

Ann-Malin Brune

Die ungeschriebenen Rügepräklusionen im Revisionsverfahren



Nomos

Düsseldorfer Rechtswissenschaftliche Schriften

Herausgegeben von der

Juristischen Fakultät der
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Band 174

Ann-Malin Brune

Die ungeschriebenen Rügepräklusionen im Revisionsverfahren



Nomos

Erstgutachter: Prof. Dr. Helmut Frister
Zweitgutachter: Prof. Dr. Horst Schlehofer
Datum der mündlichen Prüfung: 9. November 2021

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

Zugl.: Düsseldorf, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8551-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-2912-3 (ePDF)



Onlineversion
Nomos eLibrary

D61

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Februar 2021 berücksichtigt.

Mein Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Helmut Frister, für die hervorragende Betreuung, die sich insbesondere durch hilfreiche Anregungen und Ratschläge auszeichnete. Daneben danke ich Herrn Professor Dr. Horst Schlehofer für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Bedanken möchte ich mich zudem bei Herrn VRiLG Rainer Drees für die spannenden Eindrücke im Rahmen meiner Wahlstation und den Anstoß zu meinem Dissertationsthema.

Der Gesellschaft von Lara Henke und Theresia Klein habe ich zu verdanken, dass ich die Anfertigung der Dissertation in schöner Erinnerung behalten werde. Alexandra Wachtel gilt mein Dank für das gründliche Korrekturlesen der Arbeit und für die Freundschaft von Beginn des Studiums an. Ganz besonders danke ich Leon Kleinemas für die Begleitung meines Promotionsvorhabens, nicht nur mit fachlichen Diskussionen und hervorragender kulinarischer Versorgung, sondern auch mit viel Gelassenheit, Rückhalt und Zuspruch.

Gewidmet ist diese Arbeit meiner Familie, die mich auf ganz verschiedene Weise stets gefördert, motiviert und bedingungslos unterstützt hat. Dafür bin ich Euch sehr dankbar.

Düsseldorf, im November 2021

Ann-Malin Brune

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
1. Kapitel – Einführung	23
A. Problemstellung	23
B. Aufgabe und Gang der Untersuchung	26
2. Kapitel – Die Rügepräklusion aus § 238 Abs. 2 StPO de lege lata	28
A. Entstehungsgeschichte	28
B. § 238 StPO in der Hauptverhandlung	29
I. Verhandlungsleitung des Vorsitzenden gem. § 238 Abs. 1 StPO	29
II. Zwischenrechtsbehelf gem. § 238 Abs. 2 StPO	31
1. Sachleitende Anordnung	31
a) Umfang der Sachleitung	31
b) Anordnung	32
c) Anordnung des Strafrichters	33
2. Beanstandungsbefugnis	33
3. Begründetheit der Beanstandung	34
4. Begründungserfordernis	35
5. Form, Frist und Protokollierung	35
6. Keine Belehrungspflicht	36
7. Entscheidung des Gerichts	36
8. Beschwerde	37
C. § 238 StPO im Revisionsverfahren	38
I. Auslegung des § 238 Abs. 2 StPO	39
1. Wortlaut	39
2. Gesetzgebungsverfahren	40
3. Systematik	42
a) Stellung im Gesetz	42
b) Verhältnis zwischen Hauptverhandlung und Revision	43
c) Vergleich mit ausdrücklichen Präklusionsnormen	44
aa) Präklusionsnormen der StPO	44

Inhaltsverzeichnis

bb) Fehlen einer zu § 295 ZPO vergleichbaren Vorschrift oder Verweisungsnorm	45
4. Sinn & Zweck	46
a) Aktivierung der Gesamtverantwortung des Gerichts	46
b) Stärkung der Position des Angeklagten	47
c) Vermeidung von Revisionen	48
5. Zwischenergebnis	49
II. Versuche einer dogmatischen Begründung der Rügepräklusion	49
1. Fehlendes Beruhen	50
a) Rechtsprechung	50
b) Literatur	50
c) Kritik	50
aa) Anforderungen an das Beruhen	51
bb) Beruhen im Falle der unterbliebenen Beanstandung	51
2. Fehlende Beschwer	52
a) Rechtsprechung	52
b) Literatur	52
c) Kritik	53
aa) Voraussetzungen einer Beschwer	53
bb) Beschwer im Falle der unterbliebenen Beanstandung	53
(1) Objektive Bestimmung der Beschwer	53
(2) Eintritt der Beschwer im Zeitpunkt der Verurteilung	54
3. Verzicht	54
a) Rechtsprechung	54
b) Literatur	54
c) Kritik	55
aa) Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zu alter Rechtsslage	55
bb) Erforderlichkeit weiterer objektiver Anhaltspunkte	56
4. Verwirkung	57
a) Rechtsprechung	57
b) Literatur	57
c) Kritik	59
aa) Keine Verwirkung nach den Grundsätzen des Bundesverfassungsgerichts	59

bb) Keine Geltung von Treu und Glauben im Strafprozess	60
cc) Keine Geltung eines weiten Verwirkungsverständnisses für § 238 Abs. 2 StPO	61
dd) Verwirkung nur bei nachweisbarer Arglist	61
5. Sinn und Zweck des § 238 Abs. 2 StPO	62
a) Rechtsprechung	62
b) Literatur	62
c) Kritik	63
aa) Sinn des § 238 Abs. 2 StPO	63
bb) Zu weitgehender Missbrauchsvorbehalt	64
6. Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis	64
a) Literatur	64
b) Rechtsprechung	66
c) Kritik	67
aa) Keine Übertragbarkeit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	67
bb) Verfahrensökonomie als alleiniger Grund nicht ausreichend	68
cc) Sinn und Zweck der Vorschrift	69
dd) Keine Subsidiarität der Revision	69
7. Verfassungsmäßigkeit	70
8. Zusammenfassende Bewertung	70
III. Anwendungsbereich der Rügepräklusion	72
1. Regel-Ausnahme-Verhältnis der Rechtsprechung	72
a) Ausnahmefälle	72
aa) Unterlassen einer prozessual gebotenen Anordnung	72
bb) Kompetenzüberschreitung des Vorsitzenden	73
cc) Zwingendes Verfahrensrecht	73
dd) Unverteidigter und rechtsunkundiger Verfahrensbeteiligter	76
ee) Weitere Ausnahmefälle	76
b) Verbleibender Anwendungsbereich – Anordnungen mit Entscheidungsspielraum	77
aa) Vereidigungsentscheidungen	77
bb) Sitzungspolizeiliche Maßnahmen	78
cc) Art und Weise der Anordnung	78
dd) Interpretation einer Zeugenerklärung	78
ee) Fragerecht der Verfahrensbeteiligten	79

Inhaltsverzeichnis

ff) Beweisanträge	79
gg) Tatsächliche Feststellungen des Vorsitzenden	80
c) Zusammenfassende Bewertung	81
2. Die Literatur zur Reichweite der Rügepräklusion	83
a) Ausweitung der Rügepräklusion	83
b) Beanstandungsrecht statt -pflicht	85
c) Begrenzung auf Anordnungen mit Entscheidungsspielraum	87
d) Regelungsvorschläge der Literatur	89
aa) Begrenzung auf arglistiges Verhalten	89
bb) Begrenzung auf Anordnungen mit Entscheidungsspielraum	90
cc) Einführung von § 238 Abs. 3 StPO und § 338 Abs. 2 Nr. 9 StPO	91
dd) Bewertung	91
e) Stellungnahme	92
aa) Kritik an der Ausweitung der Rügepräklusion	92
bb) Kritik an der Abschaffung der Rügepräklusion	94
cc) Kritik an Begrenzung auf Anordnungen mit Entscheidungsspielraum	95
dd) Zusammenfassende Bewertung	96
IV. Zwischenergebnis	97
3. Kapitel – Die Rügepräklusion aus § 238 Abs. 2 StPO de lege ferenda	99
A. Rechtspolitischer Sinn der Rügepräklusion	99
I. Begründung bei geschriebenen Präklusionsnormen	100
1. Strafverfahrensänderungsgesetz 1979	100
2. Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens 2019	103
3. Zusammenfassung der Regelungsziele und Maßnahmen des Gesetzgebers	104
4. Übertragbarkeit auf § 238 Abs. 2 StPO	105
II. Verfahrensbeschleunigung	107
1. Die Dimensionen des Beschleunigungsgebots	107
2. Verfahrensbeschleunigung durch § 238 Abs. 2 StPO	108
III. Verhinderung eines Missbrauchs des Beanstandungsrechts	111
IV. Prüfungsumfang des Revisionsgerichts	112
1. Eingeschränkt überprüfbare Entscheidungen	112
a) Beurteilungsspielraum und Ermessen	112
b) Inbegriff der Hauptverhandlung	113

c) Rechtskontrolle des Revisionsgerichts	114
2. Revisionsgerichtliche Überprüfung beanstandeter Anordnungen	115
a) Überprüfung von Entscheidungsspielräume aus dem StGB	115
b) Überprüfung von prozessualen Anordnungen mit Entscheidungsspielraum	116
c) Begründung der Beanstandung nach § 238 Abs. 2 StPO	116
d) Begründung des ablehnenden Beschlusses nach § 34 Alt. 2 StPO	117
3. Folgen einer unzureichenden Begründung	119
4. Ausnahmen des Beanstandungserfordernisses	120
a) Unterlassen und Kompetenzüberschreitung	120
b) Verletzung von Mitteilungspflichten	121
c) Zwingendes Verfahrensrecht	121
d) Sonderproblem: Unverteidigter Angeklagter	123
V. Verantwortungsbereiche im Strafverfahren	124
VI. Die Rechte des Angeklagten auf effektiven Rechtsschutz und ein faires Verfahren	127
1. Rechtsstaatliche Anforderungen an den Strafprozess	127
2. Garantie auf effektiven Rechtsschutz	127
3. Recht auf ein faires Verfahren	129
VII. Interessenabwägung	131
VIII. Zwischenergebnis	134
B. Reformbedarf des § 238 Abs. 2 StPO	135
I. Notwendigkeit einer Neuregelung	135
II. Reformbedarf	137
1. Befristung des Zwischenrechtsbehelfs	137
2. Begrenzung der zu beanstandenden Anordnungen	138
3. Der unverteidigte Angeklagte	140
4. Begründung des Beschlusses nach §§ 238 Abs. 2, 34 Alt. 2 StPO	141
5. Keine Hinweispflicht des Vorsitzenden	144
6. Keine Reduzierung der Prüfungsdichte	145
III. Zusammenfassung und Reformvorschlag des § 238 StPO	146
C. Fazit zur Rügepräklusion aus § 238 Abs. 2 StPO	148

Inhaltsverzeichnis

4. Kapitel – Die Widerspruchslösung	150
A. Die Rechtsprechung zur Widerspruchslösung	152
I. Entwicklung der Widerspruchslösung	152
1. Reichsgericht	152
2. Bundesgerichtshof	153
a) Begründung mit Beruhen und Verwirkung	153
b) Ausweitung der Widerspruchslösung	153
c) Disponibilität über Beweisverwertungsverbot	154
d) Gedanke des subsidiären Rechtsschutzes	155
e) Widerspruch als Entstehungs- oder Rügevoraussetzung	155
3. Bundesverfassungsgericht	157
4. Kritik	157
a) Vorliegen des Beruhenszusammenhangs	157
b) Kein Eingreifen eines Verzichts	158
c) Keine Verwirkung	159
d) Keine Disposition durch Schweigen über ein Beweisverwertungsverbot	159
e) Keine Subsidiarität des Revisionsverfahren	160
f) Widerspruch als Rügevoraussetzung	161
g) Zusammenfassende Bewertung	162
II. Anwendungsbereich der Widerspruchslösung	163
1. Persönlicher Anwendungsbereich	163
2. Sachlicher Anwendungsbereich	164
a) Anwendungsfälle	164
aa) Verletzung von Beschuldigtenrechten	164
(1) Verletzung von Benachrichtigungspflichten	165
(2) Fehlerhafte Belehrung	165
(a) Verstoß gegen §§ 163a Abs. 4 S. 2, 136 Abs. 1 S. 2 StPO	165
(b) Weitere Belehrungsmängel	166
(3) Weitere Verstöße gegen Beschuldigtenrechte	167
(a) Beschlagnahme von Verteidigungsunterlagen	167
(b) Verletzung des Konfrontationsrechts aus Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 d) EMRK	168
bb) Formelle Fehler bei der Beweisgewinnung	168
(1) Einsatz verdeckter Ermittler gem. §§ 110a ff. StPO	168

(2) Telekommunikationsüberwachung gem. § 100a StPO	169
(3) Fehlerhafte Beweisgewinnung nach §§ 81a ff. StPO	169
(4) Fehlerhafte Durchsuchung	170
b) Ausnahmen des Widerspruchserfordernisses	171
aa) Absolutes Beweisverwertungsverbot	171
(1) Verbotene Vernehmungsmethoden gem. § 136a StPO	171
(2) Kernbereich der privaten Lebensgestaltung gem. § 100d StPO	172
bb) Schutz der Rechte Dritter	173
3. Zusammenfassende Bewertung	174
III. Formale Anforderungen an den Widerspruch	178
1. Zeitliche Befristung des Widerspruchs	178
a) Anwendung des § 257 Abs. 1 StPO	178
b) Widerspruchserfordernis in erneuter Hauptverhandlung und Berufungshauptverhandlung	179
c) Widerspruch und Beweisverwertungsverbot im Ermittlungsverfahren	180
2. Begründung des Widerspruchs durch die Verteidigung	181
3. Betroffenheit des Angeklagten	181
4. Protokollierung	182
5. Aufklärung in der Hauptverhandlung	182
6. Bescheidung des Widerspruchs	182
7. Begründung der Verfahrensrüge im Revisionsverfahren	183
8. Aufklärung im Revisionsverfahren	184
9. Bewertung	184
IV. Zwischenergebnis	187
B. Lösungsvorschläge der Literatur	187
I. Zustimmungslösung	188
1. Ausgestaltung	188
2. Argumente für die Zustimmungslösung	189
3. Reformvorschläge	190
a) Regelung in § 244 Abs. 2 StPO	190
b) Regelung in § 261 StPO	191
c) Richterliche Rechtsfortbildung	191
II. Unterfall des § 238 Abs. 2 StPO	191
1. Übertragung der Voraussetzungen des § 238 Abs. 2 StPO	192

Inhaltsverzeichnis

2. Begründung der Präklusionswirkung und Ausgestaltung im Einzelnen	193
a) Normzweck des § 238 Abs. 2 StPO	193
b) Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis	194
c) Aufgabenverteilung zwischen Tatsachen- und Revisionsinstanz	195
III. Zusammenfassende Bewertung	196
1. Zur Zustimmungslösung	197
2. Zum Widerspruch als Zwischenrechtsbehelf	199
3. Zwischenergebnis	201
C. Zwischenergebnis	202
5. Kapitel – Die Widerspruchslösung de lege ferenda	204
A. Die Widerspruchslösung als Unterfall des § 238 Abs. 2 StPO-RV	205
I. Übertragbarkeit des Beanstandungsverfahrens nach § 238 Abs. 2 S. 1 StPO-RV	205
1. Sachleitende Anordnung	205
2. Begründung der Beanstandung	206
3. Zeitpunkt	207
4. Entscheidung durch Beschluss	208
5. Weitere Voraussetzungen	209
6. Zwischenergebnis	210
II. Geltung der Rügepräklusion nach § 238 Abs. 2 S. 2 StPO-RV	210
1. Beweisverwertungsverbot als eingeschränkt überprüfbare Entscheidung?	210
a) Maßstab bei § 238 Abs. 2 StPO	211
b) Literaturansichten zum Entscheidungsspielraum des Vorsitzenden	211
c) Unterschiede zu § 238 Abs. 2 S. 2 StPO-RV	212
aa) Entscheidungsspielraum des Vorsitzenden bei Beweisverwertungsverboten	213
bb) Unterscheidung zwischen Entscheidungsspielraum und zwingendem Verfahrensrecht	213
cc) Überprüfung von Beweisverwertungsverboten im Revisionsverfahren	215
d) Zwischenergebnis	218

2. Weitere rechtspolitische Erwägungen für die Rügepräklusion	218
a) Begründung bei geschriebenen Präklusionsnormen	219
b) Verfahrensbeschleunigung	220
c) Verhinderung eines Missbrauchs	222
d) Verantwortungsbereiche im Strafverfahren	223
e) Tangierte Rechte des Angeklagten	225
aa) Garantie auf effektiven Rechtsschutz	226
bb) Recht auf ein faires Verfahren	227
3. Interessenabwägung	228
III. Zwischenergebnis	232
B. Reformbedarf	232
I. Umgestaltung der Widerspruchslösung in eine Zustimmungslösung	233
II. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung	234
III. Anknüpfung an § 238 Abs. 2 StPO-RV	235
1. Ausgestaltung der Zustimmungslösung	236
a) Hauptverhandlung	236
b) Revisionsverfahren	236
2. Regelungsinhalt und -vorschlag	238
IV. Zwischenergebnis	239
C. Fazit zur Widerspruchslösung	239
6. Kapitel – Gesamtergebnis	241
A. Die ungeschriebenen Rügepräklusionen de lege lata	241
B. Die ungeschriebenen Rügepräklusionen de lege ferenda	242
C. Reformvorschlag	243
Literaturverzeichnis	245

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
Abg.	Abgeordneter
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
a.D.	außer Dienst
aE	am Ende
Alt.	Alternative
Angekl.	Angeklagter
Arg.	Argument
Art./ Artt.	Artikel
Aufl.	Auflage
BABGH	Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof
BayObLG	Bayerisches Oberlandesgericht
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Begr.	Begründer
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CPO	Reichszivilprozessordnung
ders./dies.	derselbe/ dieselben
d.h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
f.	folgend

Abkürzungsverzeichnis

ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
grds.	grundsätzlich
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HK	Handkommentar
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.V.m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KMR	Kommentar zur Strafprozessordnung, begründet von Kleinknecht/Müller/Reitberger
Ls.	Leitsatz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MüKo	Münchener Kommentar
mwN	Mit weiteren Nachweisen
nF	Neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechungsreport
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
o.	oben
OLG	Oberlandesgericht
RA	Rechtsanwalt
RG	Reichsgericht

Abkürzungsverzeichnis

RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RiBGH	Richter am Bundesgerichtshof
RiOLG	Richter am Oberlandesgericht
Rn.	Randnummer
RStPO	Reichsstrafprozessordnung
RV	Reformvorschlag
S.	Satz/ Seite/ siehe
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SK	Systematischer Kommentar
sog.	sogenannte
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	StrafverteidigerForum
StRR	StrafRechtsReport
StV	Strafverteidiger
u.	und
u.a.	unter anderem/ und andere
vgl.	vergleiche
vglb.	vergleichbar
VRiBGH	Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
VRiLG	Vorsitzender Richter am Landgericht
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WÜK	Wiener Konsularrechtsübereinkommen
z.B.	zum Beispiel
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

