

A. Einführung

I. Begriff und Standort des Strafverfahrensrechts

A. hat seine 1977 geborene Stieftochter S. in den Jahren 1983 bis 1991 immer wieder sexuell missbraucht. Als sich die S. nach langer Überlegung Anfang 1997 endlich zu einer Anzeige bei der Polizei gegen ihren Stiefvater nach § 174 StGB (Missbrauch von Schutzbefohlenen) entschließt, meint A., ihm drohe keine Strafverfolgung, weil 5 Jahre nach dem letzten Vorfall alle seine Taten verjährt seien. Allerdings hat der Gesetzgeber mit Wirkung zum 30.6.1994 in § 78b Nr. 1 StGB bestimmt, dass bis zur Vollendung des 18. Lebensjahrs des Opfers eines sexuellen Missbrauchs die Verjährung ruhe¹. A. ist der Auffassung die Neuregelung schade ihm nicht, weil sie zur Tatzeit ja noch nicht gegolten habe.

1

Maßgeblich dafür, dass § 78b Nr. 1 StGB rückwirkend für die früher begangenen Taten des A. gilt, ist, ob es sich bei den Vorschriften über die Verjährung um materielles oder formelles Strafrecht handelt. Der Grundsatz der Anwendung des mildesten Gesetzes nach § 2 StGB bezieht sich nur auf das materielle Recht². Von den strafverfahrensrechtlichen Bestimmungen sind dagegen immer die zur Zeit der gerichtlichen Entscheidung geltenden heranzuziehen. Es kommt hier also darauf an, ob die Regelung nach § 78b StGB dem materiellen Strafrecht oder dem Strafverfahrensrecht zuzuordnen ist. Die Unterscheidung ist leider nicht so simpel, dass man sagen könnte, materielles Strafrecht stünde immer im Strafgesetzbuch (StGB) und Strafverfahrensrecht in der Strafprozessordnung (StPO). Die Abgrenzung muss vielmehr nach dem Inhalt der jeweiligen Vorschrift erfolgen.

2

Strafverfahrensrecht (= formelles Strafrecht = Strafprozessrecht) ist der Teil des öffentlichen Rechts, der sich mit der Art und Weise befasst, nach welcher die staatlichen Strafverfolgungsorgane die Feststellung treffen, ob und – gegebenenfalls – wie eine Person zu bestrafen ist. Es enthält ferner jene Rechtsnormen, welche die Vollstreckung der im strafprozessrechtlichen Erkenntnisverfahren getroffenen Entscheidungen betreffen. Man kann es auch als die Summe der Regeln bezeichnen, in denen sich das materielle Strafrecht in rechtsstaatlicher Justizförmigkeit bewährt³. Aufgabe des Strafprozesses ist es, den Strafanspruch des Staates um des Schutzes der Rechtsgüter Einzelner und der Allgemeinheit willen in einem justizförmigen Verfahren durchzusetzen und dem mit Strafe Bedrohten eine wirksame Sicherung seiner Grundrechte zu gewährleisten⁴. Das Strafverfahrensrecht dient also der Verwirklichung des Strafanspruchs des Staates, der sich aus dem materiellen Strafrecht ergibt; es ist das rechtliche Instrumentarium zur praktischen Umsetzung der Strafbestimmungen. Ähnlich wie das Bürgerliche Recht Grund und Umfang von Ansprüchen unter Privatleuten festlegt und das Zivilprozessrecht aufzeigt, wie der Einzelne den Anspruch durchsetzen kann, enthält das materielle Strafrecht die Festlegung der Strafbarkeit von Verhaltensweisen (z. B. § 211 StGB die Tatbestandsmerkmale des Mordes) und sieht bestimmte Rechtsfolgen dafür vor (z. B. Freiheitsstrafe, Maßregeln der Sicherung und Besserung, Einziehung), während das Strafverfahrensrecht den

1 30. StÄndG (BGB. 1994 I 1310). Normalerweise beginnt nach § 78a StGB die Verjährungsfrist mit Beendigung der Tat zu laufen; § 78b Nr. 1 will dem Sonderfall Rechnung tragen, dass bei Sexualdelikten häufig erst nach Ende altersbedingter Abhängigkeiten der Entschluss zur Anzeige gefasst wird; näher BGH NStZ 98, 244.

2 BGHSt 20, 22, 27; 26, 288 f.; vgl. auch BVerfG NJW 90, 1103.

3 So Kempf NJW 97, 1731.

4 BVerfG NJW 13, 1058, 1060 (Verständigungsgesetz).

Weg weist, wie die Begehung einer solchen Straftat im Einzelfall formell festgestellt wird, welche konkrete Rechtsfolge den Täter treffen soll und wie im Falle einer Verurteilung die Strafvollstreckung abzulaufen hat.

Die Verwirklichung des Strafanspruchs ist als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips nach Art. 20 GG zu betrachten und genießt damit Verfassungsrang. Das BVerfG hat die unabwiesbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung wiederholt anerkannt, das Interesse an einer möglichst umfassenden Wahrheitsermittlung im Strafverfahren betont und die Aufklärung schwerer Straftaten als wesentlichen Auftrag des Gemeinwesens bezeichnet⁵. Aus dem Prinzip, dass keine Strafe ohne Schuld verhängt werden darf, folgt die Aufgabe des Strafprozesses, den Strafanspruch des Staates in einem justizförmig geordneten Verfahren durchzusetzen, das eine wirksame Sicherung der Grundrechte des Beschuldigten gewährleistet. Die verfassungsrechtliche Pflicht des Staates, eine funktionstüchtige Strafrechtspflege zu garantieren, umfasst die Pflicht, die Durchführung eingeleiteter Strafverfahren sicherzustellen; der Rechtsstaat kann sich nur verwirklichen, wenn Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Strafe zugeführt werden. Als zentrales Anliegen des Strafprozesses erweist sich die Ermittlung des wahren Sachverhalts, ohne den das materielle Strafrecht nicht verwirklicht werden kann⁶.

Der Gesetzgeber ist angesichts der verfassungsrechtlichen Fundierung des Strafprozesses nicht frei, beliebige Normen zu erlassen, welche die Möglichkeiten der Realisierung des Strafanspruchs nachhaltig beeinträchtigen, z. B. im Bereich der Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmeverbote. Beschränkungen bedürfen stets einer Legitimation, die vor dem Rechtsstaatsprinzip Bestand hat⁷. Dies gilt auch für die Anwendung und Auslegung des Strafverfahrensrechts, z. B. die Begründung von Beweisverwertungsverböten⁸. Erst recht muss eine „Verwirkung“ des Strafanspruchs durch Fehlverhalten einzelner Strafverfolgungspersonen abgelehnt werden, denn der Begriff „Strafanspruch“ darf nicht dahin missverstanden werden, dass es sich wie im Zivilrecht um eine verwirkbare günstige Rechtsposition handle; vielmehr geht es um eine Funktion des Staates, nämlich um seine Verpflichtung zum Rechtsgüterschutz durch die Verfolgung strafbarer Handlungen⁹.

- 3** Im Schwerpunkt ist das deutsche Strafverfahrensrecht in der Strafprozessordnung (StPO) niedergelegt. Demgegenüber enthält das Strafgesetzbuch (StGB) vornehmlich materielles Strafrecht, aber nicht ausschließlich. Vereinzelt finden sich auch im StGB strafverfahrensrechtliche Regelungen. Dies gilt z. B. auch für die Verjährung, welche nicht die Frage berührt, dass kriminelles Unrecht vorlag, sondern nur, ob dem Täter Jahre später noch „der Prozess gemacht werden sollte“¹⁰. Gleiches gilt für die Bestimmungen des StGB über den Strafantrag¹¹. Sie lassen die Strafbarkeit als solche, d. h. das sozioethische Unwerturteil des Gesetzgebers über eine von ihm pönalisierte Handlungsweise, unberührt. Das Antragserfordernis ist lediglich Voraussetzung für die Verfolgung eines strafbaren Verhaltens, mithin dem Strafverfahrensrecht zuzurechnen. Da also § 78b StGB trotz seines Standorts im StGB eine strafprozessuale Regelung darstellt, gilt hier das Rückwirkungsverbot des materiellen Strafrechts nicht. A. muss also noch mit der Verfolgung seiner letzten Taten rechnen. Auch der umgekehrte Fall ist denkbar, wenn auch selten: ausnahmsweise kann auch in der StPO einmal eine Vorschrift des materiellen Strafrechts vorhanden sein¹².

⁵ BVerfGE 77, 65, 76; 80, 367, 375 (Tagebuch).

⁶ So BVerfG NJW 87, 266 f.

⁷ BVerfGE 33, 367, 383; 77, 65, 76; BVerfG NJW 01, 507.

⁸ Vgl. BVerfG NJW 10, 287.

⁹ BGHSt 32, 345, 353; vgl. auch Rn. 307.

¹⁰ BVerfGE 1, 418, 423; BGHSt 2, 300.

¹¹ BGHSt 20, 22, 27; a. A. Maiwald GA 70, 33.

¹² So BGH NJW 08, 1093; 2131 zu der inzwischen aufgehobenen Vorschrift § 111i a. F.

Die Unterscheidung von materiellem Strafrecht und Strafverfahrensrecht ist auch in anderen Bereichen von Bedeutung. Die sich aus Art. 103 Abs. 2 GG ergebenden methodischen Besonderheiten des materiellen Strafrechts (Analogieverbot, strenger Bestimmtheitsgrundsatz, Auslegungsgrenzen) gelten im Strafverfahrensrecht nicht, das deshalb bei weitem nicht so begrifflich geprägt ist wie das materielle Strafrecht. Ferner wirkt sich die Unterscheidung im Revisionsrecht aus, wo unterschiedliche Regeln für die Behandlung materiellrechtlicher Mängel (Sachrügen) und des formellen Rechts gelten (Verfahrensregeln)¹³. Schließlich findet auf die Normen des materiellen Rechts der sog. Strengbeweis in Verbindung mit dem Grundsatz *in dubio pro reo* Anwendung, während für verfahrensrechtliche Vorschriften der Freibeweis genügt¹⁴.

A. ist wegen Serienbetruges zu einer Freiheitsstrafe auf Bewährung verurteilt worden. Er will sich nunmehr eine neue Existenz aufbauen. Zuvor möchte er sich aber informieren, welche Erkenntnisse bei der Polizei über ihn vorliegen, weil er sich durch das Strafverfahren als „gebrandmarkt“ ansieht. Ihm ist aufgefallen, dass bei der Polizei nicht nur die später an die Staatsanwaltschaft übermittelten Ermittlungsakten, sondern auch polizeiliche Kriminalakten mit der Überschrift „E-Akte“ über ihn angelegt wurden, in welche die Beamten jeweils Kopien und Durchschriften aller Protokolle, Vermerke und sonstiger Schriftstücke aus dem Ermittlungsverfahren eingelegt haben. A. klagt nach erfolglosem Vorverfahren vor dem Verwaltungsgericht auf Auskunfterteilung über den Inhalt der Kriminalakten, welche die Polizei über ihn führt, und beruft sich dabei auf eine Vorschrift des einschlägigen Polizeigesetzes.

3a

Die Klage des A. wäre vor dem Verwaltungsgericht nach § 40 VwGO zulässig, wenn es sich bei der Führung der Kriminalakten der Polizei nicht um eine Maßnahme der Strafrechtspflege handeln würde. Das Strafverfahrensrecht lässt sich näher unterscheiden in das Strafverfahrensrecht im engeren Sinne und die Strafrechtspflege i. S. v. § 23 Abs. 1 EGGVG. Von **Strafverfahrensrecht i. e. S.** spricht man, wenn es um die Verfolgung des Strafanspruchs im einzelnen Falle geht, d. h. aufgrund eines zureichenden Tatverdachts (sog. Anfangsverdachts)¹⁵, der sich jeweils auf ein bestimmtes Geschehnis beziehen muss, von den Strafverfolgungsorganen ein Verfahren betrieben wird. Der Begriff der **Strafrechtspflege** ist umfassender. Hierzu gehört nicht nur die Durchführung von Straf- und Bußgeldverfahren sowie die Vollstreckung der Entscheidungen der Strafgerichte, sondern auch die damit in innerem Zusammenhang stehenden Maßnahmen der Justizbehörden zur Ermöglichung der geordneten Durchführung der Strafverfolgung und Strafvollstreckungstätigkeit, einschließlich der Tätigkeiten, die geeignet sein können, die Entschließung erst zu ermöglichen, ob überhaupt die Strafverfolgung rechtfertigende Sachverhalte gegeben sind und ob ein staatlicher Strafanspruch verfolgt werden soll¹⁶. Als anerkannte Beispiele gelten dafür die Führung des Bundeszentralregisters über Vorstrafen, des Erziehungsregisters jugendlicher Straftäter, Verwaltung von Akten, Erstellung der Schöffnenlisten usw.¹⁷. Die StPO besteht ganz überwiegend aus Strafverfahrensrecht i. e. S., enthält aber vereinzelt auch Vorschriften, die der Strafrechtspflege zuzurechnen sind, wie z. B. die molekulargenetische Untersuchung nach § 81 g¹⁸ und der § 484, der die Speicherung und Verarbeitung von Daten für Zwecke künftiger Strafverfahren regelt. Ebenso verhält es sich mit dem zentralen staatsanwaltlichen Verfahrens-

3b

¹³ Vgl. Rn. 344, 347a.

¹⁴ BGH NJW 92, 1463, 1465; vgl. auch Rn. 120, 311.

¹⁵ Vgl. Rn. 171.

¹⁶ OVG Lüneburg NJW 84, 940; München NJW 77, 1790 f.

¹⁷ MG-Schmitt § 23 EGGVG, 4; KK-Mayer § 23 EGGVG, 54 f.

¹⁸ Das BVerfG NJW 01, 879 f. lässt offen, ob „genuine“ Strafverfahrensrecht od. Strafverfolgungsmaßnahme „im weiteren Sinne“ (so BGH StV 99, 303).

register nach § 492, in dem bundesweit alle eingeleiteten Strafverfahren erfasst werden. Entgegen der bisher h. M. gehören erkennungsdienstliche Maßnahmen nach § 81b 2. Alt. als Justizverwaltungsakte ebenfalls zur Strafrechtspflege¹⁹. Die Polizei wird hier angesichts der anerkannt funktionellen Betrachtungsweise²⁰ als „Justizbehörde“ tätig. Die vom BVerwG vorgenommene Gleichsetzung von Strafverfolgung i. e. S. und Strafrechtspflege i. S. v. § 23 EGGVG²¹ ist nicht haltbar. Gegen sie spricht schon der gesetzliche Terminus Strafrechts„pflege“, der vom Wortsinn her besagt, dass losgelöst vom Einzelfall Aufgaben erfüllt werden, die der staatlichen Strafverfolgungsfunktion insgesamt zu dienen bestimmt sind. Bei Gleichsetzung der Begriffe ließen sich unstrittige Bereiche – wie z. B. die Führung des Bundeszentralregisters – nicht mehr sachgerecht einordnen. Schließlich bliebe für einen Rechtsschutz nach § 23 EGGVG kaum noch ein Anwendungsbereich übrig.

- 3c** Der Begriff der **vorbeugenden Verbrechensbekämpfung** ist doppeldeutig²². Einerseits zählen dazu Maßnahmen im Vorfeld der Strafverfolgung i. e. S., welche diese vorbereiten und in innerem Zusammenhang mit der Ermöglichung der Strafverfolgungsaufgabe stehen („zu Zwecken künftiger Strafverfahren“²³). Diese sind Teil der Strafrechtspflege und fallen somit in die vom Bund beanspruchte Gesetzgebungskompetenz für das gerichtliche Verfahren nach Art. 74 Nr. 1 GG²⁴. Dies gilt auf jeden Fall für Informationsbeschaffung und andere Maßnahmen im Vorfeld des Anfangsverdachts, welche auf die Einleitung eines Ermittlungsverfahren abzielen, denn die StPO lässt insoweit keinen gesetzgeberischen Freiraum, sondern enthält im Umkehrschluss aus §§ 152 Abs. 2, 160, 161, 163 die Aussage, dass ohne zureichenden Verdacht Ermittlungen nicht zulässig sind²⁵. Dies kann auch gar nicht anders sein, weil es ansonsten dazu kommen könnte, dass aufgrund landesrechtlicher Bestimmungen umfangreichere und schwerwiegendere Maßnahmen zulässig wären, solange noch kein konkreter Verdacht besteht, als nach Überschreitung der Schwelle des Anfangsverdachts. Andererseits versteht man unter „vorbeugender Verbrechensbekämpfung“ auch präventive Maßnahmen, die der Verhinderung von Straftaten dienen, und die darauf bezogene Gefahrenvorsorge im Vorfeld der konkreten Gefahr (z. B. polizeilicher Streifendienst, Drogenaufklärungsprogramme²⁶). Nur insoweit greift die Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Polizeirecht ein. Beide Aspekte der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten sind daher streng zu trennen. Die neueren Polizeigesetze der Länder werden dem z. T. schwerlich gerecht und müssen – soweit möglich – verfassungskonform ausgelegt werden. Das BVerwG vertritt die Auffassung, die Führung der Kriminalakten sei der Aufgabenstellung der Polizei im Rahmen der Gefahrenabwehr zuzuordnen; sie beruhe auf Polizeirecht, weil die Kriminalakten nicht zur Durchführung des konkret anhängigen Strafverfahrens als Ermittlungsakten dienen²⁷. Tatsächlich besteht der Hauptzweck der Kriminalakten der Polizei jedoch in der vorsorglichen Bereitstellung eines Hilfsmittels für künftige Fälle der Strafverfolgung. Ihrer bedienen sich die Sachbearbeiter der Polizei, wenn erneut Verfahren gegen denselben Beschuldigten anhängig werden, um sich über

19 Näher dazu: *Kramer JR* 94, 224 ff.; vgl. auch Rn. 184c.

20 BVerwGE 47, 255, 266; BGHSt 28, 206, 209; vgl. auch Rn. 334a.

21 Vgl. BVerwG NJW 84, 2234; dagegen deutet das BVerwG in NJW 06, 1225 f. ein Abrücken von seiner bisherigen Meinung an.

22 Näher dazu: *Schoreit DRiZ* 91, 320; *Merten/Merten ZRP* 91, 213; *Wolter StV* 89, 358.

23 Vgl. § 81 g (DNA-Analyse); § 484 (Speicherung von Daten).

24 Vgl. auch BT-Drucks. 14/1484, S. 18; BVerfG NJW 01, 879 f.; I; 05, 2603, 2605 a. A. *Trurnit VBIBW* 12, 458 f.

25 Vgl. KG NJW 97, 2894, 2896; *Hund ZRP* 91, 463 ff.; s. auch Rn. 172.

26 Z. B. BVerfG NVwZ 01, 1261.

27 NJW 90, 2767 f. m. w. N.; ebenso OVG Berlin NJW 86, 2304; BayVerfGH NJW 86, 915; VGH Mannheim NJW 87, 3022; vgl. auch Krüger DÖV 90, 641; a. A. *Hund ZRP* 91, 463, 465; *Peitsch ZRP* 90, 384; *Denninger CR* 88, 51 ff.; *Burghard Kriminalistik* 87, 520.

dessen Person, Lebensgewohnheiten und Kontakte zu informieren oder um Verdächtige bei noch unaufgeklärten Straftaten aufgrund ihrer Vorgehensweise festzustellen und so Ermittlungsanhalte zu gewinnen. Das BVerwG ist über die Polizeipraxis schlecht unterrichtet, wenn es glaubt, die Kriminalakten würden vornehmlich zur Gefahrenvorsorge herangezogen. Dies mag im Einzelfall einmal vorkommen (z. B. zur Eigensicherung des Beamten), ist jedoch nur ein Nebenprodukt ihrer eigentlichen Zweckbestimmung als Hilfsmittel in künftigen Strafverfahren²⁸. Damit gehört die Kriminalaktenführung zwar zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung, jedoch auf dem Sektor der Strafrechtspflege i. S. v. § 23 EGGVG. Eine Klage auf Auskunfterteilung aus den Kriminalakten ist daher nicht auf polizeirechtliche Bestimmungen zu stützen und vor dem Verwaltungsgericht unzulässig²⁹.

Das Strafverfahrensrecht bezieht sich grundsätzlich nur auf die Ahndung von Straftaten, während die Verfolgung von Bußgeldtatbeständen im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) geregelt ist³⁰. Jedoch finden über § 46 OWiG die Vorschriften über das Strafverfahren weitgehend entsprechende Anwendung. Ausgenommen sind davon verschiedene Zwangsmaßnahmen wie z. B. Anstaltsunterbringung, Verhaftung und vorläufige Festnahme, Beschlagnahme von Postsendungen sowie körperliche Eingriffe mit gewissen Einschränkungen (§ 46 Abs. 3 OWiG). Im Bußgeldverfahren besitzt die zuständige Verwaltungsstelle als Verfolgungsbehörde dieselben Rechte und Pflichten wie die StA bei der Verfolgung von Straftaten (§ 46 Abs. 2 OWiG). Ein grundlegender Unterschied zwischen der Ahndung von Ordnungswidrigkeiten und der von Straftaten liegt indes darin, dass nur bei der Strafverfolgung das Legalitätsprinzip (§ 152 Abs. 2) gilt, während das Bußgeldrecht schon bei der Einleitung des Verfahrens, erst recht dessen weiterer Durchführung dem Opportunitätsprinzip unterliegt (§ 47 OWiG). Allerdings sieht die Praxis anders aus: während bei der Verfolgung der Bagatelldelinquenz und mittlerer Vergehen die StA in großem Umfang die Ausnahmevervorschriften des Opportunitätsprinzips (§§ 153 ff.) anzuwenden pflegt, verfolgen die Bußgeldbehörden – jedenfalls bei Verkehrsordnungswidrigkeiten – regelmäßig, ohne von dem ihnen nach § 47 OWiG eingeräumten Ermessen Gebrauch zu machen; womit das Wertungsgefälle von Kriminalunrecht und Bußgeldrecht auf den Kopf gestellt wird.

II. Rechtsquellen des Strafverfahrensrechts

Die Beamten eines Funkstreifenwagens der Polizei bemühen sich um die Befriedung einer Wirtshausstreitigkeit. Der daran beteiligte B. beschimpft sie als „Bullen“ und tritt vor Wut eine Beule in den Kotflügel des Funkstreifenwagens. Der Polizeipräsident stellt daraufhin Strafantrag wegen Sachbeschädigung und Beleidigung gegen B. bei der StA. Staatsanwalt S. erkennt, dass B. bisher unbestraft ist und sich zur Zeit des Geschehens wegen ehelicher und beruflicher Probleme in einer Ausnahmesituation befunden hat. S. stellt das Verfahren nach § 153 wegen geringer Schuld und fehlendem öffentlichen Interesses ein, ohne dem Polizeipräsidenten vorher Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Als der Polizeipräsident davon erfährt, beschwert er sich beim Vorgesetzten des S. mit der Behauptung, die Einstellung sei wegen Verstoßes gegen Nr. 93 der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) rechtswidrig.

28 Die §§ 483 Abs. 3 od. 484 Abs. 4 sind für Akten nicht einschlägig, sondern gelten nur für Dateien; s. Rn. 104a. Außerdem handelt es sich um verfassungsr. problematische dynamische Verweisungen; BVerfGE 47, 311; *Schenke* NJW 80, 743.

29 Dagegen gilt bei gemischt genutzten Dateien der Polizei das Polizeirecht; § 483 Abs. 3.

30 Abgrenzung erfolgt nach h. M. rein formal nach der Sanktionsandrohung: BVerfGE 27, 18, 30; 45, 272, 282; dazu Rosenkötter, *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 4. Aufl., 1995, Rn. 2 f.

Die Einstellung wäre dann rechtswidrig, wenn sie anwendbaren Rechtsvorschriften (Rechtsnormen) widerspräche. Es fragt sich daher, welches die Rechtsquellen des Strafverfahrensrechts sind, aus denen sich die Rechtslage ergibt.

1. Strafprozessordnung

- 6 Primäre Rechtsquelle des Strafverfahrensrechts ist die Strafprozessordnung (StPO) in der Bekanntmachung vom 7.4.1987³¹. Hinzugekommen sind seit 1987 zahlreiche bedeutsame Veränderungen einzelner Vorschriften, wozu gehören: das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 15.7.1992³², das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994³³, das Strafverfahrensänderungsgesetz 1999 (StVÄG 99) vom 2.8.2000³⁴, das 1. Justizmodernisierungsgesetz vom 24.8.2004, das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen vom 21.12.2007³⁵, das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29.7.2009³⁶, die Gesetze zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren³⁷ und zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom selben Tag³⁸ sowie zuletzt die Gesetze zur Modernisierung des Strafverfahrens und zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung vom 12.12.2019. Die modernen gesetzgeberischen Tendenzen sind charakterisiert durch eine ständige Aufweichung des Legalitätsprinzips³⁹, Schaffung zahlreicher neuartiger Einzelbestimmungen zur Regelung kriminalistischer Vorgehensweisen (z. T. unter Berufung auf Vorgaben des BVerfG im Volkszählungsurteil⁴⁰), Erweiterung verdeckter Ermittlungsmethoden, Ausbau des strafprozessualen Opferschutzes sowie – dies allerdings noch eher in Rechtsprechung und Lehre – einer eigenartig schleichenden Anpassung an Vorstellungen des angelsächsischen Rechtskreises, wie die Stichworte „deal“ (Verständigung, Absprache), Kronzeuge, Beweisverwertungsverbote („fruits of the poisonous tree“-Doktrin, Miranda⁴¹) erkennen lassen. Besonders besorgniserregend ist die Entwicklung in Richtung des amerikanischen Parteiprozesses in Strafsachen, welche sich in einem veränderten Rollenverständnis von Staatsanwälten niederschlägt.
- 7 Gleichwohl ist die Grundstruktur der RStPO vom 1.2.1877 (am 1.10.1879 in Kraft getreten) bisher erhalten geblieben, obwohl es im politischen Raum nicht an Stimmen fehlt, die einen radikalen Umbau fordern. Die StPO hat bereits zahlreiche Verfassungslagen in Deutschland überdauert; ausgerechnet das Strafverfahren als „Seismograph der Staatsverfassung“ zu bezeichnen⁴², trifft daher nur bedingt zu. Selbstverständlich aber ist, dass Novellierungen der StPO den jeweiligen Zeitgeist reflektieren und dass das Grundgesetz als höherrangiges Recht intensiv in das Strafverfahren hineinwirkt. Die StPO enthält demnach im Wesentlichen vorkonstitutionelles Recht⁴³. Obwohl etwas ungenau als Strafprozess-„Ordnung“ bezeichnet, stellt sie ein formelles Gesetz dar. Sie ist das Ergebnis einer viele Jahrhunderte währenden Rechtsentwicklung, die im Ausgangspunkt (Ge-

31 BGBl. 87 I 1074, 1319; Gesetzessammlung Schönfelder Nr. 90.

32 OrgKG BGBl. 92 I 1302; dazu Möhreschlager wistra 92, 326 ff.; Hilger NStZ 92, 457 ff., 523 ff.

33 BGBl. 94 I 3186; Entwurfsbegründung in BT-Drucks. 12/6853; krit. Dabs NJW 95, 553.

34 BGBl. 00 I 1253; dazu Entwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 14/1484; Hilger NStZ 00, 561, 2001, 15; Brodersen NJW 00, 2536; Wollweber NJW 00, 3623.

35 BGBl. 04 I 2198; 07 I 3198.

36 BGBl. 09 I 2274; BR-Drucks. 829/08; Michalke NJW 10, 17.

37 BGBl. 09 I 2280 (2. Opferrechtsreformgesetz); BT-Drucks. 16/12098; Schroth NJW 09, 2916.

38 BGBl. 09 I 2353; BT-Drucks. 16/12310; Jabn/Müller NJW 09, 2625.

39 Vgl. § 153 bis § 153 f.; BGBl. 02 I 2259.

40 BVerfGE 65, 1 ff.; BT-Drucks. 14/1484. Zu diesen Tendenzen: Kramer NJW 92, 2732, 2736 ff.

41 Vgl. z. B. Rn. 31, 50, 165, 274.

42 So Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 2, 1.

43 Insoweit gilt das Zitiergebot nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG nicht: BVerfGE 35, 185, 188 f.

richtsentscheidung durch die Volksversammlung, sog. Thing) keinen Unterschied zwischen Straf- und Zivilprozess machte. Rudiment dieses Parteiverfahrens ist die Privatklage in §§ 374 ff. Im ausgehenden 15. Jahrhundert setzte in Deutschland die Rezeption des mittelalterlich-italienischen Rechts ein; diese fand ihren Niederschlag in der **Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V.** (*Constitutio Criminalis Carolina* von 1532). Das Privatklageverfahren trat nunmehr in den Hintergrund; Strafverfolgung wurde mehr und mehr als Aufgabe staatlicher Instanzen erkannt. **Offizialprinzip** (d. h. das Strafverfahren wird von Amts wegen eingeleitet und betrieben) und **Instruktionsmaxime** (Sachverhaltsaufklärung von Amts wegen ohne Bindung an Anträge) sind inzwischen die StPO beherrschende Grundsätze geworden. Demgegenüber hat die StPO radikal mit dem Beweisrecht der *Constitutio Criminalis Carolina* und des auf ihr beruhenden gemeinrechtlichen deutschen Strafprozessrechts gebrochen: galten dort formale Beweisregeln (z. B. Beweis nur durch zwei einwandfreie Zeugen oder Geständnis), herrscht nunmehr nach § 261 der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Die StPO beruht vor allem auf dem Gedankengut der Aufklärung, die sich für die Abschaffung des Inquisitionsprozesses aussprach, den die Folter und die Identität von Ankläger und Richter kennzeichneten. Französischen Vorbildern folgend überträgt sie die Aufgabe der Strafverfolgung bis zur Anklageerhebung und dann die der Urteilsfindung zwei unabhängigen staatlichen Funktionsträgern, nämlich der Staatsanwaltschaft (StA) und dem Gericht, so dass nach §§ 155, 264 Gegenstand der gerichtlichen Urteilsfindung nur die in der Anklage der StA bezeichnete Tat sein kann (Akkusationsprinzip)⁴⁴.

Die StPO stellte 1877 einen wesentlichen weiteren Schritt zur Rechtseinheit nach dem kurz zuvor in Kraft getretenen StGB dar. Indes wurde die Kodifikation des Strafprozessrechts nach der Reichsgründung 1870/71 nicht einfach aus dem Boden gestampft. Als ein maßgeblicher Vorläufer kann das preussische „Gesetz betreffend das Verfahren in den beim Kammergericht und dem Kriminalgericht in Berlin zu führenden Untersuchungen“ vom 17.7.1846 betrachtet werden. Mit diesem Gesetz bereits – von König *Friedrich Wilhelm IV.* erlassen und durch Vorarbeiten des preussischen Justizministers *v. Savigny* wesentlich geprägt – wurde in Preussen der Inquisitionsprozess abgelöst und das Anklageprinzip eingeführt. Die Fortentwicklung dieses grundlegenden Gesetzeswerkes in verschiedenen StPO-Entwürfen mündete in die StPO des Norddeutschen Bundes, welche schließlich die Grundlage der RStPO von 1877 bildete und teilweise schon wortgleiche Formulierungen von Bestimmungen enthielt, die noch heute gelten⁴⁵.

Will man den **Aufbau** der StPO durchleuchten, so lässt sich zunächst eine Gliederung in acht Bücher feststellen, die sich wiederum in Abschnitte unterteilen. Das erste Buch enthält die allgemeinen („vor die Klammer gezogenen“) Vorschriften, die grundsätzlich für sämtliche Verfahrenszüge gelten. Es finden sich hier Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit der Gerichte, die Verteidigung und die Gewinnung von Beweismitteln. Das zweite Buch betrifft das Verfahren im ersten Rechtszug, wobei der erste und zweite Abschnitt vor allen Dingen die Staatsanwaltschaft ansprechen. Sie enthalten nämlich die Regelung des Vorverfahrens (Ermittlungsverfahrens). Die sonstigen Abschnitte des zweiten Buches wenden sich insbesondere an den Richter, denn sie umfassen die Voraussetzungen und den Ablauf des Hauptverfahrens. Das dritte Buch ist für den Beschuldigten und den Verteidiger von größter Bedeutung, denn es behandelt Vorschriften über die Einlegung von Rechtsmitteln. Das vierte Buch spricht den Verurteilten an, wenn er eine Wiederaufnahme des Verfahrens erreichen will. Das fünfte Buch betrifft die Beteiligung des Verletzten am Verfahren. Das sechste Buch legt die Besonderheiten bestimmter

8

44 Ausführlich: Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege (1983); weitere Darstellungen s. Rn. 12 Nr. 3.

45 Vgl. Otto, Die preussische StA (1899), S. 52 ff., 80 ff.; ferner: Schubert/Regge, Entstehung und Quellen der StPO von 1877 (1989).

Verfahrensarten (z. B. Strafbefehlsverfahren) fest. Das siebente Buch wendet sich wiederum an den Verurteilten und an die Staatsanwaltschaft als Strafvollstreckungsbehörde, denn es regelt die Strafvollstreckung und Kosten des Verfahrens. Durch das StVAG 99 ist ein achttes Buch hinzu gekommen, welches in Erfüllung der Vorgaben des Volkszählungsurteils des BVerfG die Rechtsgrundlagen für Auskunftserteilungen an nicht am Verfahren beteiligten Stellen und Personen sowie für die Dateien der Strafverfolgungsbehörden zum Gegenstand hat.

In unserem Ausgangsfall ist die Strafprozessordnung als Rechtsquelle einschlägig, denn sie sieht in § 153 Abs. 1 StPO die Möglichkeit der Einstellung des Verfahrens durch die StA vor, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht. Diese Voraussetzungen ließen sich nach dem Sachverhalt des Ausgangsfalls bejahen. Aus der StPO ergibt sich also die Rechtswidrigkeit der Einstellung nicht.

2. Sekundäre Rechtsquellen des Strafverfahrensrechts

- 9 Neben der StPO gibt es eine Vielzahl von Gesetzen, die ebenfalls strafverfahrensrechtliche Inhalte oder Bezüge aufweisen. So legt das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) den organisatorischen Aufbau und die sachlichen Zuständigkeiten der ordentlichen Gerichtsbarkeit und der Staatsanwaltschaft fest. §§ 169 ff. GVG bestimmen Einzelheiten des Ablaufs der Hauptverhandlung und ergänzen damit unmittelbar die StPO. Das Grundgesetz (GG) zeitigt als höherrangiges Recht einschneidende Wirkungen im Strafverfahrensrecht und modifiziert im Einzelfall die aus der Anwendung der einfachgesetzlichen StPO gewonnenen Ergebnisse. Demgegenüber steht die Menschenrechtskonvention (MRK) lediglich im Rang eines einfachen Bundesgesetzes⁴⁶. Dennoch erfährt sie einen ständigen Bedeutungszuwachs als Auslegungsmaßstab des innerstaatlichen Strafprozessrechts und durch die Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), bei dem einzelne Mitgliedsstaaten wegen Verletzungen der Konvention verklagt werden können, was auch zunehmend mit Erfolg geschieht⁴⁷. Art. 6 Abs. 2 MRK enthält explizit die Unschuldsvermutung.
- 10 Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sei noch auf eine Vielzahl sonstiger Gesetze hingewiesen, die im Einzelfall zur Lösung strafverfahrensrechtlicher Probleme heranzuziehen sind: Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (StrEG), Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen (ZuSEG), Gesetz über die Entschädigung von Gewalttaten (OEG), Deutsches Richterergesetz (DRiG), Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), Bundeszentralregistergesetz (BZRG), Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG), Justizmitteilungsgesetz (JuMiG) und das Jugendgerichtsgesetz (JGG). In vereinzelten Vorschriften enthalten auch das StGB, die Abgabenordnung (AO) und das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) strafverfahrensrechtliche Inhalte.

3. Abgrenzung: Allgemeine Verwaltungsvorschriften

- 11 Die Rechtsquellen des Strafverfahrensrechts werden durch eine Vielzahl von allgemeinen Verwaltungsvorschriften ergänzt, die nicht selbst Rechtsquellen darstellen und folglich den Richter in seinen Entscheidungen nicht binden. Sie wenden sich an die mit dem Vollzug des Strafverfahrensrechts betreuten Exekutivstellen. So sind die Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) vornehmlich für den Staatsanwalt bestimmt und haben für den Richter nur empfehlenden Charakter⁴⁸. Unter

46 BGBl. 52 II 686; insbes. Art. 2 bis 8 im Strafverfahren zu beachten.

47 Dazu Sommer, StPO und Europäische MRK, in: Brüssow/Krekeler/Mehle, Strafverteidigung in der Praxis, 1998, S. 151 ff. In letzter Zeit besonders bedeutsam: EGMR NJW 06, 2753; 03, 1229; 2297; 2893; s. auch Rn. 89.

48 Vollständiger Text mit Anlagen bei MG-Schmitt, StPO/GVG, Anhang 12.

den Anlagen zu den RiStBV befinden sich höchst bedeutsame wie die Gemeinsamen Richtlinien der Justizminister/-senatoren und Innenminister/-senatoren des Bundes und der Länder über die Anwendung unmittelbaren Zwangs durch Polizeibeamte auf Anordnung des Staatsanwalts (Anlage A) und über die Inanspruchnahme von Informanten sowie über den Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Personen) und Verdeckten Ermittlern im Rahmen der Strafverfolgung (Anlage D). Die Untersuchungshaftvollzugsordnung (**UVollZO**) wurde inzwischen durch Landesgesetze abgelöst⁴⁹. Beträchtliche Auswirkungen auf den Ablauf der Ermittlungen zeitigen schließlich jene Polizeidienstvorschriften (**PDV**), welche inhaltsgleich von sämtlichen Bundesländern in Kraft gesetzt worden sind.

Im Ausgangsfall hat Staatsanwalt S. gegen Nr. 93 Abs. 1 RiStBV verstoßen, weil danach der Staatsanwalt verpflichtet ist, vor Einholung der gerichtlichen Zustimmung zur Einstellung nach § 153 StPO mit solchen Behörden oder öffentlichen Körperschaften in Verbindung zu treten, welche die Strafanzeige erstattet haben oder sonst am Verfahren interessiert sind. Dies war hier im Falle des Polizeipräsidenten gegeben. Damit hat S. aber nur innerdienstlich weisungswidrig gehandelt, was für ihn Folgen in der Dienstaufsicht haben könnte. Die Einstellung selbst wird damit jedoch nicht rechtswidrig, da die RiStBV keine Rechtsquelle darstellen, sondern lediglich eine allgemeine Verwaltungsvorschrift sind. Verstößt aber ein Staatsanwalt zum Nachteil eines Bürgers gegen die RiStBV (z. B. durch Berufungseinlegung entgegen Nr. 147), kommt dem infolge des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) Außenwirkung zu.

4. Gesetzgebungskompetenz im Strafverfahrensrecht

Polizeiobermeister P. hat Urlaub, ist aber nicht verreist. Bei einem Spaziergang durch die heimatliche Gemeinde, in der er sonst seinen Dienst versieht, begegnet ihm der aus der JVA entwichene Strafgefangene S., der mit Vollstreckungshaftbefehl gesucht wird und aufgrund staatsanwaltschaftlicher Anordnung zur Festnahme ausgeschrieben ist. P. erkennt den S. sofort vom Fahndungsfoto her wieder. P. ruft: „Halt, Polizei!“ und erklärt den S. für festgenommen; dieser ergreift jedoch unmittelbar die Flucht. P. läuft dem S. nach, muss aber einsehen, dass S. schneller ist. Nur durch einen gezielten Schuss aus der von ihm mitgeführten Dienstwaffe auf die Beine des S. gelingt es ihm, diesen an der weiteren Flucht zu hindern.

11a

Rechtsgrundlage der Festnahme ist § 457 Abs. 2; die Ausschreibung zur Festnahme beruht auf § 131; der traditionelle Begriff des „Steckbriefs“ ist vom Gesetzgeber bewusst abgeschafft worden⁵⁰. In der Ausschreibung des Haftbefehls durch die StA ist ein Ersuchen derselben an die Polizei gem. § 161 i. V. m. § 457 Abs. 1 zu sehen, den S. festzunehmen. An sich sind daher die Festnahmevoraussetzungen im Fall gegeben. Unschädlich ist, dass sich P. im Urlaub befand, denn nach den allgemein geltenden Polizeidienstvorschriften vermag sich ein Polizeivollzugsbeamter jederzeit durch ausdrückliche Erklärung in den Dienst zu versetzen, was hier geschehen ist.

11b

Es fragt sich aber, ob der von P. ausgeübte Zwang – insbesondere der Schusswaffengebrauch – zulässig war. Die Zulässigkeit der Ausübung unmittelbaren Zwangs zur Durchsetzung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen ist in der StPO grundsätzlich nicht besonders geregelt. Der im Verwaltungsvollstreckungsrecht geläufige Ausdruck „unmittelbarer Zwang“ wird in der StPO prinzipiell nicht verwendet (Ausnahme: § 81c Abs. 6). Es gilt vielmehr der Grundsatz, dass die zur Durchsetzung eines strafprozessualen Eingriffs notwendigen Zwangsmaßnahmen auf der speziellen Ermächtigungsgrundlage der StPO für

49 Dazu Köhne JR 11, 198.

50 BT-Drucks. 14/1484, S. 19; siehe Nr. 39 ff. RiStBV.

den Eingriff selbst beruhen, dies allerdings unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips⁵¹. Die verwaltungsrechtliche Unterscheidung von Grundverfügung und Vollstreckungsverfahren ist dem Strafprozessrecht fremd. Nach ganz h.M. ergibt sich z. B. aus der richterlichen Durchsuchungsanordnung auch die Befugnis, zu deren Durchsetzung Türen aufzubrechen, Absperrungen vorzunehmen, sogar Behältnisse zu zerstören usw.⁵². Die StPO enthält zur Vollstreckung von Eingriffsanordnungen nur fragmentarische Bestimmungen und belässt es im Übrigen bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Die schwerfälligen, am Verwaltungsakt orientierten Strukturen des Verwaltungsvollstreckungsrechts lassen sich auf das Strafverfahren nicht übertragen. Daher ergibt sich die Zulässigkeit der Anwendung unmittelbaren Zwangs direkt aus § 457, wie dies auch die Formulierungen der Abs. 2 und 3 erkennen lassen. Es ist daher weder erforderlich noch zulässig, als *Grundlage* des unmittelbaren Zwangs auf die Vorschriften der Polizeigesetze zurückzugreifen⁵³.

- 11c** Es fragt sich höchstens, ob die polizeigesetzlichen Regelungen verbindlich die *Inhalte* der „Erforderlichkeit“ und „Verhältnismäßigkeit“ konkretisieren können, also insofern als gesetzliche Ergänzung der strafprozessrechtlichen Regelung zur Anwendung kommen⁵⁴. Diese Ansicht ist jedoch ebenfalls abzulehnen, denn der Landesgesetzgeber, der die Polizeigesetze erlässt, ist nicht befugt, auf dem Gebiet des Strafverfahrensrechts Regelungen zu treffen. Nach Art. 74 Nr. 1 GG besitzt der Bund u. a. die **konkurrierende Gesetzgebungskompetenz** auf den Gebieten des Strafrechts und des gerichtlichen Verfahrens, aber nicht mehr des Strafvollzugs. Die StPO als Bundesgesetz beruht auf der Zuständigkeit des Bundes für das gerichtliche Verfahren, und zwar nicht nur, soweit es um das gerichtliche Hauptverfahren geht, sondern – davon abgeleitet – auch sonst, z. B. im Vorverfahren⁵⁵. Das BVerfG hat sogar die Gesetzgebungskompetenz des Bundes aufgrund von Art. 74 Nr. 1 GG für *künftige* Strafverfahren bejaht, wobei es ohne Belang sei, ob bereits ein Anfangsverdacht gegeben sei und ob die Regelung in einem Spezialgesetz außerhalb der StPO erfolge⁵⁶. Von seiner Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des Strafverfahrensrechts hat der Bund durch die mehrfach neu verkündete StPO umfassend Gebrauch gemacht. Da es sich um eine Kodifikation des gesamten Rechtsgebiets (jedenfalls des Strafverfahrensrechts i. e. S.) handelt, kommen auch ergänzende Bestimmungen der Länder für solche Fragen nicht in Betracht, welche in der StPO nicht ausdrücklich geregelt worden sind. Dieses schon nach allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen zwingende Ergebnis wird klargestellt durch § 6 EGStPO, wonach die prozessrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze für alle Strafsachen außer Kraft treten, soweit nicht in der StPO auf sie verwiesen wird⁵⁷. Die StPO lässt auch nicht Raum für eine Regelung der Art und Weise des Vollzuges der von ihr vorgesehenen Eingriffe, da sie zwischen dem „Ob“ und „Wie“ einer Maßnahme prinzipiell nicht unterscheidet. Auch die Art und Weise des Vollzuges einer Maßnahme wird partiell in der StPO ange-

51 Vgl. BGH NJW 97, 2189 (Ermittlungsrichter); KG JR 79, 347; OLG Celle NJW 97, 2463 f.; *Kleinknecht* NJW 64, 2181; vgl. auch Rn. 63, 182, 184a, 186a, 230; einschr. *Krey* ZStW 101, 857.

52 OLG Stuttgart MDR 84, 249; Karlsruhe StraFO 97, 13, 15; *Rengier* NSTz 81, 371. Zum Zwang bei körperl. Durchsuchung: OLG Celle NJW 97, 2464.

53 A.A. *Roxin/Schünemann* § 31, 11.

54 LG Ulm NSTz 91, 83; wohl auch, jedoch ohne Begründung BGH NJW 99, 2533. ähnlich: BayObLG NSTz 88, 519; OLG Karlsruhe NJW 74, 806; *MG-Schmitt* § 127, 20; *KK-Schultheis* § 127, 27; a.A. *Roxin/Schünemann* § 31, 11 ff.; *LR-Gärtner* § 127, 48 (mit Bedenken); *Borchert* JA 82, 346. Dagegen betrifft BGHSt 26, 99, 101 nur einen Fall der Gefahrenabwehr und BGHSt 35, 379 bundesrechtliche Bestimmungen über den unmittelbaren Zwang.

55 BVerfGE 36, 193, 202; *Sydow* ZRP 77, 119. Ausgenommen ist der Untersuchungshaftvollzug.

56 BVerfG NJW 01, 8790 f. (DNA-Untersuchung); 05, 2603, 2605 (Vorsorge für Verfolgung von Straftaten durch TKÜ).

57 Vgl. BGH NJW 62, 1020; *Rüping* ZStW 95, 904; *Kühne* 71; *Geisler* ZStW 93, 1117; *Denninger*, Polizei und Strafprozess (1978), S. 304 m. w. N.; *Ranft* S. 164; a.A. *Krey* ZRP 71, 226; *Peters* § 24 III.