

Schriften zum Prozessrecht

Band 327

Fehlerfolgen im Strafprozess

Von

Tobias Gafus



Duncker & Humblot · Berlin

TOBIAS GAFUS

Fehlerfolgen im Strafprozess

Schriften zum Prozessrecht

Band 327

Fehlerfolgen im Strafprozess

Von

Tobias Gafus



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin
hat diese Arbeit im Wintersemester 2024/25 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2026 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpär
Druck: Prime Rate Kft., Budapest, Ungarn

ISSN 0582-0219
ISBN 978-3-428-19710-1 (Print)
ISBN 978-3-428-59710-9 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: <https://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Am Anfang dieser Arbeit stand die Verwunderung: Die Verwunderung des Studenten darüber, dass im deutschen Recht selbst Nebensächliches oft penibel geregelt ist – aber zugleich das Gesetz die wichtige Frage unbeantwortet lässt, wann ein womöglich über Schuld und Unschuld, über Freiheit und Gefängnis entscheidendes Beweismittel verwendet werden darf.

Diese Verwunderung begleitete mich durch meine Ausbildung. Sie wuchs während meiner prägenden Arbeit für Rechtsanwalt Dr. h.c. jur. Gerhard Strate, bei dem ich die Realität des Strafprozesses mit ihren Eigentümlichkeiten und Härten kennenlernte. Die Verwunderung griff nach und nach über die Verwertungsverbote hinaus, betraf bald auch die Hürden der Revision, die (fehlende) Kompensation des Bürgers bei rechtswidrigen Ermittlungsmaßnahmen oder die (fehlende) Sanktionierung der Fehlerverursacher selbst bei groben Rechtsverstößen. So reifte über längere Zeit die Überlegung, jener Frage nachzuforschen, die der Verwunderung zugrunde lag: Wie könnte eine Fehlerfolgenlehre für den Strafprozess aussehen?

Das Ergebnis dieses Nachforschens ist die vorliegende Untersuchung.

Sie zu verfassen hat mir große Freude bereitet. Nur der eigenen Neugier folgen zu dürfen, war ein großes Glück.

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2024/25 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin als Dissertation angenommen. Professor Dr. Carsten Momsen danke ich für die Bekräftigung, mich des Themas anzunehmen und die Bereitschaft, die Betreuung zu übernehmen. Professor Dr. Olaf Muthorst danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Direkt zu Beginn des Dissertationsvorhabens machten mir Dr. Ulrich Karpenstein und Gernot Lehr ein inhaltlich derart spannendes Angebot, dass ich nicht umhinkam, an ihrer Seite bei Redeker Sellner Dahs in die Anwaltschaft einzutreten. Von ihnen ebenso wie von Dr. Christian Mensching und Dr. Roya Sangi durfte ich nicht nur sehr vieles lernen; ich bin ihnen allen auch äußerst dankbar dafür, nie vergessen und stets berücksichtigt zu haben, dass neben Mandanten und Akten auch die Dissertation meiner Aufmerksamkeit harnte.

Wenngleich ich alle Freiräume hatte, um neben der Anwaltschaft dieses wissenschaftliche Vorhaben voranzutreiben, konnte ich mich letztlich der Erkenntnis nicht verschließen, dass die Fertigstellung dieser Untersuchung meine gesamte Arbeitskraft fordern würde. Dies ermöglichte mir ein Stipendium der Friedrich-Ebert-Stiftung, der ich dafür sehr danke.

Die Arbeit entstand nicht nur im lautlosen Gespräch mit den stummen Stimmen der Literatur, sondern auch im lebhaften Austausch mit vielen wunderbaren Menschen, die Ideen und Ideenfragmente mit mir diskutierten, das Manuskript kritisch lasen und vielseitige sonstige Unterstützung entlang des langen, schönen Weges leisteten: Dr. Daniel Bäuml, Laura Diederichs, Dr. Georg Gafus, Dr. Samuel Gafus, Dr. Johanna Hahn, Max Hentrich, Felix Hofreither, Dr. Tim Kerstges, Dr. Tobias Mast, Mathis Schwarze, Johannes Weigl und Marco Willumat – vielen Dank!

Diese Dissertation begann, lange bevor der erste Satz verfasst war, mit der Verwunderung über die Verwertungsverbote. Während der eigentlichen Arbeit an der Untersuchung wichen die Verwertungsverbote dann über den größten Teil der Strecke den Grundfragen und sonstigen Reaktionsmöglichkeiten der Fehlerfolgenlehre. Geendet hat die Dissertation aber doch wieder mit den Verwertungsverbotten, und zwar gleich in doppelter Hinsicht: Erstens, weil die Verwertungsverbote der Schlussstein der entwickelten Fehlerfolgenlehre und damit auch das letzte Kapitel dieses Buches wurden; und zweitens, weil ich einige Zeit, nachdem das letzte Wort geschrieben war, von Professor Dr. Dr. h.c. Luís Greco die Gelegenheit erhielt, in seinem Rechtsphilosophischen Seminar an der Humboldt-Universität zu Berlin meine Thesen zu den Verwertungsverbotten vor größerem Publikum vorzustellen. Diese Möglichkeit und die anschließende Diskussion waren ein wunderbarer Abschluss, für den ich Professor Greco ausgesprochen dankbar bin.

Der letzte und größte Dank – mehr als Worte ausdrücken könnten – gebührt meiner Familie. Meinen Eltern Elisabeth und Georg sowie meiner Schwester Anna und meinem Bruder Samuel. Und natürlich meiner Frau Valeria und unseren Kindern Klara und Zacharias.

Ihnen ist dieses Buch gewidmet.

Berlin, August 2025

Tobias Gafus

Inhaltsübersicht

Einleitung – Vom Wert der Form	29
--------------------------------------	----

Teil 1

Grundlagen der Fehlerfolgen	32
§ 1 Vorüberlegungen	32
I. Vorgehen: Methodik der Arbeit	32
II. Vorarbeiten: Stand der Wissenschaft zum Verfahrensrecht	37
III. Vorteile: Erkenntnispotenziale einer strafprozessualen Fehlerfolgenlehre	74
§ 2 Bestimmung der Kernbegriffe	75
I. Was ist das Strafverfahren?	75
II. Was ist das Strafverfahrensrecht?	87
III. Was ist ein Fehler?	105
IV. Was ist eine Fehlerfolge?	123
V. Was ist eine Fehlerfolgennorm?	128
VI. Was ist Fehlervermeidung?	136
VII. Zusammenfassung: Glossar der Kernbegriffe	136
§ 3 Grenzen der Fehlerfolgen: Dysfunktionalität durch Überkomplexität	140
I. Kontrollparadox: Potenzierung der Kontrollverfahren und infiniten Regress	140
II. Verfahrensverzögerung	141
III. Förmlichkeitsparadox: Ausweichbewegungen ins Informelle	143
IV. Die Mär von der Ordnungsnorm	148

Teil 2

Systematisierung der Fehlerfolgen	151
§ 4 Unbeachtlichkeit des Fehlers	151
I. Absolute und relative Unbeachtlichkeit	151
II. Mechanismen der Unbeachtlichkeit	153
§ 5 Korrektur des Fehlers	161
I. Korrekturmechanismen bei fehlerhaften Rechtsakten	162
II. Verfahrenseinstellung als Korrektur	205

III. Heilung als Korrektur	209
IV. Beseitigung als Korrektur bei tatsächlichen Beeinträchtigungen durch Eingriffsmaßnahmen	222
V. Fristenmodifikation als Korrektur	243
VI. Beweiserleichterung als Korrektur	245
VII. Ergebnis	250
§ 6 Kompensation des Fehlers	252
I. Das Konzept der Kompensation	252
II. Funktionen der Kompensation	261
III. Systematisierung der Kompensationsmittel	267
IV. Ergebnis	298
§ 7 Sanktionierung des Fehlerverursachers	300
I. Begriff der Sanktion	300
II. Relevante Rechtsgebiete des geltenden Rechts	308
III. Arten der Sanktionierung	316
IV. Sanktionierung und Handlungshemmung	329
V. Das Krähenproblem: Informelle Sanktionsverhinderungsmechanismen	350
VI. Ergebnis	353
§ 8 Beweisverwertungsverbot	356
I. Verwertungsverbote als Attrappen: Die Neutralisierungsmechanismen des geltenden Rechts	358
II. Terminologische und strukturelle Grundlagen	362
III. Das Spannungsfeld der Verwertungsverbote	369
IV. Verwertungsverbote als Korrektur: Zur Frage der Konnexität	379
V. Die drei Arten von Erhebungsnormen	382
VI. Kompensation und Sanktionierung: Sonstige Fehlerfolgen als Surrogate	440
VII. Systematisierende Zusammenfassung der Lehre von den Verwertungsverböten	450
VIII. Ergebnis	493
Schlussbetrachtung	497
§ 9 Kurzzusammenfassung	497
I. Teil 1 der Untersuchung	497
II. Teil 2 der Untersuchung	499
§ 10 Kernthesen der Fehlerfolgenlehre	504
I. Grundsätzliches	504
II. Unbeachtlichkeit	506
III. Korrektur	506
IV. Kompensation	508
V. Sanktionierung	509

VI. Beweisverwertungsverbot	510
VII. Bilanz	513

Literaturverzeichnis	515
-----------------------------------	------------

Sachwortverzeichnis	555
----------------------------------	------------

Inhaltsverzeichnis

Einleitung – Vom Wert der Form	29
--------------------------------------	----

Teil I

Grundlagen der Fehlerfolgen	32
-----------------------------------	----

§ 1 Vorüberlegungen	32
I. Vorgehen: Methodik der Arbeit	32
1. Dogmatik	33
2. Theorie	33
3. Ansatz der Arbeit	36
II. Vorarbeiten: Stand der Wissenschaft zum Verfahrensrecht	37
1. Verfahrenstheorie: Was bedeutet „Verfahren“?	38
2. Allgemeines Verfahrensrecht	43
a) Vielfalt des Verfahrensrechts	44
b) Einheit des Verfahrensrechts?	47
3. Strafprozesstheorie und strafprozessuale Fehlerfolgenlehren	51
4. Verwaltungsrechtliche Fehlerfolgenlehre	55
a) Entwicklung und Stand der verwaltungsrechtlichen Fehlerfolgenlehre	56
b) Größerer Umfang einer strafprozessualen Fehlerfolgenlehre	58
c) Maßgebliche Unterschiede zwischen Verwaltungs- und Strafverfahren	59
aa) Komplexere Struktur des Strafverfahrens	61
(1) Vehikelfunktion	61
(2) Vielgestaltigkeit	64
(3) Fazit	66
bb) Fehlende Bedeutung des Verwaltungsakts im Strafprozess	67
(1) Fehlende gesetzliche Verankerung	67
(2) Fehlende tatsächliche Eignung	69
d) Strukturähnlichkeiten zwischen Straf- und Verwaltungsverfahren	72
5. Fazit	73
III. Vorteile: Erkenntnispotenziale einer strafprozessualen Fehlerfolgenlehre	74
§ 2 Bestimmung der Kernbegriffe	75
I. Was ist das Strafverfahren?	75
1. Strafverfahren und Strafprozess	75

2. Das Strafverfahren in seiner Gesamtheit	76
3. Das Strafverfahren in seinen Teilen	78
a) Teilverfahren	78
b) Subverfahren	79
c) Kontrollverfahren	81
aa) Schwache, starke und gehemmt-starke Kontrollverfahren	82
bb) Eng- und grobmaschige Kontrollverfahren	83
d) Fazit	87
II. Was ist das Strafverfahrensrecht?	87
1. Grenzen des Strafverfahrensrechts: Abgrenzung zum materiellen Recht ..	88
a) Der Kernbereich des Prozessrechts	88
b) Der unscharfe Grenzbereich des Prozessrechts: Primat des Gesetzgebers	91
c) Konsequenzen für die Untersuchung: Grenzfälle als Vorfragen	96
2. Rechtsquellen des Strafverfahrensrechts	97
a) Originär nationalstaatliche Normen	97
b) Originär nicht-nationalstaatliche Normen	99
3. Fazit	104
III. Was ist ein Fehler?	105
1. Verfahrensfehler	105
a) Abweichung vom Verfahrensrecht	107
b) Abhängigkeit von einer Fehlererkennungsinstanz	109
c) Unabhängigkeit von subjektiven Merkmalen	114
d) Abhängigkeit vom Fehlerverantwortlichen	114
e) Unabhängigkeit vom Fehlerbetroffenen	117
2. Kleine Fehlerlehre: Sonstige Fehler mit Bezug zum Strafverfahren	118
a) Materielle Fehler	118
b) Sachverhaltsfehler	119
c) Verdachtsfehler	121
d) Kunstfehler	122
IV. Was ist eine Fehlerfolge?	123
1. Rechtlich vorgesehen	123
2. Aktivierung im Kontrollverfahren	125
3. Unabhängigkeit von der Betroffenheit	127
V. Was ist eine Fehlerfolgenorm?	128
1. Fragmentierte Fehlerfolgenormen	131
2. Versteckte Fehlerfolgenormen	133
VI. Was ist Fehlervermeidung?	136
VII. Zusammenfassung: Glossar der Kernbegriffe	136
§ 3 Grenzen der Fehlerfolgen: Dysfunktionalität durch Überkomplexität	140
I. Kontrollparadox: Potenzierung der Kontrollverfahren und infiniten Regress	140

II.	Verfahrensverzögerung	141
III.	Förmlichkeitsparadox: Ausweichbewegungen ins Informelle	143
IV.	Die Mär von der Ordnungsnorm	148

Teil 2

	Systematisierung der Fehlerfolgen	151
§ 4	Unbeachtlichkeit des Fehlers	151
I.	Absolute und relative Unbeachtlichkeit	151
II.	Mechanismen der Unbeachtlichkeit	153
	1. Unerheblichkeit: Unbeachtlichkeit bei unbedeutenden Fehlern	153
	2. Präklusion: Unbeachtlichkeit bei verspäteter Rüge	155
§ 5	Korrektur des Fehlers	161
I.	Korrekturmechanismen bei fehlerhaften Rechtsakten	162
	1. Unwirksamkeit des fehlerhaften Rechtsaktes	163
	a) Sprachverwirrung: Was bedeutet Unwirksamkeit?	164
	aa) Unwirksamkeit	164
	bb) Nichtigkeit	165
	cc) Unbeachtlichkeit	166
	dd) Fazit	167
	b) Wirkungsnormen: Wann liegt Unwirksamkeit vor?	167
	aa) Handlungsformenqualifikation: Akt und Nicht-Akt	170
	bb) Positive Wirksamkeitsvoraussetzungen	172
	cc) Negative Wirksamkeitsvoraussetzungen	173
	(1) Nichtigkeit	173
	(a) Nichtigkeit als ipso-jure-Unwirksamkeit	174
	(b) Nichtigkeit als Kontrollvakuum?	175
	(c) Nichtigkeit im geltenden Strafverfahrensrecht	179
	(2) Aufhebung	182
	(a) Aufhebung als durch Aufhebungsakt bedingte Unwirksamkeit	182
	(b) Ausgestaltung des Kontrollverfahrens zur Aufhebung	183
	(aa) Zuständigkeit und Devolutiveffekt	183
	(bb) Vollstreckung und Suspensiveffekt	184
	(cc) Frist	185
	(dd) Verbund von Fehlerfolgen	186
	(3) Erledigung	187
	c) Partielle Unwirksamkeit	189
	d) Fazit	189

2. Ersetzung des fehlerhaften Rechtsakts	191
a) Ersetzung des Rechtsakts durch Kontrollinstanz	193
aa) Nachholungskompetenz der Kontrollinstanz	194
bb) Keine Nachholungskompetenz der Kontrollinstanz	194
(1) Fehlendes Beruhen	196
(2) Zwingendes Ergebnis	197
(3) Verfahrensnorm als Inhaltsmaßstab des Rechtsaktes	197
(4) Fazit	198
b) Ersetzung des Rechtsakts durch Ausgangsinstanz	199
aa) Nach Aufhebung durch Kontrollinstanz: Neuvernahme	199
bb) Nach Aufhebung durch Ausgangsinstanz: Selbstberichtigung	200
3. Wiederholung des fehlerhaften Verfahrensabschnitts	201
a) Durch Ausgangsinstanz	201
b) Durch Kontrollinstanz	202
c) Umfang der Wiederholung	203
4. Fazit	204
II. Verfahrenseinstellung als Korrektur	205
III. Heilung als Korrektur	209
1. Grundstruktur der Heilung	209
2. Zeitproblem der Heilung	212
3. Heilung im geltenden Strafprozessrecht	214
a) Fehlender Übergangsrechtsakt	214
b) Hauptverhandlungsfehler und Aussetzung	217
IV. Beseitigung als Korrektur bei tatsächlichen Beeinträchtigungen durch Eingriffsmaßnahmen	222
1. Rechtstheoretische Strukturelemente der Staatshaftung	225
a) Rechtswidrigkeit und Verschulden	226
b) Unmittelbar beeinträchtigtes Recht	228
c) Auswirkungen der Beeinträchtigung: materiell oder immateriell?	229
d) Anspruchsumfang: status quo ante oder status quo sine facto?	232
e) Anspruchsinhalt: Korrektur in natura oder in Geld?	233
aa) Korrektur in natura	233
(1) Immaterielle Auswirkungen	234
(a) Unmöglichkeit der Wiederherstellung	234
(b) Modalitäten der Wiederherstellung	235
(2) Materielle Auswirkungen	237
bb) Korrektur in Geld	237
2. Institute des geltenden Staatshaftungsrechts	238
a) Strafprozessspezifische Institute: StrEG	239
b) Polizeirechtliche Institute ohne Pendant im Strafprozessrecht	239

c) Relevante Institute des allgemeinen Staatshaftungsrechts	240
aa) Ohne Verschuldenserfordernis	240
bb) Mit Verschuldenserfordernis	242
3. Fazit	243
V. Fristenmodifikation als Korrektur	243
VI. Beweiserleichterung als Korrektur	245
1. Beweiserleichterung als Hilfsfehlerfolge	245
2. Jenseits des Zweifelssatzes: Inhalt der Beweiserleichterung	247
3. Geltende Rechtslage und Ausblick	249
VII. Ergebnis	250
§ 6 Kompensation des Fehlers	252
I. Das Konzept der Kompensation	252
1. Problem des Wechselkurses	254
2. Legitimierter Entscheider als Lösung	255
3. Inkonnexität als Zankapfel und Katalysator	257
4. Merkantilisierung der Rechtsgeltung?	258
II. Funktionen der Kompensation	261
1. Ausgleichsfunktion	262
2. Genugtuungsfunktion	262
3. Präventionsfunktion	264
4. Fazit	266
III. Systematisierung der Kompensationsmittel	267
1. Verfahrensergebnisindifferente Kompensationsmittel	268
a) Feststellung des Verfahrensfehlers	268
aa) Varianten der Feststellung	269
bb) Feststellung im geltenden Recht	270
b) Entschädigungszahlung	271
2. Verfahrensergebnisbeeinflussende Kompensationsmittel	275
a) Komplikationen der verfahrensergebnisbeeinflussenden Kompen- sationsmittel	275
aa) Rechtstheorie: Handel mit der Gerechtigkeit?	278
bb) Geltendes Recht: Systembrüche durch fehlendes Instrumentarium	283
cc) Begrenzter Anwendungsbereich: Nur für den schuldigen Beschuldigten	285
dd) Fazit	286
b) Strafreduktion und Verfahrensabbruch: Kontinuum statt Dualismus	286
aa) Koordinate 1: Sachverhaltsaufklärung	289
bb) Koordinate 2: Sanktionsreduktion	290
cc) Koordinate 3: Strafklageverbrauch	292
(1) Dimensionen des Strafklageverbrauchs	292

(2) Faktoren zur Bestimmung des Umfangs des Strafklageverbrauchs	293
(3) Zusammenhang des Strafklageverbrauchs mit den Koordinaten Sachverhaltsaufklärung und Sanktionsreduktion	295
dd) Fazit zu Strafreaktion und Verfahrensabbruch als Kontinuum	296
c) Fazit zu den verfahrensergebnisbeeinflussenden Kompensationsmitteln	297
IV. Ergebnis	298
§ 7 Sanktionierung des Fehlerverursachers	300
I. Begriff der Sanktion	300
1. Perspektivwechsel: Fokus auf den Verursacher	302
2. Nachteil	303
3. Sanktionierung als Disziplinierung	305
4. Doppelfunktionale Sanktionen	307
II. Relevante Rechtsgebiete des geltenden Rechts	308
1. Schadensersatzrecht	309
2. Disziplinarrecht	310
3. Ordnungswidrigkeitenrecht	312
4. Strafrecht	313
5. Richteranklage	315
6. Fazit	315
III. Arten der Sanktionierung	316
1. Förmliche Missbilligung	317
2. Finanzielle Einbuße	318
3. Berufliche Hemmnisse	321
4. Freiheitsstrafe	322
5. Sonstige Sanktionen: Von der Todesstrafe zum Täter-Opfer-Ausgleich ..	322
a) (Vermeintlich) antiquierte Sanktionsformen	323
b) Beschränkung sozialer oder technologischer Teilhabe	325
c) Pädagogisch-therapeutische und ausgleichende Ansätze	325
6. Fazit	328
IV. Sanktionierung und Handlungshemmung	329
1. Das Dilemma der Handlungshemmung	330
2. Auflösung durch Feinjustierung der Sanktionierung	333
a) Die Gestaltung der Fehlerfolgennorm	334
aa) Formelle Stellschraube: Bestimmtheit	334
bb) Inhaltliche Stellschrauben	335
(1) Relevanter Fehler	335
(2) Spielräume	337
(a) Die Lage des Spielraums: Fehler- oder Fehlerfolgeebene	338
(aa) Spielraum auf Fehlerebene	339

(bb) Spielraum auf Fehlerfolgenebene	341
(b) Die Größe des Spielraums: Vertretbarkeit und ihre Ver- wandten	342
(c) Die Notwendigkeit des Spielraumes: Vorsatz, Fahrlässigkeit und Irrtümer als Surrogate?	343
(3) Vorsatz und Fahrlässigkeit	345
(4) Sonstige objektive und subjektive Umstände	346
(5) Rechtswidrigkeit und Schuld	346
(6) Irrtümer	347
b) Die Gestaltung des Kontrollverfahrens	347
3. Auflösung durch Verzicht auf Sanktionierung	349
4. Fazit	349
V. Das Krähenproblem: Informelle Sanktionsverhinderungsmechanismen	350
VI. Ergebnis	353
§ 8 Beweisverwertungsverbot	356
I. Verwertungsverbote als Attrappen: Die Neutralisierungsmechanismen des geltenden Rechts	358
II. Terminologische und strukturelle Grundlagen	362
1. Beweiserhebungsverbote	363
2. Beweisverwertungsverbote	363
3. Trennungsprinzip: Das Verhältnis von Erhebungs- und Verwertungsverbo- ten	365
4. Transfer strafverfahrensexterner Informationen	367
III. Das Spannungsfeld der Verwertungsverbote	369
1. Epistemisch-pönale Komponente: Die Verwirklichung des staatlichen Strafanspruchs	369
2. Rechtsschützende Komponente: Keine Wahrheitsfindung um jeden Preis	371
3. Interludium: Die Verwertungsebene als Übergang vom Dualismus zum Fünfeck	372
4. Konsistenzkomponente: Selbstwiderspruch des reaktionslosen staatlichen Rechtsbruchs	374
5. Institutionelle Komponente: Funktionsfähigkeit des Verfahrens	375
6. Präventive Komponente: Disziplinierung der Strafverfolger	376
7. Fazit	377
IV. Verwertungsverbote als Korrektur: Zur Frage der Konnexität	379
V. Die drei Arten von Erhebungsnormen	382
1. Wahrheitsschützende Erhebungsnormen	383
a) Die Grundidee wahrheitsschützender Erhebungsnormen	384
b) Beispiele für wahrheitsschützende Erhebungsnormen	385

c) Absehen vom Verwertungsverbot bei wahrheitsschützender Erhebungsnorm	388
aa) Ebenentrennung zwischen wahrheitsschützenden Erhebungs- und Verwertungsnormen	388
bb) Freie richterliche Beweiswürdigung als Gegenentwurf zum Verwertungsverbot	390
cc) Fälle pauschaler Verwertungsverbote	392
(1) Gänzlich ungeeignetes Beweismittel	392
(2) Beweis erneut erhebbar	393
(3) Suggestive Beweismittel	393
d) Reichweite und Ausgestaltung wahrheitsschützender Verwertungsverbote	395
aa) Beweiswürdigungsbeschränkungen	395
bb) Falsifikation der Unzuverlässigkeit	396
cc) Belastungsverbote und Wahlrecht des Beschuldigten	397
e) Fazit	398
2. Sphärenschützende Erhebungsnormen	399
a) Die Grundidee sphärenschützender Erhebungsnormen	400
aa) Das Verwertungsverbot als Korrektur des Erhebungsfehlers	402
bb) Sphärenschutz im Spannungsfeld von Sicherheit und Freiheit	404
b) Die einzelnen Vertrauenssphären	405
aa) Zwischenmenschliche und institutionelle Vertrauenssphären	406
bb) Technische Vertrauenssphären	407
cc) Örtliche Vertrauenssphären	407
dd) Persönliche Vertrauenssphären	408
ee) Innerstaatliche Vertrauenssphären	412
c) Absehen vom Verwertungsverbot bei sphärenschützender Erhebungsnorm	413
aa) Nichtkausale Verstöße gegen präventive Voraussetzungen	413
(1) Richtervorbehalt	414
(2) Belehrungspflichten	416
bb) Vertrauenssphäre nicht im Interesse des Beschuldigten	417
(1) Gesamtgesellschaftliche Vertrauenssphären	417
(2) Staatsschützende Vertrauenssphären	420
(3) Individuell-drittschützende Vertrauenssphäre	420
(4) Vertrauenssphäre der Selbst- und Angehörigenbelastungsfreiheit	421
(5) Fazit	422
cc) Bloßer Unschuldenschutz	423
d) Sphärenschützende Verwertungsverbote als Entlastungsverbote?	428
aa) Vertrauenssphäre im Interesse des Beschuldigten	428
bb) Vertrauenssphäre nicht im Interesse des Beschuldigten	429

e) Fazit	433
3. Sonstige, wahrheits- und sphärenindifferente Erhebungsnormen	434
4. Multidimensionale Erhebungsnormen	438
5. Fazit	438
VI. Kompensation und Sanktionierung: Sonstige Fehlerfolgen als Surrogate ...	440
1. Kompensation als Surrogat zum Verwertungsverbot	440
2. Sanktionierung als Surrogat zum Verwertungsverbot	445
VII. Systematisierende Zusammenfassung der Lehre von den Verwertungsverboten	450
1. Ebenentrennung und Perspektivwechsel als Schlüssel zum Verständnis ...	451
2. Verwertungsverbote im Verbund der Fehlerfolgen	452
a) Fehlende Kompensations- und Sanktionstauglichkeit der Verwertungs- verbote	453
aa) Fehlende Kompensationstauglichkeit	453
bb) Fehlende Sanktionstauglichkeit	454
b) Korrekturtauglichkeit der Verwertungsverbote	456
3. Grafische Übersicht über die begründbaren Verwertungsverbote und alternative Fehlerfolgen	458
a) Wahrheitsschützende Erhebungsnormen	460
aa) Grundsätzlich kein Verwertungsverbot als Korrektur	460
bb) Keine Ausnahme: kein Verwertungsverbot, aber andere Fehlerfolgen	461
cc) Ausnahme 1: Gänzlich ungeeignetes Beweismittel	462
dd) Ausnahme 2: Beweis erneut erhebbar	462
ee) Ausnahme 3: Suggestives Beweismittel	463
b) Sphärenschtützende Erhebungsnormen	464
aa) Grundsätzlich Verwertungsverbot als Korrektur	466
bb) Keine Ausnahme: Verwertungsverbot und andere Fehlerfolgen ...	467
cc) Ausnahme 1: Präventive Regel ohne Kausalität	467
dd) Ausnahme 2: Sphäre nicht im Beschuldigteninteresse	469
ee) Ausnahme 3: Nur Unschuldigenchutz	470
c) Sonstige Erhebungsnormen	473
aa) Kein Verwertungsverbot als Korrektur	473
bb) Sonstige Korrekturmöglichkeiten und andere Fehlerfolgen	474
4. Verwertungsverbote als Informationstilungsgebote	475
a) Umfang eines Informationstilungsgebotes	476
b) Kontrollverfahren zur Effektivierung des Informationstilungsgebotes	479
aa) Frühzeitigkeit	480
bb) Endgültigkeit	481
cc) Eigenständigkeit	482
dd) Betroffenenbeteiligung und geheime Maßnahmen	484
c) Situation im geltenden Recht	486

d) Desiderata	489
5. Fazit	491
VIII. Ergebnis	493
Schlussbetrachtung	497
§ 9 Kurzzusammenfassung	497
I. Teil 1 der Untersuchung	497
II. Teil 2 der Untersuchung	499
§ 10 Kernthesen der Fehlerfolgenlehre	504
I. Grundsätzliches	504
II. Unbeachtlichkeit	506
III. Korrektur	506
IV. Kompensation	508
V. Sanktionierung	509
VI. Beweisverwertungsverbot	510
VII. Bilanz	513
Literaturverzeichnis	515
Sachwortverzeichnis	555

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AJP	Australasian Journal of Psychology and Philosophy
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
AnfG	Anfechtungsgesetz
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ASR	Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts
ausf.	ausführlich
BayDG	Bayerisches Disziplinargesetz
BayLV	Verfassung des Freistaates Bayern
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayPAG	Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Polizei
BayVwZVG	Bayerisches Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz
BDG	Bundesdisziplinargesetz
BDO	Bundesdisziplinarordnung
BeamStG	Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern
BeckOGK	Beck'scher Online-Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Onlinekommentar
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BPatG	Bundespatentgericht
BPolG	Gesetz über die Bundespolizei
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BtmG	Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln
B.U.L. Rev.	Boston University Law Review
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BZRG	Bundeszentralregistergesetz

bzw.	beziehungsweise
Calif.	California
CCC	Constitutio Criminalis Carolina
DAR	Deutsches Autorecht
DesignG	Gesetz über den rechtlichen Schutz von Design
d. h.	das heißt
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V.
DJT	Deutscher Juristentag
DokHVG	Gesetz zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung und zur Änderung weiterer Vorschriften
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiG	Deutsches Richtergesetz
Drs.	Drucksache
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVVO	Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, VO (EU) Nr. 1215/2012
EUV	Vertrag über die Europäische Union
f.	folgende (Singular)
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
ff.	folgende (Plural)
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fn.	Fußnote
FPPK	Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GBO	Grundbuchordnung
GebraMG	Gebrauchsmustergesetz
gem.	gemäß
GeschGehG	Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen
GHN	Grabitz, Hilf, Nettersheim
GKG	Gerichtskostengesetz
GLJ	German Law Journal
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
Grds.	Grundsätzlich
GS	Gedächtnisschrift
GSSt	Großer Senat für Strafsachen
GSZ	Großer Senat für Zivilsachen
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz

GVRZ	Zeitschrift für das gesamte Verfahrensrecht
HalbISchG	Gesetz über den Schutz der Topographien von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen
HambSOG	Hamburger Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung
HambVwVG	Hamburgisches Verwaltungsvollstreckungsgesetz
Harv. Law Rev.	Harvard Law Review
HdbStaatsR	Handbuch des Staatsrechts
HdBStrafR	Handbuch des Strafrechts
HK-EMRK	Handkommentar zur Europäischen Konvention für Menschenrechte
HK-LkSG	Handkommentar Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz
h. M.	herrschende Meinung
HRRS	Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
inzw.	inzwischen
IRG	Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBeitrG	Justizbeitreibungsgesetz
jew.	jeweils
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KJ	Kritische Justiz
KK	Karlsruher Kommentar
KommJur	Kommunaljurist
KrimJ	Kriminologisches Journal
KriPoZ	Kriminalpolitische Zeitschrift
krit.	kritisch
KZfSS	Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie
lit.	Litera
LK	Leipziger Kommentar
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LR	Löwe-Rosenberg
MAH	Münchener Anwaltshandbuch
MarkenG	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MiStra	Anordnung über Mitteilungen in Strafsachen
MschKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
MüKo	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen

N.C.L. Rev.	North Carolina Law Review
n. F.	Neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Neue Kriminalpolitik
NK-StGB	Nomoskommentar Strafgesetzbuch
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechungsreport
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZWSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
OrgStA	Anordnung über Organisation und Dienstbetrieb der Staatsanwaltschaften und der Amtsanwaltschaft
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
ÖZöR	Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht
PatG	Patentgesetz
PBSR	Papers of the British School at Rome
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren
RLSC	N.Y.U. Review of Law & Social Change
Rn.	Randnummer
RPfLG	Rechtspflegergesetz
Rspr.	Rechtsprechung
RT	Rechtstheorie
RVG	Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte
RW	Rechtswissenschaft
S.	Seite/Satz
s.	siehe
SGB	Sozialgesetzbuch
SGB X	Zehntes Buch Sozialgesetzbuch
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SK	Systematischer Kommentar
s. o.	siehe oben
SortSchG	Sortenschutzgesetz
SSW	Satzger Schluckebier Widmaier
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
StPO	Strafprozessordnung
str.	strittig
StraFo	Strafverteidiger-Forum
StrEG	Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen
StrRG	Gesetz zur Reform des Strafrechts
StV	Strafverteidiger
s. u.	siehe unten
U. Chi. L. Rev.	The University of Chicago Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
u. a.	unter anderem
UA	Unterabsatz
UmwG	Umwandlungsgesetz

Var.	Variante
VerfBlog	Verfassungsblog
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
VIZ	Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht
Vorb.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwVG	Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz
WDO	Wehrdisziplinarordnung
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WÜK	Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen
Yale L.J.	Yale Law Journal
z. B.	zum Beispiel
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZJJ	Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Einleitung – Vom Wert der Form

Das Strafprozessrecht kennt keine kohärente Fehlerfolgenlehre. Das ist historisch erklärbar: Bei der Erarbeitung der Strafprozessordnung standen mit der Überwindung des Inquisitionsprozesses andere Fragen im Fokus. Doch seitdem sind über 150 Jahre vergangen. Ein umfassendes Fehlerfolgenkonzept ist dennoch nie Gesetz geworden. Das ist mindestens misslich, weil es keinen Bereich des Rechts gibt, in dem der Staat die Freiheit des Bürgers derart umfassend, hartnäckig und intensiv beschneidet wie im Strafrecht – und zwar bereits diesseits und unabhängig von den materiellrechtlichen Sanktionen: Bevor der Staat diese verhängt, unterwirft er den Bürger dem Strafprozess, einem Verfahren, das mit ganz eigenen Härten aufwartet: Der Bürger wird belauscht, beobachtet und begutachtet, seine Wohnung durchsucht, seine Chatverläufe durchforstet, seine Sachen beschlagnahmt und er selbst in Untersuchungshaft genommen, unter Bedingungen, die meist deutlich rauer sind als jene der drohenden Straftat.

All diese Maßnahmen haben grundsätzlich ihre Berechtigung. All diese Maßnahmen können aber im Einzelfall auch mehr Schaden anrichten als sie nützen, sei es, weil die durch sie zugefügten Härten außer Verhältnis zum eigentlich Tatvorwurf stehen, sei es, weil sie einen am Tatvorwurf Unschuldigen treffen. Schlimmstenfalls kommt beides zusammen. Das Strafverfahrensrecht ermöglicht all diese Maßnahmen deshalb nicht nur – es beschränkt sie auch.¹ Es entfesselt die Gewalt des Staates nicht – es legt ihr vielmehr gerade Fesseln an. Denn Zweck des Verfahrens ist die Ermittlung der Wahrheit, um auf ihrer Basis ein inhaltlich richtiges Urteil zu fällen. Aber eben nicht um jeden Preis. Zweck des Verfahrens ist vielmehr auch, Grenzen zu ziehen, die bei der Suche nach der Wahrheit nicht überschritten werden dürfen. Die Fehlerfolgenlehre beantwortet die Frage, was geschieht, wenn der Staat diese Grenzen dennoch überschreitet. Ein Staat, der auf diese Frage keine Antwort weiß, achtet den Schutz des Bürgers durch die Form des Verfahrens gering.

Den Wert dieser Form hat Rudolf von Jhering schon vor über 150 Jahren auf den Punkt gebracht:

„Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingschwester der Freiheit. Denn die Form hält der Verlockung der Freiheit zur Zügellosigkeit das Gegengewicht, sie lenkt die Freiheitssubstanz in feste Bahnen, daß sie sich nicht zerstreue, verlaufe, sie kräftigt sie nach innen, schützt sie nach außen.“²

¹ Schmidt, ZStW 65 (1953), 161 (167).

² Jhering, Geist des römischen Rechts, ⁴1883, S. 471.

Trotzdem verwundert es nicht zu sehr, dass der Wert der Form auch in der öffentlichen Wahrnehmung oft verkannt und ein prozessordnungsgemäßes Verfahren als dem Ziel der Wahrheitsermittlung untergeordnet wahrgenommen wird: Wie Jazz Musik für Musiker ist, so ist Verfahrensrecht Jura für Juristen.³ Verfahrensrecht ist nicht sonderlich zugänglich, sondern erschließt seine Bedeutung und Funktion erst nach intensiver Auseinandersetzung. Es ist komplex, technisch und abstrakt.⁴ Verfahrensrecht ist immer Meta-Recht, ein Recht zur Rechtwerdung, das heißt: staatlichen (Durch-)Setzung des Rechts.⁵ Das Verfahrensrecht ist der Transmissionsriemen, über den aus einer vorsätzlichen, heimtückischen Tötung eine lebenslange, staatlich verhängte und durchgesetzte Freiheitsstrafe wird, ein opaker Mechanismus, der aus den Worten des § 211 StGB ein Leben in der Gefängniszelle macht – und der nebenbei womöglich noch dem ein oder anderen Unbeteiligten eine polizeiliche Durchsuchung der Wohnung, Zuhörer beim Telefonat mit der Mutter und Mitleser beim Gruppenchat mit Freunden verschafft.

Das zeigt, wie wichtig das Verfahrensrecht ist: Ein Apparat, der aus Worten Gitterstäbe macht und nebenbei allerlei Kollateralschäden verursachen kann, sollte klug konstruiert und gewissenhaft gewartet werden.

Einen Anstoß zu einem Teil dieser Wartungsarbeit möchte die vorliegende Untersuchung geben: Sie beschäftigt sich mit der Frage, wie das Strafverfahren damit umgeht und umgehen sollte, wenn ein Fehler passiert, das heißt wenn der tatsächliche Ablauf des Verfahrens vom gesetzlich vorgesehen Ablauf abweicht, also eine Norm des Verfahrensrechts nicht oder falsch angewandt wird. Dabei geht es nicht darum, Einzelprobleme des geltenden Rechts zu behandeln. Vielmehr will die Arbeit das Kraftfeld sichtbar machen, in dem sich eine Fehlerfolgenlehre bewegt und eine Systematisierung der theoretisch möglichen Fehlerfolgen erarbeiten, so dass Lücken und Unzulänglichkeiten, aber auch gelungene Fehlerfolgeninstitute des geltenden Rechts sichtbar werden. Die Arbeit mag damit Anregungen bei Einzelreformen geben, die in der StPO in letzter Zeit ebenso häufig wie unstrukturiert sind.⁶ Womöglich mag sie auch eines fernen Tages ein kleines Mosaikstück sein, wenn ein Gesetzesvorhaben sich an die – wortwörtliche – Jahrhundertaufgabe macht, den reformierten Strafprozess erneut zu reformieren und so ein taugliches Instrument für das 21. Jahrhundert zu schmieden.

³ Der Vergleich sollte nicht überspannt werden: Während der Jazz vom Informellen lebt, stirbt das Verfahren an ihm.

⁴ Schmidt, ZStW 65 (1953), 161 (162); Reimer, GVRZ 1 (2018), Aufsatznummer 2, Rn. 6; Reimer, Verfahrenstheorie, 2015, S. 83 ff.; Jestaedt, FS Stürner, 2014, S. 1 (3) spricht nicht zu Unrecht von der „Prozessrechtslehre als die juristischste aller juristischen Disziplinen.“

⁵ Reimer, S. 83 ff., 475 m. w. N. Spezifisch für das Strafverfahrensrecht: Beling, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, 1928 (Reprint 2020), S. 1; Volk, Prozessvoraussetzungen im Strafrecht, 1978, S. 11.

⁶ Mosbacher, GA 169 (2022), 481 (481 ff.); Schork, NJW 2020, 1 (1 ff.); Claus, NStZ 2020, 57 (58 ff.); Singelnstein/Derin, NJW 2017, 2646 (2646 ff.).

Die eigentliche Untersuchung gliedert sich in zwei Teile: Im *ersten Teil* werden die verfahrenstheoretischen und begrifflich-konzeptuellen Grundlagen einer Fehlerfolgenlehre erarbeitet. Dazu werden nach einigen Vorüberlegungen (§ 1) die maßgeblichen Kernbegriffe bestimmt (§ 2). Abschließend setzt sich dieser erste Teil der Arbeit mit den Grenzen der Fehlerfolgen auseinander, das heißt mit dem Phänomen, dass ein Übermaß an Fehlerfolgen das Verfahren überkomplex und damit dysfunktional machen kann (§ 3). Im *zweiten Teil* werden die möglichen Fehlerfolgen analysiert. Das sind die Unbeachtlichkeit des Fehlers (§ 4), die Korrektur des Fehlers (§ 5), die Kompensation des Fehlers (§ 6), die Sanktionierung des Fehlerverursachers (§ 7) und das Beweisverwertungsverbot (§ 8). Daran schließt sich eine knappere *Schlussbetrachtung* an. Sie besteht aus einer Kurzzusammenfassung (§ 9) und den Kernthesen der hier erarbeiteten Fehlerfolgenlehre (§ 10).