

**Schriften zum Prozessrecht**

---

**Band 188**

**Verfahrenstheoretische  
Grundlagen der Fehlerkorrektur  
im Strafverfahren**

**Eine Darstellung am Beispiel  
der Eingriffsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren**

**Von**

**Andreas Popp**



**Duncker & Humblot · Berlin**

ANDREAS POPP

Verfahrenstheoretische Grundlagen  
der Fehlerkorrektur im Strafverfahren

Schriften zum Prozessrecht

Band 188

# Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren

Eine Darstellung am Beispiel  
der Eingriffsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren

Von

Andreas Popp



Duncker & Humblot · Berlin



Die Juristische Fakultät der Universität Passau  
hat diese Arbeit im Sommersemester 2004  
als Dissertation angenommen.

**Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek**

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

D 739

Alle Rechte vorbehalten  
© 2005 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fotoprint: Color-Druck Dorfi GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0582-0219  
ISBN 3-428-11688-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☹

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinen Eltern*



## **Vorwort**

Die folgende Arbeit ist im Sommersemester 2004 von der Juristischen Fakultät der Universität Passau als Dissertation angenommen worden.

Mein Dank gilt vor allen anderen Herrn Dekan Prof. Dr. Bernhard Haffke, der die Arbeit in ihrer jetzigen Gestalt angeregt und in allen Phasen ihres Entstehungsprozesses in einer Weise begleitet hat, die an Offenheit, Empathie und Freiheit zu wünschen nichts übrig läßt. Nur unter solchen Prämissen war ein Projekt wie dieses überhaupt denkbar.

Dank schulde ich weiter Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Fincke für die zeitnahe Erstellung des Zweitgutachtens und Herrn Prof. Dr. Jan Wilhelm für den Freiraum, den er mir in der Zeit an seinem Lehrstuhl gewährt hat, nicht zuletzt aber den Menschen, die – auf je eigene Weise – dazu beigetragen haben, daß diese Arbeit begonnen wurde und abgeschlossen werden konnte: Andrea, Isabel, Michael und natürlich Ronald.

*Andreas Popp*





# 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 Bewährung 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 Abschlußentscheidung 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
<b>Zusammenfassung und Ausblick.....</b>	<b>483</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>485</b>
<b>Personen- und Sachverzeichnis.....</b>	<b>520</b>



# Einleitung

## A. Ausgangsüberlegungen und thematische Eingrenzung

### I. Das Bedürfnis nach einer Allgemeinen Verfahrens(fehler)lehre

„Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Straf(verfahrens)recht“<sup>1</sup> – eine Monographie dieses Titels steht heute noch in nebelhafter Ferne.

Gewiß hat das Avancement des „Verfahrensgedankens“ in den letzten dreißig Jahren die Aufmerksamkeit der Juristen auch auf die Behandlung der Folgen von Verfahrensfehlern gelenkt. Im Verwaltungsverfahrensrecht ist die Fehlerfolgenlehre denn auch vergleichsweise weit gediehen und hat inzwischen mehrfach monographisch-systematisierende Behandlung erfahren. Die Verwaltungsrechtslehre verfügt, insbesondere nach den Arbeiten von Morlok, Hill und Hufen, bereits über ein zureichend differenziertes und rechtsdogmatisch fundiertes Instrumentarium, um die Folgen von Verfahrensfehlern systematisch zu erfassen<sup>2</sup>. Doch für das Strafverfahren, selbst für das einem Verwaltungsverfahren doch in vielerlei Hinsicht ähnliche strafprozessuale Ermittlungsverfahren, fehlen solche Ansätze bislang fast völlig.

Bemerkenswerterweise lautet der Befund seitens der Verwaltungsrechtswissenschaft gerade umgekehrt: Den Vorsprung habe doch das Strafprozessrecht mit seinem ausdifferenzierten Revisionsrecht<sup>3</sup>. Nach wie vor gilt das Augenmerk hier aber vornehmlich der spezifischen Fehlerfolge „Beweisverwertungsverbot“ (und in diesem Zusammenhang: der Revisibilität des Strafurteils). Eine solche Betrachtungsweise ist, wie zunehmend erkannt wird,

---

<sup>1</sup> In Anlehnung an den Titel der Arbeit von *Hill*: Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht.

<sup>2</sup> *Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht; *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren; *Morlok*, Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel von kommunalen Satzungen. Weitere Hinweise für eine systematische Fehlerfolgenlehre jetzt auch bei *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz – Perspektiven der Systembildung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, S. 429 ff. (470 ff.).

<sup>3</sup> *Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, S. 1.



freilich schon für die mit der Erhebung und Verwertung von verfahrensrelevanten Informationen zusammenhängenden Probleme zu eng. Denn ob etwa prozeßordnungswidrig erlangte Daten im weiteren Verfahren Verwendung finden dürfen, ist nicht erst eine Frage der Revision, sondern kann auch schon im Ermittlungsverfahren Bedeutung gewinnen<sup>4</sup>. Damit aber noch nicht genug: Selbst ein in dieser Hinsicht erweiterter Ansatz vermöchte die Problematik der Beweisverbote nur gleichsam isoliert zu erfassen, und leicht würde dabei übersehen, daß ein Verwertungsverbot nur *eine* von mehreren möglichen Folgen darstellt, die ein Verfahrensverstöß nach sich ziehen kann. Gerade dies ist aber ein wichtiger Gesichtspunkt auch für die nach wie vor nicht abgeschlossene Diskussion um die Beweisverbote: Welche Folgen können an einen Verfahrensfehler überhaupt geknüpft sein, und gibt es unter ihnen möglicherweise funktional gleichwertige Alternativen zu Verwertungsverboten?

Die Entwicklung des deutschen, aber auch des europäischen und internationalen Strafrechts in jüngerer Zeit gibt einen weiteren Anstoß. In dem Maße, in dem strafgerichtliche Entscheidungen weniger über Konditional- als über Zweckprogramme geregelt werden, gewinnt die Frage nach dem Umgang mit Verfahrensfehlern zusätzliche Relevanz. Wenn der Gesetzgeber sich darauf beschränkt, mit einigen Zielvorgaben das Spielfeld für (immer deutlicher an präventiver Zweckmäßigkeit orientierte) Maßnahmen strafgerichtlicher Sozialgestaltung abzustecken, die sich zudem revisionsgerichtlicher Überprüfung tendenziell zu entziehen scheinen, gewinnt die Kontrolle des regelrichtigen Zustandekommens solcher Entscheidungen zusätzliches Gewicht.

Die Ausarbeitung einer eigenständigen und umfassenden Lehre der Folgen von Verfahrensfehlern hat Klaus Rogall daher mit Recht als „eine der dringlichsten prozessualen Aufgaben der Zukunft“ bezeichnet<sup>5</sup>. Eine solche Lehre müßte, so meint er, „zunächst einmal auf die Ermittlung von Prinzipien Bedacht nehmen, die für alle Verfahrensfehler gelten“. Besondere Lösungen in Teilbereichen (wie etwa dem der Beweisverbote) würden dadurch noch nicht

---

<sup>4</sup> *Frisch*, Zur Bedeutung des Beweisrechts und des Rechtsmittelrechts für die Revisibilität von Verfahrensmängeln, in: Rudolphi-Symposium, S. 173 (180); *Rogall*, Grundsatzfragen der Beweisverbote, in: Höpfel/Huber (Hrsg.), Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen, S. 119 (130); *Schlothauer*, FS Lüderssen, S. 761 ff.; *Schroeder*, Strafprozeßrecht, Rz. 121.

<sup>5</sup> *Rogall*, JZ 1996, 944 (946); *ders.*, Grundsatzfragen der Beweisverbote, in: Höpfel/Huber (Hrsg.), Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen, S. 119 (121). Auch für *Morlok*, Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel von kommunalen Satzungen, S. 57, ist die Frage nach den richtigen Fehlerfolgen „eine der perennierenden Aufgaben der Rechtswissenschaft“.

ausgeschlossen. Von der Zusammenführung verschiedener Einzelaspekte zu einem einheitlichen Ganzen sei für das Problem der Beweisverbote eine Verbreiterung der Diskussionsbasis und ganz allgemein die Etablierung übergeordneter Gesichtspunkte bei der Behandlung von Verfahrensfehlerfolgen zu erwarten. Die Bewältigung von Verfahrensfehlern im Prozeß ist für Rogall daher wichtiges „Thema der Zukunft“<sup>6</sup>.

Bei der Erschließung dieser (straf)verfahrenstheoretischen *terra incognita* wird man sich zunächst auf Teilgebiete beschränken, Vorstöße in unterschiedliche Richtungen wagen und auch Rückschläge einstecken müssen. Aus dieser Einsicht heraus will die vorliegende Arbeit nur einen ersten Beitrag leisten. Sie beschränkt sich daher

- (1) *sachlich* auf Fehler im Zusammenhang mit Eingriffsmaßnahmen<sup>7</sup> im Ermittlungsverfahren und
- (2) *methodisch* auf einen empirisch-analytischen Ansatz auf der Grundlage einer Allgemeinen Verfahrenstheorie.

Zu (1): Eine Anlehnung der Strafverfahrensrechtslehre an die genannten bereits vorliegenden Modelle im Staats- und Verwaltungsrecht hat dort die besten Erfolgsaussichten, wo die Ähnlichkeiten am augenfälligsten sind. Neben der Tätigkeit der Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde (§ 451 I StPO) trifft dies nun vor allem auf das ebenfalls exekutivisch geführte Ermittlungsverfahren zu. Die in der Verwaltungsrechtswissenschaft für Verwaltungsakte erarbeiteten Ergebnisse könnten – so eine erste Ausgangsüberlegung – grundsätzlich auch für das Ermittlungsverfahren fruchtbar gemacht werden. Ein solches Vorgehen dürfte sich etwa auf Karl Peters berufen, der derartige Rück-

---

<sup>6</sup> Rogall, Grundsatzfragen der Beweisverbote, in: Höpfel/Huber (Hrsg.), Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen, S. 119 (121). s. a. *dens.*, FS Rieß, S. 951 (952).

<sup>7</sup> Mit den hier und im folgenden verwendeten Bezeichnungen „Eingriffsmaßnahme“ bzw. „Ermittlungseingriff“ wird die mit solchen Akten regelmäßig verbundene Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Positionen angemessener berücksichtigt, als dies durch die traditionelle Redeweise von den strafprozessualen „Zwangmaßnahmen“ geschieht (vgl. insbes. *Amelung*, JZ 1987, 737, der seinerseits von „Grundrechtseingriffen“ spricht; ferner etwa *Kühne*, Strafprozessrecht, Rz. 395; ohne Präferenz dagg. *Roxin*, Strafverfahrensrecht, S. 237 ff. Vgl. a. *Benfer*, „Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft“). Der Einwand *Schroeders*, dabei handele es sich um einen „prozeßexternen Gesichtspunkt“ (JZ 1985, 1028, 1029), spiegelt demgegenüber ein Prozeßverständnis wider, das in der vorliegenden Arbeit noch zu problematisieren sein wird.