

Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren

Eine Darstellung am Beispiel
der Eingriffsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren

Von

Andreas Popp



Duncker & Humblot · Berlin

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

A. Ausgangsüberlegungen und thematische Eingrenzung	23
I. Das Bedürfnis nach einer Allgemeinen Verfahrens(fehler)lehre.....	23
II. Die Grundthese: Interne u. externe Fehlerkorrektur im komplexen Verfahren	28
III. Sachlich-methodische Beschränkungen	30
B. Gang der Untersuchung.....	31

Erster Teil

Grundzüge einer Allgemeinen Verfahrenstheorie

§ 1 Das Verfahren als Gegenstand.....	32
A. Der Ausgangspunkt.....	32
I. Einleitung.....	32
II. Zum Begriff der „Allgemeinen Verfahrenstheorie“	36
1. Verfahren	36
2. Theorie	39
B. Der erreichte Stand.....	41
I. Allgemeines	41
II. Grundlinien in der Literatur	45
1. Der synoptische Ansatz	45
2. „Kategorische“ Ansätze	47
a) Der Ansatz von Goldschmidt.....	47

b) Der Ansatz von Hagen.....	48
c) Der Ansatz von Rödiger.....	49
C. Allgemeine Verfahrenslehre und Gesamte Strafrechtswissenschaft.....	50
I. Allgemeine Verfahrenstheorie und Strafprozeßrechtswissenschaft.....	50
II. Verortung im System der Gesamten Strafrechtswissenschaft	53
§ 2 Grundelemente einer Allgemeinen Verfahrenslehre	55
A. Überblick.....	55
B. Die Grundbegriffe: Verfahren und Entscheidung.....	59
I. Entscheidung.....	59
1. Entscheidung als Festlegung	59
a) Bindung.....	59
b) Abänderbarkeit und Verantwortung.....	63
2. Entscheidung als Wahl.....	67
a) Alternativität	67
b) Rationalisierung der Auswahl.....	67
c) Die Ausnahme als Alternative	70
d) Die Offenheit des Ergebnisses	74
3. Der dynamische Aspekt der Entscheidung.....	76
a) Entscheiden als Vorgang.....	76
b) „Reine“ Entscheidungen?	79
II. Verfahren	80
1. Verfahren und Prozeß.....	80
a) „Verfahren“ und „Prozeß“ als Universalbegriffe	80
b) „Verfahren“ und „Prozeß“ als juristische Begriffe	82
c) Exkurs I: Unterströmungen im Prozeßbegriff.....	84
aa) „Strecke“ und „Weg“	84
bb) „Werden“ und „gefunden werden“	86
cc) Stufe und Bahn.....	87

2. Rechtlich geordnete Verfahren.....	87
3. Inneres und äußeres Verfahren.....	92
C. Institutionelle Verfahrensziele.....	96
I. Grundlagen.....	96
1. Verfahren als Institution.....	96
a) Die soziologische Sicht: Verfahren als institutionalisiertes soziales System.....	96
b) Die normative Sicht: Das Verfahren als Rechtsinstitut.....	98
c) Gemeinsamer Ertrag.....	99
2. Institutionelle Zwecke.....	100
a) Verfahrensprinzipien.....	101
aa) Prinzipien als Maximen.....	101
bb) Prinzipien als Normen.....	103
b) Funktionale Dimension.....	105
c) Instrumentelle Dimension.....	108
aa) „Ziele“ und „Zwecke“.....	108
bb) Normative Ziele und individuelle Interessen.....	109
cc) „Interne“ und „externe“ Sichtweise.....	111
II. „Allgemeine“ Verfahrensziele?.....	113
1. Entscheidungsbezug.....	114
2. Wahrheit.....	116
a) Ausgangspunkt.....	117
b) Erreichbares Ziel oder utopischer Anspruch?.....	119
aa) Wahrheit als garantiertes Ergebnis.....	119
bb) Der Verwirklichungsanspruch des „materiellen“ Rechts.....	122
cc) Beschränkung auf Menschenmaß.....	124
c) „Entscheidungsbezogene Wahrheit“.....	125
aa) Relevanzstruktur/Unterordnung.....	125
bb) Faktische und normative Schranken.....	129
cc) Falsifikation.....	131
dd) Subjektive Konstitution.....	132
ee) Fazit.....	133
3. Durchsetzung und Bewahrung des „materiellen“ Rechts.....	136

4. Monistische und vereinigende Zielbestimmungen (am Beispiel des Strafverfahrens).....	140
a) Das „Rechtsfrieden“-Konzept.....	140
b) Kritik.....	142
aa) Zum Begriff des „Rechtsfriedens“.....	142
bb) Legitimation durch Verfahren?.....	143
cc) Die Qualität des Verfahrens zwischen Effizienz und normativer Bindung.....	146
dd) Fazit.....	149
D. Verfahrensstruktur.....	151
I. Zum Begriff.....	151
II. Die Verfahrensbeteiligten.....	152
III. Strukturtypen.....	154
E. Der Gegenstand des Verfahrens.....	157
I. Allgemeines.....	157
II. Einzelne Dimensionen der materiell-rechtlichen Prägung des Verfahrensgegenstandes.....	160
1. Eingrenzungsfunktion.....	161
2. Disposition über den Verfahrensgegenstand.....	162
3. Reichweite der Entscheidungswirkungen.....	164
F. Die rechtliche Ordnung von Verfahren.....	165
I. Gegenstand und Charakter des Verfahrensrechts.....	165
1. Die Unterscheidung von „formellem“ und „materiellem“ Recht.....	165
a) Die Bedeutung der Unterscheidung.....	165
b) Die Abgrenzungsversuche.....	168
c) Die Relativität der Unterscheidung.....	170
2. Heterogonie.....	175
3. Rahmencharakter.....	176
II. Das geltende Verfahrensrecht.....	180
III. Grundaufgaben der rechtlichen Ordnung von Verfahren.....	183

1. Strukturierung der Entscheidungsfindung	183
a) Die „Rationalisierungsperspektive“	183
b) Form und Formalismus	186
2. Formung von Herrschaftsausübung	188
a) Verfahren, Macht und Herrschaft	188
b) Herrschaft über Verfahren	189
c) Herrschaft durch Verfahren	190
aa) Verfahren als Handlungsmodus	191
bb) Beschränkungen durch Verfahrensrecht	196
cc) Verfahrensfehler, Macht und Herrschaft	200
d) Verfahrensgerechtigkeit	202
aa) Gerechtigkeit als Leitidee	202
bb) Iustitia distributiva	204

Zweiter Teil

Komplexität und Kontrolle

§ 3 Die Komplexität von Entscheidungsverfahren	208
A. Einführung	208
B. Abspaltung und Integration – Vielheit und Einheit von Verfahren	212
I. Das Grundmodell: Entscheiden und Vollziehen	212
II. Zur „Binnenstruktur“ von Verfahren	214
1. Das Phasen-Modell	215
a) Entscheidungstheoretische Ansätze	216
b) Juristisch-normativer Ansatz	218
c) Phasenmodelle, realer Entscheidungsablauf und Verfahren	220
2. Erweiterungen des Grundmodells	222
a) Vor der Entscheidung: Ermitteln und Planen	222
b) Nach der Entscheidung: Kontrolle	225
3. Illustration: Das Ermittlungsverfahren der Strafprozeßordnung	226

a) Das Ermittlungsverfahren als eigenständiger Abschnitt des Strafverfahrens	226
b) „Einlagerungen“ innerhalb des Ermittlungsverfahrens	230
aa) Die „Ermittlungseingriffsverfahren“ als „Sondersachgestaltung“	230
bb) Zweck und Gegenstand der Ermittlungseingriffsverfahren ...	231
cc) Organisatorische Eigenständigkeit	233
III. Ausdifferenzierung und Wiederverknüpfung	236
1. Ausgangsüberlegungen	236
a) Zum Begriff der „Ausdifferenzierung“	236
b) Der traditionale Aspekt des Entscheidens	238
c) „Problembewältigung“ als gemeinsamer Bezugspunkt	240
2. Einzelne Aspekte	242
a) Rationalisierung	243
aa) Bildung von Abschnitten	243
bb) Wiederverknüpfung durch Selbstbindung	246
b) Teilung und Begrenzung von Entscheidungsmacht und Entscheidungsverantwortung	248
aa) Bildung von Interpunktionen	248
bb) Wiederverknüpfung durch Bindung an verfahrensexterne Entscheidungen	250
c) Erweiterung von Handlungsmöglichkeiten	252
IV. Verfahrensgrenzen als Fehlerfolgegrenzen	254
1. Das Prinzip des Verfahrensvorrangs	254
2. Weiterungen	255
C. Der Prozeß als Konstrukt: Rechts-/systemtheoretische Vertiefung	258
I. Einleitung	258
II. Das Verfahren als Spiel	259
III. Das Verfahren als Drama	261
IV. Getrennte Räume: James Goldschmidt	265
1. Der Ausgangspunkt	265
2. Prozeßtheoretische Grundlinien	267

a) Die beiden Rechtsbetrachtungsweisen	267
b) Die dreifache Unfertigkeit	270
c) Normativität und Strategie	276
3. Die „Raumtheorie“	278
4. Das Anschluß-Problem	282
§ 4 Kontrolle: Die Anwendung des Verfahrens auf sich selbst	286
A. Kontrolle	286
I. Kontrolle als Verfahren	286
1. Kontrolle als Vergleichsvorgang	286
2. Zweistufigkeit der Kontrolle	288
II. Die triadische Grundstruktur der Kontrolle	289
1. Der Kontrollierende und der Kontrollierte	289
2. Das Dreieck der Verantwortlichkeit	290
a) Kontrolle und Verantwortung	290
b) Objektive und subjektive Dimension der Verantwortung	292
III. Selbstkontrolle - Fremdkontrolle	294
1. Die Unterscheidung von prospektiver und retrospektiver Kontrolle als Ausgangspunkt	294
2. Die Fremdkontrolle als Grundfigur	296
3. Die Selbstkontrolle	297
4. Fehlererkennungs- und Fehlerbereinigungskompetenz	298
B. Das Verfahren als Gegenstand seiner selbst	301
I. Die paradoxe Struktur von Rekursionen	301
II. Reflexive Verfahren	302
1. Reflexion als Grundprinzip	302
a) Die prozedurale Selbstreferenz des modernen Rechts	302

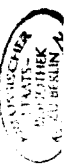
b) Rechtsanwendungsverfahren als selbstkorrektive Prozesse – Beispiel: Strafverfahren	305
c) Exkurs II: „Seltsame Schleifen“ in der Revision.....	307
2. Wechsel der Perspektiven: Anwendung des Verfahrens auf sich selbst	309
a) Grundlagen.....	309
b) Handlungssphäre, Bewertungs- und Sanktionsdiskurs	312
c) Folgerungen für den Fehlerfolgendiskurs	314

Dritter Teil

Verfahrensfehler und Verfahrensfehlerfolgen, insbesondere im Ermittlungsverfahren der Strafprozeßordnung

§ 5 Zur Theorie des Verfahrensfehlers und seiner Folgen	316
A. Der Fehler als Normverletzung	316
I. Vorweg: Begriffsklärung und thematische Eingrenzung.....	316
1. Begriff des Fehlers	316
a) Der Fehler als Abweichung von einer Norm.....	316
b) Abgrenzungen.....	317
aa) Fehler und Irrtum	317
bb) Fehler und Ausnahme.....	318
cc) Fehler und Mißbrauch.....	319
dd) Verfahrensfehler und fehlerhaftes Verfahren	319
c) Konsequenzen des zugrundegelegten Fehlerbegriffs	320
2. Kontrolle und Sanktion	321
a) Fehlerkontrolle.....	321
b) Sanktionierung als zweistufige Fehlerkontrolle.....	322
3. Eingrenzung.....	322
II. Verfahrensnormen als Normen	323
1. Ausgangspunkt.....	323

2. Insbesondere: Die Normativität der Strafprozeßordnung.....	326
a) Die Lehre von den Soll- und Ordnungsvorschriften	326
b) Der Nachrang des Verfahrensrechts.....	329
aa) Revisionsrecht.....	329
bb) Kostenrecht.....	331
c) Der Gegenstand strafprozessualer Normen, insbesondere für das Ermittlungsverfahren.....	332
3. Rechtstheoretische Vergewisserung.....	335
a) Die Regeltypenlehre von Robles.....	335
aa) Ontische Regeln	336
bb) Technische Regeln.....	336
cc) Deontische Regeln	337
b) Die Allgegenwart des Verfahrens.....	338
III. Der Verstoß gegen Verfahrensnormen.....	339
1. Ausgangspunkt.....	339
2. Die Übertretbarkeit von Regeln – einige Bemerkungen zum „Regelskeptizismus“.....	340
3. Zur Übertretbarkeit des Verfahrensrechts	342
a) Handlungsspielräume.....	342
b) Die „prozessuale Betrachtungsweise“.....	345
aa) Der Ausgangspunkt.....	346
bb) Die Sicht der Verfahrensbeteiligten.....	346
cc) „Regulative“ und „konstitutive“ Betrachtungsweise.....	348
dd) Die Sicht des Entscheidungsträgers.....	355
ee) Kritik.....	359
4. Exkurs III: Fehlerlehre und „Legitimation durch Verfahren“	366
B. Normverletzung und Sanktion.....	367
I. Die Ausgangslage	367
II. Zur Notwendigkeit von Sanktionen für Verfahrensfehler	369
1. Zum Verhältnis von Norm und Sanktion	370
2. Verfassungsrechtliche Direktiven	373
3. Das „Fehlerkalkül des Rechts“	376



a) Ausgangslage	376
b) Verwirklichungsformen der Fehlertoleranz	379
III. Die Tripolarität des Sanktionsbedürfnisses	381
1. Der Ausgangspunkt	381
2. Einzelne Sichtweisen	382
a) Die objektive Sicht	382
b) Die subjektive Sicht: Der vom Fehler negativ betroffene Beteiligte	385
c) Die verfahrensfehlerhaft handelnden Personen	386
IV. Die Eigenständigkeit des Fehlerfolgen-Diskurses	387
§ 6 Systematisierung möglicher Folgen von Verfahrensfehlern bei Ermittlungsein- griffen	389
A. Die Systematisierung von Fehlerfolgen als Problem	389
I. Der Ausgangspunkt	389
II. Der Befund in der Literatur	391
1. Strafprozeßrechtliche Ansätze	391
a) Die Lehre von der fehlerhaften Prozeßhandlung	391
aa) Mögliche Bewertungssysteme	391
bb) Kritik	392
b) Überlegungen zu Einzelfragen	393
2. Andere Ansätze	395
a) Der fehlerhafte Staatsakt	395
b) Der fehlerhafte Verwaltungsakt	396
aa) Die Ansätze bei Benfer	397
bb) Das System bei Hufen	398
cc) Das System bei Hill	399
B. Möglichkeiten und Grenzen einer Systematisierung von Verfahrensfehlerfol- gen bei strafprozessualen Ermittlungseingriffen auf der Grundlage verwal- tungsrechtlicher Vorbilder	401

I. Grundsätzliche Überlegungen	401
II. Institutionelle Zwecksetzung von Ermittlungs- und Verwaltungsverfahren	404
1. Das Verwaltungsverfahren als Verfahren der Exekutive.....	404
2. Die Einordnung des Ermittlungsverfahrens	405
a) Ermittlungsverfahren als „Verwaltungstätigkeit eigener Art“?.....	406
b) Zur Bedeutung von § 2 II Nr. 2 VwVfG.....	408
c) Ein historischer Rückblick	410
d) Die „Zuordnungsthese“.....	410
e) Eine Analyse typischer Aufgaben der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren.....	413
f) Fazit.....	419
III. Verfahrensstruktur.....	420
1. Behörden	420
a) Behörden als Verfahrensträger.....	420
b) Ausschluß und Ablehnung bestimmter Personen.....	420
2. Gerichte.....	421
3. Betroffene Bürger.....	422
a) Subjektstellung und „Verfahrenspflicht“	422
b) Insbesondere: Recht auf Gehör.....	424
c) Vertreter, Beistände, Verteidiger	426
aa) Verteidiger und Bevollmächtigte	426
bb) Beistände	427
d) Zeugen, Verletzte.....	428
IV. Verfahrensgegenstand.....	429
1. Herrschaft über den Verfahrensgegenstand.....	429
2. Ausdifferenzierungen.....	431
a) Der Verfahrensgegenstand des Ermittlungsverfahrens	431
b) Einzelmaßnahmen.....	431
3. Form und Struktur der gegenständlichen Entscheidungen	432

a) Ausgangsüberlegungen	432
b) Maßnahmen von Staatsanwaltschaft und Polizei	434
aa) Die Parallele zum Verwaltungsakt	434
bb) Verdeckte Maßnahmen	436
cc) Zwischenfazit	443
c) Richterliche Anordnungen	444
aa) Verwaltungsakt als Richterspruch?	444
bb) Offene Maßnahmen	448
cc) Verdeckte Maßnahmen	448
V. Die unterschiedliche Komplexität der Verfahren	449
1. Verwaltungsverfahren	449
2. Ermittlungs-/Strafverfahren	449
VI. Fazit	452
C. Versuch eines systematisierenden Überblicks	454
I. Grundlegende Unterscheidungen	454
1. Arten von Fehlern	454
2. Entscheidungsbezogene und sonstige Fehlerfolgen	456
II. Von selbst eintretende Folgen für die jeweilige Maßnahme	457
1. Der Nicht-Akt	457
2. Die Rechtswidrigkeit der Maßnahme	457
a) Grundsatz	457
b) Differenzierungen nach der Wirksamkeit/Beachtlichkeit	458
c) Die Strafrechtswidrigkeit der Maßnahme	459
3. Widerstands- und Notwehrrecht des Betroffenen	462
III. Sanktionen	465
1. Direkte Kontrolle der Maßnahme	465
a) Objektive (von Amts wegen betriebene) Sanktionen	465
b) Subjektive Sanktionen	467
aa) Aufhebung der Maßnahme	467
bb) Feststellung der Rechtswidrigkeit der Maßnahme	468
2. Indirekte Sanktionen	469

a) Objektive (von Amts wegen betriebene) Sanktionen	469
aa) Sanktionierung in anderen Ermittlungseingriffsverfahren	469
bb) Sanktionierung in der Abschlusßentscheidung der Staatsanwaltschaft	471
cc) Zwischenverfahren	472
dd) Sanktionierung im Hauptverfahren	473
ee) Sanktionen gegen die für die Maßnahme Verantwortlichen ..	474
b) Subjektive Sanktionen	475
aa) Sanktionen im Zwischenverfahren	475
bb) Sanktionen im Hauptverfahren	475
cc) Ordentliche Rechtsbehelfe	477
dd) Außerordentliche Rechtsbehelfe	480
ee) Kostenrecht	481
ff) Sonstige Ersatzansprüche	481
Zusammenfassung und Ausblick	483
Literaturverzeichnis	485
Personen- und Sachverzeichnis	520