

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 „prozessuellen Überholung“	28
aa) Darlegung der dogmatischen Grundlagen des Rechtsinstituts der „prozessuellen Überholung“	28
bb) Die Würdigung der dem Rechtsinstitut der „prozessuellen Überholung“ zugrunde liegenden dogmatischen Konzeption	31
(1) Die dogmatisch verfehlte Anknüpfung an die Kategorie der Beschwer	31
(2) Das hinter dem Rechtsinstitut der „prozessuellen Überholung“ verborgene Problem der Stathhaftigkeit lediglich feststellender Zwischenentscheidungen im Strafverfahren	35
(a) Die Bedeutung der Aufgaben und Funktionen strafprozessualer Rechtsbeihilfe für die Frage der Stathhaftigkeit 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 Stathhaftigkeit feststellender Zwischenentscheidungen als Folge des Bestehens einer Beschwer ..	40
(ee) Die Entstehungsgeschichte der Strafprozeßordnung	41
(ff) Zusammenfassung	43
(b) Die von den fraglichen Feststellungsbegehren unangestrafe 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 Stathhaftigkeit der gegen die erledigten Anordnungen der Staatsanwaltschaft gerichteten Feststellungsbegehren	46
(β) Die Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Stathhaftigkeit 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 Beschwer 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 Schrifttumsmeinung	74
b) Die weiteren innerhalb der herrschenden Schrifttumsmeinung 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 Schrifttumsmeinungen 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 Grundrechtseingriffs	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
C. Die Bedeutung der Garantie des Rechtsweges für die Frage des Rechtsschutzes gegen die erledigten vom Ermittlungsrichter angeordneten strafprozessualen Grundrechtseingriffe	101
I. Der verfehlte 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
D. Resümee	131
Literatur- und Zitierverzeichnis	133

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 gefährden¹, 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 erklärt².

Aufgrund dieser notwendigen Überraschungswirkung sind die strafprozessualen Grundrechtseingriffe jedoch regelmäßig bereits vollständig vollzogen, bevor der betroffene Bürger die Möglichkeit erhält, deren Anordnung anzufechten³. Infolgedessen kommt der Frage des Rechtsschutzes gegen erledigte

¹ So etwa Ameling, Rechtsschutz, S. 52; ders., NJW 1979, S. 1687 (1691); Middelberg, Rechtsschutz, S. 128; Nelles, Kompetenzen, S. 51 f.

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

³ Ebenso Ameling, Rechtsschutz, S. 13 u. 52; ders., NJW 1979, S. 1687 (1691); Ellersiek, 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.

strafprozessuale Grundrechtseingriffe eine erhebliche praktische Bedeutung zu⁴.

Eine Cassation der richterlichen Anordnung kommt nach deren Erledigung allerdings nicht mehr in Betracht⁵, da die Anordnung nach dem Abschluß des Eingriffs ohnehin keine *rechlichen* Wirkungen mehr zeitigt, da „ihr eigentlicher, der Vollziehung fähiger Inhalt gegenstandslos geworden ist“⁶.

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, erstrebten 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“⁷. Aber auch Ärzte, Rechtsanwälte oder Steuerberater⁸, denen eine Straftat im Zusammenhang mit ihrer Berufsausübung

⁴ 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 Zwangsmäßigkeiten) 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, 331 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).

⁵ 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.

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

⁷ Löwe / Rosenberg / 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.

⁸ 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 hat⁹.

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* entfaltet¹⁰. 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 verdächtigt zu sein, Stellung nehmen konnte. Diese Beschniedlung seines verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör ist zwar unter den in § 33 Abs. 4 StPO genannten Voraussetzungen zulässig¹¹, 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 angeordnet¹².

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

⁹ 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).

¹⁰ BGHSt 36, 30 (32); BGH NStZ 1989, 538; BGH StV 1981, 597 (599).

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

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