

## Wirklichkeitsstabilisierung als Funktion des Strafprozesses

**Ein Beitrag zur Ausformung des Topos „Rechtsfrieden“ und zur Einordnung des EMöGG**

Christian Trentmann\*

A.	Einleitung .....	333
B.	Iustitia fundamentum regnum .....	334
C.	Gerechtigkeit und Wahrheit .....	335
D.	Rechtsfrieden .....	338
I.	Rechtsfrieden als Bewältigung von Verdacht .....	339
1.	Der vernunftorientiert-normative Ansatz (Schmidhäuser, Rieß) .....	339
2.	Der soziopsychologisch-tatsächliche Ansatz (Weigend) .....	340
II.	Verdachtsbewältigung als Wandlung von Ungewissheit .....	341
1.	Ungewissheit als treibende Kraft (Luhmann) .....	342
2.	Wandlung von Ungewissheit in Gewissheit (Weigend) .....	344
III.	Ungewissheitswandlung als Wirklichkeitsstabilisierung .....	345
1.	Stabilisierung der Wirklichkeit des Richters .....	347
2.	Stabilisierung der Wirklichkeit der weiteren Prozessbeteiligten .....	348
3.	Stabilisierung der Wirklichkeit der Allgemeinheit .....	348
E.	Die Medien als „Rechtsfriedenshelfer“? .....	350
I.	Die Erweiterung der Medienöffentlichkeit durch das EMöGG .....	350
II.	Ein Schritt in die richtige Richtung .....	351
1.	Justiz und Medien .....	352
2.	Informieren durch Medien .....	353
3.	Nach der Reform ist vor der Reform .....	355

*Gerechtigkeit, Wahrheit und Rechtsfrieden sind die drei großen Topoi der Diskussion um die Funktion des Strafprozesses. Der vorliegende Beitrag analysiert diese Diskussion und vertritt die These, dass die Funktion des Strafprozesses neben dem Streben nach Wahrheit und Gerechtigkeit die Schaffung sozialen Rechtsfriedens ist. Dabei geht es um die Bewältigung des Verdachts einer Straftat durch die Stabilisierung von Wirklichkeit nach juristischen Maßstäben. Grundlegend ist die Lubmann und Weigend zu verdankende Annahme, dass Ungewissheit bei Prozessen eine treibende Kraft ist. Auf der gewonnenen Erkenntnisbasis – Rechtsfrieden, Verdachtsbewältigung, Ungewissheitswandlung und Wirklichkeitsstabilisierung – blickt der Beitrag schließlich unter Betonung der Informationsfunktion des Öffentlichseins von Gerichtsprozessen auf die Rolle der Medien und das jüngst in Kraft getretene Gesetz zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren pp. (EMöGG).*

*Der Beitrag sei zum einen Thomas Weigend, zum 70. Geburtstag zum anderen Niklas Luhmann, der im Jahr 1998 verstarb, zum 20-jährigen Gedächtnis gewidmet.*

\* RA Christian Trentmann ist Akademischer Assistent von Prof. Dr. Jörg Eisele am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht der Eberhard Karls Universität Tübingen, ferner Rechtsanwalt im Medien- und Strafrecht.

## A. Einleitung

„Wahrheit und Gerechtigkeit bestimmen die Sache der Justiz“, formulierte einst *Eb. Schmidt*<sup>1</sup> mit Worten wie in Stein gemeißelt. Gleichwohl sind diese Worte in ihrem Anspruch auf Unbedingtheit zu relativieren. Und nach der neueren Strafprozessrechtslehre ist insbesondere die Schaffung von „Rechtsfrieden“ als Abwägungskomponente einzubeziehen. Aber auch diese neuere Lehre sieht sich unterschiedlicher Kritik ausgesetzt. Deren schärfste wirft ihr vor, sie setze Rechtsfrieden zumeist allein formal mit autoritärer Rechtskraft gleich, was zu kurz greife. So arbeiteten in den vergangenen Jahrzehnten schon *Schmidhäuser*,<sup>2</sup> *Rieß*<sup>3</sup> und *Weigend*<sup>4</sup> heraus, dass es um die soziale Bewältigung des Verdachts einer Straftat und daher nicht nur um formalen, sondern um inhaltlichen Rechtsfrieden gehen müsse. Hierbei vertrat *Weigend* anders als *Schmidhäuser* und *Rieß*, die sich auf einen verunfotorientiert-normativen Ansatz stützten, einen sozialpsychologisch-tatsächlichen Ansatz und erkannte das Momentum „Verdacht“ als strafrechtsspezifische Ungewissheit und die Wandlung von Ungewissheit in Gewissheit als die hinter Rechtsfriedenserwirkung durch Verdachtsbewältigung stehende Funktion des Strafprozesses. Dabei fußt *Weigends* Rechtsfriedensansatz impliziter auf einer Erkenntnis, die *Luhmann* und dessen „Röntgenblick des Systemanalytikers“<sup>5</sup> entstammt. So hatte *Luhmann* schon im Jahr 1969 in *Legitimation durch Verfahren*<sup>6</sup> die „Ungewissheit über den Ausgang“ als „treibende Kraft“ und damit als „eigentlich legitimierenden Faktor“ eines jeden Verfahrens exponiert.<sup>7</sup> Die wertfreie Positivität dieses *Luhmann*'schen Blickwinkels wird freilich in der normativ ausgerichteten Rechtswissenschaft als ungenügend, gar als „Störung“ empfunden, doch konnte *Luhmann* Positionen formulieren, „die an den Nerv des juristischen Denkens röhren“ (*Roellecke*).<sup>8</sup> Dies war auch *Weigend*<sup>9</sup> bewusst und er nutzte, wenn auch ohne ausdrückliche Bezugnahme auf *Luhmann*, die zentrale Erkenntnis der Ungewissheit bei Verfahren als Grundlage seines sozialpsychologisch-tatsächlichen Rechtsfriedensansatzes, um der Normativität des Juristischen den Bezug zum Tatsächlichen zu implementieren.

1 *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar StPO/GVG I, 2. Aufl., Göttingen 1964, Rn. 20; *ders.*, Die Sache der Justiz, Göttingen 1961, S. 11.

2 Siehe *E. Schmidhäuser*, Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses, in: P. Bockelmann (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen 1961, S. 511 (522 ff.).

3 Siehe insb. *P. Rieß*, JR 2006, S. 269 (270f.); ferner schon *ders.*, Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts, in: H. Hassenpflug (Hrsg.), Festschrift für Karl Schäfer zum 80. Geburtstag, Berlin 1980, S. 155 (168 ff.); *ders.*, in: E. Löwe / W. Rosenberg (Hrsg.), StPO, Bd. 1, 25. Aufl., Berlin 1998, Einl. B Rn. 4 f.

4 *T. Weigend*, Deliktsopfer und Strafverfahren, Berlin 1989, S. 173 ff.

5 *T. Weigend*, Deliktsopfer (Fn. 4), S. 200.

6 Zitiert wird im Folgenden die 3. Aufl., Neuwied 1978.

7 *N. Luhmann*, LdV (Fn. 6), S. 116.

8 *G. Roellecke*, JZ 1999, S. 213.

9 *T. Weigend*, Deliktsopfer (Fn. 4), S. 200, vgl. aber auch S. 204.

Der vorliegende Beitrag trägt alle vorgenannten Gedanken zur Diskussion um die Funktion<sup>10</sup> des Strafprozesses ausführlich zusammen, schichtet ab und baut „on the shoulders of giants“<sup>11</sup> auf. Die These ist, dass der Strafprozess idealiter am Streben nach Gerechtigkeit und Wahrheit ausgerichtet ist, insofern aber ein rechtlich bedingter, faktisch sogar untauglicher Versuch ist (dazu sogleich in *Teil B* und *C*). Die weitere These ist, dass – wie schon *Schmidhäuser, Rieß* und *Weigend* prinzipiell herausarbeiteten – der Strafprozess die (Wieder-)Herstellung von Rechtsfrieden durch Verdachtsbewältigung beweckt (dazu und zum Folgenden in *Teil D*). Diese Verdachtsbewältigung lässt sich auf Basis des *Luhmann*’schen Theorems der Ungewissheit als treibender Kraft von Verfahren als – in Übereinstimmung mit *Weigend* – Ungewissheitswandlung erkennen, genauer aber: als Prozess der Stabilisierung von Wirklichkeit nach juristischen Maßstäben. Unter diesen Aspekten – Rechtsfrieden, Verdachtsbewältigung, Ungewissheitswandlung und Wirklichkeitsstabilisierung – blickt der Beitrag zum Schluss (in *Teil E*) auf die heute mehr denn je einzubziehende Rolle der Medien als Wirklichkeit beeinflussendes Funktionsystem der Gesellschaft<sup>12</sup> und zugleich – unter Betonung der Informationsfunktion des Öffentlichseins von Gerichtsprozessen – notwendige Vermittler des Rechts. Hierbei ist das jüngst in Kraft getretene *Gesetz zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren pp. (EMöGG)*<sup>13</sup> zu sehen, das der Gesetzgeber insbesondere mit den Worten begründete, gerichtliche Entscheidungen sollten von der Öffentlichkeit „verstanden und möglichst akzeptiert werden“.<sup>14</sup> In diesem Lichte und unter Zugrundelegung der nun nachfolgend ausführlich untersuchten Funktion von (Straf-)Prozessen ist das EMöGG zwar ein Schritt in die richtige Richtung, gleichwohl ist nach der Reform vor der Reform.

## B. Iustitia fundamentum regnorum<sup>15</sup>

Schon *Platon* hielt Gerechtigkeit „für das Höchste und Notwendigste“<sup>16</sup> zur Verwirklichung der idealen *Politea*. Denn Gerechtigkeit entspreche nicht nur der über allem stehenden Idee des Guten, sondern habe auch die für das Funktionieren eines

10 Der Begriff „Funktion“ wird nachfolgend i.S. eines ziel- bzw. zweckbezogenen Funktionsauftrags verstanden und sei insofern mit den Begriffen „Ziel“ und „Zweck“ synonym verstanden. In Abgrenzung dazu ist etwa der Begriff „Effekt“ zu sehen, der lediglich tatsächlich-feststellender Natur ist.

11 Vgl. zu dieser Wissenssoziologie R. K. Merton, *On the shoulders of giants*, New York: Free Press 1965.

12 Vgl. N. Luhmann, *Die Realität der Massenmedien* (RdM), 3. Aufl., Wiesbaden 2004 (1. Aufl.: Opladen 1995), S. 15 ff.

13 Gesetz v. 8.10.2017 (BGBl. I, S. 3546), in Kraft seit 18.4.2018; zum EMöGG ausführl. C. Trentmann, *MMR* 2018, S. 441 ff.

14 BT-Drs. 18/10144, S. 15.

15 Zu diesen alten Worten – Gerechtigkeit ist das Fundament der Herrschaft – etwa M. Köhler, *Iustitia fundamentum regnorum* – Gerechtigkeit als Grund der Politik, in: R. Schmücke / U. Steinvorth (Hrsg.), *Gerechtigkeit und Politik*, Berlin 2002, S. 25 ff.; Eb. Schmidt, *Justitia fundamentum regnorum*, Heidelberg 1947, insb. S. 33; ferner T. Olechowski, *ÖRZ* 2000, S. 132 ff.

16 *Platon*, *Der Staat*, ca. 370 v. Chr., übersetzt u. hrsg. v. O. Apelt, 5. Aufl., Leipzig 1920, Rn. 540.

Staatswesens essentielle säkulare Ordnungskraft.<sup>17</sup> Zur Umsetzung dieser Prämissen von Ordnung durch Gerechtigkeit sah *Platon* die Herrscher berufen, und zwar in Form von gerechten Gesetzen und einer entsprechenden Rechtsprechung. Letzteres, die gerechte Rechtsprechung, findet sich wenig später auch in *Aristoteles' Nikomachischer Ethik* spezifisch betont. So bedeute gerade „[z]um Richter gehen [...] soviel, als zur Gerechtigkeit gehen, da der Richter gleichsam die lebendige Gerechtigkeit sein soll.“<sup>18</sup> *Montesquieu* konkretisierte dies, freilich viel später und im Lichte der Aufklärung, dahingehend, dass die Richter nur mehr der „Mund der Gesetze“ („la bouche qui prononce les paroles de la Loi“) sein dürften, also gleichsam „leblose Wesen“ („des Êtres inanimés“), die die Vorgaben der legislativen Gewalt schlicht aussprächen.<sup>19</sup> Und nur wenige Jahre danach forderte *Beccaria*: „Nicht einmal die Befugnis, das Gesetz auszulegen, kann bei den Strafrichtern beruhen, und zwar aus dem Grunde, weil sie nicht Gesetzgeber sind“ und nur dieser „die gesamte durch einen Gesellschaftsvertrag vereinigte Gesellschaft repräsentiert“.<sup>20</sup> Im 19. Jahrhundert formten sich diese Gedanken schließlich zu zwei heute allseits bekannten eheren Prinzipien, dem Gesetzlichkeitsprinzip auf materiell-rechtlicher Ebene (heute Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB) und dem Legalitätsprinzip auf prozess-rechtlicher Ebene (heute insb. § 152 Abs. 2 StPO). Soweit nun Ordnung durch Gerechtigkeit die prinzipielle Funktion des Strafrechts ist, geht es also nicht (mehr) um die Verwirklichung (irgendeiner) idealen philosophischen Gerechtigkeit. Vielmehr ist der primäre normative Bezugspunkt für strafrechtliche Gerechtigkeit allein die demokratisch positivierte Strafrechtsordnung, das materielle Strafrecht. Das formelle Strafrecht, also das Strafprozessrecht, und der Strafprozess selbst sind insoweit und vor allem als verfassungsrechtlich gebotene<sup>21</sup> akzessorisch-dienende „technische Instrumente“<sup>22</sup> zu erkennen, kurzum als Durchsetzungsvehikel des materiellen Strafrechts.

### C. Gerechtigkeit und Wahrheit

Nun sind allerdings zwei weitere Bezugspunkte einzubeziehen: zum einen das zu ordnende tatsächliche Geschehen, zum anderen dessen Wahrheit. Diese Bezugspunkte sind – anders als der des einst gewählten normativen Bezugspunkts der po-

17 Vgl. *Platon*, Der Staat (Fn. 16), Rn. 433 f., zur Idee des Guten ferner Rn. 508, 517, 543.

18 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, 350 v. Chr., übersetzt u. hrsg. v. E. Rolfes, 2. Aufl., Leipzig 1911, Rn. 1132a.

19 C. *Montesquieu*, De l'Esprit des Loix, Genf 1748, Bd. 1, Buch XI, Kap. VI, S. 318.

20 C. *Beccaria*, Über Verbrechen und Strafen, 1764/1766, übersetzt u. hrsg. v. W. Alff, Frankfurt a.M. 1998, S. 61, 63.

21 Zur „Justizgewährungspflicht“ des Staates als „materiell-staatsrechtlicher Grundlage des Prozeßrechts“ eingehend *Eb. Schmidt*, StPO/GVG I (Fn. 1), Rn. 1 ff., 20; siehe auch schon *ders.*, DRiZ 1957, S. 273 (279); im ausdrückl. Anschluss daran ferner BVerfGE 9, 223 (228).

22 U. *Murmann*, GA 2004, S. 65 (67); U. *Neumann*, ZStW 101 (1989), S. 52 (53).

sivierten Strafgesetze – theoretisch wie praktisch alternativlos.<sup>23</sup> Denn alle auf Gerechtigkeit angelegten Verfahren bedürfen der „Ermittlung des wahren Sachverhalts als der notwendigen Grundlage“<sup>24</sup> (vgl. § 244 Abs. 2 StPO), kurzum: „Wahrheit und Gerechtigkeit bestimmen die Sache der Justiz“ (*Eb. Schmidt*).<sup>25</sup>

Die Wahrheit eines Sachverhalts ist aber freilich nie mit absoluter, ontologischer Sicherheit aufklärbar.<sup>26</sup> „Objektive Wahrheit ist nur gedanklich vorstellbar“, schrieb etwa auch schon das RG und fügte dem in geradezu epistemologisch-konstruktivistischem Duktus hinzu, „[i]hr Nachweis durch menschliche Erforschung und Erkenntnis ist begrifflich unmöglich, weil diese als an die erkennende Person gebundenen von Natur subjektiv, also relativ sind. Das gilt auf allen Gebieten menschlichen Wissens und Erkennens. Auch dem Richter ist deshalb die Findung absoluter Wahrheit verschlossen; auch er vermag sich nur [...] zu einer für sein richterliches Gewissen gültigen, also subjektiven oder relativen Wahrheit, nämlich zur richterlichen Überzeugung durchzuringen.“<sup>27</sup> Soweit nun Wahrheit neben Gerechtigkeit eine der Funktionen des Strafprozesses ist, kann es also nur um die „möglichst vollständige“ Wahrheitsermittlung gehen.<sup>28</sup> A priori ist Wahrheit mithin nicht mehr als der untaugliche Versuch ihrer Erreichung,<sup>29</sup> denn sie ist faktisch begrenzt auf das Maß menschlich bzw. richterlich möglicher Wahrscheinlichkeit.

Die Wahrheitsaufklärung ist schließlich auch in normativer Hinsicht keine absolute Funktion des Strafprozesses. Denn bekanntermaßen unterliegt sie im Rechtsstaat<sup>30</sup> der Grenze der Justifizierbarkeit, d.h. der verfassungsrechtlich gebotenen Wahrung aller involvierten Schutzgüter, auch der des Beschuldigten (vgl. nur § 136a StPO).<sup>31</sup> Dies pointiert der BGH mit den eingängigen Worten, dass die

23 Vgl. U. Neumann, ZStW 101 (1989), S. 52.

24 BGHSt (GS) 50, 40 (48).

25 *Eb. Schmidt*, StPO/GVG I (Fn. 1), Rn. 20; *ders.*, Die Sache der Justiz (Fn. 1), S. 11.

26 Vgl. statt vieler nur *Eb. Schmidt*, StPO/GVG I (Fn. 1), Rn. 20; aus aktueller rechtspraktischer Sicht ferner H. Ostendorf, ZIS 2013, S. 172 (174 f.), nach dem der „Wahrheits- und Gerechtigkeitsanspruch im Strafprozess [...] erheblich relativiert werden“ muss und der „scheinbare Anspruch der Verfahrensziele [...] in die Alltagswirklichkeit zurückgeholt“ ist; zustimm. J. Brüning, Die Einstellung nach § 153a StPO – moderner Ablasshandel oder Rettungsanker der Justiz?, in: T. Rotsch / J. Brüning / J. Schady (Hrsg.), Strafrecht – Jugendstrafrecht – Kriminalprävention in Wissenschaft und Praxis – Festschrift für Heribert Ostendorf zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2005, S. 125 (139).

27 So schon RGSt 66, 163 (164 f.); siehe ferner etwa auch BGHSt 10, 208 (209): „[I]m Bereich der vom Tatrichter zu würdigenden Tatsachen ist der menschlichen Erkenntnis bei ihrer Unvollkommenheit ein absolut sicheres Wissen über den Tatvergang, demgegenüber andere Möglichkeiten seines Ablaufs unter allen Umständen ausscheiden müssten, verschlossen.“.

28 Siehe nur BVerfGE 32, 373 (381); BGHSt (GS) 50, 40 (48); *Eb. Schmidt*, StPO/GVG I (Fn. 1), Rn. 20.

29 Vgl. H.-H. Kühne, Strafprozessrecht, 9. Aufl., Heidelberg 2015, Rn. 1.

30 Zu den Grundlagen des Rechtsstaatsbegriffs eingehend C. Trentmann, JuS 2017, S. 979 ff.

31 Näher etwa BVerfGE 133, 168 (199 ff.); H.-H. Kühne, Strafprozessrecht (Fn. 29), Rn. 2; C. Roxin / B. Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., München 2017, § 1 Rn. 2 ff.; *Eb. Schmidt*, StPO/GVG I (Fn. 1), Rn. 22 f.

„Wahrheit nicht um jeden Preis“ erforscht werden dürfe.<sup>32</sup> Darüber hinaus heben der Große Senat des BGH<sup>33</sup> wie auch das BVerfG<sup>34</sup> die staatliche Pflicht zur Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafjustiz als weiteren Gesichtspunkt hervor, der mit der Intention, die Wahrheit gleichsam restlos aufzuklären zu wollen, abgewogen werden dürfe und müsse. Auf dieser gedanklichen Basis, die dogmatisch nicht ganz unproblematisch ist,<sup>35</sup> konnten sich prozessökonomische Erwägungen im Strafprozess weiterentwickeln und den Beschleunigungsgrundsatz durch die Intensivierung konsensualer Prozessabschlüsse ausprägen, so etwa in den 1970er Jahren mit dem seinerzeit neuen § 153a StPO,<sup>36</sup> in jüngerer Zeit etwa mit § 257c StPO.<sup>37</sup> Das Interesse an Wahrheit ist im Strafprozess mithin in faktischer wie auch normativer Hinsicht als *bedingt* zu erkennen. Entsprechend, da Wahrheit die Voraussetzung von Gerechtigkeit ist, ist auch die strafprozessuale Verwirklichung von Gerechtigkeit doppelt bedingt, genauer: ein rechtlich bedingter, faktisch sogar untauglicher Versuch.

Die Skepsis gegenüber Gerechtigkeit und Wahrheit, die dem allgemeinen philosophischen Diskurs nicht unbekannt ist,<sup>38</sup> führt zur Idee, ob gleichsam materiell-erfolgscoupierte Gerechtigkeit Gerechtigkeit sein kann, mithin zur Idee der Gerechtigkeit durch Prozeduralität.<sup>39</sup> Auf Basis eines solchen Ansatzes befasste sich im Jahr 1989 *Neumann* mit dem Strafprozess.<sup>40</sup> Denn wenn „[a]n zahlreichen und teilweise gewichtigen Punkten [...] die Regeln der Strafprozeßordnung dem materiellen Strafrecht ihren Dienst“ verweigerten, frage es sich, ob „umgekehrt die Gerechtigkeit [...] eine Funktion der Verfahrensgerechtigkeit sein kann“, mithin letztere die Funktion des Strafprozesses sei.<sup>41</sup> Im Ergebnis verwirft *Neumann* die sog.

32 Grundlegend BGHSt 14, 358 (365); ferner z.B. BGHSt 31, 304 (309); 38, 214 (220).

33 BGHSt (GS) 50, 40 (53 f.).

34 Grundlegend BVerfGE 33, 367 (383); aus jüngerer Zeit insb. BVerfGE 133, 168 (199 ff.).

35 Näher C. *Trentmann*, ZStW 128 (2016), S. 446 (468 f.); ferner etwa H. *Ostendorf*, ZIS 2013, S. 172 (178); zustimm. J. *Brüning*, in: Festschrift für Ostendorf (Fn. 26), S. 125 (139 f.); C. *Roxin* / B. *Schünemann* (Fn. 31), § 1 Rn. 7; krit. zu „Prozessökonomie“ etwa A. *Hohendorf*, NJW 1987, S. 1177; krit. zur „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ als Rechtsbegriff W. *Hassemer*, StV 1982, S. 275.

36 Ausführl. zu § 153a StPO und dem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung C. *Trentmann*, ZStW 128 (2016), S. 446 ff.

37 Krit. zu § 257c StPO unter den konfigierenden Gesichtspunkten von Wahrheit und Konsens H. *Theile*, NStZ 2012, S. 666 ff.

38 Zur Skepsis gegenüber praktischer Rationalität als Grundlage der modernen Gerechtigkeitsskepsis vgl. schon F. *Nietzsche*, Götzen-Dämmerung, Leipzig 1888, S. 960 (Vernunft als „alte betrügerische Weibsperson“); dazu etwa J. *Habermas*, Der philosophische Diskurs der Moderne, Frankfurt a.M. 1985, S. 129.

39 Näher A. *Kaufmann*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, München 1989; A. *Tschentscher*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, Baden-Baden 2000.

40 Zu prozeduraler Gerechtigkeit im Zivilverfahren vgl. T. *Rauscher*, in: Münchener Kommentar, ZPO, 5. Aufl., München 2016, Einl. Rn. 9; überdies etwa schon H.-M. *Pawlowski*, ZZP 80 (1967), S. 345 (369).

41 U. *Neumann*, ZStW 101 (1989), S. 52 (55, 69).

reine Verfahrensgerechtigkeit (prozedurale Gerechtigkeit i.e.S.)<sup>42</sup> als der materiellen Gerechtigkeit übergeordnete Funktion des Strafprozesses zu Recht.<sup>43</sup> Denn ist ein Prozess ordnungsgemäß und gerecht abgelaufen, aber das Urteil nach materiellem Strafrecht falsch, verwirklicht sich freilich keine Gerechtigkeit.<sup>44</sup> Allein auf den Prozess und dessen Fairness zu verweisen, kann zur Begründung<sup>45</sup> von Gerechtigkeit nicht zureichen. Ein ordnungsgemäßer, gerechter Prozess ist zwar eine notwendige Komponente von Gerechtigkeit, nicht aber die Funktion des Strafprozesses.

#### D. Rechtsfrieden

Eine neuere Strafprozessrechtslehre erkennt schließlich die Schaffung von Rechtsfrieden als *eine* oder sogar *die* Funktion des Strafprozesses.<sup>46</sup> In der Lehrbuchliteratur manifestierte sich diese Perspektive vor allem durch Roxin, als er von Kern das *Strafverfahrensrecht* übernahm und im Jahr 1969 die 9. Auflage veröffentlichte.<sup>47</sup> Ganz ähnlich heißt es auch heute noch in der 29. Auflage des *Strafverfahrensrechts*, der Strafprozess diene dazu, „endlich [...] durch eine abschließende Entscheidung den gestörten Rechtsfrieden wiederherzustellen“.<sup>48</sup> Im Ganzen sei das Ziel des Strafprozesses jedoch „komplexer Art“;<sup>49</sup> es gehe um „die (1) materiell richtige, (2) prozessordnungsmäßig zustande kommende, (3) Rechtsfrieden schaffende Entscheidung über die Strafbarkeit des Beschuldigten“.<sup>50</sup> Das zunächst angepriesene Ziel des Rechtsfriedens verbleibt also nur mehr einer unter anderen „gleichermaßen bedeutsamen“ Abwägungsfaktoren<sup>51</sup> und wird bei genauem Blick – wie auch bei anderen Autoren – zu Rechtsbeständigkeit (Roxin/Schiünemann),<sup>52</sup> Rechtskraft (Beulke/Swoboda)<sup>53</sup> oder formaler Rechtsruhe (Volk/Engländer)<sup>54</sup> re-

42 Dazu insb. J. Rawls, *A Theory of Justice*, 2. Aufl., Cambridge (MA) 1999, S. 73 ff. („pure procedural justice“); in Anlehnung daran auch A. Tschenkler, Prozedurale Theorien (Fn. 39), S. 127 f.

43 Siehe U. Neumann, ZStW 101 (1989), S. 52 (70).

44 Vgl. die revisionsrechtliche Sachrüge des § 344 Abs. 2 S. 1 Var. 2 StPO, die – anders als die Verfahrensrüge der Var. 1 – schon als „allgemeine Sachrüge“ statthaft ist, also keiner Ausführung bedarf, und eine sachlich umfassende Überprüfung von Amts wegen auslöst; siehe allerdings Nr. 156 Abs. 2 RiStBV (Begründungsgebot der Staatsanwaltschaft).

45 Zu prozeduralen Gerechtigkeitsbegründungs- und Gerechtigkeitserzeugungstheorien A. Tschenkler, Prozedurale Theorien (Fn. 39), S. 118 ff.

46 Zu Rechtsfrieden im Zivilverfahren vgl. T. Rauscher, in: MüKo ZPO (Fn. 40), Einl. Rn. 9.

47 Vgl. E. Kern / C. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 9. Aufl., München 1969, S. 2.

48 C. Roxin / B. Schiünemann, *Strafverfahrensrecht* (Fn. 31), § 1 Rn. 1.

49 C. Roxin / B. Schiünemann, *Strafverfahrensrecht* (Fn. 31), § 1 Rn. 6.

50 C. Roxin / B. Schiünemann, *Strafverfahrensrecht* (Fn. 31), § 1 Rn. 3.

51 C. Roxin / B. Schiünemann, *Strafverfahrensrecht* (Fn. 31), § 1 Rn. 3, 6, nach denen im Einzelfall „die drei geschilderten Kriterien gegeneinander abzuwägen“ sind, d.h. einer „Abwägung im Konfliktfall“ bedürfen.

52 C. Roxin / B. Schiünemann, *Strafverfahrensrecht* (Fn. 31), § 1 Rn. 4.

53 W. Beulke / S. Swoboda, *Strafprozessrecht*, 14. Aufl., Heidelberg 2018, Rn. 6.

54 K. Volk / A. Engländer, *Grundkurs StPO*, 9. Aufl., München 2018, § 3 Rn. 1.

lativiert.<sup>55</sup> Soweit es diesen Autoren hier also darum geht, es müsse „[e]inmal [...] zumindest Ruhe sein – wenn schon nicht Frieden“,<sup>56</sup> wird jedoch der Begriff Rechtsfrieden eines großen Teils, genauer: seines inhaltlichen Schwergewichts entledigt und erscheint deutlich „zu hochgestochen“ (*Schroeder/Verrel*).<sup>57</sup> Denn zum Rechtsfrieden gehört Rechtssicherheit, „er erschöpft sich aber nicht darin“ (*Rieß*).<sup>58</sup> Aber gerade in diesem letztgenannten Sinne erscheint nun möglich, den Topos Rechtsfrieden auf der Suche nach der Funktion des Strafprozesses fruchtbar zu machen. Nicht in einem formalen, sondern in einem inhaltlichen Sinne könnte mithin Rechtsfrieden die für materielle Richtigkeit, formelle Richtigkeit und Rechtskraft abwägungsleitende Funktion des Strafprozesses erfassen. Dies bedarf nun freilich eines substantiierten Blickes, insbesondere um dem gegenüber „Rechtsfrieden“ stereotyp geäußerten Vorwurf der Platitude und wenig greifbaren Abstraktheit<sup>59</sup> zu begegnen.

## I. Rechtsfrieden als Bewältigung von Verdacht

### 1. Der vernunftorientiert-normative Ansatz (Schmidhäuser, Rieß)

Bereits im Jahr 1961 erarbeitete *Schmidhäuser* im Festschriftbeitrag für *Eb. Schmidt* die Idee eines über formale Rechtsruhe hinausgehenden Rechtsfriedens als das Ziel bzw. die Funktion<sup>60</sup> des Strafprozesses und machte dies vor allem am Konflikt zwischen Rechtskraft und Wiederaufnahme eines Prozesses fest.<sup>61</sup> Dieser Konflikt sei „deutlicher Ausdruck des Strebens nach Rechtsfrieden über Gerechtigkeit und Rechtssicherheit als Einzelwerte hinaus, mag auch die gesetzliche Regelung im einzelnen hier immer nur ein Versuch sein können, dem letzten idealen Ziel näherzukommen.“ Rechtsfrieden modellierte *Schmidhäuser* dabei vernunftorientiert-normativ; es sei „ein Zustand, bei dem von der Gemeinschaft vernünftigerweise erwartet werden kann, daß sie sich über den Verdacht einer Straftat beruhige. Rechtsfrieden ist also nicht etwa – und kann es als ideales Ziel auch gar nicht sein – als ein faktisch allgemeiner Zustand in der Psyche aller Gemeinschaftsmitglieder zu erwarten; vielmehr handelt es sich hierbei um einen normativen Begriff, der im Grunde nichts anderes ist als die subjektiv-geistig gesehene Seite eines Teilbereiches der Rechtsordnung.“ An Rechtsfrieden sei insofern „nicht nur als Ziel des Gesetzgebers bei der Schaffung des Strafprozeßrechts zu denken, sondern auch

<sup>55</sup> Zu autoritativ hergestelltem „Rechtsfrieden“ durch Rechtskraft vor allem *J. Goldschmidt*, *Der Prozeß als Rechtslage*, Berlin 1925, S. 151 ff.

<sup>56</sup> *K. Volk / A. Engländer*, *Grundkurs StPO* (Fn. 54), § 3 Rn. 1.

<sup>57</sup> *F.-C. Schroeder / T. Verrel*, *Strafprozessrecht*, 7. Aufl., München 2017, Rn. 11.

<sup>58</sup> *P. Rieß*, JR 2006, S. 269 (271).

<sup>59</sup> Vgl. etwa *U. Murrmann*, GA 2004, S. 65 (69 f.).

<sup>60</sup> Siehe dazu oben Fn. 10.

<sup>61</sup> Hierzu und zum Folgenden *E. Schmidhäuser*, in: *Festschrift für Eb. Schmidt* (Fn. 2), S. 511 (522 ff.); krit. dazu *Eb. Schmidt*, *StPO/GVG I* (Fn. 1), Rn. 20 Fn. 40; hierzu wiederum *K. Volk*, *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht*, München 1978, S. 196, dort Fn. 125.

als Ziel, daß diejenigen bewußt erleben, die als Strafverfolgungsorgane am Strafprozeß handelnd beteiligt sind.“ Um nun dieses Ziel bzw. diese Funktion des Strafprozesses zu erreichen, genüge „nicht, das Verfahren nur eben durchzuführen und am Prozeßabschluß festzuhalten [...]. Es muß vielmehr von den Strafverfolgungsorganen alles, was vernünftigerweise erwartet werden kann, zum Zwecke der gerechten Entscheidung über den Verdacht unternommen worden sein; ja, es muß die staatliche Gemeinschaft selbst so viele Kräfte im Verfahren eingesetzt haben, als vernünftigerweise im Rahmen des Ganzen der Gemeinschaft für derartige Aufgaben eingesetzt werden können.“<sup>62</sup>

Ähnlich und mit Bezugnahme auf *Schmidhäuser* findet sich die Idee des Rechtsfriedens als „oberstes Ziel des Strafverfahrens“ insbesondere bei *Rieß*.<sup>63</sup> Auch nach *Rieß* meint Rechtsfrieden „die Herstellung eines Zustands, bei dem sich die Rechtsgemeinschaft vernünftigerweise beruhigen kann“. Es sei also nicht darauf abzustellen, „dass der jeweilige Beschuldigte oder Verletzte und ebenso wenig die Mehrheit der Bürger das Ergebnis eines konkreten Verfahrens als befriedigend bewertet, mag dies auch erstrebenswert sein“. Vielmehr sei Rechtsfrieden wie bei *Schmidhäuser* „als normativer, nicht als ontologischer und schon gar nicht als empirischer Begriff zu verstehen“ und der Maßstab für Rechtsfrieden sei: „ob das nach ihm aus[zu]gestaltende und zu bewertende Strafverfahren generell so beschaffen ist, dass es von der Rechtsgemeinschaft nach den für sie grundlegenden Werten als ein akzeptables Verfahren verstanden werden kann, welches das staatliche Gewaltmonopol und den Verzicht auf Selbsthilfe zu legitimieren imstande ist“. Ausdrücklich wies *Rieß* dabei darauf hin, dass jene „Maßstäbe und Werte“ freilich „zeitgebunden und wandelbar“ seien und dass Rechtsfrieden ein durchaus „hochabstrakter und komplexer Begriff“ bleibe. Eine dies einschränkende Wirkung habe allerdings die Erkenntnis, dass die durch den Strafprozess zu bewältigende Störung des Rechtsfriedens „nicht nur [...], was evident ist, durch die tatsächlich begangene Straftat ein[tritt]; auch der manifest gewordene Verdacht einer solchen bewirkt sie“. Und schon die „Verdachtsklärung dient der Herstellung des Rechtsfriedens“.

## 2. Der sozialpsychologisch-tatsächliche Ansatz (Weigend)

Die Erkenntnis, dass in strafrechtlichen Fällen der Rechtsfrieden einerseits aufgrund der Straftat an sich, andererseits aufgrund des dadurch verursachten Ver-

62 Siehe dazu *E. Schmidhäuser*, JZ 1973, S. 529 (536), und dessen Kritik an § 153a StPO, verbunden mit der Forderung, „mehr Richter und Staatsanwälte einzustellen“, denn „ein brauchbares Strafverfahren, das den Anforderungen entspricht, die ein sozialer Rechtsstaat [...] stellt, [...] müßte diesem Staat einiges wert sein, auch an Einsatz materieller Mittel“; krit. C. Trentmann, ZStW 128 (2016), S. 446 (467 f.).

63 Hierzu und zum Folgenden *P. Rieß*, JR 2006, S. 269 (270 f.); siehe auch schon *ders.*, in: *Festschrift für Schäfer* (Fn. 3), S. 168 ff.; ferner *ders.*, in: E. Löwe / W. Rosenberg (Hrsg.), *StPO*, Bd. 1 (Fn. 3), Einl. B Rn. 4 f.; vgl. dazu auch *H.-H. Kühne*, in: *ebd.*, 27. Aufl., Berlin 2016, Einl. B Rn. 48.

dachts gestört ist, geht vor allem auf *Weigend* zurück.<sup>64</sup> So befasste sich *Weigend* in seiner Habilitationsschrift zu *Deliktsopfer[n] und Strafverfahren* aus dem Jahr 1989 auch ausführlich mit dem Zweck<sup>65</sup> des Strafverfahrens<sup>66</sup> und arbeitete die „(Wieder-)Herstellung von Rechtsfrieden“ dergestalt heraus, dass es naheliege, dem Strafprozess „gerade die Funktion zuzuweisen, die durch die Tat verursachte Störung des sozialen Friedens zu beseitigen“, was „nicht nur die Beziehungen zwischen den beteiligten Individuen, sondern auch den Frieden innerhalb der Gemeinschaft“ meine.<sup>67</sup> *Weigend* positionierte sich hier also anders als *Schmidhäuser* und *Rieß* als Beobachter des *tatsächlichen* Phänomens der Störung des „sozialen (Rechts-)Friedens“<sup>68</sup> und setzte nicht normativ-geistig, sondern sozialpsychologisch an.<sup>69</sup> In Abgrenzung zur „Beseitigung der Folgen der Straftat“,<sup>70</sup> wobei die Hauptlast auf dem materiellen Strafrecht ruhe, gehe es dem prozessualen Strafrecht und dem Prozedere des Strafprozesses um die „Beseitigung der Folgen der Verdachtssituation“.<sup>71</sup>

## **II. Verdachtsbewältigung als Wandlung von Ungewissheit**

Die Ansätze von *Schmidhäuser*, *Rieß* und *Weigend* vereint, dass sie alle die (Wieder-)Herstellung des durch den Verdacht der Straftat gestörten Rechtsfriedens als Funktion des Strafprozesses erkennen. Darüber hinaus aber unterscheidet sich der vernunftorientiert-normative Ansatz von *Schmidhäuser* und *Rieß* allerdings fundamental von *Weigends* sozialpsychologisch-tatsächlichem Ansatz. *Weigend* ging im Prinzip schlicht einen Schritt tiefer. Denn er erkannte Verdacht schließlich als strafrechtsspezifische Ungewissheit und die Wandlung von Ungewissheit in Gewissheit als die eigentlich hinter Rechtsfriedenserwirkung durch Verdachtsbewältigung stehende Funktion des Strafprozesses. Diese Ausdifferenzierung, auf die unten<sup>72</sup> noch näher eingegangen wird, macht die Idee des Rechtsfriedens nun nahezu greifbar. Die gedankliche Basis der *Weigend'schen* Ausdifferenzierung findet sich dabei unverkennbar schon bei *Luhmann*.

64 So auch P. *Rieß*, JR 2006, S. 269 (271, dort Fn. 14).

65 Zum Begriff „Zweck“ siehe oben Fn. 10.

66 T. *Weigend*, Deliktsopfer (Fn. 4), S. 173 ff.

67 T. *Weigend*, Deliktsopfer (Fn. 4), S. 207.

68 T. *Weigend*, Deliktsopfer (Fn. 4), S. 207.

69 Vgl. T. *Weigend*, Deliktsopfer (Fn. 4), S. 213 f., dort Fn. 132.

70 Dazu T. *Weigend*, Deliktsopfer (Fn. 4), S. 207 ff.

71 T. *Weigend*, Deliktsopfer (Fn. 4), S. 213 ff.; vgl. auch schon D. *Krauß*, Der Grundsatz der Unschuldsvorbehalt im Strafverfahren, in: H. Müller-Dietz (Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminapolitik, Köln et al. 1971, S. 153 (167 f.); zustimmend U. *Sieber*, Zivilrechtliche Beweisinteressen im Strafprozeß, in: M. Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag, Berlin 1992, S. 757 (767); vgl. z.B. auch E. *Weßlau*, in: Systematischer Kommentar, StPO, 4. Aufl., Köln 2011, § 153a Rn. 27; vgl. aber auch dies. / M. *Deiters* in: ebd., 5. Aufl., Köln 2016, § 153a Rn. 27; anders M. *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, Tübingen 2006, S. 72 ff.; krit. auch U. *Murmann*, GA 2004, S. 65 (70, 76 f.).

72 Siehe unten Teil D.II.2.

## 1. Ungewissheit als treibende Kraft (Luhmann)

*Luhmanns* zentraler Ansatz war bekanntermaßen, „daß es Systeme gibt“,<sup>73</sup> und er errichtete auf der „Differenz von System und Umwelt“<sup>74</sup> die bzw. seine „Systemtheorie“,<sup>75</sup> d.h. eine „Theorie der sich selbst herstellenden, autopoietischen Systeme“, die an sich selbst „universalistische Ansprüche“ hat.<sup>76</sup> Schon in *Legitimation durch Verfahren*, dessen erste Auflage aus dem Jahr 1969 stammt, führte *Luhmann* daher zunächst aus, „[w]ichtigstes Merkmal eines Systems“ sei „ein Verhältnis zur Komplexität der Welt“, also zur „Gesamtheit der Möglichkeiten“.<sup>77</sup> Und für jede Systembildung sei „bezeichnend, daß sie nur einen Ausschnitt der Welt erfaßt, nur eine begrenzte Zahl der Möglichkeiten zuläßt“. Systeme konstituierten also „einen Unterschied von Innen und Außen im Sinne einer Differenz von Komplexität bzw. Ordnung“. Dabei sei die jeweilige Umwelt „stets übermäßig komplex, unüberblickbar und unkontrollierbar, ihre eigene Ordnung dagegen höherwertig insofern, als sie Komplexität reduziert und als systemeigenes Handeln nur noch vergleichsweise wenige Möglichkeiten zuläßt“. Zur systemeigenen Ordnung gehöre so „ein selektiver Umweltentwurf, eine ‚subjektive‘ Weltsicht des Systems, die aus den Möglichkeiten der Welt nur wenige relevante Fakten, Ereignisse, Erwartungen herausgreift und für bedeutsam hält“. Durch solche Reduktion ermöglichten Systeme zum einen „eine sinnvolle Orientierung des Handelns“, zum anderen erlaube eben diese Reduktion von Komplexität erst höhere Komplexität, also systemeigene und damit zugleich gesamtgesellschaftliche Ausdifferenzierung (Evolution).<sup>78</sup>

Von dieser Warte des Systemtheoretikers und operativen Konstruktivisten aus begriff *Luhmann* nun Wahrheit „nicht länger nur als Wert, sondern genauer als einen sozialen Mechanismus“.<sup>79</sup> Und „[s]owenig bestritten werden kann, daß es sinnvoll und wertvoll ist, sich im gerichtlichen Verfahren um die Feststellung der Wahrheit zu bemühen, sowenig kann aus einem wünschenwerten Ziel dieser Art ein Schluß auf das Wesen der Sache selbst, auf die Erlaubtheit oder Richtigkeit von Mitteln oder auch nur auf die faktischen Funktionen des Verfahrens gezogen werden“.<sup>80</sup> Konsequent erkannte *Luhmann* daher nicht Wahrheitsfindung, sondern nur den Umgang mit „Ungewissheit“ zwecks Konfliktabsorption und Schaffung von Ak-

73 N. Luhmann, Soziale Systeme (SoSy), Frankfurt a.M. 1984, S. 30.

74 N. Luhmann, SoSy (Fn. 73), S. 22.

75 Zu dieser „Firmenbezeichnung“ N. Luhmann, SoSy (Fn. 73), S. 12.

76 N. Luhmann, SoSy (Fn. 73), S. 19, 28.

77 Hierzu und zum Folgenden N. Luhmann, LdV (Fn. 6), S. 41.

78 Die Reduktion von Komplexität wird „im wesentlichen durch Strukturbildung erfüllt, das heißt durch Generalisierung von Verhaltenserwartungen, die dann zeitlich über längere Zeitstrecken, sachlich für verschiedene Situationen und sozial für eine Mehrzahl von Personen ‚gelten‘“ (N. Luhmann, LdV [Fn. 6], S. 42).

79 N. Luhmann, LdV (Fn. 6), S. 23.

80 N. Luhmann, LdV (Fn. 6), S. 17 f.

zeptanz als die Funktion von Verfahren:<sup>81</sup> „Motor des Verfahrens [...] ist die Ungewißheit über den Ausgang. Diese Ungewißheit ist die treibende Kraft des Verfahrens, der eigentlich legitimierende Faktor.“<sup>82</sup> Im Umkehrschluss hat nach *Luhmann* also ein Verfahren bzw. ein Prozess keinen Sinn mehr, wenn die Ungewissheit über den Ausgang behoben ist und daher ein, so könnte man sagen, „cooling effect“ eingetreten, d.h. sich über den Konflikt beruhigt worden ist, weil der Protest Einzelner isoliert ist bzw. weitgehende Akzeptanz herrscht.<sup>83</sup>

*Luhmanns* Folgeerkenntnis ist nun aber nicht die eines Normativisten, sondern die des Systemtheoretikers:<sup>84</sup> Da jedes System versuche, sich zu erhalten und seine Existenz zu sichern, werde die Ungewissheit „während des Verfahrens mit aller Sorgfalt und mit den Mitteln des Zeremoniells gepflegt und erhalten [...]. Die Spannung muß bis zur Urteilsverkündung wachgehalten werden. Ein Richter, der sich an diesem Gebot vergeht, kann wegen ‚Befangenheit‘ abgelehnt werden.“<sup>85</sup> „Die Ungewißheit des Verfahrensausgangs [...] muß im Verfahren das Rollenhandeln sichtbar motivieren. [...] Wäre der Ausgang schon ersichtlich vorher klargestellt, würde das Verfahren zu einem nur um der Form willen veranstalteten Zeremoniell erstarren.“<sup>86</sup>

Unter Juristen trifft eine solche Erkenntnis freilich zuvorderst auf Ablehnung, da sie nicht nur ehrenrührig, sondern unsinnig und geradezu paradox anmutet. So fragte nach dem Tod *Luhmanns* im Jahr 1998 Roellecke<sup>87</sup> im Zuge einer allgemeinen Nachlese, „was *Luhmanns* Systemtheorie für die Jurisprudenz bedeutet“. „Zunächst eine Störung“, meinte Roellecke, denn Luhmann habe das Recht von außen beobachtet und „Außenbeobachtung stört immer“. *Luhmann* war allerdings kein reiner Außenbeobachter des Rechts. Denn bekanntermaßen war er nicht nur Soziologe, sondern auch Jurist. Er beobachtete also als Soziologe zwar von außen, aber die Abläufe des Rechtssystems, in *Luhmanns*cher Diktion: die programmgeleiteten Operationen des gesellschaftlichen „Funktionssystems Recht“,<sup>88</sup> waren ihm ganz vertraut. Daher habe *Luhmann* nicht nur versucht, wie Roellecke schreibt, „Paradoxien verschwinden zu lassen“, sondern er habe auch gekonnt, „Gegenpositionen [zu] formulieren, die an den Nerv des juristischen Denkens rühren“. Dabei bleibt nun aber zu sehen, was auch Roellecke hervorhob: dass *Luh-*

81 Vgl. N. Luhmann, LdV (Fn. 6), insb. S. 16 ff., 55 ff., 116 ff.; siehe dazu S. Barton, Absorption von Ungewissheit, in: T. Fischer / E. Hoven (Hrsg.), Verdacht, Baden-Baden 2016, S. 19 ff.

82 N. Luhmann, LdV (Fn. 6), S. 116.

83 Vgl. N. Luhmann, LdV (Fn. 6), S. 123, vgl. ferner S. 116 f., 128.

84 Vgl. dazu schon N. Luhmann, LdV (Fn. 6), S. 17 f.

85 N. Luhmann, LdV (Fn. 6), S. 116 f.

86 N. Luhmann, LdV (Fn. 6), S. 128.

87 Hierzu und zum Folgenden G. Roellecke, JZ 1999, S. 213.

88 Vgl. N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (RdG), Frankfurt a.M. 1993.

mann „niemanden beraten“ wollte; sein ganzes Wirken beschäftigte sich schlicht damit, auf Grundlage seiner „Supertheorie“<sup>89</sup> gesellschaftliche Operationsweisen und Komplexitäten zu analysieren. Diese „funktionale Analyse“ stößt erneut zunächst auf Unverständnis, zumal sie, wie Luhmann<sup>90</sup> selbst sagte, „eine Technik der Entdeckung schon gelöster Probleme“ sei und „mit Vorliebe solche Probleme [rekonstruiert], die in der gesellschaftlichen Wirklichkeit schon keine mehr sind, die also gleichsam hinter den Zwecken, Gründen und Rechtfertigungen liegen.“ Allerdings werde so „möglich, Vorhandenes als Problemlösung zu begreifen und entweder die Strukturbedingungen der Problematik oder die Problemlösungen zu variieren“. Und „[e]rst in diesem Schritt, erst beim Durchspielen möglicher Problemlösungen werden weitere, jenseits der spezifischen Funktion liegende Bedingungskontexte bewußt, die man situativ nicht hinreichend analysieren kann – und zwar weder in der Situation des Forschers, noch in der Situation des Praktikers“.

## 2. Wandlung von Ungewissheit in Gewissheit (Weigend)

Weigend nun befasste sich im Rahmen der Entwicklung seines sozialpsychologisch-tatsächlichen Rechtsfriedensbegriffs<sup>91</sup> auch mit Luhmanns Systemtheorie<sup>92</sup> und nannte sie dabei den „Röntgenblick des Systemanalytikers“ und „brillant“.<sup>93</sup> Gleichwohl verwarf er Luhmanns Ansatz wegen dessen „wertfreie[r] Positivität“, also mangels normativer Ergiebigkeit.<sup>94</sup> Gerade aber die bei Luhmann grundlegende Erkenntnis der Ungewissheit als der treibenden Kraft des (Straf-)Prozesses nutzte auch Weigend,<sup>95</sup> um auf dieser Basis eine normative Theorie zu gewinnen, die den notwendigen Problembezug zum Tatsächlichen beinhaltet. So markierte Weigend den Verdacht einer Straftat nicht nur als – neben der durch die Straftat an sich – eigenständige Rechtsfriedensstörung, sondern überdies als sozialgesellschaftliche „Last der Ungewißheit über Täter, Tathergang und Tatmotiv“.<sup>96</sup> Denn „[d]ie Tatsache, daß die Frage nach dem Täter offensteht, schafft eine latente Bedrohung, belastet die soziale Gemeinschaft und stört die Beziehungen ihrer Mitglieder untereinander.“<sup>97</sup> In der Folge müsse Verdachtsklärung „nicht mehr als Selbstzweck, sondern explizit in seiner funktionalen Bedeutung für den sozialen Frieden verstanden werden“.<sup>98</sup> Der Strafprozess müsse also darauf gerichtet sein, „in optimaler

<sup>89</sup> N. Luhmann, SoSy (Fn. 73), S. 19.

<sup>90</sup> N. Luhmann, LdV (Fn. 6), S. 6.

<sup>91</sup> Siehe oben Teil D.I.2.

<sup>92</sup> T. Weigend, Deliktssopfer (Fn. 4), S. 200 ff.

<sup>93</sup> T. Weigend, Deliktssopfer (Fn. 4), S. 200.

<sup>94</sup> T. Weigend, Deliktssopfer (Fn. 4), S. 204.

<sup>95</sup> Erstaunlicherweise ordnet Weigend die Erkenntnis der Ungewissheit als prozessualem Zentralaspekt weder hier noch zuvor Luhmann zu.

<sup>96</sup> T. Weigend, Deliktssopfer (Fn. 4), S. 214.

<sup>97</sup> T. Weigend, Deliktssopfer (Fn. 4), S. 213.

<sup>98</sup> T. Weigend, Deliktssopfer (Fn. 4), S. 217.

Weise die Beunruhigung, die der ungeklärte Verdacht einer Straftat bewirkt, *tatsächlich* aufzuheben, indem es den interessierten Personen möglichst weitgehende Gewissheit über Tat und Täter verschafft.“<sup>99</sup> Dadurch meinte *Weigend* nun nicht etwa jede, gar auch rechtsstaatswidrige Art der Wahrheitserforschung; es werde allerdings ermöglicht „zu diskutieren, wieviel an Hemmnissen eine Verfahrensordnung aushält, ohne ihren eigentlichen Aufgaben untreu zu werden“.<sup>100</sup> So sei zwar die „möglichst wahrheitsgetreue Rekonstruktion des Tatgeschehens“ notwendige Voraussetzung für die Schaffung von Rechtsfrieden durch Klärung des Verdachts; zugleich lasse sich aber „nunmehr ein Grund dafür angeben, daß im Strafverfahren nicht notwendig nach der ‚ganzen‘ Wahrheit geforscht, daß die Wahrheitssuche vielmehr selektiv betrieben wird.“ Das Gericht müsse „nämlich nur so viel an Aufklärungsarbeit leisten, wie durch den Umfang und die Schwere des Verdachts verlangt wird. Der Sachverhaltsermittlung sind also nicht nur praktische Grenzen gesetzt, sondern sie braucht sich im Hinblick auf das Ziel des Verfahrens auch nur auf das zu erstrecken, was notwendig ist, damit sich die von der Straftat unmittelbar oder mittelbar berührten Personen über den Verdacht beruhigen.“<sup>101</sup> Entscheidend ist dabei nach *Weigend*, dass die Situation des ungeklärten Verdachts mit der Störung des sozialen Friedens korreliert; die Friedensstörung sei „am stärksten, solange lediglich das Faktum des Verbrechens, nicht aber ein individueller Tatverdächtiger bekannt ist“. Sie bestehe aber auch dann noch fort, wenn ein Verdächtiger gefunden sei. Die Spannung löse sich, „wenn entweder jemand die Verantwortung für die Tat durch ein umfassendes und glaubwürdiges Geständnis selbst übernommen hat oder wenn sie ihm durch überzeugende Beweise aufgebürdet werden konnte“.<sup>102</sup> Und „[e]rst durch das Urteil, das unmöglich verständlich und autoritativ Tatverantwortung (oder deren Fehlen) festlegt, wird der ursprüngliche Verdacht über jeden vernünftigen Zweifel hinweg zur Gewissheit erhoben (oder ausgeräumt), wird die besonders drängende Frage nach der Verantwortlichkeit ein für allemal beantwortet“. In diesen Schritten sei die Funktion des Strafprozesses also die Erwirkung von sozialem (Rechts-)Frieden dargestalt, dass „der Verdacht zur Gewissheit“, d.h. die „Last der Ungewissheit [...] von der Gemeinschaft genommen werden“ soll.<sup>103</sup>

### **III. Ungewissheitswandlung als Wirklichkeitsstabilisierung**

*Weigends* impliziter auf *Luhmanns* Grundlagenerkenntnis fußende<sup>104</sup> These, dass durch das Strafverfahren strafrechtsspezifische Ungewissheit (Verdacht) zur Ge-

99 *T. Weigend*, Deliktstopfer (Fn. 4), S. 215 (H.i.O.).

100 *T. Weigend*, Deliktstopfer (Fn. 4), S. 217, vgl. auch schon S. 183.

101 *T. Weigend*, Deliktstopfer (Fn. 4), S. 217.

102 *T. Weigend*, Deliktstopfer (Fn. 4), S. 213.

103 *T. Weigend*, Deliktstopfer (Fn. 4), S. 214.

104 Vgl. Fn. 95.

wissheit werden soll, sodass sie als gesellschaftliche Last entfalle, implementiert dem Abstraktum Rechtsfrieden hochgeschickt Bezüge zum Tatsächlichen, ohne utopischerweise Empirisches einzufordern. Jedoch bedarf Weigends These in ihrer Grundform einer weitergehenden Konkretisierung. Denn objektive Gewissheit ist als Zustand eben nicht erreichbar,<sup>105</sup> d.h., es muss Berücksichtigung finden, dass die gesellschaftliche Bewältigung von Straftaten in faktisch unbehebbar fortwährender Ungewissheit über Tat und Täter geschieht. Diese Problematik betonte im Jahr 2004 auch *Murmann* in seinem gedankenscharfen Habilitationsvortrag *Über den Zweck des Strafprozesses*.<sup>106</sup> *Murmann* merkte damals zunächst an, Verdacht und Ungewissheit seien „weder materiell-rechtlich vorgesehen, noch enthält das materielle Strafrecht das Instrumentarium, um die vorausgesetzte Wirklichkeit der Verbrechensbegehung zu rekonstruieren“.<sup>107</sup> Schon daher sei „[d]ie Situation des Prozesses [...] eine Situation der Unsicherheit“. Aber selbst nach richterlicher Entscheidung herrsche faktisch weiterhin Ungewissheit in Form von Verdacht. So vermögen also kein Freispruch und kein Strafurteil jene Ungewissheit, jenen Verdacht zu beseitigen.<sup>108</sup> Die geradezu radikale Schlussfolgerung muss denn sein: Jede Strafe ist faktisch die rechtlich verpönte „Verdachtsstrafe“.

Dass Verdacht faktisch stets Verdacht bleibt, weil der Zustand der Gewissheit über Tat und Täter nicht erreichbar ist, muss nun freilich im Normativen prinzipielle Berücksichtigung finden. Aus dem faktischen Zustand unbehebbar fortwährender Ungewissheit resultiert also eine starke normative Kraft. Eines der Korrelate der Ungewissheit ist so zuvorderst das Prinzip der Unschuldsvermutung.<sup>109</sup> Ein weiteres Korrelat ist, dass sich die Rechtsgemeinschaft auferlegen muss, wie, wann und warum das andernfalls unendliche Prüfen eines Verdachts ein Ende finden soll. Das Wie und Wann festzulegen, darin liegt die Leistung des Strafverfahrensrechts. Es ist die formelle Legitimation des Strafverfahrens. Diese formelle Legitimation steht freilich in Abhängigkeit der materiellen Legitimation. Diese inhaltliche Legitimation ist die Frage nach dem Warum. Kern der Beantwortung des Warums ist, dass eine strafverfahrensrechtliche Regelung, genauer: deren Anwendung in praxi, ein die soziale Störung durch strafrechtsspezifische Ungewissheit (Verdacht) nach Kräften reduzierender und daher befriedender Gehalt zukommen muss.

<sup>105</sup> Vgl. oben Teil C.

<sup>106</sup> U. *Murmann*, GA 2004, S. 65 ff.

<sup>107</sup> Hierzu und zum Folgenden U. *Murmann*, GA 2004, S. 65 (72 ff.).

<sup>108</sup> Vgl. im Kontext medialer Dynamiken C. *Trentmann*, *Publizistik* 60 (2015), S. 403 (418); *ders.*, MMR 2016, S. 731 ff.

<sup>109</sup> Näher U. *Murmann*, GA 2004, S. 65 (74).

## 1. Stabilisierung der Wirklichkeit des Richters

Die Rechtsgemeinschaft verortet den befriedenden Gehalt eines Strafprozesses klassischerweise erst in der richterlichen Entscheidung. Denn, so die schon oben<sup>110</sup> zitierten Worte Aristoteles', „[z]um Richter gehen heißt [...] soviel, als zur Gerechtigkeit gehen“. Dabei ersetzt die „Überzeugung“ des Richters (§ 261 StPO) normativ die für die Entfaltung von Gerechtigkeit erforderliche Wahrheit bzw. Gewissheit. So vermag „der Unsicherheit im Tatsächlichen [...] durch Begrenzung der geforderten Gewissheit Rechnung getragen“ zu werden (*Murmann*).<sup>111</sup> Und dem materiellen Strafrecht und seinen Zwecken wird – in Form der finalen richterlichen Überzeugungslage als klassischem normativ-faktischem Wendepunkt – eine *Wirklichkeit* gegeben, auf deren Basis sie schließlich zur Anwendung gebracht werden („wirken“) dürfen.

Die Entscheidung des Richters erhält jedoch ihren inhaltlich befriedenden Gehalt nicht allein aus der institutionalisierten Autorität des staatlichen Richters. Anders also als *Goldschmidt* einst meinte, schafft der Richter in der aufgeklärten, rechtsstaatlichen Gesellschaft nicht mehr schlicht „mittels des Rechts [...] eine soziale Ordnung, die neben die Rechtsordnung tritt und ihr im Konfliktsfall nach dem soziologischen Machtprinzip vorgeht“.<sup>112</sup> Der inhaltlich befriedende Gehalt der richterlichen Entscheidung muss sich vielmehr aus der Richtigkeit der Entscheidung und dabei vor allem, d.h. zuvor, aus der Wirklichkeitsauffassung des Richters generieren; jener Gehalt muss sich mithin einerseits aus der richtigen Anwendung des Rechts und andererseits entsprechend der richterlichen Überzeugung (§ 261 StPO) aus dem „Inbegriff der Verhandlung“ schöpfen. Hier nun wird die vorderste unmittelbare Funktion des Strafprozesses konkret sichtbar: die möglichst weitgehende Entkräftigung der Ungewissheit des Richters, d.h. die Stabilisierung dessen instabiler Wirklichkeitsauffassung – Was ist geschehen? Wer hat was getan? – zum Zwecke richtigen Entscheidens nach materiellem Strafrecht. Wirklichkeitsstabilisierung meint dabei anders als Gewissheit keinen Zustand, sondern wie der Prozess selbst einen Prozess; und mit zunehmendem Fortschritt des Prozesses – Vernehmung des Beschuldigten, Inaugenscheinnahme von Objekten, Zeugenaussagen, Sachverständigengutachten etc. – soll die richterliche Wirklichkeitsauffassung stabiler werden. Stabiler wird sie dabei allerdings nur, wenn alles ordnungsgemäß geschieht; wird also etwa das Geständnis des Beschuldigten oder die Aussage eines Zeugen rechtsstaatwidrig erzwungen, so haftet dem der Zweifel an und das Geständnis bzw. die Aussage ist als wirklichkeitsstabilisierendes Mittel weitgehend

110 Siehe oben *Teil B*.

111 U. *Murmann*, GA 2004, S. 65 (76); zur richterlichen Überzeugungsbildung („Gewissheitsbildung“) näher S. *Conen*, Verdacht und Gewissheit, in: T. Fischer / E. Hoven (Hrsg.), Verdacht (Fn. 81), S. 49 ff.

112 J. *Goldschmidt*, Der Prozeß als Rechtslage (Fn. 55), S. 246.

unbrauchbar, Ordnungsgemäßheit und Rechtsstaatlichkeit eines Prozessschrittes verbinden sich hier mit tatsächlicher Brauchbarkeit.

Im Ergebnis geht es also um eine solche Wirklichkeitsstabilisierung, die zum einen nach Relevanzmaßgabe des materiellen Strafrechts, zum anderen nach tatsächlichen Brauchbarkeits- und juristischen Rechtsstaatlichkeitsmaßgaben selegiert.

## 2. Stabilisierung der Wirklichkeit der weiteren Prozessbeteiligten

Die prozessual-sukzessive Stabilisierung der Wirklichkeitsauffassung des Richters fungiert mittelbar, d.h. vermittels der Entscheidung des Richters, auch zur Stabilisierung der ebenfalls instabilen Wirklichkeitsauffassungen der weiteren Prozessbeteiligten. Auf diese Prozessbeteiligten kann und soll aber auch schon der Prozess selbst eine *unmittelbar* wirklichkeitsstabilisierende und damit befriedende Wirkung haben. Bei Beschuldigten – in Teilen auch bei Geschädigten, anders aber etwa beim Staatsanwalt – geht es hier freilich kaum um eine Wirklichkeitsstabilisierung im schlicht Tatsächlichen, zumal dieses jenen bekannt ist. Insofern fungiert der Prozess also insbesondere zur Stabilisierung von Wirklichkeit nach den bereits genannten *juristischen Maßstäben* und zur Beantwortung der Frage: Inwieweit war das Geschehene strafbar?

Hinzu kommt folgender Gesichtspunkt: Soweit neben dem klassischen Richterspruch längst auch sog. konsensuale Prozessabschlussmöglichkeiten<sup>113</sup> bestehen (insb. § 153, § 153a, § 257c StPO), muss der Strafprozess schon deshalb die unmittelbare Funktion haben, die instabilen Wirklichkeitsauffassungen auch der nichtrichterlichen Prozessbeteiligten zu stabilisieren. Denn nur auf stabilisierter juristischer Wirklichkeitsbasis vermögen „einverständliche“ Verfahrenseinstellungen (§§ 153, 153a StPO) oder Verständigungen (§ 257c StPO) eine befriedende Lösung zu sein. Diese Sicht stützt etwa, dass bei Einstellungen gemäß §§ 153, 153a StPO und ausdrücklich auch bei einer Verständigung (§ 257c Abs. 2 S. 2 StPO) das (glaubhafte) Geständnis des Beschuldigten eine wesentliche Rolle spielt.<sup>114</sup>

## 3. Stabilisierung der Wirklichkeit der Allgemeinheit

Soweit nun das Strafrecht seit jeher eine gesamtgesellschaftliche Funktion hat, ist in einem dritten Schritt die Funktion des Strafprozesses in Relation zur nichtbeteiligten Allgemeinheit anzusprechen. Deren durch den Verdacht einer Straftat instabile Wirklichkeitsauffassung – die nun alle oben genannten Fragen betrifft: Was ist geschehen? Wer hat was getan? Inwieweit war das Geschehene strafbar? – kann

<sup>113</sup> Näher etwa A. Höland, Verhandlungs- und vertragsorientierte Ansätze im Strafverfahren, in: C. Fahl / E. Müller / H. Satzger / S. Swoboda (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe – Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2015, S. 787 ff.; ausführl. ferner m.w.N. M. Jahn / H. Kudlich, in: Münchener Kommentar, StPO, München 2016, § 257c Rn. 1 ff.

<sup>114</sup> Zur Rolle des Geständnisses bei Einstellungen gem. §§ 153, 153a StPO ausführl. C. Trentmann, ZStW 128 (2016), S. 446 (499 ff.).

und soll insbesondere vermittels der Entscheidung des Richters und ihrer Veröffentlichung stabilisiert werden. Doch auch schon der Strafprozess selbst, also das regelgerechte Prozedere, kann und soll unmittelbar zur allgemeinen Wirklichkeitsstabilisierung beitragen und damit die Wirkung des Prozessabschlusses untermauern. Empirisch betrachtet bleibt freilich auch diese These – wie alle Thesen zur Funktion des Strafprozesses – kaum überprüfbar. Sie sei jedoch mit einem Blick darauf gestärkt, warum der Strafprozess (i.e.S.) heute grundsätzlich öffentlich ist (§ 169 Abs. 1 S. 1 GVG) und warum dem Öffentlichkeitsgrundsatz eine hervorragende Bedeutung zugemessen wird.<sup>115</sup>

Als Funktionen des Öffentlichseins eines Strafprozesses werden bekanntermaßen seit der Aufklärung zuvorderst Transparenz und Kontrolle tradiert.<sup>116</sup> Insoweit geht es jedoch vor allem um die Stärkung von Vertrauen gegenüber Justiz und (Rechts-)Staat sowie die Stabilisierung der formalen Verbindlichkeit amtlichen Entscheidens. Darüber hinaus hat nun aber das Öffentlichsein eines Strafprozesses eine weitere Funktion: die Informationsfunktion.<sup>117</sup> Denn im Prinzip nicht anders als früher, als Prozesse noch *in foro* stattfanden, soll dem Bürger auch heute noch durch die Rechtsprechung bekannt gemacht werden, was nach Maßgabe der Gesetze Recht und Unrecht ist.<sup>118</sup> Und soweit es nun heute in der aufgeklärten, freiheitlichen Gesellschaft nicht mehr nur um den autoritären Richterspruch, sondern mehr denn je um Akzeptieren aufgrund von Nachvollziehenkönnen und Verstehen geht,<sup>119</sup> betrifft das Öffentlichsein von Prozessen eben insbesondere die Überzeugungsbildung der Allgemeinheit und damit: deren prozedurale Wirklichkeitsstabilisierung zwecks sozialer Befriedung.

Ein im vorgenannten Kontext schließlich zu erwähnender Aspekt ist die Stabilisierung *normativer* Wirklichkeit, dass es also dem Strafprozess auch darum geht, „die unverbrüchliche Geltung der strafrechtlichen Vorschriften innerhalb der Rechtsgemeinschaft plakativ deutlich zu machen“.<sup>120</sup> Diese prozedurale Generalprävention ist nach der hier – in prinzipiellem Einklang mit *Schmidhäuser, Rieß* und insbeson-

<sup>115</sup> Siehe nur § 338 Nr. 6 StPO, mit dem bekanntermaßen die Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes als absoluter Revisionsgrund ausgestaltet ist; überdies etwa BGHSt 1, 334 (335); 2, 56 (57); 9, 280 (281); C. Roxin / B. Schünemann, Strafverfahrensrecht (Fn. 31), § 47 Rn. 1.

<sup>116</sup> Siehe hierzu und zum Folgenden etwa C. Roxin / B. Schünemann, Strafverfahrensrecht (Fn. 31), § 47 Rn. 1 m.w.N.

<sup>117</sup> Vgl. H. Diemer in: Karlsruher Kommentar, StPO, 7. Aufl., München 2013, § 169 GVG Rn. 2; H.-H. Kühne, Strafprozessrecht (Fn. 29), Rn. 695, 699.1; näher C. Trentmann, Publizistik 60 (2015), S. 403 (406 f.); ders., MMR 2018, S. 441 (445).

<sup>118</sup> Näher C. Trentmann, Zum Wesen und Unwesen von Litigation-PR – Einblicke in Theorie, Praxis und Problemlagen von nicht-staatlicher Rechtskommunikation bei juristischen Streitigkeiten, in: K. Liesem / L. Rademacher (Hrsg.), Die Macht der strategischen Kommunikation, Baden-Baden 2018, S. 175 f.; ders., MMR 2018, S. 441 (445).

<sup>119</sup> So jüngst betont von BT-Drs. 18/10144, S. 15; dazu noch näher unten *Teil E*.

<sup>120</sup> T. Weigend, Deliktsopfer (Fn. 4), S. 217.

dere *Weigend* – vertretenen Sicht jedoch nur eine „zusätzliche Funktion“ (*Weigend*)<sup>121</sup> des öffentlichen Strafprozesses.<sup>122</sup>

### E. Die Medien als „Rechtsfriedenshelfer“?

Soweit es nach der zuvor ausdifferenzierten Rechtsfriedensthese dem Strafprozess auch um die allgemeine Öffentlichkeit geht, sind heute mehr denn je die Medien in Blick zu nehmen. Dabei ist zuvorderst zu sehen, dass Gerichtsprozesse und so auch Strafprozesse zwar gemäß § 169 Abs. 1 S. 1 GVG prinzipiell öffentlich sind, freilich auch für Medienvertreter (Journalisten etc.), dass aber gemäß § 169 Abs. 1 S. 2 GVG „Ton- und Fernseh-Rundfunkaufnahmen sowie Ton- und Filmaufnahmen zum Zwecke der öffentlichen Vorführung oder Veröffentlichung ihres Inhalts“ wiederum grundsätzlich unzulässig sind.<sup>123</sup> Von diesem Verbot unmittelbarer Medienöffentlichkeit wich bis vor Kurzem allein § 17a BVerfGG für den Bereich der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit ab,<sup>124</sup> nach dessen Absatz 1 (heute: Absatz 1 Satz 2) Medienaufnahmen „in der mündlichen Verhandlung, bis das Gericht die Anwesenheit der Beteiligten festgestellt hat,“ und „bei der öffentlichen Verkündung von Entscheidungen“ zulässig waren.

#### I. Die Erweiterung der Medienöffentlichkeit durch das EMöGG

Durch das *Gesetz zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren pp.* (EMöGG) vom 8.10.2017<sup>125</sup> ist nun jüngst eingeführt worden, dass Tonübertragungen von Hauptverhandlungen in einen Medienarbeitsraum zugelassen werden (§ 169 Abs. 1 S. 3-5 GVG n.F.) und Entscheidungsverkündigungen des BGH<sup>126</sup> „in besonderen Fällen“ unmittelbar medienöffentlich sein dürfen (§ 169 Abs. 3 GVG n.F.).<sup>127</sup> Mit diesen Neuregelungen geht es dem Gesetzgeber ausweislich der

121 *T. Weigend*, Deliktsopfer (Fn. 4), S. 217.

122 Anders *M. Deiters*, Legalitätsprinzip (Fn. 71), S. 72 ff., nach dem prozedurale Generalprävention die primäre Funktion des Strafprozesses und der primäre Maßstab der graduellen Abschichtung der Notwendigkeit von Verdachtsauffklärungen sein soll; dazu und zu den „formal radikalen Folgerungen de lege ferenda“ näher und krit. *C. Trentmann*, ZStW 128 (2016), S. 446 (489 f.).

123 Zur sog. mittelbaren Medienöffentlichkeit siehe schon BT-Drs. IV/178, S. 45; näher etwa *J. Eisele*, JZ 2014, S. 932 (934); *B. Koppenhöver* StV 2005, S. 172 (173); *C. Trentmann*, Publizistik 60 (2015), S. 403 (407 f.).

124 Eingeführt durch Art. 1 Nr. 6 des Gesetzes zur Änderungen des BVerfGG pp. v. 16.7.1998 (BGBl. I, S. 1823).

125 BGBl. I, S. 3546.

126 Für alle übrigen obersten Instanzgerichte des Bundes gilt die Regelung über Verweisungsnormen entsprechend; siehe § 55 VwGO, § 52 FGO, § 61 SGG, §§ 52, 72 ArbGG; dazu auch BT-Drs. 18/10144, S. 20 f., 29 f.

127 Dazu und zum Vergleich mit § 17a BVerfGG n.F. näher *C. Trentmann*, MMR 2018, S. 441 (443 ff.); zur Diskussion vgl. schon BVerfGE 103, 44 (59 ff. sowie 72 ff. [Sondervoten]); darüber hinaus *Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Zeitgemäße Neufassung des § 169 GVG“*, Abschlussbericht vom 26.5.2015, vorgelegt auf der 84. JuMiKo am 17./18.6.2015, S. 14 ff., abrufbar unter [www.bmjv.de](http://www.bmjv.de) (Stand: 31.8.2018); BRAK, Stellungnahme Nr. 18/2016 vom Juli 2016, S. 8, abrufbar unter [www.brak.de](http://www.brak.de) (Stand: 31.8.2018), *Große Strafrechtskommission des DRB*, Gutachten zum Thema „Ist das 1964 geschaffene Verbot von Bild- und Tonaufnahmen aus Gerichtsverhand-

Begründung des EMöGG um eine „moderate Lockerung“<sup>128</sup> des vorherigen strengen Verbots unmittelbarer Medienöffentlichkeit, das noch aus dem Jahr 1964 stammte, wobei schon damals dessen Strenge nicht unumstritten war.<sup>129</sup> Der Ausgangspunkt der aktuellen Verbotslockerung ist, „dass sich die Medienlandschaft und die Wahrnehmung von Medien durch die Öffentlichkeit geändert haben“, dass nach den Berichten von Medienvertretern Originalton-Aufzeichnungen von Urteilsbegründungen der Richter „von besonderem Gewicht für die Berichterstattung“ seien und dass die mediale Verbreitung von Urteilen eine „bessere Wirkkraft“ habe, wenn darüber nicht nur von Dritten berichtet werde, sondern die Entscheidungsträger selbst die getroffene Entscheidung begründeten.<sup>130</sup> Ferner soll durch die neuen Regelungen mit der heute „breite[n] Verfügbarkeit von bewegten Bildern in allen Lebensbereichen“ vorsichtig, d.h. unter Berücksichtigung der tangierten Persönlichkeits- und Verfahrensrechte, Schritt gehalten werden, um im Rahmen dieser rechtlichen Möglichkeiten der Öffentlichkeit eine „realistische, bildliche Darstellung“ von Prozessen zu geben, die den „Bilder[n] fiktiver Prozesse im Fernsehen“, insbesondere den „nicht passenden falschen Bildern, die vielfach von amerikanischen Geschworenenprozessen geprägt werden,“ entgegenwirke.<sup>131</sup> Dies soll zum einen „einer sachlichen Berichterstattung zuträglich“ sein und „ein positiveres Bild“ von der Justiz vermitteln;<sup>132</sup> zum anderen – und dies sei hier hervorgehoben – geht es dem Gesetzgeber ausdrücklich darum, „dass die Öffentlichkeit die wesentlichen Gegenstände einer Verhandlung nachvollziehen kann“ und dass infolgedessen gerichtliche Entscheidungen von der Öffentlichkeit „verstanden und möglichst akzeptiert werden“.<sup>133</sup>

## II. Ein Schritt in die richtige Richtung

Die allgemeine „Akzeptanz“ von gerichtlichen Entscheidungen, die der Gesetzgeber in der Begründung des EMöGG insbesondere anvisiert, ist nicht formal, nicht als bloße Rechtsruhe, sondern inhaltlich zu veranschlagen.<sup>134</sup> So betont der Gesetzgeber, dass es neben Akzeptanz um das „Verstehen“ von gerichtlichen Ent-

lungen noch zeitgemäß?“, Ergebnisse der Sitzung vom 21.-26.10.2013, S. 186 f. abrufbar unter [www.bmjv.de](http://www.bmjv.de) (Stand: 31.8.2018); siehe ferner O. Gerson, KriPoZ 2017, S. 376 (377 ff.); T. Horen, NJW 2017, S. 3339 (3340); B. Limpert / R. Gerhardt, ZRP 2016, S. 124 ff.; S.-F. Loubal / J. Hofmann, MMR 2016, S. 669 (670 ff.); überdies ; M. Jahn / H. Radtke (Hrsg.), Der Bundesgerichtshof im Spiegel der Öffentlichkeit, Köln 2017, darin insb. die Beiträge in Teil 2 zum Thema „Medienöffentlichkeit von Hauptverhandlungen vor obersten Bundesgerichten“ (S. 19 ff.).

128 BT-Drs. 18/10144, S. 11.

129 Näher zur Entstehungsgeschichte BT-Drs. 18/10144, S. 12 f.; siehe ferner insb. BT-Drs. IV/178, S. 45.

130 BT-Drs. 18/10144, S. 17.

131 BT-Drs. 18/10144, S. 13.

132 BT-Drs. 18/10144, S. 13.

133 BT-Drs. 18/10144, S. 15.

134 Vgl. schon oben Teil D.

scheidungen und das „Nachvollziehen“ der wesentlichen Verhandlungsgegenstände gehe. Der Gesetzgeber fokussiert also mit der medienöffentlichen Entscheidung am Ende eines Gerichtsprozesses inzidenter auch den eigentlichen Entscheidungsprozess. Damit misst er schon dem Prozess eine eigenständige Funktion bei, die im vorliegenden Beitrag auf Basis der Grundlagengedanken von *Schmidhäuser, Rieß* und insbesondere *Weigend* am Beispiel des strafrechtlichen Bereichs als (Wieder-)Herstellung von sozialem (Rechts-)Frieden vertieft wurde. Und noch mehr: Soweit es dem Gesetzgeber in Anbetracht der aktuellen Medienlandschaft um eine „realistische, bildliche Darstellung“ der Justiz geht, die zwecks „Akzeptanz“, „Verstehen“ und „Nachvollziehen“ anderen verwirrenden und falschen Darstellungen entgegenwirken soll, bestätigt sich darin die hier unter den (strafrechtlichen) Topoi Verdachtsbewältigung und Ungewissheitswandlung ausdifferenzierte These, dass die Funktion von Gerichtsprozessen mit Blick auf die Allgemeinheit nebst ihres normstabilisierenden Effekts die Stabilisierung juristischer Wirklichkeit ist.

### 1. Justiz und Medien

Hinsichtlich der Rolle der Medien und deren Einschätzung durch den Gesetzgeber bedarf es nun allerdings eines genaueren Blickes. Denn die „Schwierigkeiten“, die aus der „physischen Präsenz“ der Medien im Gerichtssaal, ihrer „vorgreifenden Berichterstattung“ und ihrer „Überspitzung der Darstellung“ herrühren können, liegen seit jeher auf der Hand.<sup>135</sup> So ist insbesondere zu sehen, dass die Medien – selbst bei Zurverfügungstellen einer „realistischen, bildlichen Darstellung“ – einen Gerichtsprozess nicht exakt nachzeichnen können und „wollen“, dass sie vielmehr – wie *Luhmann* in *Die Realität der Massenmedien* vortrefflich näher erläuterte<sup>136</sup> – nach dem Funktionscode „Information – Nichtinformation“ selegieren (z.B. nur Ausschnitte zeigen) und dabei mehr oder minder stark durch wirtschaftliche Belange und Zwänge strukturell beeinflusst und vor allem an die Erwartungen des Publikums gekoppelt sind.<sup>137</sup> Aufgrund der mediensystemeigenen Selektivität, genauer: den im Vergleich zum Rechtssystem inhaltlich anders gelagerten Selektionsmechanismen der Medien, werden also Informationen der Justiz nicht schlicht zu den Empfängern „transportiert“. So trägt die – für das Ideal des liberalen demokratischen Rechtsstaats freilich unverzichtbare – weitgehende Freiheit und Vielfalt der medialen Berichterstattung auch zu Verwirrung, genauer: Desorientierung und Instabilität von (juristischer) Wirklichkeit bei. Die Medien sind insofern also eine

<sup>135</sup> Plastisch *N. Luhmann*, LdV (Fn. 6), S. 127f.; vgl. ferner mit Blick auf die Gesetzesgeschichte des § 169 GVG BT-Drs. zu IV/1020, S. 7.

<sup>136</sup> *N. Luhmann*, RdM (Fn. 12).

<sup>137</sup> *N. Luhmann*, RdM (Fn. 12), S. 36, 117 ff., 130 ff., 175; vgl. ferner nur *M. Meyen*, Publizistik 60 (2015), S. 21 (32 ff.); *C. Trentmann*, Publizistik 60 (2015), S. 403 (411 f.); *ders.*, ZStW 128 (2016), S. 446 (493 ff.).

ambivalente Gespielin der Rechtskommunikation,<sup>138</sup> wobei im Einzelnen Unterschiede bestehen und etwa zwischen den sog. seriösen Medien („Qualitätsmedien“), sog. Boulevard-Medien oder dem sog. Bürger-Journalismus (Blogger, soziale Netzwerke etc.) zu differenzieren ist.

## 2. Informieren durch Medien

Dass Medien Informationen selegieren und nach ihren Maßstäben Gerichtsprozesse aufbereiten, darf aus justizialer und juristischer Perspektive allerdings nicht vorschnell verdammt werden.

Hier ist *erstens* zu sehen, dass (spektakuläre) Gerichtsprozesse, insbesondere Strafprozesse, und deren Beteiligte ohnehin im Licht der Öffentlichkeit und teilweise am „öffentlichen Pranger“ stehen. Es ist nicht der Staat, sondern die heutige Gesellschaft, genauer: die heutige komplexe Mediengesellschaft, die dies den Richtern und den übrigen Prozessbeteiligten, so auch einem Beschuldigten, gleichsam ubiquitär und faktisch wenig aufhaltbar aufbürdet. Die „Reibungspunkte“, wie es *Jung*<sup>139</sup> einmal treffend formulierte, bleiben „bis zu einem gewissen Grade unvermeidlich, um nicht zu sagen im System angelegt“.

Soweit es nun *zweitens* nicht mehr um Persönlichkeitsschutz, dem durch Verbote mit Erlaubnisvorbehalt i.S. des § 169 Abs. 3 GVG n.F. durchaus Rechnung getragen werden kann, geht, ist auf den immer wieder angemahnten Schutz der ordnungsgemäßen Rechtsfindung an sich zu blicken. So warnt etwa BGH-Präsidentin *Limpert*<sup>140</sup> davor, dass durch ein Mehr an gerichtlicher Medienöffentlichkeit „die Rechtskultur in Deutschland unweigerlich veränder[t]“ werde, und zwar „nicht in einem besseren Sinne“ und ohne dass es von Seiten des Rechtsstaats und des Öffentlichkeitsgrundgesetzes geboten sei. Eine solche Sicht verkennt jedoch die neben der Transparenz- und Kontrollfunktion bereits oben<sup>141</sup> dargelegte Informationsfunktion des Öffentlichseins von Gerichtsprozessen und des Öffentlichkeitsgrundgesetzes und die daraus spezifisch resultierende staatliche Pflichtenstellung. Denn anders als Transparenz und Kontrolle, für die es auf die Zugänglichkeit zu einem Gerichtsprozess ankommt, nicht so sehr auf eine tatsächlich anwesende Öffentlichkeit,<sup>142</sup> lebt die Informationsfunktion davon, dass die Inhalte des Rechts beim Bür-

138 Zur Systematisierung von Rechtskommunikation *C. Trentmann*, in: Liesem/Rademacher (Fn. 118), S. 175 ff.

139 *H. Jung*, GA 2014, S. 257 (265).

140 *B. Limpert / R. Gerhardt*, ZRP 2016, S. 124 f.

141 Siehe oben *Teil D.III.3.3*; siehe überdies etwa *M. Jahn / H. Radtke* (Hrsg.), Der Bundesgerichtshof im Spiegel der Öffentlichkeit (Fn. 127), darin insb. schon die Beiträge in Teil 1 (S. 3 ff.).

142 Näher dazu *N. Lubmann*, LdV (Fn. 6), S. 123 f., wo es zu Recht heißt, allein schon die Zugänglichkeit „stärkt das Vertrauen oder verhindert zumindest das Entstehen jenes Misstrauens, das an allen Versuchen der Geheimhaltung sich ansetzt“; „[e]ine effektive Kontrolle und eine Steigerung der Rationalität des Entscheidungsvorgangs lässt sich von einem anwesenden Publikum ohnehin nicht erwarten“.

ger wirklich ankommen, sei es durch ein anwesendes Publikum – oder zumindest durch die (wenn auch selektive) Vermittlungsleistung der Medien, bei der „die Funktion des Zuschauens von der Notwendigkeit physischer Anwesenheit befreit und damit auch von der individuellen Motivlage und anderweitigen Rollenverpflichtungen des einzelnen unabhängig stabilisiert“ wird.<sup>143</sup> Die Informationsfunktion des Öffentlichkeitsgrundsatzes gebietet daher Staat und Justiz, die Möglichkeiten der Rechtskommunikation kontinuierlich und zeitgemäß zu (re-)aktivieren und mit dem Informations- und Kommunikationsverhalten der Bürger Schritt zu halten, soweit es unter Wahrung der tangierten Persönlichkeits- und Verfahrensrechte zulässig ist.

*Drittens* ist hier nun wiederum gerade die Selektivität der durch Medien vermittelten Informationen wie auch die entsprechende Medialisierung<sup>144</sup> der Justiz aufzugreifen. Es wird insofern etwa eine „noch stärkere ‚Personifizierung‘ von Rechtsprechung“ (*Limpurg*)<sup>145</sup> und „die Gefahr einer Verkürzung und Verflachung der Justiz“ befürchtet (*Hoeren*).<sup>146</sup> Dem ist jedoch schon ein genauer Blick auf § 169 GVG entgegenzuhalten, der selbst in seiner Neufassung ein sensationslustschüren-des Court-TV nach US-amerikanischem Beispiel weder intendiert noch zulässt.<sup>147</sup> Ferner ist auf die seit 20 Jahren unproblematischen Erfahrungen mit § 17a BVerfGG<sup>148</sup> hinzuweisen. Und soweit von den Prozessbeteiligten versucht werden wird, vor den Medien „eine gute Figur“ zu machen,<sup>149</sup> dürfte dies zumeist ein für Justiz und Rechtsstaat eher „positiveres Bild“ zeichnen;<sup>150</sup> „negative Bilder“ dürften demgegenüber allenfalls eine Anfangs- oder Zwischenerscheinung sein, die in Anbetracht der bei Gericht für alle Prozessbeteiligten geltenden Ablaufs- und Ordnungsregeln in nur geringem Rahmen überhaupt möglich ist. Darüber hinaus dürfte schließlich das, was als „Verkürzung und Verflachung der Justiz“ befürchtet wird, als allenfalls im Mündlichen stattfindende und überdies sinnvolle Reduktion von juristischer Komplexität auftreten. Gerade diese Komplexitätsreduktion vermag dafür zu sorgen, dass die Allgemeinheit die wesentlichen Gegenstände einer

143 N. Lubmann, LdV (Fn. 6), S. 124 f.

144 Zur Medialisierung des Rechtssystems näher C. Trentmann, Die Prozessführungspraxis im Sog der Massenmedien, in: D. Effer-Uhe / E. Hoven / S. Kempny / L. Rösinger (Hrsg.), Einheit der Prozessrechtswissenschaft?, Stuttgart 2016, S. 373 ff.

145 B. Limpurg / R. Gerhardt, ZRP 2016, S. 124 (125).

146 T. Hoeren, NJW 2017, S. 3339 (3340); in diese Richtung auch S. Rittig, NJ 2016, S. 265 (268), der befürchtet, dass sich die Justiz „zulasten der [...] erforderlichen Präzision einer echten oder vermeintlichen Erwartung der Medienöffentlichkeit beugen könnt[e]“, wobei „die Simplifizierung komplexer Vorgänge (etwa der maßgeblichen Entscheidungsgründe) auf das sprachliche Niveau des anvisierten Medienrezipienten [...] keinesfalls Aufgabe der Gerichte“ sei.

147 Zum neuen § 169 Abs. 3 GVG ausführl. C. Trentmann, MMR 2018, S. 441 (443 f.).

148 Vgl. B. Limpurg / R. Gerhardt, ZRP 2016, S. 124 (125); S.-F. Loubal / J. Hofmann, MMR 2016, S. 669 (673) m.w.N.

149 Vgl. BSG-Präsident Schlegel, zitiert nach beck-aktuell v. 19.2.2018, becklink 2009104.

150 So auch BT-Drs. 18/10144, S. 13.

Verhandlung besser nachvollziehen kann und dass gerichtliche Entscheidungen besser „verstanden und möglichst akzeptiert werden“.<sup>151</sup> Es gilt der Satz: Das Recht existiert für den Menschen, nicht der Mensch für das Recht. Hier nun schließt sich der Kreis und die durch das EMöGG eingeführten Neuregelungen erscheinen als ein nachvollziehbarer Schritt in die richtige Richtung, nämlich in Richtung der Erwirkung sozialen (Rechts-)Friedens durch Wirklichkeitsstabilisierung zwecks Wandlung von Ungewissheit in Gewissheit und – bei Strafprozessen – Verdachtsbewältigung.

### 3. Nach der Reform ist vor der Reform

Die Neuregelungen durch das EMöGG sind zwar ein Schritt in die richtige Richtung. Doch löse man sich hier zum Schluss des Beitrags von der schematisch-hierarchischen Einordnung und Bedeutung der Gerichte, betrachte die Sache im Ganzen und bedenke etwa Verfahren wie das NSU-Verfahren oder die sog. Raser-Fälle, die die breite Öffentlichkeit nicht erst auf höchstgerichtlicher Ebene beschäftigen. Vor diesem Hintergrund ergibt sich die Frage, warum der Gesetzgeber die gewichtigste neue Regelung der erlaubbaren (beschränkten) unmittelbaren Medienöffentlichkeit in besonderen Fällen über den BGH und die übrigen obersten Bundesgerichte<sup>152</sup> hinaus nicht auf *alle Gerichte* erstreckt hat. § 169 Abs. 3 GVG wäre kürzerhand erweiterbar und zudem eine rechtlich tragfähige Basis. Und die – nach hier vertretener Auffassung zur rechtsfriedensschaffenden Funktion von (Straf-)Prozessen und der staatlichen Pflicht, die Informationsfunktion des Öffentlichkeitsgrundatzes kontinuierlich und zeitgemäß zu (re-)aktivieren – richtigen Gedanken der EMöGG-Begründung sprechen schon jetzt für eine alle Gerichte betreffende Reform der Medienöffentlichkeit bei Gerichtsverfahren.

Einzudenken bleibt die tatsächliche Komplexität und Unwägbarkeit der Materie. Anders als eine umfassende Reform der Medienöffentlichkeit bei allen Gerichten dürfte jedoch das aktuelle „Reförmchen“ in Anbetracht der bereits erwähnten langjährigen guten Erfahrungen mit § 17a BVerfGG kein wirkliches Wagnis sein. Demgemäß dürfte auch die für in fünf Jahr avisierte Evaluierung der durch das EMöGG erfolgten Änderungen<sup>153</sup> kaum überraschende Erkenntnisse produzieren. Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber einen weiteren Reformschritt – genauer: eine veritable Reform der Medienöffentlichkeit bei Gerichtsverfahren – wagen wird.

151 BT-Drs. 18/10144, S. 15.

152 Siehe dazu Fn. 126.

153 BT-Drs. 18/10144, S. 26.