

|  |    |
|--|----|
| a) Die Darstellung des aktuellen Standes der höchstrichterlichen Judikatur .....   | 26 |
| b) Darstellung und Würdigung der Grundlagen des von der herrschenden strafprozessualen Dogmatik getragenen Rechtsinstituts der „prozessualen Überholung“ .....                 | 28 |
| aa) Darlegung der dogmatischen Grundlagen des Rechtsinstituts der „prozessualen Überholung“ .....  | 28 |
| bb) Die Würdigung der dem Rechtsinstitut der „prozessualen Überholung“ zugrunde liegenden dogmatischen Konzeption .....  | 31 |
| (1) Die dogmatisch verfehlte Anknüpfung an die Kategorie der Beschwer .....  | 31 |
| (2) Das hinter dem Rechtsinstitut der „prozessualen Überholung“ verborgene Problem der Statthaftigkeit lediglich feststellender Zwischenentscheidungen im Strafverfahren ..... | 35 |
| (a) Die Bedeutung der Aufgaben und Funktionen strafprozessualer Rechtsbehelfe für die Frage der Statthaftigkeit der fraglichen Feststellungsbegehren .....                     | 35 |
| (aa) Der begrenzte Aussagegehalt des Wortlautes der Strafprozeßordnung .....   | 36 |
| (bb) Der Ausschluß feststellender Zwischenentscheidungen als Ausdruck einer gesetzlichen Grundentscheidung .....   | 37 |
| (cc) § 307 StPO als Ausdruck einer gesetzgeberischen Grundentscheidung .....   | 40 |
| (dd) Die Statthaftigkeit feststellender Zwischenentscheidungen als Folge des Bestehens einer Beschwer ..   | 40 |
| (ee) Die Entstehungsgeschichte der Strafprozeßordnung .....  | 41 |
| (ff) Zusammenfassung .....   | 43 |
| (b) Die von den fraglichen Feststellungsbegehren unangestastete Funktionsfähigkeit des Strafverfahrens .....   | 44 |
| (c) Verfassungsrechtliche Aspekte .....  | 45 |
| (aa) Die Garantie des Rechtsweges gemäß Art. 19 Abs. 4 GG .....  | 46 |
| (α) Die Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Statthaftigkeit der gegen die erledigten Anordnungen der Staatsanwaltschaft gerichteten Feststellungsbegehren .....            | 46 |
| (β) Die Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Statthaftigkeit der gegen die erledigten Anordnungen des Ermittlungsrichters gerichteten Feststellungsbegehren .....           | 48 |

|   |    |
|---|----|
| (bb) Der im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde Anspruch auf die nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs . . . . .   | 54 |
| (cc) Zusammenfassung . . . . .  | 58 |
| (3) Abschließende Bewertung des Rechtsinstituts der „prozessualen Überholung“ . . . . .   | 59 |
| (a) Die Irrelevanz des Topos der „prozessualen Überholung“ für die Frage der Statthaftigkeit von Feststellungsbegehren . . . . .  | 60 |
| (b) Die Irrelevanz des Topos der „prozessualen Überholung“ für die Frage des Fortbestehens eines eine Beschwerde bzw. einen Nachteil begründenden Feststellungsinteresses . . . . .             | 61 |
| (4) Zusammenfassung . . . . .   | 68 |
| 2. Die dem Bundesgerichtshof in Strafsachen folgende Judikatur der Oberlandesgerichte . . . . .   | 69 |
| 3. Die den Bundesgerichtshof in Strafsachen stützende Judikatur des Bundesverfassungsgerichts . . . . .   | 69 |
| a) Der fragwürdige Ausschluß der Garantie des Rechtsweges gemäß Art. 19 Abs. 4 GG . . . . .   | 70 |
| aa) Das Recht auf den ersten Zugang zum Gericht . . . . .   | 70 |
| bb) Das Recht auf den Zugang zur jeweils nächsthöheren Instanz innerhalb eines bereits bestehenden Instanzenzuges . . . . .   | 70 |
| b) Die konsequente Versagung eines auf das allgemeine Rechtsstaatsprinzip oder Art. 103 Abs. 1 GG gestützten Anspruchs auf die Eröffnung einer zweiten gerichtlichen Tatsacheninstanz . . . . . | 73 |
| 4. Die mit der Rechtsprechung konform gehende herrschende Meinung im Schrifttum . . . . .   | 74 |
| a) Die ebenfalls von dem Rechtsinstitut der „prozessualen Überholung“ dominierte herrschende Schriftumsmeinung . . . . .  | 74 |
| b) Die weiteren innerhalb der herrschenden Schriftumsmeinung gegen die hier in Frage stehenden Feststellungsbegehren erhobenen Einwände . . . . .   | 74 |
| aa) Die Rehabilitierung des Beschuldigten durch den gerichtlichen Freispruch . . . . .  | 74 |
| bb) Die Rehabilitierung des Betroffenen durch die Verfassungsbeschwerde . . . . .   | 76 |
| II. Die innerhalb der abweichenden Schriftumsmeinungen vertretenen unterschiedlichen Lösungswege . . . . .  | 78 |
| 1. Die Gewährung des Rechtsschutzes im Rahmen des Beschwerdeverfahrens . . . . .  | 79 |
| a) Die Statthaftigkeit der fraglichen Feststellungsbegehren im Rahmen des Beschwerdeverfahrens . . . . .  | 79 |

|   |            |
|---|------------|
| aa) Die Feststellungsbefugnis als Teil der Kassationsbefugnis des Beschwerdegerichts . . . . .  | 79         |
| bb) Die §§ 113 Abs. 1 S. 4 VwGO, 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG, 115 Abs. 3 StVollzG, 131 Abs. 1 S. 3 SGG und 100 Abs. 1 S. 4 FGO als Ausdruck eines analogiefähigen Rechtsgrundsatzes . . . . .          | 81         |
| cc) Die Beschwerde als angemessenes Mittel zur Gewährung des von Art. 19 Abs. 4 GG geforderten Rechtsschutzes gegen erledigte richterliche Grundrechtseingriffe . . . . .                       | 85         |
| (1) Die Bedeutung der Vorläufigkeit der richterlichen Ermittlungsmaßnahmen für die Frage der Eröffnung des Rechtsweges . . . . .  | 85         |
| (2) Die Anwendbarkeit der Rechtsweggarantie gemäß Art. 19 Abs. 4 GG als Folge der Versagung der vorherigen Gewährung des rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG . . .                      | 87         |
| dd) Die Beschwerde als angemessenes Mittel zur Gewährung des von Art. 103 Abs. 1 GG geforderten Rechtsschutzes gegen erledigte richterliche Grundrechtseingriffe . . . . .                      | 88         |
| ee) Die Umkehrung der Wertungsverhältnisse . . . . .  | 90         |
| ff) Die praktische Unanfechtbarkeit ganzer Kategorien strafprozessualer Grundrechtseingriffe . . . . .  | 92         |
| gg) § 304 Abs. 4 Nr. 1 StPO als gesetzlicher Anhaltspunkt . . . . .   | 94         |
| b) Das eine Beschwer im Sinne des Beschwerderechts begründende Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten strafprozessualen Grundrechtseingriffes . . . . .            | 95         |
| aa) Das Rehabilitierungsinteresse an der Beseitigung der diskriminierenden Wirkungen eines strafprozessualen Grundrechtseingriffes . . . . .  | 95         |
| bb) Die Gefahr der Wiederholung eines strafprozessualen Grundrechtseingriffes . . . . .   | 97         |
| cc) Die beabsichtigte Geltendmachung von Amtshaftungsansprüchen . . . . .   | 97         |
| 2. Die Gewährung des Rechtsschutzes im Rahmen des Verfahrens gemäß § 33 a StPO . . . . .  | 98         |
| a) Die Statthaftigkeit der fraglichen Feststellungsbegehren im Rahmen des Verfahrens gemäß § 33 a StPO . . . . .  | 98         |
| b) Das einen Nachteil im Sinne des § 33 a StPO begründende Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten strafprozessualen Grundrechtseingriffes . . . . .                | 99         |
| <b>C. Die Bedeutung der Garantie des Rechtsweges für die Frage des Rechtsschutzes gegen die erledigten vom Ermittlungsrichter angeordneten strafprozessualen Grundrechtseingriffe . . . . .</b> | <b>101</b> |
| I. Der verfehltete Ausschluß der Rechtsweggarantie gemäß Art. 19 Abs. 4 GG . . . . .  | 101        |

|  |            |
|--|------------|
| 1. Die fragwürdige Einordnung aller von dem Ermittlungsrichter angeordneten strafprozessualen Grundrechtseingriffe als Rechtsprechungsakte . .                 | 101        |
| a) Die von der Rechtsweggarantie an Rechtsprechungsakte erhobenen verfassungsrechtlichen Anforderungen . . . . .   | 104        |
| aa) Die an formelle Rechtsprechungsakte zu stellenden Anforderungen . . . . .  | 105        |
| (1) Die richterliche Unabhängigkeit gemäß Art. 97 GG als unabdingbare Voraussetzung des von Art. 19 Abs. 4 GG geforderten umfassenden Rechtsschutzes . . . . . | 109        |
| (2) Die Gewährung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG . . . . .   | 118        |
| (3) Die Inkompatibilität von Richteramt und Verwaltungstätigkeit . . . . .   | 120        |
| (4) Zusammenfassung . . . . .  | 121        |
| bb) Die an materielle Rechtsprechungsakte zu stellenden Anforderungen . . . . .  | 122        |
| cc) Zusammenfassung . . . . .  | 123        |
| b) Das ein Rechtsschutzbedürfnis begründende Feststellungsinteresse . .  | 124        |
| 2. Die verfassungskonforme Auslegung der §§ 33 a und 304 StPO . . . . .  | 125        |
| a) Die Statthaftigkeit feststellender Zwischenentscheidungen im Rahmen der §§ 33 a und 304 StPO . . . . .  | 125        |
| b) Das eine Beschwer bzw. einen Nachteil begründende Feststellungsinteresse . . . . .  | 127        |
| II. Exemplifikation . . . . .  | 127        |
| 1. Der Rechtsschutz gegen die von dem Ermittlungsrichter angeordneten und erledigten Hausdurchsuchungen . . . . .  | 127        |
| 2. Der Rechtsschutz gegen die von dem Ermittlungsrichter als Notstaatsanwalt angeordneten Hausdurchsuchungen . . . . .   | 129        |
| 3. Der Rechtsschutz gegen die von dem Ermittlungsrichter angeordneten und erledigten Haft- und Unterbringungsbefehle . . . . .                                 | 129        |
| <b>D. Resümee . . . . .</b>  | <b>131</b> |
| <b>Literatur- und Zitierverzeichnis . . . . .</b>  | <b>133</b> |



## A. Einleitung

### I. Problemstellung

Die Strafprozeßordnung legitimiert den Ermittlungsrichter zu zahlreichen Eingriffen in die grundrechtlich geschützte Individualsphäre des im Ermittlungsverfahren als unschuldig anzusehenden Bürgers, die zu den schwerwiegendsten Grundrechtseingriffen zählen, die unsere Rechtsordnung staatlichen Organen gestattet. So ist der Ermittlungsrichter beispielsweise befugt, eine Hausdurchsuchung, Untersuchungshaft, Beschlagnahme, Fernmeldeüberwachung oder gar eine körperliche Untersuchung mit dem Ziel, Blut oder Liquor zu entnehmen, anzuordnen.

Um den von einem derartigen strafprozessualen Grundrechtseingriff betroffenen Bürger nicht zu warnen, ihm die Möglichkeit zu nehmen, den Erfolg des Eingriffs durch Vereitelungsmaßnahmen zu gefährden<sup>1</sup>, werden die strafprozessualen Grundrechtseingriffe regelmäßig überraschend angeordnet, d.h. ohne vorherige Gewährung des in Art. 103 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich garantierten rechtlichen Gehörs. Diese Einschränkung des Rechtes auf die vorherige Gewährung des rechtlichen Gehörs, die unter den in § 33 Abs. 4 StPO genannten Voraussetzungen zulässig ist, wurde denn auch, um die Effektivität des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens nicht zu gefährden, von dem Bundesverfassungsgericht ausdrücklich für verfassungsgemäß erklärt<sup>2</sup>.

Aufgrund dieser notwendigen Überraschungswirkung sind die strafprozessualen Grundrechtseingriffe jedoch regelmäßig bereits vollständig vollzogen, bevor der betroffene Bürger die Möglichkeit erhält, deren Anordnung anzufechten<sup>3</sup>. Infolgedessen kommt der Frage des Rechtsschutzes gegen erledigte

---

<sup>1</sup> So etwa Amelung, Rechtsschutz, S. 52; ders., NJW 1979, S. 1687 (1691); Middelberg, Rechtsschutz, S. 128; Nelles, Kompetenzen, S. 51 f.

<sup>2</sup> BVerfGE 9, 89 (94 f); 18, 339 (404); 49, 329 (342); 51, 97 (111); 57, 346 (350).

<sup>3</sup> Ebenso Amelung, Rechtsschutz, S. 13 u. 52; ders., NJW 1979, S. 1687 (1691); Elersiek, Die Beschwerde, S. 138; Eppinger, Die gerichtliche Überprüfbarkeit, S. 9; Meyer, Zur Anfechtung, S. 119; Middelberg, Rechtsschutz, S. 123 f; Selmer, Steuerrecht, S. 128; Welp, Die strafprozessuale Überwachung, S. 116, der zu Recht feststellt, daß deshalb die Wirksamkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes überhaupt auf dem Spiel steht.

straßprozessuale Grundrechtseingriffe eine erhebliche praktische Bedeutung zu<sup>4</sup>.

Eine Kassation der richterlichen Anordnung kommt nach deren Erledigung allerdings nicht mehr in Betracht<sup>5</sup>, da die Anordnung nach dem Abschluß des Eingriffs ohnehin keine *rechtlichen* Wirkungen mehr zeitigt, da „ihr eigentlicher, der Vollziehung fähiger Inhalt gegenstandslos geworden ist“<sup>6</sup>.

Nach der Erledigung eines strafprozessualen Grundrechtseingriffs besteht auf Seiten der betroffenen Bürger jedoch häufig das Verlangen danach, gerichtlich feststellen zu lassen, daß in ihre grundrechtlich geschützte Individualsphäre zu Unrecht eingedrungen wurde, der angeordnete Eingriff daher rechtswidrig war. Diese Bürger, die sich rechtsgrundlos der geballten Staatsmacht ausgesetzt sahen, erstreben insbesondere, sich von dem in der Anordnung des strafprozessualen Grundrechtseingriffs manifestierten Vorwurf, gegen sie bestehe der begründete Verdacht der Begehung einer Straftat, vor aller Welt reinzuwaschen. Denn selbst eine „Durchschnittsfamilie bedarf nach einer spektakulären Durchsuchungsaktion angesichts der hämisch grinsenden Nachbarschaft der Rehabilitation“<sup>7</sup>. Aber auch Ärzte, Rechtsanwälte oder Steuerberater<sup>8</sup>, denen eine Straftat im Zusammenhang mit ihrer Berufsausübung

---

<sup>4</sup> Aus diesem Grunde ließ das Bundesministerium der Justiz 1981 einen Referentenentwurf für ein Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung (Vereinheitlichung und Verbesserung des Rechtsschutzes gegen strafprozessuale Zwangsmaßnahmen) ausarbeiten. Dieser Entwurf sieht die gerichtliche Überprüfung erledigter richterlicher Ermittlungsmaßnahmen im Rahmen des Rechtsschutzes nach den §§ 33 a, 311 a StPO (§§ 33 a S. 3, 311 a S. 3 RefE.) und vor allem den §§ 304 StPO (§§ 304 Abs. 1 S. 2, 309 Abs. 3 StPO RefE.) vor; siehe hierzu etwa Rieß, ZRP 1981, S. 101 (104).

<sup>5</sup> Siehe etwa BVerfGE 9, 89 (93); OLG Celle JR 1973, 339 (340); Amelung, NJW 1978, S. 1013 (1014); ders., NJW 1979, S. 1687 (1691); Aulehner, BayVBl. 1988, S. 709 (713); Ellersiek, Die Beschwerde, S. 138; Middelberg, Rechtsschutz, S. 123; Welp, Die strafprozessuale Überwachung, 1974, S. 116 für den Sonderfall der Post- und Fernmeldeüberwachung.

<sup>6</sup> KG NJW 1972, 169 (170) m. w. Nachw.; ebenso Eppinger, Die gerichtliche Überprüfbarkeit, S. 118.

<sup>7</sup> Löwe / Rosenber / Schäfer, StPO, § 98 RdNr. 71; so wurde beispielsweise in dem Sachverhalt, den das KG JR 1972, 297 ff zu entscheiden hatte, die Wohnung der Antragstellerin innerhalb eines Jahres fünfmal durchsucht, ohne daß dabei „Verdachtsmaterial“ aufgefunden wurde; auch können etwa Durchsuchungen im Rahmen einer Terroristenfahndung wie Schenke, DÖV 1978, S. 731 (733), zu Recht hervorhebt, den Hausrechtsinhaber in den Augen anderer in die geistige Nähe des Terrorismus rücken.

<sup>8</sup> Dies gilt ebenso für spektakuläre Hausdurchsuchungen in Bankinstituten, in Presse-, Rundfunk- oder Fernsehanstalten oder in den Parteibüros politischer Parteien.

oder die Teilnahme an strafbaren Handlungen ihrer Mandanten vorgeworfen wird, haben ein vitales Interesse daran, die diskriminierenden Nachwirkungen zu beseitigen, die der vollzogene Eingriff für ihr gesellschaftliches Ansehen und ihre Selbstachtung hervorgerufen hat<sup>9</sup>.

Ein derartiges Rehabilitierungsinteresse an der Beseitigung der diskriminierenden und stigmatisierenden Wirkungen der Anordnung eines strafprozessualen Grundrechtseingriffs wird mittlerweile von dem Bundesgerichtshof dann anerkannt, wenn die erledigte Anordnung von der Staatsanwaltschaft oder ihren Hilfsbeamten erlassen wurde und der Eingriff diskriminierende Auswirkungen *von besonderem Gewicht* entfaltet<sup>10</sup>. In diesen Fällen gewährt die Rechtsprechung dem betroffenen Bürger in Form einer die Rechtswidrigkeit der Anordnung feststellenden Entscheidung auch nach deren Erledigung Rechtsschutz. Will sich ein Betroffener jedoch gegen die diskriminierenden Wirkungen eines von dem Ermittlungsrichter angeordneten Grundrechtseingriffs wehren, so wird ihm insbesondere von der Rechtsprechung prinzipiell jeder weitere Rechtsschutz versagt.

Dies ist für den betroffenen Bürger, wie bereits ausgeführt, deshalb besonders schmerzlich, weil er in aller Regel vor der Anordnung des diskriminierenden Eingriffs nicht gehört wurde, er folglich zu keiner Zeit zu dem Vorwurf, einer Straftat verdächtig zu sein, Stellung nehmen konnte. Diese Beschneidung seines verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör ist zwar unter den in § 33 Abs. 4 StPO genannten Voraussetzungen zulässig<sup>11</sup>, dennoch ist nicht zu übersehen, daß sie zu einer erheblichen Einschränkung der ohnehin geschwächten Rechtsstellung des von einem strafprozessualen Eingriff betroffenen Bürgers führt. Denn strafprozessuale Grundrechtseingriffe werden – sollen sie keine hölzernen Eisen sein – überwiegend überraschend, aufgrund von bloßen Verdachtsmomenten ohne eine vollständige Aufklärung des Sachverhalts angeordnet<sup>12</sup>.

Um bereits im Zeitpunkt der Anordnung eines strafprozessualen Grundrechtseingriffs eine richterliche Nachprüfung der Rechtmäßigkeit des Eingriffs zu gewährleisten, überträgt die Strafprozeßordnung dem Ermittlungsrichter,

---

<sup>9</sup> Ebenso Amelung, Rechtsschutz, S. 43 f; Aulehner, BayVBL. 1988, S. 709; Ellersiek, Die Beschwerde, S. 60 u. 138; Eppinger, Die gerichtliche Überprüfbarkeit, S. 179; Peters, JR 1972, S. 300 (301); ders., JR 1973, S. 341; siehe auch Meyer, Zur Anfechtung, S. 119 (123 f).

<sup>10</sup> BGHSt 36, 30 (32); BGH NSZ 1989, 538; BGH StV 1981, 597 (599).

<sup>11</sup> BVerfGE 9, 89 (97 f); 18, 339 (404); 49, 329 (342); 51, 97 (111); 57, 346 (350).

<sup>12</sup> So Rieß/Thym, GA 1981, S. 189 (197).