee als gesellschaftliches Kommunikationsformat entworfen haben, gehört mein Fakultätskollege Carl-Friedrich Stuckenberg.

## I. Theorie und Ordnungsidee

Ordnungsidee bedeutet nicht, „aus einem vorgefertigten und abgeschlossenen Gefüge von Rechtserkenntnissen zu deduzieren“,<sup>10</sup> sondern Strukturprinzipien aufzuzeigen, zu beobachten und theoretisch zu unterfüttern,<sup>11</sup> die den kontingenten Entwicklungen des geltenden Rechts Ankerpunkte für die Zuschreibung von Bedeutung vermitteln. Mit Eberhard Schmidt-Aßmann soll eine Ordnungsidee dazu beitragen, „sich immer wieder der größeren Zusammenhänge, der durchlaufenden Entwicklungslinien und der Adäquanz der in den einzelnen Rechtsinstituten getroffenen Zuordnungen zu vergewissern.“<sup>12</sup>

Staatliche Strafrechtspflege ist ein institutioneller Zusammenhang, in dem reaktiven Handlungen ihre eigentümliche Bedeutung erst durch Organisation und Verfahren vermittelt werden muss. Dass Strafe ein kommunikativer Akt ist (ein öffentlicher Widerspruch zum in der Tat zum Ausdruck kommenden Gesellschaftsentwurf), dürfte in der Mehrheit der gegenwärtigen Straftheorien<sup>13</sup> – bei aller Diskrepanz im Einzelnen – mehr oder weniger akzeptiert sein. Strafe stiftet durch Symbolik Sinn.<sup>14</sup> Das Strafprozessrecht, das den Weg zur symbolisch wirkmächtigen Entscheidung strukturiert, ist daher ein Mittel der Kommunikation, das bestimmte Zeichen verwendet, um Bedeutung zuzuschreiben.<sup>15</sup> Das funktioniert aber nur, weil sich mit Strafverfahren hintergründige Ordnungsideen verbinden. Der Jubilar hat neben umfangreichen

\* Der Beitrag ist in freundschaftlicher Verbundenheit Carl-Friedrich Stuckenberg zum 60. Geburtstag im November 2024 gewidmet.

\*\* Der Verf. lehrt Öffentliches Recht an der Universität Bonn.

<sup>1</sup> Klassisch und für unseren Jubilar prägend Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 1. Abschn. Rn. 8 ff.

<sup>2</sup> Bekannte Kritik bei Schlink, Der Staat 28 (1989), 161 ff.

<sup>3</sup> Bestandsaufnahme bei Gärditz, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 4 Rn. 94 ff.

<sup>4</sup> Für ein zeitgemäßes Theorieverständnis Pawlik, in: ders. (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 469 ff.

<sup>5</sup> Unser Jubilar pflegt zu sagen: Strafrechtler seien die *Amish People* der Rechtswissenschaft.

<sup>6</sup> Eine konzise und durchaus auch kritische Bestandsaufnahme findet sich bei Hörnle, in: Grundmann/Kloepfer/Paulus/Schröder/Werle (Hrsg.), 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Geschichte, Gegenwart und Zukunft, 2010, S. 1265 ff.

<sup>7</sup> Walter, ZIS 2021, 298 (309).

<sup>8</sup> Etwa aus jüngerer Zeit Greco, Strafprozessstheorie und materielle Rechtskraft, 2015; Haas, Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur, 2008; Seel, Wahrheit im Strafprozess, 2021; Weyrich, Straftheorien und Rechtswirklichkeit, 2021; als Gesamtbetrachtung von materiellem Gehalt und

Verfahren Zabel, Die Ordnung des Strafrechts, 2017. Straf- und Zivilprozessrecht verknüpfend Steinberg, Richterliche Gewalt und individuelle Freiheit, 2010.

<sup>9</sup> Walter, ZIS 2021, 298 (309).

<sup>10</sup> Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, S. VII.

<sup>11</sup> Vgl. auch Jestaedt, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009, S. 19.

<sup>12</sup> Schmidt-Aßmann (Fn. 10), S. 1.

<sup>13</sup> Instruktiver Überblick bei Hörnle, Straftheorien, 2. Aufl. 2017, S. 17 ff.

<sup>14</sup> Zur expressiven Funktion von Strafe Duff, Trials and Punishments, 1986, S. 235 ff.; Feinberg, Doing and Deserving, 1974, S. 95 ff.; Günther, in: Prittwitz/Baurmann/Günther (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 205 (207 ff.); Hassemer, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolph (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 1001 (1112 ff.); Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 112 ff.; Zürcher, Legitimation von Strafe, 2014, S. 127 ff.

<sup>15</sup> Stuckenberg, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998, S. 538 f.

(teils doppelt gemoppelten) Kommentierungen (zu §§ 198–212b, 256–267 und 262–295 StPO) zahlreiche Studien zu Einzelfragen des Strafprozessrechts verfasst,<sup>16</sup> die – wie ich im Folgenden anhand einzelner Strukturelemente exemplarisch zu zeigen versuche – auf der hintergründigen Matrix einer solchen – in sich kohärenten sowie praktisch anschlussfähigen – Ordnungsidee entstanden sind.

## II. Das Symbolische formaler Organisation: Strafprozessrecht als institutionelle Sprache

Strafrechtspflege ist im Kern ein Kampf um soziale Bedeutung. Der Verdacht einer Straftat löst einen sozialen Konflikt aus,<sup>17</sup> auf den mit dem Ermittlungsverfahren als soziale Ernstnahme der Verdachtsmomente als normative Störung reagiert wird und der durch eine verfahrensabschließende Entscheidung auf einer gesellschaftlichen Ebene beendet wird. Ein „Verdacht kann nur durch Aufklärung, nur ein Normbruch kann durch Sanktion beseitigt werden.“<sup>18</sup> Ein Normbruch muss aber vorwerfbar sein und eine unverzichtbare Mindestbedingung von Vorwerfbarkeit (Schuld) ist die kognitiv hinreichende Überzeugung von einem wahren Sachverhalt.<sup>19</sup> Wird dies unterlaufen, verliert die Strafe ihren –

<sup>16</sup> Neben den nachfolgend näher erwähnten Arbeiten sei insbesondere verwiesen auf *Stuckenberg*, JA 2000, 568 ff. (in dubio pro reo); *Gärditz/Stuckenberg*, in: Wolter/Schenke (Hrsg.), Zeugnisverweigerungsrechte bei (verdeckten) Ermittlungsmaßnahmen, 2002, S. 99 ff. (Zeugnisverweigerungsrechte); *Stuckenberg*, in: Menzel/Müller-Terpitz (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 3. Aufl. 2011, S. 925 ff. (Verständigung); *ders.*, in: Meng/Ress/Stein (Hrsg.), Europäische Integration und Globalisierung, 2011, S. 567 ff.; *ders.*, in: Leblois-Happe (Hrsg.), Les investigations policières – Die polizeilichen Ermittlungen, 2012, S. 55 ff. (Zeugnisverweigerungsrechte); *ders.*, in: Stamm (Hrsg.), Festschrift für Helmut Rüßmann, 2013, S. 639 ff. (Beweiskraft von Sitzungsprotokollen); *ders.*, in: Leblois-Happe/Stuckenberg (Hrsg.), Was wird aus der Hauptverhandlung? – Quel avenir pour l’audience de jugement?, 2014, S. 135 ff. (Hauptverhandlungsprotokoll); *ders.*, in: Bockemühl/Gierhake/Müller/Walter (Hrsg.), Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg zum 70. Geburtstag, 2015, S. 435 ff. (Strafklageverbrauch); *ders.*, in: *ders./Gärditz* (Hrsg.), Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat, Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, 2015, S. 483 ff. (Verdacht); *ders.*, GA 2016, 689 ff. (Schulprinzip und Wahrheitsfeststellung); *ders.*, in: Schlothauer/Wohlers/Wolter (Hrsg.), Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte, Gedächtnisschrift für Edda Weßlau, 2016, S. 369 ff. (Verfahrenseinstellungen); *ders.*, StV 2024, 14 ff. (Strafklageverbrauch).

<sup>17</sup> *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, 2006, S. 74 ff.; *Gärditz*, in: Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft, 2019, S. 709 (715); *Gierhake*, JZ 2013, 1030 (1036); *Günther* (Fn. 14), S. 219.

<sup>18</sup> *Stuckenberg* (Fn. 15), S. 566.

<sup>19</sup> BVerfGE 133, 168 (199): „Anliegen des Strafprozesses ist die Ermittlung des wahren Sachverhalts, ohne den sich das materielle Schuldprinzip nicht verwirklichen lässt“.

durch materielle Strafzwecke präformierten – Sinn.<sup>20</sup> Der benötigte Sachverhalt (Tatbestand) entsteht aber erst in konkreten Institutionen. Das formale Setting hat hierbei unmittelbaren Einfluss darauf, wie der entscheidungsrelevante Sachverhalt entsteht und nicht zuletzt wie (insbesondere in welcher Formensprache) er kommuniziert wird. Der Unterschied zwischen schlichter Gewaltanwendung und Strafrechtspflege wird erst durch eine besondere Formensprache sichtbar und für die Allgemeinheit, an die sie adressiert ist, praktisch verstehbar.<sup>21</sup> Strafrecht wird in Institutionen lebendig, in denen ein regelgeleitetes Vorgehen<sup>22</sup> organisiert werden muss. Gute Strafrechtstheorie ist daher immer auch eine „Theorie gesellschaftlicher Institutionen“<sup>23</sup>. Materielle Strafzwecke setzen wiederum Formen voraus, die ihren gesellschaftlichen Zwecken gerecht werden. Strafprozessrechtstheorie und materielle Strafbegründungstheorie gehören insoweit zusammen.<sup>24</sup>

Da sich ein Strafurteil an die Öffentlichkeit richtet, muss „deren Wahrheitsintuition bedient werden“.<sup>25</sup> Die mündlichen Urteilsgründe richten sich unmittelbar an die Öffentlichkeit (vgl. § 173 Abs. 1 GVG) und sind auch entsprechend sprachlich auf Allgemeinverständlichkeit hin zu formulieren.<sup>26</sup> „Die Autorität der Tatbestandsfeststellung kann auf der Macht des Feststellenden oder dem Anspruch auf Wahrheit beruhen“, wobei – aus konstitutionellen, gesellschaftlichen und institutionell-funktionalen Gründen – auf einen Wahrheitsanspruch nicht ernsthaft verzichtet werden kann, der die kognitive Ungewissheit ablöst und – so in expliziter Tradition *Luhmanns*<sup>27</sup> – zusätzliche verfahrensexogene Momente der Überzeugung überflüssig macht.<sup>28</sup> Die damit systemisch-strukturell angestrebte Wahrheitsakzeptanz ist freilich ein Produkt sozialer Verständigung, damit abhängig von gesellschaftlichen Kontexten der Zurechnung<sup>29</sup> und insoweit kulturell kontingent, also im Zeitkontext wandelbar.<sup>30</sup>

<sup>20</sup> *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, Bd. 7, 27. Aufl. 2021, § 257c Rn. 4.

<sup>21</sup> Vgl. *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, S. 163.

<sup>22</sup> *Stuckenberg* (Fn. 15), S. 520.

<sup>23</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 11.

<sup>24</sup> Vgl. *Gierhake*, in: Murmann (Hrsg.), Strafrecht und Medien, 2016, S. 51 (57). Der Jubilar hat daher auch in der Sache eine Strafprozesstheorie zur materiellen Strafrechtstheorie einer modernen Variante positiver Generalprävention zugrunde gelegt, wie sie namentlich von *Günther Jakobs* elaboriert wurde. Vgl. *Stuckenberg* (Fn. 15), S. 538.

<sup>25</sup> *Stuckenberg*, in: Schroeder/Kudratov (Hrsg.), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell, 2014, S. 39 (43).

<sup>26</sup> *Stuckenberg* (Fn. 20), § 268 Rn. 21.

<sup>27</sup> *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 4. Aufl. 1997, S. 22 ff.

<sup>28</sup> *Stuckenberg* (Fn. 15), S. 520.

<sup>29</sup> Siehe als anschauliches Grenzphänomen heute bizarr wirkender Zurechnung und akzessorischen Prozessierens die mittelalterlichen Tierprozesse. Dazu *Ewald*, University of

Gelingen von Strafrecht als Rechtsanwendung und nicht nur als zufällige Gewaltausübung ist zugleich eine Ressourcenfrage, weil der vom materiellen Recht präformierte Aufklärungsbedarf organisiert und von konkreten Institutionen erbracht werden muss. Verrechtlichte Erwartungen an die Strafrechtspflege dürfen daher die Institutionen, die sie betreiben sollen, nicht überfordern, wenn überzeugende Strafrechtspflege nicht an praktischen Hürden scheitern soll.<sup>31</sup> Die organisierten Verwirklichungsbedingungen färben auch auf das sinnvolle Design des materiellen Rechts ab. Praktikabel sind nur solche Zurechnungsmodelle, die geeignet sind, die begrenzten staatlichen Ressourcen sinnvoll zu dosieren.<sup>32</sup>

Im Verwaltungsrecht hat die ursprünglich stark gesetz- und gerichtsorientierte Perspektive eine sinnvolle Ergänzung und zugleich schärfere Konturen dadurch erlangt, dass der Eigenstand sowie Eigenwert der Verwaltung (sowohl gegenüber der Gesetzgebung als auch der kontrollierenden Rechtsprechung) systematisch (und nicht nur okkasionell) in den Blick genommen wurde.<sup>33</sup> Ein Gewinn dieser perspektivischen Erweiterung liegt vor allem darin, besser Fragen der demokratischen Gestaltung, Steuerung und Verantwortung abzubilden, die gleichberechtigt neben die rechtsstaatlichen Sicherungen treten. Die Verwaltung verfügt namentlich über eigenständige funktionale Legitimationsstrukturen (Art. 20 Abs. 2 S. 2 mit S.1 GG) und kann innerhalb der Gesetzesanwendung im Rahmen von Letztentscheidungsrechten (z.B. Ermessen, Beurteilungsspielraum) entscheidende Impulse zur Rechtsverwirklichung setzen, die weder eine abstrakt-generelle Programmierung durch Gesetzgebung vorwegnehmen, noch eine justizielle Kontrolle auf bloße Legalität im Einzelfall zu ersetzen vermag. Entsprechende perspektivische Weiterungen erschienen auch für die der Exekutive zuzuordnende<sup>34</sup> Staatsanwaltschaft (§§ 141 ff. GVG) und erst recht für die Beamtinnen und Beamten der Polizei sinnvoll,<sup>35</sup> in

deren Hand im Einklang mit §§ 161 Abs. 1 S. 1, 163 Abs. 1 StPO (i.V.m. § 152 GVG) faktisch das Ermittlungsverfahren liegt, dessen Erfolg weniger vom Zuschnitt der Eingriffsermächtigungen als von klugen Ermittlungstaktiken und intelligenten Beweiszugriffen im Verfahrensermessen der Ermittlungsbehörden abhängt. Gleichwohl sind spezifisch auf den Eigenwert der Exekutive im Strafprozessrecht zugeschnittene Untersuchungen noch weitgehend Desiderat.<sup>36</sup> Zum behördlichen Verfahrensermessen im Ermittlungsverfahren gibt es – soweit ersichtlich – bislang keine Untersuchung, was im Vergleich zum Overkill der Ausdifferenzierung behördlicher Letztentscheidungsrechte im Verwaltungsrecht jedenfalls auffällig erscheint.

Soweit im Verwaltungsrecht zudem der Eigenwert des Organisationsrechts neben dem Verfahrensrecht im Zuge der Innovationsbemühungen einer reformierten Verwaltungswissenschaft allmählich konturenschärfer herauspräpariert wurde,<sup>37</sup> bleibt die Organisation der Strafverfolgung als wissenschaftlicher Erkenntnisgegenstand – jenseits der Frage des externen und internen Weisungsrechts (§§ 146 f. GVG)<sup>38</sup> – immer noch blass. Organisationsrecht strukturiert die Wissensgenerierung im Verfahren<sup>39</sup> und ermöglicht Interessen-

---

Gegner, Staatsgewalt, 2022; *Abdul-Rahman/Grau/Klaus/Singelstein*, Gewalt im Amt, 2023), was gewiss wichtig ist, aber die formal-institutionelle Perspektive des Organisationsrechts jedenfalls mit Blick auf die Strafverfolgung bislang keine markante Rolle zu spielen scheint.

<sup>36</sup> Auch wenn es natürlich vereinzelt Studien gibt. Vgl. zuletzt etwa *Nowak*, Die institutionelle Stellung des Staatsanwalts im Strafverfahren und deren Auswirkung auf die Möglichkeit der Befangenheit, 2024, S. 55 ff.

<sup>37</sup> *Burgi*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 7 Rn. 4 ff.; *Gärditz*, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009; *Groß*, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999; *Groß*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. 2022, § 15 Rn. 1 ff.; *Hoffmann-Riem*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 355 ff.; *Jestaedt*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (a.a.O.), § 16 Rn. 1 ff.; *Kahl*, Die Verwaltung 29 (1996), 341 ff.; *Möllers*, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 489 ff.; *Schmidt-Aßmann*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (a.a.O.), S. 9 ff.; *ders.* (Fn. 10), S. 239 ff.; *Schuppert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (a.a.O.), § 17 Rn. 1 ff.

<sup>38</sup> Dazu etwa *Frank*, in: Duttge (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung in schwieriger Zeit, 1998, S. 49 (54 f.); *Gärditz*, GSZ 2019, 133 ff.; *Hund*, ZRP 1994, 470 ff.; *Koller*, Die Staatsanwaltschaft – Organ der Judikative oder Exekutivbehörde?, 1997, S. 334 ff.; *Krey/Pföhler*, NStZ 1985, 145 ff.; *Paeffgen*, in: Duttge/Geilen/Meyer-Goßner/Warda (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, S. 563 ff.

<sup>39</sup> Vgl. *Gärditz* (Fn. 37), S. 90 ff.; *Kluth*, in: Döhmman/Collin (Hrsg.), Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts, 2008, S. 73 ff.

---

Pennsylvania Law Review 143 (1995), 1889 (1909, 1912–1943).

<sup>30</sup> *Stuckenberg* (Fn. 15), S. 520.

<sup>31</sup> *Hassemer*, in: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaft für das Strafrecht 1, 1980, S. 229 (243); *Stuckenberg*, in: v. Heintschel-Heinegg/Bockemühl (Hrsg.), KMR, Kommentar zur Strafprozessordnung, 68. Lfg., Stand: 1.8.2013, § 261 Rn. 25.

<sup>32</sup> *Stuckenberg* (Fn. 25), S. 45. Strafrechtspflege ist nicht nur eine Frage des Geldes, sondern auch des Personals, das nicht beliebig zur Verfügung steht, vgl. *Pawlik*, FAZ v. 25.2.2022, S. 12.

<sup>33</sup> *Hoffmann-Riem/Pilniok*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. 2022, § 12 Rn. 1 ff.; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 10), S. 176 ff.

<sup>34</sup> *Gärditz*, GSZ 2019, 133 (134 f.); *Rautenberg*, GA 2006, 356 (358); *Wohlers*, in: Wolter/Deiters (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 9, 6. Aufl. 2023, GVG § 146 Rn. 4.

<sup>35</sup> Vgl. zu einem Wahrnehmungsdefizit auch *Pawlik*, FAZ v. 11.7.2022, S. 11, wobei auffällig ist, dass über die Polizei in jüngerer Zeit vor allem sozialwissenschaftlich geforscht wird (beispielsweise *Singelstein/Derin*, Die Polizei – Helfer,

ausgleich<sup>40</sup>. Es ist daher für das Strafprozessrecht als Informations-<sup>41</sup> und Ausgleichsordnung potentiell ertragreicher Untersuchungsgegenstand. Warum etwa für Verwaltungsverfahren konkrete und von der Rechtsprechung bis in Typologien des besonderen Verwaltungsrechts<sup>42</sup> hinein elaborierte Regeln der Befangenheit bestehen (§§ 20 f. VwVfG), für die ermittelnden Beamtinnen und Beamten der Staatsanwaltschaft (anders als für Richterinnen und Richter nach § 24 StPO) aber nicht (ein altes Jammerthema der Strafverteidigung),<sup>43</sup> könnte gerade im Verfahrensvergleich aufschlussreich sein, weil möglicherweise administrative Rollenfunktionen recht unterschiedlich ausdifferenziert sind.

### III. Das Artificielle: Prozessrecht als Konstruktionsleistung

Bevor man sich sinnvolle Gedanken darüber machen kann, vor was und inwieweit Betroffene vor hoheitlichen Eingriffen im Strafprozess zu schützen sind, muss man die Funktion eines Verfahrens präzise bestimmen. Der Strafprozess ist zwar auch, aber jedenfalls nicht primär rechtsstaatliches Schutzinstrument Beschuldigter, denn wenn sich seine Funktion darin erschöpfen würde, könnte man Strafverfahren schlicht bleiben lassen. Strafverfahren erfüllen aber wichtige soziale Funktionen, derentwegen wir überhaupt erst Beschuldigten und kollateral Betroffenen (z.B. Zeuginnen und Zeugen) mitunter weitreichende Grundrechtseingriffe zumuten.

<sup>40</sup> Gärditz (Fn. 37), S. 89 f.; Ruffert, DÖV 1998, 897 ff.

<sup>41</sup> Impulsgebend Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß, 1990. Siehe ferner aus der nachfolgenden Diskussion Hassemer, StV 1988, 267 ff.; Lorenz, JZ 1992, 1000 ff.; Riepl, Informationelle Selbstbestimmung im Strafverfahren, 1998; Rogall, ZStW 103 (1991), 907 ff.

<sup>42</sup> Vgl. beispielsweise für den Dauerbrenner der mitunter schwierig zu beurteilenden Befangenheit in Berufungsverfahren, wo die Usancen akademischen Miteinanders in den formalen § 21 VwVfG zu projizieren sind, der eher auf ein Landratsamt zugeschnitten ist, OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.12.2023 – OVG 4 S 1/23 = NVwZ-RR 2024, 646 (648 f.); OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschl. v. 21.4.2010 – 2 M 14/10, Rn. 22 ff.; OVG Niedersachsen, Beschl. v. 28.6.2021 – 5 ME 50/21, Rn. 30 ff.; OVG Niedersachsen, Beschl. v. 10.6.2022 – 5 ME 4/22, Rn. 25 ff.; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 27.4.2017 – 6 A 277/16, Rn. 9; OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 28.9.2007 – 2 B 10825/07, Rn. 6 ff.; VG Berlin, Beschl. v. 5.4.2019 – 36 L 348.18, Rn. 67 ff.; VG Berlin, Beschl. v. 9.12.2022 – 26 L 110/22, Rn. 21 ff.; VG Düsseldorf, Urt. v. 3.12.2015 – 15 K 7734/13, Rn. 71 ff.; VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 22.2.2021 – 12 L 1183/20, Rn. 17 ff.; VG Hamburg, Beschl. v. 25.2.2005 – 8 E 6091/04, Rn. 48 ff.; VG Hannover, Beschl. v. 19.6.2003 – 6 B 2398/03, Rn. 62 ff.; VG Münster, Urt. v. 22.4.2015 – 5 K 2799/12, Rn. 89 ff.; VG Stuttgart, Urt. v. 30.6.2021 – 6 K 1377/20, Rn. 46 ff.

<sup>43</sup> Zum Stand der Diskussion hier nur BGH, Beschl. v. 18.1.2024 – 5 StR 473/23 = NSTz-RR 2024, 252 f.; jüngst Rotsch, in Rotsch/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Nomos Kommentar, StPO, Bd. 1, §§ 1–225a, 2025, Vorbem. §§ 22–31 Rn. 8 ff. (im Erscheinen).

Das ist trivial, geht aber in der verbreiteten Rechtsstaatsrhetorik bisweilen unter. Ein durch dysfunktionale Zugriffsbarrieren ineffektives Strafprozessrecht hilft niemandem und verkommt zu einer ritualisierten Belastung, die man als solche dann aber tatsächlich niemandem mehr zumuten könnte. Recht ist „keine Wellness-Oase“,<sup>44</sup> es wird vor allem dort benötigt, wo sich soziale Konflikte zuspitzen und nur noch mit staatlicher Hilfe zu bewältigen sind. Das ist gerade für das Strafrecht unübersehbar, dessen Existenznotwendigkeit wie -berechtigung aus dem Reaktionsbedarf auf als erheblich bewertete Normbrüche abgeleitet werden muss.<sup>45</sup> Wenn wir für zentrale Bereiche des gesellschaftlichen Miteinanders keine praktikable Alternative zum Strafrecht haben und abolitionistische Rhetorik lebensfremd bleibt,<sup>46</sup> bedarf es hinreichend effektiver Verfahren, um materielles Strafrecht praktisch wirksam anzuwenden, also Recht von einer abstrakten Geltungsebene in erfahrbare Lebenswirklichkeit zu transformieren. Strafprozessrecht ist daher ein Vehikel, der gesellschaftlichen Reaktionsform der Strafe praktischen Sinn zu vermitteln. Das verfassungsrechtliche Gebot, eine funktions-tüchtige Strafrechtspflege zu gewährleisten,<sup>47</sup> ist vor diesem Hintergrund weiterhin sinnvoll angelegt. Eine funktionsun-tüchtige Strafrechtspflege könnte man sich gleich sparen. Die freiheitsermöglichende Funktion des Rechts bliebe dann freilich ebenfalls auf der Strecke.

Benötigen wir eine funktionierende Strafrechtspflege, kommt es entscheidend auf das Verfahren an, in der diese operationalisiert wird. Die Autonomie dieses Verfahrens, das zugleich die soziale Akzeptanz seiner Entscheidungen sichern soll,<sup>48</sup> ist als regelgeleiteter Vorgang gegen heteronome (verfahrensfremde) Einflüsse zu sichern.<sup>49</sup> Will man materielle Straftatbestände anwenden, braucht man einen Sachverhalt. In der Formalisierung und rechtsstaatlichen Strukturierung der Sachverhaltskonstruktion liegt eine zentrale Fortschrittsleistung moderner Strafrechtspflege, die für die Überzeugungskraft von Strafrecht mindestens ebenso bedeutend ist, wie der Zuschnitt der materiellen Straftatbestände. Ohne valide festgestellten Sachverhalt kann es keine sozial sinnvolle Reaktion staatlicher Institutionen auf wahrgenommene Konflikte geben. Strafprozessrecht dient daher zuvörderst der formalisierten Konstruktion prozessualer Tatsachen, um Entscheidungsfähigkeit herzustellen. Der Erkenntnishorizont des Strafprozessrechts wird durch die subsumptionsbedürfti-

<sup>44</sup> Pawlik, FAZ v. 17.9.2021, S. 14.

<sup>45</sup> Vgl. relational einordnend Sauer, Öffentliches Reaktionsrecht, 2021, S. 42 f., 60, 75.

<sup>46</sup> Pawlik, FAZ v. 14.8.2020, S. 10.

<sup>47</sup> Stellvertretend BVerfGE 122, 248 (272); 130, 1 (26); 133, 168 (199 f.); 166, 359 (398).

<sup>48</sup> Aus verschiedenen Perspektiven, aber jeweils als soziale Funktionsbeschreibung Hassemer (Fn. 21), S. 119 ff.; Luhmann (Fn. 27), S. 38 ff. und passim; Pawlik, NSTz 1995, 309 (310).

<sup>49</sup> Stuckenberg (Fn. 15), S. 530.

gen materiellen Straftatbestände definiert.<sup>50</sup>

„Das Verfahren transformiert durch Prozesse der Symbolisierung und Rationalisierung Lebenswirklichkeit zu Sachverhalten“.<sup>51</sup>

Das bedeutet auch, dass das materielle Strafrecht nie wirklich von den prozessualen Bedingungen seiner praktischen Verwirklichung gelöst werden kann. Bereits das Design materieller Tatbestände blendet bestimmte Perspektiven als rechtlich nicht relevant aus und präformiert hierdurch den Untersuchungsauftrag.<sup>52</sup> Jede Rechtsnorm, die angewendet werden soll, setzt einen Tatbestand und damit kognitiv Tatsachenaussagen voraus, die durch Wahrheitserforschung zu ermitteln sind.<sup>53</sup> Das Verfahren der Wahrheitserforschung (vgl. §§ 160 Abs. 1–3, 161 Abs. 1, 244 Abs. 2, 261 StPO), das unhintergebar Auswirkungen darauf hat, was als Grundlage für eine konkrete Entscheidung als wahr erkannt wird, lässt sich jedoch auf sehr unterschiedliche Weise formalisieren. Verfahren sind zwar dienend, insoweit sie ihre Berechtigung daraus ziehen, die Grundlagen für eine Sachentscheidung nach Maßgabe des materiellen Rechts zu schaffen.<sup>54</sup> Ein Verfahren, das nicht dient, wäre Selbstzweck, könnte dann aber als formales Ritual kaum Grundrechtseingriffe rechtfertigen.<sup>55</sup>

Allerdings bedeutet „dienen“ nicht, dass das Verfahrensrecht immer nur im Kielwasser materieller Regelungsbedürfnisse mitsegelt. Verfahrensrecht wirkt mitunter zugleich auch auf das materielle Recht zurück. Die Frage der prozessualen Operationalisierung hat insoweit Rückkopplungseffekte. Zurechnungsregeln, die praktisch nicht oder kaum zu erbringende Beweise verlangen oder die sich unter den Bedingungen eines rechtsstaatlichen Strafprozesses nicht abbilden lassen, sind für eine funktionierende Strafrechtspflege praktisch nutzlos.<sup>56</sup> Materielles Strafrecht benötigt ein adäquates Verfahrensrecht, über das sich die Funktionen des materiellen Rechts auch entfalten können. Insoweit sind – wie *Stuckenberg* nicht zufällig in Auseinandersetzung mit materiellen Zurechnungsregeln betont hat – materielles Strafrecht und

Prozessrecht im Gesamtzusammenhang als „Wirkeinheit“<sup>57</sup> (auch unter dem Gesichtspunkt der „Praktikabilität des Gesetzes“) zu betrachten.<sup>58</sup> Abweichungen im Verfahren können wiederum nachteilige Rückwirkungen auf die Anwendung des materiellen Rechts haben, namentlich die – besonders verfahrenssensiblen – Strafzwecke denaturieren.<sup>59</sup> Die Gefahr einer symbolischen Scheinkontinuität unter der semantischen Hülse Strafe<sup>60</sup> besteht nicht nur bei einer Unbestimmtheit der theoretisch aufzuhellenden Strafzwecke, sondern besonders auch dort, wo straffremde Zwecke (etwa diffuse und entformalisierende Sicherheitsimperative<sup>61</sup>) in ein theoretisch unterbelichtetes Verfahrensrecht und seine praktische Handhabe einsickern können. Wird etwa das Verfahren missbraucht, um Milieus unter Druck zu setzen oder Präventionseffekte zu erreichen, die über die materiellen Strafzwecke hinausgehen bzw. erst an eine rechtskräftige Verurteilung anschließen sollen, wird auch der Strafzweck-Verfahrenszweck-Konnex dysfunktional gekappt. Will man eine Verwässerung des materiellen Strafrechts im Prozess vermeiden, muss man sich der institutionellen Leistungen versichern, die ein geordnetes Strafverfahren erbringen soll und kann.

„Bauprinzip“<sup>62</sup> der übergreifenden strafprozessualen Ordnungsidee ist die spezifische Konstruktionsleistung des Prozesses, die – auch im Vergleich mit anderen Verfahrensordnungen nach Untersuchungsgrundsatz (wie VwVfG, AO, SGB X, VwGO, FGO, SGG oder FamFG) – sehr anspruchsvollen Regeln folgt. Wie man Raub und Räuberische Erpressung voneinander abgrenzt oder nach welcher Regel der Erlaubnistatbestandsirrtum behandelt wird, ist für die Kohärenz von Gesellschaft von denkbar peripherer Bedeutung. Versagen hingegen Strafverfahren systematisch, mit ihren Methoden überzeugende Sachverhaltskonstruktionen bereitzustellen, auf deren Grundlage anschlussfähig geurteilt werden kann, hätte dies absehbar – ohne hier rechtssoziologische Probabilistik wagen zu wollen – korrosive Wirkungen auf die gesellschaftliche Akzeptanz staatlicher Institutionen im Allgemeinen und der hoheitlichen Strafrechtspflege im Besonderen.

Eine forensische Wahrheit kann immer nur formelle Wahrheit sein.<sup>63</sup> Beispielsweise steuern Beweisregeln normativ den Zugriff auf Tatsachen.<sup>64</sup> Gerade über die dabei gewahrte Form des Verfahrens definiert sich seine Rechtsstaatlichkeit.<sup>65</sup> Die Gesellschaft muss also aushalten, dass Wahr-

<sup>50</sup> *Stuckenberg* (Fn. 25), S. 50 f. Siehe auch *Hörnle*, Rechtslehre 35 (2004), 175 (177); *Paeffgen*, Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts, 1986, S. 23.

<sup>51</sup> *Fischer*, in: Laubenthal (Hrsg.), Festgabe für Rainer Paulus zum 70. Geburtstag, 2009, S. 53 (61).

<sup>52</sup> *Damaška*, *Hastings Law Journal* 40 (1997/98), 289 (293).

<sup>53</sup> *Stuckenberg*, GA 2016, 689 (699).

<sup>54</sup> *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278 (286); *Gärditz*, in: ders. (Hrsg.), VwGO, Kommentar, 2. Aufl. 2018, § 44a Rn. 3; *Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), 227 (234); *Held*, NVwZ 2012, 461 (462); *Stelkens*, DVBl. 2010, 1078 (1078).

<sup>55</sup> Vgl. *Pawlik*, FAZ v. 28.5.2024, S. 10: Härte darf im demokratischen Rechtsstaat nie Selbstzweck sein.

<sup>56</sup> Vgl. *Stuckenberg*, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht, 2007, S. 403. Als ein Beispiel für ein Strafgesetz, das gerade durch seine sperrige Tatbestandsstruktur weitgehend irrelevant geblieben ist, kann § 4 NpSG dienen. Siehe näher zu den strukturellen Gründen *Gärditz*, PharmR 2020, 1 (6 ff.).

<sup>57</sup> Rezipiert von *Zipf*, Kriminalpolitik, 2. Aufl. 1980, S. 54.

<sup>58</sup> *Stuckenberg* (Fn. 56), S. 401 f.; vgl. im Übrigen für das Beweisrecht bereits *Stuckenberg* (Fn. 15), S. 529.

<sup>59</sup> *Stuckenberg* (Fn. 20), § 257c Rn. 4.

<sup>60</sup> *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 75.

<sup>61</sup> Dazu schon kritisch *Paeffgen* (Fn. 50), S. 114 ff.

<sup>62</sup> *Schmidt-Aßmann* (Fn. 10), S. 1.

<sup>63</sup> *Stuckenberg*, GA 2016, 689 (700). Ferner *Hassemer* (Fn. 21), S. 153; *ders.*, NJW 1985, 1921 (1926); *Kaufmann*, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2002, S. 333.

<sup>64</sup> *Stuckenberg* (Fn. 25), S. 45.

<sup>65</sup> *Stuckenberg* (Fn. 20), § 257c Rn. 3. Mit den Versuchen, die formalisierten Kognitionsleistungen des rechtskräftig

heitserforschung im Prozess etwas anderes ist als historiografische Tatsachenermittlung<sup>66</sup> oder der Beweis in einem naturwissenschaftlichen Experiment. Damit die soziale Akzeptanz des Prozesses gelingt, sich die zugeordneten Normstabilisierungsfunktionen verwirklichen und die damit einhergehenden Grundrechtseingriffe gerechtfertigt werden können, muss das Prozessrecht Verfahrensergebnisse produzieren, die in hohem Maß plausibel und sozial anschlussfähig ausfallen.<sup>67</sup> Beziehungslos können die Mechanismen formalisierter (forensischer) Tatsachenkonstruktion im Prozess zur verfahrensexternen Umwelt aus diesem Grund nicht stehen.<sup>68</sup>

Gängige Wahrheitstheorien wie die (durchaus alltagstaugliche) Korrespondenztheorie liefern keine epistemischen Kriterien, wann etwas als wahr anzuerkennen ist.<sup>69</sup> Das Prozessrecht hat allein die rechtlich formalisierten Methoden des Erkenntniszugriffs auf Tatsachen (Ermittlungsbefugnisse und Beweisrecht) normiert. Zwischen dem erkenntnistheoretischen Begriff einer wahren Aussage und den normativ eingefassten sowie damit rechtsdogmatisch beschreibbaren Methoden der Verifikation von Tatsachen ist insoweit zu unterscheiden.<sup>70</sup> Möglich ist allerdings eine alltagstaugliche – auch dem Prozessrecht letztlich implizit zugrunde liegende – Annäherung an ein Verständnis von Wahrheit,<sup>71</sup> weil letztlich auch in der Formalität der Beweisaufnahme öffentliche Kommunikation abgebildet wird, deren Schlüsse laienverständlich sind (respektive sein müssen). Die Überzeugung des Gerichts nach § 261 StPO ist kein psychologisierendes Tatbestandsmerkmal. Formuliert wird vielmehr ein Beweismaß forensischer Wahrheit, das die Sachverhaltsgewinnung auch an elementare Regeln der Rationalitätsgewährleistung bindet.<sup>72</sup> Das Verfahrensergebnis muss daher vor allem den Anforderungen der Zeit entsprechend rational begründet werden,<sup>73</sup> auf einem ergebnisoffen geführten Beweisverfahren beruhen<sup>74</sup> und das jeder Wirklichkeitswahrnehmung inhärente Zufallselement hinreichend reduzieren<sup>75</sup>. Das hört sich

---

abgeschlossenen Prozesses gegen eine außerprozessuale Wahrheit auszuspielen und den Strafklageverbrauch nach Art. 103 Abs. 3 GG zu durchbrechen, ging der Jubilar daher hart ins Gericht. Siehe *Stuckenberg*, StV 2024, 14 ff.

<sup>66</sup> Vgl. *Paeffgen*, DRiZ 1998, 317 (317 f.).

<sup>67</sup> *Börner*, Legitimation durch Strafverfahren, 2014, S. 197 f.; *Gärditz*, in: *Stuckenberg/Gärditz* (Fn. 16), S. 439 (449); *Lesch*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2001, S. 3; *Weigend*, ZStW 113 (2001), 271 (279).

<sup>68</sup> *Stuckenberg* (Fn. 25), S. 44 f.

<sup>69</sup> *Stuckenberg*, GA 2016, 689 (700).

<sup>70</sup> *Stuckenberg* (Fn. 25), S. 40; ferner *Hörnle*, Rechtstheorie 35 (2004), 175 (178).

<sup>71</sup> *Stuckenberg* (Fn. 25), S. 41.

<sup>72</sup> *Stuckenberg* (Fn. 31), § 261 Rn. 17 ff.

<sup>73</sup> *Fischer* (Fn. 51), S. 62; *Herdegen*, StV 1992, 527 (533); *Herdegen*, in: *Ebert/Roxin/Rieß/Wahle* (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999, 1999, S. 311 (323 ff.); *Stuckenberg* (Fn. 31), § 261 Rn. 29 f.

<sup>74</sup> *Stuckenberg* (Fn. 31), § 261 Rn. 10.

<sup>75</sup> *Stuckenberg* (Fn. 15), S. 527 f.

dramatischer an, als es ist. Strafurteile zu begründen und hierbei Beweise zu würdigen, ist keine Quantenmechanik. Es geht um Alltagserfahrung und Plausibilitäten, die auch auf der Richterbank sitzende Volljuristinnen und Volljuristen beherrschen können, was den intellektuellen Tiefgang des zuvor erbrachten und qua Unmittelbarkeit (§§ 255, 261 StPO) in der Hauptverhandlung letztlich reproduzierten kriminalistischen Beweises hinreichend begrenzt.

#### IV. Das kulturell Kontingente: Historisierung und Vergleichung

Strafrecht ist wie alles Recht nichts Vorgefundenes, sondern eine menschengemachte Ordnung – ein Kulturprodukt. Namentlich sind gesellschaftliche Reaktionserwartungen auf abweichendes Verhalten kontingent und damit in der Zeit wandelbar.<sup>76</sup> Rechtswissenschaft wie Rechtsanwendungspraxis benötigen daher eine hinreichende Kontingenzsensibilität. Um eine Regel oder einen Regelungskomplex sachgerecht zu erfassen, muss man sich mithin immer wieder vergegenwärtigen, dass alles auch ganz anders sein könnte. Erst so gewinnt man – aus Beobachterperspektive – Gründe für Affirmation oder Kritik des Bestehenden. Schlüsselperspektiven auf den Strafprozess bieten hierbei historische und internationale Vergleichen, die jeweils nicht nur irgendwelche, sondern (gegenwärtig oder früher) praktizierte Regelungsalternativen präsentieren können. Beides hatte unser Jubilar stets im Blick.

Das geltende deutsche Strafrecht hat eine lange und Systembrüche überspannende Geschichte. Das sieht man an den Organisations- und Verfahrensregelungen von StPO und GVG noch deutlicher als am StGB.<sup>77</sup> Nicht zuletzt die institutionelle Kontinuität vom Reichsgericht zum Bundesgerichtshof hat ihre Spuren hinterlassen und eine Bindung an Vordergrundgesetzliches bewirkt, die das Verwaltungs- und erst recht das Verfassungsrecht nicht (zumindest nicht in vergleichbarer Intensität) kennt.<sup>78</sup> Das Verfassungs- und Verwaltungsrecht ist aufgrund seiner engen Anbindung an die politische Architektur des Staates durch Diskontinuität gekennzeichnet<sup>79</sup> und hat sich in der Nachkriegszeit in weiten Teilen neu formiert<sup>80</sup> sowie neue Pfadabhängigkeiten geschaffen<sup>81</sup>. Das Strafrecht hat gewiss ebenfalls grundlegende Reformen durchlebt, nicht zuletzt wegweisende Liberalisierungsschübe erfahren, zehrt aber in seiner Dogmenbildung immer noch in deutlich größerem Umfang von einem vorgrundgesetzlichen Acquis. Gerade im Strafrecht ist es folglich notwendig, dessen historisches Gedächtnis zur Deutung des geltenden

---

<sup>76</sup> Vgl. *Pawlik* (Fn. 60), S. 100.

<sup>77</sup> Zur vergleichsweise hohen Stabilität der aus dem Kaiserreich stammenden Kodifikationsprojekte des Strafrechts, gerade für das StGB aber differenziert *Stuckenberg*, GA 2022, 5 (18).

<sup>78</sup> Vgl. *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331 (332); *Möllers*, APuZ 18–19/2009, 5 (6).

<sup>79</sup> *Gärditz* (Fn. 3), § 4 Rn. 114 ff.

<sup>80</sup> Siehe nur *Wahl*, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, S. 35 ff.

<sup>81</sup> Vgl. *Wahl*, JZ 2013, 369 ff.

Rechts zu aktivieren.<sup>82</sup> Das gilt nicht zuletzt für die Prozessrechtsgeschichte nebst ihrer Theorien- und Ideengeschichte (als besondere Formate der Rechts-Wissenschaftsgeschichte<sup>83</sup>).<sup>84</sup>

Wo ein gewisser Hang besteht, mit vermeintlich Zeitlosem zu argumentieren, tut Verzeitlichung und relativierende Kontextualisierung gut.<sup>85</sup> Im Öffentlichen Recht wurde immer wieder eine Kontextualisierung von Rechtsprechungsentwicklungen angemahnt, um ein zeitloses Erstarren der Dogmatik des positiven Rechts in versteinerten Leitsätzen zu vermeiden<sup>86</sup> und damit – wissenschaftsbinnenpolitisch – durch beobachtenden Distanzgewinn der Staatsrechtslehre zum geltenden Recht wieder mehr Wissenschaft zu wagen.<sup>87</sup> Im Strafrecht erscheint eher gegenläufig eine Rückbesinnung auf die Funktionsbedingungen einer realen Gesellschaft und eine praktische Erdung notwendig,<sup>88</sup> um einen Overkill an lebensfremden Theorieangeboten und scheinliberaler Selbsterzfleischung abzubauen, die bisweilen so wirkt, als ob man den Gegenstand des eigenen Faches eher als illiberales Risiko oder unfreiheitliche Vernarbung denn als konstitutiven Beitrag zu einer freiheitlichen Gesellschaft wahrnimmt.

Rechtsgeschichte, die sich auf die Entwicklung von Ideen, Instituten und Regelungsstrukturen des Rechts einlässt, ist immer auch intertemporale Rechtsvergleichung. Gerade vergleichende Ansätze kommen, wenn sie überzeugend sein wollen, kaum ohne die historischen Bezüge von – in der Regel tragen – Rezeptionsbewegungen aus.<sup>89</sup> Strafrechtsvergleichung hat historisch auch immer wieder zu legal transplants<sup>90</sup> in der praktischen Strafrechtspolitik geführt.<sup>91</sup> An

diese Traditionen kann man anknüpfen,<sup>92</sup> zumal Aufmerksamkeit für andere Prozessrechtskulturen,<sup>93</sup> die (nicht nur) im Strafrecht oftmals viel stärker divergieren als das materielle Recht, immer zugleich den (kritischen) Blick auf das eigene Rechtssystem und dessen Kontingenz schärft.

## V. Schlussbetrachtung

Gemessen an der den Bedürfnissen des Strafrechts als Kommunikationsformat nach Symbolik, Form und (im positiven Sinne) Inszenierung,<sup>94</sup> nimmt es wunder, warum die gängige Theoriebildung so eng auf die materielle Strafbegründung fokussiert, aber die organisations- und verfahrensrechtlichen Bedingungen moderner Strafrechtspflege als eines originär institutionellen Handlungszusammenhangs kaum einbezieht. Gerade eine Strafrechtswissenschaft, die mehr sein sollte als „Gesetzeskunde“,<sup>95</sup> benötigt ein institutionelles Denken, eine realistische Ordnungsidee der Verwirklichungsbedingungen von Recht. Recht ist ein soziales Phänomen, ein Artefakt einer konkreten Gesellschaft und ihrer Reaktionsbedürfnisse. Eine gute Theorie, die Recht als gesellschaftliches Phänomen beobachten und beschreiben will, ist immer praktisch gerichtet.<sup>96</sup> So kann auch eine Ordnungsidee des Strafprozessrechts nur formuliert werden, wenn man die Institutionen im Blick behält, die Recht hier erst zu einem Bestandteil gesellschaftlicher Praktiken machen müssen. Strafrechtsanwendung ist nicht einfach (akademisch informiertes) Handwerk, sondern soziale Sinnstiftung.<sup>97</sup>

Die allermeisten Konflikte werden in einem funktionierenden Verwaltungsstaat außerhalb des Strafrechts bewältigt.<sup>98</sup> Das Zivil- und das Verwaltungsrecht erfüllen nicht weniger bedeutende Ordnungsfunktionen, Normstabilisation findet auch vor Verfassungs-, Verwaltungs- und Zivilgerichten statt.<sup>99</sup> Die Strafrechtswissenschaft dürfte eher an Bedeutung gewinnen, wenn sie eine ganzheitliche Perspektive einnimmt und die Relativität von Strafrechtsfunktionen in der Gesellschaft akzeptiert. Eine ganze Rechtsordnung in ihrer technischen Komplexität und Arbeitsteilung lässt sich in ihrer gesellschaftlichen Kohärenzfunktion nicht vom Randbereich des Strafrechts aus angemessen deuten. Hier ist mehr Realismus gefragt. Immer wieder hat *Stuckenberg* mit Recht einen

<sup>82</sup> *Stuckenberg*, StV 2024, 14 (16).

<sup>83</sup> Zum Begriff etwa *Haferkamp*, JZ 2019, 901 ff.

<sup>84</sup> *Stuckenberg*, in: Koch/Löhnig (Hrsg.), Die Schule Franz von Liszts, 2016, S. 153 ff.; *ders.*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG), 2. Aufl., 25. Lfg. 2017, Sp. 159 ff.; *ders.*, in: Koch/Stuckenberg/Wohlers (Hrsg.), Eberhard Schmidt, 2024, S. 113 ff.

<sup>85</sup> Vgl. *Stuckenberg*, ZStW 135 (2023), 904 (909 ff.).

<sup>86</sup> Etwa *Albers*, VVDStRL 71 (2012), 257 (262 ff.); *Gärditz*, JöR 69 (2021), 269 (274); *Lepsius*, Relationen, 2016, S. 26 ff.; *ders.*, JZ 2019, S. 793 ff.; *ders.*, in: Meinel (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, 2019, S. 119 ff.; *Schönberger*, VVDStRL 71 (2012), 296 (324). Das ist nicht gänzlich neu, wie etwa der Vorstoß von *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963), 53 (55 f.), zeigt, aber zunehmend unter dem Ballast des extrem heterogenen und breiten geltenden Rechts mit seiner elaborierten Dogmatik verschüttet gegangen, deren fortwährende Systematisierung und Aktualisierung ihren Tribut verlangt.

<sup>87</sup> So der Appell von *Hillgruber*, JZ 2013, 700 ff.

<sup>88</sup> Vgl. *Pawlik*, FAZ v. 3.3.2023, S. 12.

<sup>89</sup> *Watson*, Legal Transplants, 2. Aufl. 1993, S. 102 f.

<sup>90</sup> *Watson* (Fn. 89), passim. Kritisch zum Ansatz *Legrand*, Maastricht Journal of European & Comparative Law 4 (1997), 111 ff.; *Schermaier*, in: Schermaier/Gephart (Hrsg.), Rezeption und Rechtskulturwandel, 2016, S. 9 (12 ff.).

<sup>91</sup> Vgl. *Jung/Stuckenberg*, GA 2015, 657 (657).

<sup>92</sup> *Stuckenberg*, in: Morsch/Brodowski (Hrsg.), Das Recht vorandenken, 2023, S. 115 ff.

<sup>93</sup> Siehe *Stuckenberg*, Double Jeopardy: Das Verbot doppelter Bestrafung und Strafverfolgung im US-amerikanischen Recht, 2001; *ders.*, in: Menzel/Pierlings/Hoffmann (Hrsg.), Völkerrechtsprechung, 2005, S. 307 ff.; *ders.*, JZ 2006, 1142 ff.; *ders.*, JZ 2009, 85 ff.; *ders.*, GA 2020, 416 ff.; *ders.*, in: Brown/Turner/Weißer (Hrsg.), The Oxford Handbook of Criminal Process, 2019, S. 457 ff.

<sup>94</sup> *Gärditz* (Fn. 67), S. 451 ff.

<sup>95</sup> *Pawlik* (Fn. 60), S. 14.

<sup>96</sup> Vgl. *Stuckenberg* (Fn. 56), S. 401 f.

<sup>97</sup> Vgl. auch *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft, 3. Aufl. 2011, S. 55 f.

<sup>98</sup> *Gärditz* (Fn. 17), S. 714.

<sup>99</sup> *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, 2015, S. 24 f.

nüchternen und realistischen Blick angemahnt.<sup>100</sup> Zugleich hat er sich darum bemüht, das Strafrecht in das institutionelle Setting des demokratischen Rechtsstaats zu integrieren,<sup>101</sup> der mitunter Antworten verlangt, die zeitgemäßer ausfallen sollten als das, was wirklichkeitsabgewandte und idealisierungsschwangere Strafrechtsdiskurse mitunter anzubieten haben. Weil Strafrechtspflege hoheitliche Sinngebung ist, müssen die praktischen Voraussetzungen und Folgen symbolischen Handelns im Blick behalten werden. Denn Sinn ist nicht vorgegeben, sondern wird als Zuschreibung hergestellt oder verfehlt.<sup>102</sup> Strafrecht ist das, was wir daraus machen. Und die sperrige Formalisierung des prozessualen Begriffssystems verweist immer auch auf den demokratischen Prozess,<sup>103</sup> der durch Gesetzgebungsverfahren die politischen Vorleistungen erbringt,<sup>104</sup> auf denen erst prozessiert werden kann.

Es ist nach alledem kein Zufall, dass *Stuckenberg*s Monumentalwerk zur Unschuldsvermutung<sup>105</sup> ein traditionsreiches, in der praktischen Bedeutung aber vielleicht überschaubares Rechtsinstitut auf ein Verbot der Desavouierung des Verfahrens reduziert,<sup>106</sup> insoweit aber überzeugend gerade in dem Bestand eines regelgeleiteten Verfahrens als solchem einen zentralen rechtsstaatlichen Wert ausgemacht hat.<sup>107</sup> Das ist nicht wenig. Denn insoweit werden die Prozeduralität und die Regelhaftigkeit staatlicher Pönalisierung sichergestellt, was durchaus praktische Konsequenzen hat. Namentlich dürfen Ergebnisse eines bis zum Abschluss konstitutiv ergebnisoffenen Verfahrens<sup>108</sup> nicht vorweggenommen werden.

„Abgerechnet wird in jeder Hinsicht erst am Schluss.“<sup>109</sup>

Und der Weg dorthin ist formalisiert.<sup>110</sup> Darin liegt ein großer Eigenwert, der anschaulich exemplifiziert, aus welchem Stoff moderne Staatlichkeit gewoben ist.

<sup>100</sup> Etwa *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (661).

<sup>101</sup> *Stuckenberg*, GA 2011, 653 ff.; *ders.*, ZStW 135 (2023), 904 (921 ff.).

<sup>102</sup> *Jakobs*, RW 2010, 283 (283).

<sup>103</sup> *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (656 ff.).

<sup>104</sup> Zu deren Bewertung lesenswert *Schneider*, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 83 ff.

<sup>105</sup> Eine Kurzfassung der Ergebnisse für Menschen, die nicht gerne ganze Bücher lesen, findet sich bei *Stuckenberg*, ZStW 111 (1999), 422 ff. Das Thema hat ihn seit Erscheinen seiner Dissertation im Jahr 1998 fortwährend begleitet. Siehe etwa *Stuckenberg*, in: Wolter/Schenke/Rieß/Zöller (Hrsg.), Datenübermittlungen und Vorfeldermittlungen, 2003, S. 25 ff.; *ders.*, StV 2007, 655 ff.; *ders.*, BRJ Sonderausgabe 1/2010, 5 ff.; *ders.*, in: Jung/Leblois-Happe/Witz (Hrsg.), 200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le Bicentenaire du Code d'instruction criminelle, 2010, S. 63 ff.; *ders.*, in: Fischer/Hoven (Hrsg.), Verdacht, 2016, S. 63 ff.

<sup>106</sup> *Stuckenberg* (Fn. 15), S. 530 ff.

<sup>107</sup> Vgl. *Stuckenberg* (Fn. 15), S. 530, 546 ff.

<sup>108</sup> *Stuckenberg* (Fn. 15), S. 531.

<sup>109</sup> *Stuckenberg*, GA 2020, 416 (422).

Im Strafprozess ist die institutionelle Verfahrensidee besonders ausgeschärft. Schon aus diesem Grund können Argumentationsmuster und Strukturprinzipien als Matrix für andere Regelungsbereiche dienen.<sup>111</sup> Staatliche Institutionen erfüllen dienende Funktionen, die von gesellschaftlicher Freiheitsentfaltung funktional separiert,<sup>112</sup> aber nicht der Gesellschaft entrückt sind.<sup>113</sup> Öffentliche Gewalt kommuniziert mit den Menschen, nicht zuletzt durch Recht. Recht ist hierbei nicht bloßes Derivat einer Gesellschaftsordnung („Überbau“). Es ist vielmehr zugleich ein entscheidender Faktor, der die Gesellschaft präformiert.<sup>114</sup> Unverzichtbares Instrument der Rechtsverwirklichung sind Verfahren, die kommunikative Akteursbeziehungen regeln<sup>115</sup> und meist eine gesteuerte Öffentlichkeitsfunktion haben. Alles Recht ist verfahrensabhängig, schon weil die Identifikation von Rechtsnormen (im Kontrast zu sonstige Sozialnormen) anhand der von einer Rechtsordnung akzeptierten Verfahren (Methoden) der Rechtserzeugung erfolgt.<sup>116</sup> Auch Strafe als Format gesellschaftlicher Kommunikation lässt sich nicht abstrakt, sondern in ihrer Bedeutung immer nur aus einem

<sup>110</sup> Mit Recht kritisch gegen ein Abdriften in eine ergebnisorientierte Informalität daher *Stuckenberg* (Fn. 20), § 257c Rn. 3.

<sup>111</sup> Siehe zur Geltung der Unschuldsvermutung in Verfahren wegen Fehlverhalten von Wissenschaftlern *Stuckenberg*, WissR 53 (2020), 165 ff.

<sup>112</sup> Als verfassungstheoretisches Paradigma wirkmächtig *Böckenförde*, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung individueller Freiheit, 1973, S. 31 ff.; aus der Traditionslinie etwa *Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, S. 21 ff.; *Klein*, Der Staat 14 (1975), 153 (159); in davon emanzipierten verfassungsrechtlichen Argumentationskontexten beispielsweise *Burgi* (Fn. 37), § 7 Rn. 8; *Kahl*, Die Staatsaufsicht, 2000, S. 366 ff.; *ders.*, Jura 2002, 721 ff.; *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 59 Rn. 203; *Lepsius*, VVDStRL 63 (2004), 264 (286); *Musil*, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, 2005, S. 378 ff.; *Rupp*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 31 Rn. 25 ff.; *Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1989, 533 (539); *Schmitt Glaeser*, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 1107 (1112); *Waldhoff*, VVDStRL 66 (2007), 216 (255).

<sup>113</sup> In diesem Sinne wohl die Kritik bei *Vofßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), 266 (272).

<sup>114</sup> Vgl. *Eichenberg/Lahusen/Payk/Priemel*, Zeithistorische Forschungen 16 (2019), 215 (217 ff.); *Gärditz* (Fn. 17), S. 720 f.; *Grimm*, Die Historiker und die Verfassung, 2022; *Möllers*, FAZ v. 11.10.2016, S. 10.

<sup>115</sup> Vgl. *Burgi* (Fn. 37), § 7 Rn. 18; *Kahl*, DÖV 2000, 793 (801); *König*, VerwArch 97 (2006), 482 (482); *Herzog*, Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 93; *Hoffmann-Riem*, AöR 115 (1990), 400 (414 f.).

<sup>116</sup> Vgl. *Kelsen*, Principles of International Law, 2. Aufl. 1967, S. 437 f.



konkreten normativen Bezugssystem heraus bestimmen.<sup>117</sup> Dieses Bezugssystem wird aber vor allem durch Verfahren (von demokratischen Wahlen über die Gesetzgebung, die rechtsanwendenden Ermittlungsverfahren sowie Hauptverhandlungen bis zum rechtskräftigen Urteil) strukturiert und als öffentliche Kommunikation sichtbar. Das Strafprozessrecht mag im Wesentlichen eine aus normativer Sicht „pathologische“ Peripherie betreffen. Es erfüllt aber für die normative Selbstkonstitution einer Gesellschaft weiterhin zentrale Funktionen und bildet eine übergreifende Ordnungsidee des Prozeduralen ab. Anhand des Strafprozessrechts lässt sich daher sehr viel für die Formierung rechtsgebundener öffentlicher Gewalt durch strikt regelgeleitete Kommunikation lernen.

Eine passende Ordnungsidee hat *Carl-Friedrich Stuckenberg* in seinem bisherigen Œuvre bereitgestellt. Strafprozessrecht wird hier zu einem wesentlichen Baustein in der epistemischen Matrix staatlicher Reaktionsinstrumente auf normative Störungen. Die vorliegende Skizze konnte nur einen kleinen Ausschnitt davon vorstellen, verbunden mit der Hoffnung, dass ich mit meiner Deutung als strafrechtlicher Laie nicht völlig danebengelegt habe.<sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> Pawlik (Fn. 4), S. 478.

<sup>118</sup> Wenn doch, gibt es zum 70. Geburtstag ein Corrigendum in Aufsatzform.

---