

Rechtsschutz gegen die Staatsanwaltschaft

Die Staatsanwaltschaft im System der
Rechtskonkretisierung und das Grund-Grundrecht auf
Justizgewährleistung

Jan-Felix Kumkar

Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde
an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau

Jan-Felix Kumkar

Dekan: Prof. Dr. Ralf Poscher
Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. Walter Perron
Zweitgutachter: Prof. Dr. Ralf Poscher
Dissertationsort: Freiburg
Datum der mündlichen Prüfung: 14. November 2018
Erscheinungsjahr der Dissertation: 2018

Inhaltsverzeichnis

A.	VORSTELLUNG DES THEMAS.....	9
I.	EINE NICHT GANZ NEUE PROBLEMLAGE.....	10
II.	AKTUELLE ERSCHEINUNGSFORMEN DER RECHTSSCHUTZDISKUSSION	14
1.	<i>Rechtsschutz gegen das Ermittlungsverfahren.....</i>	14
2.	<i>Rechtsschutz gegen die Form der Verfahrenseinstellung.....</i>	15
3.	<i>Rechtsschutz des Verletzten gegen Opportunitätseinstellungen</i>	17
4.	<i>Rechtsschutz von Dritten gegen Ermittlungsmaßnahmen.....</i>	18
5.	<i>Rechtsschutz zur Herausgabe von Verfahrensinformationen</i>	21
6.	<i>Rechtsschutz zur Verhinderung von Informationsweitergaben</i>	23
III.	UNTERSCHIEDLICHE ERSCHEINUNGSFORMEN EINES PROBLEMS.....	25
B.	GANG DER UNTERSUCHUNG.....	28
I.	RECHTSSCHUTZ ALS VERFASSUNGSRECHTLICHES PROBLEM.....	29
1.	<i>Übliche Näherungen an das Rechtsschutzproblem</i>	29
2.	<i>Justizgewährleistung als gerichtliche Rechtsschutzgarantie</i>	31
3.	<i>Justizgewährleistung und Grundrechtsgeltung</i>	33

a.	Beschränkung auf Verfahrensdimension der Grundrechte	33
b.	Grundrecht auf Strafverfolgung Dritter?.....	35
4.	<i>Was ist mit Völkerrecht und supranationalen Vorgaben?.....</i>	<i>37</i>
II.	DIE EINZELNEN UNTERSUCHUNGSABSCHNITTE.....	38
C.	JUSTIZGEWÄHRLEISTUNG.....	39
I.	JUSTIZGEWÄHRLEISTUNG ALS RECHT	43
1.	<i>Justizgewährleistung und Gewaltenteilung.....</i>	<i>45</i>
a.	Gewaltenteilung als Trennungsprinzip.....	46
b.	Gewaltenteilung als Funktionenordnung.....	47
aa.	Gewaltenteilung und demokratische Legitimation.....	48
bb.	Letztverbindlichkeit rechtsprechender Entscheidungen ...	51
c.	Vorgaben für ein Recht auf Justizgewährleistung	54
aa.	Verfahren, Kontrolle und Kontrollverfahren	55
bb.	Gewaltenteilung und Kontrollfreiheit	59
2.	<i>Justizgewährleistung und Gewaltmonopol.....</i>	<i>60</i>
a.	Gewaltmonopol und „Friedensfunktion“ des Staates.....	60
b.	Gewaltmonopol im Zirkelschluss.....	62
c.	Vorgaben für ein Recht auf Justizgewährleistung	67
3.	<i>Justizgewährleistung und Grundrechte.....</i>	<i>68</i>
a.	Grundrechtsbindung der Judikative.....	68
b.	Grundrechtsschutz durch Verfahren.....	70
c.	Justizgewährleistungsrecht als Grund-Grundrecht.....	74
4.	<i>Ausgestaltung und Anwendung.....</i>	<i>78</i>
a.	Normprägung und gesetzliche Ausgestaltung.....	78
aa.	Notwendigkeit gesetzlicher Ausgestaltung.....	79
aaa.	Bedeutung vorkonstitutionellen Rechts.....	79
bbb.	Gebot der Rechtswegklarheit.....	81
ccc.	Notwendigkeit von Generalklauseln.....	83
bb.	Gebot effektiver Auslegung und Anwendung	87
b.	Ausstrahlung auf das Verfahren der Staatsanwaltschaft	92

c.	Justizgewährleistung und Art. 19 Abs. 4 GG.....	93
5.	<i>Zusammenfassung und Folgerungen</i>	95
II.	DAS PROBLEM GERICHTLICHER KONTROLLDICHTEN	97
1.	<i>Rechtliche Bindungsstrukturen</i>	98
2.	<i>Letzt Konkretisierungen der Exekutive</i>	100
a.	Ermessenskontrolle.....	101
b.	Lehre vom Beurteilungsspielraum.....	103
c.	Einheitslehren	109
3.	<i>Kontrolle staatsanwaltschaftlicher Entscheidungen</i>	111
a.	Staatsanwaltschaftliche Entscheidungsfreiheit.....	112
aa.	Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft	112
aaa.	Herleitung des Prinzips der Unabhängigkeit	112
bbb.	Kritik der überkommenen Herleitung	114
bb.	Funktionstüchtigkeit der Strafverfolgung	117
aaa.	Effizienz als Selbstzweck.....	117
bbb.	Beschleunigungsgebot und Schonung der Beteiligten	117
ccc.	Beschleunigung und Ressourcenschonung	118
b.	Einzelne staatsanwaltschaftliche Konkretisierungsspielräume.....	122
aa.	Verdacht und Verdächtigungen	123
aaa.	Grenzen der Verdachtskategorisierung	123
bbb.	Relationale Rekonstruktion des Verdachtsbegriffs	127
(1)	Relativierung des Anfangsverdachts	128
(2)	Relativierung des „hinreichenden“ Tatverdachts	130
(3)	Relativierung des dringenden Tatverdachts.....	140
(4)	Zusammenfassung und Folgerung.....	141
bb.	Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung.....	144
cc.	Schuldprognosen.....	147
dd.	Fazit.....	150

Inhaltsverzeichnis

c.	Selbstbindung durch Entscheidungspraxis	151
aa.	Rekurs: Freiheitsrechtliche Abwägungsspielräume	152
bb.	Rechtfertigungsstruktur der Ungleichbehandlung.....	153
cc.	Die Rationalisierungsleistung der Einstellungspraxis.....	155
d.	Zusammenfassung.....	158
III.	AUSSTRAHLUNG DES	
	JUSTIZGEWÄHRLEISTUNGSRECHTS.....	159
1.	<i>Begründungszwang</i>	160
a.	Das verfassungsrechtliche Rationalisierungsgebot	161
b.	Begründung als Kommunikation von Gründen.....	162
c.	Inhaltliche Anforderungen.....	163
d.	Fehlerfolgen.....	164
2.	<i>Gewährung von Informationszugang</i>	169
a.	Verfassungskonforme Anwendung einfachgesetzlicher Informationsrechte.....	170
b.	Anspruch auf Mitteilung der Entscheidungspraxis.....	172
c.	Grenzen des Informationsrechts	172
aa.	Vereitelung des Ermittlungserfolges	173
bb.	Gefährdungen Dritter	174
d.	Zusammenfassung und Folgerungen	175
3.	<i>Vorläufiger, vorbeugender und nachträglicher Rechtsschutz</i>	178
a.	Vorläufiger Rechtsschutz.....	180
aa.	Zeugenvorladung.....	182
bb.	Auswertung von beschlagnahmten Gegenständen	185
cc.	Folgerungen	187
b.	Vorbeugender Rechtsschutz.....	187
aa.	Vorbeugender Rechtsschutz und Anordnungskompetenz	187
bb.	Prozessuale Informationsweitergabe gemäß §§ 406e, 475 StPO.....	189
cc.	Öffentlichkeitsarbeit und Vorabinformation.....	190

c.	Feststellender Rechtsschutz.....	193
aa.	Gerichtliche Anordnungscompetenz und Gefahr im Verzug.....	193
bb.	Nachträglicher Rechtsschutz und Gewaltenteilung.....	195
cc.	Feststellungsinteresse und Vorrang des Primärrechtsschutzes	197
dd.	Fazit.....	198
D.	GRUNDRECHTE IM STRAFVERFAHREN	199
I.	GRUNDRECHTSEINGRIFF UND GERICHTLICHE SACHPRÜFUNG	201
1.	<i>Der Eingriff als Auslöser staatlicher Rechtfertigungslast.....</i>	<i>202</i>
a.	Eingriff und allgemeine Freiheit.....	203
b.	Eingriff und Handlungszurechnung zum Staat.....	207
aa.	Finalität und Vorhersehbarkeit als Eingriffskriterien.....	209
bb.	Bagatelgrenzen als Eingriffsausschluss?	212
cc.	Regelungscharakter des Eingriffs.....	215
aaa.	Verpflichtung als normativer Eingriff	216
bbb.	Eingriff durch Ermittlungsverfahren.....	218
(1)	Das Schrifttum: Faktischer Eingriff	219
(2)	Probleme des „faktischen“ Problemzugriffs.....	220
(3)	Lösung über das allgemeine Persönlichkeitsrecht	223
2.	<i>Eingriff und Drittbeeinträchtigung.....</i>	<i>226</i>
a.	Individuelles Recht und Selbstbestimmung	228
b.	Keine Geltendmachung von Allgemein- oder Drittinteressen.....	229
c.	Notwendige Mitbetroffenheit Dritter	230
3.	<i>Der Anspruch auf gerichtliche Entscheidung</i>	<i>233</i>
a.	Rechtsgestaltung durch gerichtlichen Entscheidung	234

Inhaltsverzeichnis

aa.	Bezugspunkt „möglicher“ Rechtsgestaltung	236
bb.	Zeitbezogenheit richterlicher Rechtsgestaltung	237
cc.	Probleme des Feststellungsinteresses	239
b.	Folgerungen für die Geltendmachung allgemeiner Grundrechte	240
aa.	Das allgemeine Freiheitsrecht	241
bb.	Das Allgemeine Gleichheitsrecht	244
cc.	Relative Selbstständigkeit der Verfahrensrechte	245
4.	<i>Zusammenfassung</i>	248
II.	GRUNDRECHTLICHER STRAFVERFOLGUNGSANSPRUCH	249
1.	<i>Der rein objektive Charakter des Strafrechts</i>	251
a.	Objektives Strafrecht und Gewaltmonopol?	252
b.	Objektive Schutzfunktion der Grundrechte?	252
2.	<i>Isoliert subjektives Kontrollrecht</i>	254
a.	Verfassungsrechtliche objektive Kontrollnotwendigkeit?	254
b.	Einfachgesetzliche Kontrollrechte	256
3.	<i>Grundrechtsverwirklichung durch Strafverfolgung</i>	258
a.	Das Recht auf Sicherheitsgefühl	259
aa.	Schutz, Sicherheit und Sicherheitsgefühl	260
bb.	Anklänge in der Rechtsprechung	261
cc.	Kritik	263
b.	Der Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts	267
c.	Recht auf Justizgewährleistung durch die Staatsanwaltschaft	271
aa.	Gegenstand und normierende Wirkung des Strafurteils	272
bb.	Leistungsanspruch auf Verurteilung?	275
cc.	Zwischenfazit und erste Folgerungen	279
dd.	Einfachgesetzliche Umsetzung im Strafprozessrecht	280
aaa.	Untauglichkeit des Verwaltungsprozesses	281
bbb.	Untauglichkeit des Zivilprozesses	282
ccc.	Folgerungen und Zwischenfazit	287

(1) Prozessuales Feststellungsrecht des Verletzten	287
(2) Kein notwendiges „Recht auf Strafe“	288
(3) Übereinstimmung mit dem sonstigen Prozesssystem.....	289
ee. Notwendigkeit staatsanwaltschaftlicher Klage.....	292
ff. Einpassung in das System der Opferrechte	295
aaa. Privatklage	295
bbb. Nebenklage.....	300
ccc. Klageerzwingung	303
ddd. Informationsrechte (Akteneinsicht)	312
(1) Allgemeines Akteneinsichtsrecht der Verletzten	312
(2) Akteneinsichtsrecht des Privatklägers	314
eee. Allgemeine Abwägungsstruktur	315
d. Fazit	321
E. SCHLUSSFOLGERUNGEN	322
I. RECHTSSCHUTZMÖGLICHKEITEN DES BESCHULDIGTEN	323
1. <i>Einstellungserzwingungsrecht</i>	323
a. Kontrolle durch Zwischenverfahren.....	324
b. Einzelanfechtung der Ermittlungsmaßnahmen.....	325
c. Implementierung im geltenden Prozessrecht.....	326
d. Erzwingbare Legalitätseinstellung?	332
aa. Eingriffsunterlassung durch Einstellung	332
bb. „Stigmatisierungswirkungen“	332
aaa. Informationsspeicherung.....	334
bbb. „Stigmatisierung“ durch Dritte.....	335
cc. Einstellung gegen Auflagen.....	336
2. <i>Zustimmungserzwingungsrecht</i>	339
a. Folgenlosigkeit.....	340
b. Zustimmungserzwingungsverfahren.....	341
c. Ersetzungspflicht des Gerichts.....	342

d. Zustimmung oder Beschwerdemöglichkeit	343
II. RECHTSSCHUTZMÖGLICHKEITEN DES VERLETZTEN	348
1. <i>Kontrolldichte im Klageerzwingungsverfahren</i>	348
2. <i>Erstreckung auf Opportunitätseinstellungen</i>	348
III. RECHTSSCHUTZMÖGLICHKEITEN VON DRITTBETROFFENEN.....	351
IV. INFORMATIONSRECHTE ALLER BETROFFENEN IM VERFAHREN.....	357
1. <i>Recht auf Auskunft und Akteneinsicht</i>	358
2. <i>Recht auf Vorabinformation</i>	361
F. THESEN	366
I. VERFASSUNGSRECHTLICHE JUSTIZGEWÄHRLEISTUNG .	366
II. RECHTSSCHUTZ GEGEN DAS ERMITTLUNGSVERFAHREN	367
III. RECHTSSCHUTZ GEGEN DIE FORM DER VERFAHRENEINSTELLUNG	370
IV. RECHTSSCHUTZ DES VERLETZTEN GEGEN OPPORTUNITÄTSEINSTELLUNGEN	372
V. RECHTSSCHUTZ ZUR HERAUSGABE VON VERFAHRENSINFORMATIONEN.....	373
VI. RECHTSSCHUTZ ZUR VERHINDERUNG VON INFORMATIONSWEITERGABEN	374
BIBLIOGRAPHIE	375

A. Vorstellung des Themas

Das gegenwärtige System des Rechtsschutzes im Strafverfahren ist defizitär. Es ist unübersichtlich geregelt, unstimmig in den Zuständigkeitsregelungen und schließlich und vor allem: *Lückenhaft* vor dem Hintergrund einer *eigentlich lückenlos* garantierten Grundrechtsgeltung. Diese Feststellung taugt kaum zum Skandal, sondern scheint konsensfähig.¹ Anfängliche gesetzliche Vereinfachungsbestrebungen, den vorhandenen Eklektizismus von über sämtliche (nicht nur Straf-) Prozessgesetze hinweg verstreuten „Anträgen auf gerichtliche Entscheidung“, „Beschwerden“, „Prüfungen“, „Bestätigungen“ und „Anfechtungen“ in ein einigermaßen systematisches Korsett mit einigermaßen kohärenten Zuständigkeitsregelungen zu schnüren, kamen nicht über das Stadium eines ministeriellen Referentenentwurfes hinaus.² Die gleichwohl als notwendig erkannte Lückenfüllungsfunktion übernahm und übernimmt „die Praxis“,³ wobei diese Praxis vor allem durch Anmahnungen und Inpflichtnahmen des Bundesverfassungsgerichts angeführt wird und die gesetzgeberischen Lücken mit einer kaum mehr zu erkennenden methodischen Rückbindung an die Gesetzesanwendung „verfassungskonform“ und „effektiv“ durch eigene Fallgruppenbildung zu schließen sucht.⁴ Die Lage ist ernüchternd, neue Impulse aus Rechtswissenschaft oder Praxis sind nicht in Sicht. Man scheint sich darauf zu beschränken, dem Bundesverfassungsgericht im Wesentlichen beizupflichten

¹ Vgl. etwa *Wohlers/Deiters*, in: SK-StPO, § 160 Rn. 53 mit weiteren Nachweisen auf die zahlreiche kritische Literatur; vgl. auch *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 29 Rn. 11; *Kölbel*, in: MüKo-StPO, § 160 Rn. 66 f.

² Hierzu *Rieß*, ZRP 1981, 101.

³ Ausführlich zur Entwicklung des Rechtsschutzes *Amelung*, FS-BGH, S. 911 ff.

⁴ Etwa zu den mit der analogen Anwendung von § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO verbundenen methodischen Problemen *Amelung*, FS-BGH, S. 911 (922 ff.), der sich freilich für einen großzügigen Umgang mit der Gesetzesbindung ausspricht (S. 925).

und die seinerseits vom Bundesverfassungsgericht selten explizit erläuterten Anforderungen an strafprozessualen Rechtsschutz als wenig zusammenhängenden Katalog zu rezipieren.⁵

I. Eine nicht ganz neue Problemlage

Dabei ist die wesentliche Problemlage weder neu noch sonderlich kompliziert. Die Staatsanwaltschaft nimmt im Strafverfahren eingreifende Handlungen vor, die gerade deshalb rechtfertigungsbedürftig sind⁶ und das gerichtliche Verfahren ist der prinzipielle Prüfungsmodus der Wahl, wenn es darum geht, die Rechtmäßigkeit hoheitlicher Handlungen letztverbindlich zu beurteilen. Daraus folgt: Obwohl die Staatsanwaltschaft Anklagebehörde ist, ist sie *auch* Eingriffsbehörde und als solche müsste sie eigentlich einer prinzipiell umfassenden gerichtlichen Kontrolle unterstellt werden. Doch genau diese umfassende Kontrolle findet weder statt, noch ist sie gesetzlich vorgesehen.

Dabei ist zumindest die Ahnung, dass die liberalstaatliche Ordnung im Ansatz weitgehendere gerichtliche Prüfungsmöglichkeiten erfordern könnte, als dies nach gegenwärtiger wie vergangener gesetzlicher Konzeption der Fall ist und war, alles andere als neu und wurde von *Vargha* bereits in seiner 1879 erschienenen „Verteidigung in Strafsachen“ herausgestellt:

⁵ Stellvertretend für Viele *Joecks*, in: Radtke/Hohmann, StPO, § 98 Rn. 19; *Löffelmann*, in: AnwKO-StPO, Vorbemerkung zu §§ 94 bis 111 Rn. 10; *Eschelbach*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, § 98 Rn. 31; *Gercke*, in: HK-StPO, Vor §§ 94 ff. Rn. 26 ff.

⁶ Allgemein: *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 19 Rn. 39 u. 41; *Schmidt-Abmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 121. Im Verwaltungsprozessrecht ist dies der Grund, warum mit der sog. Adressatentheorie allein schon die Darlegung zur Begründung der Klagebefugnis ausreichen soll, dass man durch einen belastenden Verwaltungsakt adressiert worden ist, dazu (kritisch) erläuternd *Wahl/Schütz*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 42 VwGO Rn. 70. Speziell in Bezug auf das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren, entspricht dies der allgemein akzeptierten Ansicht, vgl. als Schlaglichter mit jeweils zahlreichen Hinweisen: *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, S. 231; *Beulke*, Strafprozessrecht, S. 221 f.; *Kindhäuser*, Strafprozessrecht 3. Aufl., S. 362; *Engländer/Volk*, Grundkurs StPO, S. 91 f.

„Dem Verdächtigen sollte billigermassen ein Rechtsmittel zur Verfügung stehen, durch welches ihm die Möglichkeit geboten wäre, zu verhindern, dass er ohne unbefangene richterliche Prüfung in die mit Rechtsnachteilen verbundene Lage eines Beschuldigten versetzt werde. Die Gewährung eines solchen Rechtsmittels würde durchaus nicht mit dem Grundprincipe des Anklageprozesses, wonach es nicht das Gericht, sondern der Ankläger ist, welcher aus eigener Initiative die Beschuldigung, bezw. Anklage erhebt, im Widerspruche stehen, denn der Ankläger soll nach accusatorischem Principe nur insoferne dominus litis sein, dass ohne seinen Willen kein Process eröffnet und fortgesetzt werden darf („Wo kein Kläger, dort kein Richter“), nicht aber auch in dem Sinne, dass er nach Gutdünken Jedweden in die mit Rechtsnachteilen verbundene Lage eines Beschuldigten versetzen kann, wodurch die bürgerliche Rechtssicherheit schwer gefährdet erschiene. Nicht regelmäßige, wohl aber auf Verlangen des Verdächtigen sollte früher eine gerichtliche Prüfung stattfinden, ehe man einen Bürger der Unannehmlichkeit und den Rechtsnachteilen eines Strafprocesses überliefert.“⁷

Die ursprüngliche Lösung der RStPO ging denn auch erstaunlich weit in die von *Vargha* geforderte Richtung und bestand darin, der öffentlichen Hauptverhandlung ein *gerichtliches* Ermittlungsverfahren in Gestalt einer sog. Voruntersuchung voranzustellen.⁸ Diese Voruntersuchung reduzierte in ihrem Geltungsbereich die Rolle der Staatsanwaltschaft im Wesentlichen darauf, das Ermittlungsverfahren durch einen gerichtlichen Antrag einzuleiten, und das gerichtliche Aufklärungsverfahren zu begleiten. In Anlehnung an die heutigen Begrifflichkeiten unterstellte die gerichtliche Voruntersuchung das Ermittlungsverfahren also einer Art „richterlichem Globalvorbehalt“ – „Herr“ des Ermittlungsverfahrens war nicht die Staatsanwaltschaft, sondern das Gericht. Vollständig entsprach diese Regelung *Varghas* Forderung nach einem Rechtsschutz gegen die förmliche Beschuldigung jedoch nicht. Denn die gerichtliche Voruntersuchung setzte bereits eine Beschuldigung durch die Staatsanwaltschaft voraus, sodass der Akt der Beschuldigung selbst durch die Voruntersuchung gerade keiner gerichtlichen Kontrolle zugänglich gemacht wurde.

Betrachtet man die ursprüngliche Gesetzeskonzeption der RStPO jedoch genauer, dann zeigt sich, dass die vermeintliche gerichtliche

⁷ *Vargha*, Die Verteidigung in Strafsachen, S. 386.

⁸ Die historischen Zusammenhänge zwischen Rechtsschutzsystem und Reformgesetzgebung erläutert prägnant *Rieß*, ZIS 2009, 466.

Allzuständigkeit von Beginn an von zahlreichen Ausnahmen geprägt war und der Staatsanwaltschaft bereits umfassende Eingriffskompetenzen eingeräumt wurden. Teilweise bezogen sich diese Ausnahmen situativ auf die Beweisvergänglichkeit – Gefahr im Verzug – oder bereichsspezifisch auf eigenständige Ermittlungskompetenzen im Bereich der Alltags- und Bagatelldelinquenz.⁹ Die Staatsanwaltschaft war also unter dem Regime des „reformierten Prozesses“ niemals „reine“ Anklagebehörde ohne eigenständige Eingriffskompetenzen. Die Voruntersuchung, deren Anwendungsbereich zudem bis zu ihrer förmlichen Abschaffung im Jahre 1974¹⁰ umfangreich reduziert wurde,¹¹ stellt also weniger Markstein eines grundsätzlich anderen Prozesssystems dar, sondern steht eher paradigmatisch für eine Verschiebung gesetzlich intendierter Grund- und Ausnahmekompetenzen.¹² So wurde die Staatsanwaltschaft mit der Reform von 1974 „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ nicht etwa, weil ihr nunmehr die alleinige Entscheidungskompetenz über einzelne Ermittlungseingriffe zugeschrieben, sondern, weil ihr die grundsätzliche Entscheidungskompetenz über die Führung der Ermittlungen als Ganzes überantwortet wurde. Auch nach der Reform von 1974 blieben und bleiben die Mehrzahl strafprozessualer Eingriffsanordnungen gleichwohl grundsätzlich einem Richter vorbehalten.

Obwohl die richterlichen Anordnungsbefugnisse nicht mit der Voruntersuchung abgeschafft wurden, so zeigte sich in der Praxis, dass

⁹ Zwingend war eine Voruntersuchung gem. § 176 RStPO (1877) nur für Reichs- und Schwurgerichtssachen vorgesehen.

¹⁰ Ein zeitgenössischer Reformüberblick findet sich etwa bei *Lampe*, NJW 1975, 195 – die Abschaffung der Voruntersuchung scheint damals ein praktisch derart wenig bedeutender Schritt gewesen zu sein, dass sich die Reformdarstellung mit der Feststellung „die gerichtliche Voruntersuchung ist abgeschafft“ beschränkt (a.a.O., S. 199).

¹¹ Auch mit der förmlichen Wiederherstellung durch das sog. „Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit“ vom 12.9.1950 wurde die gerichtliche Voruntersuchung anscheinend nur formell wieder zu einem bedeutenden Institut, vgl. *Rieß*, FS-Helmrich, S. 127 (139). In der Praxis wurde von in fakultativen Fällen (wesentlich: Zuständigkeit der Strafkammern am Landgericht) praktisch kein Gebrauch mehr von der gerichtlichen Voruntersuchung gemacht.

¹² Vgl. auch *Rieß*, ZIS 2009, 466 (468).

der Geist des Gesetzes – die Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens zu inthronisieren – die Regelungssystematik der Eingriffsinstrumente überspielte: Ausnahmekompetenzen qua Gefahr im Verzug waren und sind *de facto* regelhaft genutzte Eingriffstitel und der Mangel an explizit vorgesehenen Rechtsbehelfen gegen die Wahrnehmung dieser Ausnahmekompetenzen¹³ verhinderte lange Zeit, dass derartige Kompetenzzanmaßung richterlich in ihrer Rechtswidrigkeit ausgewiesen werden konnten.

Nahezu zeitgleich mit dem Wegfall der gerichtlichen Voruntersuchung entspannt sich daher eine Debatte über den Grund und Umfang eines notwendigen Rechtsschutzes gegen die weitreichenden und vielgenutzten staatsanwaltschaftlichen Eingriffstatbestände. Namentlich *Amelung*¹⁴ scheint es dabei zu verdanken sein, dass die strafprozessuale Debatte jener Zeit die verfassungsrechtliche Dimension gerichtlicher Kontrollinstrumente gründlicher behandelte, als dies zuvor auch in den Reformdiskussionen der Fall war.¹⁵

Um die volle Relevanz verfassungsrechtlicher Grundfragen für das Strafprozessrecht offenzulegen und dem Topos des Strafprozessrechts als „angewandtes Verfassungsrecht“ auch in der strafrechtlichen Fachgerichtsbarkeit gesteigerte Bedeutung zu verleihen, waren gleichwohl Machtworte des Bundesverfassungsgerichts notwendig.¹⁶ Mit seiner Kehrtwende weg von der Lehre der prozessualen Überholung¹⁷ vollzog das Bundesverfassungsgericht nicht nur einen Paradigmenwechsel in der eigenen Anschauung strafprozessualer Aufgaben- und Kontrollverteilungen,¹⁸ es verhalf zudem dem Argumentationstopos des „effektiven Rechtsschutzes“ in der strafprozessualen Diskussion zu einem nachhaltigen Durchbruch. Dessen Auswirkungen sind in Wissenschaft und Praxis heute allseits sichtbar. So wurde das in der Überschrift angedeutete „nicht ganz neue Problem“ der richterlichen Kontrolle staatsanwaltschaftlicher Hand-

¹³ Vgl. etwa *Sommermeier*, NSTZ 1991, 257 (263) m.w.N.

¹⁴ *Amelung*, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976.

¹⁵ So jedenfalls die Einschätzung von *Kühne*, Strafprozessrecht, S. 339.

¹⁶ Wegweisend insbesondere BVerfGE 96, 27; 96, 44 und 103, 142.

¹⁷ BVerfGE 96, 27 (38 ff.).

¹⁸ *Fezer*, JZ 1997, 1062; *Wohlers/Deiters*, in: SK-StPO, § 160 Rn. 53.

lungen über den Topos verfassungsrechtlich notwendigen Rechtsschutzes auf eine Ebene gehoben, die über das jeweilige Einzelproblem hinaus vergleichende Kompatibilitätsprüfungen anhand des Verfassungsrechts erlauben.

II. Aktuelle Erscheinungsformen der Rechtsschutzdiskussion

Zwar hat sich die verfassungsrechtliche Diskussion um Rechtsschutz gegen staatsanwaltschaftliche Handlungen an der mittlerweile weitgehend¹⁹ geklärten Frage nach dem Rechtsschutz gegen einzelne Ermittlungseingriffe entzündet, sie ist dabei aber nicht stehen geblieben. „Effektiver Rechtsschutz“ als Argument hat im strafprozessualen Kontext Karriere gemacht und strahlt heute auf unterschiedliche Themenkreise aus. Die prominentesten Problemfelder sind dabei die folgenden: (Der bereits von *Vargha* geforderte)²⁰ Rechtsschutz gegen das Ermittlungsverfahren als solches (1), Rechtsschutz gegen die Form der Ermittlungseinstellung seitens des Beschuldigten (2), Rechtsschutz von Dritten gegen einzelne Ermittlungshandlungen (3), Rechtsschutz von Verletzten gegen Opportunitätseinstellungen (4), Rechtsschutz von Verfahrensbeteiligten auf Herausgabe von Verfahrensinformationen gegen die Staatsanwaltschaft (5) und schließlich Rechtsschutz der Verfahrensbeteiligten gegen Informationshandeln der Staatsanwaltschaft (6).

1. Rechtsschutz gegen das Ermittlungsverfahren

Ermittelt die Staatsanwaltschaft gegen einen bestimmten Beschuldigten, stellt sich die Frage, inwiefern allein der Vorgang des Ermittelns – losgelöst von konkreten Zwangseingriffen zum Zwecke der Informationsgewinnung – eigenständige Grundrechtsrelevanz entfaltet²¹

¹⁹ *Wohlens/Deiters*, in: SK-StPO, § 160 Rn. 53 weisen zurecht darauf hin, dass die Frage, unter welchen Voraussetzungen Zwangsmaßnahmen auch nach Erledigung einer gerichtlichen Anfechtung unterliegen, noch nicht vollständig beantwortet ist. Darauf wird unter C.III.3.c. eingegangen.

²⁰ Siehe das obige Zitat auf Seite 8.

²¹ Früher wurde die Eingriffsqualität der Ermittlung durchaus in Zweifel gezogen, vgl. etwa *Keller*, GA 1983, 497 und *Rieß*, NStZ 1982, 435 (436); gegenwärtig wohl auch *Mayer*, in: KK-StPO, § 23 EGGVG Rn. 32 und 37. Vgl. auch *BVerfG StV* 1994, 465 (466). Demgegenüber

und ob und inwiefern richterlichen Kontrollen des Ermittlungsverfahrens als solchem nicht der Staatsanwaltschaft als „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ entgegenstehen würde.²² Auf der anderen Seite wird in der Literatur gerade wegen der Eingriffsqualität (zumindest mancher) staatsanwaltschaftlicher Ermittlungsverfahren bei gleichzeitig bisher fehlender richterlicher Überprüfbarkeit, aus dem Grundsatz des notwendigen „effektiven Grundrechtsschutzes“, eine eigenständige richterliche Kontrollnotwendigkeit begründet.²³ Weder die eigenständige Grundrechtsrelevanz des Ermittlungsverfahrens noch der Umfang und die Notwendigkeit des effektiven Rechtsschutzes sind in diesem Zusammenhang jedoch geklärt. Mehrten sich in der neueren Literatur zwar die Stimmen, die einen Rechtsschutz gegen Ermittlungsverfahren grundsätzlich befürworten, so sind die verfassungsrechtlichen Notwendigkeiten für eine solche Kontrollausweitung zwar angemahnt – Grund, Grenze und genaue Voraussetzungen eines solchen verfassungsrechtlichen Kontrollanspruches sind in diesem Zusammenhang allerdings bisher nicht genauer herausgearbeitet, weshalb die hiesige Untersuchung genau hier ansetzen wird.

2. Rechtsschutz gegen die Form der Verfahrenseinstellung

Nicht nur im Ermittlungsverfahren als solchem, sondern auch in der Form mancher Verfahrenserledigungen werden jeweils kontrollbedürftige Grundrechtseingriffe erblickt. So rückten in jüngeren Publikationen vor allem die Opportunitätseinstellungen gem. §§ 153,

geht die ganz h.M. (mit unterschiedlichen Begründungen) davon aus, dass Ermittlungsverfahren auch jenseits konkreter Zwangsmaßnahmen grundrechtlich rechtfertigungsbedürftig sind: Etwa *Kölbel*, JR 2006, 322; *ders.*, in: MüKo-StPO, § 158 Rn. 35 und § 160 Rn. 54 ff.; *Erb*, in: LR-StPO, § 160 Rn. 67a f.; *Eisenberg/Conen*, NJW 1998, 2241; *Bayer*, Stigmatisierungen, S. 85 ff.; *F. Eckstein*, NStZ 2017, 609 (617). Näher unter D.I.1.b.cc.bbb.

²² So *Rieß*, NStZ 1982, 435 (436); mit etwas anderem Bezugspunkt (Kontrolle des dringenden Tatverdachts) aber auch *Hoffmann*, NStZ 2002, 566.

²³ *Kölbel*, JR 2006, 322; *ders.*, in: MüKo-StPO, § 158 Rn. 35 und § 160 Rn. 54 ff.; *Erb*, in: LR-StPO, § 160 Rn. 67a f.; *Eisenberg/Conen*, NJW 1998, 2241; *Wohlers/Deiters*, in: SK-StPO, § 160 Rn. 75 ff.

153a StPO in den Fokus wissenschaftlicher Auseinandersetzung.²⁴ Dabei ist nicht so sehr die Frage, ob bestimmte Formen der Verfahrenseinstellung stigmatisierende Wirkungen tatsächlicher Art entfalten können – dass eine Einstellung gem. § 153 StPO oder gar eine gegen Auflagen faktisch belastend für den Beschuldigten wirken kann, dürfte unbestritten sein: Eine Verfahrenseinstellung gegen Auflage kann als „Schuldspruch zweiter Klasse“ aufgefasst werden, eine Einstellung ohne Auflagen aber gem. § 153 StPO als ein Fall „an dem schon etwas dran sei“ und insofern mag eine faktische Belastungswirkung die Notwendigkeit richterlicher Kontrollrechtsbehelfe zumindest nahelegen.²⁵ Begründungsversuche eigenständiger Rechtsbehelfe gegen Opportunitätseinstellungsbeschlüsse der Staatsanwaltschaft gründen sich denn argumentativ vor allem auf das Erfordernis eines effektiven gerichtlichen Grundrechtsschutzes vor (missbräuchlicher) Stigmatisierung.²⁶ Auf der anderen Seite wird das verfassungsrechtliche Recht auf effektiven Rechtsschutz als „normgeprägtes“, d.h. einfachgesetzlich ausgestaltungsbedürftiges Grundrecht aufgefasst²⁷ und der Ausschluss des Beschwerderechts im Falle von Opportunitätseinstellungen als zulässige gesetzgeberische Entscheidung aufgefasst.²⁸ Eine Argumentation, die eine Kontrollnotwendigkeit auch von Opportunitätseinstellungen behauptet, müsste den Zusammenhang zwischen ausgelöster und ausgestaltbarer Rechtsschutzgewährleistung deutlich herausarbeiten, weshalb die hiesige Untersuchung besonderes Gewicht genau auf diesen Aspekt legen wird.

²⁴ Vgl. etwa die Monographien von *Bayer*, Stigmatisierungen; *Rose*, Rechtsschutz gegen Opportunitätseinstellungen; *Erb*, Legalität und Opportunität; *Horstmann*, Opportunitätseinstellungen; sowie *Hawickhorst*, *StraFo* 2016, 141.

²⁵ Der Ansatz von *Bayer*, Stigmatisierungen, geht allerdings davon aus, dass diese faktische Wirkung bereits hinreicht, um eine Eingriffsqualität anzunehmen.

²⁶ *Bayer*, Stigmatisierungen, S. 77 ff.

²⁷ *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 312. Zur abwehrrechtlichen Bedeutung normgeprägter Gewährleistungsgehalte, vgl. *Poscher*, *Abwehrrechte*, S. 132 ff.

²⁸ Vgl. etwa *Weigend*, *RW* 2010, 39 (54).

3. Rechtsschutz des Verletzten gegen Opportunitätseinstellungen

Betrachtet man die gesetzliche Lage unbefangen, dann erscheint eindeutig: Rechtsschutz gegen staatsanwaltschaftliche Verfahrenseinstellungen gem. §§ 153 ff. StGB ist ausweislich § 172 Abs. 2 StPO ausgeschlossen.²⁹ Auf der anderen Seite deuten einige Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts³⁰ sowie wissenschaftliche Stellungnahmen aus jüngster Zeit³¹ darauf hin, dass das bisher herrschende Dogma eines fehlenden grundrechtlichen Anspruchs auf Strafverfolgung Dritter – zumindest in einem strengen Sinne – nicht mehr dem Konsens entspricht. Damit aber erscheint eine kategorische Kontrollausnahme von Opportunitätseinstellungen, wie sie § 172 Abs. 2 StPO nahzulegen scheint, problematisch. Denn, dient auch das Strafverfahren der Realisierung von Verletztengrundrechten, dann kann eine rechtswidrige Opportunitätseinstellung eben diese Rechte von Verletzten auch verletzen. Muss dann nicht aber über solche möglichen Grundrechtsverletzungen vor dem Hintergrund (etwa) des Art. 19 Abs. 4 GG gerade ein Gericht entscheiden können?³² So führt das Recht auf effektive Justizgewährleistung im Strafverfahren vielleicht nicht dazu, dass es ein definitives Grundrecht auf Bestrafung gibt, aber vielleicht zumindest ein Recht auf effektive Durchführung eines Strafverfahrens gegen andere? Vor diesem Hintergrund erscheint eine Neubewertung der herrschenden Auslegung von § 172 Abs. 2 StPO zumindest möglich und daher prüfenswert.

Das Thema reicht damit an eine „der“ Grundfragen fast jeden Strafrechtssystems: Der Frage einerseits danach, wie objektiv ein

²⁹ Statt aller: *B. Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 172 Rn. 3; *Wohlers*, in: SK-StPO, § 172 Rn. 38; *Kölbl*, in: MüKo-StPO, § 172 Rn. 30.

³⁰ BVerfG, Beschl. v. 04.02.2010 – 2 BvR 2307/06 („Polit-Sekte“); BVerfG, Beschl. v. 26.6.2014 – 2 BvR 2699/10 („Tennessee“); BVerfG, Beschl. v. 06.10.2014 – 2 BvR 1568/12 („Gorch Fock“); BVerfG, Beschl. v. 23.03.2015 – 2 BvR 1304/12 („Münchener Lokalderby“).

³¹ Vgl. die Anmerkungen von *Hörnle* und *Gärditz* in: JZ 2015, 890; *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers; *Weigend*, RW 2010, 39; *Esser/Lubrich*, StV 2017, 418; *Sturm*, GA 2017, 398.

³² Vgl. auch *Sturm*, GA 2017, 398 (404 ff.).

Strafrecht sein kann, dass seine Rechtfertigung *auch* aus dem Schutz subjektiver Rechte – den Grundrechten – zieht; andererseits danach, wie subjektiv-rechtlich durchdrungen ein Strafverfahren im (objektiven) öffentlichen Interesse sein kann.³³ Einerseits muss in diesem Zusammenhang die Wirkweise subjektiver Schutzrechte im Strafverfahren herausgearbeitet werden und zudem erklärt werden können, inwiefern diese Schutzrechte gerade durch das strafgerichtliche Verfahren eine Umsetzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz darstellen, obwohl sich das Strafverfahren strukturell auf bereits abgeschlossene Verletzungshandlungen bezieht (wie kann ein Verfahren *künftigen* Schutz bieten, das stattfindet, weil in *Vergangenheit* verletzt wurde?). Andererseits muss aber auch hier mit dem gesetzgeberischen Ausgestaltungsspielraum umgegangen werden: Wenn das Strafverfahren auch der Durchsetzung subjektiver Rechte dienen soll, welche Aufgabe erfüllt das Strafverfahren dann im Unterschied zu zivilprozessualen Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten – geht es nicht gerade im Zivilprozess um die verbindliche Festsetzung in Angelegenheiten der Bürger untereinander? Wie verhält sich das Strafprozessrecht hierzu vor dem Hintergrund eines möglichen verfassungsrechtlichen Rechtsschutzanspruchs des Verbrechensoffers? Favorisiert das Grundgesetz die StPO oder die ZPO zur Befriedung privater Auseinandersetzungen – oder verhält es sich überhaupt zu dieser Frage?

4. Rechtsschutz von Dritten gegen Ermittlungsmaßnahmen
Zuletzt hat *Eckstein* maßgeblich die prozessualen „Dritten“, d.h. solche Personen, die selbst keine Beteiligten am Strafprozess sind, in die wissenschaftliche Prozessrechtsdiskussion eingebracht.³⁴ Selbst wenn *Ecksteins* Habilitationsschrift „Ermittlungen zu Lasten Dritter“ ihren Schwerpunkt nicht in der Frage eines effektiven Rechtsschutzes dieser Dritten hat, so deutet sie doch auf einen immer wichtiger werdenden Punkt in der strafprozessualen Diskussion: Inwiefern und inwieweit das Strafverfahren gegen Beschuldigte tat-

³³ Überblick bei A. Schmidt, in: Grundlagen und Grenzen, S. 175 ff., besonders 180 ff.; Hörnle, JZ 2006, 950.

³⁴ Eckstein, Ermittlungen zu Lasten Dritter.

sächliche, mittelbare Verwendung gegen dahinterstehende Dritte erfährt.³⁵ Ob und wie das Strafverfahren auch oder gar eigentlich geführt wird, um etwa an Unternehmen zu gelangen, die selbst nicht unmittelbare Bezugspersonen eines Strafvorwurfs sein können. Dadurch, dass Strafprozesse nur gegen individuelle, „natürliche“ Personen geführt werden können, kann schließlich der Zugriff auf Unternehmen nur über die natürlichen Personen etwa innerhalb dieses Unternehmens erfolgen.³⁶ Belasten Strafprozesse aber nicht nur die Beschuldigten, sondern auch dahinterstehende Unternehmen (oder beliebige andere Dritte), so gelangen die strafprozessualen Schutzmechanismen für Beschuldigte schnell an ihre Grenzen: Zwar berücksichtigt die StPO etwa die Selbstbelastungsfreiheit, sie trifft aber keine Vorkehrungen dagegen, dass die Selbstbelastungsfreiheit von Dritten unterwandert wird; oder: Niemand muss einer Einstellung gegen Auflagen, niemand einer prozessualen Absprache zustimmen, wenn er davon überzeugt ist, unschuldig zu sein – niemand hindert aber Unternehmen daran, Beschuldigte genau zu einer solchen Zustimmung zu drängen. Niemand zwingt Beschuldigte, belastendes Material mit Bezug auf die eigene Strafverfolgung von sich aus an die Staatsanwaltschaft herauszugeben, niemand hindert aber Unternehmen daran, kompromittierende Fakten an die Staatsanwaltschaft weiterzuleiten, um Schaden vom Unternehmen abzuwenden. Kurz: Die mittelbare Belastung der Unternehmen kann mittelbar belastend auf den Beschuldigten zurückwirken und genau hierdurch dem Beschuldigtenschutz seine Wirkung nehmen. Doch, inwiefern ist dies ein Thema des Rechtsschutzes genau dieser Dritten und nicht vielmehr eine Frage des Rechtsschutzes des Beschuldigten gegen diese Handlungen der Dritten?

Zum echten rechtlichen Regelungsproblem wird die Beeinträchtigungswirkung der Dritten durch den Strafprozess gegen den Be-

³⁵ Dass eine Möglichkeit einer Drittbeeinträchtigung besteht und dass diese Drittbeeinträchtigung eigenständige Rechtsschutzansprüche auslösen kann, lässt auch die StPO an einigen Stellen durchblicken. Vgl. etwa in §§ 100c Abs. 3 Satz 3, 100f Abs. 3, 100h Abs. 3, 100i Abs. 2 Satz 1, 101 Abs. 4, 163f Abs. 2 StPO. Aber auch § 305 Satz 2 a.E. StPO

³⁶ Über die „Auswirkungen eines Ermittlungs- oder Strafverfahrens auf Mitarbeiter und Unternehmen“: *Eidam*, in: *Unternehmen und Strafe*, S. 833 ff.

schuldigten in dem Moment, in dem prozessuale Einflussmöglichkeiten und Rechte des Beschuldigten gegen den Staat ihre vorgesehene Wirkung nicht mehr entfalten können, weil Dritte die angestrebte Schutzposition des Beschuldigten aushöhlen und sich dabei *gleichzeitig* im Rahmen des für sie *Erlaubten* halten. Denn *unerlaubte* Beeinflussungen des Beschuldigten sind zunächst kein Regelungsproblem – die Rechtsordnung hat dann bereits die Beeinflussung eindeutig als verboten deklariert. Zu einem Regelungsproblem gegenüber dem Beschuldigten wird diese Beeinflussung erst in dem Moment, indem das Regelungssystem Schutzpositionen des Beschuldigten aushöhlt, indem Dritten beeinflussendes Verhalten erlaubt wird. In dieser Situation scheint es zunächst zwei Regelungsmöglichkeiten zu geben: Entweder man senkt die Ansprüche an den Beschuldigtenschutz – man nimmt die Beeinflussung also hin, oder man verbietet die Beeinflussungsmöglichkeit des Dritten und läuft so Gefahr dessen faktische und/oder mittelbare Beeinträchtigung durch den Strafprozess zu ignorieren. Es gibt jedoch auch eine dritte Möglichkeit – und diese verweist direkt auf die Rechtsschutzproblematik: Die materielle Beeinträchtigungswirkung der Dritten wird ernstgenommen und gleichzeitig eine Beeinflussung des Beschuldigten verboten. Anstatt die Rechte der Dritten dadurch zu wahren, dass ihre mittelbare Beeinträchtigung durch eine mittelbare Prozessbeeinflussungserlaubnis flankiert wird, kann man untersuchen, ob und inwieweit die Rechte der Dritten nicht durch unmittelbare eigene Rechtsbehelfe besser gewahrt werden können. Dies würde zum einen unterstreichen, dass es auch bei mittelbaren Rechtsbeeinträchtigungen um echte eigene Rechtsbeeinträchtigungen geht, zum anderen würde es dazu beitragen können, mittelbaren Druck vom Beschuldigten zu nehmen. Selbstverständlich ist mit der Einräumung einer solchen unmittelbaren Beteiligungsmöglichkeit der Dritten nicht ausgeschlossen, dass diese dennoch Druck auf Beschuldigte ausüben – die Rechtsordnung würde den Rechten der Dritten aber zumindest eine Möglichkeit der eigenen prozessualen Durchsetzung zugestehen. Inwiefern die Grundrechte der Dritten daher eigene unmittelbare Rechtsschutzansprüche auslösen können, muss und soll daher hier genauer untersucht werden.

5. Rechtsschutz zur Herausgabe von Verfahrensinformationen
Die Information des Beschuldigten in Form der Möglichkeit Einsicht in die Verfahrensakten zu nehmen, gehört zur den zentralen Voraussetzungen fairer Prozessführung.³⁷ Sie ist besondere Ausprägung der Subjektstellung des Beschuldigten und soll diesem – ganz unabhängig von der konkreten Ausgestaltung – die Möglichkeit geben, auf das Verfahren Einfluss auszuüben.³⁸ Wie viele Prozessrechte des Beschuldigten, ist das Recht informiert zu sein, unmittelbar verflochten mit der Grundfrage nach einer ausgewogenen, rechtsstaatlichen Prozessführung.³⁹ Als solches ist das Recht auf Akteneinsicht eine geradezu klassische „Fair-Trial“-Thematik und wird auch meist in diesem Zusammenhang behandelt⁴⁰ – aber ist es damit ausschließlich eine Thematik des fairen Einflusses auf das Hauptverfahren und nicht vielmehr auch eine Frage des effektiven Rechtsschutzes gegen Rechtsbeeinträchtigungen durch die Staatsanwaltschaft?⁴¹

Lenkt man den Blick auf die faire Gestaltung des gesamten Strafverfahrens, so erscheint insbesondere das lediglich mittelbar gewährleistete Recht auf Akteneinsicht durch einen bevollmächtigten Verteidiger und der ausgeschlossene Rechtsschutz gegen verweigerte Akteneinsicht im Ermittlungsverfahren nicht im gleichen Sinne problematisch, als wenn man das Recht auf Verfahrensinformation durch Akteneinsicht auch im Recht auf effektiven Rechtsschutz verorten würde. Zum einen besteht ein grundsätzliches Recht auf Verteidigung, weshalb die Zwischenschaltung eines Rechtsanwaltes keine unüberwindbaren Hürden darstellt. Zum anderen kann der Einfluss auf das Strafverfahren auch durch spätere Informationen durch

³⁷ BVerfGE 63, 45 (61f.) – Spurenakten; BVerfG, NJW 1994, 3219 mit Beschränkung auf Haftsachen; *Walischewski*, StV 2001, 243 m.w.N. weist allerdings zurecht auf die verallgemeinerbaren Aussagen in der Kammerentscheidung hin. Vgl. ferner EGMR, StV 1993, 283 und EGMR, StV 2001, 201.

³⁸ BGHSt. 29, 99 (102).

³⁹ Hierzu *Kühne*, Strafprozessrecht, S. 143.

⁴⁰ Vgl. die umfassende Nachweise bei *Wohlens*, in: SK-StPO, § 147 Rn. 1 ff.

⁴¹ Darauf hinweisend *Walischewski*, StV 2001, 243; *Wohlens*, in: SK-StPO, § 147 Rn. 112.

das Gericht und seine entsprechend weit verstandene Fürsorgepflicht gegenüber einem unverteidigten Angeklagten gewahrt werden, sodass eine sehr frühzeitige Akteneinsicht im Ermittlungsverfahren nicht notwendig eine zwingende Voraussetzung eines insgesamt fairen Strafverfahrens sein muss. Doch können damit alle Bedenken gegen ein mittelbares und uneinklagbares Akteneinsichtsrecht wirklich beiseitegeschoben werden? Ohne Zweifel sind die Hinweise auf eine Kompensation des verkürzten Akteneinsichtsrecht im späteren Verfahren auch vor dem Hintergrund des Fair-Trial-Prinzips angreifbar: Für einen effektiven Einfluss auf das Verfahren kann eine sehr frühzeitige Akteneinsicht entscheidend werden⁴² und ein umfassendes Akteneinsichtsrecht kann für Beschuldigte für deren eigenverantwortliche Frage entscheidend sein, ob überhaupt ein Verteidiger – mit entsprechendem Kostenrisiko – engagiert werden soll.⁴³ Auch ohne Verweis auf das Recht auf effektiven Rechtsschutz ist der gegenwärtige Informationszugriff des Beschuldigten damit zumindest angreifbar.

Wirklich problematisch erscheint § 147 StPO und das dort geregelte beschränkte Akteneinsichts- und Auskunftsrecht aber mit Blick auf die aus Art. 19 Abs. 4 GG abgeleitete Möglichkeit, gegen Zwangsmaßnahmen der Staatsanwaltschaft richterlichen Rechtsschutz gerade unabhängig vom Hauptverfahren zu erlangen.⁴⁴ Die Aktenführung der Staatsanwaltschaft dient der umfassenden Dokumentation staatsanwaltschaftlicher Handlungen, Maßnahmen und Verfahrenserwägungen. Insofern ist die Aktenführung ohne Frage hauptsächlich für die Durchführung (Vorbereitung) des Hauptverfahrens relevant – sie dokumentiert aber auch Vorgänge, die für die Rechtmäßigkeit einzelner Ermittlungshandlungen sowie der Ermittlungsführung überhaupt bedeutsam sind. Soll aber das Recht auf effektiven Rechtsschutz erfordern, dass möglicherweise rechtswidrige Ermittlungshandlungen effektiv und rechtzeitig vor Gericht angegriffen werden können müssen, erzwingt dies dann aber nicht,

⁴² Für Fälle der Untersuchungshaft explizit EGMR StV 2002, 201 (Garcia Alva, Lietzow, Schöps;) EGMR, StV 2008, 475 (Mooren I); EGMR EuGRZ 2009, 566 (Mooren II); Vgl. auch BVerfG StV 2006, 281.

⁴³ Ähnlich auch Kühne, Strafprozessrecht, S. 145 f.

⁴⁴ Walischewski, StV 2001, 243 (244 ff.); Wohlers, in: SK-StPO, § 147 Rn. 112.

dass ein Beschuldigter zunächst überhaupt über den Stand der Ermittlungen durch die Aktenlage informiert wird? Muss nicht ein Beschuldigter allein deshalb ein Recht auf Information bezüglich grundsätzlich aller Ermittlungshandlungen haben, um die Rechtmäßigkeit der gegen ihn gerichteten Ermittlungshandlungen abschätzen zu können?⁴⁵ Wie soll ein Beschuldigter effektiven Rechtsschutz gegen einzelne Ermittlungseingriffe erlangen können, wenn ihm kein umfassendes Recht auf Information über die Verfahrensführung zusteht? Der manchmal zu lesende lapidare Hinweis jedenfalls, dass auch Art. 19 Abs. 4 GG keinen sofortigen Rechtsschutz erfordere,⁴⁶ ist vor dem Hintergrund, dass Grundrechtsträger grundsätzlich nicht vor vollendete Tatsachen gestellt werden sollen, zumindest erklärungsbedürftig und einer genaueren Untersuchung würdig. Auch wenn die soeben skizzierten Erwägung mittlerweile in der Literatur angestellt werden,⁴⁷ scheint es bisher an einer genaueren Untersuchung des Zusammenhangs zwischen effektivem Rechtsschutz gegen einzelne Ermittlungshandlungen und dem eingeschränkten Akteneinsichtsrecht im Strafverfahren zu fehlen, weshalb das Thema hier vertiefend aufgegriffen werden soll.

6. Rechtsschutz zur Verhinderung von Informationsweitergaben
Der soeben erwähnte Zusammenhang zwischen der Erlangung von Verfahrensinformationen und dem Recht auf Rechtsschutz, beschreiben dabei allerdings nur eine Seite des prozessualen Informationsproblems. Auf der anderen Seite findet sich die Problematik, wie Betroffene gerade verhindern können, dass sie betreffende Informationen von der Staatsanwaltschaft weitergegeben werden. Doch inwiefern ist dies ein prozessuales Problem?

⁴⁵ Das BVerfG scheint den Zusammenhang zwischen eingreifenden Ermittlungen und Akteneinsicht zu sehen, zieht sich aber in StV 1994, 465 (466) auf die Vermutung zurück, dass Ermittlungen als solches „regelmäßig nicht unmittelbar“ in die Rechte des Betroffenen eingreifen. Das ist nicht zutreffend, vgl. unten D.I.1.cc.bbb.

⁴⁶ BVerfG NStZ 985, 228; *Beulke*, Strafprozessrecht, S. 221 f.

⁴⁷ *Walischewski*, StV 2001, 243 (244 ff.); *Wohlens*, in: SK-StPO, § 147 Rn. 112.

Das Thema der informierenden Staatsanwaltschaft genießt in letzter Zeit gesteigerte Aufmerksamkeit.⁴⁸ Der Fokus der Betrachtungen liegt dabei meist auf der inhaltlichen Rechtmäßigkeit solcher Informationshandlungen. Wann darf die Staatsanwaltschaft die Öffentlichkeit über was informieren? Wann haben Private ein Recht auf Informationen aus dem Verfahren gegen einen anderen? Welche Informationen dürfen in Presseerklärungen genannt werden, welche Interessen und Rechte gilt es abzuwägen, wer hat überhaupt ein Recht auf Information usw.? So formuliert berührt das Informationshandeln Fragen nach der inhaltlichen Reichweite von Informationsrechten und Persönlichkeitsrechten und keine prozessuale Rechtschutzfragen.

Dabei haben diese Fragen jedoch ein nicht minder relevantes prozessuales Pendant: Die Frage nämlich, welche prozessualen Möglichkeiten bestehen müssten, um materiell möglicherweise rechtswidrige Informationen zu verhindern; oder allgemeiner gesprochen: Wann warum welche Möglichkeit bestehen müsste, die materielle Rechtmäßigkeit von Informationsweitergaben gerichtlich überprüfen zu lassen.⁴⁹ Dass dieses Problem nicht nur als abstrakte Zuständigkeits- und Kontrollfrage von Interesse sein könnte, verdeutlicht folgendes Beispiel: Typischerweise erfährt ein Betroffener erst durch eine bereits getätigte Information der Öffentlichkeit, dass seine

⁴⁸ Vgl. hierzu nur folgenden Auszug aus der jüngeren Aufsatzliteratur: *Bornkamm*, NSTZ 1983, 102; *Wasmuth*, NJW 1988, 1705; *Ricker*, NJW 1990, 2097; *Schroers*, NJW 1996, 969; *Becker-Toussaint*, NJW 2004, 414; *Looock*, NJ 2005, 157; *Tilmann*, StV 2005, 175; *Koppenhöfer*, StV 2005, 172; *Lorz*, NJW 2005, 2657; *Lindner*, StV 2008, 210; *Gounalakis*, NJW 2012, 1473; *Lehr*, NJW 2013, 728; *Addicks*, NSTZ 2016, 256; *Gounalakis*, NJW 2016, 737.

⁴⁹ In der Praxis wird dieses Problem vor allem als Zuständigkeitsproblem zwischen Verwaltungsgerichten und ordentlicher Gerichtsbarkeit gesehen, vgl. einerseits BVerwG NSTZ 1988, 513; VG Frankfurt StV 1997, 240 und andererseits OLG Stuttgart NJW 2001, 3739. Anders als dies in der strafprozessualen Literatur aber mitunter anklingt, ist diese Zuständigkeitsfrage nicht mit dem Hinweis zugunsten der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu erledigen, dass die Staatsanwaltschaft spezifisch strafverfahrensrechtlich tätig wird; so aber *Beulke*, Strafprozessrecht, S. 227. Der ordentlichen Gerichtsbarkeit fehlt es vielmehr an einer notwendigen Vollstreckungskompetenz, vgl. unten E.IV.2.

Rechte durch die Informationshandlung beeinträchtigt wurden – im Falle staatsanwaltschaftlicher „Litigation-PR“ (etwa durch Presseerklärungen) scheinen Betroffene also strukturell vor vollendete Tatsachen gestellt zu werden. Dies kontrastiert allerdings mit dem Diktum des Bundesverfassungsgerichts, dass effektiver Rechtsschutz genau dies verhindern soll. Andererseits wird die Notwendigkeit der Öffentlichkeitsinformation durch die Staatsanwaltschaft kaum ernsthaft kategorisch in Zweifel gezogen und gerade mit ihrer Rolle als „Herin“ über Anklage und Ermittlungsverfahren in Verbindung gebracht.⁵⁰ Wenn es aber gerade die verfahrensbezogene Selbstständigkeit der Staatsanwaltschaft sein soll, die ihr eigenständiges Informationshandeln notwendig macht, dann kollidiert der Ruf nach einer gerade gerichtlichen Entscheidung über das Informationshandeln der (insoweit eigentlich eigenständigen) Staatsanwaltschaft mit dem strafprozessualen Funktionsgefüge. Einerseits soll die Staatsanwaltschaft ihre Funktion gerade unabhängig von gerichtlichem Einfluss wahrnehmen – andererseits soll effektiver Grundrechtsschutz gerade gerichtliche Entscheidungen notwendig machen. Um diese Spannungslage mit Blick auf die verfassungsrechtliche Rechtsschutzproblematik einzelfallbezogen auflösen zu können, bedarf es einer genaueren Untersuchung, was effektiver Rechtsschutz im Kontext notwendiger staatsanwaltschaftlicher Informationshandlungen überhaupt bedeuten kann.

III. Unterschiedliche Erscheinungsformen eines Problems

Betrachtet man die soeben skizzierten Problemfelder in einer solchen Zusammenschau, so fällt schnell auf, dass sich die Frage des notwendigen, wünschenswerten, aber auch verfahrensökonomischen Rechtsschutzes wie ein roter Faden durch fast sämtliche tatsächlichen Berührungsfelder von Staatsanwaltschaft und betroffenen Bürgern spinnt, ohne dass die jeweiligen Probleme dabei ausschließlich als solche des Rechtsschutzes betrachtet werden könnten.

⁵⁰ Vgl. etwa *Lorz*, NJW 2005, 2657; *Gounalakis*, NJW 2016, 737 (740 f.); skeptischer hingegen *Addicks*, NSTZ 2016, 256.

Auch wenn die prozessualen Phänomene, die von der Rechtsschutzproblematik durchdrungen werden, über den Kamm des effektiven Rechtsschutzes geschoren werden können, so driften sie als Ausdrucksformen „der Rechtsschutzdebatte“ phänomenologisch doch denkbar weit auseinander – was hat das Recht auf Akteneinsicht noch mit der Fragen des Rechtsschutzes gegen Opportunitätseinstellungen zu tun? Es verwundert daher wenig, dass die grundlegendere und gerade gemeinsame Rechtsschutzproblematik meist ad-hoc, stark fokussiert auf das jeweilige Einzelproblem und als ein Problem unter vielen untersucht wird. Dies möchte man freilich auch nicht als Makel hervorheben, denn dass Probleme am jeweiligen tatsächlichen Phänomen orientiert untersucht werden, dort, wo sie als ganz reale Probleme auftauchen, ist im Zuge eines „practice turn“ der Rechtswissenschaft als Wissenschaft (auch) von der Regelung sozialer Praktiken⁵¹ sehr zu begrüßen. Gleichwohl zeigt sich auf abstrakterer Ebene, dass die geschilderten Problemfelder im Thema des richterlichen Rechtsschutzes zusammenlaufen und insofern vergleichend betrachtet werden können: Mit Bezug auf die Frage nämlich, in welchem Verhältnis staatsanwaltschaftliche Prozessführungskompetenzen zu richterlichen Entscheidungskompetenzen stehen.

Hebt man die Fragestellung auf eine derart abstrakte Ebene, so ist die Versuchung groß, Staatsanwaltschaften und Gerichte in ihrer Funktion „an und für sich“ und in ihrem Wesen gegenüberzustellen. Entsprechende Untersuchungen zum Verhältnis der Staatsanwaltschaft zur Gerichtsbarkeit gibt es zahlreich⁵² und die wesentlichen

⁵¹ Vgl. *Morlok/Kölbl*, ZfRSoz 21 (2000), 387; bezeichnend auch die Einleitung der Artikelserie von *Peat/Windsor*, Cambridge Journal of International and Comparative Law (3)2: 444-449 (2014).

⁵² Etwa *Arndt*, NJW 1961, 1615; *Bader*, NJW 1949, 737; *Bader*, JZ 1956, 4; *Brangsch*, NJW 1951, 59; *Deutscher Richterbund*, DRiZ 1962, 292; *Deutscher Richterbund*, DRiZ 1955, 254; *Deutscher Richterbund*, DRiZ 1968, 357; *Dünnebier*, JZ 1958, 417; *Dünnebier*, JZ 1961, 312; *Gärtner*, Die Stellung der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren; *Göbel*, NJW 1961, 856; *Görcke*, ZStW 73 (1961), 561; *Güde*, Justiz 1957, 301; *Hofmeister*, NdsRPflege 1958, 61; *Kern*, DRiZ 1951, 119; *Kohlhaas*, Staatsanwaltschaft als rechtsprechende Gewalt; *Roxin*, DRiZ 1969, 385; *E. Schmidt*, MDR 1951, 1; *Strunck*, NJW 1949, 416; *Wagner*, NJW 1963, 8; *Lilie*, FS-Mehle 2009, S. 359 ff.;

Standpunkte hierzu scheinen ausgetauscht und zudem wenig hilfreich, konkrete Rechtsschutzfragen anzugehen. Denn, bei der Frage, ob Rechtsschutz gegen bestimmte staatsanwaltschaftlichen Handlungen notwendig ist, ist weniger relevant, ob die Staatsanwaltschaft eine Exekutivbehörde, Justizbehörde oder eine Behörde „eigener Art“⁵³ ist – erheblich ist dies nur vor der Folie der Auslösung eines Rechtsschutzanspruchs. Dies leugnet nicht, dass Funktionsbeschreibungen für die Geltung einer Justizgewährleistungsgarantie von wesentlicher Bedeutung sind – es beharrt nur darauf, dass stets die konkrete Maßnahme und deren Funktion im Blick behalten werden muss: Für die Entscheidung eines verfassungsrechtlichen Rechtsschutzanspruchs ist weniger entscheidend, ob die Staatsanwaltschaft eine unabhängige Justizbehörde zu sein hat, als vielmehr die Frage, ob eine bestimmte Zwangsmaßnahme die Entscheidung von einem richterlich organisierten Spruchorgan verlangt.⁵⁴ Möglicherweise kann man aus den hieraus gezogenen Schlussfolgerungen dann sinnvoll auf bestimmte abstrakte Funktionsbeziehungen zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht schließen – dieser letzte Schritt erscheint im Zusammenhang mit der hiesigen Fragestellung aber weder notwendig noch einem Erkenntnisfortschritt hinsichtlich der Rechtsschutzproblematik zuträglich. Es soll daher keine abstrakte Untersuchung des Verhältnisses von Staatsanwaltschaft und Gericht stattfinden, sondern das Verhältnis nur mit Blick auf die daraus folgenden Konsequenzen für eine verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie untersucht werden.

Die hier vorgenommene Untersuchung des Rechtsschutzes gegen „die Staatsanwaltschaft“ ist demnach Versuch einer Systematisierung des strafprozessualen Rechtsschutzes durch behutsame Abstraktion von Einzelfallproblemen, bei deren Lösung die Rechtsschutzgarantie argumentativ nutzbar gemacht werden kann. Die

Kohlhaas, Staatsanwaltschaft als rechtsprechende Gewalt; *Gärtner*, Die Stellung der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren; *Bietau*, Staatsanwaltschaft und andere Hoheitsträger; *Wohlens*, Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft; *Koller*, Staatsanwaltschaft als Organ; *Kurzrock*, Politische Einflußnahme.

⁵³ So salomonisch *Lilie*, FS-Mehle 2009, S. 359 ff., S. 365 ff.

⁵⁴ Hiervon sind selbst die Gerichte nicht generell ausgenommen, vgl. grundlegend *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter; zur Rechtsprechung des BVerfG: *Voßkuhle*, NJW 2003, 2193.

oben erwähnten Problemfelder dienen dabei einmal als Ausgangspunkt der Untersuchung, um Grundsätze des verfassungsrechtlich notwendigen strafprozessualen Rechtsschutzes zu entwickeln; gleichzeitig beschränken sie das Abstraktionsniveau: Grundsätzliche Fragen werden nur insofern aufgegriffen, wie sie für die Lösung der Problemfelder aus der Perspektive verfassungsrechtlicher Justizgewährleistungsgarantie notwendig sind.

B. Gang der Untersuchung

Bezieht sich die Untersuchung auf den Umfang und die Art notwendigen Rechtsschutzes gegen die Staatsanwaltschaft, so ist damit noch nicht geklärt, wie diese Untersuchung vorgenommen werden soll. So wäre es beispielsweise möglich, die Rechtsschutzproblematik empirisch zu untersuchen, die tatsächlichen Wirkweisen richterlicher Kontrollmomente im Strafprozess aufzugreifen und entsprechende Optimierungserwägungen anzustellen. Tatsächlich scheint die häufig bemühte Rede von einem auch faktisch wirkungsvollen Rechtsschutz,⁵⁵ genau eine solche Vorgehensweise zu empfehlen.

Ein vorschneller Sprung auf eine empirische Untersuchung *praktischer* Abläufe und die Formulierung etwaiger Optimierungsvorschläge, laufen allerdings Gefahr ihren normativen Ausgangspunkt, ihre impliziten Voraussetzungen zumindest zu verdecken. Eine Optimierungsaufgabe braucht schließlich Vorgaben dafür, *was* es zu optimieren gilt und *warum* dies zu optimieren ist. Es ist ein Gebot der Klarheit, diese Grundannahmen einer Rechtsschutzeffektivierung deutlich herauszuarbeiten. Dies bedeutet, dass eine Analyse der Effektivität richterlicher Kontrollinstrumente voraussetzt, dass Klarheit darüber besteht, was richterlicher Rechtsschutz im Kontext des Strafprozesses überhaupt leisten soll. Genau dieser Frage soll im hiesigen Kontext genauer nachgegangen werden.

⁵⁵ Etwa BVerfGE 35, 263 (274); 35, 382 (401); 61, 82 (110 f.); BVerfGE 101, 106 (122).

I. Rechtsschutz als verfassungsrechtliches Problem

Konzentriert sich die Fragestellung auf das normative Fundament des Rechtsschutzes, so führt dies fast zwangsläufig auf die verfassungsrechtliche Ebene: Maßstab des „richtigen“ Strafprozessrechts – des „Rechts des Strafprozessrechts“⁵⁶ – ist in juristischer Hinsicht neben den einfachen Prozessgesetzen in erster Linie das Grundgesetz. Genauer: Das einfache Prozessrecht ist sogar nur deshalb maßgeblich, weil dies das Grundgesetz (Gesetzesbindung) vorschreibt. Aus dem Grundgesetz folgen die formellen Erzeugungsregeln (etwa: Kompetenz- und Zuständigkeitsregeln) des Strafprozessrechts genauso wie dessen materiellen Regelungsgrenzen (vor allem: die Grundrechte) und schließlich die ausführlich zu ergründende eigentümliche Verschränkung von materiellem Regelungsgrund und der gleichzeitigen prozessualen Regelungsgrenze im Recht auf effektiven (Grund-)Rechtsschutz – oder etwas allgemeiner gesprochen: im Recht auf effektive Justizgewährleistung (vornehmlich, aber keinesfalls ausschließlich: Art. 19 Abs. 4 GG).

1. Übliche Näherungen an das Rechtsschutzproblem

Dabei lassen sich materielle Grundrechtsschutz-Fragen niemals strikt von den Fragen ihrer prozeduralen und prozessualen Geltendmachung trennen. Die analytischer Unterscheidbarkeit formellen und materiellen Rechts ändert weder etwas daran, dass materielles Recht ohne formale Regeln nicht erlassen, nicht „gesetzt“ werden kann, noch daran, dass formale Regeln ohne einen eben materiellen Bezugspunkt ins Leere gingen.

Diese Verschränkung von formellem Verfahrensrecht und materiellem Recht wird in dem üblichen Lösungszugriff dergestalt aufgegriffen, dass das „dienende“ Prozessrecht⁵⁷ nicht nur auf das materielle Recht bezogen wird, sondern gerade weil es dem materiellen Recht „diene“, auch diesem untergeordnet wird. Das „Sollen“ des materiellen Rechts wird prozessual (formell) zum „Sein“ geführt. Wichtig, so könnte man meinen, sei in erster Linie das materielle Recht; das Recht, wie es „eigentlich“ gelten soll.⁵⁸ Nur wenn man schließlich weiß, wie und welches Recht eigentlich gelten *soll*, kann

⁵⁶ Vgl. *Hofmann*, Recht des Rechts.

⁵⁷ Vgl. hierzu *Quabeck*, Dienende Funktion, S. 52 ff.

⁵⁸ (Daher?) Relativierend zur „dienenden Funktion des Prozessrechts“, *Buchheim*, Actio, Anspruch, subjektives Recht, S. 134 f.

sinnvoll über das Verfahren zu dessen „Zur-Geltung-Bringen“ nachgedacht werden. Doch, trifft dies wirklich zu?

An dieser Vorgehensweise sind zumindest Zweifel angebracht. So muss sie unterstellen, dass es ein materielles Recht ohne formale Setzung überhaupt gibt. Das eigentlich zu geltende materielle Recht wird herausgearbeitet, gerade ohne dessen formale Realisierungsbedingungen zu klären: Eine allgemeine Handlungsfreiheit wird proklamiert, ohne sich die Frage zu stellen, wie eine allgemeine Handlungsfreiheit überhaupt zur Geltung kommen soll.⁵⁹ Selbstverständlich bleibt man dabei nicht stehen und versichert sogleich, dass eine solche allgemeine Freiheit etwa lediglich ein „Denkgebäude“ darstelle, eine notwendige „Fiktion“, um reale Rechtskonflikte adäquat lösen zu können.⁶⁰ Doch bedarf es dieser Fiktion der eigentlichen Freiheit nicht gerade deshalb, weil eine – wie auch immer genau zu verstehende – *materielle* Freiheit zunächst außerhalb ihrer Setzungsbedingungen gedacht wird? Warum muss man eine unbeschränkte materielle Freiheit denken, um reale beschränkte Freiheit erklären zu können?

Die Lösung des materiellen Rechts aus seinen formellen Entstehungsbedingungen führt aber noch zu weiteren Unstimmigkeiten. Versteht man nämlich das materielle Recht als Recht, wie es außerhalb seiner formellen Setzung *eigentlich* zu gelten habe, dann ist man notwendig dazu gezwungen, im nächsten Schritt zu erklären, warum die prozessuale Durchsetzung dieses Rechts gleichwohl hinter dem materiell gerade nicht in Frage gestellten Geltungsanspruch zurückbleiben kann. Wie kann das formelle Recht zur Durchsetzung

⁵⁹ Zur Klarstellung: Dies ist nicht der übliche Einwand gegen die allgemeine Handlungsfreiheit, dass es keine „grenzenlose Freiheit“ gäbe; hierzu vertieft unten D.I.1.a. Hier geht es darum, dass es Widersprüche aufwirft einerseits eine allgemeine Handlungsfreiheit zu proklamieren, andererseits diese Handlungsfreiheit aber nicht prozessual vollständig für durchsetzbar zu erklären.

⁶⁰ Paradigmatisch *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 90 ff., 94.; dieses Problem wird nur vordergründig umgangen, indem man die Allgemeine Handlungsfreiheit zu einem formal-materialen Freiheitsprinzip erklärt, vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 321 ff. Allein die Behauptung eines Freiheitsprinzips begründet es nicht.

des materiellen Rechts dienen und zugleich hinter dessen vollständiger Realisierung zurückbleiben?⁶¹ Dies führt in der Praxis zu erstaunlichen Konstellationen: So gelten die Grundrechte selbstverständlich auch bei nicht tiefgreifenden Grundrechtsbeeinträchtigungen – eine eben solche tiefgreifende Grundrechtsbeeinträchtigung soll aber formale Voraussetzung dafür sein, dass Gerichte die Rechtmäßigkeit einer solchen Beeinträchtigung überhaupt prüfen.⁶² Wenn im nicht-tiefgreifenden Grundrechtsbereich die Geltung der Grundrechte aber niemals formal zur Geltung kommen kann, inwiefern ist es dann überhaupt sinnvoll, von (eben nicht-tiefgreifenden) Beeinträchtigung eines *Rechts* zu sprechen? Wie soll ein Recht prozessual *nicht* durchgesetzt werden können und *zugleich* bestehen? Wird so nicht eigentlich entweder behauptet, dass ein separates prozessuales Recht darauf bestehen müsste, ein materielles Recht zur Geltung zu bringen, oder aber doch geleugnet, dass es ein allgemeines Freiheitsrecht geben kann? Kann dann aber überhaupt sinnvoll davon gesprochen werden, dass das prozessuale Recht das materielle Recht zur Geltung bringt, oder ist so nicht viel eher aufgezeigt, dass das prozessuale Recht überhaupt erst bestimmt, inwiefern materielle Rechte zur Geltung kommen sollen?⁶³ Zeigt nicht gerade das Diktum vom „dienenden Charakter des Prozessrechts“, dass es sich in Wirklichkeit eher um notwendige Realisierungsbedingungen des materiell geltenden Rechts handelt, sodass nicht das materielle Recht prozessual eingeschränkt, sondern überhaupt erst durch formalisierte Verfahren gesetzt wird?

2. Justizgewährleistung als gerichtliche Rechtsschutzgarantie
Trifft zu, dass in der Rechtsordnung nur das letztverbindlich gilt, was von der Rechtsordnung selbst als letztverbindlich deklariert wird (es

⁶¹ Dies dürfte das beschreiben, was *Buchheim*, Actio, Anspruch, subjektives Recht, S. 127 f. als „Obstruktionspotential des Prozessrechts“ beschreibt.

⁶² Vgl. OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2003, 175; AG Bremen StV 2012, 14. Überblick über Fallgruppen bei *Beulke*, Strafprozessrecht, S. 224 f.

⁶³ *Buchheim*, Actio, Anspruch, subjektives Recht, S. 127: „Es ist Sache des Prozessrechts, zu bestimmen, ob es das materielle Recht pauschal transponiert, einzeln übersetzt oder dessen Festlegungen durch eigene Regelungen modifiziert.“

ist schließlich die Rechtsordnung selbst, die regelt wann und wie Rechtskraft eintritt, wirkt und beseitigt wird)⁶⁴, dann scheint es unzulänglich, sich damit zu begnügen, dass rein praktisch nicht jede denkbare Rechtsposition einklagbar ist, nicht einklagbar sein kann.⁶⁵ Überspielt nicht der Verweis darauf, dass schon rein tatsächlich nicht jede Belästigung ein aufwendiges gerichtliches Verfahren rechtfertigen könne einen vielmehr darin zum Ausdruck kommenden Fatalismus mit einem scheinbar tatkräftigen Pragmatismus, der die Notwendigkeit theoretischer Erklärung schlicht leugnet? Oder muss nicht erklärt werden, was man bisher nicht erklären kann?

Die Tatsache, dass die Rechtsordnung ihre Geltungsbedingungen (jedenfalls) zu großen Teilen selbst beschreibt, wirft doch gerade die Frage auf, ob und wie Klagen und Richtersprüche im System des formellen Rechts überhaupt wirken. Allein der Hinweis auf die Rechtskraftwirkung und Unabhängigkeit der Richter hilft hier nur scheinbar weiter, wie sich nicht zuletzt in der strafprozessualen Diskussion um die Rechtskraftwirkungen von Opportunitätseinstellungen⁶⁶ und Strafbefehlen⁶⁷ auf der einen Seite und der Notwendigkeit einer unabhängig agierenden Staatsanwaltschaft auf der anderen Seite zeigt. Es ist keinesfalls eindeutig, was etwa „Rechtskraft“ im jeweiligen Kontext genau bedeutet. Erst wenn aber geklärt ist, was „verfassungsrechtlich erforderliche Justizgewährleistung“ genau bedeutet, kann ein Urteil darüber gefällt werden, in welchem Umfang richterliche Entscheidungen im Strafverfahren zugelassen, unterstützt oder gar verhindert werden müssen. Ohne dass die formelle Wirkung von richterlichen Entscheidungen klar ist, bleibt etwa der

⁶⁴ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 242/S. 423 f.; *Merkel*, Gesammelte Schriften I/1, 85 (122 ff., 132 f.).

⁶⁵ Nur so aber wäre erklärbar, warum etwa ein weiterer Eingriffsbegriff ein Problem der Gewaltenteilung sein könnte, vgl. *Eckhoff*, Grundrechtseingriff, S. 255 ff.; daran anschließend *Eckstein*, Ermittlungen zu Lasten Dritter, S. 51 f. Die Ratio dahinter scheint die Befürchtung zu sein, dass eine umfassende Einklagbarkeit zu einem strukturellen Übergewicht der Judikative führen würde. Vertiefend unten D.I.1.b.

⁶⁶ Vgl. *Diemer*, in: KK-StPO, § 153 Rn. 26; *Rieß*, NSTZ 1981, 2 (9).

⁶⁷ Überblick bei *Maur*, in: KK-StPO, § 410 Rn. 15.

beliebte Verweis darauf, dass zu weitgehender Rechtsschutz ausgeschlossen sein müsse,⁶⁸ allein aus dem Grund defizitär, weil diese Parole nichts darüber aussagen kann, wo Rechtsschutz den Bereich des „Zu-Vielen“ erreicht.

Die hiesige Untersuchung konzentriert sich zunächst auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Rechtsschutzgarantie. Im Gegensatz zum üblichen Vorgehen wird nicht die Untersuchung der Grundrechtswirkungen im Strafverfahren der Frage nach deren Bedeutung für den Rechtsschutz vorangestellt, sondern andersherum die Bedeutung der Justizgewährleistung zunächst vorgenommen, um im Anschluss daran, die Bedeutung der Grundrechte für diese Justizgewährleistung im Strafverfahren zu ergründen.

Dem seien jedoch – um Missverständnisse zu vermeiden – begriffliche Klarstellungen in gleich zwei verschiedene Richtungen vorangestellt: Einmal geht es darum, zu unterstreichen, dass Rechtsschutz gegen die Staatsanwaltschaft gerade *richterlichen* Rechtsschutz, also Schutz durch gerichtliche Entscheidung, meint – zum anderen impliziert gerichtlicher Rechtsschutz, dass ein „Recht auf Rechtsschutz“ ein Recht auf Gewährleistung einer justizförmigen Entscheidung meint. Effektiver Rechtsschutz ist insoweit häufig (und vollkommen richtig) ein schlichtes Synonym für effektive Justizgewährleistung in Bezug auf die Durchsetzung subjektiver Rechte.

3. Justizgewährleistung und Grundrechtsgeltung

Ist geklärt, welche verfassungsrechtliche Aufgabe die Justizgewährleistungsgarantie innerhalb der Gesamtrechtsordnung übernimmt, soll mit diesem Rüstzeug in einem zweiten Schritt die Rolle der Grundrechte im Strafverfahren untersucht werden.

a. *Beschränkung auf Verfahrensdimension der Grundrechte*

Dabei ist zunächst vollkommen selbstverständlich, dass „die Bedeutung der Grundrechte im Strafverfahren“ sehr viel weiterreichen

⁶⁸ Exemplarisch BVerfGE 88, 118 (123 f.): „Dabei kann der Gesetzgeber auch Regelungen treffen, die für ein Rechtsschutzbegehren besondere formelle Voraussetzungen aufstellen und sich dadurch für den Rechtssuchenden einschränkend auswirken.“ Andererseits sei jeder Rechtsschutz aber „möglichst uneingeschränkt“ zu gewähren, BVerfGE 88, 118 (124).

kann, als die verfahrensrechtlichen Auswirkungen auf die Rechtsschutzproblematik. Die materielle Reichweite der speziellen Grundrechtstatbestände – die Schutzbereiche der einzelnen Grundrechte – sollen hier jedoch nicht aufgegriffen werden. Nicht die Bedeutung der Grundrechte für das Strafverfahren im Allgemeinen ist hier aufgerufen, sondern die spezielle Bedeutung grundrechtlicher Gewährleistung für die Auslösung und Reichweite der Rechtsschutzgarantie. Die Untersuchung wird keinen Schwerpunkt auf die Frage werfen, welche staatsanwaltschaftlichen Maßnahmen wann richtig sind – die Frage nach dem materiellen Gewährleistungsgehalt einzelner Grundrechte ist vielmehr nur dann und nur insoweit von Interesse, als dass hierdurch die Notwendigkeit einer gerichtlichen Entscheidung bedingt werden könnte. So soll hier weniger untersucht werden, welche Anforderungen die Grundrechte an eine rechtmäßige Telekommunikationsüberwachung zu stellen sind, als vielmehr die Frage zu klären, inwiefern etwa das Grundrecht aus Art. 10 GG gerade eine richterliche Anordnung einer solchen Maßnahme verlangen könnte.⁶⁹

Grundrechtliche Gewährleistungsgehalte spielen dabei in ganz unterschiedlichen Kontexten der Rechtsschutzdiskussion eine wichtige Rolle:

Für den Beschuldigten, der in seiner grundrechtlichen Position von staatsanwaltschaftlichen Zwangsmaßnahmen unmittelbar betroffen ist, ist die grundrechtliche Relevanz ohne weiteres augenfällig – kontroverser wird diese Betroffenheit aber schon, wenn es um die Frage geht, ob das Ermittlungsverfahren auch jenseits konkreter Zwangsmaßnahmen grundrechtlich zu rechtfertigen ist.⁷⁰ So ist in

⁶⁹ Das Thema „Grundrechtsschutz durch Verfahren“ wird unten C.I.3.b. aufgegriffen.

⁷⁰ Augenscheinlich ablehnend: *Keller*, GA 1983, 497 und *Rieß*, NSTZ 1982, 435 (436); gegenwärtig wohl auch *Mayer*, in: KK-StPO, § 23 EGGVG Rn. 32 und 37. Vgl. auch BVerfG StV 1994, 465 (466). Demgegenüber geht die ganz h.M. (mit unterschiedlichen Begründungen) davon aus, dass Ermittlungsverfahren auch jenseits konkreter Zwangsmaßnahmen grundrechtlich rechtfertigungsbedürftig sind: Etwa *Kölbel*, JR 2006, 322; *ders.*, in: MüKo-StPO, § 158 Rn. 35 und § 160 Rn. 54 ff.; *Erb*, in: LR-StPO, § 160 Rn. 67a f.; *Eisenberg/Conen*,

der Diskussion um den Rechtsschutz gegen das Ermittlungsverfahren als solches auch nicht eindeutig, ob die Verfahrensführung der Staatsanwaltschaft überhaupt grundrechtsrelevant ist, ob das Ermittlungsverfahren qua seiner Existenz in die Grundrechte des Beschuldigten *eingreift* und, sollte dies der Fall sein, ob dieser Eingriff wenigstens tiefgreifend genug ist, um einen gerichtsgeschützten Rechtsschutzanspruch auszulösen.⁷¹

Von entscheidender Bedeutung ist das grundrechtliche Eingriffs- oder Tatbestandsverständnis aber nicht nur in Bezug auf den Beschuldigten. Bezieht man die Dritten mit in die Betrachtung ein, dann wird entscheidend zu klären sein, inwiefern prozessuale Belastungen des Beschuldigten gleichzeitig und gerade hierdurch mittelbare, aber eigenständige Grundrechtsbelastungen für die Dritten darstellen können. In diesem Kontext wird teilweise pauschal bestritten, dass mittelbare Belastungen überhaupt grundrechtliche Rechtsschutzansprüche auslösen können⁷² oder aber mit der vagen Kategorie des Ausschlusses von Bagatellgrenzen versucht, bestimmte Grundrechtsbelastungen als unerhebliche Rechtsbeeinträchtigung aus der Rechtsschutzgarantie auszuklammern.⁷³ Besonders an dieser Stelle wird einerseits wichtig, das Zusammenspiel von prozessualer Rechtssprechungsnotwendigkeit mit materiellen Gewährleistungsgarantien im Strafprozess genauer zu untersuchen, ohne dabei praktische Belastungserwägungen auszuklammern – andererseits aber auch, ohne diese Belastungserwägungen als *carte blanche* eines jedweden Rechtsschutzausschlusses zu verstehen.

b. Grundrecht auf Strafverfolgung Dritter?

Bezieht sich die Rechtsschutzproblematik mit Blick auf den Beschuldigten und die mittelbar betroffenen Dritten auf die traditionelle abwehrrechtliche Geltungsdimension der Grundrechte, so ist bei den

NJW 1998, 2241; Bayer, Stigmatisierungen, S. 85 ff.; F. Eckstein, NSTZ 2017, 609 (617). Näher unter D.I.1.b.cc.bbb.

⁷¹ Gleich alles vorgenannt bezweifelnd Rieß, NSTZ 1982, 435 (436).

⁷² OLG Bremen, MDR 1976, 686: „Das Rechtsmittel der Beschwerde gegen die Versagung der Erlaubnis zum Besuch eines Untersuchungsgefangenen steht dem abgelehnten Besucher als einem nur mittelbar Betroffenen nicht zu.“

⁷³ Vertieft unten D.I.1.b.bb. mit Nachweisen.

verletzenspezifischen Diskussionspunkten primär interessant, inwiefern die Grundrechte der Verletzten im Strafverfahren gerade eine strafrechtliche Verurteilung bzw. ein darauf hinauslaufendes staatsanwaltschaftliches Verfahren verlangen. In diesem Zusammenhang ist in letzter Zeit durch zahlreiche Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts⁷⁴ Bewegung in die Debatte gekommen:

Schien bis vor Kurzem festzustehen, dass es keinen grundrechtlichen Anspruch auf Bestrafung Dritter gibt,⁷⁵ so werden genau hieran immer lauter Zweifel angemeldet.⁷⁶ Dabei ist das Meinungsspektrum alles andere als einfach zu überblicken – nicht zuletzt deshalb, weil gerade im strafrechtlichen Schrifttum allgemein strafrechtstheoretische Erwägungen hilfsweise oder jedenfalls ergänzend auf verfassungsrechtliche Argumente gestützt werden. Da letztere hier Gegenstand der Untersuchung sein sollen, erlaubt und erfordert es der Aufgabenzuschnitt zahlreiche strafrechtstheoretische Grundmodelle auszuklammern und zu manch tiefschürfender Legitimationsfrage des Strafrechts keine Stellung zu beziehen. Andererseits wird mit dem Thema „Grundrecht auf strafrechtliche Verfolgung Dritter“ ein immer relevanter werdender Topos aufgegriffen, welcher in erfordert, die Leistungsdimension der Grundrechte als Schutzrechte einer näheren Untersuchung zu unterziehen. Die Tatsache, dass diese strafprozessuale Untersuchung ihren Schwerpunkt eher auf grundrechtliche Theoriegebäude denn auf solche originär strafrechtsphilosophischen Ursprungs legt, soll daher nicht irritieren und das Schweigen an der einen oder anderen Stelle die Komplexität der strafrechtphilosophischen Legitimationsfrage auch nicht implizit

⁷⁴ BVerfG, Beschl. v. 04.02.2010 – 2 BvR 2307/06 („Polit-Sekte“); BVerfG, Beschl. v. 26.6.2014 – 2 BvR 2699/10 („Tennessee“); BVerfG, Beschl. v. 06.10.2014 – 2 BvR 1568/12 („Gorch Fock“); BVerfG, Beschl. v. 23.03.2015 – 2 BvR 1304/12 („Münchener Lokalderby“).

⁷⁵ BVerfGE 51, 176 (187); BVerfG NJW 2002, 815 (816); BVerfG NJW 2002, 2861.

⁷⁶ Explizit angesprochen wird dieses Thema in jüngerer Zeit von Hörnle, JZ 2006, 950; Hörnle und Gärditz, JZ 2015, 890; Holz, Justizgewähranspruch des Verbrechensofners; Weigend, RW 2010, 39; Esser/Lubrich, StV 2017, 418.

leugnen. Die Untersuchung der Bedeutung des positiven Verfassungsrechts für das Strafprozessrecht in Bezug auf die Verletzten soll daher nicht als Stellungnahme – weder für noch gegen – einen zu pflegenden Rechtspositivismus in der Strafrechtstheorie verstanden werden.

4. Was ist mit Völkerrecht und supranationalen Vorgaben?

Kann es sich eine Untersuchung strafprozessualer Grundfragen angesichts des vielbeschworenen rechtlichen Mehrebenensystems überhaupt noch erlauben, ihre Sicht auf nationales Recht zu beschränken?

Sie kann.

Ganz unabhängig davon, in welcher Beziehung das deutsche Verfassungsrecht zu supranationalen Vorgaben der EU oder völkerrechtlichen Verpflichtungen steht, kann selbstverständlich die Frage nach dem Umfang des grundgesetzlichen Justizgewährleistungsrechts losgelöst von möglichen Einflussfaktoren anderer Ordnungen analysiert werden. Doch diese theoretische Loslösung ist in diesem Zusammenhang nicht die eigentlich interessante Frage. Spannender ist vielmehr, ob eine Ausklammerung nicht die immer wichtiger werdenden eigentlichen Machtfragen juridischer Entscheidungsordnungen ignoriert und somit Gefahr läuft, über kurz oder lang praktisch irrelevant zu werden.

Dem wird man entgegen müssen, dass die Gefahr der zeitlichen Überholung bestimmter Gedanken und Erklärungsansätze schwerlich vermeidbar ist – in der einen wie der anderen Hinsicht. Zudem kann es – wiederum losgelöst von der intrasystemischen Wechselwirkungsfrage – bei der Frage der Übereinstimmung des Verfassungsrechts mit anderen, möglicherweise höherrangigen Vorgaben stets nur darum gehen, verschiedene Regelungsebenen miteinander in Einklang zu bringen: das einfache Recht verfassungskonform auszugestalten, das Verfassungsverständnis europarechtskonform usw. Allein die Tatsache, dass mögliches höherrangiges Recht einen steuernden Einfluss auf das zu untersuchende Recht hat, bedeutet nicht, dass eine genauere Analyse des jeweils als höherrangig angesehene Recht schon ausreicht, um ein richtiges Verständnis von dem jeweils im Rang niedriger stehenden Recht zu bekommen: Auch wer das Strafprozessrecht untersucht darf nicht lediglich in das

Grundgesetz schauen. Akzeptiert man die Prämisse einer Normenhierarchie und akzeptiert man gleichzeitig, dass europarechtliche und völkerrechtliche Vorgaben gegenüber dem einfachen Verfassungsrecht einen solchen Hierarchiesprung darstellen, dann kann es bei einem Blick in die höhere Hierarchieebene stets nur um Vereinbarkeiten bestimmter Entscheidungsergebnisse gehen: Selbst bei Beachtung aller europarechtlichen und völkerrechtlichen Vorgaben ist die verfassungsrechtliche Systematisierungsfrage nicht obsolet. Sie behält ihre Relevanz auch dann, wenn man europarechtliche und völkerrechtliche Fragen unberücksichtigt lässt und die gefundenen Ergebnisse erst später auf Vereinbarkeiten untersucht. Im Gegenteil scheint die rechtliche Integration europarechtlicher und völkerrechtlicher Vorgaben erst dann richtig leistbar, wenn Klarheit über die verfassungsrechtlichen Strukturen herrscht. So nimmt für immer mehr strafprozessuale Problemstellungen die Frage nach europarechtlichen und völkerrechtlichen Einflüssen fraglos zu – dies ändert aber an der Dringlichkeit einer Analyse der grundgesetzlichen Vorgaben zunächst nichts und rechtfertigt hier den Fokus auf das – zunächst rein national gedachte – Verfassungsrecht.

5. Die einzelnen Untersuchungsabschnitte

Die Untersuchung gliedert sich in zwei Hauptabschnitte und schließt mit einer Spiegelung der gefundenen Ergebnisse auf die oben genannten Diskusstopoi der strafprozessualen Rechtsschutzdiskussion. Im ersten Hauptteil werden die verfassungsrechtlichen Anforderungen der Justizgewährleistung im Strafverfahren untersucht und es wird dargelegt, dass der Geltungsanspruch der Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsgebot verlangt, dass alle grundrechtlichen Rechtfertigungsfragen gerichtlich entschieden werden können müssen (C). Mit diesem Ergebnis als Zwischenbestand wird im zweiten Hauptabschnitt gezeigt, dass der materiale Gehalt der Grundrechte in den Problemfällen des Rechtsschutzes gegen das Ermittlungsverfahren als solchem, des Rechtsschutzes von Dritten gegen Ermittlungsmaßnahmen und schließlich auch des Rechtsschutzes von Verletzten zur Erzwingung von staatsanwaltschaftlichen Verfahrenshandlungen eine wesentlich rechtsschutzfreundlichere Interpretation von vorhandenen Rechtsschutzinstrumenten verlangt (D). In einem nachfolgenden zusammenfassenden Abschnitt werden die bis dahin gefundenen Ergebnisse in den Kontext der Rechts-

schutzdiskussion mit Bezug zu allen eingangs aufgeworfenen Problemfällen gesetzt (E). Dabei wird einerseits aufgezeigt, welchen Gewinn die Analyse der verfassungsrechtlichen Justizgewährleistung für die strafprozessuale Rechtsschutzdebatte bringen kann, aber andererseits auch, welche Grenzen einer verfassungsrechtlichen Argumentation gezogen sind.

C. Justizgewährleistung

Das Grundgesetz formuliert seine Grundprinzipien, Eckpfeiler und normativen Fundamente bisweilen mit wenig Zurückhaltung. So *soll* die Menschenwürde nicht nur nicht angetastet werden, sie *ist* unantastbar (Art. 1 Abs. 1 GG), die Bundesrepublik *ist* ein demokratischer und sozialer Bundesstaat (Art. 20 Abs. 1 GG) und wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, *so steht ihm der Rechtsweg offen* (Art. 19 Abs. 4 GG). Der feierliche Stil der in Aussagen verkleideten Normsätze⁷⁷ proklamiert unmissverständlich, was von nun an *gelten soll*: Das Unrecht *wirkt*⁷⁸ nicht mehr, die Todesstrafe *ist* abgeschafft (Art. 102 GG), die Bundesrepublik ist ein Staat des Rechts (vgl. Formulierung des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG) – ein *Rechtsstaat*.

Dabei ist der Begriff des Rechtsstaats gleichsam schillernd wie aus sich heraus inhaltsleer. Meist wird er wenigstens⁷⁹ als Sammelbegriff grundsätzlicher grundgesetzlicher Prinzipien verstanden, wobei man sich freilich nicht sehr einig ist, *welche Prinzipien* im Einzelnen darunterfallen oder ob der Verwendung des Rechtsstaatsgebots als ebensolcher Sammelbegriff einzeln zu begründender Prinzipien

⁷⁷ Zur „semantischen Struktur grundrechtlicher Normsätze“, vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 42 ff.

⁷⁸ Zur theoretischen Differenzierung und den Grenzen dieser Differenzierung zwischen Wirkung und Geltung im Recht, vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 215 ff./S. 377 ff.

⁷⁹ Ob dem Begriff ein darüber hinausweisender dogmatischer Gehalt zugewiesen werden kann, ist hingegen umstritten. Kritisch insoweit *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, S. 89 ff., 109 f., 457 ff. Weitergehend allerdings die wohl herrschende Ansicht, vgl. zu dieser etwa *Schmidt-Aßmann*, in: HStR II § 26 Rn. 7.

überhaupt eine eigene Berechtigung zukommt.⁸⁰ Die vage Grundsätzlichkeit lädt geradezu dazu ein, als kategorischer „Kampfbegriff“ missbraucht zu werden – weshalb Zurückhaltung hinsichtlich eines vorschnellen Verweises auf ein „rechtsstaatliches Gebot“ sicherlich angebracht ist, eine vereinfachende und begriffssammelnde Funktion⁸¹ im rechtlichen Diskurs dadurch aber nicht ausgeschlossen ist.

Als *eine* besondere Ausprägung des Rechtsstaatsgebotes sieht das *Bundesverfassungsgericht* das allgemeine Recht auf Justizgewährleistung an.⁸² Dabei soll die „Allgemeinheit“ der Justizgewährleistung gerade darauf hindeuten, dass jenseits der expliziten Regelung des Art. 19 Abs. 4 GG weitere Garantien richterlicher Entscheidungsgewalt gerade wegen der *Rechtsstaatlichkeit* der bundesrepublikanischen Ordnung notwendig sind.⁸³ Der Wortlaut des Grundgesetzes hingegen proklamiert keinen *allgemeinen* Anspruch auf Gewährleistung der Justiz. Einzig, dass es eine unabhängige und entsprechend organisierte rechtsprechende Gewalt geben soll, ergibt sich aus Art. 92 Abs. 1 und 97 Abs. 1 GG. Ferner richtet sich das Verhältnis dieser (ausschließlich als Gerichtsbarkeit bezeichneten) Justiz zu anderen Organen nach Art. 20 Abs. 2 GG, ihre inhaltliche Bindung folgt schließlich (allenfalls cursorisch) aus Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 1 Abs. 3 GG. Das Grundgesetz regelt die Justiz also vor allem in organisatorischer Hinsicht, hinsichtlich den Voraussetzungen ihrer Anrufung und einer damit verbundenen allgemeinen Berechtigung schweigt es hingegen.

Eine Auseinandersetzung mit den Anforderungen an Rechtsschutz gegen die Staatsanwaltschaft muss sich mit diesem Schweigen und den damit verbundenen Unsicherheiten auseinanderset-

⁸⁰ Übersicht zu den verschiedenen „Rechtsstaatsbegriffen“, *Schmidt-Aßmann*, in: HStR II § 26 Rn. 17 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

⁸¹ Dies bringt auch das *Bundesverfassungsgericht* zum Ausdruck. Vgl. insoweit etwa BVerfGE 7, 8 (92); 25, 269 (290); 52, 131 (144); 57, 250 (276); 65, 283 (290); 74, 129 (152); 90, 60 (86).

⁸² Etwa BVerfGE 93, 99 (107); 97, 169 (185); 107, 395 (407) – st.Rspr.

⁸³ *Zuck*, NJW 2013, 1132; dazu auch *Voßkuhle*, NJW 2003, 2193; *Sachs*, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 20 Rn. 162 (jeweils auch m.w.N.).

zen. Ein vorschneller Rückzug auf eine schlichte Anwendung der positiv-rechtlichen Regelung des Art. 19 Abs. 4 GG verbietet sich dabei im hiesigen Kontext aus mindestens zwei Gründen: Erstens geht es bei der Frage von Straftaten von Bürgern nicht zwingend um die Verletzung von Rechten durch die öffentliche Gewalt – der Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 4 GG wäre zumindest begründungsbedürftig;⁸⁴ zweitens aber – und das dürfte der entscheidende Punkt sein – kommt auch eine Dogmatik des Art. 19 Abs. 4 GG nicht umhin, die Notwendigkeit und Wirkweise einer Rechtsschutzgarantie im übergeordneten Staatsaufbau zu untersuchen: Ohne eine Stellungnahme zum Verhältnis von Art. 19 Abs. 4 GG zu einem allgemeinen Recht auf Justizgewährleistung vorwegzunehmen,⁸⁵ kann der Umfang jedweder Rechtsschutzgarantie nur dann festgestellt werden, wenn der Standort gerade richterlicher Entscheidungen „im Gebäude des Rechtsstaats“ geklärt wurde.⁸⁶ Es ließe sich auch anders fassen: Auch die Auslegung des Art. 19 Abs. 4 GG kommt um die Frage nicht umhin, in welchem Verhältnis die rechtsprechende Kontrollinstanz zu der öffentlichen Gewalt steht, auf die sich der Kontrollanspruch gerade bezieht. Wer Art. 19 Abs. 4 GG ergreifen möchte, muss zu diesem Verhältnis Stellung beziehen. Dabei ergibt sich dieses Verhältnis – neben der abstrakten Rechtswegsproklamation des Art. 19 Abs. 4 GG selbst – maßgeblich aus den bereits erwähnten organisatorischen Vorschriften des Grundgesetzes, vor allem Art. 20 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 GG und den Art. 92 ff. GG.⁸⁷ Augenfällig wird dies, wenn behauptet wird, dass Rechtsschutz die

⁸⁴ Im Verhältnis von Bürgern, die von staatsanwaltschaftlichen Eingriffshandlungen betroffen sind, ist das zwar grundsätzlich unproblematisch: Betrachtet man hingegen die potentiellen Verletzten eines Strafverfahrens, dann ist die Frage der Verletzung der Betroffenen gerade durch Akte der Staatsanwaltschaft nicht so eindeutig. Dafür freilich Holz, Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers, S. 114 ff., 119 ff.

⁸⁵ Unten C.I.4.c.

⁸⁶ Ganz ähnlich insoweit: *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 33 ff.

⁸⁷ Vgl. zu einem solchen Ausgangspunkt einer „Dogmatik der Gewaltenteilung unter dem Grundgesetz“ Poscher, in: GdVwR I, § 8 Rn. 30 ff.

Selbstständigkeit der Staatsanwaltschaft nicht antasten dürfe,⁸⁸ denn solche Argumentationen stehen und fallen mit dem Begriff und der Begründung einer solchen Selbstständigkeit: Wer sich auf Selbstständigkeit beruft, muss Selbstständigkeit inhaltlich ausfüllen und begründen können. In einem ersten Schritt soll daher untersucht werden, wie sich aus der objektiv-rechtlichen organisatorischen Differenzierung von Staatsanwaltschaft und Gerichten subjektive Rechte auf Justizgewährleistung ergeben können (I).

Sind die Inhalte und grundlegenden Prinzipien eines subjektiven Rechts auf Justizgewährleistung herausgestellt, lässt sich auch klären, wie weit ein solches Recht im Einzelfall reichen kann. Die Grenzen der Justiz werden dabei auf unterschiedliche Arten auszuloten sein: Einmal in organisatorischer Hinsicht, mit Blick auf die Grenzen der Gewaltenteilung, der Gewaltengliederung und schließlich der Gewaltenorganisation, denn die richterliche Kontrolle *fremder Entscheidungen*, endet spätestens dort, wo ein Gericht die zu kontrollierende Entscheidung *selbst* treffen würde.⁸⁹ Andererseits stößt jede Kontrolle auch an kommunikative, wenn man so möchte *faktische* Grenzen.⁹⁰ Kontrolliert werden kann nur, was nachvollzogen werden kann. Die Untersuchung der Grenzen der gerichtlichen Kontrolle ist damit eine Untersuchung der Kontrolldichte von Sachverhalten in normlogischer und *deshalb* auch kommunikativer Hinsicht (II).

Inhalt und Grenzen des Justizgewährleistungsrechts beziehen sich damit stets in erster Linie auf das gerichtliche Entscheidungs-

⁸⁸ Hoffmann, NSTZ 2002, 566, der in Fn. 4 auf *Boll*, in: LR-StPO [25], vor § 141 Rn. 18 verweist. Die Bedeutung einer solchen Eigenständigkeit wird von *Boll* an eben jeder Stelle allerdings mit deutlicher Zurückhaltung dargestellt.

⁸⁹ Das *Bundesverfassungsgericht* hat so schon früh festgestellt, dass der Kernbereich einer Gewalt wenigstens dann verletzt sei, wenn die Aufgaben eines Organs durch ein anderes Organ übernommen würden. Vgl. für die *richterliche* Gewalt richtungsweisend insofern BVerfGE 4, 331 (346f.).

⁹⁰ Der Bereich zwischen Normativität und Faktizität ist dabei selbstverständlich alles andere als voraussetzungslos. Vgl. Brandom, *Between Saying and Doing*, vor allem S. 92 ff.

verfahren der gerichtlichen Kontrolle. Damit Gerichte die ihnen zugewiesenen Entscheidungen aber überhaupt ausüben können, müssen sie von der Rechtsordnung mit allem notwendigen unterstützt werden. Das Justizgewährleistungsrecht ist damit einmal direkt mit Fragen der materiellen und personellen Ausstattung der Gerichte verknüpft⁹¹ und zum strahlt zum anderen auch auf vorgeschaltete Verfahren der Staatsanwaltschaft aus. Da das Justizgewährleistungsrecht nicht nur in Bezug auf das gerichtliche Verfahren, sondern auch in Bezug auf das staatsanwaltschaftliche Verfahren konkrete Verfahrensrechte voraussetzen kann, sollen Umfang, Art und Ausmaß einer solchen Ausstrahlungswirkung des Justizgewährleistungsrechts untersucht werden (III).

I. Justizgewährleistung als Recht

Bei der Herleitung subjektiver Rechtspositionen auf Justizgewährleistung aus (zunächst nur) objektiven Organisationsprinzipien spielen zwei staatsorganisatorische Topoi eine zentrale Rolle: Gewaltenteilung und Gewaltmonopol. Lässt sich das „tragende Organisationsprinzip“⁹² des Grundgesetzes – die Gewaltenteilung – fruchtbar machen für Antworten auf Fragen der Kompetenzabgrenzung innerhalb der Ausübung hoheitlicher Gewalt, kann eine Analyse des Gewaltmonopols dazu beitragen, das Verhältnis von privater und hoheitlicher Gewalt einerseits⁹³ wie aber auch den Übergang von legitimer zu illegitimer sowie den Graubereich von notwendiger, erlaubter und verbotener Gewalt andererseits zu erhellen.⁹⁴ Das Gewaltmonopol des Staates dient dabei nicht nur dazu, die organisatorische „Einzäunung“ der Gewaltenteilung zu verdichten, es bildet gleichzeitig

⁹¹ Insbesondere kann sich aus dem Rechtsstaatsgebot ergeben, dass Personal und Sachmittel aufgestockt werden müssen, BVerfGE 36, 264 (275). Dazu auch *Papier*, in: HStR VII § 176 Rn. 22 für den Zusammenhang von Ausstattung und Rechtsschutz in angemessener Zeit.

⁹² Vgl. *Di Fabio*, in: HStR II § 27 Rn. 8; *Sachs*, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 20 Rn. 81.

⁹³ Eine mit dem Gewaltmonopol zusammenhängende „Friedenspflicht“ der Bürger betonen etwa *Isensee*, in: HStR II § 15 Rn. 93 ff.; *ders.* DÖV 1982, 616; *Schmidt-Aßmann*, in: HStR II § 26 Rn. Rn. 32; *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 35 ff.

⁹⁴ Die Legitimationswirkung von staatlicher „Gewalt“ betont hingegen *Möllers*, Staat als Argument, S. 278 ff.

den strukturellen Übergang von der Organisationsregelung des Staates „an-sich“ zur Freiheitsregelung der Grundrechtsträger. Das Strafrecht ist hierfür eine besonders augenfällige Materie: Nicht nur wird sogar die Sinnfrage des Strafrechts auf das Gewaltmonopol projiziert⁹⁵ – wichtiger noch ist die Frage legitimer und verbotener Gewalt zwischen Bürgern unzertrennlich mit der Geltung von (grund-)rechtlich geschützten Freiheitssphären verbunden.⁹⁶ Die Herleitung des Justizgewährleistungsrechts als subjektives Recht erfolgt in entsprechender Abfolge:

Zunächst soll die Lehre der Gewaltenteilung auf ihren Einfluss eines Justizgewährleistungsrechts befragt werden (1), um im Anschluss daran eine Spezifikation des notwendigen Gewährleistungsgehalts aus Perspektive des Gewaltmonopols (2) und der Grundrechte (3) vorzunehmen. In einer beschließenden Betrachtung soll der Fokus auf den verfassungsrechtlichen Konkretisierungsauftrag

⁹⁵ Vgl. *Larenz*, Richtiges Recht, S. 88 ff. Gängig ist etwa eine (etwas künstlich historisierende) Herleitung der Strafpflicht aus dem „Übergang“ der legitimen Rache auf den strafenden Staat, vgl. etwa *Walther*, Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt, S. 185 – „Freisein von Furcht“ als klassischer Grundauftrag des Kriminalrechts; *Günther*, FS-Lüderssen 2002, S. 205 ff., S. 211 – *raison d’être* des staatlichen Strafausspruchs; *v.Hirsch*, in: Strafbegründung, S. 43 ff., S. 62 mit Betonung der beschränkten Aussagekraft des Gewaltmonopols in diesem Kontext; vgl. auch *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, S. 24 f. der – wie hier – auf ein Verständnis des Gewaltmonopols als Regelungsmonopol verweist.

⁹⁶ Für die Gültigkeit dieser Aussage ist auch kein naturrechtliches, kontraktualistisches oder selbstreflexiv-kritisches „Bekennnis“ notwendig, vgl. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 14. Auflage (2015), § 258; *Rousseau*, Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts, Vollst. überarb. und erg. Ausg (2011), S. 9; *Fichte*, Reden an die deutsche Nation, 5., durchges. Aufl. nach d. Erstdr. von 1808, mit neuer Einl. von Reinhard Lauth, mit Literaturhinweisen u. Reg (1978), S. 124 ff., S. 133; *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, 1951, 350 ff.; *Fichte*, Rechtslehre, 2., durchges. Aufl. nach der Ausg. von 1920 (1980), S. 2 ff.; *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft, 3., erheblich veränd. Aufl (2008), u.a. S. 23 ff., S. 55 f.; *Menke*, Kritik der Rechte, Erste Auflage (2015), 235 ff.; zum *dogmatischen* Zusammenhang von Gewaltmonopol und Grundrechten *Poscher*, Abwehrrechte, S. 180 ff.

hinsichtlich richterlicher Entscheidungs- und Rechtssetzungsgewalt gelenkt werden (4).

1. Justizgewährleistung und Gewaltenteilung

Als staatsrechtliches Organisationsprinzip steht im Zentrum der klassischen Staatslehre die Aufteilung staatlicher Gewalt⁹⁷ und die damit angesprochene strukturierte Organisation von Hoheitsbefugnissen.⁹⁸ Obwohl das grundsätzliche Schema in den Darstellungen verwandt zu sein scheint, so zeigen sich in klassischen Herleitungen zwischen und auch seit Locke, Montesquieu und Kant teilweise gravierende Unterschiede.⁹⁹ Wenn ein Rückblick auf die staatsrechtliche Begriffsbildung dennoch lohnt, dann vor allem, um einem Missverständnis entgegenzutreten: Bei der Gewaltenteilung geht es *nicht* primär darum, staatliche Funktionentrennung zu optimieren und staatliche Institutionen möglichst voneinander zu isolieren – Gewaltenteilung ist vielmehr in erster Linie ein Thema der *Aufgabenverteilung* in Bezug auf den Vorgang strukturierter Rechtssetzung und weniger eines der *Aufgabenzerteilung*. Weder Locke¹⁰⁰ noch Montesquieu¹⁰¹ (oder auch Kant¹⁰²), auf die der Begriff der Gewaltenteilung üblicherweise zurückgeführt wird,¹⁰³ haben sich in Richtung eines strikt zu verstehenden Staatsorganisationsisolationismus geäußert, sondern bemühten sich – mit freilich recht unterschiedlicher Ziel- und Schwerpunktsetzung – die Notwendigkeiten der Aufteilung als Prozess strukturierter Zusammenarbeit darzustellen. Ist Gewaltenteilung gleichwohl eine Frage der Unterscheidung unterschiedlicher Staatsorgane, so handelt es sich immer nur um eine relative Unterscheidung mit Blick auf die Ausführung – auch gemeinsamer –

⁹⁷ Vgl. *Di Fabio*, in: HStR II § 27 Rn. 8; *Sachs*, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 20 Rn. 81.

⁹⁸ „Die Gewaltenteilung als Teil der Gewaltengliederung“, *Poscher*, in: GdVwR I, § 8 Rn. 15 ff.

⁹⁹ Überblick bei *Poscher*, in: GdVwR I, § 8 Rn. 15 ff.

¹⁰⁰ Deutlich *Locke*, Zwei Abhandlungen über die Regierung, §§ 147 f. S. 292 f.

¹⁰¹ *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, Band 1, Buch XI Kapitel 6 S.214 f.

¹⁰² *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, § 48.

¹⁰³ Vgl. *Möllers*, Gewaltengliederung, S. 66 ff.

hoheitlicher Aufgaben:¹⁰⁴ Wo tritt dies organisatorisch deutlicher zutage als bei dem Verhältnis zweier derart eng verzahnter Institutionen wie Staatsanwaltschaft und Gerichtsbarkeit?

a. *Gewaltenteilung als Trennungsprinzip*

Die frühe Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* betont demgegenüber vor allem das Trennungsgebot und deutet dieses Gebot als Prinzip: Zwar sei eine strenge Trennung nirgends im Staat „rein verwirklicht“,¹⁰⁵ gleichwohl seien *Ausnahmen* von einer idealtypisierbaren Aufgabenzuweisung rechtfertigungsbedürftig.¹⁰⁶ Genauer konturiert wurden diese idealen Kern-Kompetenzbereiche der von Art. 20 Abs. 2 GG genannten Gewalten vom *Bundesverfassungsgericht* hingegen nicht. *Begründungsbedürftig* blieb darüber hinaus, wie andere Prinzipien der Verfassung – allen voran das Demokratieprinzip mit seiner Forderung nach einer möglichst dicht gegliederten und gerade ineinander *verschränkten* Legitimationskette – eben solche Ausnahmen darstellen können und damit ihrerseits vor dem Prinzip der Gewaltenteilung zu rechtfertigen wären.¹⁰⁷ Dogmatisch angreifbar war und ist ein solcher Ansatz aber auch vor dem Hintergrund der Regelungssystematik des Art. 20 Abs. 2 GG selbst. Allein die Forderung nach „besonderen Organen“ bietet für ein grundsätzliches Trennungsgebot denkbar wenig Substanz und deutet – wenn überhaupt auf etwas – eher auf eine gegenteilige Zuordnung: Die Verbindung aller Staatsgewalt mit „dem Volke“ (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) durch Wahlen und Abstimmungen (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) scheint das Prinzip der Gewaltenteilung bereits in der Regelung des Art. 20 Abs. 2 GG in den Dienst der Demokratie zu stellen anstatt die demokratische Verfahrensverzahnung gerade als Ausnahme einer möglichst zu optimierenden Organtrennung zu verstehen.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Möllers, Die drei Gewalten, S. 90 ff. – Rechtserzeugung als Bezugspunkt der Gewaltengliederung.

¹⁰⁵ BVerfGE 3, 225 (247).

¹⁰⁶ BVerfGE 30, 1 (24, 27 f.); ähnlich *Di Fabio*, in: HStR II, § 27 Rn. 45.

¹⁰⁷ Zimmer, Funktion, Kompetenz, Legitimation, S. 341 ff.; Poscher, in: GdVwR I, § 8 Rn. 33 f.: „rhetorisches Ablenkungsmanöver“.

¹⁰⁸ Zimmer, Funktion, Kompetenz, Legitimation, S. 26 f.; Poscher, in: GdVwR I, § 8 Rn. 19 zeigt: „Gewaltenteilung ist zwar theoretisch auch

b. *Gewaltenteilung als Funktionenordnung*

In der Literatur wurden diese Begründungsschwierigkeiten der Rechtsprechung alsbald aufgenommen und versucht, die Gewaltenteilung als Prinzip materieller Funktionenordnung legitimations-theoretisch zu rekonstruieren. Dabei analysierten maßgeblich *Zimmer*¹⁰⁹ und später *Möllers*¹¹⁰ die Funktionsweisen der drei Gewalten, die das Grundgesetz selbst als solche in Art. 20 Abs. 2 GG unterscheidet und der traditionellen Einteilung¹¹¹ entsprechen: Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung. Diese Betrachtung staatlicher Gewaltenteilung als „Gewaltengliederung“¹¹² kennzeichnet, dass sie Demokratie nicht als Ausnahme von der Gewaltenteilung ansieht, sondern aus einem anderen Blickwinkel versucht, die demokratische Legitimation aller staatlichen Gewalt als Ausgangspunkt einer wohlstrukturierten Gewaltenordnung zu wählen.¹¹³ In ähnlicher Diktion, aber weniger dezidiert legitimationsorientiert (dafür umso stärker auf die Rationalisierungsleistung¹¹⁴ strukturierter Staatsorganisation bezogen), wendet sich auch das *Bundesverfassungsgericht* einer funktionsorientierten Lehre der Gewaltenteilung zu, wenn es feststellt, dass hoheitliche Aufgaben möglichst *funktionsgerecht* auf unterschiedliche staatliche Organe verteilt werden müssen.¹¹⁵

ohne Rechtsstaat und Demokratie denkbar, doch Rechtsstaat und Demokratie sind, soweit sie praktisch werden wollen, auf Gewaltenteilung angewiesen.“

¹⁰⁹ *Zimmer*, Funktion, Kompetenz, Legitimation.

¹¹⁰ *Möllers*, Gewaltengliederung.

¹¹¹ *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, Band 1, Buch XI Kapitel 6 S. 214 f.

¹¹² *Möllers*, Gewaltengliederung, S. 66 ff., 81 ff.; *Möllers*, Die drei Gewalten, S. 57 ff.; *Poscher*, in: GdVwR I, § 8 Rn. 15 ff.

¹¹³ *Zimmer*, Funktion, Kompetenz, Legitimation, S. 51 ff.; *Möllers*, Gewaltengliederung, S. 88 ff.; *Möllers*, Die drei Gewalten, S. 71 ff.

¹¹⁴ *Poscher*, in: GdVwR I, § 8 Rn. 23 ff. – Die Funktionenordnung als Garant von Rationalität.

¹¹⁵ BVerfGE 68, 1 (86); 90, 286 (364); 104, 151 (207); 121, 135 (161 f.).

aa. Gewaltenteilung und demokratische Legitimation

Das Grundgesetz betont die Mittelbarkeit der Volksherrschaft, die Repräsentation der Bevölkerung und Vermittlung des "öffentlichen Interesses" durch Wahlen und Abstimmungen.¹¹⁶ Die Herrschaft des Volkes *ist* nicht einfach – sie wird durch besondere Organe *ausgeübt* (Art. 20 Abs. 2 GG), ausgeführt und in abnehmender Direktheit durch Legislative, Exekutive und Judikative als Herrschaft auch gegenüber den Einzelnen legitimiert: So ist die Legislative personell unmittelbar,¹¹⁷ die Exekutive personell *und* sachlich mittelbar über den (grundsätzlich notwendigen)¹¹⁸ Steuerungseinfluss der Legislative¹¹⁹ und die Judikative sachlich-inhaltlich¹²⁰ nur noch denkbar lose über die Gesetzesbindung und ihren strikt darauf bezogenen Entscheidungsmodus an die Wahlbevölkerung gebunden.¹²¹ In verfahrenstechnischer Hinsicht wird diese schwächer werdende Legitimationswirkung dadurch kompensiert, dass die Entscheidungen *sowohl* der Exekutive wie *auch* der Judikative jeweils an die legislativ er-

¹¹⁶ BVerfGE 83, 60 (72); 93, 37 (66).

¹¹⁷ BVerfGE 34, 52 (59); 49, 89 (124 ff.); 68, 1 (87); 95, 1 (15).

¹¹⁸ Die mal schwächer, mal stärker ausgeprägte Abhängigkeit einzelner Exekutivorgane von parlamentarischer Steuerung, ist in erster Linie ein Thema des Demokratieprinzips, vgl. *Hoffmann-Riem*, in: GdVwR I, § 10 Rn. 53 f.

¹¹⁹ Zur „Mittelstellung“ der Exekutive zwischen Legislative und Judikative und unterschiedliche Steuerungsmodelle jeweils *Möllers*, Die drei Gewalten, S. 107 ff.; *Poscher*, in: GdVwR I, § 8 Rn. 56 ff.

¹²⁰ Zu weiteren Legitimationsformen der Rechtsprechung: *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673 (676 ff.).

¹²¹ Überblick über den Diskussionsstand bei *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673 (zur besonderen Bedeutung der Gesetzesbindung für eben jene demokratische Legitimation, 678 f.).

zeugten Gesetze gebunden sind (Art. 20 Abs. 3 GG). Entscheidungen *beider* Gewalten also stets mit Bezug auf den Willen¹²² des gewählten Parlaments getroffen werden müssen.¹²³ Damit ist aber auch klar, dass die Gesetzesbindung von Exekutive und Judikative gerade kein Unterscheidungskriterium, sondern verbindendes Element ist. Wenn in der strafverfahrensrechtlichen Literatur mit Blick auf die Staatsanwaltschaft demnach behauptet wird, dass die strenge Gesetzesbindung der Staatsanwaltschaft für eine, gegenüber der „normalen“ Exekutive zu unterscheidende, stärkere Unabhängigkeit spreche,¹²⁴ so wird dadurch verkannt, dass die Gesetzesbindung gerade *auch* ein Merkmal der vollziehenden Gewalt ist und eine Klassifizierung in einer „strengen“ und weniger strenge Gesetzesbindung zumindest erklärungsbedürftig wäre.

Die unterschiedliche demokratische Legitimationsbedürftigkeit exekutiver und judikativer Entscheidungen wird vielmehr erst dann deutlich, wenn man das Verhältnis von Exekutive und Legislative auf der einen Seite und Exekutive und betroffenen Bürgern auf der anderen Seite in den Blick nimmt. Besteht für den parlamentarischen Gesetzgeber die Notwendigkeit abstrakt generelle Gesetze zu verfassen,¹²⁵ so wird damit auch deutlich, dass Parlamentsgesetze grundsätzlich keine Einzelfallentscheidungen selbst enthalten (Art. 19 Abs. 1 GG).¹²⁶ Einzelfallentscheidungen sind vielmehr vorrangige Aufgabe der „vollziehenden Gewalt“ – der „Vollzug“ einer abstrakt-

¹²² Dabei soll hier – wie auch im Folgenden – „der Wille“ des Gesetzgebers stets als Metapher für den gesetzten Normsinn verstanden werden. Vgl. zur den Problemen, die mit dieser Metapher verbunden sein können *Larenz*, Methodenlehre, S. 316 ff. Ein jüngstes Plädoyer für einen methodischen Voltismus hingegen bei *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 349 ff.

¹²³ Vgl. auch *Poscher*, in: GdVwR I, § 8 Rn. 57 – Weisungsfreie Räume eher ein Problem des Demokratieprinzips, denn eines der Gewaltenteilung.

¹²⁴ *Carsten/Rautenberg*, Geschichte der Staatsanwaltschaft, S. 543.

¹²⁵ Zum Verhältnis von abstrakter Gesetzgebung zu exekutiver Konkretisierung *Möllers*, Gewaltengliederung, S. 411 ff.; *Zimmer*, Funktion, Kompetenz, Legitimation, S. 335 ff.

¹²⁶ Ein Überblick über die Problematik der Einzelfallentscheidungskompetenz des Parlaments bietet *Poscher*, in: GdVwR I, § 8 Rn. 47 ff.

generellen Norm konkretisiert die Norm für die Einzelanwendung begriffsnotwendig.¹²⁷ Da aber auch diese Einzelfallentscheidungen der Exekutive stets einer Rückbindung zum „Volke“ bedürfen, muss dem Parlament eine hinreichende Steuerungsmöglichkeit verbleiben.¹²⁸ Diese Steuerungsmöglichkeit wird in der Staatspraxis (auch) durch das Weisungsrecht der parlamentarisch legitimierten Regierungsbehörden gesichert.¹²⁹ Nur wenn die Regierung durch wirksame Einflussmöglichkeiten Behörden lenken kann, kann die Regierung für Entscheidungspraktiken der Behörden verantwortlich sein – das Weisungsrecht der Justizministerien gegenüber den Staatsanwaltschaften ist als Einflusstechnik *rechtlich* nicht Einfallstor gerade *informeller* Machtausübung, es sichert dem Parlament die Möglichkeit, die Regierung für Entscheidungspraktiken der Staatsanwaltschaft zur Verantwortung zu ziehen.¹³⁰ Gegenüber der Judikative zeichnet sich die Exekutive demnach *auch* durch eine größere Nähe zum Einfluss der demokratischen Mehrheit aus, was auf der anderen Seite

¹²⁷ In diesem Zusammenhang wird von *Buchheim*, Die Verwaltung 49 (2016), 55 vorgeschlagen, ein grundsätzliches „Recht auf den ersten Zugriff“ der Normkonkretisierung (in Anlehnung an das französische *Privilège du Préalable*) durch die Verwaltung anzuerkennen.

¹²⁸ *Böckenförde*, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 300 ff.

¹²⁹ *Trute*, in: GdVwR I, § 6 Rn. 10; *Böckenförde*, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 300 ff.

¹³⁰ *Carsten/Rautenberg*, Geschichte der Staatsanwaltschaft, S. 507 bezeichnet diesen Verantwortungszusammenhang als „Floskel“. Das könne schon daran gesehen werden, dass das Justizministerium auch für das Funktionieren der Rechtsprechung die Verantwortung trage, ohne dass es hier eines Weisungsrechts bedürfe. Dabei übersieht *Rautenberg* allerdings, dass das Justizministerium gerade *keine Verantwortung* für richterliche Entscheidungen übernimmt und übernehmen kann. Demokratische Verantwortung ist keine „Floskel“, sondern beschreibt die Möglichkeit bestimmte Prozesse und Entscheidungen beeinflussen zu können. Was die richterliche Tätigkeit anbelangt, so kann eine demokratische Verantwortung des Justizministeriums nur insofern bestehen, als das man ihm etwa vorwerfen könnte, sich nicht für ausreichende Mittel im Haushalt eingesetzt zu haben. Beachtenswert ist auch die Möglichkeit Vorgänge in der Staatsanwaltschaft zum Gegenstand parlamentarischer Untersuchungsausschüsse zu machen, vgl. *Strate*, ZRP 2014, 94.

nicht zwingend bedeutet, dass das Grundgesetz allein die ministerielle Weisungsabhängigkeit als hinreichendes Steuerungs- und Einflussinstrument anerkennen würde.¹³¹

Ausgeglichen wird dieses demokratisch-legitimatorische Minus der Judikative gegenüber der Exekutive durch eine Einschränkung judikativer Zugriffskompetenz. So ist der Judikative die Kompetenz für den *ersten* Zugriff verwehrt – die *Initiative* für eine Einzelfallkonkretisierung abstrakt-genereller Normen darf daher grundsätzlich nicht von einem Gericht selbst ausgehen.¹³² Ein Gericht mag von Amts wegen über die Auslegung von Gesetzen entscheiden, *aktiv* wird ein Gericht nur auf Antrag eines Bürgers¹³³ oder eines anderen staatlichen Organs.

bb. Letztverbindlichkeit rechtsprechender Entscheidungen

Im Verhältnis zu den einzelnen Bürgern entsteht damit von Seiten der Exekutive und des parlamentarischen Gesetzgebers ein grundsätzliches Problem: Wenn es dem Parlament verboten ist, Einzelfallgesetze zu erlassen, es gleichzeitig aber über seine Kontrolle die regierungsunterworfenen Exekutive (zumindest theoretisch) dahingehend steuern kann, wie Entscheidungen auch im Einzelfall getroffen werden sollen, so stellt sich die Frage, wie eine *de facto* diskriminierende Einzelfallentscheidungspraxis durch die „Hintertür“ des Regierungseinflusses auf die Exekutive verhindert werden kann.¹³⁴ Wie

¹³¹ *Hoffmann-Riem*, in GdVwR I, § 10 Rn. 53 f. geht bei einer Auskoppelung aus der demokratisch grundsätzlich notwendigen Weisungszusammenhang sowohl von der Notwendigkeit einer sachlichen Legitimation gerade hierfür, als auch davon aus, dass stets eine „Rückholbarkeit“ in die ministerielle Direktive gesichert sein müsste.

¹³² *Zimmer*, Funktion, Kompetenz, Legitimation, S. 307 m.w.N. *Möllers*, Gewaltgliederung, S. 97; *Möllers*, Die drei Gewalten, S. 100.

¹³³ Einen spannenden Ansatz, auch das bürgerliche Klagerecht als Ausformung demokratischer Selbstbestimmung (als „Gegen-Politik“) zu interpretieren, zeigt *Sheplyakova*, DZPhil 2016, 46 (61 ff.) auf.

¹³⁴ *Böckenförde*, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 340 ff. – Grenzen der Mehrheitsentscheidung. Das klassische Szenario der Tyrannei kraft Herrschaftsusurpation, vgl. *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, Band 1, Buch XI Kapitel 6 S. 215: „Wenn in derselben Person oder dergleichen obrigkeitlichen Körperschaft die gesetzgebende Gewalt mit der vollziehenden vereinigt ist, gibt es keine Freiheit; denn

kann gegenüber Betroffenen sichergestellt werden, dass nicht durch den Einfluss des Parlaments auf die Regierung diese Regierung ihren untergeordneten Behörden Weisungen erteilt, die die geltenden abstrakt-generellen Normen so anwenden, als würde es sich tatsächlich um ein verfassungswidriges Einzelfallgesetz handeln?¹³⁵ Das Grundgesetz hält hierfür mit Art. 19 Abs. 4 GG die rechtliche Kontrollunterworfenheit (mindestens) der vollziehenden Gewalt und eine unmittelbare Grundrechtsbindung auch der Judikative bereit.¹³⁶ *Wirksam* ist diese Kontrolle aber nur dann, wenn sie *für das Recht und im Recht verbindlich* ist, wenn dem kontrollierenden und unabhängigen Gericht über die Rechtsanwendung der Exekutive *das letzte Wort* zusteht.¹³⁷ Wirksam und effektiv ist daher nur ein Rechtsschutz, der von unabhängigen Gerichten ausgeht und für die Rechtsordnung verbindlich und letztgültig ist.¹³⁸ Gewaltenteilung erzwingt, dass das letzte Wort über Recht und Unrecht der Gerichtsbarkeit vorbehalten bleibt.

es steht zu befürchten, daß derselbe Monarch oder derselbe Senat tyrannische Gesetze macht, um sie tyrannisch zu vollziehen.“

¹³⁵ Dies ist – mit etwas abweichender Betonung der Gefahren des Einflusses – auch der Kern der Kritik an bestehenden Weisungsrechten der Justizministerien: Durch einen *Missbrauch legaler Möglichkeiten könnte gerade die rechtliche Bindung unterwandert werden*, vgl. die Zusammenfassung dieser Position bei *Carsten/Rautenberg*, Geschichte der Staatsanwaltschaft, S. 507 ff.; *Rautenberg*, ZRP 2016, 38; *Rautenberg*, GA 2006, 356. Freilich wird hier eher befürchtet, dass durch einen Einfluss „der Politik“ die notwendige Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft angetastet werden könnte – die Unabhängigkeit, die durch die *Abschaffung* des Weisungsrechts gerade erst hergestellt werden soll.

¹³⁶ Dies betont auch die st. Rspr., etwa in BVerfGE 9, 268 (279); 95, 1 (17).

¹³⁷ „Recht zur Letztentscheidung“ – *Poscher*, in: GdVwR I, § 8 Rn. 61.

¹³⁸ In der Letztverbindlichkeit sieht auch das *Bundesverfassungsgericht* den „Kerngehalt“ der rechtsprechenden Entscheidungswirkung: BVerfGE 7, 183 (188 f.); 31, 43 (46); 60, 253 (269 f.); 103, 111 (136 ff.). Speziell zur richterlichen Kompetenz im Strafrecht BVerfGE 8, 197 (207); 12, 264 (274); 20, 365 (369 f.); 22, 125 (130); 22, 311 (317); 64, 261 (278). Vgl. auch *Detterbeck*, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 92 Rn. 21a f.; *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 92 Rn. 38 und 46; *Maurer*, Staatsrecht I, § 19 Rn. 7;

Erfordert eine lückenlose demokratische Legitimationskette *grundsätzlich*, dass die Initiative für alle Einzelfallentscheidungen von einer weisungsunterworfenen Exekutive¹³⁹ ausgeht, verlangt ein effektiver Schutz der Bürgerrechte nach einer Kompetenz zur Letztentscheidung durch ein gerade *unabhängig* von parlamentarischer Verantwortung agierendes Gericht.¹⁴⁰ Berücksichtigt man schlussendlich, dass eine demokratische Ordnung ohne Bürgerrechte nicht denkbar ist,¹⁴¹ so wird die eingangs erwähnte *Funktion* der Gewaltenteilung für die demokratische Staatenordnung deutlich: Das demokratisch legitimierte Parlament benötigt eine vollziehende Gewalt, um abstrakt-generelle Gesetze in Einzelfallentscheidungen überführen zu können. Die Exekutive benötigt parlamentarische Rückbindung, um die demokratische Legitimationskette zu schließen. Exekutive und Legislative benötigen die Judikative, um – erstens – zu kontrollieren, ob die Exekutive sich an die Vorgaben der Legislative hält und – zweitens – zu sichern, dass nicht die Legislative durch die Exekutive die Geltung der Bürgerrechte unterwandert. Die Geltung der Bürgerrechte wiederum garantiert die demokratische Legitimierbarkeit legislativer Entscheidungen.¹⁴² Die Judikative schließlich be-

Hesse, Grundzüge 15. Aufl., Rn. 551; Adolf Arndt, NJW 1959, 605 (607); Wolf, ZZP 99 (1986), 361 (372).

¹³⁹ Vgl. zahlreiche Beispiele, in denen das grundsätzliche Weisungsrecht legitim eingeschränkt oder aufgehoben ist, Trute, in: GdVwR I, § 6 Rn. 60 ff.; Poscher, in: GdVwR I, § 8 Rn. 57; Di Fabio, in: HStR II, § 27 Rn. 35 ff.

¹⁴⁰ Möllers, Gewaltengliederung, S. 95 ff.; Möllers, Die drei Gewalten, S. 102; Poscher, in: GdVwR I, § 8 Rn. 51 f.

¹⁴¹ Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 337 ff.; Trute, in: GdVwR I, § 6 Rn. 19 f.; Möllers, Demokratie - Zumutungen und Versprechen, Rn. 100; Pollmann, Philosophie der Menschenrechte, S. 59 ff.

¹⁴² Um Missverständnisse zu vermeiden: Dies ist kein Statement zugunsten einer naturrechtlichen Geltung der Bürgerrechte, auch leugnet es nicht, dass demokratisch legitimierte Gewalt Bürgerrechte begrenzt. Behauptet wird nur, dass eine demokratische Ordnung, die ihre Legitimation in der selbstbestimmten Entscheidung seiner Bürger finden möchte, diese freie Selbstbestimmung rechtlich sichern muss. Es wird hier also nicht behauptet, dass Bürgerrechte demokratischer Legitimation logisch vorgehen, sie sind aber Grund und Grenze demokratisch legitimierter Herrschaft zugleich.

nötigt die Legislative und Exekutive, damit sie Entscheidungsgrundlagen (Gesetze) und Entscheidungsbezugspunkte (Exekutiventscheidungen) hat.

Dieses demokratieorientierte Modell der Gewaltenteilung als Gewaltengliederung¹⁴³ entspricht dem Gedanken der Freiheitssicherung durch *checks and balances*. Gewaltenteilung nach dem Grundgesetz ist aber mehr als reine *Freiheitssicherung*: Sie ist organisatorische *Balance* auch durch *checks* der Entscheidungskompetenzen, um den demokratischen Entscheidungsprozess zu strukturieren und zu sichern.¹⁴⁴ Schließlich muss man das Grundgesetz nicht unter den Freiheitsbegriff Kants bringen wollen, um diesen Untersuchungsaspekt mit einer Sentenz aus der „Metaphysik der Sitten“ ausklingen zu lassen:

„Der Wille des Gesetzgebers (*legislatoris*) in Anlehnung dessen, was das äußere Mein und Dein betrifft, ist untadelich (*irresprehensibel*), das Ausführungs-Vermögen des Oberbefehlshabers (*fummi rectoris*) unwiderstehlich (*irresistibel*)¹⁴⁵ und der Rechtsspruch des obersten Richters (*fupremi iudicis*) unabänderlich (*inappellabel*).“¹⁴⁶

c. Vorgaben für ein Recht auf Justizgewährleistung

Für den Inhalt und die Reichweite eines Justizgewährleistungsrechts ergeben sich damit mindestens zwei wegweisende Vorgaben aus dem Prinzip der Gewaltenteilung: Erstens kann ein Recht auf Justizgewährleistung nur auf die verbindliche Entscheidung eines unabhängigen Gerichts gerichtet sein – nur ein Gericht kann im Rahmen des Rechts *letztverbindlich* entscheiden. Eine *Verlagerung* von letztverbindlichen Entscheidungen auf die Staatsanwaltschaft scheidet damit grundsätzlich genauso aus, wie eine unspezifizierte allgemeine Staatsgerichtetheit des Recht auf Justizgewährleistung, die das letztlich zuständige Organ nicht klar benennt. Zweitens wird damit auch deutlich, dass – auch aus Verletztenperspektive(!)¹⁴⁷ im

¹⁴³ Zum Begriff der Gewaltengliederung *Möllers*, Die drei Gewalten, S. 57 ff.

¹⁴⁴ Ganz in diesem Sinne auch *Hesse*, Grundzüge 15. Aufl., Rn. 476 ff. – „Gewaltenbalance“.

¹⁴⁵ Der Hinweis auf § 113 Abs. 3 StGB sei allerdings gestattet.

¹⁴⁶ *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, § 48.

¹⁴⁷ Näher D.II.3.c.

Strafverfahren – eine etwaige Rechtsverletzung *nur* verbindlich durch ein Gericht *entschieden* werden kann.¹⁴⁸ Bevor ein Gericht in einem Einzelfall nicht entschieden hat, können Bürger, Behörden und sonstige Beteiligte *meinen und äußern*, ein Fall sei eindeutig in bestimmter Weise zu entscheiden – für das Recht und *im Recht* entschieden *ist* ein Einzelfall rechtlich erst durch gerichtliche Entscheidung, die gerade hierdurch ihren eigenständigen Normsetzungscharakter¹⁴⁹ klar zum Ausdruck bringt: Durch die gerichtliche Entscheidung wird die Beurteilung eines Rechtsfalls für die Rechtsordnung letztverbindlich *festgesetzt*¹⁵⁰ – und weil die Entscheidung letztverbindlich ist, muss die Rechtsordnung diese letztverbindliche Entscheidung selbst als Norm zum Gegenstand ihrer selbst machen.¹⁵¹

aa. Verfahren, Kontrolle und Kontrollverfahren

Betrachtet man die Rechtssetzung als gemeinsamen Bezugspunkt aller von Art. 20 Abs. 2 GG angesprochenen Staatsorgane, so wird das von der klassischen Kernbereichslehre betonte Differenzierungsgebot nicht verdrängt, sondern *legitimationstheoretisch* ausdifferenziert: Weil Rechtssetzung als Regelung notwendig mit Freiheitsbeeinträchtigungen verbunden ist, muss jede Rechtssetzung gleichzeitig vor der Selbstbestimmung der Mehrheit *sowie* der

¹⁴⁸ Die Tatsachen der Verletzung werden festgestellt, dass diese Tatsachen aber eine Rechtsverletzung darstellen, diese rechtliche Bewertung wird entschieden. Es ist nicht falsch, wenn gesagt wird, dass eine Rechtsverletzung festgestellt wird. Es muss dann nur klar sein, dass der Vorgang des Feststellens echtes entscheiden und nicht etwa nur auffinden ist.

¹⁴⁹ Normsetzung ist immer auch Normkonkretisierung, weil jeder Entscheidungsakt der Normsetzung abstraktere normative Vorgaben konkretisiert. Dies ist der Grund, warum die Wiener Rechtstheoretische Schule nicht kategorisch zwischen Norminterpretation und Normanwendung unterscheiden wollte, vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 242/S. 423 f.; *Merkel*, Gesammelte Schriften I/1, 85 (122 ff., 132 f.).

¹⁵⁰ Zum Rechtssetzungscharakter des Richterspruchs vgl. *Hofmann*, Recht des Rechts, S. 40 ff.

¹⁵¹ Vgl. zur Integration der richterlichen Entscheidung in den „Stufenbau“ der Rechtskonkretisierung *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 242/S. 423 f.; *Merkel*, Gesammelte Schriften I/1, 85 (122 ff., 132 f.). Letzterer pointiert dazu, dass eine Antwort darauf, was als „entschieden“ gelten soll, durch die Rechtsordnung selbst normiert werden muss.

Selbstbestimmung des Einzelnen legitimierbar sein. Genauso wenig wie im bürgerlichen Rechtsstaat die Freiheit des Einzelnen in einem unauflösbaren Widerspruch zur Allgemeinheit steht,¹⁵² genauso wenig sind in einem demokratisch organisierten Gemeinwesen die Organe der Rechtserzeugung Gegner in einem Spiel, das einmal die eine und ein andermal die andere Seite gewinnt. Es entspricht der Pointe des bürgerlichen Rechtsstaats, dass ein legitimes Allgemeininteresse stets die Rechte der Einzelnen in sich zur Geltung bringen soll.¹⁵³ Wenn Art. 20 Abs. 2 GG insoweit abseits der klassischen Terminologie nicht von „Teilung der Gewalt“, sondern von der „Ausübung der Volksrepräsentation“ durch „Organe“ spricht, so wird genau dieses Verhältnis aufgegriffen. Die Organe der Legislative, Exekutive und Judikative sind eigenständige Einheiten in einem *Rechtsetzungsorganismus*,¹⁵⁴ damit selbstverständlich auch notwendig unterschiedlich und insofern *geteilt*: Die Aufgaben von Staatsanwaltschaft und Gericht sind zwar aufeinander bezogen, sie dürfen aber nicht identisch sein. Art. 20 Abs. 2 GG stellt dies insofern (minimalistisch) klar, als dass Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung jeweils „besonders“¹⁵⁵ sein müssen.

Daraus ergibt sich eine weitgehende personelle Ämterinkompatibilität und damit verbunden personelle und organisatorische Trennung der Judikative von sonstigen Organen, wie Art. 97 GG klarstellt

¹⁵² *Menke*, Kritik der Rechte, S. 175 ff.; *Loick*, Juridismus, S. 39 ff setzen mit ihren Kritiken an der Rechtsform genau hier an und proklamieren eine Selbstwidersprüchlichkeit des subjektiven Rechts.

¹⁵³ Vgl. *Sheplyakova*, DZPhil 2016, 46 (61 ff.)

¹⁵⁴ Ganz in aristotelischer Tradition macht *Hegel*, Grundlinien, den Begriff des „Organismus“ im Zusammenhang mit der Gewaltenteilung stark, vgl. hierzu a.a.O. § 259 – unmittelbare Wirklichkeit des Staates als auf sich selbst beziehender Organismus; in typisch *Hegelscher* Diktion zudem a.a.O. § 272: „Die Verfassung ist vernünftig, insofern der Staat seine Wirksamkeit nach er Natur des Begriffs in sich unterscheidet und bestimmt, und zwar so, daß jede dieser Gewalten selbst in sich die Totalität dadurch ist, daß sie die anderen Momente in sich wirksam hat und enthält und daß sie, weil sie den Unterschied des Begriffs ausdrücken, schlechthin in seiner Idealität bleiben und nur ein individuelles Ganzes ausmachen.“

¹⁵⁵ Zum Usurpationsverbot auch *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Rechtslehre II. Teil § 45 ff.

(für das *Bundesverfassungsgericht* aus Art. 94 Abs. 1 Satz 3 GG).¹⁵⁶ Eine Doppelrolle aus Richteramt und Staatsanwalt stünde dem entgegen. Neben diesem personellen Trennungsgebot, bezieht sich das Aufgabenusurpationsverbot vor allem auf die spezifischen Funktionen unterschiedlicher Organe im Prozess der Rechtssetzung.¹⁵⁷ Zwar steht den Gerichten „das letzte Wort“ in diesem Rechtsentscheidungsverfahren zu, ihnen steht damit aber nicht die *einzig*e Entscheidung zu. Das Gesamtverfahren der Rechtsentscheidung ist vielmehr durch zahlreiche, gestaffelte Konkretisierungsschritte gekennzeichnet: Der Gesetzgeber setzt die abstrakt generelle Norm, die Exekutive entscheidet im ersten Zugriff über die Anwendung der „gesetzten“ gesetzlichen Grundlage und die Gerichtsbarkeit entscheidet, ob diese Gesetzesanwendung rechtmäßig war. Auf jeder Stufe¹⁵⁸ des Entscheidungsverfahrens werden danach bestimmte Entscheidungsparameter „herausgefiltert“, es kommt zu einer gestaffelten „Komplexitätsreduktion“¹⁵⁹ des Entscheidungstoffes. Verletzt ist dieses Prinzip dann, wenn eine Stufe des Entscheidungsprozesses dadurch überflüssig würde, dass entweder die Exekutive bereits ausgeschlossene Erwägungen der Gesetzgebung einbezieht¹⁶⁰, oder aber, wenn die Entscheidung des Gerichts alle Entscheidungsgegenstände der Exekutive zum Gegenstand seiner Entscheidung machen würde.¹⁶¹ Beispielhaft: Wenn etwa das Gericht

¹⁵⁶ Ähnliche Regelungen finden sich in Art. 55, 66, 94 Abs. 1, 137 Abs. 1, §§ 5 Abs. 1, 8 Abs. 1 AbgG, §§ 28 29 BBG, §§ 4, 21, 36 DRiG.

¹⁵⁷ Insofern baut *Zimmer*, Funktion, Kompetenz, Legitimation, S. 98 ff. seine entscheidungsorientierte funktionenrechtliche Analyse ganz im Geiste der Luhmann'schen These von der Komplexitätsreduktion durch Verfahrensentscheidungen auf, vgl. *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 11 ff., 38 ff.

¹⁵⁸ Zum „Stufenbau der Rechtsordnung“ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 228 ff./S. 398 ff.

¹⁵⁹ Vgl. *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 38 ff. der damit *einmal* den Unterschied zum völlig prädeterninierten *Ritual* umreißt, zum anderen aber den Systemcharakter des Verfahrens herausarbeitet: Gerade *weil* das Verfahren die unendliche Komplexität der Welt nach seinen Maßgaben strukturiert, kann man es systemtheoretisch erfassen.

¹⁶⁰ *Möllers*, Gewaltengliederung, S. 163 ff.

¹⁶¹ Ansonsten handelte es sich dabei tatsächlich um ein Ritual (Vgl. Fn. 227), bei dem nach vorgegebenem Handlungsmuster einzelne

nicht an den angeklagten Gegenstand gebunden wäre, sondern selbst über Erweiterungen der Anklage entscheiden dürfte, oder gar von selbst ein Verfahren eröffnen könnte, dann wäre die Anklagefunktion der Staatsanwaltschaft für das Verfahren obsolet und sie insofern eben nicht „besonders“ im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG.¹⁶²

Die Tatsache, dass Kontrolle im Rahmen der Gewaltenteilung eine Verbindung zwischen den Gewalten herstellt, darf nicht dazu führen, dass Kontrolle in Ersetzung mündet.¹⁶³ Würden kontrollierende Organe selbst die zu kontrollierende Entscheidung treffen, so läuft die Balance der Gewaltenteilung Gefahr, aus dem Gleichgewicht zu geraten. Gewaltenteilung setzt daher voraus, dass jede Gewalt „Herrin“ über ihr eigenes Verfahren bleibt und eigene Entscheidungsgegenstände bei ihr verbleiben. Dies macht richterliche Entscheidungen im Ermittlungsverfahren und auch solche, die sich denkbar auf die Rechtmäßigkeit der Ermittlungen selbst beziehen, jedoch nicht *per se* problematisch: Allein, dass bereits getroffene Entscheidungen der Staatsanwaltschaft durch ein Gericht kontrolliert werden und sich die Entscheidung des Gerichts auf die der Staatsanwaltschaft *bezieht*, ändert an der prinzipiellen Eigenständigkeit der staatsanwaltschaftlichen Entscheidung nichts.¹⁶⁴ Für eine hinreichende verfahrensrechtliche Eigenständigkeit ist aus Perspektive der Gewaltenteilung deshalb auch grundsätzlich nicht erforderlich, dass gerade *rechtliche* Entscheidungsspielräume der Staatsanwalt-

Schritte vorher zwingend festgelegt wären, vgl. wiederum *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 38 ff.

¹⁶² Vor diesem Hintergrund wurde etwa die Regelung der richterlichen Notzuständigkeit im Ermittlungsverfahren gem. § 165 StPO (wohl auch § 125 Abs. 1 a.E. StPO) für problematisch erachtet, vgl. *Koller*, Staatsanwaltschaft als Organ, S. 363 ff. dieser übersieht aber, dass gerade durch die situative Beschränkung der richterlichen Zuständigkeit auf „Gefahr im Verzug“ eine Aufgabenusurpation der Staatsanwaltschaft nicht zu besorgen ist. Ebenfalls führen die durch den Notstaatsanwalt gesicherten Erkenntnisse nicht qua richterlicher Wahrnehmung zu einer Bindung der Staatsanwaltschaft, die die übrigen Ermittlungen übernimmt, vgl. § 167 StPO. Ähnlich wie hier: *Erb*, in: LR-StPO, § 165 Rn. 2a.

¹⁶³ *Möllers*, Die drei Gewalten, S. 106.

¹⁶⁴ Vgl. *Poscher*, in: GdVwR I, § 8 Rn. 59 f.

schaft bestehen, die von einem Gericht *nicht* auf eine Einhaltung dieser rechtlichen Vorgaben kontrolliert werden dürften. Versteht man Rechtssetzung richtigerweise als gestaffelten Vorgang der Einzelfallkonkretisierung durch aufeinander aufbauende und dadurch bezugnehmende Entscheidungen,¹⁶⁵ dann kann nicht dieser Vorgang der Rechtskonkretisierung eine partielle Freistellung von rechtlicher Bindung voraussetzen.¹⁶⁶

bb. Gewaltenteilung und Kontrollfreiheit

Bereits oben wurde angedeutet, dass die rechtliche Bindung durch Gesetz nicht trennendes, sondern verbindende Eigenschaft von Staatsanwaltschaft und Gericht ist.¹⁶⁷ Dieser Befund bestätigt sich auch bei einem Blick auf die verfahrensrechtliche Verbindung der beiden Organe. Richterliche Kontrolle abgeschlossener *staatsanwaltschaftlicher Gestaltungsentscheidungen*¹⁶⁸ hat seinerseits keine *von sich aus* gestalterische Kraft, sondern wirkt hier zunächst allein negatorisch: Ein Gericht gestaltet durch seine kontrollierende Entscheidung nicht das Entscheidungsverfahren der Staatsanwaltschaft, es kassiert höchstens (Teil-) Entscheidungen als *Ergebnis des eigenständigen Entscheidungsprozesses*.¹⁶⁹ Allein, dass das

¹⁶⁵ Vgl. hierzu bereits *Merkel*, Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff, S. 217 ff., S. 221, der den Prozess der gestaffelten Rechtserzeugung als „Individualisierung und Konkretisierung“ deutet und so Rechtsanwendung und Rechtserzeugung in einen unmittelbaren Zusammenhang setzt. Hierauf aufbauend *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 228 ff./S. 398 ff. Zur Rezeption der Stufenbaulehre *Merkels* in der 'Reinen Rechtslehre' vgl. *Behrend*, Stufenbaulehre, S. 52 ff.

¹⁶⁶ Vgl. auch *Möllers*, Gewaltengliederung, S. 164: „Eine judikative Kontrolle der Exekutive kann funktional trotz Maßstabgleichheit geboten sein.“ Aus prozeduraler Perspektive erzeugt derselbe Entscheidungsmaßstab nicht dieselbe Entscheidung“.

¹⁶⁷ B.I.1.b. – Gewaltenteilung und demokratische Legitimation.

¹⁶⁸ Selbstverständlich gibt es aber *jenseits* richterlicher Kontrollverfahren gerichtliche Gestaltungsentscheidungen. Als eine solche zeigt sich nicht zuletzt die strafrechtliche Verurteilung. Zum Begriff der Kontrolle *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 257 ff.

¹⁶⁹ Je nach Situation und Begehr drängen sich insoweit Vergleiche zur verwaltungsprozessualen Anfechtungsklage oder Verpflichtungs-

Gericht die Grenzen rechtmäßigen Entscheidens der Staatsanwaltschaft eng zieht, bedeutet nicht, dass keine hinreichende Verfahrensherrschaft mehr festzustellen ist. Wenn Sinn und Zweck der Gewaltenteilung sowohl die Sicherung der Rechte der betroffenen Bürger als auch die Sicherung der Abhängigkeit der Exekutive von legislativen Vorgaben ist,¹⁷⁰ so ist das Prinzip der Gewaltenteilung erst dort missachtet, wo Gerichte eigeninitiativ originär staatsanwaltschaftliche Anordnungen treffen. Dass eventuelle Einschränkungen gerichtlicher Kontrollrechte aus anderen Prinzipien oder Grundsätzen folgen könnten, sei an dieser Stelle nicht ausgeschlossen.¹⁷¹ Das Prinzip der Gewaltenteilung erscheint hingegen nicht geeignet, die Notwendigkeit gerichtlich unkontrollierbarer Spielräume der Staatsanwaltschaft zu begründen.

Zusammenfassend lässt sich daher *positiv* festhalten, dass das Prinzip der Gewaltenteilung für das Recht auf Justizgewährleistung *letzverbindliche richterliche Entscheidungen in allen Rechtsangelegenheiten erfordert*. In *negativer Hinsicht* erweist sich das Prinzip der Gewaltenteilung als *nicht ergiebig* eigene staatsanwaltschaftliche Entscheidungsspielräume zu begründen.

2. Justizgewährleistung und Gewaltmonopol

Hat die Gewaltenteilung in Art. 20 Abs. 2 GG wenigstens andeutungsweise Eingang in den Wortlaut des Grundgesetzes gefunden, ist dies für ein (weiteres) tragendes Legitimationskonzept der Staatlichkeit nicht der Fall: Das Gewaltmonopol des Staates.¹⁷²

a. Gewaltmonopol und „Friedensfunktion“ des Staates

Dabei findet das Gewaltmonopol als Schlüsselbegriff im staatsrechtlichen Diskurs ganz unterschiedliche Verwendung. Mal soll es die

klage auf. Letztere können nur in Grenzfällen Verpflichtungen zu konkreten Entscheidungen nach sich ziehen, vgl. statt aller: *Gerhardt*, in *Schoch/Schneider/Bier*, VwGO, § 113 Rn. 73 f.

¹⁷⁰ B. I. 1. b.

¹⁷¹ Dazu B. II. 2. d.

¹⁷² Unübertroffen *Möllers*, Staat als Argument, S. 272 ff.

Staatlichkeit als solche begründen,¹⁷³ mal soll es – und das ist im hiesigen Zusammenhang bedeutender – grundrechtsdogmatisch fruchtbar gemacht werden können.¹⁷⁴ Die genauen Auswirkungen dieser Übertragungsleistung vom Staatsprinzip zur Ausgestaltung der Grundrechte sind dabei vor allem für das Grundrechtsverständnis selbst relevant und sollen daher auch in diesem Zusammenhang vertieft werden.¹⁷⁵ Die Grundannahmen jeder Ausstrahlungswirkung des Gewaltmonopols auf unterschiedliche Verfassungsfragen ist allerdings schon hier von Bedeutung: Das Gewaltmonopol als „Definiens moderner Staatlichkeit“¹⁷⁶ soll vom Grundgesetz gewissermaßen vorausgesetzt werden und als solches ein in der Staatlichkeit selbst verankertes *unmittelbar geltendes* privates Gewaltverbot auferlegen.¹⁷⁷

Diese „Friedensfunktion“ des Staates sei dessen vorrangiger Legitimationsgrund und Bezugspunkt zugleich.¹⁷⁸ Durch ein staatliches Gewaltmonopol würde so nicht nur jedwede private Gewaltausübung strukturellem Rechtfertigungsdruck ausgesetzt,¹⁷⁹ weiter würde daraus folgen, dass zur Friedenssicherung notfalls staatliche Gewalt einzusetzen sei.¹⁸⁰ Es ist dabei wohl vor allem der letzte Grund, weshalb der Grundrechtsdogmatik neben der Abwehrfunktion eine selbstständige, mit eigenständigem dogmatischen Gehalt ausgestattete, sog. „Schutzfunktion“ zur Seite gestellt werden soll.¹⁸¹ Auf diesem Weg findet eine begriffliche Identifikation von „Schutz“

¹⁷³ *Isensee*, in: HStR II, § 15 Rn. 53; *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 29 ff.; *ders.* DÖV 1982, 616; weitere Nachweise bei *Möllers*, Staat als Argument, S. 272.

¹⁷⁴ *Murswiek*, Verantwortung für Technik, S. 102 ff.; *Dietlein*, Schutzpflichten, S. 26 ff.; Überblick bei *Poscher*, Abwehrrechte, S. 180 ff. m.w.N.

¹⁷⁵ Abschnitt D.

¹⁷⁶ *Möllers*, Staat als Argument, S. 273.

¹⁷⁷ *Dietlein*, Schutzpflichten, S. 46 ff.; *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 44 f.; *Isensee*, DÖV 1982, 616.

¹⁷⁸ *Isensee*, in: HStR II § 15 Rn. 22, 82, 93.

¹⁷⁹ *Dietlein*, Schutzpflichten, S. 46.

¹⁸⁰ *Isensee*, FS-Sendler 1991, S. 39 ff., 58 ff.

¹⁸¹ Zusammenfassend *Dietlein*, Schutzpflichten, S. 51 ff; *Poscher*, Abwehrrechte, S. 180 ff. – der sich hingegen dezidiert kritisch gegenüber einer Ableitung von subjektiven Schutzrechten zeigt.

und „Frieden“ und „Staat“ und damit Sinnzuschreibung tatsächlicher Art statt – Zweck des Staates ist es nun, über das Monopol der Gewaltausübung *tatsächlich* Gewalt zu verhindern.¹⁸² Dabei ist weder selbsterklären, was sich hinter diesen Begriffen genau verbergen soll, noch ein intuitiver Zugriff auf einen Zugriff tatsächlicher Gewaltlosigkeit ernsthaft möglich. Wäre wirklich faktischer Schutz vor jedweder Beeinträchtigung ultimative Nagelprobe für die Staatlichkeit an-sich, dann wären gerade solche Staatsorgane aus dieser „wirklichen“ Staatlichkeit ausgenommen, die den gewaltenteiligen Rechtsstaat notwendig voraussetzen: Tatsächlicher Schutz kann weder durch Parlamente noch durch Gerichte geleistet werden: Gerade die Gerichte sind für eine faktische Durchsetzung des Rechts *nicht* zuständig – als Rechtssetzung im Einzelfall ist ihre Entscheidung höchstens eine normative Voraussetzung einer *rechtlich zulässigen* tatsächlichen Durchsetzung. Widersprechen sich eine auf richterliche Normsetzung ausgerichtete Justizgewährleistung und ein mit dem Gewaltmonopol des Staates in Verbindung zu bringender Rechtsschutz¹⁸³ also bereits im Ausgangspunkt? Ist ein gerichtliches Urteil (im Strafrecht ebenso wie in allen anderen Rechtsgebieten) nicht strukturell ungeeignet, Rechte zu schützen?

b. *Gewaltmonopol im Zirkelschluss*

Möllers¹⁸⁴ hat im Anschluss an Troper¹⁸⁵ auf die Zirkelschlüssigkeit eines so verstandenen Gewaltmonopolbegriffs hingewiesen. Zu diesem Ergebnis gelangt er zunächst über die Feststellung, dass Gewalt rein *tatsächlich* nicht lediglich vom Staat ausgeht, sondern dem Gewaltmonopol vielmehr der *Sollenssatz* entnommen werden kann,

¹⁸² Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 266: „Das System gerichtlichen Rechtsschutzes ist [...] als Ersatz für die verbotene Privatgewalt anzusehen. Dem Bürger muß als Ausgleich für das Gewaltverbot ein funktionierendes Rechtsschutzsystem zur Verfügung gestellt werden, über das er die Ausübung *staatlicher* Gewalt in Form von Titelvollstreckungsmaßnahmen erreichen kann.“ – Hervorhebungen dort.

¹⁸³ Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 266.

¹⁸⁴ Möllers, Staat als Argument, S: 276 f.

¹⁸⁵ Troper, FS-Winkler 1997, S. 1195, S. 1203.

dass Gewalt von nichtstaatlichen Akteuren grundsätzlich zu unterbleiben habe.¹⁸⁶ Es gehe daher weniger um die faktische Verhinderung einer – wie auch immer im Einzelnen zu verstehenden – faktischen Gewaltausübung, sondern vielmehr um das Monopol normativer *Gewaltlegitimierung*.¹⁸⁷ Wenn nur der Staat definieren kann, welche Gewalt legitime Gewalt sei, dann könne das Monopol, um das es maßgeblich gehen kann, auch nicht das Monopol der *tatsächlichen* Gewaltausübung, sondern lediglich das Monopol der Rechtssetzung meinen.¹⁸⁸

So verstanden geht das Gewaltmonopol dem Rechtsstaat aber nicht vor, ist also nicht dessen Voraussetzung, sondern mit dem Rechtsstaat als Rechtsmonopol identisch. *Deshalb* kann das Gewaltmonopol auch keine dogmatische Erkenntnis für ein *prinzipielles* Gewaltverbot jenseits der Feststellung bringen, dass vom Recht als *rechtswidrig deklarierte Gewalt* in ebendieser Rechtsordnung auch als *verbotene Handlung* zur Geltung kommen muss.¹⁸⁹

Nicht das Recht legitimiert sich *juristisch* also durch tatsächlichen Schutz, sondern was legitimer Schutz und was rechtswidriger Übergriff ist, wird durch das Recht erst festgelegt. *Weber* formuliert (s)ein ähnliches Argument mit dem Anspruch der Verallgemeinerung:

*„Der Jurist hat so wenig die Aufgabe, den Wert jener Kulturgüter, deren Existenz an den Bestand von ‚Recht‘ gebunden ist, zu ‚beweisen‘, wie der Mediziner die Aufgabe hat, ‚nachzuweisen‘, daß die Verlängerung des Lebens unter allen Umständen erstrebenswert sei. Beide sind dazu auch, mit ihren Mitteln, gar nicht imstande.“*¹⁹⁰

Dieses überzeugende und für sich ernüchternd entwaffnende Argument zeigt sich folgenreich, denn es beraubt uns juristisch jeden Arguments, das versucht, die Tauglichkeit der Rechtsform *empirisch* anhand der Effektivität tatsächlicher Konfliktvermeidung zu validieren und zu kritisieren. Ob, wie und weshalb Rechtsnormen *tatsäch-*

¹⁸⁶ Möllers, Staat als Argument, S. 275 f.

¹⁸⁷ Möllers, Staat als Argument, S. 276 f.

¹⁸⁸ Troper, FS-Winkler 1997, S. 1195, S. 1203.

¹⁸⁹ Dazu jüngst auch Gärditz, Staat und Strafrechtspflege, S. 24 f.

¹⁹⁰ Weber, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, S. 496.

lich wirksam sind, ist eine Frage, die nur mit nichtrechtlichen Methoden beantwortet werden kann. Aus der Rechtstheorie selbst kommend, drückt *Kelsen* Ähnliches aus, wenn er schreibt:

„So wie es unmöglich ist, bei Bestimmung der Geltung von der Wirklichkeit zu abstrahieren, so ist es auch unmöglich, die Geltung mit der Wirklichkeit zu identifizieren.“¹⁹¹

Diese Lesart steht einem Staatsziel der Friedenssicherung freilich genauso wenig entgegen wie der Gedanke des Schutzes von Rechten mittels Recht. Es vereint vielmehr das Ziel der Friedenssicherung mit dem Ziel der Rechtsdurchsetzung durch Normkonkretisierung.¹⁹² Der entscheidende Unterschied ist zunächst ein analytischer, der aber auch für die theoretische Erfassung des Strafrechts als Konfliktregelungstechnik fruchtbar gemacht werden kann: Nicht der tatsächliche Frieden ist juristischer Zweck des Rechtsstaates und das Recht ein austauschbares Mittel zur Erreichung dieses juristischen Zwecks. Das Recht kann sich mit juristischer Methodik genauso wenig selbst legitimieren, wie seine Nützlichkeit widerlegen. Nicht der tatsächliche Schutz von vorrechtlichen „Gütern“ muss hergestellt werden und das Recht sich vor der Frage des effektiven Schutzes legitimieren – das Recht legt normativ erst fest, was zu schützen ist und wie dieser Schutz bewerkstelligt wird. Das Strafrecht schützt Grundrechte juristisch dadurch, dass es Bürgern – die gerade nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind – freiheitsbeeinträchtigendes Verhalten verbietet.

¹⁹¹ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 220/S. 387.

¹⁹² *Larenz*, Methodenlehre, S. 73 ff. wirft *Kelsen* freilich vor, dass Geltung und Wirksamkeit von Rechtsnormen letztlich notwendig ineinander übergehen müssten. Nur daraus, dass Normen tatsächlich wirksam werden, könnten wir schließen, dass sie auch gelten. *Behrend*, Stufenbaulehre, S. 69 ff. (mit zahlreichen Nachweisen) weist demgegenüber zu Recht daraufhin, dass durch die Aussage, dass die Wirksamkeit nicht mit der Geltung einer Norm gleichgesetzt werden könne, nicht gesagt sei, dass die Wirkung von Normen für die Rechtswissenschaft unerheblich sei – die tatsächliche Wirksamkeit sei nur eben kein tauglicher Erkenntnisgegenstand der Rechtswissenschaft selbst.

Doch, was ist dadurch gewonnen? Ist dadurch nicht wieder der Ausgangspunkt erreicht, dass das Recht mit den Mitteln der Rechtsentscheidung nicht zu schützen ist, weil es als gerichtlich ausgesprochenes Verbot *nach* einem Rechtsverstoß strukturell „zu spät“ kommt? Die Frage deutet jedoch auf eine unzulässige Kategorienvermischung: Man kann die Wirksamkeit von Rechtsnormen nicht dadurch verifizieren, dass sie eingehalten werden, sondern juristisch nur daraufhin untersuchen, ob sie von der Rechtsordnung als wirksam behandelt werden.¹⁹³ Wäre Sinn des Rechts (auch des Strafrechts), dass Normen tatsächlich nicht verletzt werden *können*, dann wäre eine Rechtsnorm darauf gerichtet, dass sie nichts regelt.¹⁹⁴ Eine Norm setzt aber voraus, dass sie auch nicht eingehalten werden kann – genau dies zeigt das Gewaltmonopol als (Konflikt-) Regelungsmonopol auf: Wenn das Gewaltmonopol letztlich auf das Rechtsmonopol des Staates verweist, dann ist der Bereich des Staates nicht verlassen, wenn tatsächlich ein Normbruch stattfindet¹⁹⁵ – er ist dann verlassen, wenn der Staat keine Antwort auf die Frage hat, wann Recht und Unrecht vorliegen. So steht eine Justizgewährleistung durch Gerichte dem Gewaltmonopol nicht entgegen, muss sich in seiner empirischen „Wirklichkeit und Wirksamkeit“ rechtlich zunächst nicht legitimieren, sondern die Gewaltenteilung ergänzt das Gewaltmonopol: Durch das Prinzip der Gewaltenteilung ist vorgegeben, dass Recht für die gesamte Rechtsordnung verbindlich nur

¹⁹³ Pitamic, ÖZÖR 1917, 339 ff. erklärt dies mit dem normativ-deduktive Charakter der Rechtswissenschaft: Anders als eine induktive Methode, müsse sich die Rechtswissenschaft notwendig auf die Deduktion von ihr selbst vorausgesetzte Normen beschränken. Vgl. zum Einfluss dieses Aufsatzes auf *Kelsen* auch dessen Hinweis in der Vorrede zur zweiten Auflage, in Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. XV.

¹⁹⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang auch den Beitrag zur „riskanten Freiheit“, von Dreier, RW 2010, 11.

¹⁹⁵ Ganz unabhängig davon, ob man die Metapher des Staatsvertrages grundsätzlich akzeptieren möchte, ist damit jedenfalls klar, dass auch ein Normbruch eines Straftäters keine „einseitig wirksame“ Kündigung dieses Staatsvertrages darstellen kann. Man könnte auch sagen, dass sich niemand – durch egal welche Aktionen – außerhalb des Rechts stelle, sondern nur außerhalb des Rechts gestellt werden kann.

von Gerichten festgestellt wird.¹⁹⁶ Durch das Gewaltmonopol als Rechtsmonopol ist vorgegeben, dass der Staat auf jeden Konflikt eine *rechtlich-regelnde* Antwort haben muss.¹⁹⁷ Würde der Staat keine Rechtsantwort auf einen realen Konflikt haben, so wäre unklar, welche Konfliktpartei *legitim* und welche *illegitim* handelt. Damit würde die Legitimationsfrage aber an die Konfliktparteien zurückverwiesen, was das Gewaltmonopol gerade verbietet. Das Gewaltmonopol ist ein Regelungsmonopol, versehen mit dem Regelungsmittel Recht. Das Gewaltmonopol ist damit als juristische Kategorie – erstens – keine Voraussetzung, sondern Ausprägung der Rechtsstaatlichkeit, und – zweitens – führt die Notwendigkeit letztverbindlicher Entscheidung innerhalb des Rechts dazu, dass Gerichte grundsätzlich über alle Rechtskonflikte entscheiden müssen, um sie *verbindlich zu regeln*. Mehr noch: Die Rechtsform als Bewertungstechnik faktischer Gegebenheiten ist nicht *untauglich*, weil sie Unrecht nicht verhindern kann, sie setzt die Möglichkeit zum Rechtsbruch und die letztverbindlich-nachträgliche Entscheidung über einen begangenen Rechtsbruch voraus. Besteht ein subjektives Recht auf Justizgewährleistung, dann ist dieses Recht *ein Recht auf Wirksamwerden des Rechts in der Rechtsordnung im Einzelfall*. Da Gewaltenteilung die Zuständigkeit für verbindliche Rechtsregelungen den Gerichten zuschreibt und das Gewaltmonopol eine Regelung jedes Konflikts voraussetzt, folgt aus beiden gemeinsam, dass grundsätzlich jeder Konflikt gerichtlich entschieden werden muss.

¹⁹⁶ Oben B.I.1.b.bb.; in diesem Zusammenhang „klassisch“ *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, S.310: „Verträge müssen nicht abgeschlossen, Gesetze müssen nicht erlassen werden [...], aber Gerichte müssen jeden ihnen vorgelegten Fall entscheiden“; daneben zum Entscheidungszwang als „Urgestein“ der Rechtsstaatlichkeit *Schmidt-Aßmann*, in: *HStR II* § 26 Rn. 70 ff. Institute wie die Bestandskraft von Verwaltungsakten stehen dem nicht zwingend entgegen, weil die Frage der Bestandskraft seinerseits letztverbindlich gerichtlich entschieden wird.

¹⁹⁷ *Poscher*, *Abwehrrechte*, S. 182.

c. *Vorgaben für ein Recht auf Justizgewährleistung*

Könnte dem Prinzip der Gewaltenteilung entnommen werden, dass Justizgewährleistung mit einer letztverbindlichen Entscheidungsbefugnis allein der Gerichtsbarkeit gleichgesetzt werden kann¹⁹⁸, stellt das Gewaltmonopol – verstanden als Regelungsmonopol des Staates – klar, dass die Notwendigkeit einer gerichtlichen Entscheidung in grundsätzlich *jedem* Rechtskonflikt besteht.¹⁹⁹ Unbeantwortet bleibt dabei allerdings, wie diese Entscheidung eines Gerichts tatsächlich herbeigeführt werden kann. Denn, das Gewaltmonopol besagt nur, *dass* ein bestehendes Recht rechtlich geordnet festgestellt werden muss, *welche* Rechte *wann wie* festzustellen sind, kann dem Gewaltmonopol selbst hingegen nicht entnommen werden und ist eine Frage der Verbindung von (abstraktem) Gewaltmonopol und Gewaltenteilung mit den (konkret betroffenen und) geltend gemachten Rechten.²⁰⁰ Weil aber für die hiesigen Zwecke schon hier vorausgesetzt werden kann, dass subjektive Rechte existieren und dass Rechte durch letztverbindliche Gerichtsentscheidung in der Rechtsordnung zur Geltung kommen, ist auch bereits hier die Aussage zulässig, dass das Rechtsstaatsgebot eine Justizgewährleistung gerade durch richterliche Entscheidung voraussetzt. Wenn das Rechtsstaatsgebot damit zwar nicht die einzige „Quelle“ eines Justizgewährleistungsrechts ist,²⁰¹ so wird dennoch deutlich, dass das Rechtsstaatsgebot *gleiche Voraussetzung aller Rechte ist, die auf eine staatliche Justizgewährleistung gerichtet sind*. Damit aber sind auch an einer kategorischen Unterscheidung – mit Blick auf das jeweils gewährleistete Schutzniveau – zwischen allgemeinem Justizgewährleistungsanspruch und seiner speziellen Ausprägung in Art. 19 Abs. 4 GG erhebliche Zweifel angebracht. Dies hat Bedeutung vor allem für den möglichen Einwand, dass eine Verortung ei-

¹⁹⁸ B.I.1.b.bb.

¹⁹⁹ B.I.2.b.

²⁰⁰ Poscher, Abwehrrechte, 180 ff.

²⁰¹ Dem widerspricht auch Huber, in: Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 19 Rn. 355 nicht. Wenn er dem allgemeinen Justizgewährleistungsrecht insoweit lediglich objektiv-rechtliche Notwendigkeit zuspricht, gehe es ihm um eine Umfangsbeschränkung des subjektiven Rechts, die sich wiederum aus der objektiven Schutzfunktion der Grundrechte ableiten ließe.

nes „Rechts auf effektive Strafverfolgung“ im allgemeinen Justizgewährleistungsrecht, gegenüber einer Verortung in Art. 19 Abs. 4 GG zu einer schwächeren Position des Verletzten führen könnte.

3. Justizgewährleistung und Grundrechte

Haben sich Gewaltenteilung und Gewaltmonopol zwar ergiebig im Hinblick darauf erwiesen, in welcher Art und Weise Justizgewährleistung zu organisieren ist, so steht eine subjektivrechtliche Verankerung und Begründung eines Rechts auf Justizgewährleistung noch aus. Um eine solche Begründung vornehmen zu können, wird zunächst die Grundrechtsbindung der Judikative untersucht (a), um diese anschließend im Zusammenhang mit dem staatlichen Entscheidungsverfahren zu kontextualisieren (b). Es wird sich zeigen, dass sich den materiellen Grundrechten Verfahrensanforderungen nur in sehr beschränktem Maße entnehmen lassen, und dass sich aus den Grundrechten selbst *kein konkretes gerichtliches* Verfahren ableiten lässt (c).

a. Grundrechtsbindung der Judikative

Analysiert man die dogmatischen Vorgaben des Grundgesetzes, so sticht – in Bezug auf die Notwendigkeit einer Subjektivierung der Justizgewährleistung – Art. 1 Abs. 3 GG heraus. Bemerkenswert ist diese Norm in erster Linie nicht wegen der grundrechtlichen Verpflichtung des Staates als solchem – wichtiger erscheint in diesem Zusammenhang der normhierarchische und daher auch *methodische* Effekt dieser Regelung: Statuiert Art. 20 Abs. 3 GG eine Rechtsbindung der Gerichte, verpflichtet Art. 1 Abs. 3 GG die Gerichte dazu, die Grundrechte selbst als unmittelbar geltendes Recht zu beachten. Durch diese Regelung wurde einer in der Weimarer Staatslehre verbreiteten Ansicht, die in den Grundrechten lediglich eine Verpflichtung des Gesetzgebers erblickte und ihm nicht nur eine Abwägungsprärogative, sondern die ausschließliche Abwägungskompetenz über Grundrechtspositionen zuschrieb, ausdrücklich eine Absage erteilt.²⁰² Art. 1 Abs. 3 GG ist mit einem solchen Ver-

²⁰² Überblickend *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 1 Abs. 3 Rn. 7; *Poscher*, Abwehrrechte, S. 160 ff.

ständnis nicht zu vereinbaren. Über eine unmittelbare Grundrechtsbindung werden die Gerichte zur Beachtung der Grundrechte bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts verpflichtet. Ihnen steht zwar keine Normverwerfungskompetenz zu,²⁰³ das heißt Gerichte dürfen Parlamentsgesetze nicht einfach *nicht anwenden*, sie müssen jedoch im Rahmen ihrer methodischen Möglichkeiten den Grundrechten zur Geltung verhelfen.²⁰⁴ Dies bedeutet nicht, dass Gerichte wegen Art. 1 Abs. 3 GG einen abweichenden Abwägungswillen des Parlamentsgesetzgebers ignorieren sollen – sie müssen aber in eigener Verpflichtung überprüfen, ob die Abwägung des Parlamentsgesetzgebers im Einzelfall auch mit den Grundrechten vereinbar ist.²⁰⁵ Ist eine grundrechtsgemäße Anwendung nach Ansicht der Gerichte nicht (mehr) möglich, so verpflichtet sie Art. 100 Abs. 1 GG zur Durchführung eines konkreten Normenkontrollverfahrens.

Darüber hinaus wirkt Art. 1 Abs. 3 GG hingegen kaum auf das gerichtliche Verfahren ein, insbesondere lassen sich keine gestalterischen Elemente der Rechtsdurchsetzung allein aus der Grundrechtsbindung ableiten.²⁰⁶ Dass Gerichte an die Grundrechte gebunden sind, bedeutet nicht, dass die Grundrechte in erster Linie oder

²⁰³ Das wurde vom Bundesverfassungsgericht sehr früh schon festgestellt, vgl. BVerfGE 1, 184 (188 f.); 1, 283 (292); 3, 225 (231); 80, 54 (58 f.) – Art. 100 GG schreibt unstrittig das Normverwerfungsmonopol dem *Bundesverfassungsgericht* zu.

²⁰⁴ Den Zusammenhang zwischen Geltungsfunktion der Grundrechte und richterlicher Normkonkretisierung thematisiert *Poscher*, Abwehrrechte, S. 215 f.

²⁰⁵ *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 1 Abs. 3 Rn. 10 f.; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Rn. 72 ff. – Vorrang des Gesetzes; *Poscher*, Abwehrrechte, S. 160 ff. – besonders S. 162 – vgl. auch die dort in Bezug genommene Entscheidung BVerfGE 13, 248.

²⁰⁶ So auch *Poscher*, Abwehrrechte, S. 197 f.: „Ob die Annahme eines über Art. 19 Abs.4 GG hinausgreifenden allgemeinen subjektiven Rechts auf Rechtsdurchsetzung sinnvoll ist, kann [...] als ein *nicht grundrechtsdogmatisches* Problem ausgewiesen werden, das im Rahmen einer Dogmatik des staatlichen Gewaltmonopols und damit letztlich im Rahmen einer Dogmatik des Art. 20 Abs. 3 GG zu erörtern ist.“ Hervorhebung nur hier.

gar ausschließlich durch sie zu gewähren sind.²⁰⁷ Allein, dass Art. 2 Abs. 1 GG eine allgemeine Handlungsfreiheit beinhaltet, bedeutet nicht ohne weiteres, dass diese allgemeine Handlungsfreiheit gerade durch ein Gericht festzustellen ist. Genauso wenig, wie dem Gewaltmonopol entnommen werden kann, welchen Inhalt staatliche Rechte haben, genauso wenig geben die Grundrechte (für sich genommen) Auskunft darüber, wie sie zur Geltung gebracht werden können und müssen – nur eben, dass sie gelten und gemäß Art. 1 Abs. 3 GG auch gegenüber den Gerichten gelten.

b. Grundrechtsschutz durch Verfahren

Dies bedeutet hingegen nicht, dass staatliche Entscheidungsverfahren vollständig unabhängig von grundrechtlichen Gewährleistungsgehalten²⁰⁸ sind. In diesem Zusammenhang hat der Diskussionstopp „Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren“ spätestens seit der *Mühlheim-Kärlich-Entscheidung*²⁰⁹ des *Bundesverfassungsgerichts* einen Kulminationspunkt erreicht, dem es an dieser Stelle nachzuspüren gilt. Dabei zeigt sich, dass hinter der *besonderen Terminologie* keinesfalls immer und zwingend eine *besondere Funktionsweise* der Grundrechte vermutet werden muss, sondern das grundrechtlich erforderliche Verfahren ebenso mit den herkömmlichen dogmatischen Figuren des Vorbehalts des Gesetzes und der Verhältnismäßigkeit eines staatlichen Eingriffs zu bewältigen sind.²¹⁰

Ein Grundrechtseingriff ist nur dann legitim, wenn er auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage beruht. Ohne gesetzliche Grundlage darf die Exekutive Bürger zu keiner Handlung oder Duldung verpflichten. Dies ergibt sich als solches bereits vollständig aus der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes.²¹¹ Klar ist damit auch, dass

²⁰⁷ Vgl. auch *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553 (559): Art. 1 Abs. 3 GG lässt sich auch nicht entnehmen, dass alle staatliche Gewalt, allein unter Rückgriff auf die Grundrechtsbindung, sonstige Verpflichtungen (etwa Gesetzesbindung) überspielen soll oder darf.

²⁰⁸ Zum Begriff: *Rusteberg*, Gewährleistungsgehalt.

²⁰⁹ BVerfGE 53, 30.

²¹⁰ Dies zeigt überzeugend *Poscher*, Abwehrrechte, S. 390 ff.

²¹¹ Statt aller *Maurer*, Staatsrecht I, § Rn. 48; *Hesse*, Grundzüge 26. Aufl., Rn. 508; *Michael/Morlok*, Grundrechte, Rn. 559 ff.; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Staatsrecht II, Rn. 263 ff.; *Hufen*, Staatsrecht II, § 9 Rn. 2.

für jede Ermächtigungsnorm auch Anordnungen getroffen werden müssen, wie bestimmte Eingriffe zu Stande kommen dürfen und welches Verfahren hierbei beachtet werden muss. Kann man die Grundrechte auch als Konkretisierungsauftrag an den parlamentarischen Gesetzgeber verstehen, das weitere Rechtskonkretisierungsverfahren durch die „vollziehende“ Gewalt zu regeln, so wird hingegen bereits deutlich, dass das „Verfahren“ keine isolierte, eigenständige Kategorie neben der materiellen Rechtssetzung ist, sondern das formelle Recht immer beschreibt, wie das Recht als solches jeweils weiter zu konkretisieren ist. Kelsen weist mit seiner These von der Selbsterzeugung des Rechts genau hierauf hin:

„Materielles und formelles Recht sind untrennbar miteinander verbunden. Nur in ihrer organischen Verbindung bilden sie das seine eigene Erzeugung und Anwendung regelnde Recht.“²¹²

Den Grundrechten lässt sich insofern auch nicht entnehmen, dass etwa nur materielle Entscheidungsfehler erheblich seien und auch nicht, dass es in erster Linie auf die materielle Rechtmäßigkeit ankäme.²¹³ So kann man die Mühlheim-Kärlich-Entscheidung auch als Klarstellung dafür verstehen, dass auch Formfehler zur Rechtswidrigkeit einer Maßnahme führen können und zwar genau dann, wenn die jeweiligen Verfahrensvorschriften vom Gesetzgeber als zwingend und nicht heilbar ausgestaltet worden ist.²¹⁴ Ordnet so etwa die Staatsanwaltschaft eine Beschlagnahme an, obwohl die Anordnungscompetenz dem Gericht zukommt, so ist nicht die „Verfahrensdimension“ der Grundrechte verletzt, sondern (wenn nicht die entsprechende Ausnahmeanordnungscompetenz einschlägig ist) zunächst das grundrechtliche Abwehrrecht, keinen gesetzeswidrigen Beeinträchtigungen ausgesetzt sein zu müssen.

²¹² Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 237/S. 414.

²¹³ Poscher, Abwehrrechte, S. 391.

²¹⁴ Weitergehend vielleicht auch die Klarstellung, dass Verfahrensfehler auch in Bezug auf Dritte relevant sind. In Anbetracht dessen, dass aber mit jeder Genehmigung einer gefährdenden Anlage notwendig eine Duldungspflicht einhergeht und diese Duldungspflicht einen Grundrechtseingriff darstellt, geht auch dieser Aspekt nicht über den Vorbehalt des Gesetzes hinaus.

Zwar rekurriert das *Bundesverfassungsgericht* bisweilen auch hinsichtlich bestimmter Verfahrensgarantien auf die materiellen Grundrechte,²¹⁵ überzeugen kann dies hingegen nicht durchweg, denn hinsichtlich des Zugangs zur Gerichtsbarkeit und damit notwendig verbundene Voraussetzungen, steht mit der selbstständigen Verrechtlichung des effektiven Rechtsschutzanspruchs ein eigenständiger Gewährleistungsgehalt Pate.²¹⁶ Dass sich hieraus unmittelbar ein Anspruch auf gerichtliche Entscheidung ergibt, setzt Art. 19 Abs. 4 GG explizit voraus, dass es aber auch gerade diese Norm sein kann, die auf das vorgelagerte behördliche Verfahren ausstrahlt, ist in der Rechtsschutzdogmatik seit jeher anerkannt.²¹⁷ So kann es etwa sein, dass in bestimmten Konstellationen ein Richtervorbehalt zwingend ist, dies lässt sich aber nur in Zusammenschau mit den konkreten richterlichen Funktionszuweisungen beantworten und nicht selbstschöpferisch aus den Grundrechtstatbeständen allein ableiten.²¹⁸ Dies steht einer Erwägung nicht entgegen, die in der richterlichen Tätigkeit eine besondere Qualität darin erblickt, dass es sich typischerweise um ein „neutrales Verfahren“ handelt.²¹⁹ Es wird aber deutlich, dass die Entscheidung über die Notwendigkeit eines solchen neutralen Verfahrens, nicht sinnvoll allein mit Blick auf die einzelnen Grundrechtstatbestände getroffen werden kann, son-

²¹⁵ BVerfGE 35, 348 (361); 45, 297 (322); 51, 150 (156); 65, 76 (94); 69, 315 (355); 73, 280 (296).

²¹⁶ Vgl. insoweit auch *Poscher*, Abwehrrechte, S. 392. Hier wird die Thematik unter dem Topos „Ausstrahlungswirkung des Justizgewährleistungsrechts“ behandelt. Sieh dazu Abschnitt C.III.

²¹⁷ Dies betrifft auch die Frage, ob eine Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft allein deshalb angenommen werden kann, weil das Gericht einen notwendigen Notdienst nicht eingerichtet hat. Zurecht verneint dies BVerfGE 103, 142 (156); 105, 239 (248). Im Falle der Wohnungsdurchsuchung ergibt sich dies aus dem verfassungsrechtlichen Richtervorbehalt, in allen anderen Fällen, kann dies stimmiger aus dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes abgeleitet werden, s.u. C.I.4.a.bb., C.I.4.b. und insgesamt C.III.

²¹⁸ Art. 13 Abs. 2 GG als regelbestätigende Ausnahme. Allerdings handelt es sich strenggenommen auch hier um eine besonders verortete Funktionszuweisung und nicht um eine Regelung der materiellen Reichweite von Art. 13 GG.

²¹⁹ Vgl. *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 94 ff., 100 ff., 339 f.

dem stets mindestens ein weiterer Blick auf die formellen Zuständigkeitsentscheidungen des Grundgesetzes ist. Über die Aussagen des Grundgesetzes hinsichtlich funktioneller Zuständigkeiten im Zuge der Rechtskonkretisierung hinaus, sind *Verfahrensnormen* genau in dem Maße grundrechtsschützend, wie dies der Vorbehalt des Gesetzes auch ist.²²⁰

Eine inhaltliche Indifferenz ist den Grundrechten gegenüber konkreten Verfahrensgestaltungen deshalb allerdings nicht zu attestieren. So lassen sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit durchaus Schlüsse für bestimmte Verfahrenskonstellationen schließen, die vor allem auf die relativ mildere Zweckerreichung bezogen sind.²²¹ Verfolgt die Staatsanwaltschaft mit einer bestimmten Ermittlungsmaßnahme (etwa Wohnungsdurchsuchung) einen bestimmten Zweck, so ist diese Ermittlungsmaßnahme als Handlung im Ermittlungsverfahren nur dann rechtmäßig, wenn zur Erreichung desselben Ermittlungserfolges keine gleich geeigneten, aber milderen Mittel zur Verfügung stehen. Hat die Staatsanwaltschaft etwa die Möglichkeit eine Wohnungsdurchsuchung zu einer Zeit durchzuführen, in der die anrückenden Beamten in der Nachbarschaft weniger Aufmerksamkeit auf sich ziehen würden, so muss sie diese Option anderen, „auffälligeren“ Durchführungen vorziehen.²²² Auch hierdurch wird allerdings keine weitere Grundrechtsfunktion eröffnet, sondern schlicht betont, dass durch eine Verfahrensgestaltung auch die Rationalität der legitimen Zweckverfolgung selbst gesichert werden kann. Gegenüber dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergibt

²²⁰ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 238/S. 416: „Die Verfassung [...] bestimmt in der Regelung nur die Organe und das Verfahren der Gesetzgebung und überläßt die Bestimmung des Inhalts der Gesetze dem gesetzgebenden Organ. Sie bestimmt nur ausnahmsweise, und wirksam nur in einem negativen Sinne, den Inhalt der zu erlassenden Gesetze, indem Sie gewisse Inhalte ausschließt.“

²²¹ *Poscher*, Abwehrrechte, S. 393.

²²² Beispiele aus der Rechtsprechung zur Bedeutung der Verhältnismäßigkeit bei Durchsuchungen finden sich bei *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, S. 285 f.

sich insoweit allerdings kein zusätzlicher Bedeutungsgehalt,²²³ so dass für konkretere Folgerungen einzelner Verfahrensvoraussetzungen auf die Ausstrahlungswirkung des Rechts auf Justizgewährleistung verwiesen wird.²²⁴

c. *Justizgewährleistungsrecht als Grund-Grundrecht*

Es ist bisher deutlich geworden, dass ein subjektives Recht auf Justizgewährleistung jedenfalls *nicht* allein aus objektiven Staatorganisationsprinzipien abgeleitet werden kann²²⁵ und auch die materiellen Grundrechte für sich *keine* verfahrensorganisatorischen Aussagen treffen, die über herkömmliche Abwägungsgebote hinausgingen. Gleichwohl ist in Erinnerung zu rufen, dass die Gewährleistung einer verbindlichen gerichtlichen Rechtssetzung eine Voraussetzung des Art. 20 Abs. 2 GG ist.²²⁶ Gleichfalls lässt sich feststellen, dass mit den Grundrechten ein gewisser Mindestbestand subjektiver Rechte gewährleistet ist,²²⁷ die mittels richterlicher Entscheidung in der Rechtsordnung *wirksam* werden müssen. Wenn das Gewaltmonopol als Regelungsmonopol verlangt, dass jeder Rechtskonflikt geregelt entschieden wird und das Prinzip der Gewaltenteilung erfordert, dass diese Entscheidung von einem Gericht getroffen wird, dann

²²³ Etwas unklar: *Voßkuhle*, in: HdGR V, § 131 Rn. 33. Einerseits geht *Voßkuhle* davon aus, dass „jenseits der verfassungsrechtlich ausdrücklich vorgesehenen Richtervorbehalte [...] sich das Erfordernis eines Richtervorbehalts für bestimmte Eingriffe als Schrankenschanke aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ergeben [kann].“ Andererseits heißt es nur wenig später: „Damit stellt sich der von der Verfassung nicht ausdrücklich vorgesehene Richtervorbehalt, aber implizit geforderte Richtervorbehalt als Ausfluß *nicht nur* [?] des Verhältnismäßigkeitsprinzips, sondern auch der verfahrensrechtlichen Dimension der Grundrechte dar.“ – Hervorhebung nur hier. Hier soll „Grundrechtsschutz durch Verfahren“ sich also gleichzeitig aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ergeben und *zugleich* darüber hinausgehen. Gemeint scheint eigentlich zu sein, dass sich die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme *auch* aus einer bestimmten Verfahrensgestaltung ergeben kann. Dies würde mit der hiesigen Linie übereinstimmen.

²²⁴ B.III.

²²⁵ Zur Gewaltenteilung, C.I.1.; zum Gewaltmonopol C.I.2.

²²⁶ C.I.1.b.bb.

²²⁷ *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 121.

wird auch deutlich, dass über das Gelten und Nichtgelten subjektiver Rechte gerade Gerichte entscheiden müssen. Wenn aus der Gewaltenteilung folgt, dass rechtlich verbindlich nur *wirkt*, worüber Gerichte entschieden haben, dann setzt bereits die Geltungsfunktion der Grundrechte voraus, dass über die Reichweite der Grundrechte Gerichte angerufen werden können müssen.²²⁸

Es erscheint daher richtig, wenn die herrschende Meinung einen allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch weder unmittelbar in Art. 2 Abs. 1 GG noch allein im Rechtsstaatsgebot verankert.²²⁹ Erst die Verbindung der Grundrechte mit dem Rechtsstaatsgebot ergibt die Notwendigkeit eines Rechts, das in seinem Gewährleistungsgehalt weder mit den Grundrechten noch mit dem Rechtsstaatsgebot *identisch* ist, sondern ein Recht auf formale und richterliche Setzung des materiellen Rechts im Einzelfall darstellt. Geht man zusätzlich davon aus, dass Art. 2 Abs. 1 GG ein allgemeines Auffanggrundrecht jedweder Freiheitsbetätigung enthält, dann erscheinen einfachgesetzlich begründete Rechte *auch* als Ausübung jedenfalls dieses allgemeinen Auffanggrundrechts. Dadurch wird nicht alles, was gesetzlich normiert ist zu einer individualschützenden Norm,²³⁰ aber jedes einfachgesetzlich begründete Recht eines, das in den Geltungsbereich der allgemein garantierten Freiheit fällt. Damit setzt wenigstens Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsgebot in jedem denkbaren Fall einer Rechtsverletzung einen *verfassungsrechtlichen* Anspruch auf Justizgewährleistung voraus:²³¹ Einfachgesetzlich begründete Rechte bleiben zwar *einfachgesetzliche* Rechte und werden auch nicht durch eine „Überformung“ durch Art. 2 Abs. 1 GG inhaltlich ausgeweitet,²³² sie prägen aber durch ihren normativen

²²⁸ Zur Durchbrechung der Geltungsfunktion durch das Institut der Rechtskraft, vgl. *Poscher*, Abwehrrechte, S. 158 f.

²²⁹ Vgl. BVerfGE 54, 227 (291); 85, 337 (345); 88, 118 (123 f.); 107, 395 (406 ff.); *Papier*, in: HStR VIII, § 176 Rn. 8 f.; *Schenke*, in: HdGR V, § 78 Rn. 78 mit je weiteren Nachweisen.

²³⁰ Das Thema der allgemeinen Freiheit wird vertieft im Zusammenhang mit der Eingriffsdogmatik in Abschnitt D.I.1.a.

²³¹ *Schenke*, in: HdGR III, § 78 Rn. 78.

²³² Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 123.

Gehalt die Reichweite grundrechtlich geschützter Freiheit und werden deshalb hinsichtlich ihrer Geltendmachungsmöglichkeit vor Gericht über das Recht auf Justizgewährleistung *verfassungsrechtlich formalisiert und prozeduralisiert*.²³³ Art. 2 Abs. 1 GG fungiert als Verbindungsnorm, um ein Recht zu begründen, das qualitativ anders ist (allgemeines Recht auf Justizgewährleistung), als die geltend gemachte Freiheitsausübung selbst. Plakativ: Das grundsätzliche Recht, Tauben zu füttern,²³⁴ ist ein anderes Recht, als das Recht auf gerichtliche Überprüfung des Rechts Tauben zu füttern. Damit ist aber auch grundsätzlich klar, dass das Recht auf Justizgewährleistung anderen Einschränkungsvoraussetzungen unterworfen sein muss als das Recht, das gerichtlich geltend gemacht werden soll²³⁵ – sehr viel grundsätzlicheren Einschränkungsvoraussetzungen als jedes andere Recht. Dies sei erläutert:

Bisher wurde herausgearbeitet, dass in einem System der Gewaltenteilung über jede Rechtsfrage letztverbindlich ein Gericht entscheiden können muss. Jedes Recht, das in einer gewaltenteilten Rechtsordnung daher für sich in Anspruch nehmen soll, zu *gelten*, muss auf ganz spezifische Weise förmlich zur Geltung gebracht werden können: Durch Gerichtsentscheidung. Damit aber entpuppt sich das Recht auf Herbeiführung einer Gerichtsentscheidung zur Setzung eigener Rechte nicht als weiteres Recht neben anderen, sondern *als Recht, das von allen subjektiven Rechte vorausgesetzt wird*.

²³³ Für Art. 19 Abs. 4 GG entspricht dies der ganz herrschenden Meinung, vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 16 ff. m.w.N. Für das *allgemeine* Recht auf Justizgewährleistung ausdrücklich auch bei *Schenke*, in: HdGR III, § 78 Rn. 78. Eröffnet der einfache Gesetzgeber einen rechtlichen Freiheitsbereich, dann garantiert das allgemeine Recht als Person vom Recht anerkannt zu werden, dass dieses einfachgesetzliche eingeräumte Recht auch effektiv eingefordert werden kann.

²³⁴ In Anlehnung an BVerfGE 54, 143 (146) als geläufiges Beispiel, dass auf die „Banalisation“ des Art. 2 Abs. 1 GG hinweisen soll vgl. insoweit auch das abweichende Votum von *Grimm*, in BVerfGE 80, 137 (164 ff.).

²³⁵ A.A. *Huber*, in: Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 355, der zwar eine Verbindung zum Gewaltmonopol herstellt, aber die Gewaltengliederung und funktionelle Zuständigkeit der Gerichtsbarkeit für rechtskräftige Entscheidungen ausblendet.

Versteht man in diesem Zusammenhang die prozedurale Essenz förmlicher Anerkennung²³⁶ durch den Staat als „Recht auf Rechtfertigung“²³⁷ jeglicher Beeinträchtigungserduldungspflicht, und geht man von der Geltung eines allgemeinen Freiheitsrechts aus, so zeigt sich, dass das Recht auf formales Zur-Geltung-Bringen einer subjektiven Rechtsposition gegenüber dem Staat nicht nur eine *gleichrangige* Grundrechtsfunktion unter vielen ist, sondern das Recht auf Geltendmachung eines Rechts gegenüber einem unabhängigen Gericht gerade die *Grundbedingung der Rechtlichkeit* im gewaltenteilten und gewaltmonopolisierten Staat darstellt.²³⁸ Nicht nur ist das Justizgewährleistungsrecht damit ein notwendig subjektives Recht, es ist als *Grund-Grundrecht Voraussetzung aller subjektiven Rechte* im Rechtsstaat. Denn ein Staat, der richterlicher Rechtssetzung die

²³⁶ Zu der hegelschen These, dass Recht eine Form gegenseitiger Anerkennung ist, grundlegend *Honneth*, Kampf um Anerkennung, S. 174 ff. Dort auch mit Blick auf Meads: „An der Sozialpsychologie Meads hatte sich gezeigt, daß mit dem Begriff der ‚rechtlichen Anerkennung‘ zunächst nur jenes Verhältnis bezeichnet wird, in dem Alter und Ego sich deswegen wechselseitig als Rechtssubjekte achten, weil sie gemeinsam um die sozialen Normen wissen, durch die in ihrem Gemeinwesen Rechte und Pflichten legitim verteilt sind.“ In seiner Grundfassung erkennt also nicht der Staat den Bürger an, sondern die Bürger erkennen sich in ihrer Rechtlichkeit untereinander an. Gleichwohl ist es zulässig auch in diesem Sinne von staatlicher Anerkennung zu sprechen, weil die Grundrechte gerade als staatsgerichtete Verpflichtungsnormen gefasst sind. Das Grundgesetz als ‚Recht des Staates‘, bietet als Verfassung denjenigen rechtlichen Rahmen, in dem Staat und Bürger sich begegnen.

²³⁷ *Forst*, Das Recht auf Rechtfertigung, S. 291 ff. Hierfür ist es nicht notwendig *Forsts* starker These zu folgen, dass jede Norm (also auch eine Rechtsnorm) in ihrer Rechtfertigungsbedürftigkeit vollständig aufgeht. Denn, dass Normen gerechtfertigt werden müssen, setzt nicht voraus, dass alles was gerechtfertigt werden muss, nur deshalb eine Norm ist. Andersherum lässt sich sinnvoll ausdrücken, dass eine Norm gerechtfertigt werden muss und gerade deshalb nicht identisch mit ihrer Rechtfertigung sein kann, vgl. zu diesem letzten Punkt auch *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, S. 50 ff.

²³⁸ Ganz ähnlich *Sheplyakova*, DZPhil 2016, 46 (55 ff.). Vgl. zum hier vorausgesetzten Zusammenhang von Rechtsbegriff und Justitiabilität auch *Alexy*, Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, in: *Recht, Vernunft, Diskurs*, S. 262 ff., S. 266.

alleinige Letztverbindlichkeit zuspricht, ist gezwungen, die Herbeiführung der letztverbindlichen Geltung subjektiver Rechte auch gerade durch richterliche Einklagbarkeit sicherzustellen.

4. Ausgestaltung und Anwendung

An dieser Stelle kann zwar festgehalten werden, dass das Recht auf Justizgewährleistung in allgemeiner Form von dem Geltungsanspruch der Grundrechte vorausgesetzt wird und durch die rechtsstaatliche Gewaltenteilung und Gewaltengliederung maßgebliche Strukturvorgaben mit auf den Weg bekommen hat. Damit ist aber noch keine Aussage über die Ausgestaltung eines gerichtlichen Verfahrens und damit zusammenhängender Verfahrensvorgaben getroffen. Die Justiz ist allein durch die Proklamation der Gewaltenteilung und der Grundrechte noch nicht eingerichtet. Die „Grundnormen“ des Grundgesetzes²³⁹ sind ohne Normkonkretisierung so nützlich wie ein Fundament ohne Gebäude: Gerichtszweige müssen eingerichtet, Richter eingestellt und Verfahrensregeln erlassen werden. Damit eröffnet sich ein anspruchsvolles Wechselspiel aus verfassungsrechtlichem Ausgestaltungsauftrag, einfachrechtlicher Ausgestaltungsfreiheit und Geltungsvorrang und Geltungsfunktion verfassungsrechtlicher Ausgestaltungsdirektiven.

a. Normprägung und gesetzliche Ausgestaltung

Wegen seiner notwendigen Umsetzungsbedürftigkeit, wird das Recht auf Justizgewährleistung auch als „normgeprägtes Recht“ bezeichnet.²⁴⁰ Mit allen normgeprägten Grundrechten hätte das allgemeine Justizgewährleistungsrecht danach gemein, dass es einer

²³⁹ Diese Formulierung sollte nicht missverstanden werden. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 228 ff./S. 398 ff. versteht unter einer *Grundnorm* die logische Notwendigkeit einer Norm, aus der die Verbindlichkeit anderer Normen abgeleitet zu werden. Grundnorm seien „die (eigentliche) Verfassung im rechtslogischen Sinne“, schreibt *Kelsen*. Geschriebene Verfassungsdokumente sind also nicht selbst Grundnorm(en), sondern bedürfen ihrerseits einer Grundnorm. Hier soll der Terminus hingegen schlicht als „Norm, die anderen Normen zugrunde liegt“ verstanden werden.

²⁴⁰ *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 312.

einfachgesetzlichen Mindestkonkretisierung bedarf (aa).²⁴¹ Andererseits bedeutet die Notwendigkeit einer einfachgesetzlichen Ausgestaltung nicht, dass durch solche Regelungen der Verfassungsrang des allgemeinen Justizgewährleistungsrechts unterwandert oder nivelliert werden darf.²⁴² Trotz der einfachgesetzlichen Ausgestaltung fungiert das verfassungsrechtlich verbürgte Recht auf Justizgewährleistung als Kontrollmaßstab jeder einfachgesetzlichen Regelung, was jeweils besondere dogmatische und methodologische Schwierigkeiten hervorruft: Wie kann das Recht auf Justizgewährleistung selbst keine hinreichende Regelungsdichte aufweisen, dann aber als Kontrollmaßstab für Regelungen dienen, auf die es zu seiner Umsetzung überhaupt erst angewiesen ist (bb)?

aa. Notwendigkeit gesetzlicher Ausgestaltung

Jenseits der spärlich gesäten Vorgaben des Grundgesetzes – neben Art. 19 Abs. 4 GG wären vor allem die Art. 92 ff. GG zu nennen – lassen sich greifbare Regelungen auf gleicher normhierarchischer Stufe nicht finden. Das Grundgesetz überlässt die konkrete Ausgestaltung der Gerichtsbarkeit in erster Linie dem einfachen Gesetzgeber. Diesem obliegt es für eine Einrichtung verschiedener Gerichte zu sorgen und die jeweiligen Verfahrensordnungen festzuschreiben.

aaa. Bedeutung vorkonstitutionellen Rechts

Die staatliche Ordnung des Grundgesetzes – und mit ihr der rechtliche Rahmen – fand bereits ein weitestgehend geschlossenes, historisch gewachsenes prozessuales Regelungssystem vor. Vor diesem Hintergrund kann davon ausgegangen werden, dass auch das Grundgesetz die Ausgestaltung und Organisation der Justiz in eine Traditionslinie zu vorkonstitutionellen Regelungen stellen wollte.²⁴³ Andererseits bedeutet diese „Anknüpfung“ an Traditionslinien nicht,

²⁴¹ Zur abwehrrechtlichen Bedeutung normgeprägter Gewährleistungsgelände, vgl. *Poscher*, Abwehrrechte, S. 132 ff.

²⁴² *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 312.

²⁴³ Das sog. „Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit“ vom 12.9.1950 wollte letztlich genau dies sichern. Bevor sich die Bundesrepublik auf –allseits für notwendig empfundene – Reformvorhaben stürzen sollte, sollte zunächst der Bestand der späten Weimarer Jahre „gesichert“ werden. Vgl. hierzu unübertroffen *Rieß*, FS-Helmrich, S. 127 ff.

dass diese einfach übernommen werden sollten oder könnten – Art. 123 Abs. 1 GG ist insoweit unmissverständlich formuliert.²⁴⁴ Wenn die ausgestaltende Rechtsordnung der vorkonstitutionellen Zeit demnach nur insoweit sie mit dem Grundgesetz vereinbar war (und ist) übernommen wurde, wird auch klar, dass unter Hinweis auf eine heutige Ausgestaltungskompetenz nicht einfach auf den Willen eines vorkonstitutionellen Gesetzgebers abgestellt werden darf.

Zu diesem (zunächst rein) normhierarchischen Argument gesellt sich mit den Worten *G.Husserls* zudem auch ein methodisches:

*„Wenn eine Rechtsnorm heute anders ausgelegt wird als im Zeitpunkt ihres Inkrafttretens [...], so ist das durch ihre geschichtliche Zeitstruktur gerechtfertigt. Normen des Rechts entfalten die ihrem Sinne gemäße Wirkung, indem und insoweit sie [...] mit der Zeit mitgehen.“*²⁴⁵

Anders gewendet: Mit *jedem* Normsetzungsakt verändert sich die Normordnung. Verschieben sich *Grundnormen*, so mag dies deutlicher werden, das ändert aber nichts daran, dass die Anwendung des Normbestandes einem steten *gegenwärtigen, sich wandelnden* und *systematisierenden* Methodendruck ausgesetzt ist.²⁴⁶ Dies wird im strafprozessualen Zusammenhang vor allem im Bereich der §§ 153 ff. StPO und § 172 StPO wichtig. Beide Normen(-komplexe) können auf umfassendes historisches Entstehungsmaterial zurückgreifen und ein solcher Rückgriff ist auch zulässig, muss sich aber immer zusätzlich vor den Wertungen des Grundgesetzes *und* den tektonischen Verschiebungen des gesamten Rechtssystems rechtfertigen können.

²⁴⁴ Art. 123 GG unterzieht vorkonstitutionelles Recht jedoch grundsätzlich nur einer *inhaltlichen* Kontrolle, vgl. *Schulze*, in: *Sachs*, Grundgesetz, Art. 123 Rn. 10. Mit Blick auf § 153 StPO und die Norminterpretation der Gesetzeshistorie ist somit etwa unerheblich, dass die Regelung auf ein (nach heutigen Maßstäben formell verfassungswidriges) Ermächtigungsgesetz zurückzuführen ist.

²⁴⁵ *Husserl*, *Recht und Zeit*, S. 26. Bildhafter fügt *ders.* a.a.O. S. 27 hinzu: „Der Arm des Gesetzgebers, mit dem dieser in die Zukunft vorgreift, hat eine endliche Länge.“

²⁴⁶ Hieran knüpft auch *Larenz*, *Methodenlehre*, S. 316 ff. mit seiner Kritik an dem Auslegungstopos „Wille des Gesetzgebers“ an.

Ohne unnötig vorzugreifen, so zeigt sich jedoch bereits hier, dass eine subjektivrechtliche Interpretation des § 172 StPO jedenfalls nicht *allein* mit dem Hinweis abgelehnt werden kann, dass eine solche dem Willen des historischen Gesetzgebers von 1877 nicht eindeutig entnommen werden könne.²⁴⁷

bbb. Gebot der Rechtswegklarheit

Im Übrigen erfordert gesetzliche Ausgestaltung der Justizgewährleistung vor allem, dass sie allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen entspricht. Von Bedeutung sind im hiesigen Kontext vor allem das Bestimmtheitsgebot, mit seiner Zielrichtung auf eine möglichst deutliche Bindungsstruktur gesetzlicher Vorgaben, sowie die „Wesentlichkeitsdoktrin“ des *Bundesverfassungsgerichts*, mit seiner Appellfunktion an die Thematisierung wichtiger Fragen des gesellschaftlichen Zusammenlebens²⁴⁸ in den dafür vorgesehenen Repräsentationsgremien – den Parlamenten.²⁴⁹

Beide Prinzipien lassen sich dabei nicht nur dem Rechtsstaatsgebot entnehmen, sondern stehen auch miteinander in einer Wechselwirkung.²⁵⁰ Das Bestimmtheitsgebot hat wie die Wesentlichkeitsdoktrin eine demokratiebezogene Bedeutungskomponente: Es soll gerade die demokratisch legitimierte Volksrepräsentation sein, die über die *wesentlichen* Grundfragen des Staatswesens entscheidet. Das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot verlangt dabei eine regelungstechnische Optimierung dergestalt, dass *wesentlichere* Fragen bestimmter beantwortet und geregelt werden müssen.²⁵¹ Verbunden ist dieses Bestimmtheitsgebot aber auch mit der individualschützenden Geltungsfunktion der Grundrechte: Weil die Freiheit des Einzelnen größtmöglich zu achten ist, müssen staatliche Akte möglichst vorhersehbar sein.²⁵² Dies betrifft ohne weiteres die Abwehrrechte

²⁴⁷ So aber *Graalman-Scheerer*, in: LR-StPO, § 172 Rn. 2.

²⁴⁸ BVerfGE 77, 170 (230); 95, 267, (308); 98, 218 (251); 101, 1 (34); 108, 282 (312); 111, 191 (216).

²⁴⁹ Betont etwa in BVerfGE 58, 257 (274).

²⁵⁰ Vgl. etwa *Sachs*, in: *Sachs*, Grundgesetz, Art. 20 Rn. 117; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, Art. 20 Rn. 78; *Hesse*, Grundzüge 26. Aufl., Rn. 476 und 509; *Maurer*, Staatsrecht I, § 8 Rn. 47.

²⁵¹ Ausführlich und in erfrischender Klarheit dargestellt bei *Osterloh*, Typisierungsspielräume, S. 93 ff.

²⁵² U.a. BVerfGE 110, 33 (53 f.); 113, 348 (375).

und Verhaltensverbotsnormen,²⁵³ erstreckt sich aber auch auf die ausgestaltbaren Leistungsrechte wie das Recht auf Justizgewährleistung.²⁵⁴ Deutlich wird dies, wenn man sich erinnert, dass der *Grund* eines Rechts auf Justizgewährleistung gerade in der Geltungsnotwendigkeit und dem Geltungsanspruch der Grundrechte zu finden ist. Lässt sich das Bestimmtheitsgebot so auf das Prinzip der Freiheitsoptimierung zurückführen²⁵⁵ und setzt Freiheitsgeltung Justizgewährleistung voraus, dann zeigt sich, dass auch Ob und Wie der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung so vorhersehbar wie möglich ausgestaltet werden müssen. Innerhalb der Dogmatik des Art. 19 Abs. 4 GG wird dies als *Gebot der Rechtwegklarheit* aufgegriffen,²⁵⁶ von *Bundesverfassungsgericht* aber auch jenseits des Art. 19 Abs. 4 GG als umfassenderer Ausfluss des übergeordneten Bestimmtheitsprinzips angesehen, der sich zudem nicht nur auf den Rechtsweg, sondern auf sämtliche Prozessvoraussetzungen beziehen muss.²⁵⁷

Dem Bestimmtheitsgebot lässt sich damit ein legislatives *Effektivierungsgebot* entnehmen. Dieses Gebot besagt, dass der ausgestaltende Gesetzgeber die Voraussetzungen einer gerichtlichen Prüfung für Prätendenten so klar und einfach wie möglich regeln muss.²⁵⁸ Selbstverständlich gilt dieses Effektivierungsgebot nur im Kontext anderer Zwänge, es zeigt aber, dass *wenn* die Wahl zwischen Regelungsalternativen besteht, die einfachere Alternative zu bevorzugen ist.²⁵⁹ Betrachtet man so die allseits als überkomplex eingestufte Rechtsschutzkonzeption im Ermittlungsverfahren,²⁶⁰ so

²⁵³ Dieser Gedanke dürfte auch Art. 103 Abs. 2 GG zugrunde liegen.

²⁵⁴ BVerfGE 49, 147 (164); 54, 277 (293 f.).

²⁵⁵ Was auch nach dem prinzipientheoretischen Begründungsmodell *nicht* mit einer strukturellen Dominanz unspezifizierter Ungeregeltheit zu verwechseln ist. Vgl. etwa *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 75 ff., S. 90 f., S. 336 ff.

²⁵⁶ *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, S. 125.

²⁵⁷ BVerfGE 49, 147 (164); 54, 277 (293 f.).

²⁵⁸ Vgl. BVerfG, a.a.O.

²⁵⁹ Zu diesem „Gebot der Normenklarheit“, *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 193.

²⁶⁰ *Wohlers/Deiters*, in: SK-StPO, § 160 Rn. 53 m.w.N. auf die zahlreiche kritische Literatur; vgl. auch *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 29 Rn. 11; *Köbel*, in: MüKo-StPO, § 160 Rn. 66 f.

bleiben durchaus Zweifel, ob der gegenwärtige Zustand diesem Gebot der Rechtswegklarheit in Gänze genügen kann.

ccc. Notwendigkeit von Generalklauseln

Auf der anderen Seite erfordert das Bestimmtheitsgebot nur, dass die gesetzlichen Regelungen so deutlich wie möglich getroffen werden. Nicht erforderlich ist damit, dass jede Einzelheit einer gesonderten Regelung zugeführt wird – ein solches Verständnis stünde ersichtlich auch im Widerspruch zur funktionellen Zuständigkeit von Exekutive und Judikative mit ihrem Zuschnitt auf eben solche Einzelfallkonkretisierungen.²⁶¹ Die Steuerungsnotwendigkeit durch gesetzliche Regelungen kann sich nicht lediglich auf das Konfliktprogramm beziehen, das dem Gesetzgeber als regelungsnotwendig bereits bekannt war, sondern muss gesellschaftliche Entwicklungen antizipieren und sich *flexibel* dazu verhalten können. Ist eine solche Regelungsgegenstandsantizipation mangels inhaltlicher Bezugspunkte unklar, bleibt es doch bei Zuständigkeitsfragen, die auch in Bezug auf unklare zukünftige Problemfälle virulent werden können. Es ist dem Gesetzgeber daher nicht nur unbenommen auf Generalklauseln zurückzugreifen: Er muss dies sogar tun.²⁶² Deutlich wird dies auch unter Rückblick auf die bereits erfolgte Abhandlung zur Gewaltenteilung und dem Gewaltmonopol als Regelungsmonopol.²⁶³ Wenn der Staat auf jeden Konflikt eine regelnde Antwort haben und diese Regelung letztverbindlich durch Richterspruch erfolgen können muss, bedeutet dies, dass der Gesetzgeber für jeden denkbaren Fall einer Rechtskollision eine gesetzliche Regelung dafür bereitstellen muss, die besagt, *wie* die jeweilige Rechtsposition auch gerichtlich zur Geltung gebracht werden kann. Da es aber keinen abgeschlossenen Katalog einzelner Rechte und entsprechender Konflikte gibt, kann es auch keinen abgeschlossenen Katalog an Verfahrensoptionen zur Geltendmachung dieser Rechte geben. Die regelungstechnischen Antworten auf dieses Problem sehen unterschiedlich aus und sind mit einem (notwendig skizzenhaften) Seitenblick ins Verwaltungs- und Zivilprozessrecht einfacher zu fassen:

²⁶¹ Treffend daher *Dreier*, Hierarchische Verwaltung, S. 170 f.; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 194.

²⁶² Vgl. BVerfGE 87, 234 (263 f.).

²⁶³ Oben Abschnitt C.I.1.

Im Verwaltungsprozessrecht finden sich Klagerechte, die vorrangig an den behördlichen Erstzugriff „andocken“ und genau auf diesen bezogen sind.²⁶⁴ So wird gerichtlicherseits mit der erfolgreichen Anfechtungsklage eine behördliche Rechtssetzung kassiert und mit der Verpflichtungsklage eine Pflicht zur behördlichen Bescheidung ausgesprochen.²⁶⁵ Reichen diese Rechtsbehelfe nicht aus, so findet sich mit der (vorwiegend materielle-rechtlichen) Konstruktion des öffentlich-rechtlichen Anspruchs eine Rechtsfigur, die eine Verurteilung von Rechtsträgern im Wege der Leistungsklage erlaubt.²⁶⁶ Für alle sonstigen Fälle, steht ein Rückgriff auf die Feststellungsklage, die Normenkontrollklage und die einstweiligen Regelungsinstitute gemäß §§ 80, 123 VwGO zur Verfügung.

Im Zivilprozessrecht findet sich eine prinzipiell anspruchsbezogene Regelungstechnik, die dem Gericht die Kompetenz zur letztverbindlichen Leistungsverpflichtung zuspricht – der Anspruch als vorrangig materiellrechtliches Institut sollte gerade über den beschränkenden Formalismus einzelner *actiones* hinausreichen.²⁶⁷ Im Übrigen finden sich zur Ergänzung der Anspruchsdurchsetzung qua Leistungsklage einzelne Gestaltungsrechte, (etwa)²⁶⁸ in Form von Feststellungsklagen, Vollstreckungsgegenklagen und Nichtigkeitsklagen, die vor allem deshalb deutlich schwerer unter das anspruchsakzessorische Prozessverständnis zu fassen sind, da in die-

²⁶⁴ Vgl. hierzu auch *Buchheim*, Die Verwaltung 49 (2016), 55.

²⁶⁵ Vgl. den Wortlaut des § 42 Abs. 1 VwGO: Durch Klage kann die Aufhebung eines Verwaltungsakts (Anfechtungsklage) sowie die Verurteilung zum Erlaß eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsakts (Verpflichtungsklage) begehrt werden. Hierzu *Pietzcker*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 42 Abs. 1 Rn. 1.

²⁶⁶ Zur Ergänzungsfunktion der Leistungsklage im Verwaltungsprozess vgl. *ders.* a.a.O., dazu Rn. 150 f. Zum Zusammenhang von materiellrechtlichem Anspruchsdenken und prozessualer Durchsetzungsmacht *Buchheim*, Actio, Anspruch, subjektives Recht, S. 111 ff.

²⁶⁷ Vgl. *Schenke*, in: HdGR V, § 78 Rn. 79.

²⁶⁸ Alle zivilprozessualen Klagearten aufzufächern ist hier weder hilfreich noch notwendig. Gezeigt werden soll hier nur, dass sowohl im Zivilprozessrecht als auch im Verwaltungsprozessrecht gerade die allgemeine Leistungsklage und die Feststellungsklage prozessuale Auffangfunktionen wahrnehmen, vgl. hierzu auch *Buchheim*, Actio, Anspruch, subjektives Recht, S. 120 ff. 249 ff.

sen Fällen nicht sinnvoll von einer gerichtsunabhängigen Verpflichtung der jeweiligen Beklagten gesprochen werden kann.²⁶⁹ Vergleichbares gilt für das zivilprozessuale Eilrechtsschutzsystem.

Die Details dieser – im Einzelnen freilich auch umstrittenen – Dogmatik(en) interessieren in diesem Zusammenhang weniger als die Tatsache, dass sowohl im Verwaltungsprozess als auch im Zivilprozess für jeden denkbaren Fall der Rechtsdurchsetzung ein mehr oder weniger expliziter gerichtlicher Kompetenztitel vorgesehen ist: Jedes materielle Recht kann auf dem einen oder anderen Weg definitiv prozessual geltend gemacht werden.²⁷⁰

Im Strafprozessrecht hingegen findet sich zwar eine Ermittlungsgeneralklausel, aber *keine Rechtsschutzgeneralklausel*. Am ehesten könnte zwar § 23 i.V.m. § 28 EGGVG diese Funktion übernehmen, hingegen fehlt es hier nach der überzeugenden Rechtsprechung der *Oberlandesgerichte* an einer Anordnungskompetenz der Gerichte jenseits der Verpflichtung zur Neubescheidung oder der Kassation von rechtswidrigen Justizverwaltungsakten.²⁷¹ Während so zwar Anfechtungs- Verpflichtungs- und auch Fortsetzungsfeststellungskonstellationen von § 28 EGGVG erfasst werden, ist der gesamte Bereich, der im Verwaltungsrecht durch die Konstruktion des öffentlich-rechtlichen Leistungsanspruchs über die Leistungsklage und die Vollstreckungsmöglichkeiten gemäß §§ 167 ff. VwGO abgedeckt wird, im Regelungszusammenhang der §§ 23 ff. EGGVG ebenso wenig vorhanden wie eine allgemeine Feststellungsklage und Rechtsbehelfe zur *einstweiligen* Verfahrensregelung.²⁷² Weder EGGVG noch StPO kennen damit *allgemeine* Rechtsbehelfe, so-

²⁶⁹ *Buchheim*, Actio, Anspruch, subjektives Recht, S. 225 ff.

²⁷⁰ Hierin erblickt *Schenke*, in: HdGR V, § 78 Rn. 79 die Essenz der „Befreiung vom aktionenrechtlichen Denken“.

²⁷¹ *OLG-Hamm*, NSTZ 2017 663 (664); vgl. auch *OLG-Karlsruhe*, NSTZ 1997, 407; *B. Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 23 EGGVG Rn. 2.

²⁷² Dieser Punkt wird von den Vertretern der Gegenansicht, die in § 23 EGGVG einen umfassenden Auffangrechtsbehelf erblicken wollen, verkannt. Vgl. zu dieser Ansicht etwa LR-StPO [25], EGGVG Vor § 23 Rn. 6 und Rn. 12; *Neuling*, StV 2008, 387 (388); vgl. aber auch *OLG-Hamburg*, NJW 1979, 279; *OLG-Karlsruhe*, NSTZ 1994, 142 (143).

dass sich im Strafprozess häufiger als in anderen Prozessordnungen die Frage *stellen muss*, ob überhaupt ein Rechtsbehelf zur Verfügung steht (anstelle etwa: *welcher* Rechtsbehelf der richtige wäre).

Mit Blick auf einzelne Rechtsschutzfragen, ergeben sich hieraus ergeben sich freilich nur vereinzelt konkrete Konsequenzen. So kann bereits hier aufgezeigt werden, dass zur gerichtlichen Durchsetzung jeder Rechtsposition gegenüber der Staatsanwaltschaft nicht *wenigstens* auf die Rechtsbehelfe der §§ 23 ff. EGGVG zurückgegriffen werden kann, weil dem Oberlandesgericht in diesen Angelegenheiten schlicht die Kompetenz fehlt, öffentlich-rechtliche Leistungsansprüche mit vollstreckungsfähigen Titeln zu versehen (es findet sich gerade keine der §§ 167 ff. VwGO entsprechende Regelung). Auch dass die rechtsschutzergänzenden „Ergänzungsrechtsbehelfe“ der VwGO nicht ohne Weiteres „sinngemäß“ übertragen werden können, ohne dass gerade hierdurch implizit und entgegen Art. 20 Abs. 3 GG eine richterliche Rechtssetzungskompetenz *erfunden* würde, sollte ohne Weiteres deutlich sein.²⁷³

Bei diesem ernüchternden Ausblick kann und muss es hier – fürs Erste – sein Bewenden haben. Festgehalten sei aber, dass allgemeine Auffangrechtsbehelfe an-sich die logische Konsequenz aus dem materiell-rechtlichen (eigentlichen) *allgemeinen Freiheitsrecht* wären. Vielleicht ließe sich das eine oder andere noch auszuführende Rechtsschutzproblem des Strafprozesses sehr viel eleganter in den Griff bekommen, wenn den umfassenden Eingriffsbefugnissen der Staatsanwaltschaft ebenso umfassende und generalklauselartige *gerichtsgerichtete* Prozessgestaltungsrechte zur Seite gestellt würden.²⁷⁴ In jedem Fall erfordert eine unendliche Vielzahl von Rechtsbeeinträchtigungsmöglichkeiten im Strafprozess grundsätzlich auch den Rückgriff auf entsprechende Auffangrechtsbehelfe.

²⁷³ Auch der Topos: „Effektiver Grundrechtsschutz“ taugt nicht dazu *nicht vorgesehene* Rechtssetzungskompetenzen allein aus dem Grundrechtstatbestand zu schaffen. Vgl. zu diesem normhierarchischen Argumentationsproblem, die verwandte Problematik im folgenden Abschnitt.

²⁷⁴ Zu einem angedachten Referentenentwurf mit entsprechender Regelungstechnik, vgl. *Rieß*, ZRP 1981, 101.

Genau wie den Gesetzgeber eine Konfliktregelungspflicht in materieller Hinsicht trifft, so muss er für jeden Rechtskonflikt grundsätzlich auch prozessuale (gerichtliche) Konfliktentscheidungskompetenzen regeln.

bb. Gebot effektiver Auslegung und Anwendung

Es ist somit in erster Linie der Gesetzgeber, der in Bezug auf einen – im wahrsten Sinne des Wortes – „lückenlosen“ Rechtsschutz die notwendigen Normvoraussetzungen schaffen muss.²⁷⁵ Es liegt in erster Linie am Gesetzgeber, Generalklauseln der Justizgewährleistung zu schaffen. Es liegt aber *auch* an der Judikative, die spezifisch juristischen Begründungsmethoden *auch* mit Blick auf die Notwendigkeit effektiver richterlicher Rechtssetzung anzuwenden. Es ist daher zwar einerseits grundsätzlich richtig, wenn etwa mit dem Hinweis auf eine effektive richterliche Rechtsanwendungskompetenz § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO *entsprechend* oder *analog* auf alle Fälle (abschließend) staatsanwaltschaftlicher Ermittlungseingriffe angewandt werden soll²⁷⁶ – andererseits entbindet allein der Hinweis auf eine effektive Justizgewährleistung *methodisch* nicht von der Begründungspflicht, warum etwa nicht auf die vom Wortlaut her *direkt* anwendbare Regelung des § 23 EGGVG²⁷⁷ zurückgegriffen werden kann.²⁷⁸ Gezeigt werden, warum trotz des näher liegenden Wortlauts

²⁷⁵ Vgl. BVerfGE 67, 43 (58); mit besonderer Bedeutung für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren auch BVerfGE 96, 27 (39 f.).

²⁷⁶ Statt aller: Joecks, in: Radtke/Hohmann, StPO, § 98 Rn. 19; Löffelmann, in: AnwKO-StPO, Vorbemerkung zu §§ 94 bis 111 Rn. 10; Eschelbach, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, § 98 Rn. 31. Alle auch mit erschöpfenden Hinweisen auf die st.Rspr. Vgl. hierzu auch BGHSt. 28, 57; 28, 160; 28, 206 (209); 35, 363; 36, 30.

²⁷⁷ Vgl. § 23 Abs. 1 EGGVG: Über die Rechtmäßigkeit der Anordnungen, Verfügungen oder sonstigen Maßnahmen, die von den Justizbehörden zur Regelung einzelner Angelegenheiten auf den Gebieten des bürgerlichen Rechts einschließlich des Handelsrechts, des Zivilprozesses, der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Strafrechtspflege getroffen werden, entscheiden auf Antrag die ordentlichen Gerichte. Das gleiche gilt für Anordnungen, Verfügungen oder sonstige Maßnahmen der Vollzugsbehörden im Vollzug der Untersuchungshaft sowie derjenigen Freiheitsstrafen und Maßregeln der Besserung und Sicherung, die außerhalb des Justizvollzuges vollzogen werden.

²⁷⁸ Diesen Weg präferierte dagegen das ältere Schrifttum, vgl. etwa Haffke, NJW 1974, 1983 (1985); Hans Flieger, MDR 1981, 17 (19); Dörr, NJW 1984, 2258 (2260).

des § 23 EGGVG eine Behandlung entsprechender Anträge eher dem in § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO kondensierten Normsinne entspricht.

Die Anwendung des § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO zur „Generalanfechtung“ von Ermittlungsmaßnahmen verdeutlicht hingegen das bereits angesprochene richterliche Kompetenzproblem im Falle fehlender gesetzlich explizit vorgesehener Rechtsbehelfe: Der Frage nämlich, wie damit umzugehen ist, wenn richtsgerichtete Gestaltungsrechte zur Durchsetzung materieller Rechte gesetzlich gerade *nicht* vorgesehen sind.

Zur Lösung dieses Problems drängt sich freilich ein normhierarchisches Argument auf: Gebietet das Recht auf effektive Justizgewährleistung, dass *eigentlich* geltende Grundrechte richterlich festgesetzt werden müssen, so könnte man aus der unmittelbaren Grundrechtsbindung der Judikative die Pflicht der Gerichte ableiten, notfalls Kompetenztitel zur Rechtsgestaltung selbst zu schaffen. Dies insbesondere auch, da *nicht* zu entscheiden bekanntlich *keine* Option der Gerichtsbarkeit ist. Auf der anderen Seite kann jedoch auch der Rückgriff auf eine Entscheidungspflicht nicht die prinzipielle Gesetzesbindung der Rechtsprechung gemäß Art. 20 Abs. 3 GG *aushebeln*.²⁷⁹ Auch ein Rückgriff auf den „effektiven Grundrechtsschutz“ hilft bei näherer Betrachtung nicht weiter, weil die Grundrechte selbst gerade keine Zuständigkeitsregelung dafür treffen, *wer* die Grundrechte *wie* durchzusetzen hat.²⁸⁰ Zwar bindet Art. 1 Abs. 3 GG die Judikative an die Grundrechte, Art. 1 Abs. 3 GG begründet aber keine Zuständigkeit für einen konkreten Spruchkörper, schafft kein konkretes richterliches Verfahren und auch die Art und Weise der richterlichen Entscheidungswirkung kann durch das durchzusetzende Grundrecht nicht detailliert vorgegeben sein. Allein aus dem normhierarchischen Hinweis auf einen effektiven Grundrechtsschutz lässt sich somit schwerlich eine richterliche Kompetenzbegründung zur konkreten Rechtssetzung *ohne Rückbindung* an gesetzlich eingeräumte Gestaltungsrechte ableiten.

²⁷⁹ Vgl. zu ähnlich gelagerten Problemstellungen *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553 (556); *Buchheim*, Actio, Anspruch, subjektives Recht, S. 245 f.

²⁸⁰ Vgl. bereits Abschnitt C.I.3.b.

Entscheidend ist dieses Problem jedoch nur in dem Fall, in dem eine Zuständigkeitsbegründung *nicht* methodisch mit Bezug zu gesetzlichen Regelungen hergeleitet werden kann. Die Gesetzesbindung des Art. 20 Abs. 3 GG verbietet Gerichten nicht, das Recht fortzubilden (auch nicht über den Wortlaut gesetzlicher Regelungen hinaus), sie verbietet nur, *entgegen* einfachgesetzlicher Vorgaben Recht zu setzen.²⁸¹ Fehlt es an gesetzlichen Regelungen, so verstößt ein Gericht damit nur dann gegen die Gesetzesbindung, wenn es Recht spricht, *ohne* dass es dies mit spezifisch juristischer Methodik begründen kann. Sind Rechtsbehelfe hingegen gesetzlich explizit ausgeschlossen, so scheidet eine Analogiebildung *contra legem* aus und es bleibt Betroffenen somit allein der Weg der Verfassungsbeschwerde.

Fehlen einfachrechtliche prozessuale Generalklauseln, so bedeutet dies somit nicht, dass die Gerichte aus ihrer Rechtssetzungspflicht entlassen wären. Bestehen methodische Möglichkeiten, Rechtsbehelfe in *Anlehnung* an bestehenden gesetzliche Regelungen zuzulassen, so sind die Gerichte genau hierzu verpflichtet.²⁸² Allerdings trifft die Gerichte methodisch eine besondere Begründungslast, wenn sie über den Wortlaut gesetzlicher Regelungen hinaus selbstschöpferisch Kompetenztitel erschaffen.

Eine – auch vom *Bundesverfassungsgericht* betonte – Konsequenz hiervon ist bei aller strukturellen Unsicherheit im Bereich originärer richterrechtlicher Rechtsfestsetzung besonders wichtig: Unklarheiten der gesetzlichen Regelung, die gerade (auch) den Sinn haben, Rechtswegyanforderungen zu verdeutlichen, dürfen nicht zu Lasten der Prätendenten gehen.²⁸³ Allein, dass strafprozessuale Rechtsbehelfe gesetzlich höchst unübersichtlich geregelt sind, darf

²⁸¹ Insofern tritt hier der „spezifisch juristische Charakter dogmatischer Rechtssetzung“ zutage, vgl. *Poscher*, FS-Wahl 2011, S. 527 ff., 534.

²⁸² Ob dies auch gelten kann, wenn der Gesetzgeber derartige Rechtsbehelfe ausschließen wollte, ist hingegen eine andere, anspruchsvollere Frage, vgl. *Buchheim*, Actio, Anspruch, subjektives Recht, 243 ff. Etwas vereinfachend daher *Sachs*, in: *Sachs*, Grundgesetz, Art. 19 Rn. 131; differenzierend *Schoch*, FS-Wahl 2011, S. 573 ff., 585.

²⁸³ Besonders verdeutlicht von BVerfGE 129, 1 (32 f.).

nicht dazu führen, dass die Gerichte bei der Anwendung dieser Regelungen, die Unklarheiten zu Lasten der Rechtsschutzsuchenden mit einer Verweigerung der Sachentscheidung quittieren.²⁸⁴ Dieses Gebot lässt sich als gerichtsgerechtes *Effektivierungsgebot* beschreiben: Im Rahmen des kompetenzrechtlich Zulässigen müssen Gerichte ihre Rechtskonkretisierungsfunktion dergestalt wahrnehmen, dass eingeklagte subjektiven Rechte möglichst effektiv zur Geltung kommen können.²⁸⁵

Dabei beschreiben die eingeklagten subjektiven Rechte sowohl Grund wie auch Grenze dieses gerichtsgerechten Effektivierungsgebotes, denn effektiver Rechtsschutz kann sich nur auf bestehende Rechte beziehen – *insofern* trifft der häufig bemühte Satz zu, dass Art. 19 Abs. 4 keine Rechte schaffe, sondern sie voraussetze²⁸⁶. Die Frage, ob ein Recht auf etwas besteht, ist damit zunächst analytisch von der Frage zu trennen, ob dieses Recht auch durchgesetzt werden kann. Was allerdings im ersten Zugriff nach einer einfachen Unterscheidung klingt, entpuppt sich bei näherer Betrachtung als besonderes Problem: Einerseits erfordert das Recht auf Justizgewährleistung, dass eine behauptete Rechtsbeeinträchtigung vollständig geprüft wird – andererseits folgt die Notwendigkeit der gerichtlichen Geltendmachung aber erst aus der Geltungsfunktion der materiellen Rechte. Kommen materielle Rechte aber erst durch gerichtliche Entscheidung letztverbindlich zur Geltung, ist damit auch klar, dass es in Fällen wenig sinnvoll ist von einer prozessualen Einschränkung einer an-sich notwendigen Durchsetzbarkeit zu sprechen, in denen prozessual überhaupt nichts festgestellt werden kann, weil eine materielle Rechtsposition nicht besteht. Dieses Problem sei hinsichtlich der Überprüfbarkeit des Anfangsverdachts exemplifiziert:

²⁸⁴ Vgl. auch BVerfGE 96, 27 (44).

²⁸⁵ Etwa BVerfGE 67, 43 (58); aus jüngerer Zeit: BVerfG, Beschlüsse der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 30. Juni 2015 - 2 BvR 1206/13 -, juris, Rn. 19, vom 30. November 2016 - 2 BvR 1519/14 -, juris, Rn. 33, und vom 12. Juni 2017 - 2 BvR 1160/17 -, juris, Rn. 16; BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 22. September 2017 - 2 BvR 455/17 -, Rn. 23, juris; st.Rspr. Für das Strafprozessrecht grundlegend BVerfGE 96, 27 (42 ff.).

²⁸⁶ Etwa *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Staatsrecht II, Rn. 1163 m.w.N.

Nach gängiger Definition liegt ein Anfangsverdacht vor, wenn „tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die nach *kriminalistischer Erfahrung* die Beteiligung des Betroffenen an einer verfolgbaren strafbaren Handlung als möglich erscheinen erlassen lassen.“²⁸⁷ Dabei soll der Hinweis auf die *kriminalistische Erfahrung* der ermittelnden Person auf die lediglich eingeschränkte gerichtliche Überprüfbarkeit dieser Verdachtsannahme hindeuten und damit auf eine prozessuale Kontrolleinschränkung verweisen.²⁸⁸ Genauso ließe sich allerdings sagen, dass nicht erst die Kontrollkompetenz, sondern bereits die materielle Berechtigung der betroffenen Person darauf gerichtet ist, einer Verdächtigung nach ebendieser *kriminalistischen Erfahrung* ausgesetzt zu sein. Wenn aber das materielle Recht nur eine relative Verdachtsentscheidung nach *kriminalistischer Erfahrung* garantiert, dann wäre nicht der Kontrollmaßstab des Gerichts eingeschränkt, sondern das Gericht wäre schlicht verpflichtet, sich auf die Kontrolle der lediglich relativ bestehenden materiellen Rechteinhaltung zu beschränken.²⁸⁹ Stellt man sich dann auf den Standpunkt, dass materielle Rechte nur insoweit bestehen können, wie sie prozessual nachvollzogen werden können, dann zeigt sich, dass die eingeschränkte prozessuale Nachvollziehbarkeit *sowohl* als Grund für die Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle eines eigentlich weiterreichenden materiellen Rechts angesehen werden kann, als auch vertreten werden kann, dass gerade *weil* die Kontrolle eingeschränkt ist, das materielle Recht zur Erstentscheidung durch die Ermittlungsperson lediglich *relativ* bezogen auf die *kriminalistische Erfahrung* besteht.²⁹⁰ Damit zeigt sich, dass der Umfang einer gerichtlichen Prüfung weder ausschließlich als eine Thematik der Einschränkung

²⁸⁷ So *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 311.

²⁸⁸ BGHSt. 38, 214 (228); *BGH StV* 1988, 441. Näher dazu in Abschnitt C.II.3.b.aa.

²⁸⁹ Zu der Annahme von materiellen relativen Rechten bei Ermessens- und Beurteilungsspielräumen *Jestaedt*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 38.

²⁹⁰ Darauf, dass Grenzen prozessualer Nachvollziehbarkeit weder allein der prozessualen noch der materiellen Ebene zugeordnet werden können, weist auch *Poscher*, FS-Wahl 2011, S. 527 ff., S.532 hin. Für eine strikte Trennung von materieller und prozessualer Betrachtungsebene hingegen *Funke*, JZ 2015, 369.

einer grundsätzlich notwendigen gerichtlichen Überprüfung betrachtet werden muss, noch sinnvollerweise allein eine Frage eines isoliert zu denkenden materiellen Rechts ist. Die Frage der gerichtlichen Kontrollreichweite reicht vielmehr über die reine Begründung des Rechts auf Justizgewährleistung hinaus und soll daher später gesondert aufgegriffen werden.²⁹¹

b. Ausstrahlung auf das Verfahren der Staatsanwaltschaft

Nach all dem bisher Festgestellten, entfalten die verfassungsrechtlichen Vorgaben nur eingeschränkte unmittelbare Steuerungskraft und überlassen dem Kompetenzbereich des legislativen Gesetzgebers so einen relativ weiten Raum frei ausbalancierbarer Ausgestaltung richterlicher Normsetzungskompetenzen: Er muss dabei dafür sorgen, dass überhaupt Rechte gerichtlich geordnet geltend gemacht werden können und dass hinreichend klar ist, wie diese Rechtsverfolgung stattfinden kann. Die Rechtsprechung ist bei der Auslegung prozessualer Normen wiederum sowohl an die gesetzlichen Vorgaben gebunden als auch verpflichtet, den materiell vorhandenen Rechten zu prozessual größtmöglicher Wirksamkeit zu verhelfen.²⁹² *In Bezug genommen* wird durch diese Justizgewährleistungsgarantie institutionell in erster Linie die Gerichtsbarkeit (*ohne Richterspruch kann keine Justizgewährleistung auskommen*) sie *richtet* sich aber an den Staat als solchen. Eine Justizgewährleistung, die gesetzlich notwendige Mitwirkungshandlungen gerichtsunabhängiger Institutionen vorsieht, verstößt nicht gegen das Grund-Grundrecht auf Justizgewährleistung²⁹³ – in *diesem Fall* wirkt das Recht auf Justizgewährleistung dann aber notwendig *auch* normprägend in Bezug auf nichtgerichtliche staatliche Institutionen.²⁹⁴

²⁹¹ Siehe sogleich in Abschnitt C.II.

²⁹² Unumstrittene st. Rspr.: Etwa BVerfGE 101, 106 (122); 101, 397 (407); 108, 341 (347); *Sachs*, in: *Sachs*, Grundgesetz, Art 19 Rn. 143 m.w.N.

²⁹³ Es ist kein *voraussetzungsloser* Zugang zur Gerichtsbarkeit erforderlich, vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 248.

²⁹⁴ Zu einem solchen Kooperationsgebot Vgl. BVerfGE 94, 166 (206 ff.); BVerfGE 69, 1 (49); *Schmidt-Aßmann*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, VwGO, Einl. Rn. 198; *Schoch*, in: *GdVwR* III, § 50 Rn. 353.

Selbstverständlich steht es der Staatsanwaltschaft nicht zu, prinzipiell mögliche Rechtsschutzmöglichkeiten zu vereiteln.²⁹⁵ Darüber hinaus, verpflichtet das Recht auf Justizgewährleistung die Staatsanwaltschaft aber auch dazu, notwendige Mitwirkungshandlungen in denjenigen Rechtssetzungsprozessen vorzunehmen, die in der Verfahrenshoheit anderer Organ liegen. Stehen staatsanwaltschaftliche Kompetenzen und die Ausgestaltung eines gegen sie gerichteten Rechtsschutzes in einem funktional aufeinander bezogenen Verfahrenszusammenhang, dann setzt das gerichtsgeschützte Recht auf Justizgewährleistung auch Rechte gegen die Staatsanwaltschaft voraus.²⁹⁶ Die unterschiedlichen Aspekte solcher Mitwirkungspflichten zeigen sich im Einzelnen äußerst vielseitig, sodass hierauf unten gesondert eingegangen wird.²⁹⁷

c. *Justizgewährleistung und Art. 19 Abs. 4 GG*

Justizgewährleistung garantiert somit, dass jedwede materiellrechtlich eingeräumte Rechtsposition von solchen Verfahrensrechten begleitet wird, die diese Rechtsposition in der Weise *wirksam* werden lassen, dass über das Gelten und Nichtgelten der Rechte durch ein Gericht entschieden werden kann. Justizgewährleistung ist damit auf eine rechtsverbindliche Einzelfallentscheidung *gerichtet*, sofern subjektive Rechte verletzt sein könnten; wie dieses Ziel im Einzelfall erreicht werden kann, ist hingegen allein durch diese „Finalprogrammierung“²⁹⁸ nicht vorgegeben. Andererseits sind alle staatlichen Maßnahmen (insbesondere Verfahrensgesetze, Verfahrenshandlungen) daraufhin überprüfbar, *ob* das vorgegebene Finalprogramm eines effektiven Rechtsschutzes erfüllt werden kann.²⁹⁹ Betrachtet

²⁹⁵ BVerfG, NVwZ 2007, 1178 (1179); BVerfG, NJW 2009, 2659 (2660).

²⁹⁶ Übersicht über zahlreiche BVerfG-Entscheidungen zu der Thematik bei *Sachs*, in: *Sachs*, Grundgesetz, Art. 19 Rn. 140 und 143a.

²⁹⁷ Abschnitt C.III.

²⁹⁸ Der Begriff wird in der Organisationslehre typischerweise als Kontrastbegriff zur „konditionalen“ Steuerung verwendet. Dass damit allerdings nicht zwingend eine andere, geschweigen denn geringere Kontrollmöglichkeit einhergeht, zeigt bereits *Luhmann*, auf den die Unterscheidung von Final- und Konditionalprogrammierung typischerweise zurückgeführt wird. Vgl. *Luhmann*, Zweckbegriff und Systemrationalität, S. 166 ff., S. 322 ff.

²⁹⁹ *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 312.

man diesen Kerngehalt der Justizgewährleistung, so wird augenfällig, dass proklamierte Unterschiede zwischen dem allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch und der expliziten Verfahrensgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG – jedenfalls was die Anforderungen an den Umfang und auch die Ausgestaltung einzelner Rechtsschutzmöglichkeiten anbelangt – zu vernachlässigen sind.³⁰⁰ Unabhängig davon, ob eine Rechtsbeeinträchtigung von öffentlicher Gewalt oder privaten Bürgern, von Exekutive, Legislative oder Gubernative ausgeht – das Recht auf *wirksame, effektive* Justizgewährleistung garantiert, dass grundsätzlich über das Gelten und Nichtgelten von Rechten in jedem Einzelfall entschieden werden muss.³⁰¹ Es gilt daher: In der Anwendbarkeit unterscheidet sich Art. 19 Abs. 4 GG nicht wesentlich vom allgemeinen Justizgewährleistungsrecht. Wie Art. 19 Abs. 4 GG setzt der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch voraus, dass eine justizielle Rechtsdurchsetzung so effektiv wie möglich gewährt wird. Wie Art. 19 Abs. 4 GG bindet auch der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch alle Staatsgewalt. Wie Art. 19 Abs. 4 GG – und dies ist vielleicht *der* entscheidende Punkt – ist auch der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch einerseits *grundrechtsgleich* und zugleich mit einem *anderen Gewährleistungsgehalt* ausgestattet als die Grundrechte selbst.³⁰² Der Gewährleistungsgehalt des allgemeinen Justizgewährleistungsrechts ist genau wie Art. 19 Abs. 4 GG darauf gerichtet, dass in allen Fällen, in denen materielle Rechte verletzt werden können, eine Entscheidung eines Gerichts prinzipiell einholbar sein muss. Die Behauptung einer qualitativ unterschiedlichen Ausgestaltbarkeit des allgemeinen und des speziellen Justizgewährleistungsrechts ist somit jedenfalls insoweit haltlos, als damit impliziert würde, dass der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch weniger strenge Rechtsschutzgarantien nach sich ziehen würde. *Methodisch* gebührt Art. 19 Abs. 4 GG in

³⁰⁰ Voßkuhle, NJW 2003, 2193 (2196); ähnlich Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 20 Rn. 162; Gemeinsamkeiten betont auch Schenke, in: HdGR III, § 78 Rn. 78 ff.

³⁰¹ BVerfGE 91, 176 (181); 93, 99 (107); 108, 341 (347); 117, 71 (121 ff.); Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 20 Rn. 162 m.w.N.

³⁰² A.A. Huber, in: Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz. Bd. 1, 6. Auflage (2010), Art. 19 Abs. 4 Rn. 355.

seinem Geltungsbereich der Anwendungsvorrang³⁰³ – von entscheidender Bedeutung für die Frage des Umfangs eines notwendigen Rechtsschutzes gegen die Staatsanwaltschaft ist hingegen weniger, ob einzelne Rechtsschutzmöglichkeiten von Art. 19 Abs. 4 GG oder von dem allgemeinen Justizgewährleistungsrecht gefordert oder vorausgesetzt werden. So verstanden, kann die explizite Regelung des Art. 19 Abs. 4 GG auch als Klarstellung in Bezug auf das dargelegte Gewaltengefüge gelesen werden: Grundsätzlich garantieren die Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip, dass nur Gerichte letztverbindlich über die Geltung des Rechts entscheiden können, Art. 19 Abs. 4 verdeutlicht dies, indem hervorgehoben wird, dass sich *auch* die öffentliche Gewalt keine gerichtsgleichen Titel verschaffen kann.³⁰⁴

5. Zusammenfassung und Folgerungen

Das Justizgewährleistungsrecht ist das subjektive Recht auf gerichtliche Prüfung und Entscheidung einer behaupteten Rechtsverletzung.³⁰⁵ Dabei ist erstens das Recht auf Justizgewährleistung inhaltlich unterscheidbar von den Grundrechten und nimmt daher grundsätzlich auch *nicht* an dem Einschränkungsregime der jeweils betroffenen materiellen Rechtspositionen teil.³⁰⁶ Zweitens ist das Recht auf Justizgewährleistung vorausgesetzt von der Geltungsfunktion der Grundrechte und wesentlich geprägt durch das als Regelungsmonopol verstandene Gewaltmonopol³⁰⁷ und die Gewaltenteilung³⁰⁸. Die Grundrechte geben einen Mindestbestand dessen vor, *was* geltend gemacht werden kann,³⁰⁹ das Rechtsstaatsgebot und die Gewaltenteilung geben vor, *wie* geltend gemacht werden soll³¹⁰ und kulminieren daher selbstverständlich in der Feststellung, *dass*

³⁰³ Insofern ist auch die Ansicht des BVerfG Rechtsschutz gegen Gerichte einerseits zuzulassen, dieses Erfordernis aber nicht in Art. 19 Abs. 4 GG zu verankern, in erster Linie *methodisch* zu kritisieren, vgl. dazu *Voßkuhle*, NJW 2003, 2193 (2196): „dogmatischer Eiertanz“.

³⁰⁴ Zur genetischen Rückführbarkeit des Verwaltungsaktes auf die Idee der Titelfunktion gerichtlicher Urteile, vgl. *Poscher*, VerwArch. 89 (1998), 111 (114 ff.)

³⁰⁵ C.I.3.c.

³⁰⁶ a.a.O.

³⁰⁷ C.I.2.

³⁰⁸ C.I.1.

³⁰⁹ C.I.3.

³¹⁰ C.I.2.c.

eine Rechtsposition geltend gemacht werden kann. Letzteres ist das vom Grundgesetz vorausgesetzte und mit Verfassungsrang ausgestattete Grund-Grundrecht auf Justizgewährleistung durch richterliche Entscheidung.

Ist das Justizgewährleistungsrecht zwar von der Verfassung vorausgesetzt, muss es dennoch durch gesetzliche Regelungen und tatsächliche Umsetzungen mit Leben gefüllt, mithin *ausgestaltet* werden. Diese Ausgestaltungsnotwendigkeit führt dazu, dass dem einfachen Gesetzgeber Freiräume zustehen. Gleichwohl wirkt das Verfassungsprinzip der effektiven Justizgewähr und das Bestimmtheitsgebot rahmenbildend für den Gesetzgeber und maßstabskonkretisierend für die Rechtsanwendung.³¹¹ Ist der Gesetzgeber daher verpflichtet, Rechtsschutzmöglichkeiten in der Umsetzung so einfach und klar wie möglich zu strukturieren, ist die Rechtsanwendung gehalten, ihre methodischen Möglichkeiten zu nutzen, um dem Effektivierungsgebot der Justizgewährleistung zum Durchbruch zu verhelfen.³¹² Das Effektivierungsgebot der Justizgewährleistung ist damit Grund und Grenze einfachgesetzlicher Ausgestaltung zugleich.³¹³

Als Recht der Verfassung nimmt das Justizgewährleistungsrecht an dem Geltungsanspruch des gesamten Verfassungsrechts teil und gebietet daher – insofern kongruent mit der anerkannten Dogmatik des Art. 19 Abs. 4 GG – eine effektive Gewährleistung durch die gesamte Staatsgewalt. Damit erscheint aber auch der inhaltliche Unterschied zwischen dem allgemeinen Justizgewährleistungsrecht und Art. 19 Abs. 4 GG für den hiesigen Untersuchungszweck vernachlässigbar: Sowohl der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch wie auch das Recht aus Art. 19 Abs. 4 GG sind jeweils in „praktische Konkordanz“³¹⁴ zu anderen Verfassungsprinzipien zu bringen, was jedenfalls ausschließt, dass in Bezug auf bestehende Rechte jeglicher Rechtsschutz ausgeschlossen ist.³¹⁵

³¹¹ C.I.4.a.aa.bbb.

³¹² C.I.4.a.bb.

³¹³ Vgl. bereits Hesse, Grundzüge 15. Aufl., Rn. 312.

³¹⁴ Hesse, Grundzüge 15. Aufl., Rn. 317 ff.

³¹⁵ Soweit ersichtlich unumstritten, vgl. Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 313; Schenke, in: HdGR III, § 78 Rn. 48; Papier, in: HStR VIII § 177 Rn. 16 und 91 jeweils mit zahlreichen Nachweisen.

Genau wie das Recht auf Justizgewährleistung in konkret-verfahrensrechtlichen Hinsicht ausgestaltet werden muss, genauso setzt es voraus, dass materielle Rechte bestehen, auf die es sich beziehen kann. Weiter als die zugrundeliegenden materielle Rechte reichen, kann auch kein Rechtsschutz gewährleistet werden. Garantiert das materielle Recht nur ein Recht innerhalb eines bestimmten Rahmens, dann kann mit dem Justizgewährleistungsanspruch auch nicht mehr als die Einhaltung dieses Rahmens eingefordert werden: Insbesondere die Frage nach der Reichweite richterlicher Kontrolldichte kann daher *einerseits* als Frage der Reichweite der Justizgewährleistung verstanden werden,³¹⁶ gleichfalls aber auch als Problem der inhaltlichen Ausgestaltung materieller Rechte.³¹⁷

II. Das Problem gerichtlicher Kontrolldichte

Wie gesehen, gilt im System der Gewaltenteilung, dass über die Reichweite und die Geltung eines Rechts letztverbindlich grundsätzlich Gerichte entscheiden.³¹⁸ Diese Feststellung allein erlaubt hingegen zunächst keine Schlüsse darüber, wie weit rechtliche Bindung tatsächlich reicht. Genau hierum drehen sich die wesentliche Kontrollkontroversen staatsanwaltschaftlicher Verfahrenshandlungen, weshalb dieser Punkt im Folgenden erörtert werden soll. Hierzu wird in einem ersten Schritt versucht, das rechtliche Bindungsgeflecht der Staatsanwaltschaft zu skizzieren (1), um im Anschluss daran auf „Schlüsselbegriffe“ der Kontrolldiskussion – exekutive Letzt Konkretisierung, Beurteilungsspielraum und Ermessen einzugehen (2). Beschlossen werden soll der Abschnitt mit einer eingehenderen Untersuchung ausgewählter staatsanwaltschaftlicher Rechtskonkretisierungsspielräume (3).

³¹⁶ So der übliche Zugang zu dem Problem, vgl. *Schenke*, in: HdGR III, § 78 Rn. 65; *Pache*, Beurteilungsspielraum, S. 475; Vgl. auch *Poscher*, FS-Wahl 2011, S. 527 ff., S. 532 ff., der sich zwar kritisch gegenüber der überkommenen Herleitung zeigt, über funktionelle Grenzen richterlicher Entscheidungskonzeption dann aber ebenfalls einen Zugriff über Art. 19 Abs. 4 GG wählt.

³¹⁷ So dezidiert *Jestaedt*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 38.

³¹⁸ C.I.1.b.bb.

1. Rechtliche Bindungsstrukturen

Rechtliche Bindungen der Staatsanwaltschaft ergeben sich ausweislich Art. 20 Abs. 3 GG vorrangig aus abstrakt-generellen gesetzlichen Regelungen.³¹⁹ Das Gesetz ist damit fraglos eine wichtige, wenn auch nicht einzige Quelle der Rechtsgewinnung.³²⁰ Vollzieht sich der Prozess der Rechtsgewinnung für jeden Einzelfall als Akt der Rechtskonkretisierung,³²¹ so ist das parlamentarische Gesetz zwar von zentraler Bedeutung, aber keinesfalls als einzig maßgebliches Konkretisierungselement auf dem Weg zur Einzelfallrechtssetzung anzusehen.³²² Versteht man Rechtsgewinnung im Einzelfall richtigerweise als Konkretisierungsleistung im Rahmen kontingenter Handlungsmöglichkeiten, dann lassen sich die bis dorthin zurückzulegenden Konkretisierungsschritte – vereinfacht – wie folgt beschreiben: Die abstrakt-generelle Gesetzgebung konkretisiert die Vorgaben der Verfassung für die nachgelagerten Gewalten, die wiederum die Vorgaben des Gesetzgebers im Einzelfall zur Anwendung bringen. Jede Stufe der Konkretisierung nimmt dabei der folgenden Stufe zunächst Entscheidungsmöglichkeiten.³²³ Je dichter die Vorgaben gesetzlicher Regelungen, desto weniger Möglichkeiten bleiben der vollziehenden Gewalt, im Rahmen dieser Vorgaben unterschiedliche Entscheidungen zu treffen.³²⁴ Diese Feststellung ist an sich eine Trivialität und dennoch entscheidend, weil sie den Blick dafür schärfen kann, was Konkretisierungsschritte der Rechtsfindung *nicht* leisten können: Die Freistellung von jeweils höherrangigem Recht.³²⁵ Lassen sich der Verfassung kaum Vorgaben dafür entneh-

³¹⁹ *Jestaedt*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 5.

³²⁰ *Jestaedt*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 7. Vgl. auch *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S.238 f./S.417: „Rechtsquelle ist ein bildlicher Ausdruck, [...]. Man kann damit [...] überhaupt alle Methoden der Rechtserzeugung, oder jede höhere Norm im Verhältnis zu der niedrigeren Norm bezeichnen, deren Erzeugung sie regelt.“

³²¹ *Herdegen*, JZ 1991, 747 (748 f.).

³²² Zum Entscheidungscharakter exekutiver Rechtssetzung, vgl. *Pöschel*, FS-Wahl 2011, S. 527 ff., S. 533.

³²³ So oben bereits im Zusammenhang mit der Gewaltenteilung beschrieben, vgl. C.I.1.b.

³²⁴ *Jestaedt*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 8.

³²⁵ Dem stimmt auch *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 187a zu, der ansonsten bemüht ist,

men, wie parzellenscharf gesetzliche Vorgaben zur Umsetzung verfassungsrechtlicher Vorgaben getroffen werden müssen, ist wenigstens klar, dass die Gesetzgebung Verfassungsrecht *konkretisiert und nicht suspendiert*.³²⁶ Gesetzliche Vorgaben, die der Verfassung entgegenstehen, sind keine Rechtskonkretisierungen und können daher keine Bindungswirkungen entfalten.³²⁷ Bereits daraus lässt sich ableiten, dass die Einräumung gesetzlicher Spielräume der Staatsanwaltschaft *niemals* dazu führen kann, dass verfassungsrechtliche Vorgaben nicht zur Anwendung kommen, was auch bedeutet, dass bestehende gesetzliche Spielräume immer nur Spielräume im Rahmen der richtigen Anwendung des Verfassungsrechts darstellen.³²⁸ Wegen Art. 1 Abs. 3 GG führt dies insbesondere dazu, dass einfachgesetzlich eingeräumte Spielräume keine Suspension von grundrechtlichen Abwägungserfordernissen darstellen können.³²⁹

Derartige Vorgaben für die Rechtsgewinnung werden der Staatsanwaltschaft durch andere Instanzen (EMRK, Unionsrecht, Verfassung, Gesetzgebung) gemacht – sie wird insofern *fremdgebunden*. Im Rahmen dieser Fremdvorgaben ist die Staatsanwaltschaft prinzipiell frei, eigenes Recht zu setzen,³³⁰ was mit der allgemeineren Erkenntnis korrespondiert, dass nur in punktuellen Rechtsfällen von einer völligen Entscheidungsdetermination ausgegangen werden

grundrechtliche Restriktionen für die Annahme eines Beurteilungsspielraums als Prinzip zurückzuweisen, vgl. *ders.* a.a.O., Rn. 180a.

³²⁶ BVerwGE 82, 295 (300); *Jestaedt*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 40.

³²⁷ Vgl. *Jestaedt*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 37 – „im Zweifelsfalle nichtig“.

³²⁸ Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 187a – auch im Anwendungsbereich exekutiver Letzt Konkretisierung verbleibt es daher bei der gerichtlichen Kontrolle, ob die Exekutive die Ermächtigungsnorm systematisch richtig erfasst hat.

³²⁹ *Jestaedt*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 41.

³³⁰ *Poscher*, FS-Wahl 2011, S. 527 ff., S. 537 f. loziert hier denn auch genau hier den maßgeblichen Unterschied zwischen Ermessen und tatbestandlichen Beurteilungsspielräumen. Erstere seien keine juristisch-dogmatische Rechtssetzung, da die Exekutive gerade dazu ermächtigt sei *nichtjuristische* Differenzierungserwägungen anzustellen.

kann.³³¹ Neben diesen Fremdvorgaben kann die Staatsanwaltschaft sich aber auch durch eigene Entscheidungen *selbst binden*, wobei sich diese Selbstbindung für Vergleichsfälle aus Art. 3 Abs. 1 GG ergeben kann und somit eher als *selbstverursachte* Fremdbindung verstanden werden kann.³³² Entscheidet sich die Staatsanwaltschaft im Rahmen bestehender Konkretisierungsspielräume, so muss sie in künftigen Entscheidungsfällen nicht nur darlegen können, inwiefern sich diese künftigen Entscheidungen an die Vorgaben von Freiheitsrechten und Gesetz halten, sondern auch, warum in der künftigen Entscheidung von der vormaligen Entscheidung abgewichen wird.³³³ Diese Selbstbindungswirkungsmöglichkeit der Staatsanwaltschaft entpuppt sich bei näherer Betrachtung als potentiell folgenreich und wurde bisher in der Literatur (soweit ersichtlich) unter gerichtlichen Kontrollaspekten nicht vertieft aufgegriffen – ihr soll daher unten näher nachgegangen werden.³³⁴ Einstweilen genügt es, aufzuzeigen, dass rechtliche Bindungen der Staatsanwaltschaft durch sämtliches höherrangiges Recht gesetzt werden und trotz (oder gerade wegen) der gestuften Rechtskonkretisierung *sämtliche* Vorgaben auf Seiten der Staatsanwaltschaft rechtliche Bindungswirkungen begründen,³³⁵ über deren Einhaltung grundsätzlich Gerichte letztverbindlich entscheiden können müssen.

2. Letzt Konkretisierungen der Exekutive

Mit der Feststellung, dass die Staatsanwaltschaft sowohl an gesetzliche wie auch höherrangige Vorgaben gebunden ist, ist freilich noch

³³¹ Nur im Ausnahmefall können sich aus der Kombination sämtlicher Vorgaben in bestehenden Freiräumen Reduktionen auf lediglich eine rechtmäßige Entscheidung ergeben – in der Sprache der Ermessenslehre also eine sog. „Ermessensreduzierung auf Null“. Vgl. *Jestaedt*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 64.

³³² *Jestaedt*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 65 – Selbstbindung „cum grano salis“ zu verstehen.

³³³ Was in keiner Weise dahingehend missverstanden werden darf, dass sie davon nicht abweichen darf und auch nicht dahingehend, dass sie eine Entscheidungspraxis nicht ändern dürfte, vgl. *Jestaedt*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 65. Sie ist insofern lediglich einem besonderen Rechtfertigungsdruck ausgesetzt.

³³⁴ C.II.3.c.

³³⁵ *Jestaedt*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 38.

keine endgültige Aussage über die gerichtliche Kontrolle dieser Bindungen getroffen. Zwar prüfen Gerichte grundsätzlich rechtliche Bindungen *vollständig*,³³⁶ das heißt hinsichtlich aller normativen und tatsächlichen Voraussetzungen, gerade im verwaltungsrechtlichen Diskurs haben sich jedoch typologische „Lockerungen“ von diesem Grundsatz gerichtlicher Vollkontrolle etabliert,³³⁷ die zumindest begrifflich auch in strafprozessualen Debatten um die Kontrolle von Opportunitätseinstellungen und gerichtlichen Verdachtsprüfungen aufgegriffen werden.³³⁸ Die Rede ist von der reduzierten Ermessenskontrolle (a) und dem kontrollfreien Beurteilungsspielraum (b). Beide originär verwaltungsrechtlichen Begriffe seien hier daher in ihrer gebräuchlichen Anwendungsstruktur skizziert, um daraus im nächsten Schritt Übertragungsleistungen und Grenzen der Transformation ins Strafprozessrecht prüfen zu können.

a. *Ermessenskontrolle*

Ermessensausübung betrifft nach dem gebräuchlichen Sprachgebrauch lediglich das sogenannte *Rechtsfolgenermessen*.³³⁹ Idealtypisch wird hierunter eine Regelungstechnik verstanden, die der vollziehenden Gewalt definitive Vorgaben für die Ermächtigung einer dann *eigenständig* zu treffenden Rechtsfolgenwahl macht.³⁴⁰ Üblicherweise wird also davon ausgegangen, dass der „Tatbestand“ einer Ermächtigungsnorm gesetzlich prädeterminiert sei, während die

³³⁶ *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 181 ff.; *Poscher*, FS-Wahl 2011, S. 527 ff., S. 536.

³³⁷ Vgl. BVerfGE 15, 275 (282); 61, 82 (110 f.); 84, 34 (49); 84, 59 (77); 101, 106 (123); 103, 142 (156); jüngst auch BVerfG, Beschluss vom 31. Mai 2011 – 1 BvR 857/07 –, BVerfGE 129, 1-37, Rn. 68. Zur Problematik, ob in diesem Zusammenhang tatsächlich von Lockerungen einer an-sich notwendigen gerichtlichen Kontrolle gesprochen werden kann, vgl. bereits oben C.I.5.

³³⁸ *Hawickhorst*, StraFo 2016, 141; *Störmer*, ZStW 108 (1996), 494; *Erb*, Legalität und Opportunität, S. 41 ff.; *Beulke*, in: LR-StPO, § 153 Rn. 38 m.w.N.

³³⁹ *Jestaedt*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 10.

³⁴⁰ Vgl. etwa *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. § 7 Rn. 7; *Voßkuhle*, JuS 2008, 117.

Kompetenz zur eigenständigen Rechtsfolgensetzung an die vollziehende Instanz delegiert sei.³⁴¹ Da die gesetzlichen Vorgaben in diesen Fällen gerade keine Regelungen darüber enthielten, wie unter mehreren Rechtsfolgen konkret auszuwählen sei, könne in diesen Fällen richterlich auch nicht geprüft werden, ob sich die Auswahl der vollziehenden Instanz an die (nicht vorhandenen) gesetzlichen Vorgaben gehalten habe.³⁴² Erschöpft ist damit das rechtliche Bindungsprogramm freilich nicht und so erklärt sich auch, warum es wenig sinnvoll ist, in derartigen Fällen von einer „gelockerten Rechtsbindung“ zu sprechen.³⁴³ Greifen staatliche Maßnahmen, die sich auf Ermessensnormen stützen, in Grundrechte ein, muss dieser Grundrechtseingriff verhältnismäßig sein. Durch fehlende Gesetzeskonkretisierung ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz selbstredend nicht suspendiert, und die Gerichte sind zur vollständigen Kontrolle verhältnismäßiger Grundrechtseingriffe unabhängig davon berufen, wie weit der einfachgesetzliche Konkretisierungsspielraum im Einzelfall reicht.³⁴⁴ Nicht die Kontrolle ist daher gelockert, sondern die gesetzlichen Vorgaben sind beschränkt. Wie aber die Verhältnismäßigkeitsprüfung und die Verpflichtung der vollziehenden Gewalt zur Beachtung der Verhältnismäßigkeit zeigt, ist dies nicht zwangsläufig mit einer inhaltlich reduzierten Kontrollnotwendigkeit verbunden.

Der hin und wieder zu lesende Hinweis, dass eine Ermessenskontrolle lediglich auf eine willkürliche Ermessensausübung beschränkt sei,³⁴⁵ enthält damit insofern einen wahren Kern, als dass rechtlich nicht ermächtigtes hoheitliches Handeln zwangsläufig *willkürlich* ist – nicht zugestimmt werden kann demgegenüber der suggestiven Tendenz, dass nur *offensichtliche Fälle* der Rechtsverletzung als solche (eben *offensichtlich willkürliche* Handlungen) feststellbar

³⁴¹ Guter Überblick bei *Jestaedt*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 10 mit zahlreichen Nachweisen auf die (vorwiegend didaktisch orientierte) Literatur.

³⁴² BVerfGE, 88, 40 (61); *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 180a.

³⁴³ *Jestaedt*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 17.

³⁴⁴ *Jestaedt*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 40.

³⁴⁵ Vgl. *Heinrich*, NSZ 1996, 110 (113); *OLG Stuttgart*, NSZ 2006, 117.

seien.³⁴⁶ Verstünde man etwa § 153 Abs. 1 StPO – entsprechend dieser Lehre vom Rechtsfolgnermessen (*kann* einstellen)³⁴⁷ – als Ermessensnorm, so hinge der Inhalt einer gerichtlichen Kontrolle der Einstellungsentscheidung entscheidend mit der Frage zusammen, ob durch die Einstellung des Verfahrens ein grundrechtlicher Konflikt geregelt wird³⁴⁸ oder sonstige Bindungen höherrangigen Rechts zu beachten wären.

b. Lehre vom Beurteilungsspielraum

Nicht ohne Zufall finden sich didaktische Erläuterungen der Ermessensdogmatik häufig in unmittelbarem Zusammenhang mit der Lehre vom exekutiven Beurteilungsspielraum.³⁴⁹ Dies leuchtet allein deshalb ein, weil gesetzgeberische Unschärfen bereits rein tatsächlich *nicht* ausschließlich auf die Rechtsfolgenseite hoheitlicher Ermächtigungsnormen beschränkt sind. So sind die genauen Voraussetzungen einer Einstellung nach § 153 Abs. 1 StPO nicht allein deshalb unklar, weil die Staatsanwaltschaft einstellen „kann“ – sondern *gerade* auch, weil unklar ist *wann* die Staatsanwaltschaft einstellen „kann“: Wann das „öffentliche Interesse“ an der Strafverfolgung fehlt und wann die „Schuld“ hinreichend „gering“ ist.

Derartige tatbestandlichen Undeutlichkeiten sollen als *unbestimmte Rechtsbegriffe* nach einer verbreiteten Lehre – in Ausnahmefällen – gerichtlich nur eingeschränkt kontrollierbar sein.³⁵⁰ Charakteristisch für einen solchen unbestimmten Rechtsbegriff sei, dass

³⁴⁶ Deutlich in diese Richtung *Graalman-Scherer*, in: LR-StPO, § 172 Rn. 26.

³⁴⁷ So etwa *Hawickhorst*, StraFo 2016, 141 (144).

³⁴⁸ Zur Abwägungsstruktur *Schmidt-Abmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 187a.

³⁴⁹ Insofern paradigmatisch *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. § 7 Rn. 6.

³⁵⁰ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. § 7 Rn. 31; *Bachof*, JZ 1955, 97; kritisch bereits *Reuss*, DVBl. 1953, 585 (653); kritisch auch *Jestaedt*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 20 und 23 ff., der den Begriff aber als "Kontrastfigur" gelten lassen will; *Schoch*, JURA 2004, 612 (613) – „unbestimmter Rechtsbegriff“ ist Pleonasmus. Vgl. aus der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* BVerfGE 88, 40 (61); 103, 142 (156 f.); 116, 1 (18); jüngst BVerfG, Beschluss vom 31. Mai 2011 – 1 BvR 857/07 –, BVerfGE 129, 1-37, Rn. 73 ff.

sich der gesetzlichen Systematik wenig oder keine Anhaltspunkte dafür entnehmen lassen, welche Einzelfälle hiervon jeweils erfasst seien und daher eine Anwendung der jeweiligen Tatbestände die Exekutive vor erhebliche Schwierigkeiten stellen würde.³⁵¹

Bei Lichte betrachtet, taugt diese Charakterisierung als „schwer bestimmbar“³⁵² jedoch kaum, eine eigenständige Dogmatik zu rechtfertigen. Denn, für nahezu jeden denkbaren Gesetzesbegriff lassen sich Fälle unklarer Anwendungsfälle denken.³⁵³ Es mag zwar häufig relativ eindeutig sein, was eine „Sache“ ist und was nicht – fragt man aber nach der Sachqualität von Photonen, so wird man auch mit Unterstützung physikalischen Sachverständes nur auf ein mehrdeutiges „Ja und Nein“ hinauskommen können. Wenn aber *bestimmte* Gesetzesbegriffe nicht existieren, so eignet sich auch die Unbestimmtheit nicht als theoretischer Anknüpfungspunkt einer dogmatischen Begriffsdifferenzierung.³⁵⁴

Blickt man in die (vorwiegend verwaltungsrechtliche) Literatur zu dieser Thematik, so lässt sich in diesem Zusammenhang denn auch Einigkeit dahingehend beobachten, dass *allein* das Bestehen einer auch tatbestandlich unklaren Anwendungslage, niemals *hinreichende Bedingung* für eine zurückgenommene richterliche Kontrolle sein kann.³⁵⁵ Allein die Tatsache, dass die Begriffe „öffentliches Interesse an der Strafverfolgung“, „geringe Schuld“ und „genügend Anlass zur Anklage“ demnach eine offensichtliche Vielzahl an unklaren Anwendungskandidaten aufweisen, deutet in Bezug auf die richterliche Kontrolldogmatik zunächst auf *nichts*.

³⁵¹ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. § 7 Rn. 27 f. Für die „Vertretbarkeitslehre“ als ältere Spielart dieser Argumentation war entscheidend, dass die Ausfüllung unklarer Kandidaten von subjektiven Wertungen geprägt sei, vgl. hierzu Ule, GS-Jellinek 1955, 309.

³⁵² Hierauf möchte allerdings Peters, in: MüKo-StPO, § 153 Rn. 7 Beurteilungsspielräume im Rahmen des § 153 StPO stützen.

³⁵³ Beispiele auch bei Poscher, FS-Wahl 2011, S. 527 ff., S. 528.

³⁵⁴ Jestaedt, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 25.

³⁵⁵ Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 183; Poscher, FS-Wahl 2011, S. 527 ff., S. 537; Jestaedt, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 25.

Dass dies auch nicht sein *darf*, wird mit einem Blick auf die Gewaltengliederung des Grundgesetzes deutlich, die gerade *unabhängig* davon, wie methodisch *schwierig* die Entscheidungsfindung im Einzelfall gestaltet ist, der richterlichen Gewalt die Befugnis zur letztverbindlichen Rechtssetzung zuspricht.³⁵⁶ Wenn aber einerseits *allein* die Unbestimmtheit einer gesetzlichen Regelung keine hinreichende Bedingung für eine Einschränkung richterlicher Kontrolle darstellt, so bleibt andererseits die Frage offen, welche Bedingungen erfüllt sein müssen, damit die Einzelfallanwendung durch die vollziehende Gewalt gerichtlich *nicht* voll nachvollzogen werden soll.

Konsensfähige Kriterien zur Bestimmung zulässiger Kontrollbeschränkungen haben sich bisher, trotz einer immer umfangreicheren Kasuistik hierzu, nicht herausbilden können. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* wird hingegen in *formaler* Hinsicht wohl überwiegend verlangt, dass eine gesetzliche Ermächtigung der vollziehenden Gewalt zur Letzt Konkretisierung des Rechts vorliegen müsse.³⁵⁷ Die genauen Maßstäbe zur Ermittlung einer solchen Freistellungsermächtigung von richterlicher Kontrolle sind im Einzelnen wiederum wenig systematisiert und gemeinsame Linien in der Literatur und Rechtsprechung nur schwer erkennbar. Auch unter Vertretern der sogenannten Ermächtigungslehre wird allerdings zuerkannt, dass eine Ermächtigung zur exekutiven Letzt Konkretisierung kaum jemals ausdrücklich vorgenommen sei.³⁵⁸ Zur Ermittlung einer solchen Ermächtigung orientiert man sich

³⁵⁶ BVerfG, Beschluss vom 31. Mai 2011 – 1 BvR 857/07 –, BVerfGE 129, 1-37, Rn. 75; *Poscher*, FS-Wahl 2011, S. 527 ff., S.539 f.

³⁵⁷ Zur normativen Ermächtigungslehren vgl. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. § 7 Rn. 34; *Poscher*, FS-Wahl 2011, S. 527, S.549 f. stellt in Frage, ob es einer spezifischen Ermächtigung für eine Letzt Konkretisierung tatsächlich bedarf. In Anbetracht dessen, dass eine solche Ermächtigung niemals eine hinreichende Bedingung für die Annahme einer Letzt Konkretisierung sein kann, erscheint ein solches Bedürfnis tatsächlich nicht zu bestehen. Andererseits wird – sofern ersichtlich – auch von *Poscher* nicht in Zweifel gezogen, dass die Entscheidungsbefugnis der Exekutive als solche einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf.

³⁵⁸ *Pache*, Beurteilungsspielraum, 74 ff. m.w.N.

daher in pragmatischer Hinsicht überwiegend an der richterlich vorgegebenen Falltypik.³⁵⁹

So wurden kontrollfreie Beurteilungsspielräume etwa im Prüfungsrecht,³⁶⁰ hinsichtlich dienstrechtlicher Beurteilungen durch Vorgesetzte im Beamtenrecht³⁶¹ und komplexer Prognoseeinschätzungen in der (Hoch-)Risikovorsorge anerkannt.³⁶² In Anlehnung an diese Falltypik und die vom *Bundesverfassungsgericht* im Zusammenhang mit der Lehre von der Gewaltenteilung aufgegriffenen „Funktionstauglichkeit staatlicher Entscheidungsverfahren“³⁶³ wird teilweise versucht, den (verfassungsrechtlichen) Grund exekutiver Letztentscheidungsermächtigungen in der funktionalen Überlegenheit exekutiver (oder vielmehr: nicht gerichtlicher) Verfahrensgegenstände zu finden.³⁶⁴ Ergäbe sich etwa aus der Struktur bestimmter Entscheidungen, dass eine gerichtliche Kontrolle (die Ausnahme wird stets betont) *funktionell* ungeeignet sei, bestimmte Entscheidungen zu treffen, dann *könne* eine gerichtliche Kontrolle schlicht nicht stattfinden.³⁶⁵ In anerkannten Fallgruppen exekutiver Beurteilungsspielräume gerate entweder die richterliche Sachverhaltsrekonstruktion an notwendige Grenzen oder aber abweichende Beurteilungen könnten mit juristischer Methode nicht mehr abgesichert werden. Zwar dürfe es mittlerweile anerkannt sein, dass juristische Subsumtion nicht ohne Rückgriff auf außerrechtliche Maßstäbe auskommen könne,³⁶⁶ dies entbinde aber gerade nicht davon, sämtliche

³⁵⁹ Übersicht bei *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. § 7 Rn. 37 ff.

³⁶⁰ Etwa BVerfGE 84, 34 (50).

³⁶¹ Etwa BVerwG 115, 58 (60).

³⁶² Etwa BVerwG 72, 300 (316 f.); *BVerwG*, DVBl. 1999, 1138 (1139 f.).

³⁶³ BVerfGE 68, 1 (86); 90, 286 (364); 104, 151 (207); 121, 135 (161 f.).

³⁶⁴ So die angedeutete Begründungstendenz im Falle der Kontrolle juristischer Prüfungsentscheidungen. Vgl. BVerfGE 84, 34 (50); 84, 59 (77 f.).

³⁶⁵ Hierzu und zum Folgenden *Poscher*, FS-Wahl 2011, S. 527 ff. S. 538 ff.

³⁶⁶ Auch positivistische Anschauungen leugnen nicht, dass es zur Interpretation und Setzung von Recht auf außerrechtliche Fragen ankommt, vgl. *Hart*, *The Concept of Law*, S. 204; *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, S. 68 f./S. 133 f.. Hierzu auch *Pawlik*, *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts*, S. 27 f. der im Abschnitt S. 50 ff.

richterlichen Rechtssetzungen *auch* methodisch begründen zu können.³⁶⁷ Lege man diesen funktionellen Maßstab an, so zeige sich, dass Prüfungsentscheidungen stark situationsgebunden und „unwiederholbar“ seien,³⁶⁸ die Einschätzung eines Vorgesetzten im Beamtenverhältnis setze sich aus einer Vielzahl schwer zu vermittelnder Eindrücke über einen potentiell sehr langen Zeitraum zusammen, sodass ein Nachvollzug eines bewertenden Gesamteindrucks erheblich erschwert sei³⁶⁹ und die Risikoplanung etwa im Atomanlagenrecht sei mit einem notwendigen Expertenwissen verbunden, sodass es aus richterlicher Perspektive nicht nur schwierig, sondern schlichtweg unmöglich sein könne, abweichende Einschätzungen methodisch zu begründen.

Betrachtet man sowohl die äußerst heterogene Typik als auch die einzelnen Begründungsmuster der unterschiedlich angenommenen Beurteilungsspielräume, so wird deutlich, dass die jeweiligen Letzt-konkretisierungsermächtigungen der Exekutive nur soweit reichen können, wie die jeweils angenommene Kontrollproblematik tatsächlich auch besteht. Logisch wird dies dadurch bedingt, dass Beurteilungsspielräume nur *innerhalb* der Rechtsordnung und durch die Rechtsordnung selbst eingeräumt werden – jeder Konkretisierungs-

aber [zurecht] darauf hinweist, dass eine Interpretationslehre von Rechtsnormen daraus nicht abgeleitet werden kann.

³⁶⁷ Poscher, FS-Wahl 2011, S. 527 ff., S. 528. Pawlik, Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts, S. 55 identifiziert mit der notwendigen Methodenbindung juristischer Auslegung und Argumentation eine Verbindungslinie zwischen den rechtstheoretischen Extremen des Regelskeptizismus und der *Dworking'schen* These von der einzig richtigen Lösung im und durch Recht.

³⁶⁸ Jestaedt, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 47. Dies darf allerdings nicht dahingehend missverstanden werden, dass allein eine Wertungsbedürftigkeit zur Annahme eines Beurteilungsspielraums führen müsse. Die Besonderheiten im Prüfungsrecht lassen sich vielmehr dadurch erklären, dass künstlerische und/oder wissenschaftliche Wertungen nach der Konzeption des Grundgesetzes einer juristisch-dogmatischen Ausfüllung gerade nicht offenstehen *sollen*, vgl. Poscher, FS-Wahl 2011, S. 527 ff., S. 541.

³⁶⁹ Was dazu führen dürfte, dass Beurteilungsspielräume zwar bei Beförderungen, nicht aber bei Ersteinstellungen anzuerkennen sein dürften, vgl. Poscher, FS-Wahl 2011, 527 ff., S. 542.

spielraum damit immer ein Spielraum innerhalb eines definitiv überprüfbareren rechtlichen Rahmens ist.³⁷⁰ Sowohl die vollständige Sachverhaltsermittlung wie auch der Rahmen der bestehenden rechtlichen Kontrollmöglichkeit bleibt daher einer eigenständigen richterlichen Beurteilung stets auch dann zugänglich, wenn einzelne Entscheidungselemente nicht überprüft werden (sollen). Und noch wichtiger: Da es sich bei der exekutiven Konkretisierungsermächtigung nur um eine von der Legislative *delegierte* Konkretisierungsermächtigung handelt, kann ein Beurteilungsspielraum der Exekutive auch nur dort angenommen werden, wo ein delegierbarer Entscheidungsspielraum der Legislative besteht. Greift so etwa eine bestimmte Maßnahme in Grundrechte ein, so steht es auch der Legislative nicht zu, notwendige Einzelfallabwägungen schlichtweg auszuschließen. Steht ein solcher Ausschluss der Legislative aber nicht zu, dann kann auch kein Ausschluss einer Abwägungskontrolle im Rahmen gesetzlich eingeräumter Anwendungsspielräume der Exekutive angenommen werden, ohne dass diese so angenommene Letzt Konkretisierungsermächtigung gegen höherrangiges Verfassungsrecht verstoßen würde. Damit aber kann selbst bei der Proklamation eines Entscheidungsspielraums der Staatsanwaltschaft dort keine gerichtliche Kontrollücke bestehen, wo es um den Nachvollzug eines verhältnismäßigen Grundrechtseingriffs geht.³⁷¹ Ganz unabhängig also davon, ob den einzelnen Begründungselementen der Rechtsprechung oder aber auch der funktionenorientierten Lehre gefolgt werden kann und sollte, bleibt festzuhalten, dass – erstens – bereits die Annahme von kontrollfreien Beurteilungsspielräumen einem verfassungsrechtlichen Legitimationsdruck³⁷² ausgesetzt ist und dass – zweitens – selbst bei Annahme eines solchen Beurteilungsspielraums übergesetzliche Abwägungserfordernisse grundsätzlich nicht durch einfachgesetzlich weitgezogene tatbestandliche Konkretisierungsspielräume suspendiert werden können.

³⁷⁰ Vgl. *Poscher*, FS-Wahl 2011, 527 ff., S. 550.

³⁷¹ *Jestaedt*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 54.; *Pache*, Beurteilungsspielraum, S. 495 ff.; Vgl. auch *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. § 7 Rn. 34– „fehlt eine einfach-gesetzliche Regelung, dann sind die Grundrechte unmittelbar heranzuziehen“

³⁷² *Jestaedt*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 26.

c. Einheitslehren

Die soeben dargelegte terminologische Unterscheidung von Rechtsfolgenermessen und tatbestandlichen Beurteilungsspielräumen sind in der Literatur nicht ohne Kritik geblieben.³⁷³ Bemerkenswert wird hierzu vor allem, dass es häufig einer sprachlichen Beliebigkeit gleichkomme, ob eine gesetzliche Interpretationsbedürftigkeit auf Tatbestands- oder Rechtsfolgenebene eingesetzt werde.³⁷⁴ Um speziell diesen Einwand für das Strafprozessrecht zu verdeutlichen, erscheint hier § 153 Abs. 1 StPO als typische „Koppelungsnorm“³⁷⁵ als passendes Beispiel:

Man scheint sich weitgehend einig zu sein, dass die Einstellungsermächtigungsnorm *jedenfalls* nicht justiziabel sei und zwar *unabhängig* davon, ob dies gerade an der offenen Rechtsfolgenwahl (*kann* einstellen) oder an der Unbestimmtheit des Tatbestandes (öffentliches Interesse, geringe Schuld) liege.³⁷⁶ Wenn es aber in derartigen Normen gerade beliebig sein soll, auf welcher Strukturebene die Kontrollfreiheit ansetzte, so kann die Sinnhaftigkeit einer begrifflichen und *dogmatischen* Unterscheidung zwischen Beurteilungsspielraum und Rechtsfolgenermessen jedenfalls für solche Koppelungstatbestände in der Tat in Frage gestellt werden.³⁷⁷ Glücklicherweise muss hier jedoch dieser – tief in die allgemeine Rechtstheorie reichenden Frage – nicht weiter nachgegangen werden, denn in *al-*

³⁷³ Jestaedt, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 12 ff.; Pache, Beurteilungsspielraum, S. 108 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

³⁷⁴ Starck, FS-Sendler 1991, S. 167 ff., S. 168 f. mit Beispielen.

³⁷⁵ Jestaedt, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 15.; bisweilen auch als „Mischtatbestand“ verstanden, vgl. Herdegen, JZ 1991, 747 (749).

³⁷⁶ Beulke, in: LR-StPO, § 153 Rn. 39; Weßlau, in: SK-StPO, § 153 Rn. 5 und 62 ff.; Peters, in: MüKo-StPO, § 153 Rn. 7; Radtke, in: Radtke/Hohmann, StPO, § 153 Rn. 4.

³⁷⁷ Das betrifft zunächst also nur die *schwache* Ausprägung der Einheitsthese, die eine unterschiedliche Kontrollkonzeption von Ermessen und Beurteilungsspielraum ablehnt. Vgl. zur Differenzierung zwischen „starken“ und „schwachen“ Einheitslehren Poscher, FS-Wahl 2011, S. 527 ff., S.537: Die „starke“ Einheitslehre gehe demgegenüber auch von einer rechtstheoretischen Gleichkategorisierung von Ermessen und Beurteilungsermächtigung aus.

len Fällen wird durch die einfachgesetzliche Einräumung eines Konkretisierungsspielraums gerade keine Suspension von der hier im weiteren Verlauf der Untersuchung maßgeblich interessierenden *grundrechtlichen* Bindung der grundrechtseingreifenden Exekutive und eine damit verbundene Kontrolleinschränkung vorgenommen.³⁷⁸

Betrachtet man aus dieser Warte strafprozessuale Abwägungserfordernisse, so kann jedenfalls im abwehrrechtlichen Eingriffszusammenhang nicht an einer exklusiven Abwägungskompetenz der Staatsanwaltschaft festgehalten werden. Daher gilt es an dieser Stelle zu unterstreichen, dass weder eine begriffliche Kategorisierung einer Entscheidungsermächtigung als „Ermessen“ noch als „Beurteilungsspielraum“ dazu führen können, dass *grundrechtlich* erforderliche Abwägungsprüfungen der Staatsanwaltschaft gerichtlich *nicht* ebenso vorgenommen werden können und *daher* in jedem Falle gerichtlicher Sachbefassung auch vorgenommen werden müssen.³⁷⁹ Weil – wie gesehen³⁸⁰ – im Rahmen zulässiger Rechtskonkretisierung auch Selbstbindungen gemäß Art. 3 Abs. 1 GG *rechtliche* Bindungen qua höherrangigem Recht darstellen, entbinden derartige Zuordnungen auch nicht von einer *gleichheitsrechtlichen* Rechtfertigungspflicht der Staatsanwaltschaft bei der Ausfüllung der ihr zustehenden Entscheidungsspielräume und einer hierauf bezogenen richterlicher Kontrollkompetenz: Auch *innerhalb* eines rechtlich grundsätzlich freien Entscheidungsspielraums, kann durch gleichheitsrechtliche Bindungswirkungen eine Verpflichtung zur gleichen Anwendung des Konkretisierungsspielraumes bestehen und/oder durch entsprechende Entscheidungspraxis begründet werden.³⁸¹ Speziell hierauf wird im weiteren Verlauf der Untersuchung noch weiter einzugehen sein.³⁸²

³⁷⁸ Jestaedt, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 40.

³⁷⁹ Vgl. auch Herdegen, JZ 1991, 747 (750).

³⁸⁰ C.II.1.

³⁸¹ BVerfGE 116, 1 (116 f.); BVerwGE 34, 269 (281); 62, 230 (241); Osterloh/Nußberger, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 3 Rn. 116; P.Kirchhof, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 3 Abs. 1 Rn. 285.

³⁸² Abschnitt C.II.3.c.

Klage gestellt werden sollte aber, dass hierdurch nicht jedwede Letzt-konkretisierung der Staatsanwaltschaft auch im Anwendungsbereich der Grundrechte schlichtweg ausgeschlossen ist. Sie findet ihre Begründung und Grenze aber nicht in gesetzlichen Unbestimmtheiten, sondern in der spezifischen Vorgehensweise richterlicher Rechtssetzung.³⁸³ So sind Gerichte daran gebunden, ihre Entscheidungen unter Rückbindung an die juristische Methodik zu begründen. Geht man dann davon aus, dass auch in einem Fall grundrechtlicher Abwägungen mehrere Ergebnisse vertretbar sind, dann muss ein Gericht mit juristischen Gründen gerade sein Abwägungsergebnis begründen können – kann es dies, dann ist das Gericht zur Letzt-konkretisierung berufen, kann es dies nicht, dann muss es die vertretbare Letzt-konkretisierung der Staatsanwaltschaft halten. Dies bedeutet nicht, dass *allein* die Vertretbarkeit mehrerer Ergebnisse, zu einem Beurteilungsprivileg der Staatsanwaltschaft gegenüber dem Gericht führt, nur die Verbindung mehrerer vertretbarer Ergebnisse mit dem Fehlen juristischer Gründe für eine abweichende Entscheidung, verbieten es dem Gericht, sich gerade auf diese nichtjuristischen Gründe zu berufen. Insofern ein Gericht seine abweichende Entscheidung juristisch begründen kann, ist es unerheblich, dass auch die Entscheidung der Staatsanwaltschaft vertretbar war – schließlich schreibt das Grundgesetz die Entscheidung darüber, welche vertretbaren Gründe als „richtige Gründe“ gelten sollen, gerade den Gerichten zu.

3. Kontrolle staatsanwaltschaftlicher Entscheidungen

Sind die Bindungswirkungen exekutiver Rechtskonkretisierungen und die damit zusammenhängenden Kontrollnotwendigkeiten grob umrissen, soll nun der Fokus auf die konkreten staatsanwaltschaftlichen Entscheidungssituationen und damit zusammenhängende gerichtliche Kontrolle gelegt werden. Dabei soll – gewissermaßen vor die Klammer gezogen – zunächst die Tauglichkeit herkömmlicher Begründungstopoi einfachgesetzlicher staatsanwaltschaftlicher Beurteilungsspielräume relativiert werden (a), um sodann Auswirkungen grundrechtlicher Abwägungskontrollen auf staatsanwaltschaftliche Konkretisierungsspielräume zu untersuchen (b). Wegen der bisher nicht vertieft berücksichtigten Auswirkung des Gleichheitssatzes

³⁸³ Der Abschnitt folgt im Wesentlichen den Ausführungen von *Po-scher*, FS-Wahl 2011, S. 527 ff., S. 534 ff.

auf mögliche Selbstbindungsmechanismen soll dieser Aspekt zum Abschluss dieses Abschnittes gesondert beleuchtet werden (c).

a. *Staatsanwaltschaftliche Entscheidungsfreiheit*

Die Vielfalt der herkömmlichen Begründungsmuster staatsanwaltschaftlicher Entscheidungsspielräume kann auf zwei Grundlinien heruntergebrochen werden: Die Notwendigkeit eigener Entscheidungskompetenz aufgrund „funktioneller Eigenständigkeit“³⁸⁴ der Staatsanwaltschaft (aa) und die Notwendigkeit reduzierter gerichtlicher Kontrolle wegen der Notwendigkeit einer „effektiven und funktionstüchtigen Strafverfolgung“³⁸⁵ (bb).

aa. *Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft*

Die Staatsanwaltschaft ist – insoweit unterscheidet sie sich nicht von anderen Exekutivbehörden³⁸⁶ – eigenständiges und damit prinzipiell unabhängiges Organ. Sie ist „besonders“, wie es Art. 20 Abs. 3 GG formuliert, durch ihr eigenständiges Entscheidungsverfahren und weil sie organisatorisch selbstbestimmt diese Entscheidungsverfahren *managt*. Ihr kommt die Aufgabe zu, abstrakt-generelle Gesetznormen „im ersten Zugriff“³⁸⁷ zu konkretisieren und mit diesem Zugriff den Gegenstand für alle weiteren staatlichen Entscheidungsstellen festzulegen. Diese Befugnis, im Strafverfahren exklusive Weichenstellungen vorzunehmen, macht die Staatsanwaltschaft qua ihrer Eigenschaft als gesetzlich ermächtigte Behörde bereits *hinreichend* unabhängig von der Legislative und der Gerichtsbarkeit im Sinne der Gewaltenteilung.³⁸⁸

aaa. *Herleitung des Prinzips der Unabhängigkeit*

Es hat sich bereits gezeigt, dass sich aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung kein positiv zu umschreibender Raum gerichtlicher

³⁸⁴ Hoffmann, NStZ 2002, 566.

³⁸⁵ Hierzu umfassend und kritisch bereits Hassemer, StV 1982, 275 im Anschluss an BVerfGE 33, 367; 53, 152; BGHSt. 26, 228.

³⁸⁶ Hofmann-Riem, in: GdVwR I, § 10 Rn. 40 ff.

³⁸⁷ Zur Bedeutung der Initiativbefugnis auch Lilie, FS-Mehle 2009, S. 359 ff., S. 364 f.; Buchheim, Die Verwaltung 49 (2016), 55.

³⁸⁸ C.I.1.b und C.I.1.c.

Kontrollfreiheit ergibt – solange sich die Gerichte an den Kontrollrahmen halten und nicht die Aufgaben der Staatsanwaltschaft usurpieren.³⁸⁹ Doch genau in diesem Kontext wird die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft üblicherweise ins Feld geführt: Weil die Staatsanwaltschaft unabhängig sei, müssten ihr gewisse Entscheidungsspielräume offenstehen.³⁹⁰ Andernfalls, so das mitschwingende Argument, wäre die Staatsanwaltschaft *zu sehr* abhängig von den Entscheidungen der Gerichte.³⁹¹ Auf die Spitze getrieben ist dieses (zuvor bereits erwähnte)³⁹² Argument schließlich bei *Rautenberg*, wenn dieser darlegt, dass die Staatsanwaltschaft deshalb unabhängig sein müsse, weil sie über die normale Gesetzesbindung des Art. 20 Abs. 3 GG hinaus besonders der Legalität verpflichtet sei.³⁹³ Wie genau eine Gesetzesbindung überhaupt abstufbar sein soll,³⁹⁴ wird von *Rautenberg* nicht näher dargelegt, auch nicht, *inwiefern* die Gesetzesbindung gegenüber der des Art. 20 Abs. 3 GG qualifiziert sein kann. Nur *dass* ein Prinzip der Unabhängigkeit vorhanden sei,

³⁸⁹ C.I.1.b.bb.

³⁹⁰ *Hoffmann*, NSTZ 2002, 566.

³⁹¹ Weder wird diese Behauptung aber begründet, noch an die eigentlich naheliegende Konsequenz gedacht: Dass nämlich eine Kontrollfreiheit dann allein und notwendig aus einem wertungsausfüllenden Gesetzesbegriff folgen würde. Dieser dogmatische Rückfall in die Beschränkung gerichtlicher Kontrollkompetenz auf eine „Vertretbarkeitskontrolle“ (hierzu umfassend *Pache*, Beurteilungsspielraum, S. 63 ff.) ist weder wünschenswert noch mit der Funktion der Rechtsprechung im System der Gewaltengliederung vereinbar, vgl. *Poscher*, FS-Wahl 2011, S. 527 ff., S. 536. Ein Beispiel für einen Schluss von der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft auf die Notwendigkeit eigene Beurteilungsspielräume zugestanden zu bekommen, findet sich etwa bei *Franke*, in: LR-StPO, Vor 141 GVG Rn. 18.

³⁹² Oben, Abschnitt C.I.1.b.aa.

³⁹³ *Carsten/Rautenberg*, Geschichte der Staatsanwaltschaft, S. 543.

³⁹⁴ In der Verwaltungsrechtslehre ist unter der Unterscheidung zwischen „gebundener Verwaltung“ und „Ermessensverwaltung“ eine ähnliche Begriffsdichotomie gebräuchlich, die allerdings ebenso wenig wie die Unterscheidung zwischen bestimmten und unbestimmten Rechtsbegriffen über einen „heuristischen Wert“ hinausgehen kann, vgl. *Jestaedt*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 17. Auffällig ist ferner, dass der Topos der „gebundenen Verwaltung“ gerade für eine stärkere gerichtliche Kontrolle ins Feld geführt wird, im Strafverfahrensrecht aber gerade aus der strikten Gesetzesbindung eine Freistellung von ebenjener gerichtlichen Kontrolle folgen soll.

wird ausführlich dargelegt.³⁹⁵ Genau dies scheint denn auch ein übergreifendes Argumentationsmuster zu sein: Aus der Gesamtsystematik des einfachgesetzlichen (!) Strafprozessrechts wird ein Unabhängigkeitsprinzip abgeleitet, das dann über den Topos einer „unabhängigen Justiz“³⁹⁶ gleichsam zum Bestandteil eines Rechtsstaats schlechthin erklärt wird,³⁹⁷ ohne *darzulegen*, warum gerade die Staatsanwaltschaft *verfassungsrechtlich* Teil dieser unabhängigen Justiz sein muss. Versteht man aber erst einmal die Staatsanwaltschaft als Teil einer im Ganzen unabhängigen Justiz, dann erscheint es nur zwingend, dass damit auch die Staatsanwaltschaft gegenüber der Gerichtsbarkeit dergestalt unabhängig sein muss, dass ihr Entscheidungen zustünden, die rechtlich gebunden, aber gerade nicht mehr gerichtlich überprüfbar sind: Kommt die Kompetenz der Rechtsauslegung „der Justiz“ zu und muss die Staatsanwaltschaft neben der Gerichtsbarkeit gleichberechtigter Teil dieser unabhängigen Justiz sein, so verwundert es wenig, dass diese Gleichberechtigung vermeintlich nur darüber hergestellt werden kann, dass der Staatsanwaltschaft *neben* der Gerichtsbarkeit eigenständige Letzt Konkretisierungsermächtigung zukommen, die durch ein Gericht gerade nicht mehr überprüft werden können.³⁹⁸ Wird die Staatsanwaltschaft als eine zweite unabhängige Rechtswahrungsinstanz neben der Gerichtsbarkeit eingeführt, so kann die Eigenständigkeit – so die scheinbare Konsequenz – nur über eine gerichtsgleiche Kompetenz zur Letztentscheidung herbeigeführt werden.

bbb. Kritik der überkommenen Herleitung

Dabei scheint es, als würde diese Argumentation mindestens zwei Schritte unternehmen, die weder methodisch zwingend noch analytisch überzeugend sind. Das betrifft einmal die Ableitung eines Prinzips der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft aus dem einfachen Gesetz (selbst wenn diese Ergebnisse, die es betrifft, mit rechtsvergleichenden oder historischen Betrachtungsweisen untermauert

³⁹⁵ Carsten/Rautenberg, Geschichte der Staatsanwaltschaft, S. 535 ff.

³⁹⁶ Görcke, ZStW 73 (1961), 561 (581).

³⁹⁷ Vgl. Schütz, FS-Küchenhoff 1972, S. 985 ff., S. 986 f.

³⁹⁸ Hoffmann, NStZ 2002, 566.

werden) und Erhöhung dieses Prinzips zum Bestandteil des verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsgebots.³⁹⁹ Zum anderen die Inkorporation der Staatsanwaltschaft in „die Justiz“ als Teil einer rechtsstaatlich notwendigen Staatsstrukturentscheidung, die zwar das Grundgesetz in der Form evidenter Maßen nicht getroffen hat, aber dennoch in einem Rechtsstaat geboten sei.⁴⁰⁰ Das Rechtsstaatsgebot wird anhand einer Analyse vorkonstitutionellen Rechts und rechtsvergleichenden Betrachtungsweisen inhaltlich aufgeladen, um es dann gleichsam als Gebot mit vollständig eigenem Aussagegehalt⁴⁰¹ in die Verfassung zu implementieren. So erscheinen die staatsorganisatorischen Grundentscheidungen des Grundgesetzes nicht wie Konkretisierungen des Rechtsstaatsgebotes, sondern wie Normen, die im Lichte des *anderweitig bestimmten* Rechtsstaatsgebotes verstanden werden müssen, oder – erscheinen sie nicht kompatibel – sogar mit Blick auf das Rechtsstaatsgebot selbst kritisch gewürdigt werden können.⁴⁰² Dabei wird die eigenständige Gestaltungskraft dieses so begründeten Rechtsstaatsgebotes im Rang über andere Verfassungsnormen gehoben und der gebotenen Systematisierung der Staatsstrukturvorschriften ein externer Wächter vorangestellt, der den Blick darauf verstellt, dass die Staatsanwaltschaft vom Grundgesetz – in Ermangelung besonderer Erwähnung – schlicht als Be-

³⁹⁹ Damit sei nicht gesagt, dass sich das Rechtsstaatsgebot ausschließlich aus einem „summativen Ansatz“ verfassungsrechtlicher Spezialregelungen ergeben kann, *ohne* eine interpretatorische Radizierung im Verfassungstext kann eine Interpretation gleichwohl nicht vorgenommen werden, *Schmidt-Aßmann*, in: HStR II § 26 Rn. 2, zum Sinn der Abstraktion über positive Verfassungsvorgaben hinaus Rn. 8.

⁴⁰⁰ *Carsten/Rautenberg*, Geschichte der Staatsanwaltschaft, S. 556; *Rautenberg*, GA 2006, 356 (361); ähnlich *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 141.

⁴⁰¹ Demokratie als Prinzip wird nur als Schutzobjekt gegen „politische Willkür“ betrachtet, vgl. *Carsten/Rautenberg*, Geschichte der Staatsanwaltschaft, S. 507 – dass aber die Rechtssetzung und mit ihr die Rechtssetzung im Einzelfall selbst einer demokratischen Legitimation bedarf, wird nicht gesehen.

⁴⁰² Nicht die Unabhängigkeit der Richter erscheint so demokratisch legitimationsbedürftig, sondern die demokratisch legitimierte Abhängigkeit der Staatsanwaltschaft qua Verfassungsänderung abzuschaffen, vgl. *Carsten/Rautenberg*, Geschichte der Staatsanwaltschaft, S. 549.

hörde der vollziehenden Gewalt aufgefasst wird, die es entsprechend in eine Dogmatik der Gewaltenteilung einzufügen zumindest zu versuchen gilt, bevor man die Untauglichkeit einer nicht näher ausformulierten Gewaltenordnung (schlicht) behauptet. In diesem Zusammenhang gilt es, den Topos „Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft“ vom Kopf auf die Füße zu stellen: Nicht die Gewaltenteilung und die damit verbundene Notwendigkeit richterlicher Letztentscheidung findet ihre Grenzen in der Notwendigkeit einer „unabhängigen Staatsanwaltschaft“, sondern die Gewaltenteilung besagt erst, was Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft bedeuten kann: Eigenständige Entscheidungsverfahren und Entscheidungsgegenstände sowie Behördenorganisation, aber gerade nicht die Notwendigkeit auch nur partieller Kontrollfreiheit der bestehenden Rechtsbindung. Verweist eine (wie auch immer hergeleitete) Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft aber lediglich auf das Prinzip der Gewaltenteilung, so hat sich bereits gezeigt, dass diese Unabhängigkeit keine Freistellung von einer gerichtlichen Kontrolle begründen kann, sondern im Gegenteil die Funktionenordnung des Grundgesetzes gerade voraussetzt, dass über alle *Rechtsfragen* grundsätzlich Gerichte verbindlich entscheiden können müssen. Nicht eine besonders starke Legalitätsverpflichtung führt zu einer Befreiung von rechtlicher Kontrolle, sondern die funktionelle Bindung an „Recht und Gesetz“ (Art. 20 Abs. 3 GG) gebietet gerade eine weitgehende Bindungskontrolle der Staatsanwaltschaft durch die Gerichtsbarkeit.

Mit der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft scheint sich insgesamt ein Argumentationstopos zu präsentieren, der nicht immer klar genug zwischen der (rechtspolitischen) Forderung nach einer stärkeren Statusangleichung von Staatsanwaltschaft und Gericht und dem *funktionalen* Argument der Gewaltenunterscheidung unterscheidet. Betrachtet man das hier allein maßgeblich letztere, so zeigt sich, dass der (berechtigte) Hinweis auf die eigenständige Stellung der Staatsanwaltschaft gerade nicht dazu führen kann, dass eine Rechtmäßigkeitskontrolle staatsanwaltschaftlicher Handlungen unterbleiben müsste. Die Frage der Kontrollfreiheit ist von der Frage der funktionalen Eigenständigkeit grundsätzlich unabhängig.⁴⁰³

⁴⁰³ Vgl. bereits oben, in Abschnitt C.I.1.c.bb.

bb. Funktionstüchtigkeit der Strafverfolgung

Ähnlich unklar und im Endeffekt unzutreffend wie die argumentative Verwendung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft, entpuppt sich der Hinweis auf eine Notwendigkeit kontrollfreier Rechtsräume, um die „Funktionstüchtigkeit“, die „Effektivität“ der Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft zu sichern.

aaa. Effizienz als Selbstzweck

Soll „Funktionstüchtigkeit“ wörtlich verstanden werden, so könnte nur dann daraus die Notwendigkeit einer Kontrollfreiheit erwachsen, wenn es gerade die Funktion der Staatsanwaltschaft wäre, letztverbindlich rechtliche Entscheidungen zu treffen. Erstens wäre dies aber ein klarer Verstoß gegen das Prinzip der Gewaltenteilung und die Notwendigkeit richterlicher Letztverbindlichkeit in rechtlichen Belangen, zweitens würde sich eine solche Herangehensweise auch als zirkelschlüssig erweisen: Wenn es die Funktion der Staatsanwaltschaft wäre, kontrollfrei zu agieren, so könnte nicht aus dieser Funktion *folgen*, dass die Staatsanwaltschaft nicht gerichtlich zu kontrollieren sei.⁴⁰⁴ Die Funktionstüchtigkeit der Staatsanwaltschaft kommt damit zwar im Gewand eines Arguments daher, zeigt sich darunter aber als *selbstreferentielle Behauptung*. Eine Behauptung die – das hat die Analyse der Gewaltenteilung⁴⁰⁵ und der gerichtlichen Kontrolldichte⁴⁰⁶ gezeigt – nicht zutrifft, da das Grundgesetz einzig der Gerichtsbarkeit die Funktion zuweist, *unabhängig* und *für alle anderen Gewalten letztverbindlich*⁴⁰⁷ Recht zu setzen.

bbb. Beschleunigungsgebot und Schonung der Beteiligten

Nun könnte man die Notwendigkeit der Funktionstüchtigkeit auch ganz im Lichte einer allseits geforderten Verfahrensbeschleunigung betrachten. Kontrollfreie Entscheidungen zu treffen, wäre dann nicht selbst die Funktion, sondern „tüchtig“ könnten die Funktionen der Staatsanwaltschaft – in erster Linie die Verdachtsaufklärung – nur dann erfüllt werden, wenn sie bei ihrer Aufgabenwahrnehmung nicht

⁴⁰⁴ Vgl. zu diesem Argument auch *Hassemer*, StV 1982, 275 (278 ff.); *Trüg*, StV 2010, 528 (529).

⁴⁰⁵ Abschnitt C.I.1.

⁴⁰⁶ Abschnitt C.II.2.

⁴⁰⁷ Abschnitt C.I.1.b.bb.

durch gerichtliche Kontrollen „gelähmt“ würde.⁴⁰⁸ Um gerade diesen Aspekt zu betonen, wird die „Aufgabeneffizienz“ im Strafverfahren zum eigenständigen Ausrichtungspunkt der Strafverfolgungsbehörden aufgewertet und dabei in doppelter Hinsicht missverständlich operiert: Erstens ist auch ein effizientes Verfahren nicht gleichzusetzen mit einer schlichten Beschleunigung des Verfahrens, sondern verweist auf eine Optimierung der Aufgabenerfüllung insgesamt. Zweitens – und das ist entscheidend – ist das Effektivitätsgebot ein rechtliches Gebot, dessen Einhaltung auch nur nach Maßgabe des Rechts beurteilt werden kann. Behördliche Sachzwänge können gesetzlich vorgegebene Zweckerfüllung beeinflussen, niemals aber Zwecke selbst setzen.⁴⁰⁹ In Erinnerung zu rufen ist daher: Verweist das Effektivitätsgebot auch auf das Beschleunigungsgebot, so ist damit in erster Linie eine Effizienz *zugunsten* der betroffenen Bürger gemeint, stellt also eine Ausprägung des Rechtsschonungsgebots dar.⁴¹⁰ Dient die Beschleunigung aber dem Schutz der Rechte der Betroffenen, so kann nicht mit dem Hinweis auf eine Beschleunigung begründet werden, dass gerade *rechtsfreie* Beurteilungsspielräume bestehen müssten.⁴¹¹

ccc. Beschleunigung und Ressourcenschonung

Eine etwas andere Facette bekommt das Effizienzgebot hingegen, wenn man es nicht nur als Ausdruck des Schonungsgebotes ver-

⁴⁰⁸ Das Argument, dass Rechtskontrolle einem effektiven Staat entgegenstehe ist ein ebenso altes, wie grundsätzlich unzulässiges. Vgl. hierzu *Reuss*, DVBl. 1953, 585 (654) und die dort wiedergegebenen Worte *Drews*: „Der Einwand, daß die tatkräftige Initiative der Verwaltungsbehörden durch die nachfolgende Rechtskontrolle, deren Ausgang unsicher sei, gelähmt werde, ist mit allem Nachdruck zurückzuweisen. Eine Initiative, die zu unrechtmäßigen Maßnahmen verleitet, muß im Rechtsstaat unbedingt verhindert werden. Gerade darin liegt der Hauptzweck der Rechtskontrolle.“

⁴⁰⁹ Pointiert *Möllers*, NJW 2001, 1397; *ders.*, NVwZ 2000, 382 (387).

⁴¹⁰ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 1 Rn. 7 und § 16 Rn. 3 m.w.N.; *Hassemer*, StV 1982, 275 (278 ff.); *Trüg*, StV 2010, 528 (529).

⁴¹¹ Sonst wird die Effektivität der Strafrechtspflege zugunsten der Beteiligten zu einer Effektivität gegen die Beteiligten. So wäre Effektivität ein „gegenreformatorischer Argumentationstopos“, *Hassemer*, StV 1982, 275.

steht und nicht nur als Ausprägung subjektiver Berechtigung, sondern vielmehr auch als Ausdruck *objektiver* Notwendigkeit: Ein solcher Gedankengang setzt bei der Endlichkeit der Ermittlungsressourcen an und betont, dass andere Ermittlungsverfahren nicht geführt werden können, während sich Sachbearbeiter im Kontrollverfahren eines anderen Ermittlungsverfahrens wiederfinden. Es sei notwendig – so die Konsequenz – dass gerichtliche Kontrolle zurückgefahren werde, damit die anderen Aufgaben noch erfüllt werden könnten.⁴¹²

So bestechend plastisch das Problem der Ressourcenknappheit erscheint, so wenig kann es dazu führen, dass (buchstäblich) rechtsfreie Beurteilungsspielräume entstehen.⁴¹³ Richtig ist, dass im Rahmen der Aufgaben eine ressourcenschonende Arbeitsweise der Staatsanwaltschaft angezeigt ist – der Entzug oder das Vorenthalten von Ressourcen kann aber nicht dazu führen, dass die Aufgaben selbst sich verändern. So wenig der einfache Gesetzgeber es in der Hand hat, das grundrechtlich erforderliche Abwägungsprogramm schlichtweg auszusetzen, so wenig steht dies dem Haushaltsgesetzgeber zu. Dieser hat vielmehr im „Rahmen des Zumutbaren alle Maßnahmen zu treffen, die geeignet und nötig sind, einer Überbelastung der Gerichte vorzubeugen und [...] rechtzeitig abzuwehren. Er hat die dafür erforderlichen [...] Mittel aufzubringen, bereitzustellen und einzusetzen.“⁴¹⁴ Dies führt in der Konsequenz zu zweierlei: Erstens taugt ein Verweis auf die Begrenztheit staatlicher Mittel *allein*

⁴¹² Vgl. BGHSt. 16, 225 (229); Bloy, GA 1980, 161 (172); Weigend, ZStW 109 (1997), 103 (105 f.).

⁴¹³ BVerfGE 54, 277 (293). Deutlich auch BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 27. Februar 2014 – 2 BvR 261/14 – Rn. 17, juris; vgl. auch Jestaedt, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 3; eingehend auf die Widersprüchlichkeit einer solchen Abwägung einerseits und der Annahme einer „Justizgewährleistungspflicht“ andererseits, Hörnle, Rechtstheorie 35 (2004), 175 (187 f.).

⁴¹⁴ BVerfGE 36, 264 (275); auch zitiert bei Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 317 ff.

nicht dazu, einen Eingriff in Freiheitssphären oder eine Ungleichbehandlung zu legitimieren.⁴¹⁵ Zweitens können die finanziellen, personellen und sachlichen Mittel überhaupt nicht als Abwägungsparameter herhalten: Was *für sich* kein legitimer Zweck zur Beschränkung von Freiheit oder Ungleichbehandlung sein kann, kann auch nicht im Rahmen einer Abwägung widerstreitender Interessen und Zwecksetzungen berücksichtigt werden. Dass ein Verweis auf eine notwendige Ressourcenschonung nicht herangezogen werden kann, um eine an sich bestehende rechtliche Bindung (irgendwie) zu „lockern“ oder ein Fehlen gerichtlicher Kontrolle *trotz* rechtlicher Bindung zu rechtfertigen, versteht sich daher von selbst.

Vollständig an Relevanz verlieren Argumentationen mit Hinweis auf wirtschaftlich begrenzte Leistungsfähigkeit damit nicht – ihnen wird nur ein anderer Platz zugewiesen. Bei endlichen staatlichen Kontingenten⁴¹⁶ führt Knappheit zu einem Priorisierungserfordernis: Ist ein Verfahren eingriffsintensiver als ein anderes, so muss das eingriffsintensivere Verfahren eher und umfassender behandelt werden als das andere.⁴¹⁷ Dies strahlt aber zunächst *nur* auf das Pflichtenprogramm der Sachbearbeitenden aus. Sie trifft die Pflicht, das „wichtigere“ Verfahren zu führen. Da das Recht auch von ihnen nichts Unmögliches fordert, sind sie bei pflichtgemäßer Führung eines Verfahrens selbstverständlich nicht verpflichtet *gleichzeitig* auch

⁴¹⁵ Das *Bundesverfassungsgericht* stellt dies im Zusammenhang mit der Plenumsentscheidung hinsichtlich der zivilprozessualen Annahmerevision klar. Die Arbeitsbelastung staatlicher Stellen sei ein – für Betroffene – in keiner Weise steuerbarer Faktor und daher *willkürlich*, BVerfGE 54, 277 (293). Deutlich auch BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 27. Februar 2014 – 2 BvR 261/14 – Rn. 17, juris: Mangelnde Sachausstattung rechtfertigt unter keinen Umständen Belastungen der Betroffenen.

⁴¹⁶ Ähnliche Begriffs(ver)wendung bei *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, S. 135 – „aufzehrbare staatliche Kontingente“.

⁴¹⁷ BVerfGE 20, 45 (50); 20, 144 (146); 53, 152 (158 ff.); materiellrechtlich führt dies wiederum dazu, dass eine missbräuchliche Inanspruchnahme solcher endlich staatlichen Ermittlungskontingente *verboten* ist. Verbotsnormen wie etwa § 145d StGB oder § 164 StGB sichern die Leistungsfähigkeit des Justizapparates gerade zur Schonung der Betroffenen anderer Verfahren, vgl. *Zopfs*, in: MüKo-StGB, § 145d Rn. 4 f. Zur Legitimation der Kriminalstrafe soll hierdurch nicht Stellung bezogen sein.

ein anderes Verfahren zu führen. Auf der anderen Seite ändert dies nichts daran, dass auch die Betroffenen des weniger wichtigen Verfahrens ein Recht darauf haben, dass ihr Verfahren zügig und schonend geführt wird. Sind Ressourcen hierfür nicht vorhanden, so müssen sie geschaffen werden.⁴¹⁸ Damit stellen die Rechte der Betroffenen auch in weniger wichtiger Verfahren das Untermaß notwendiger Ressourcenausstattung dar: Wird dieses Untermaß unterschritten, dann werden die Rechte der Betroffenen verletzt und nicht in Relation gesetzt. Ressourcenknappheit kann den Haushaltsgesetzgeber zur Aufstockung der Ressourcen verpflichten, nicht aber die Notwendigkeit von kontroll- oder gar rechtsfreien Räumen begründen,⁴¹⁹ weshalb es gilt die Perspektiven und Bindungswirkungen auseinanderzuhalten: Der Staat⁴²⁰ ist verpflichtet, das Recht umzusetzen und verliert seine Verpflichtungen nicht dadurch, dass er die personelle und sachliche Ausstattung versagt. Gleichzeitig – und logisch damit verbunden – kann der Staat diese Verpflichtung gerade nicht dadurch erfüllen, dass er Sachbearbeitende *verpflichtet*, Verfahren zu führen, die sie *nicht führen können*. Die Belastungsgrenze der Sachbearbeitenden, taugt damit, *deren* Verpflichtungen zu relativieren, nicht aber die *Rechte der (etwa) von Ermittlungen betroffenen Bürger*. Werden diese getrennt zu denkenden Verpflichtungsebenen vermengt,⁴²¹ dann wird das Gebot den einen Bürger nur verhältnismäßig zu belasten, als Rechtfertigung verwendet, die Rechte eines anderen Bürgers auszuschließen. Genau dann wandelt sich die Ef-

⁴¹⁸ BVerfGE 54, 277 (293).

⁴¹⁹ Dies stellt *Rechtsschonung* aus Opportunität nicht prinzipiell in Frage, vgl. zu einer diesbezüglichen Legitimation des § 153 StPO *Erb*, Legalität und Opportunität, S. 164 ff. Ausgeschlossen werden kann hierdurch aber, dass eine Rechtskontrolle der Voraussetzungen des § 153 StPO unterbleibt, *obwohl* hierdurch Rechte der Verletzten beeinträchtigt werden können. Zum Recht des Verletzten auf Justizgewährleistung und damit Zusammenhängende Fragen der Kontrolldichte im Klageerzwingungsverfahren, siehe D.II.3.c.

⁴²⁰ Genauer: Die *Rechtsordnung* als solche muss entsprechend ausgestaltet werden.

⁴²¹ Genau dies geschieht aber etwa, wenn die Rechtsprechung die „objektive Dimension“ der Beschleunigungsmaxime gegen die Verfahrensbeteiligten wendet, vgl. *Trüg*, StV 2010, 528 (529).

fizienz zugunsten der Bürger in einen „gegenreformatorischen Argumentationstopos“,⁴²² der in den subjektiven Grundrechten nicht den Grund, sondern primär das zu überwindende Hindernis staatlicher Aufgabenerfüllung begreift.

b. Einzelne staatsanwaltschaftliche Konkretisierungsspielräume

Im Zentrum jeder staatsanwaltschaftlichen Handlung steht der Begriff des Verdachts. Unabhängig davon, welche Funktion man dem Begriff im Einzelnen zuschreiben möchte,⁴²³ ist er die zentrale Initialvoraussetzung oder zumindest erster logischer Bezugspunkt jeder staatsanwaltschaftlichen Entscheidung (aa). Geht die Staatsanwaltschaft einem Verdacht nach, so tut sie dies im öffentlichen Interesse.⁴²⁴ Eigenständiges Privatklagesystem und die anwaltliche Vertretungsbefugnis der Nebenklage stellen unmissverständlich klar, dass die Staatsanwaltschaft *nicht* Verletztenanwältin im Nebenamt ist.⁴²⁵ Damit stellt sich allerdings die auch Frage, *wann* dieses öffentliche Interesse vorliegt, *wer* maßgeblich über dessen Vorliegen befindet und wie sich das öffentliche Verfolgungsinteresse zu der Verdachtsdogmatik verhält (bb). Sind dann in einem staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren erste Verdachtsfragen beantwortet und Ausmaß und Inhalt des öffentlichen Interesses an der Aufklärung präzisiert, stehen der Staatsanwaltschaft mit §§ 153, 153a StPO (u.a.) jeweils praxiswichtige Einstellungsermächtigungen zur Seite. Beide Normen setzen aber voraus, dass die Schuld des Täters (soll heißen: des Verdächtigen im Falle einer Verurteilung⁴²⁶) entweder als gering anzusehen wäre, oder aber jedenfalls die Schwere der Schuld einer Einstellung nicht entgegenstünde. Ob die Beurteilung dieser Prognosefrage maßgeblich oder gar *ausschließlich* der

⁴²² Hassemer, StV 1982, 275.

⁴²³ Zum „Funktionenwandel“ der Verdachtsdogmatik Zabel, ZIS 2014, 340.

⁴²⁴ Peters, in: MüKo-StPO, § 152 Rn. 21 ff.; Diemer, in: KK-StPO, § 152 Rn. 2.

⁴²⁵ Peters, in: MüKo-StPO, § 152 Rn. 23.

⁴²⁶ Diemer, in: KK-StPO, § 153 Rn. 11.

Staatsanwaltschaft zusteht, ist eine Frage, die sich mit der legislativen Reduktion⁴²⁷ notwendiger richterlicher Zustimmungsvorbehalte in ihren praktischen Auswirkungen noch einmal verschärft hat (cc).

aa. Verdacht und Verdächtigungen

Die strafprozessrechtliche Dogmatik kennt nicht *den* (einen) Verdacht, und auch wenn insgesamt ein Funktionenwandel der Tatverdachtsdogmatik beobachtet wird,⁴²⁸ so bleibt doch es erklärungsbedürftig, wenn die Behandlung *des* Verdachts an dieser Stelle *einheitlich* abgehandelt werden soll. Dabei interessiert die Verdachtsdogmatik im hiesigen Kontext subjektiver Rechtssetzungsmacht Betroffener jedoch nur, insofern mit „Verdachtsmaßnahmen“ rechtsschutzauslösende Grundrechtseingriffe verbunden sind. Nur insofern der Verdacht als Abstraktum zu einer „Verdächtigung“ wird, nur insofern er durch staatsanwaltschaftliche Maßnahmen rechtlich *wirklich* wird, kann er die Rechtssphäre von Bürgern rechtfertigungsbedürftig berühren und damit gerichtliche Kontrollnotwendigkeiten mit dem Recht auf Justizgewährleistung begründen.

aaa. Grenzen der Verdachtskategorisierung

Genau aus dieser Perspektive zeigt sich denn auch der herkömmliche und in der StPO selbst angelegte Schematismus – Anfangsverdacht, dringender Tatverdacht und hinreichender Tatverdacht – als zu eng und teilweise irreführend.⁴²⁹ *Irreführend* kann die schematische Abstufung sein, wenn sie eine vorgegebene tatsächliche Konkretisierungsabstufung suggeriert: Erst besteht ein vager Verdacht, der sich durch Ermittlungen der Staatsanwaltschaft nach und nach verdichtet und schließlich zu einem hinreichenden Tatverdacht am „Abschluss“ der Ermittlung erhärtet.⁴³⁰ Dass diese Konkretisierungsleistung möglich ist und vielleicht sogar den forensischen Regelfall darstellt, sei dabei nicht bestritten. Von dieser Abstufungskonzeption

⁴²⁷ Art. 2 Nr. 2 des RpfLEntG v. 11.1.1993, BGBl. 1993 I 50 (S. 51).

⁴²⁸ Zabel, ZIS 2014, 340.

⁴²⁹ Ein Nutzen in anderen Kontexten, etwa solchen *didaktischer* oder *heuristischer* Natur, sei der Einteilung ausdrücklich *nicht* ab- aber auch nicht zugesprochen.

⁴³⁰ Ganz ähnlich wie hier Schulz, Normiertes Misstrauen, S. 527 ff.

kann aber ersichtlich nicht verlangt werden, dass *nur eine Steigerung* eines Verdachts einen Abschluss der Ermittlungen rechtfertigen kann: Ist der Verdacht schon zu Beginn der Ermittlungen „hinreichend“ konkret, dann müssen nicht zusätzliche Verdachtsmomente festgestellt werden, um den bereits hinreichenden Verdacht noch hinreichender zu machen.⁴³¹ Als *zu eng* erweist sich ein Festhalten an gesetzlichen Vorschematisierungen in anderer Hinsicht: So ignoriert ein alleiniger Verweis bestimmter Verdachtsstufen auf *tatsächliche* Wahrscheinlichkeitsurteile,⁴³² die Zwecksetzung von Ermächtigungsnormen, die einen Verdacht zur Voraussetzung erklären. Stets geht es entweder um eine Ermächtigung zur Informationssammlung, um durch gerade hierdurch Unsicherheiten abzubauen,⁴³³ oder darum, dass durch eine Verdachtsmaßnahme Verletzungen von Verhaltensnormen⁴³⁴ unmöglich oder weniger wahrscheinlich gemacht werden sollen.⁴³⁵ Kurz: Unabhängig davon, ob ein Anfangsverdacht, ein dringender Tatverdacht oder ein hinreichender Tatverdacht vorliegt, sind die Beurteilungen des jeweiligen Verdachts immer eingebettet in zweckrationale Abwägungsvorgänge.⁴³⁶

⁴³¹ Teilweise wird daher der Begriff des hinreichenden Tatverdachts als Voraussetzung der Anklageerhebung – zumindest in seiner Berechtigung als eigenständiger Verdachtsgrad – abgelehnt, vgl. *Schulz*, Normiertes Misstrauen, S. 569.

⁴³² Hierzu *Steinberg*, JZ 2006, 1045 – „Verdacht als quantifizierbare Prognose“; *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, S. 122

⁴³³ Insofern also die „klassischen“ Ermittlungseingriffe; vertiefend zum Zusammenhang zwischen Ermittlung, Informationsrechten und Prozessbeeinflussung *Amelung*, Informationsbeherrschung, insbes. S. 77 ff.

⁴³⁴ Mögen sie Verbote zur Verfahrensbeeinträchtigung (etwa § 112 Abs. 2 Nr. 3 StPO), sonstige strafrechtliche Verbote (§ 112a, aber auch § 111a StPO) oder das Gebot sein, sich dem Verfahren zu stellen (§ 112 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 StPO).

⁴³⁵ Zu den „Präventivmaßnahmen der StPO“, vgl. *Gärditz*, Strafprozeß und Prävention, S. 93 ff.

⁴³⁶ Etwa BVerfGE 109, 279 (351 f.) – „Neben der Schwere der Tat ist [...] auch die Stärke des Tatverdachts mitentscheidend dafür, ob eine strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme in einem angemessenen Verhältnis zu dem Gewicht der Grundrechtsbeeinträchtigung steht.“

Wäre die These der immer gleichen Wahrscheinlichkeitsanforderungen bei bestimmten Verdachtsgraden richtig, so wäre eine Maßnahme, die sich etwa auf einen Anfangsverdacht stützt, tatbestandlich immer rechtmäßig, wenn ein gewisser Grad an Wahrscheinlichkeit einer Tatbegehung vorliegt. Ganz unabhängig davon, dass ein solcher Grad an Wahrscheinlichkeit kaum zu beziffern wäre, würde diese Argumentation übergehen, dass die Intensität einer Beeinträchtigung aufgrund eines Anfangsverdachts nicht allein davon abhängt, wie gravierend der Verdacht ist, sondern maßgeblich auch, wie die darauf folgende Maßnahme konkret vollzogen wird.⁴³⁷ Akzeptiert man grundsätzlich, dass jede freiheitsbeeinträchtigende Handlung verhältnismäßig sein muss, dann kann ein Verdacht als Ermächtigung nicht ohne Berücksichtigung eines mehr oder weniger feinen Abwägungskonzepts auskommen. *Jeder Verdacht*⁴³⁸ muss damit insofern *hinreichend* sein, als dass der spezifisch vorliegende Verdacht gerade ausreichen muss, um eine konkrete Eingriffsmaßnahme zu rechtfertigen.⁴³⁹

Dagegen kann man natürlich einwenden, dass der Verdachtsbegriff nur *eine* Hürde auf dem Weg zu einem zulässigen Eingriff darstellt und die Maßnahme darüber hinaus auch im Übrigen verhältnismäßig sein muss. So kann man den Verdacht auch als einfachgesetzlichen „Grobfilter“ verstehen, der *vor* eine gegebenenfalls notwendige verfassungsrechtliche „Korrektur“ der Verhältnismäßigkeit geschaltet ist. Ein Vorteil einer solchen Konzeption könnte jedoch allenfalls darin gesehen werden, dass so einfachgesetzliche Methodologie und verfassungsrechtliche Überlagerung auch schematisch

⁴³⁷ Die Rede von Verdachtsgraden als „typisierte Verhältnismäßigkeit“ (vgl. *Schulz*, Normiertes Misstrauen, S. 567 f.) ist daher schief: Entweder ein Verdacht ist Voraussetzung für eine konkrete Grundrechtsbeeinträchtigung, dann aber kann die Verhältnismäßigkeit nicht „typisiert“ werden, sondern es muss gerade eine Abwägung im Einzelfall stattfinden, oder aber man erkläre den Begriff des Verdachts von der Verhältnismäßigkeitsfrage für unabhängig.

⁴³⁸ Klargestellt durch *BVerfG*, Stattgebender Kammerbeschluss vom 13. März 2014 – 2 BvR 974/12 –, Rn. 16, juris.

⁴³⁹ Dies führt nach Ansicht des *Bundesverfassungsgerichts* auch dazu, dass selbst bei eingriffsintensiven Ermittlungsmaßnahmen kein tatbestandlicher „Mindestverdachtsgrad“ vorgesehen sein muss, vgl. *BVerfGE* 109, 279 (351 f.).

voneinander getrennt wären. Dies würde die Aufgabe von Schematisierungen aber überhöhen: Ein Anwendungsschema soll rechtlich richtige Rechtssetzung erleichtern und nicht selbst bestimmen, was richtige Rechtssetzung ist.

Der entscheidende Nachteil eines isoliert einfachgesetzlichen Verdachtsverständnisses ist vielmehr, dass man zur Festlegung einer (ohnehin problematischen) Wahrscheinlichkeitsgrenze gezwungen wäre, unter der schlicht keine Maßnahmen mehr rechtmäßig wären, die sich auf den jeweiligen Verdacht stützten.⁴⁴⁰ Unabhängig davon, wie *wenig* eingriffsintensiv eine Ermittlungsmaßnahme wäre, sie wäre mangels hinreichendem Anfangsverdacht nicht zulässig. Begegnen könnte man diesem Problem nur, indem man die jeweiligen Wahrscheinlichkeitsschwellen derart niedrig ansetzt, dass sie keine eigenständige Filterfunktion mehr erfüllen könnten.⁴⁴¹ Um auch wenig eingriffsintensive Maßnahmen legitimieren zu können, müsste die entsprechende Wahrscheinlichkeitsschwelle im Vorfeld so niedrig angesetzt werden, dass die vollständige Feinprüfung einer Maßnahme in die Verhältnismäßigkeit verlagert würde.

Sinnvoller erscheint es daher, man würde bei jedem Verdacht implizit überprüfen, ob der *konkrete Verdacht* gerade den *konkret anstehenden Ermittlungseingriff* rechtfertigen kann und ob die jeweilige Maßnahme überhaupt einen Beitrag dazu leisten kann, gerade die Unsicherheit dieses konkreten Verdachts zu beseitigen.⁴⁴² Damit

⁴⁴⁰ Die Schwierigkeiten, die damit verbunden sind, zeigen sich nicht zuletzt an der Auseinandersetzung um die sog. Vorermittlungen. Dazu ausführlich *Haas*, Vorermittlungen und Anfangsverdacht.

⁴⁴¹ Genau mit dieser Stoßrichtung wird denn auch eine Relativierung des Verdachtsbegriffs als nicht unproblematisch angesehen, vgl. *Zabel*, ZIS 2014, 340 (344). Dagegen zeigt allerdings das *Bundesverfassungsgericht* auf, dass auch bei einem auf grundrechtliche Verhältnismäßigkeit reduziertem Verdachtsverständnis, *nicht* darüber hinweggesehen werden kann, dass eine strafprozessuale Ermittlung *nicht* erlaubt durch Ermittlungsmaßnahmen überhaupt erst einen Verdacht zu begründen. Vgl. etwa BVerfGE 20, 162 (191 f., 217); 117, 244 (265); jüngst bestätigt durch BVerfG, NJW 2015, 3430 (3431).

⁴⁴² *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, S. 128 ff. hält zwar am Begriff des Verdachtsgrades fest, möchte die Bestimmung aber in

verliert der Verdacht nicht an Bedeutung – alle Maßnahmen müssen sich entweder davor rechtfertigen, dass sie einen Beitrag zum Abbau von Aufklärungsunsicherheiten leisten können, oder aber, dass die Gefahren, die mit einer Realisierung eines Ereignisses verbunden sind, es rechtfertigen, Maßnahmen zur Gefahrverhütung zu treffen.

bbb. Relationale Rekonstruktion des Verdachtsbegriffs

Wie sich schon bei der Differenzierung zwischen tatbestandlichem Beurteilungsspielraum und rechtsfolgenorientiertem Ermessen im Hinblick auf § 153 Abs. 1 StPO angedeutet hat,⁴⁴³ so offenbart sich auch hier, dass eine strikte Trennung zwischen der Auslegung des Verdachts als „unbestimmtem Rechtsbegriff“ auf der einen Seite und verhältnismäßiger Auswahl der darauf gestützten Eingriffsermächtigung auf der anderen Seite, mehr Verwirrung stiftet denn Klarheit schafft. Letztendlich kommt es aus *grundrechtlicher* Rechtfertigungsperspektive allein darauf an, dass die konkret ausgewählte, angeordnete und durchgeführte Ermittlungsmaßnahme mit Bezug auf den konkret erhofften Ermittlungserfolg verhältnismäßig ist. Dies bedeutet aber notwendig, dass nicht nur die Durchführung „irgendwie“ schonend stattfinden muss, es bedeutet auch, dass sich die konkrete Art der Auswahl, Anordnung und Durchführung relativ zur Schwere des Vorwurfs, zur Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung und schließlich zu den erhofften Erkenntnisgewinnen verhalten muss: Je schwerer der Vorwurf, desto eher rechtfertigen sich auch bei verhältnismäßig geringem Verdacht intensivere Eingriffsmaßnahmen⁴⁴⁴ und je höher die Wahrscheinlichkeit, dass eine Tat nachweisbar sein

strenge Relation zum Tatvorwurf und darauf hindeutendes Tatsachenmaterial stellen. Damit nimmt aber auch *Deiters* Abschied von der Konzeption einer „typisieren Verhältnismäßigkeit“, sodass insofern das hiesige Konzept nicht im Widerspruch zu *Deiters* Vorschlag zu stehen scheint.

⁴⁴³ C.II.2.c.

⁴⁴⁴ Dies liegt auf der Linie von BVerfGE 125, 260 (Rn. 228, juris) und BVerfGE 129, 208 (Rn. 207, juris), wo erhebliche Eingriffe auch bei lediglich „konkreten Anhaltspunkten“ schwerer Straftaten für zulässig erklärt wurden.

wird, desto eher rechtfertigen sich Maßnahmen, die den förmlichen Nachweis ermöglichen könnten.⁴⁴⁵

Ist diese Konzeption hinsichtlich der Anwendung klassischer Ermittlungsmaßnahmen noch recht augenfällig handhabbar, so wird darin zugleich bei näherer Betrachtung auch eine Struktur der Rechtfertigung staatsanwaltschaftlicher Handlungen deutlich, die sich ohne weiteres auch auf die Eröffnung des Ermittlungsverfahrens selbst,⁴⁴⁶ den Abschluss des Ermittlungsverfahrens oder sogar Maßnahmen übertragen lässt, die der Prävention von möglichen künftigen Rechtsverletzungen dienen.⁴⁴⁷

(1) *Relativierung des Anfangsverdachts*

Geht man davon aus, dass die Eröffnung des Ermittlungsverfahrens eigenständigen Eingriffscharakter hat,⁴⁴⁸ dann muss dieser Eingriff eine eigenständige und verhältnismäßige Rechtfertigung erfahren. Selbstverständlich ist daher, dass ein solcher Eingriff nicht gerechtfertigt werden kann, wenn keine intersubjektiv nachvollziehbaren Gründe für die Informationssammlung bestehen.⁴⁴⁹ Weil die staatsanwaltschaftliche Informationssammlung aber ihrerseits voraussetzungsreich ist,⁴⁵⁰ muss die plausible Möglichkeit bestehen, dass sich mit den zur Verfügung stehenden Ermittlungsmöglichkeiten überhaupt ein sachlicher Ermittlungserfolg wird einstellen lassen. Stünden die einzig möglichen Ermittlungsmaßnahmen aber außer Verhältnis zum Tatvorwurf, dann stehen gerade keine legalen Möglich-

⁴⁴⁵ Diesem Grundprinzip wird (soweit ersichtlich) nirgends widersprochen. Stellvertretend für die st.Rspr.: BVerfGE 20, 162 (186); 47, 239 (250); 80, 367 (375). Für die Literatur mag ein Hinweis auf *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 29 Rn. 5; *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 406 ff. statt aller genügen.

⁴⁴⁶ Vgl. *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, S. 128 ff.

⁴⁴⁷ Zum Haftgrund der Wiederholungsgefahr BVerfGE 35, 185 (190). Grundlegend zu präventiven Gesichtspunkten strafprozessualer Eingriffsmaßnahmen *Gärditz*, Strafprozeß und Prävention, S. 93 ff.

⁴⁴⁸ Vertieft unten in Abschnitt D.I.1.b.cc.bbb.

⁴⁴⁹ Nichts Anderes ist damit gemeint, wenn gefordert wird, dass ein Verdacht auf „konkreten Anhaltspunkten und nicht lediglich vagen Vermutungen“ beruhen muss, vgl. BVerfGE 44, 353 (371 f.); 115, 166 (197 f.).

⁴⁵⁰ *Diemer*, in: KK-StPO, § 152 Rn. 9 ff.

keiten der Informationsbeschaffung zur Verfügung und ein Ermittlungsverfahren darf nicht geführt werden.⁴⁵¹ Der konkrete Verdacht der Straftat legitimiert dann schlicht keine weiteren Informationsbeschaffungen durch die Staatsanwaltschaft – es ist kein für die Führung eines förmlichen Ermittlungsverfahrens hinreichender Anfangsverdacht vorhanden.⁴⁵² Es ist demnach richtig, wenn das *Bundesverfassungsgericht* formuliert, dass Ermittlungsmaßnahmen der Aufklärung eines bestehenden Verdachts und nicht etwa der Ermittlung von Tatsachen dient, die einen Verdacht erst begründen können.⁴⁵³ Die unausgesprochene Konsequenz ist aber ebenso wichtig: Gibt es keine zulässigen Ermittlungsbefugnisse, um einer aufgestellten Ermittlungshypothese nachzugehen, dann darf dieser Ermittlungshypothese nicht weiter nachgegangen werden.⁴⁵⁴ Dann aber ist es auch nicht mehr sinnvoll, von einem weiterbestehenden Anfangsverdacht auszugehen. Grundrechtlich erforderliches Minimum jedes Ermittlungsverfahrens ist demnach, dass überhaupt eine konkretisierte Ermittlungshypothese existiert und dass zulässige Ermittlungsmaßnahmen zumindest gedacht werden können, um diese Ermittlungshypothese zu verifizieren. Dieses Minimum „korrigiert“ dann aber auch nicht, was aufgrund eines anderweitig zu bestimmenden Anfangsverdachts „an-sich“ möglich wäre, sondern beschreibt letztlich genau dasjenige, was überhaupt sinnvoll als Anfangsverdacht bezeichnet werden kann.

⁴⁵¹ Hier offenbart sich denn auch der maßgebliche Unterschied zur Konzeption *Deiters*. Dieser hält über die strafprozessualen Zuständigkeitsschwellwerte an einer gesetzgeberisch vorgegebenen Gewichtung bestimmter Delikte fest, *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, 128 ff.

⁴⁵² *Freund*, GA 1995, 4 (13 f.).

⁴⁵³ vgl. BVerfGE 20, 162 (191 f., 217); 117, 244 (265); BVerfGK 8, 332 (336); 11, 88 (92); jüngst bestätigt durch BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 26. Oktober 2011 - 2 BvR 15/11 -, juris, Rn. 14; BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 13. März 2014 - 2 BvR 974/12 -, Rn. 17, juris; *BVerfG*, NJW 2015, 3430 (3431).

⁴⁵⁴ So auch *Weßlau/Deiters*, in: SK-StPO, Vor §§ 151 ff. Rn. 24.

(2) *Relativierung des „hinreichenden“ Tatverdachts*

Nach traditioneller Lesart ist eine Anklage durch die Staatsanwaltschaft dann angezeigt, wenn eine überwiegende Verurteilungswahrscheinlichkeit durch das Tatgericht besteht.⁴⁵⁵ Stets dann, wenn eine „hinreichende“ Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung vorliegt, könne grundsätzlich angeklagt werden.⁴⁵⁶ Dabei wird meist die Frage ausgeklammert, nach welchen Maßstäben eine solche Verurteilungswahrscheinlichkeit *feststellbar* sein soll: Statistisch, forensisch,⁴⁵⁷ nach den Gepflogenheiten des zuständigen Gerichts oder gar nach dem „Bauchgefühl“ des Bearbeitenden?⁴⁵⁸ Vernünftigerweise wird wohl keines der genannten Kriterien ernsthaft anwendbar sein. Auch hier zeigt sich letztlich die Unmöglichkeit, eine Wahrscheinlichkeit zu beziffern – womit sich aber auch die Frage erübrigt, welcher „Prozentsatz“ an Wahrscheinlichkeit eine Anklage verhältnismäßig erscheinen ließe.⁴⁵⁹ Jede Anklage ist anders und wirkt anders. Jede Anklage führt zu potentiell unterschiedlichen Prozessen mit unterschiedlichen Verläufen. Damit kann aber auch die Beeinträchtigung des Angeklagten (und aller anderen Prozessbeteiligten) nicht allein

⁴⁵⁵ Paradigmatisch: „Hinreichender Tatverdacht ist zu bejahen, wenn bei vorläufiger Tatbewertung (BGHSt. 23, 304, 306) auf Grundlage des Ermittlungsergebnisses die Verurteilung in einer Hauptverhandlung mit vollgültigen Beweismitteln wahrscheinlich ist (BGH NJW 1970, 1543, 1544). Hierbei wird ein geringerer Grad der Wahrscheinlichkeit vorausgesetzt, als dies beim dringenden Tatverdacht im Sinne des § 112 Abs. 1 Satz 1 oder § 126 a Abs. 1 StPO der Fall ist (BGH a.a.O.; Meyer-Goßner, StPO 46. Aufl. § 203 Rn. 2 m. w. N.).“ BGH, Beschluss vom 22. April 2003 – StB 3/03 –, Rn. 9, juris.

⁴⁵⁶ Den Bedeutungsgehalt dieser – sprachlich manchmal variierenden – Fassung, erläutert ausführlich *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, S. 166 f.

⁴⁵⁷ Vgl. auch *Steinberg*, JZ 2006, 1045 (1046 f.) zu den damit verbundenen *praktischen* Schwierigkeiten.

⁴⁵⁸ Wobei jedoch die häufig in Anschlag gebrachte „kriminalistische Erfahrung“ des Sachbearbeitenden eine wohlklingendere Umschreibung einer nicht kommunizierbaren rein subjektiven Einschätzung ist. Diese Formulierung dient jedoch weniger der Begründung, denn vielmehr der Beschreibung bestehender Kontrolllücken. Dies wird im weiteren Verlauf deutlicher werden.

⁴⁵⁹ Dies scheinen selbst Vertreter einzuräumen, die zwischen einer bloß bestehenden und einer *hohen* Wahrscheinlichkeit differenzieren wollen, vgl. *Paeffgen*, Untersuchungshaft, S. 194 f.

davon abhängig sein, wie hoch die immer gleiche Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung am Ende eines stets unterschiedlich belastenden Verfahrens ist.⁴⁶⁰ Die konkrete Beeinträchtigungswirkung einer Anklage (oder anderer belastender Abschlussverfügungen) ist abhängig von dem Anklagegegenstand, dem Umfang und der Art der prognostizierbaren Beweiserhebung usw. Nicht nur eine – mehr oder weniger diffuse – „Verurteilungswahrscheinlichkeit“ ist von der Staatsanwaltschaft zu berücksichtigen, vielmehr bedarf es einer abwägenden Entscheidung, die eine konkrete mögliche Verurteilung ins Verhältnis zu einer konkreten möglichen Beeinträchtigung durch das Hauptverfahren setzt: Je intensiver die mögliche Beeinträchtigung durch ein Hauptverfahren, desto höher muss die Wahrscheinlichkeit sein, dass es mit den (nun dem Gericht) zur Verfügung stehenden Beweismitteln tatsächlich zu einem Schuldspruch (oder einer Maßregelanordnung) kommen kann. Ein Verfahren, das den Beschuldigten zur Anwesenheit an mehreren Verhandlungstagen verpflichten muss, belastet den Beschuldigten stärker und muss daher höheren Rechtfertigungsanforderungen ausgesetzt sein als ein kürzeres Verfahren. Gleichzeitig muss aber auch der Grund des Hauptverfahrens im Blick behalten werden. So kann keine Aussage darüber getroffen werden, dass ein schwererwiegender Schuldvorwurf einen höheren Verdacht voraussetzen würde als ein weniger schwerwiegender Vorwurf.⁴⁶¹ Zwar belastet ein schwererwiegender Schuldvorwurf einen Beschuldigten möglicherweise emotional stärker, die mit der Durchführung eines Hauptverfahrens verbundenen förmlichen Prozesspflichten sind von diesem Vorwurf aber zunächst unabhängig. So muss ein Beschuldigter vor dem Amtsgericht genauso erscheinen wie vor der Staatsschutzkammer des OLG. Andererseits rechtfertigt ein gravierenderer Schuldvorwurf auch eher die Belastung eines Beschuldigten mit einem aufwändigeren und langwierigeren Verfahren. Es scheint daher so, dass die Relativierung des hinreichenden Tatverdachts die Schwere des Schuldvorwurfs insgesamt aus der Gleichung nehmen würde: Einerseits ist zwar die Belastungswirkung eines Strafverfahrens mit gravierenderem Schuldvorwurf größer als

⁴⁶⁰ Dass Bezugspunkt der Anklageerhebung weniger die Retrospektive auf bereits ermitteltes, sondern vielmehr der Ausblick auf die konkrete richterliche Urteilsfindung ist, arbeitet *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, S. 186 ff. heraus.

⁴⁶¹ Eine solche Betrachtung muss zudem notwendig die betroffenen Rechte des Opfers ausklammern, vgl. hierzu ausführlich unter D.II.3.

bei einem weniger gravierenden Schuldvorwurf – andererseits aber rechtfertigt die rechtskräftige Feststellung eines erheblichen Delikts auch eher die Durchführung eines öffentlichen Hauptverfahrens. Damit aber ist eine Relationalisierung des hinreichenden Tatverdachts nicht gänzlich ausgeschlossen, sondern präsentiert sich wie folgt: *Ein auf konkreten Anhaltspunkten aufbauender Tatverdacht ist dann für die Durchführung einer öffentlichen Hauptverhandlung hinreichend, wenn die mit der Durchführung der Hauptverhandlung notwendig verbundenen Begleitverpflichtungen geeignet und erforderlich sind, zu einem Schuldspruch (oder Maßregelanordnung) zu kommen und nicht außer Verhältnis zu der Bedeutung des in Rechtskraft erwachsenen Schuldspruchs (oder der Maßregelanordnung) stehen.* Dies ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn überhaupt kein nachvollziehbares Interesse an der Rechtskraft des etwaigen Schuldspruchs besteht (etwa, weil kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht,⁴⁶² oder weil das bestehende öffentliche Interesse durch Auflagenleistung beseitigt werden könnte⁴⁶³) oder mildere aber gleichgeeignete Mittel zur Verfügung stehen, die Rechtskraft zu erreichen (möglicherweise: Strafbefehl).

Betrachtet man die Abschlussverfügung der Staatsanwaltschaft aus dem Blickwinkel der Rechtsbeeinträchtigungswirkung des Beschuldigten, so erscheinen insbesondere „Überzeugungen“ oder „Erfahrungswerte“ des sachbearbeitenden Staatsanwalts nicht als Faktoren, die einer Abwägungskontrolle eines Gerichts entgegenstehen können. Die Frage, ob ein mit der förmlichen Durchführung eines gerichtlichen Strafverfahrens verbundener Eingriff in die Rechte des Angeschuldigten verhältnismäßig ist, zeigt sich aber als auch gerichtlich ohne weiteres nachvollziehbar.⁴⁶⁴

⁴⁶² Dann: Einstellung gem. § 153 StPO – vertieft sogleich.

⁴⁶³ Dann: Einstellung gem. § 153a StPO.

⁴⁶⁴ So sieht der BGH auch eine richterliche Kontrolle nicht gänzlich ausgeschlossen, sondern proklamiert nur einen *gewissen* Beurteilungsspielraum, *BGH NJW* 1970 1543; ähnlich auch *BVerfG, NSZ* 2002, 606. Dass jedenfalls die Abwägung der relevanten Grundrechtspositionen dadurch *nicht* ins Belieben der Staatsanwaltschaft gestellt wird, wurde bereits gezeigt.

Hält man an der Grundrechtsbindung von Staatsanwaltschaft und Gericht fest und sieht beide Staatsgewalten über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verpflichtet,⁴⁶⁵ erscheint der übliche Verweis auf eine allein relevante Verurteilungswahrscheinlichkeit insgesamt als verkürzt. Ein Verdacht ist nicht schon hinreichend, wenn eine überwiegende Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung besteht, sondern nur dann, wenn es neben der förmlichen Durchführung des Hauptverfahrens keine gleichgeeigneten, weniger eingriffsintensiven Formen der Verfahrenserledigung gibt.⁴⁶⁶ Dies führt freilich zu gleich mehreren Konsequenzen:

Erstens kann eine Verhältnismäßigkeitskontrolle eines Gerichts nur vorgenommen werden, wenn die Staatsanwaltschaft den Zweck der Durchführung gerade des gerichtlichen Hauptverfahrens benennen kann. Sie muss aufzeigen können, inwiefern die anderen Erledigungsmöglichkeiten gerade nicht gleichwertig geeignet sind, den konkret verfolgten Zweck zu erreichen. Nur wenn die Staatsanwaltschaft darlegen kann, warum nicht etwa auch die Beantragung eines Strafbefehls ausreichen würde, kann eine tatsächliche Kontrolle stattfinden, ob die mit der Beantragung der Eröffnung des öffentlichen Hauptverfahrens verfolgten Zwecke überhaupt von der gesetzlichen Ermächtigung hierzu umfasst sind. Wenn insofern proklamiert wird, dass ein Beschuldigter keinen „Rechtsanspruch“⁴⁶⁷ darauf habe, dass ein Strafbefehlsverfahren durchgeführt wird, so ist dies vor dem Hintergrund der mit der Durchführung eines Hauptverfahrens verbundenen Grundrechtseingriffe jedenfalls missverständlich: Ein Beschuldigter hat selbstredend einen Anspruch darauf, dass ihm staatlicherseits nur solche Verpflichtungen auferlegt werden, die bei gleicher Zweckerreichungsmöglichkeit gegenüber anderen Verpflichtungsoptionen die geringere Belastung darstellen.⁴⁶⁸

⁴⁶⁵ Hiervon geht auch BVerfG, Beschluss vom 09. März 1994 – 2 BvL 43/92 = BVerfGE 90, 145 –, Rn. 169, juris aus. Der Gesetzgeber könne die Verhältnismäßigkeit von Straftatbeständen auch dadurch bewirken, dass unverhältnismäßige Verfolgungsverpflichtungen „prozessual“ aussortiert würden.

⁴⁶⁶ Ähnlich bereits *Freund*, GA 1995, 4 (16 ff.).

⁴⁶⁷ *Meyer-Goßner*, in: *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 407 Rn. 9.

⁴⁶⁸ Daher ist der Ansicht *Freunds*, GA 1995, 4 (17 f.) zuzustimmen.

Zweitens bedarf auch das Verhältnis von „Legalitätsprinzip“ und „Opportunitätsermächtigung“ zumindest eines zweiten Blickes: Es entspricht dabei der wohl herrschenden Auffassung,⁴⁶⁹ dass die Frage eines hinreichenden Tatverdachts etwa von dem Bestehen eines öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung und der geringen Schuld im Sinne des § 153 Abs. 1 StPO unabhängig zu beurteilen sei.⁴⁷⁰ Eine Frage sei danach, ob ein Verdacht entsprechend § 170 Abs. 1 StPO vorliege, eine andere Frage hingegen, ob die Voraussetzungen einer Verfahrenseinstellung gemäß §§ 153 ff. StPO vorliegen.

Versteht man hingegen auch die Frage eines hinreichenden Tatverdachts relational, so kann ein Verdacht nach § 170 Abs. 1 StPO nur dann *hinreichend* sein, wenn die Voraussetzungen einer weniger invasiven Verfahrenserledigung *nicht* vorliegen. Auch diese Konzeption, die einen hinreichenden Tatverdacht gerade mit der Erwägung ablehnt, dass eine Einstellung aufgrund anderer Vorschriften (vor allem §§ 153 f. StPO) vorgenommen werden muss, steht mit der gesetzlichen Systematik im Einklang. Dies soll versucht werden darzulegen:

Das schwächere Argument, das für die Unabhängigkeit der Voraussetzungen des § 153 Abs. 1 StPO von der Frage des „genügenden Anlasses zur Klageerhebung“ gemäß § 170 Abs. 1 StPO vorge-

⁴⁶⁹ Das Meinungsspektrum präsentiert sich nicht immer eindeutig, das liegt vor allem daran, dass Fragen des „genügenden Anlasses“ zur Anklage und Fragen des „hinreichenden Tatverdachts“ nicht immer getrennt dargestellt werden.

⁴⁷⁰ B. Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 170 Rn. 6 neben fehlenden Anlass zur Klage, könne die StA auch aufgrund § 153 einstellen; Graalman-Scherer, in: LR-StPO, § 170 Rn. 22; Moldenhauer, in: KK-StPO, § 170 Rn. 3. Vgl. demgegenüber aber die Ansicht des Gesetzgebers in BT-Drucks. 10/1313 S. 35: „Ist aber die Schuld des Täters gering und sind die in § 153a Abs. 1 genannten Auflagen und Weisungen geeignet, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen, so stellt die den Beschuldigten nicht mit einem Unwerturteil belastende Auflage den schonenderen Eingriff dar; durch die Erfüllung der Auflagen und Weisungen entfällt der ‚genügende Anlaß zur Klageerhebung.‘ Das Vorgehen nach § 153a Abs. 1 hat daher weiterhin Vorrang vor dem Vorgehen im Strafbefehlsverfahren.“

tragen wird, ist dabei formaler Natur: Da § 153 Abs. 1 StPO als Ausnahme von der Regel der Anklageerhebung konzipiert sei, könne die Ausnahme nicht die Auslegung der Regel beeinflussen.⁴⁷¹ Erstens jedoch handelt es sich bei der Proklamation von Regel und Ausnahme zunächst um nichts weiteres als eine Behauptung – zweitens lässt diese Argumentation ausgeklammert, dass es die Verpflichtungen des Angeschuldigten im Zusammenhang mit dem weiteren Strafverfahren sind, die es diesem gegenüber zu rechtfertigen gilt und *nicht* das Absehen von Belastungen.

Ein stärkeres Argument bezieht sich demgegenüber auf die respektiven Zustimmungserfordernisse von Staatsanwaltschaft und Gericht im Rahmen der §§ 153 ff. StPO.⁴⁷² Warum sollte die Staatsanwaltschaft einer Einstellung gemäß § 153 Abs. 2 StPO zustimmen müssen, wenn das Gericht aus den *gleichen* Erwägungen auch *ohne* staatsanwaltschaftliche Zustimmung das Verfahren gemäß §§ 203, 204 StPO einstellen kann? Andersherum ließe sich ebenfalls fragen, welchem Zweck das gerichtliche Zustimmungserfordernis gemäß § 153 Abs. 1 Satz 1 StPO diene, wenn die Staatsanwaltschaft auch eine Einstellung gemäß § 170 Abs. 2 StPO *ohne* Zustimmung des Gerichts vornehmen könnte.

Diese beiden Bedenken erzwingen aber letztlich nicht, bei der Beurteilung des hinreichenden Tatverdachts Möglichkeiten und Notwendigkeiten der Verfahrensddiversion unberücksichtigt zu lassen. Ist das Gericht des Zwischenverfahrens der Ansicht, dass die Durchführung eines Hauptverfahrens unverhältnismäßig sein würde, so muss es das Verfahren einstellen, § 204 StPO (im laufenden Verfahren § 206a Abs. 1 StPO). Gegen diesen Beschluss steht der Staatsanwaltschaft gemäß § 210 StPO die sofortige Beschwerde zu.

⁴⁷¹ Vgl. *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, S. 167.

⁴⁷² *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, S. 167 f.; *Graalman-Scheerer*, in: LR-StPO, § 170 Rn. 23 stellt die Frage dar, nimmt aber keine Stellung. *Moldenhauer*, in: KK-StPO, § 170 Rn. 8 formuliert, dass die genügend Anlass zur Anklageerhebung abgelehnt werden „kann“. *Wohlers/Albrecht*, in: SK-StPO, § 170 Rn. 23 gehen davon aus, dass genügend Anlass nicht besteht, wenn eine Einstellung gem. § 153 StPO „geboten“ ist.

Dieses Beschwerderecht ist der Staatsanwaltschaft hingegen genommen, wenn sie zuvor der Verfahrenseinstellung zugestimmt hat, § 153 Abs. 2 Satz 4 StPO. In beiden Fällen ist die Regelungswirkung der gerichtlichen Entscheidung in Bezug auf das laufende Verfahren⁴⁷³ jedoch identisch: Durch Einstellung des Verfahrens treffen den Beschuldigten keine *weiteren* Verfahrensverpflichtungen mehr. Die Regelungswirkung unterscheidet sich nicht danach, auf welche Norm die Einstellungsentscheidung gestützt wird, weshalb es mit Blick auf die Rechtsgestaltungswirkung des Einstellungsbeschlusses näherliegt, gerichtliche Einstellungen nicht der Art nach zu unterscheiden,⁴⁷⁴ sondern im Zustimmungserfordernis gemäß § 153 Abs. 2 StPO und in der Beschwerdemöglichkeit gemäß §§ 206a Abs. 2, 210 Abs. 2 StPO lediglich Kompetenznormen zu erblicken, die es der Staatsanwaltschaft auf unterschiedliche Weise erlauben, auf die gerichtliche Rechtsgestaltung Einfluss zu nehmen. Schließlich ließe sich so auch ohne Rückgriff auf die Figur der „greifbaren Gesetzeswidrigkeit“ erklären, warum die Beschwerdemöglichkeit der Staatsanwaltschaft trotz § 153 Abs. 2 Satz 4 StPO erhalten bleiben muss, wenn das Gericht trotz fehlender Zustimmung seine Entscheidung äußerlich auf § 153 Abs. 2 StPO stützt.⁴⁷⁵

Problematischer erscheint demgegenüber die Möglichkeit der Umgehung des gerichtlichen Zustimmungserfordernisses durch eine Einstellung der Staatsanwaltschaft auf Grundlage des § 170 Abs. 2 StPO. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass das gerichtliche Zustimmungserfordernis – unabhängig von dem dogmatischen Verhältnis von § 153 Abs. 1 StPO zu § 170 Abs. 2 StPO – prozessual *nicht* abgesichert ist. Selbst wenn die Staatsanwaltschaft

⁴⁷³ Damit ist nicht gesagt, dass schlichtweg alle Wirkungen identisch sind. So hängt beispielsweise die Zulässigkeit *weiterer* Verfahren davon ab, ob eine Einstellung gem. § 153, § 153a oder § 204 StPO vorgenommen wird. Dies ändert auf der anderen Seite nichts daran, dass in allen Fällen das laufende Verfahren schlicht beendet wird und nur hierauf bezieht sich die unmittelbare Einstellungsentscheidung.

⁴⁷⁴ In diese Richtung bereits *Hellebrand*, Die Staatsanwaltschaft, Rn. 230 ff.

⁴⁷⁵ So im Ergebnis daher zu Recht: *LG Arnsberg*, AnwBl. 1980, 169; *LG Krefeld*, NJW 1976, 815; weitere Nachweise bei *Beulke*, in: LR-StPO, § 153 Rn. 82.

sachfremd und missbräuchlich eine Verfahrenseinstellung vornimmt, kommt den Gerichten unter keinen Voraussetzungen die Kompetenz zu, eine staatsanwaltschaftliche Rechtssetzung von sich aus zu kontrollieren. Weder sind solche „Notkontrollbefugnisse ex officio“ gesetzlich vorgesehen, noch lassen sich diese aus der Gewaltengliederung ableiten, denn danach steht Gerichten generell keine Initiativbefugnis zu.⁴⁷⁶ Anders als der staatsanwaltschaftliche Einfluss auf gerichtliche Rechtsgestaltungen ist der gerichtliche Einfluss auf staatsanwaltschaftliche Entscheidungen grundsätzlich antragsabhängig. Nach diesem Verständnis *sichert* das Zustimmungserfordernis des Gerichts zur Einstellung aber auch keine notwendige Verfahrenskompetenz des Gerichts, sondern kann ebenso als rechtlich vorgesehene prozessökonomische *Kooperationsmöglichkeit* zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft verstanden werden: Ist sich die Staatsanwaltschaft unsicher, ob das Gericht ein Hauptverfahren eröffnen würde, so stellt das Zustimmungserfordernis in § 153 Abs. 1 Satz 1 StPO sicher, dass die Staatsanwaltschaft nicht zwingend Anklage erheben muss, obwohl anschließend die Eröffnung des Hauptverfahrens gerichtlich abgelehnt würde. Stattdessen erlaubt § 153 Abs. 1 Satz 1 StPO, dass sich die Staatsanwaltschaft schon vor der eigenen Entschließung bei Gericht „rückversichert“. So verstanden droht mit einer Integration der Diversionsvoraussetzungen des § 153 Abs. 1 StPO in das Normverständnis des § 170 Abs. 1 StPO keine Umgehung eines zwingenden gerichtlichen Kontrollerfordernisses, sondern vielmehr wird eine tatsächlich bestehende informelle Koordinationsmöglichkeit zum Zwecke der Verfahrensbeschleunigung zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft legalisiert. Gänzlich kontrollfrei ist damit die Staatsanwaltschaft aber nicht gestellt. Vielmehr ist so die *übliche* staatsorganisatorische Kontrollbeziehung, bei der die Kontrolle der Einhaltung von Allgemeinheitsbelangen (öffentliches Interesse) im Wege der Behördenhierarchie (Weisungsbefugnis!) gesichert wird, betont. Insofern die Kontrolle der Staatsanwaltschaft die Einhaltung individueller Rechte betrifft, sind hierfür eigene Antragsrechte der jeweils Betroffenen erforderlich und insofern auch kein Rekurs auf gerichtliche Zustimmungserfordernisse notwendig.⁴⁷⁷

⁴⁷⁶ Zum Ganzen, oben Abschnitt C.I.1.

⁴⁷⁷ Zum Klageerzwingungsverfahren vgl. D.II.3.c.cc.ccc.

Doch wie steht es mit weiteren behaupteten Unterschieden zwischen der Einstellung nach § 153 StPO und den sog. Legalitätseinstellungen? Wie verhält es sich mit der Behauptung, dass für eine Einstellung gem. § 153 StPO keine „Ausermittlung“ notwendig sei? Was ist mit den unterschiedlichen registerrechtlichen Folgen?

Diese Unterschiede ändern an der Behauptung, dass ein Tatverdacht auch dann nicht hinreichend ist, wenn eine Einstellung aufgrund §§ 153 f. StPO gleich geeignet wäre, das jeweilige Ermittlungsziel zu erreichen, nichts. An dieser Stelle wird schließlich nicht geleugnet, dass § 153 StPO und § 170 Abs. 2 StPO unterschiedliche tatbestandliche Voraussetzungen haben; es wird nur behauptet, dass ein Tatverdacht i.S.d. § 170 Abs. 1 StPO nicht hinreichend sein kann, wenn etwa eine Einstellung nach §§ 153 ff. StPO die einzig verhältnismäßige Option wäre. Andersherum ließe sich so erklären, warum die herrschende Auffassung davon ausgeht, dass für eine Einstellung aufgrund § 153 StPO nicht notwendig sei, dass die Staatsanwaltschaft „ausermittle“: § 153 StPO wäre demnach die Einstellungsermächtigung der Wahl, wenn es unverhältnismäßig wäre, weiterzuermitteln – § 170 Abs. 2 StPO, wenn es unverhältnismäßig wäre, ein gerichtliches Verfahren durchzuführen. Entsprechendes gälte dann für die Signalwirkung der registerrechtlichen Registrierung einer Einstellung: § 153 StPO signalisiert, dass ein Ermittlungsverfahren in einem bestimmten Verfahren aufgrund Unverhältnismäßigkeit eingestellt wurde, obwohl es weitere Ermittlungsansätze gegeben hat; eine Einstellung gem. § 170 Abs. 2 StPO signalisiert, dass alle Ermittlungsmöglichkeiten ausgeschöpft wurden und die jeweiligen Erkenntnisse kein gerichtliches Verfahren zu rechtfertigen vermochte. So trifft es aber auch nicht zu, dass § 153 StPO anders als § 170 Abs. 2 StPO den Registercode enthält, dass an einer „Sache schon etwas dran“ war – beide Einstellungsvermerke können das implizieren. Für die Ermittlungsbehörden ist vielmehr der ermittlungsrationalisierende Effekt wichtig: Eine vorherige Einstellung gem. § 153 StPO bedeutet, dass ein Wiederaufgreifen des Ermittlungsverfahrens nur dann zulässig wäre, wenn neue Erkenntnisse zu einer angepassten Schuldprognose führen würden (dann wären weitere Ermittlungen möglicherweise wieder verhältnismäßig); eine Einstellung gem. § 170 Abs. 2 StPO gibt zu erkennen, dass entweder neue Erkenntnisse die Schuldprognose beeinflussen *oder* dass neue Ermittlungsansätze vorhanden sind.

Ein stringent relationales Verständnis des hinreichenden Tatverdachts ist danach durchaus mit der geltenden Gesetzeslage in Einklang zu bringen und fügt sich besser in die – durch höherrangiges Recht vorgegebene – relationale Rechtssystematisierung.⁴⁷⁸ Versteht man die Führung eines Strafverfahrens als Grundrechtseingriff,⁴⁷⁹ so muss von einem starren und gleichzeitig unklaren eindimensionalen Wahrscheinlichkeitsbegriff Abschied genommen werden. Ein hinreichender Tatverdacht liegt demnach nur dann vor, wenn die Durchführung eines gerichtlichen Strafverfahrens das relativ mildeste Mittel zur Erreichung des mit der Anklage konkret verfolgten Zweckes darstellt. Genau hierauf muss sich eine gerichtliche Kontrolle aber auch stets beziehen können. Die weitergehende Streitfrage, welche „Verdachtsgrade“ die §§ 153, 153a StPO voraussetzen, würde mit einem solchen Verständnis obsolet.⁴⁸⁰ Liegen die Voraussetzungen von § 153 Abs. 1 StPO vor, so besteht schlicht nicht genügend Anlass zur Klage – ist eine Auflagenleistung durch den Beschuldigten geeignet, ein bestehendes (und verfahrenslegitimierendes) öffentliches Interesse zu beseitigen, so muss dem Beschuldigten die Möglichkeit gegeben werden, durch Auflagenleistung einen (noch) bestehenden genügenden Anlass zur Anklageerhebung abzuwenden.⁴⁸¹ Auf der anderen Seite zwingt ein solches Verständnis dazu, Verfolgungszwecke konkreter zu benennen und bei Anklageerhebung offenzulegen, inwiefern andere Erledigungsmöglichkeiten ernsthaft in Erwägung gezogen worden sind.

Neben den damit zur Notwendigkeit erklärten Kontrollausweitungen, vor allem hinsichtlich der Voraussetzungen der §§ 153 ff. StPO auch im Rahmen der gerichtlichen Eröffnungsentscheidung, ist damit vor allem eine Chance verbunden: Chronisch diffuse Auslegungen des „öffentlichen Interesses“ und der „geringen Schuld“ würden so richterlicher Kontrolle ausgesetzt und somit ein möglicher Klä-

⁴⁷⁸ In ähnliche Richtung *Steinberg*, JZ 2006, 1045 (1049), der jedoch nicht auf den Zusammenhang der Verdachtsbeurteilung mit §§ 153 ff. StPO eingeht.

⁴⁷⁹ Vertieft unten D.I.1.b.cc.bbb.

⁴⁸⁰ Vgl. zu dieser Auseinandersetzung *Beulke*, in: LR-StPO, § 153 Rn. 35; *ders.*, in: LR-StPO, § 153a Rn. 39

⁴⁸¹ Ganz ähnlich bereits *Freund*, GA 1995, 4 (S. 16 f.).

rungsprozess in Bezug auf solche Schlüsselbegriffe des Strafverfahrens begünstigt, deren praktische Ausfüllung für eine Erledigung der Mehrheit aller Strafverfahren verantwortlich ist.⁴⁸² In Anbetracht dessen, dass es auch gelungen ist, Begriffe wie „Treu und Glauben“, „öffentliche Sicherheit und Ordnung“ und „Sittenwidrigkeit“ dogmatisch handhabbar und gerichtlich voll überprüfbar zu konkretisieren, wäre eine solche Entwicklung für die staatsanwaltschaftliche Verfahrenserledigung auch aus Praktikabilitäts- und Rationalitätsgründen mehr wünschens- denn fürchtenswert.⁴⁸³

(3) *Relativierung des dringenden Tatverdachts*

Am vielleicht deutlichsten wird die relationale Abhängigkeit jeder Verdachtsmaßnahme von dem konkreten Verdachtsgrad und der möglichen Rechtsfolge in § 112 Abs. 1 StPO: Ein so gravierender Grundrechtseingriff wie der Freiheitsentzug setzt nicht nur einen sehr erheblichen Verdacht voraus, sondern darüber hinaus, dass die Maßnahme überhaupt taugt, den angestrebten Zweck zu erreichen (Haftgrund). *Beides*, das heißt Verdacht *und* Tauglichkeit der Maßnahme, müssen schließlich zu dem *Grund* der Maßnahme in einem wertrationalen Verhältnis stehen (§ 112 Abs. 1 Satz 2 StPO).⁴⁸⁴ Die relationale Abhängigkeit des Verdachts wird dabei auch in der (et-

⁴⁸² Vgl. auch *Horstmann*, Opportunitätseinstellungen, S. 263 ff.

⁴⁸³ In der Betriebswirtschaftswissenschaft hat sich Ansicht durchgesetzt, dass auch eine enggestaffelte Qualitätskontrolle zu Effizienzgewinnen führen kann, weil so schneller und kostengünstiger auf Fehler im Produktionsprozess reagiert werden kann, vgl. etwa *Dahm/Brückner*, *Lean Management*, passim. Auch wenn Warenproduktion und Rechtssetzung nur denkbar wenig vergleichbare Strukturmuster aufweisen mögen, so ist es zumindest auch unter wirtschaftlichen Aspekten nicht ausgemacht, dass eine Verschiebung von Rechtskontrollen in die Revision einer rein fiskalpolitisch argumentierenden „Funktionstüchtigkeit“ der Strafrechtspflege tatsächlich zuträglich wäre. Fehler werden auch im Rechtssystem tendenziell „teurer“, je weiter sie durch die Verfahren getragen werden. Enggestaffelte Kontrolle steht so „Effizienz“ auch aus diesem Gesichtspunkt nicht entgegen.

⁴⁸⁴ Pointiert *Freund*, GA 1995, 4 (S. 19 f.).

was grobschlächtig formulierten und daher vom *Bundesverfassungsgericht* zur restriktiven Handhabung angemahnten⁴⁸⁵) Regelung des § 112 Abs. 3 StPO deutlich: Je dringender der Verdacht, desto niedriger die Anforderungen an die Feststellung des Haftgrundes, damit die Maßnahme insgesamt verhältnismäßig bleibt. Wie dringend ein Verdacht hingegen ist, lässt sich nicht isoliert betrachten, sondern hängt davon ab, worauf er sich konkret bezieht (das heißt wie gravierend die Straftat *und* wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist, dass der Beschuldigte sie begangen hat). Es gibt daher nicht *den* dringenden Tatverdacht, sondern nur einen Tatverdacht, der für die Verhängung einer Untersuchungshaft unter den konkreten Umständen *hinreichend dringend* ist. Im Ergebnis ist diese Prüfung der Verhältnismäßigkeitsstruktur bereits ein prozessrechtliches Allgemeinut⁴⁸⁶ – über eine auch inhaltliche Verknüpfung der Verdachtsprüfung mit der Verhältnismäßigkeit der Untersuchungshaftanordnung lässt sich jedoch die spezifisch prozessuale Legitimationsfunktion des dringenden Tatverdachts deutlicher hervorheben.⁴⁸⁷

(4) *Zusammenfassung und Folgerung*

Die Rechtfertigungsperspektive eines Betroffenen ermöglicht es, den Blick dafür zu schärfen, dass jede belastende Entscheidung verhältnismäßig sein muss. Wegen der unmittelbaren Grundrechtsbindung *und* der Bindung an Recht und Gesetz (Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 3 GG), ist es nicht vertretbar, eine Einzelfallabwägung mit dem Hinweis auf eine Abwägungsprärogative des Gesetzgebers⁴⁸⁸ abzu-

⁴⁸⁵ BVerfGE 19, 342 (350): „Die Untersuchungshaft muß in Anordnung und Vollzug von dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beherrscht werden; der Eingriff in die Freiheit ist nur hinzunehmen, wenn und soweit einerseits wegen dringenden auf konkrete Anhaltspunkte gestützten Tatverdachts begründete Zweifel an der Unschuld des Verdächtigen bestehen, andererseits der legitime Anspruch der staatlichen Gemeinschaft auf vollständige Aufklärung der Tat und rasche Bestrafung des Täters nicht anders gesichert werden kann als dadurch, daß der Verdächtige vorläufig in Haft genommen wird.“

⁴⁸⁶ Für alle: *B. Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 112 Rn. 8 ff. m.w.N.

⁴⁸⁷ *Freund*, GA 1995, 4 (S. 19 ff.)

⁴⁸⁸ Genau hierauf muss sich aber die Lehre von den Verdachtsgraden als „typisierte Verhältnismäßigkeit“ durch den Gesetzgeber berufen.

lehnen oder aber eine solche als auf die Staatsanwaltschaft übergegangen zu betrachten. Damit muss eine verfassungskonforme Auslegung jedes Verdachtsbegriffs offen sein für grundrechtskonforme Abwägungsrelationen im Einzelfall. Dies wird auch das *Bundesverfassungsgericht* nicht müde zu betonen.⁴⁸⁹ Eine einseitige Fokussierung auf Wahrscheinlichkeitsurteile ignoriert dieses Relationsverhältnis oder verliert qua Selbstauflösung jede dogmatische Filterfunktion. Daher gilt es, *jeden* Verdacht im Zuge der konkreten Ermittlungsfunktion als entscheidungsbezogene Relation zu fassen, sich methodisch nicht nur bewältigen lässt, sondern zudem auch klärende Auswirkungen auf das Verständnis strafprozessualer Zwecksetzung⁴⁹⁰ überhaupt haben könnte.

Weiterreichend zeigt sich so aber auch, dass über eine relationale Fassung des Verdachtsbegriffs die überkommene These von der strukturellen Unüberprüfbarkeit jeder Verdachtsform⁴⁹¹ kaum haltbar erscheint.⁴⁹² Sie enthält zwar insofern einen wahren Kern, als dass auch im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung divergierende

⁴⁸⁹ Jüngst etwa BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 14. November 2017 – 2 BvR 1096/17 –, Rn. 16, juris; im Anschluss BVerfGE 20, 162 (187); 59, 95 (97); 96, 44 (51); 115, 166 (197) – st.Rspr.

⁴⁹⁰ Hierzu auch *Freund*, GA 1995, 4; *Murmann*, GA 2004, 65.

⁴⁹¹ Für **§ 152 StPO**: *BGH*, NJW 1970, 1543; *BGH*, NSTZ 88, 510 (511). Für **§ 170 Abs. 1 StPO**: BVerfG, NSTZ 02, 606 (allerdings nur kritikloser Bezug zu „Kleinknecht/Meyer-Goßner § 170 Rn 1 m.w.N.“) ohne inhaltliche Begründung. Für § 112 StPO wird ein Beurteilungsspielraum von der Rspr. nicht explizit erwähnt (dafür aber *Hoffmann*, NSTZ 2002, 566), was hinsichtlich einer proklamierten rein *quantitativen* Verdachtssteigerung gegenüber § 170 Abs. 1 StPO aber naheläge, vgl. *B. Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 112 Rn. 6. Vgl. demgegenüber zur Anerkennung eines Beurteilungsspielraums des Tatgerichts gegenüber dem Beschwerdegericht, *BGH* StV 2004, 143.

⁴⁹² Interessant ist, dass Verweisungsketten auf den Begriff des Beurteilungsspielraums im Zusammenhang mit dem Verdachtsbegriff häufig bei *BGH* JZ 1970, 729 (730) enden. Der *BGH* stellt in dieser Entscheidung aber lediglich fest, dass eine *vertretbare* staatsanwaltliche Ermittlungsentscheidung keinen (sekundären) Schadensersatzanspruch zu begründen vermag. Über die Letztentscheidungskompetenz eines primär zuständigen Gerichts im Ermittlungsverfahren ist damit aber gerade keine Aussage getroffen. Dies deutet auch *Beulke*, in: LR-StPO, § 152 Rn. 38 an.

Einschätzungen ohne weiteres möglich sind, schießt aber mit der daraus gezogenen Konsequenz über das eigentliche Ziel hinaus: Allein, dass sowohl die Verdachtseinschätzung der Ermittlungsbehörden als auch die des kontrollierenden Gerichts trotz Abweichung *jeweils* begründbar wären, bedeutet nicht zwingend, dass das Gericht die Entscheidung der Ermittlungsbehörde deshalb übernehmen müsste.⁴⁹³ Die Untersuchung des konstitutionellen Gewaltengefüges⁴⁹⁴ und der theoretische Seitenblick auf den Umfang richterlicher Kontrolle⁴⁹⁵ haben gezeigt, dass richterliche Rechtssetzung dogmatisch daran gebunden ist, dass die gerichtliche Entscheidung methodisch abgesichert werden kann.⁴⁹⁶ Die *Letztentscheidungsmacht der Gerichte* liegt genau darin begründet, dass Gerichte nicht gezwungen sind, methodisch *vertretbare* Entscheidungen der Staatsanwaltschaft zu übernehmen, sondern dafür zuständig sind, trotz mehrerer vertretbarer Lösungsmöglichkeiten gerade selbst die Entscheidung darüber zu treffen, was nunmehr rechtlich verbindlich gilt.⁴⁹⁷ Übertragen auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit bedeutet dies aber zwingend, dass Gerichte nicht an die Einschätzung der Staatsanwaltschaft gebunden sind, ob eine jeweils beantragte oder im Nachhinein kontrollierte Ermittlungsmaßnahme tatsächlich geeignet, erforderlich und angemessen ist (oder war), den jeweiligen Aufklärungserfolg herzustellen. Genauso wenig ist es dann aber eine Notwendigkeit, dass gerade der Staatsanwaltschaft die letztverbindliche Entscheidung darüber zusteht, ob überhaupt ein Ermittlungsverfahren geführt werden darf oder durfte oder ob andere Verfahrenserledigungen *geeigneter* oder zumindest gleichgeeignet waren, den jeweiligen Verfahrenszweck zu erreichen.

⁴⁹³ Vgl. bereits die Ausführungen in Abschnitt C.II.2; speziell zu der Verquickung von administrativer Erst- zu judikativer Letzt Konkretisierung *Jestaedt*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 31 ff.

⁴⁹⁴ Oben Abschnitt C.I.1.

⁴⁹⁵ Oben Abschnitt C.II.2.

⁴⁹⁶ Vgl. bereits die Nachweise in Abschnitt C.II.2.b; pointiert vor allem *Poscher*, FS-Wahl 2011, S. 527 ff., S. 534 ff., besonders S. 536.

⁴⁹⁷ Vgl. aber zu einer Konzeption einer solchen „Vertretbarkeitslehre“ *Ule*, GS-Jellinek 1955, 309; dagegen *Pache*, Beurteilungsspielraum, S. 63 ff. der die heute herrschende Ansicht zur Vertretbarkeitsprämisse zusammenfasst.

Allein, dass der Staatsanwaltschaft in vielen Situationen die Kompetenz zur Erstbeurteilung eines Sachverhalts erteilt wird, sagt über die Notwendigkeit und Möglichkeit eines richterlichen Nachvollzugs sämtlicher verdachtsgestützter Maßnahmen nichts.⁴⁹⁸ Das bedeutet aber auch, dass es etwa hinsichtlich einer gerichtlichen Kontrolle des Ermittlungsverfahrens auch nicht allein darauf ankommen kann, dass die Kompetenz zur Ermittlung *im ersten Zugriff* gerade der Staatsanwaltschaft zugeschrieben wird. Dies begründet nur den gesetzlichen Regelfall des Erstzugriffs und *nicht* die Annahme einer Letztentscheidungsbefugnis.⁴⁹⁹ Die These eines *unkontrollierbaren* Beurteilungsspielraums ließe sich somit in Bezug auf den Anfangsverdacht und die Kontrolle der gerichtlichen Ermittlungsführung nur dann aufrechterhalten, wenn die Führung eines Ermittlungsverfahrens *nicht* grundrechtlich gerechtfertigt werden müsste. Andernfalls würde die notwendige grundrechtliche Rechtfertigungspflicht prinzipiell auch eine gerichtlichen Nachvollzugsmöglichkeit dieser Rechtfertigung erfordern.

bb. Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung

Der Begriff des öffentlichen Interesses wird von der StPO gleich mehrfach verwendet, ohne dass eine gesetzgeberische Konkretisierung erfolgt. Dabei wird insbesondere von der Rechtsprechung das öffentliche Interesse als Ansatzpunkt für einen zulässigen Rechtsschutzausschluss (vor allem des Verletzten)⁵⁰⁰ verstanden.⁵⁰¹ Der

⁴⁹⁸ Genau dies wird aber (implizite) behauptet, wenn gesagt wird, dass auch Ermittlungshandlungen der Staatsanwaltschaft entsprechend § 305 StPO unanfechtbare „Prozesshandlungen“ seien. Deutlich sichtbar in den Argumentationen von *OLG Hamm*, NSTZ 1984, 280; *OLG Hamburg*, NSTZ 1984, 567; *Beulke*, in: LR-StPO, § 152 Rn. 38; *Peters*, in: MüKo-StPO, § 152 Rn. 54; *Kammann*, Der Anfangsverdacht, S. 180.

⁴⁹⁹ Vgl. auch *Kölbl*, in: MüKo-StPO, § 160 Rn. 54 ff.; *Erb*, in: LR-StPO, § 160 Rn. 67a ff.; *Wohlens/Deiters*, in: SK-StPO, § 160 Rn. 77 ff.

⁵⁰⁰ Dass sich Beschuldigte gegen die Art der Verfahrenseinstellung wehren, dürfte verhältnismäßig selten vorkommen. Die (spärliche) Rechtsprechung zu dem Thema ist zusammengefasst von *Bayer*, Stigmatisierungen, S. 61 ff.

⁵⁰¹ Vgl. *BVerfG*, NJW 2002, 815 (816).

verwendete Narrativ folgt dabei folgendem Muster: Weil die Rechtsschutzgarantie des Grundgesetzes Rechtsschutz nur zugunsten subjektiver Rechte erfordere, subjektive Rechte durch einfachgesetzliche Normen nur dann begründet werden könnten, wenn sie zumindest auch privaten Interessen zu dienen bestimmt sind und das private Interesse den Gegenbegriff zum öffentlichen Interesse darstelle, könne Rechtsschutz gegen Entscheidungen, die sich auf das öffentliche Interesse beziehen, nur dann gewährt werden, wenn dies durch den einfachen Gesetzgeber ausnahmsweise vorgesehen sei. Da Rechtsschutz des Verletzten gegen staatsanwaltschaftliche Entscheidungen jedoch nur im Umfang des Klageerzwingungsverfahrens gemäß § 172 StPO vorgesehen sei, könnte ein derart objektives Rechtskontrollverfahren⁵⁰² nicht auf die Rechtsschutzgarantie des Grundgesetzes gestützt werden. Einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Strafverfolgung anderer gäbe es grundsätzlich nicht.⁵⁰³

Haltbar ist diese Argumentation allerdings nur, wenn man im Klageerzwingungsverfahren ein von subjektiven Rechten entkleidetes objektives Kontrollverfahren sieht. Bezieht sich ein subjektives Klagegerecht gerade nicht darauf, eine eigene Rechtsposition zur Geltung zu bringen, so kann aus dem nichtvorhandenen materiellen Recht auch kein Anspruch auf Abwägung im Einzelfall „folgen“.⁵⁰⁴ Andererseits ist eine solche Argumentation gerade gezwungen, sich mit der subjektiv-rechtlichen Radizierung der Beteiligungsrechte am Strafverfahren auseinanderzusetzen. Bestünde ein prinzipielles Recht auf Beteiligung am Strafverfahren und würde dieses Recht (etwa) durch die Ausgestaltung des Klageerzwingungsverfahrens (weiter) konkretisiert, so wäre jede gesetzlich intendierte Verkürzung eines Rechtsschutzes zumindest rechtfertigungsbedürftig. Mit anderen Worten: Die Verwendung des „öffentlichen Interesses“ als einfachrechtlicher Gesetzesbegriff kann für sich niemals zum Ausschluss

⁵⁰² Hierzu *Graalman-Scheerer*, in: LR-StPO, § 172 Rn. 5; *Wohlers*, in: SK-StPO, § 172 Rn. 2 f. mit jeweils weiteren Nachweisen. Zur ‚Reflexwirkung‘ des Schutzes des Legalitätsprinzips vgl. *Hefendehl*, GA 1999, 584 (586 ff.).

⁵⁰³ *BVerfG*, NJW 2002, 815 f.

⁵⁰⁴ Vertieft unten in Abschnitt D.II.

eines Rechtsschutzes führen, der *grundrechtlich* erforderlich wäre.⁵⁰⁵

Auch der Versuch, diesem Problem auszuweichen, indem man im Rahmen des Klageerzwingungsverfahrens „wenigstens“ eine „Willkürkontrolle“⁵⁰⁶ zulassen möchte, kann nicht mehr darstellen als eine (pragmatische) Hilfskonstruktion.⁵⁰⁷ In eine ähnliche Richtung gehen Vorschläge, eine Kontrolle auch von Opportunitätseinstellungen zu ermöglichen, wenn der „materielle“ Tatbestand des § 153 StPO nicht erfüllt sei:⁵⁰⁸ Läge etwa ein Verbrechen und somit die Voraussetzungen für § 153 StPO „offensichtlich“ nicht vor, so müsse dies gleichwohl mit einem Klageerzwingungsantrag angegriffen werden können.⁵⁰⁹ Dem ist zu entgegenen, dass ein an-sich gegebener Rechtsschutz nicht auf „offensichtliche“ Fälle reduziert werden kann, denn dies hieße, das die Rolle des Gerichts auf die Korrektur einer schlichtweg unverständlichen Entscheidung zu reduzieren. Das Kernproblem an einer solchen Argumentation ist dabei nicht, dass „Offensichtlichkeit“ im Einzelfall schwierig zu bestimmen ist, problematisch ist vielmehr, dass sehenden Auges ein logischer Bruch als hinnehmbares Hilfskonstrukt akzeptiert wird: Eine Rechtsverletzung kann nicht erst dann eine Rechtsverletzung darstellen, wenn die Verletzung des Rechts offensichtlich ist. Die Frage, ob überhaupt ein Recht besteht, das gerichtlich durchgesetzt werden könnte, *kann* hierdurch gerade nicht beantwortet werden. Ob das „öffentliche Interesse“ daher tatsächlich „in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise“⁵¹⁰ kontrollfreie Beurteilungsspielräume der Staatsanwalt-

⁵⁰⁵ Nicht ohne Ironie ist, dass die Auslegung des „öffentlichen Interesses“ so etwas wie der Ausgangspunkt der Lehre vom prinzipiell kontrollbedürftigen unbestimmten Rechtsbegriff darstellt, vgl. Vgl. die Darstellung von *Reuss*, DVBl. 1953, 585 (650), auch mit Hinweis auf *Tezner*, Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden.

⁵⁰⁶ *OLG Stuttgart*, NStZ 2006, 117.

⁵⁰⁷ Anklänge hierzu finden sich auch in *BVerfG*, NJW 2002, 815 (816).

⁵⁰⁸ So die Bezeichnung von *J. Kretschmer*, in: Radtke/Hohmann, StPO, § 172 Rn. 2.

⁵⁰⁹ *OLG Bamberg*, NStZ 2011, 534 (535); *OLG Hamm* MDR, 1977, 285; *Wohlers*, in: SK-StPO, § 172 Rn. 37 f.; *Graalman-Scherer*, in: LR-StPO, § 172 Rn. 26 ff.

⁵¹⁰ *BVerfG*, NJW 2002, 815 (816).

schaft eröffnet, hängt entscheidend davon ab, ob und wie die Verfahrenspositionen von Beschuldigten und Verletzten grundrechtlich⁵¹¹ abgesichert werden müssen.⁵¹² Diese Frage wird daher im Zusammenhang mit dem „Grundrecht auf Beteiligung am Strafverfahren“ erneut aufgegriffen und dort vertieft.⁵¹³

cc. Schuldprognosen

Der eigenständige Bedeutungsgehalt der Schuldprognosen innerhalb der fraglichen Einstellungsnormen (§§ 153, 153a StPO) ist neben dem Begriff des öffentlichen Interesses umstritten.⁵¹⁴ In Anbetracht dessen, dass die betreffenden Einstellungs voraussetzungen für grundsätzlich nicht justiziabel gehalten werden, hält sich die praktische Relevanz dieser Auseinandersetzung aber bisher in Grenzen. Berücksichtigt man, dass im Zuge der Reformierung der sogenannten „Opportunitätseinstellungen“, die gerichtlichen Zustimmungserfordernisse auf ein Mindestmaß heruntergeregelt wurden,⁵¹⁵ so liegt es in der Tat nahe, auch die Frage, ob die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre (§ 153 StPO) oder jedenfalls einer Einstellung nicht entgegensteht (§ 153a StPO), aus dem gerichtlichen Kontrollprogramm per-se auszunehmen.⁵¹⁶ Anders als die Schuld feststellung im gerichtlichen Strafurteil beziehen sich die

⁵¹¹ Diese Problematik wird auch von EGMR betont. Danach widerspreche es Art. 6 Abs. 1 EMRK, wenn im Rahmen einer Abwägung der *Prosecution* das einseitige Recht zugesprochen wird, das Gewicht des *public interest* zu bestimmen, weil dadurch jede Nachprüfbarkeit dem Grunde nach unmöglich wird, vgl. EGMR 16.02.2000 – Nr. 28901/95 Rn. 63 – *Rowe and Davis vs. The United Kingdom*; EGMR 24.6.2003 – Nr. 39482/98 Rn. 43f. – *Dowsett vs. The United Kingdom*.

⁵¹² Unten in Abschnitt D.II.

⁵¹³ Zum Beteiligungsrecht unten D.II.3.c.; speziell zu den Auswirkungen auf die Kontrolle einer Opportunitätseinstellung aus Verletztenperspektive D.II.3.c.ff.ccc.

⁵¹⁴ Übersicht bei *Horstmann*, Opportunitätseinstellungen, S. 137 ff.

⁵¹⁵ Knappe Übersicht über die Entwicklungsgeschichte der Norm, *Beulke*, in: LR-StPO, Einleitung zu § 153.

⁵¹⁶ Vgl. *Wohlers*, in: SK-StPO, § 172 Rn. 38: „die Beurteilung dieser Kriterien [obliegt] der gesetzlichen Konzeption nach der StA“.

§§ 153, 153a StPO auch nicht auf (der Rechtskraft fähige) *Schuldfeststellungen*, sondern lediglich prognostischer⁵¹⁷ Schuldannahmen, sodass insoweit auch kein Widerspruch zu dem Grundsatz festzustellen ist, dass über die tatsächliche Schuld eines Täters nur ein Gericht entscheiden darf.⁵¹⁸ Losgelöst aus dem Kontext verhältnismäßiger Verfahrensbelastungen und der Frage, ob irgendjemand ein verfassungsrechtliches Recht auf Strafverfolgung einer anderen Person haben könne, erscheint die Prognosebefugnis der Staatsanwaltschaft ohnehin unproblematisch: Schreibt die einfachgesetzliche Ermächtigung die Prognosekompetenz der Staatsanwaltschaft zu und ist ein gerichtlicher Zustimmungsvorbehalt im Einzelfall nicht einschlägig, so entspricht dies einer prinzipiell zulässigen gesetzlichen Kompetenzverteilung.

Daraus allein lässt sich aber auch in diesem Zusammenhang keine kategorische Ausnahme von der Garantie zur Justizgewährleistung und einem damit verbundenen Ausschluss gerichtlicher Letztbeurteilung entnehmen.⁵¹⁹ Weder ist mit der Kompetenz zur Erstkonkretisierung notwendig die Kompetenz zur *Letzt*konkretisierung eingeräumt, noch lässt sich sinnvoll formulieren, dass im Anwendungsbereich von Vergehenstatbeständen regelmäßig von einer *kategorischen* Unbeachtlichkeit der Verletztenrechte ausgegangen werden kann.⁵²⁰ Mit letzterer Erwägung proklamiert das *Bundes-*

⁵¹⁷ Die Art und Weise der Schuldprognose in § 153 und § 153a StPO ist freilich unterschiedlich. Geht man mit der herrschenden Ansicht zurecht davon aus, dass § 153 StPO von der Staatsanwaltschaft kein „Ausermitteln“ verlange, dann betrifft § 153 StPO die Prognose der Staatsanwaltschaft, welche Schuld am Ende der eigenen Ermittlungen maximal herausgefunden werden kann; im Falle des § 153a StPO (der ein Ausermitteln voraussetzen soll), ist hingegen die Staatsanwaltschaftliche Prognose angesprochen, welche Schuld am Ende eines Hauptverfahrens nachweisbar sein würde (und ob diese Schuld eine Einstellung gegen Auflagen möglicherweise ‚nicht entgegenstehen‘ würde).

⁵¹⁸ BVerfG, NJW 1990, 2741 (2742).

⁵¹⁹ Anders als *Wohlers*, in: SK-StPO, § 172 Rn. 38 andeutet, handelt es sich also nicht ausschließlich um eine einfachgesetzliche Auslegungsfrage.

⁵²⁰ So aber BVerfG, NJW 2002, 815 (816).

verfassungsgericht im Zusammenhang mit der geringen Schuld einen unkontrollierbaren Beurteilungsspielraum, vermag diesen aber nicht friktionslos zu begründen: Einerseits gäbe es *keinen* Anspruch auf Strafverfolgung,⁵²¹ andererseits müssten die Belange Verletzter *bei Vergehen regelmäßig zurücktreten*.⁵²² Warum, stellt sich dann aber die Frage, müssen kategorisch unbeachtliche Belange in weniger gravierenden Fällen erst noch zurücktreten? Wenn sie aber andererseits grundsätzlich von Relevanz sind, warum soll dann im Anwendungsbereich von Vergehen *schlichtweg* von einem Rücktritt der Verletztenbelange ausgegangen werden und nicht einmal Abwägungskontrolle möglich sein? Wenn bestehende Verletztenrechte *regelmäßig* zurücktreten müssten, wie rechtfertigt sich dann ein *pau-schaler* Ausschluss der Kontrolle im Einzelfall? Im Ansatz stimmig wäre eine solche Argumentation nur dann, wenn man davon ausginge, dass es sich bei der Verletztenbeteiligung im Strafverfahren um ein *ausschließlich* und relativ beliebiges einfachgesetzliches staatliches Leistungsrecht handelte. Nur in diesem Fall könnte sinnvoll behauptet werden, dass die kategorische Ausnahme der Vergehen aus dem Klageerzwingungsrecht (gemäß § 172 Abs. 2 Satz 3 StPO im Falle der §§ 153, 153a StPO), die Schaffung eines von vornherein beschränkten Beteiligungsrechts, und damit eine von vornherein zulässig beschränkte Rechtszuschreibung darstelle. Dann würde ein Verletzteninteresse aber nicht *zurücktreten*, sondern es gäbe schlicht kein Verletztenrecht. Kurz: Auch hier zeigt sich, dass eine Beurteilung einer staatsanwaltschaftlichen Letzt Konkretisierungsermächtigung nicht ohne Analyse der grundrechtlichen Positionen der Verfahrensbeteiligten auskommt.⁵²³

⁵²¹ BVerfG, NJW 2002, 815 (816): „Im Übrigen gewährleistet auch die Verfassung keinen Anspruch auf Strafverfolgung eines anderen durch den Staat (BVerfGE 51, 176 [187] = NJW 1979, 1591).“

⁵²² BVerfG, NJW 2002, 815 (816): „In diesem Bereich wiegen die Interessen des durch eine Straftat Geschädigten in der Regel nicht besonders schwer.“

⁵²³ Dies umso drängender, als dass selbst das *Bundesverfassungsgericht* nunmehr von einer grundrechtlichen Verankerung bestimmter Strafverfolgungsrechte auszugehen scheint: BVerfG, Beschl. v. 04.02.2010 – 2 BvR 2307/06 („Polit-Sekte“); BVerfG, Beschl. v. 26.6.2014 – 2 BvR 2699/10 („Tennessee“); BVerfG, Beschl. v. 06.10.2014 – 2 BvR 1568/12 („Gorch Fock“); BVerfG, Beschl. v.

Auch hier sei daher auf die späteren Abhandlungen zum „Grundrecht auf Beteiligung am Strafverfahren“ verwiesen.⁵²⁴

dd. Fazit

Wurde im vorigen Abschnitt dargelegt, dass gerichtliche Kontrollen im Anwendungsbereich von Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht suspendiert werden können und daher die Grenze richterlicher Kontrolle erst dort erreicht sein kann, wo mit juristischer Methode kein abweichendes Ergebnis mehr begründet werden kann, so hat sich dies für die hier untersuchten Begriffe des Verdachts und des öffentlichen Interesses sowie der anzustellenden Schuldprognose als fruchtbar erwiesen. Aufgezeigt werden konnte, dass es methodisch nicht gewinnbringend ist, Fragen der Verhältnismäßigkeit einer grundrechtsbeeinträchtigenden Entscheidung von Auslegungsfragen bestimmter Beeinträchtigungsermächtigungstatbestände zu trennen. Sämtliche Ermächtigungsvoraussetzungen müssen grundsätzlich einer gerichtlichen Abwägungskontrolle unterworfen werden, wenn sich die Eingriffsrelevanz einer staatsanwaltschaftlichen Entscheidung aufzeigen lässt.⁵²⁵ Eine wichtige Konsequenz der relationalen Abhängigkeit jeder Grundrechtsbeeinträchtigung ist dabei, dass die Staatsanwaltschaft auch nicht befugt sein kann, die Intensität, das Gewicht oder überhaupt die Bedeutung einer gesetzlichen Zwecksetzung, die zu einem Grundrechtseingriff ermächtigt,

23.03.2015 – 2 BvR 1304/12 („Münchener Lokalderby“). Vertieft wird die Thematik unten in Abschnitt C.II.3.

⁵²⁴ Zum Beteiligungsrecht unten D.II.3.c.; speziell zu den Auswirkungen auf die Kontrolle einer Opportunitätseinstellung aus Verletztenperspektive D.II.3.c.ff.ccc.

⁵²⁵ Eine Ausnahme mag sich auftun, wenn die richterliche Kontrolle im Nachhinein nicht nur die Rechte des Prätendenten beeinträchtigt, sondern notwendigerweise auch von am Verfahren Unbeteiligter. Dies ist etwa durch eine Verschiebung des Vergleichsmaßstabes bei Prüfungsentscheidungen denkbar, vgl. insoweit schon die Nachweise oben unter C.II.2.b.; speziell aber der berechtigte Einwand von *Herdegen*, JZ 1991, 747 (750), der insofern allerdings in Zweifel zieht, ob im Falle von Prüfungsentscheidungen überhaupt ein Beurteilungsspielraum vorliegt.

unkontrolliert selbst zu bestimmen.⁵²⁶ Die Dogmatik einfachgesetzlicher Strafverfahrensregelungen springt dabei zu kurz, wenn Sie verfassungsrechtliche Fragen ausklammert oder auf – im wahrsten Sinne des Wortes – „grenzwertige“ Willküraspekte reduziert.

c. *Selbstbindung durch Entscheidungspraxis*

Übt die Staatsanwaltschaft bestehende Entscheidungsfreiheiten aus freiheitsrechtlicher Perspektive rechtmäßig aus, ist damit die gleichheitsrechtliche Perspektive zunächst bewusst ausgeklammert. Wie auch das *Bundesverfassungsgericht* für das Strafverfahrensrecht im Zusammenhang mit dem „Cannabis-Beschluss“ herausstellte,⁵²⁷ gilt gleichwohl, dass freiheitsrechtliche Fremdbindung und gleichheitsrechtliche „Selbstbindung“ bei der rechtlichen Entscheidungsfindung kaum sinnvoll „streng“ voneinander getrennt werden können: Gleichheitsrechtliche Selbstbindung kann nur im Rahmen vorgegebener Fremdbindung stattfinden.⁵²⁸ Nichts Anderes meint die allbekannte Wendung von der „fehlenden Gleichheit im Unrecht“.⁵²⁹

Um diese Verflechtung von gleichheitsrechtlicher und freiheitsrechtlicher Bindung zu verdeutlichen, und aufzuzeigen, in welchen „Spielräumen“ gleichheitsrechtliche Bindung wirkt, soll zunächst auf denjenigen rechtlichen Entscheidungsfreiraum eingegangen werden, den eine freiheitsrechtliche Abwägungsstruktur nur selten vollständig zu schließen vermag (aa). Im Anschluss daran soll ein Vorschlag für eine gleichheitsrechtliche Rechtfertigungsstruktur staatsanwaltschaftlicher Entscheidungen skizziert werden (bb), um zum Schluss auf die rationalisierungsfördernden Gesichtspunkte einer Selbstbindung durch eingeübte Entscheidungspraxis einzugehen (cc).

⁵²⁶ Vertiefend zu den Grundrechten im Strafverfahren unten Abschnitt D.

⁵²⁷ BVerfG, Beschluss vom 09. März 1994 – 2 BvL 43/92 = BVerfGE 90, 145 –, Rn. 167, juris.

⁵²⁸ BVerfG NVwZ 1994, 475 (476); BVerwGE 118, 379 (383).

⁵²⁹ Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl., § 40 Rn. 117 mit zahlreichen Nachweisen.

aa. Rekurs: Freiheitsrechtliche Abwägungsspielräume

Wurden der Staatsanwaltschaft im bisherigen Verlauf der Untersuchung die Befugnisse zur Einzelfallkonkretisierung abgesprochen, so ist wichtig herauszustellen, dass sich dies selbstverständlich nur auf die Befugnis zur letztverbindlichen, mithin von jeglicher gerichtlichen Kontrolle ausgenommenen Einzelfallkonkretisierung beziehen kann. Die Kompetenz einen Einzelfall überhaupt zu entscheiden, soll und darf der Staatsanwaltschaft nicht abgesprochen werden.⁵³⁰

Herausgestellt wurde bisher, dass im Rahmen dieser Befugnis zur Einzelfallkonkretisierung gerichtliche Kontrollen verfassungsrechtlich notwendig sind, zumindest wenn und soweit es sich um die Befugnis zur Einzelfallkonkretisierung von Grundrechtspositionen handelt. Die konkrete Ausfüllung dieser gerichtlichen Kontrolle wird dabei maßgeblich von grundrechtsspezifischen Abwägungsprogrammen geprägt.⁵³¹ Daraus folgt, dass potentiell jeder grundrechtsrelevante Vorgang gerichtlich anders entschieden werden könnte, ohne dass dadurch die verfassungsrechtliche Eigenständigkeit der Staatsanwaltschaft in Frage gestellt wäre.⁵³² Da Gerichte in ihrem Entscheidungsmodus aber an die juristische Methode gebunden sind,⁵³³ müssen für *jede* Entscheidung – unabhängig davon, ob sie staatsanwaltschaftlichen Entscheidungen bestätigen oder verwerfen – Gründe angegeben werden, die sich an die Diskursregeln der juristischen Argumentation halten. Damit ergibt sich die Möglichkeit, dass mehrere freiheitsrechtliche Abwägungsergebnisse als gleichsam juristisch vertretbar erweisen *und* ein Gericht keine juristischen Gründe für eine abweichende Entscheidung benennen kann. In einem solchen Fall, ist es sinnvoll von einem eigenständigen staatsanwaltschaftlichen Konkretisierungsspielraum zu sprechen, der gerichtlich nicht weiter als auf seine Einhaltung kontrolliert werden kann. *Dieser* Beurteilungsspielraum wird dabei nicht gesetzlich eingeräumt, sondern schließt nur eine bestimmte Art der Argumentationsstruktur von Gerichten aus: Unzulässig ist jedes nichtjuristische Argument (etwa wirtschaftlicher, politischer oder ästhetischer Natur). Ist hingegen ein anderes Abwägungsergebnis „vertretbar“ aber von

⁵³⁰ Zur Gewaltenteilung oben Abschnitt C.I.1.

⁵³¹ Vgl. auch *Jestaedt*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 4.

⁵³² C.I.1.c.bb.

⁵³³ *Poscher*, FS-Wahl 2011, S. 527 ff., S. 534 ff.

Gerichten mit juristischen Gründen zurückweisbar, so lässt sich nicht mehr sinnvoll von einem eingeräumten Spielraum zur rechtlichen Letzt Konkretisierung sprechen.

Die Existenz von eigenständigen Konkretisierungsspielräumen der Staatsanwaltschaft ist damit auch eine Notwendigkeit, die aus der Begrenztheit des juristischen Diskurses entspringt⁵³⁴ und damit direkt davon abhängig ist, welche Gründe in den Diskurs eingebracht werden können. Wie bereits erwähnt, kommt es daher weniger darauf an, ob die Entscheidung der Staatsanwaltschaft „vertretbar“ ist, sondern eher darauf, dass eine abweichende Entscheidung des Gerichts juristisch nicht vertreten werden kann.⁵³⁵

bb. Rechtfertigungsstruktur der Ungleichbehandlung

Innerhalb eines so bestehenden freiheitsrechtlichen, eigenständigen Konkretisierungsspielraums der Staatsanwaltschaft ist denn auch der Platz einer gleichheitsrechtlichen Selbstbindung. Das Gebot, alle Bürger gleich zu behandeln, erweitert das juristische Argumentationsspektrum: Es ist zwar möglich, dass die Staatsanwaltschaft keine juristischen Gründe für eine belastende Entscheidung mehr benennen kann, weil freiheitsrechtlich keine weiteren Gründe mehr dafür (wie dagegen) sprechen, Art. 3 Abs. 1 GG zwingt die Staatsanwaltschaft aber dazu, stets darlegen zu können, welche Gründe gerade für eine *Ungleichbehandlung* mehrerer Fälle sprechen.⁵³⁶ Dabei ist

⁵³⁴ Vgl. auch Schoch, JURA 2004, 612 (613).

⁵³⁵ Gerade im strafprozessualen Diskurs wird dieser Punkt zu selten beachtet. Allein, dass der Staatsanwaltschaft eine Aufgabe mittels unbestimmter Ermächtigungsnorm zugewiesen wird, bedeutet gerade nicht, dass Gerichte allein die Vertretbarkeit der Normsetzung durch die Staatsanwaltschaft kontrollieren dürfen, denn „gerade [...] die Funktionsadäquanz [der Gerichte, d. Verf.] spricht dafür, dass die Gerichte in Fällen der Unbestimmtheit des Rechts die dogmatische Rechtsfortbildung übernehmen. Keine andere Gewalt ist für diese Aufgabe traditionell, personell und institutionell besser gerüstet,“ Pöschel, FS-Wahl 2011, S. 527 ff., S. 536.

⁵³⁶ Vgl. auch Osterloh/Nußberger, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 3 Rn. 16: Freiheitsrechtlicher Abwehrschutz richtet sich insoweit gegen die übermäßige Beschränkung der Freiheit der Beteiligten, die gegenseitigen Relationen autonom [...] selbst zu gestalten, gleichheitsrechtlicher Abwehrschutz gegen die inhaltlich unangemessene staatliche Gestaltung dieser Relationen [...].“ Dies. dort auch mit zahlreichen Nachweisen.

die Begründungsnotwendigkeit der Ungleichbehandlung wieder rückbezogen auf die freiheitsrechtliche Beeinträchtigung: Es muss nicht begründet werden, warum eine *weniger gravierende* Freiheitsbeeinträchtigung vorgenommen wurde, sondern warum gerade eine *gravierendere* Freiheitsbeeinträchtigung vorgenommen wurde. Wird von zwei Fällen (etwa: Ladendiebstahl, Warenwert 10 €) ein Fall gemäß § 153 Abs. 1 StPO eingestellt, der andere angeklagt, so muss sich die Freiheitsbeeinträchtigung der Anklage gerade auch im Vergleich zu dem anderen Fall rechtfertigen. Es muss gerade die Ungleichheit im Übrigen sein (etwa: Vorstrafen, Aufklärungskooperation), die eine *unterschiedliche Freiheitsbeeinträchtigung* rechtfertigt. Eine Bindung tritt in gleichheitsrechtlicher Hinsicht etwa dann auf, wenn die Staatsanwaltschaft in einem Fall eine Ungleichbehandlung *gerade nicht vornimmt*. Gezeigt werden soll dies an folgender Gegenüberstellung:

Fall 1

Ladendiebstahl + Warenwert 10 € + Geständnis im Ermittlungsverfahren + sonstige Umstände
=> Einstellung gemäß § 153 StPO

Fall 2

Ladendiebstahl + Warenwert 10 € + KEIN Geständnis im Ermittlungsverfahren + sonstige Umstände
=> Einstellung gemäß § 153 StPO

Fall 3

Ladendiebstahl + Warenwert 10 € + KEIN Geständnis im Ermittlungsverfahren + sonstige Umstände
=> Anklage zum Amtsgericht

Hier müsste die Staatsanwaltschaft nicht nur begründen können, warum sie die Fälle 2 und 3 unterschiedlich behandelt hat, sie müsste auch Gründe dafür vorweisen, warum sie die Fälle 1 und 2 gerade nicht unterschiedlich behandelt hat *und* warum die „sonstigen Umstände“, die damals nicht für eine Ungleichbehandlung sprachen, nunmehr für eine Ungleichbehandlung sprechen. Die Staatsanwaltschaft muss also zeigen, dass der Unterschied von Fall 1 zu Fall 2 ein anderer Unterschied ist, als der von Fall 1 und Fall 3 *und* dass es gerade dieser Unterschied ist, der eine gravierendere Freiheitsbeeinträchtigung in Fall 3 erlaubt. Selbstverständlich sollte dann sein, dass die von der Staatsanwaltschaft vorgetragenen Gründe auch intersubjektiv nachvollziehbar sein müssen. Allein etwa der

Hinweis, dass „sonstige Umstände“ vorlägen und dass diese Unterschiede hinreichende Gründe für eine Ungleichbehandlung darstellen, zeigt noch nicht auf, was die Fälle genau unterscheidet und *inwiefern* diese genauen Unterschiede taugliche Differenzierungskriterien enthalten. Nicht zu leugnen ist daher, dass diese gleichheitsrechtliche Rechtfertigungsnotwendigkeit zu einer tendenziellen Ausweitung der Begründungstiefe führen kann.⁵³⁷

cc. Die Rationalisierungsleistung der Einstellungspraxis

Die einseitige Betonung der Ausweitung der Begründungsnotwendigkeit würde einen praktischen Aspekt von internen Vergleichsmaßstäben – am prominentesten die mal mehr, mal weniger konkret formulierten Diversionsrichtlinien und die „Richtlinien für Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV)⁵³⁸“ – übergehen: Mit jeder vorstrukturierten Vergleichstabelle und internen Konkretisierungsvorgaben lassen sich zwar für Betroffene neue Angriffspunkte finden, gleichzeitig können solche Vergleichsmaßstäbe auch entlastend für die betroffenen Entscheidungsträger wirken. Erneut ein Beispiel:

Werden im Zuständigkeitsbereich des Staatsanwalts A Ladendiebstähle mit einem Warenwert von über 200 € grundsätzlich angeklagt und ist diese Entscheidung unter freiheitsrechtlichen Gesichtspunkten fehlerfrei, dann muss Staatsanwalt A alle Abschlussverfügungen mit Anklageentscheidung, die einen Warenwert von 200 € überschreiten, grundsätzlich *nicht* mehr explizit einzelfallbezogen begründen, sondern kann weitestgehend⁵³⁹ auf die bisherige Ent-

⁵³⁷ Vertiefend zur Begründungsnotwendigkeit C.III.1.

⁵³⁸ Der gesetzeskonkretisierende Charakter von „allgemeinen Weisungen“ wird in der Literatur zwar erkannt, eine Außenwirksamkeit der „Richtlinien“ gleichwohl pauschal bestritten, vgl. *Graf*, in: *Graf/Bartel-RiStBV*, Einf. Rn. 3; *Franke*, in: *LR-StPO*, § 146 GVG Rn. 3 und 5. Demgegenüber findet sich mit *OLG Bremen*, *NStZ* 1989, 276 (277) durchaus auch ein praktisches Beispiel für eine mittelbare Außenwirkung einer internen Verwaltungsanweisung.

⁵³⁹ Eine Darstellung, warum der Einzelfall von der Verfahrenspraxis erfasst wird, ist gleichwohl notwendig, vgl. *BVerwG*, Urteil vom 15. Januar 2008 – 1 C 17/07 –, *BVerwGE* 130, 148-156, Rn. 15.

scheidungspraxis verweisen – die sich wiederum auf interne Vorgaben beruft.⁵⁴⁰ Eine auch freiheitsrechtliche Begründungsleistung ist erst dann gefordert, wenn gerade die freiheitsrechtliche Fehlerhaftigkeit der bisherigen Entscheidungspraxis geltend gemacht wird. Die Verankerung der Selbstbindung im Gleichheitsrecht gemäß Art. 3 Abs. 1 GG ermöglicht über das bisher Gesagte hinaus aber noch eine Klarstellungsmöglichkeit: Unabhängig davon, ob die Entscheidungspraxis der Staatsanwaltschaft auf internen Richtlinien beruht oder nicht, ist für die Bindungswirkung allein entscheidend, wie die tatsächliche Entscheidungspraxis gehandhabt wird.⁵⁴¹ Die über Art. 3 Abs. 1 GG vermittelte Bindungswirkung etwa der Einstellungsrichtlinien hat ihren Grund darin, dass tatsächliche Entscheidungen miteinander vergleichbar sein müssen, nicht darin, dass originäres Recht darauf bestünde, dass Sachbearbeitende sich an interne Vorgaben halten. Existieren allerdings entsprechende Entscheidungsrichtlinien, so spricht sicherlich eine Vermutung dafür, dass diese Entscheidungsrichtlinien auch praktische Anwendung finden⁵⁴² und *deshalb* ein Abweichen von den Richtlinien dargestellt *und* besonders begründet werden muss.

Die Selbstbindung qua vergleichbarer Entscheidungspraxis ist damit zwar eine Bindung, die auf Entscheidungen der zuständigen Staatsanwaltschaft zurückgeführt werden kann, gleichwohl aber eine *echte Rechtsbindung*,⁵⁴³ die auch von Gerichten zwingend bei

⁵⁴⁰ Vgl. für die parallele Übung im Verwaltungsverfahrenrecht *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 8. Aufl., § 39 Rn. 62.

⁵⁴¹ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. § 24 Rn. 21 ff.; *Jestaedt*, in: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 11 Rn. 65; vgl. beide auch zum Folgenden.

⁵⁴² *Starck*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, Grundgesetz, Art. 3 Rn. 269; kritisch zur Notwendigkeit dieser Vermutungsregel, *Osterloh/Nußberger*, in: *Sachs*, Grundgesetz, Art. 3 Rn. 119: Verwaltungsvorschriften entfalten Bindung allein aufgrund ihres Charakters als „wesentliches Instrument einer gleichheitsrechtlichen Vollzugspraxis“.

⁵⁴³ Vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 09. März 1994 – 2 BvL 43/92 = BVerfGE 90, 145 –, Rn. 167, juris. Das *Bundesverfassungsgericht* mahnt in diesem Zusammenhang sogar eine *bundeseinheitliche* Einstellungspraxis an. Die Länder haben über Verwaltungsanweisungen für eine solche Einstellungspraxis zu sorgen.

der eigenen Rechtsanwendung beachtet werden muss.⁵⁴⁴ Damit entfalten staatsanwaltschaftliche interne Einstellungsrichtlinien, die für sich genommen rechtmäßig sind, auch für gerichtliche Entscheidungen *mittelbar* durch ihre tatsächliche Befolgung eine Bindungswirkung.⁵⁴⁵

Geht man davon aus, dass einem Beschuldigten ein Recht auf Einstellung des Verfahrens zusteht, wenn die Weiterführung des Strafverfahrens (gerichtlich *oder* staatsanwaltschaftlich) unverhältnismäßig wäre, und ist die Staatsanwaltschaft bisher davon ausgegangen, dass in vergleichbaren Fällen das Verfahren eingestellt werden musste, so muss konsequenter Weise auch ein Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnen, sofern keine (konkreten) Sachgründe für eine andere Behandlung im Einzelfall vorgetragen werden können. Eine derartige mittelbare Bindungswirkung kann dabei insbesondere *nicht* mit einem Hinweis auf eine eigenständige gerichtliche Entscheidungskompetenz abgelehnt werden, weil gerichtliche Entscheidungsfreiheit nur *innerhalb* des rechtlichen Entscheidungsspielraums angenommen werden kann und die Selbstbindung der Staatsanwaltschaft aus Perspektive des Gerichts eine echte rechtliche Fremdbindung darstellt. Genauso wie Lockerungen von rechtlicher Bindung nicht mit dem Hinweis auf die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft angenommen werden können, so muss auch ein Gericht rechtliche Bindungswirkungen beachten, die durch die Staatsanwaltschaft erzeugt werden. Ist die Staatsanwaltschaft aber aufgrund einer Einstellungspraxis verpflichtet ein Verfahren einzustellen, so besteht auch für ein Gericht des Zwischenverfahrens kein „hinreichender Tatverdacht“ um die Durchführung einer Hauptverhandlung zu rechtfertigen.⁵⁴⁶

⁵⁴⁴ *Jestaedt*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 38 aE.

⁵⁴⁵ Ein weiteres Beispiel für die Anerkennung der Selbstbindungsfigur auch durch die *ordentliche Gerichtsbarkeit* (nicht aber Strafverfahrensrecht), findet sich in *BGH NJW* 1987, 1329 (1330) – dort auch zu den Anforderungen an eine Änderung der Verwaltungspraxis. Ferner auch hier *BVerfG*, Beschluss vom 09. März 1994 – 2 BvL 43/92 = *BVerfGE* 90, 145 –, Rn. 167, juris.

⁵⁴⁶ Zur Frage, ob der hinreichende Tatverdacht eine Beurteilungsermächtigung der Staatsanwaltschaft enthält, vgl. allgemein C.II.; speziell zum hinreichenden Tatverdacht C.II.3.b.aa.bbb.(3).

d. Zusammenfassung

Der Staatsanwaltschaft stehen in grundrechtssensiblen⁵⁴⁷ Bereichen keine rechtlichen Konkretisierungsspielräume zu, die einer gerichtlichen Kontrolle schlichtweg entzogen wären. Gleichwohl sind Gerichte nicht befugt, staatsanwaltschaftliche Entscheidungen allein aufgrund außerrechtlicher Erwägungen zu verwerfen. Diese an der Grundstruktur der Rechtskonkretisierung im und durch Verfahren orientierten Konzeption weicht damit von der herkömmlichen Annahme originärer staatsanwaltschaftlicher Beurteilungsspielräume ab. Alle für diese traditionelle Sichtweise in Anschlag gebrachten Begründungsmuster – namentlich die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft sowie die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege – entpuppen sich entweder als selbstreferentielle Behauptungen oder offenbaren eine missverständliche Auffassung von einer Gewaltenteilung als Funktionenordnung zur strukturierten Rechtssetzung.⁵⁴⁸ Praktisch relevante Bedeutung hat diese Feststellung vor allem hinsichtlich der grundrechtskonformen Auslegung eines offen formulierten einfachgesetzlichen Normbestandes. Müssen alle eingreifenden Entscheidungen der Staatsanwaltschaft auf ihre grundrechtliche Anwendungsfehlerfreiheit überprüft werden können, so zeigen sich auch Zentralbegriffe strafprozessualer „Beurteilungsspielraumsdogmen“ – namentlich die Verdachtseinschätzung,⁵⁴⁹ die Beurteilung des öffentlichen Interesses⁵⁵⁰ und die Notwendigkeit von Schuldprognosen⁵⁵¹ – in ihrer relationalen Abhängigkeit zur Intensität des damit jeweils eventuell verbundenen Grundrechtseingriffs. Mit der so aufgezeigten Notwendigkeit einer abwägenden Auslegung von Eingriffstatbeständen insgesamt hat es allerdings wegen

⁵⁴⁷ Der Terminus ist in anderen Zusammenhängen [zurecht] als für sich genommen aussagelos kritisiert worden (vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 180a). Hier soll dadurch lediglich gekennzeichnet werden, dass allein mit dem Argument der einfachgesetzlichen Konkretisierung, anderweitig notwendige grundrechtliche Abwägungen nicht außer Kraft gesetzt werden.

⁵⁴⁸ C.II.3.a.

⁵⁴⁹ C.II.3.b.aa.

⁵⁵⁰ C.II.3.b.bb.

⁵⁵¹ C.II.3.b.cc.

Art. 3 Abs. 1 GG noch nicht sein Bewenden. Über einfachgesetzliche und freiheitsrechtliche Fremdbindungen ist die Staatsanwaltschaft zudem gezwungen *ungleiche* Entscheidungspraktiken zu rechtfertigen. Lassen sich solche Entscheidungspraktiken auf interne Entscheidungsrichtlinien zurückführen, erzeugen eben diese Richtlinien eine mittelbare Außenwirkung dergestalt, als dass ein Abrücken von der Richtlinie und/oder einer mildereren tatsächlichen Entscheidungspraxis, unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten besonders begründet werden können muss.⁵⁵²

III. Ausstrahlung des Justizgewährleistungsrechts

Als eigenständiges Recht unterliegt das Recht auf Justizgewährleistung – keinerlei prinzipiellen Einschränkungen: Gibt es Rechte, so muss es auch grundsätzlich das Recht auf gerichtliche Geltendmachung dieser Rechte geben – so der bisher gesicherte Bestand.⁵⁵³ Allein, dass das Recht auf Justizgewährleistung ein Recht auf richterliche Entscheidung begründet, bedeutet hingegen nicht, dass *ausschließlich* Gerichte an dieses Recht gebunden sind.⁵⁵⁴ Keine Behörde, kein Bürger darf das Recht auf Justizgewährleistung *vereiteln dürfen*.⁵⁵⁵ Das subjektive Recht auf Justizgewährleistung verbietet selbst zwar zunächst gar nichts – die Rechtsordnung muss Behörden und Bürger allerdings verpflichten, das Recht auf Justizgewährleistung anderer zu achten. Genauso wenig wie die allgemeine Handlungsfreiheit selbst bereits ein Verbot ihrer Beeinträchtigung ist, sondern voraussetzt, dass die Beeinträchtigung dieser allgemeinen Freiheit für Dritte verboten ist,⁵⁵⁶ so verbietet das Recht auf Justizgewährleistung selbst niemandem das Recht auf Justizgewährleistung zu vereiteln, setzt aber voraus, dass eine Vereitelung verboten wird. Damit wirkt das Recht auf Justizgewährleistung weiter als lediglich auf das gerichtliche Verfahren und die bisher schon untersuchten Grundsätze richterlicher Entscheidung: Es erstreckt sich potentiell auf alle Bereiche des Rechts und verpflichtet in sämtlichen Stadien behördlicher Verfahren dazu, die gerichtliche Durchsetzung mindestens zu ermöglichen. Daraus ergeben sich für das staatsan-

⁵⁵² C.II.3.c.

⁵⁵³ C.I.3.c.

⁵⁵⁴ *Schoch*, in: GdVwR III, § 50 Rn. 353 ff.

⁵⁵⁵ BVerfGE 22, 49 (81f.).

⁵⁵⁶ Vgl. *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553 (556).

waltschaftliche Verfahren insbesondere Auswirkungen auf Begründungserfordernisse (1) und Informationsrechte (2). Schließlich zeigen sich in diesem Zusammenhang ebenfalls Notwendigkeiten sowohl des nachträglich-feststellenden wie auch des vorsorglichen (Eil-)Rechtsschutzes (3).

1. Begründungszwang

Als verfahrensrechtliche Konkretisierung hat die Debatte um das staatliche Begründungserfordernis in jüngster Zeit gesteigerte Aufmerksamkeit erfahren, deren Ausläufer bis in die strafverfahrensrechtliche Diskussion reichen.⁵⁵⁷ Gestützt wird ein allgemeines Begründungserfordernis meist auf das allgemeine Rechtsstaatsprinzip,⁵⁵⁸ wobei betont wird, dass die besonderen Ausprägungen dieses Rechtsstaatsprinzip⁵⁵⁹ – etwa in Gestalt der Rechtsschutzgarantie,⁵⁶⁰ der Willkürfreiheit,⁵⁶¹ dem rechtlichen Gehör – in der methodologischen Anwendung und auch speziellen Herleitung vorgehen sollten. Neben dem Rechtsstaatsprinzip werden aber wechselnd auch das Demokratieprinzip,⁵⁶² die Menschenwürde (beziehungsweise die Grundrechte allgemein) sowie der Grundsatz des fairen Verfahrens⁵⁶³ zur konstitutionellen Verankerung erwogen – wobei die Vielfalt der Ansätze nicht zwingend als Ausdruck einer dogmatischen Beliebigkeit zu lesen sein muss, sondern vielmehr verdeutlicht, dass die meisten verfassungsrechtlichen Strukturprinzipien notwendig mit anderen Prinzipien verwoben sind. Im hiesigen Kontext interessiert primär, inwiefern der Begründungsvorgang staatsanwaltschaftlicher Entscheidungen für das Recht auf Justizgewährleistung bedeutsam sein kann. Dies steht nicht notwendig im Widerspruch zu anderweitigen Herleitungsversuchen, sondern beschränkt

⁵⁵⁷ *Hiéramente*, ZRP 2017, 50.

⁵⁵⁸ Übersicht bei *Kischel*, Die Begründung, S. 63 ff.

⁵⁵⁹ *Kischel*, Die Begründung, S. 64 ff.

⁵⁶⁰ BVerfGE 6, 32 (44); 40, 276 (286); 49, 24 (67).

⁵⁶¹ BVerfGE 55, 205 (206).

⁵⁶² *Kischel*, Die Begründung, S. 106 ff.

⁵⁶³ BVerfGE, NJW 1992, 2750 (2751).

lediglich den Untersuchungsgegenstand auf eine bestimmte Perspektive.⁵⁶⁴

Ausgangspunkt der Überlegungen soll hier das verfassungsrechtliche Rationalisierungsgebot sein (a), von dem ausgehend die Notwendigkeit einer kommunikativen Übermittlung dieser Rationalisierungsleistung untersucht werden soll (b). Mit den gefundenen Ergebnissen der Funktion von Begründung als Kommunikationsleistung, sollen die inhaltlichen Anforderungen umrissen (c) und schließlich die Folgen einer fehlerhaften Begründung untersucht werden (d).

a. *Das verfassungsrechtliche Rationalisierungsgebot*

Der grundrechtliche Vorbehalt des Gesetzes besagt, dass Grundrechte nicht beliebig, sondern nur aufgrund gesetzlicher Vorgaben eingeschränkt werden dürfen. Nicht jeder vermeintliche Rechtfertigungsgrund taugt, um Rechte zu begrenzen, sondern nur diejenigen, die gesetzlich vorgegeben sind und im Einklang mit der Verfassungsordnung stehen. Jede behördliche Rechtsverkürzung, jede Rechtsbeeinträchtigung muss also auf vorgegebene *Gründe* gestützt sein – sonst resultiert die Rechtsbeeinträchtigung ausnahmslos in einer *Rechtsverletzung*. Die Frage einer Rechtsverletzung – deren Geltendmachung dem Justizgewährleistungsrecht zugrunde liegt – ist damit immer eine Frage nach der Einhaltung der *vorgegebenen Gründe*.⁵⁶⁵ Justizgewährleistung ist nur möglich, wenn die Gründe für eine Rechtsbeeinträchtigung überprüft werden können – und zwar konkret diejenigen Gründe, die der jeweils konkreten Rechtsbeeinträchtigung zugrunde lagen und *nicht* diejenigen

⁵⁶⁴ Aus der Herleitung des Rechts auf Justizgewährleistung hat sich zudem gezeigt, dass nahezu alle Elemente der zuvor genannten Herleitungen im Recht auf Justizgewährleistung zusammenspielen. Exemplarisch nur die Annahme, dass die Geltungsfunktion der Grundrechte im gewaltenteiligen Staat eine Justizgewährleistung voraussetzen und dass Gewaltenteilung im konkret demokratischen Kontext analysiert werden muss. Ausführlich dazu oben B.I.

⁵⁶⁵ *Kischel*, Die Begründung, S. 77 ff.

Gründe, die einer Rechtsbeeinträchtigung hätten zugrunde liegen können.⁵⁶⁶

b. Begründung als Kommunikation von Gründen

Allein, dass solche rechtfertigenden Gründe vorliegen müssen, bedeutet allerdings nicht notwendig, dass solche Gründe auch kommuniziert werden müssten – dass die fragliche Entscheidung tatsächlich auch *begründet* werden muss: Ein Gericht kann in einem Kontrollverfahren unabhängig davon überprüfen, ob Gründe für eine Entscheidung vorlagen und ob die Gründe dem Betroffenen mitgeteilt worden sind oder nicht.⁵⁶⁷ Insofern das Recht auf Justizgewährleistung (zunächst nur) das Recht auf eine richterliche Entscheidung beinhaltet, setzt es also eine Begründung gegenüber dem Betroffenen nicht voraus. Nur: wie sollte eine gerichtliche Entscheidung ohne die Mitteilung einer Beeinträchtigung herbeigeführt werden und wie soll eine Entscheidung über eine Anfechtung der behördlichen Entscheidung getroffen werden können, wenn die Gründe hierfür nicht bekannt sind?⁵⁶⁸

Soweit gerichtliche Entscheidungen eine Beantragung voraussetzen und die Betroffenen in der Lage sein müssen, den Antrag zu begründen, setzt zwar nicht die Entscheidung als solche, aber die nachfolgende Möglichkeit der Beantragung einer richterlichen Entscheidung voraus, dass der Betroffene die Gründe für die anzugreifende Entscheidung mitgeteilt bekommen hat.⁵⁶⁹ Weil das Recht auf Justizgewährleistung gerade darauf gerichtet ist, dass eine gerichtliche Entscheidung herbeigeführt wird und die gerichtliche Entschei-

⁵⁶⁶ *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 254.

⁵⁶⁷ Vgl. insoweit auch § 110b Abs. 3 Satz 2 StPO.

⁵⁶⁸ Vgl. zu dieser Problematik *Kischel*, Die Begründung, S. 87 f.

⁵⁶⁹ Ganz ähnlich wird daher (über die Notwendigkeit einer Begründung hinaus) vom *Bundesverfassungsgericht* auch die Pflicht zur Dokumentation aller entscheidungsrelevanten Umstände gefordert, vgl. BVerfGE 103, 142 – Gefahr im Verzug bei Hausdurchsuchungen – m. Anm. *Möllers*, NJW 2001, 1397; bestätigt in zahlreichen Kammerentscheidungen, etwa BVerfG, StraFo 2011, 145; BVerfG, NJW 2008, 3053.

dung sich auf die Überprüfung der Gründe für eine staatsanwaltliche Entscheidung beziehen muss, folgt daraus, dass dem Betroffenen von Seiten der Staatsanwaltschaft alle Gründe für eine Entscheidung mitgeteilt werden müssen.⁵⁷⁰ Das Recht auf Justizgewährleistung setzt damit ein Recht auf Begründung jeder belastenden staatsanwaltlichen Maßnahme voraus, weshalb festgehalten werden kann, dass eine fehlende oder fehlerhafte Begründung ein verfassungsrechtliches Verfahrensrecht verletzt, das zur Inanspruchnahme des Rechts auf Justizgewährleistung erforderlich ist.

c. *Inhaltliche Anforderungen*

Setzt das Recht auf Justizgewährleistung voraus, dass die Gründe für eine Entscheidung kommuniziert werden, damit die Entscheidung einer gerichtlichen Kontrolle zugänglich gemacht werden kann, so orientiert sich die inhaltliche Ausgestaltung genau an diesem gerichtlichen Kontrollmodus. Die rechtliche Begründung einer staatsanwaltlichen Eingriffsentscheidung muss neben der angewandten Eingriffsnorm darlegen, *warum* die Anforderungen derjenigen Eingriffsermächtigungsnorm im Einzelnen erfüllt sind, von deren Einschlägigkeit die Staatsanwaltschaft vorliegend ausgeht. Unabhängig davon, ob man der Begründungspflicht materiellen oder formellen Charakter zuspricht,⁵⁷¹ setzt eine Begründung voraus, dass Gründe genannt werden, die intersubjektiv nachvollziehbar⁵⁷² sind und mit juristischer Methode abgesichert werden können.⁵⁷³ Eine Begründung ist damit *nicht* fehlerhaft, wenn die Gründe inhaltlich nicht über-

⁵⁷⁰ Bei *belastenden* Entscheidungen entspricht dies seit jeher auch der Rechtsprechung, vgl. als frühes Beispiel etwa BVerwGE 51, 1 (4 f.); ferner *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl., § 39 Rn. 2 m.w.N.

⁵⁷¹ Der Streit spielt im hiesigen Kontext keine Rolle, vgl. zur Übersicht die Darstellung und den Auswirkungen im Einzelnen *Kischel*, Folgen von Begründungsfehlern, S. 4 ff.

⁵⁷² *Kischel*, Die Begründung, S. 338 ff. „Gebot der Begründungsklarheit“.

⁵⁷³ Dies wiederum folgt aus dem „spezifisch juristischen Charakter dogmatischer Rechtssetzung“ durch die Staatsanwaltschaft, vgl. *Pöschel*, FS-Wahl 2011, S. 527 ff., S. 534 ff.

zeugen; eine Begründung ist fehlerhaft, wenn sie sich in reinen Behauptungen erschöpft und/oder der gesetzliche Wortlaut schlicht wiederholt wird. Unterstellt man, dass ein Einstellungsbescheid gemäß § 153 Abs. 1 StPO eine Rechtsbeeinträchtigung des Verletzten darstellt,⁵⁷⁴ dann wäre eine Begründung mit einem erschöpfenden Wortlaut, wie etwa:

„Die Einstellung des Verfahrens erfolgt, weil kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht und die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre“,⁵⁷⁵

allein schon deshalb fehlerhaft, weil allein die Wiederholung der gesetzlichen Voraussetzung nicht darzulegen vermag, *warum* die Anforderungen der gesetzlichen Regelung im Einzelfall vorliegen. Auch eine Begründung, die darauf verweist, dass weitere Ermittlungen „unverhältnismäßig“ seien, vermag für sich nicht aussagen, *worin* genau die Unverhältnismäßigkeit begründet ist. Dies zu betonen erscheint umso wichtiger, wenn man – wie das hier getan wird – davon ausgeht, dass die inhaltliche Ausfüllung sämtlicher Gesetzesbegriffe durch die Staatsanwaltschaft eine richtige Grundrechtsabwägung voraussetzt.⁵⁷⁶ Eine ordnungsgemäße Begründung setzt nicht voraus, dass die vorgetragene Gründe inhaltlich richtig sind. Die Funktion der Justizgewährleistung erfordert jedoch, dass Gründe genannt werden, deren Triftigkeit gerichtlich überprüft werden kann.

d. Fehlerfolgen

Versteht man die verfassungsrechtliche Begründungspflicht als Voraussetzung effektiver gerichtlicher Kontrolle, dann können über diesen Zugriff auch Grundzüge einer Fehlerfolgenlehre aufgezeigt werden.

⁵⁷⁴Vertiefend unten Abschnitt D.II. Vgl. aber auch *Hefendehl*, GA 1999, 584 (587).

⁵⁷⁵Vgl. auch die vorgeschlagene Einstellungsverfügung von *H. Vordermeyer/M. Vordermeyer*, in: Handbuch für den Staatsanwalt, S. 794 ff. mit den dort vorgeschlagenen Gründen für eine Einstellung. Eine Mitteilung der Gründe an den Beschuldigten soll allerdings auch hier nicht vorgesehen sein. Ein Ergebnis, dass nur dann haltbar wäre, wenn in der Einstellung gem. § 153 Abs. 1 StPO *kein* Eingriff in die Rechte des Beschuldigten gesehen werden könnte.

⁵⁷⁶Oben in Abschnitt C.II.2.; pointiert *Herdegen*, JZ 1991, 747 (750).

Da die Begründungspflicht nicht die Frage betrifft, ob die Gründe inhaltlich richtig sind, sondern nur, ob überhaupt eine nachvollziehbare Darstellung tatsächlich angestellter Erwägungen erfolgte, kann aus einer Fehlerhaftigkeit der Begründung ebenso wenig auf die materielle Rechtswidrigkeit einer Entscheidung geschlossen werden, wie aus der materiellen Rechtswidrigkeit einer Entscheidung auf die Fehlerhaftigkeit der Begründung.

Ist ein Grund der Begründungspflicht, die gerichtliche Kontrolle wenn auch nicht erst zu ermöglichen, so zumindest zu erleichtern, so folgt aus einem Pflichtverstoß in erster Linie, dass dem betroffenen Bürger keine prozessualen Nachteile aus der fehlerhaften Begründung erwachsen dürfen.⁵⁷⁷ Ist eine Begründung fehlerhaft, weil sie Gründe nicht enthält, die tatsächlich der Entscheidung zugrunde gelegt wurden, dann darf einem Bürger etwa nicht die Kostenlast auferlegt werden, wenn er darauf vertraute, dass lediglich die genannten Erwägungen angestellt wurden.⁵⁷⁸

Noch weitergehend: Da es die vorrangige Pflicht der Staatsanwaltschaft ist, *alle* Gründe zu nennen,⁵⁷⁹ die ihrer Ansicht nach für die Entscheidung sprechen, muss die prozessuale *Vermutung* gelten, dass auch nur die in der Begründung genannten Gründe tatsächlich angestellt wurden.⁵⁸⁰ Damit berührt die Frage der Begründungspflicht auch die Frage, ob und wie Gründe für eine Entscheidungsbegründung *nachgeschoben* werden können.

⁵⁷⁷ Im Einzelfall kann auch unklar sein, ob eine fehlende Begründung dazu führt, dass etwa eine Einstellungsverfügung als gegenstandslos (nicht beschieden) angesehen werden muss. Auch in diesem Fall, darf daraus kein Nachteil erwachsen, vgl. jüngst *BVerfG*, NJW 2017, 3141 (3142) – speziell zum Klageerzwingungsverfahren trotz fehlendem Einstellungsbescheid.

⁵⁷⁸ *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 254a; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl., § 45 Rn. 113 f.

⁵⁷⁹ Zum Grundsatz der „Begründungsvollständigkeit“, vgl. *Kischel*, Folgen von Begründungsfehlern, S. 377 ff.

⁵⁸⁰ Vgl. zur Vermutungswirkung von Begründungsinhalten *BVerfGE* 55, 205 (206) und die Analyse ebenjener Entscheidung bei *Kischel*, Die Begründung, S. 93 ff.

Diese aus dem Verwaltungsprozessrecht bekannte Diskussion⁵⁸¹ soll hier nicht im Ganzen nachgezeichnet werden, auch weil viele der im Zusammenhang stehenden verwaltungsprozessuale Auslegungstreitigkeiten nur beschränktes Übertragungspotential auf staatsanwaltschaftliche Entscheidungssituationen aufweisen.⁵⁸² Aus der Perspektive der Justizgewährleistung scheint entscheidend zu sein, dass es im gerichtlichen Kontrollverfahren nicht darum gehen kann, dass eine Entscheidung der Staatsanwaltschaft hätte rechtmäßig sein können, sondern allein, ob die tatsächlich angestellten Gründe eine konkrete Entscheidung rechtfertigen konnten.⁵⁸³

Dient die Begründung der Offenlegung der tatsächlich angestellten Gründe, dann muss darauf vertraut werden können, dass auch nur die genannten Gründe maßgeblich waren. Es ist aber keinesfalls inhaltlich zwingend, dass tatsächlich nur die genannten Gründe erwogen und zugrunde gelegt wurden. Welche Gründe tatsächlich angestellt wurden, ist ein prinzipiell eigenständiger Erkenntnisgegenstand und als solcher auch eine eigenständige Frage der richterlichen Beweiswürdigung.⁵⁸⁴ Zwar spricht eine Vermutung dafür, dass ursprünglich genannte Gründe auch tatsächlich die erschöpfend angestellten Gründe waren – als Vermutung kann dies aber auch widerlegt werden.⁵⁸⁵

Anderes gilt hingegen, wenn sich herausstellt, dass die Staatsanwaltschaft einer Entscheidung nur bestimmte Gründe zugrunde gelegt hat und erst im Nachhinein andere Gründe „gefunden“ hat, die

⁵⁸¹ Vgl. *Sachs*, in: *Sachs, Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, 9. Aufl., § 45 Rn. 45 ff.; *Löhnig*, JA 1998, 700; *Schenke*, *VerwArch* 1999, 232; *Schenke*, *JuS* 2000, 230.

⁵⁸² Namentlich können etwa die Normen der §§ 45, 46 VwVfG nicht ohne weiteres auf das staatsanwaltschaftliche Verfahren übertragen werden. Zur Bedeutung dieser Normen für den verwaltungsrechtlichen Diskurs die Übersicht bei *Kischel*, *Folgen von Begründungsfehlern*, S. 155 ff.

⁵⁸³ „Grundsatz der Begründungswahrheit“ – vgl. *Kischel*, *Die Begründung*, S. 357 ff., S. 366 f.

⁵⁸⁴ Vgl. auch *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar*, Art. 19 Abs. 4 Rn. 254a.

⁵⁸⁵ Konsequenter ist insofern, wenn das *Bundesverfassungsgericht* im Falle einer fehlenden Dokumentation einer Gefährdungslage im Verzug (mit Blick auf § 81a StPO) eine *zwingende* Annahme von Willkür seitens der anordnenden Polizei ablehnt, *BVerfG*, Nichtannahmebeschluss vom 24. Februar 2011 – 2 BvR 1596/10 –, juris Rn. 12.

nun eine entsprechende Entscheidung legitimieren würden. In einem solchen Fall lagen der konkreten Entscheidung gerade nicht tatsächlich tragende Gründe zugrunde, sodass die nunmehr genannten Gründe höchstens eine erneute Entscheidung rechtfertigen könnten. Im Einzelfall wird die Abgrenzung nicht einfach sein. Um die Pflicht zur Begründung aber nicht leerlaufen zu lassen, wird man der Staatsanwaltschaft zumindest zumuten müssen, substantiell nachweisen zu können, dass im Entscheidungszeitpunkt auch die nunmehr nachgeschobenen Gründe zugrunde gelegt wurden. *Wie* ein solcher Nachweis prozessual zu erbringen sein kann, soll als Frage prozessualer Beweiswürdigung hier nicht vertieft werden.

Eine wichtige Folge der Vermutungslösung lässt sich gleichwohl ohne weiteres aufzeigen: Im Falle einer *nicht* vorgenommenen Begründung müsste grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass der Entscheidung *keine Gründe* zugrunde lagen.⁵⁸⁶ Wiederholt eine „Begründung“ lediglich den gesetzlichen Wortlaut, so kann vermutet werden, dass tatsächlich keine Gründe zugrunde lagen, die als *sachlich* bezeichnet werden könnten⁵⁸⁷ und eine entsprechende Entscheidung daher *willkürlich* erfolgte.⁵⁸⁸

Dabei dürfte diese Begründungspflicht in Ausmaß und Anwendungsbereich den bisher üblichen Begründungsaufwand vieler staatsanwaltschaftlicher Entscheidungen überschreiten.⁵⁸⁹ Dies ist aus Perspektive der überkommenen Lehre zu Umfang und Anzahl staatsanwaltschaftlicher Beurteilungsspielräume auch nur folgerichtig: Ginge man davon aus, dass die Anwendung der Verdachtsbegriffe, des öffentlichen Interesses oder aber auch der potentiell geringen Schuld gerichtlich nicht überprüfbar ist, so könnte insofern

⁵⁸⁶ Ähnlich auch *SchmidtAßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 254a.

⁵⁸⁷ *Kischel*, Die Begründung, S. 338 f.

⁵⁸⁸ Vgl. bereits BVerfGE 4, 1 (7); BVerfGE 42, 64 (74).

⁵⁸⁹ Die Existenz empirischer Auswertungen hierzu ist nicht ersichtlich. Mag man aber den Berichten aus der Praxis glauben (vgl. etwa *Hiéramente*, ZRP 2017, 50) und berücksichtigt man die Empfehlungen staatsanwaltschaftlicher Formularvorschläge, vgl. etwa zur Einstellungsverfügung *H. Vordermeyer/M. Vordermeyer*, in: Handbuch für den Staatsanwalt, S. 767 ff., dann liegt ein entsprechender Schluss zumindest nahe.

auch kein Begründungserfordernis bezüglich dieser nicht kontrollierbaren Gesetzesbegriffe aus dem Recht auf Justizgewährleistung abgeleitet werden. Da – wie bereits dargelegt⁵⁹⁰ – diese Kontrollbeschränkung allerdings nicht überzeugen kann, folgt daraus konsequenterweise auch ein umfassenderes Begründungsprogramm staatsanwaltschaftlicher Entscheidungen. Die hier vertretene gesteigerte notwendige Begründungsdichte staatsanwaltschaftlicher Entscheidungen hängt damit direkt mit der Annahme und Reichweite staatsanwaltschaftlicher Letzt Konkretisierungskompetenzen zusammen.

Nicht ausgeschlossen ist hingegen, dass Entscheidungsbegründungen generalisierende Verweise enthalten. So gebietet zwar das Gebot der Begründungsindividualität,⁵⁹¹ dass die Einzelfallentscheidung selbst begründet wird und dass auf den bereits eingebrachten Vortrag von Betroffenen oder deren Vertretung eingegangen wird. Dies steht jedoch einem Verweis darauf, dass eine entsprechende Fallentscheidung der (für rechtmäßig gehaltenen) Entscheidungspraxis entspricht und der Fall im Übrigen keine Abweichung von dieser Praxis erzwingt, nicht entgegen.⁵⁹² Eingehendere Auseinandersetzungen werden daher erst dann notwendig, wenn entweder die Rechtmäßigkeit der Entscheidungspraxis *oder* die Einschlägigkeit der bisherigen Entscheidungspraxis zweifelhaft ist beziehungsweise von Betroffenen nicht gänzlich abwegig in Zweifel gezogen wird⁵⁹³. Damit wird auch deutlich, dass das Begründungserfordernis kein lediglich zeitraubender, lähmender Faktor ist,⁵⁹⁴ sondern durch gerichtliche Legitimation bestimmter Entscheidungspraktiken und Inbegriffen dieser gerichtlichen Bestätigungsentscheidungen auch

⁵⁹⁰ Oben C.II.3.

⁵⁹¹ Kischel, Die Begründung, S. 379 ff.

⁵⁹² Siehe dazu bereits C.II. 3.c.cc.

⁵⁹³ Für die Berücksichtigung des „Parteivortrags“, vgl. Kischel, Die Begründung, S. 380 ff.

⁵⁹⁴ Wobei die Belastung der *Begründung als solcher* ohnehin verhältnismäßig gering sein dürfte, vgl. zu dem Topos „Leistungsfähigkeit der Verwaltung und Begründungsaufwand“ Kischel, Die Begründung, S. 233 ff.

geeignet sein kann, künftige Prätendenten von der Aussichtslosigkeit ihrer Beschwerde zu überzeugen.⁵⁹⁵ Ist eine Entscheidungspraxis bereits gerichtlich bestätigt, kann auch in einer Begründung der Staatsanwaltschaft auf diese Bestätigung hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Entscheidungspraxis bezuggenommen werden.

2. Gewährung von Informationszugang

Erfordert das Recht auf Justizgewährleistung, dass Informationen hinsichtlich staatsanwaltschaftlicher Entscheidungen gerade aus dem Grund mitgeteilt werden müssen, damit von Seiten der Betroffenen die Möglichkeit und die Aussichten eines Rechtsschutzverlangens vor Gericht geprüft werden können, so lässt sich dieser Gedanke zu einem Gebot der „Institutionellen Rücksichtnahme“ insgesamt verallgemeinern.⁵⁹⁶ Als Kehrseite des Trennungsgebotes der Gewaltenteilung folgt aus der Gewaltengliederung im Rechtserzeugungsprozess, dass kein Verfahren so gestaltet werden darf, dass einer anderen Stufe der Rechtskonkretisierung ihre grundsätzliche Eigenfunktionalität genommen wird.⁵⁹⁷ Gespiegelt auf das Recht zur Justizgewährleistung durch die Gerichtsbarkeit lässt sich so ein *allgemeines verfassungsrechtliches Kooperationsgebot* der Staatsanwaltschaft begründen, das nicht nur die Teilnahme am gerichtlichen Verfahren selbst, sondern darüber hinaus eine Berücksichtigung der Voraussetzungen des späteren gerichtlichen Verfahrens im eigenen Verfahren voraussetzt.⁵⁹⁸

Lässt sich dies hinsichtlich der Begründung einer verfahrensbeendenden Entscheidung unmittelbar aus der Notwendigkeit der gerichtlichen Entscheidungskontrolle begründen, folgt aus der Koope-

⁵⁹⁵ Zur Entlastungsfunktion von Präjudizien in der juristischen Argumentation, vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 334 ff.

⁵⁹⁶ *Schmidt-Aßmann*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Einl. Rn. 198; *Schoch*, in: GdVwR III, § 50 Rn. 353.

⁵⁹⁷ Dies verdeutlicht auch die „Leerlauf“-Formel des *Bundesverfassungsgerichts* im Hinblick darauf, dass keine staatliche Institution vorgesehene Rechtsschutzmöglichkeiten ineffektiv machen dürfte, vgl. nur BVerfGE 78, 88 (99).

⁵⁹⁸ *Schoch*, in: GdVwR III, § 50 Rn. 129 ff. und 353.; grundlegend *Schwarze*, Funktionaler Zusammenhang, passim.

rationspflicht darüber hinaus, dass auch die *Information* über rechts- erhebliche Belange durch die Staatsanwaltschaft sichergestellt werden muss.⁵⁹⁹ Belastende Entscheidungen, die nicht originär durch ein Gericht angeordnet werden, können allein durch einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung seitens des Betroffenen einer gerichtlichen Kontrolle zugeführt werden. Einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung kann dabei naturgemäß nur stellen, wer um die Rechtsbeeinträchtigung weiß. Hängt daher eine gerichtliche Entscheidung davon ab, dass der subjektiv Berechtigte überhaupt Kenntnis von der Rechtsbeeinträchtigung hat, so erfordert das Recht auf Justizgewährleistung deshalb eine Information des Betroffenen, weil ansonsten das Recht zur Justizgewährleistung und damit das gerichtliche Kontrollverfahren insgesamt leerlaufen.⁶⁰⁰ Da die Staatsanwaltschaft durch Vorenthalten von Informationen die Funktionalität des gerichtlichen Kontrollverfahrens nahezu vollständig beseitigen könnte, gebietet der Grundsatz der institutionellen Kooperation grundsätzlich, dass Betroffene über alle sie betreffenden Vorgänge informiert werden müssen.

a. *Verfassungskonforme Anwendung einfachgesetzlicher Informationsrechte*

Derartige Informationsansprüche sind einfachgesetzlich an zahlreichen Stellen der StPO normiert worden. So finden sich namentlich

⁵⁹⁹ Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 256.

⁶⁰⁰ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 27. Oktober 1999 – 1 BvR 385/90 –, Rn. 68, juris: „Soweit die Effektivität des Rechtsschutzes von der Offenlegung der Verwaltungsvorgänge abhängt, die zu der angegriffenen Entscheidung geführt haben, wird auch die Kenntnisnahme durch das Gericht von dem Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG umschlossen. Andernfalls wäre ihm die Gewährung eines umfassenden Rechtsschutzes unmöglich. Es müsste überall dort, wo keine anderen Erkenntnisquellen zur Verfügung stehen, von den Darlegungen der Behörden ausgehen und könnte allenfalls prüfen, ob die Entscheidungen auf der Grundlage der als zutreffend zu unterstellenden Behauptungen rechtmäßig sind.“ Auch wenn der EGMR dieses Informationsrecht (für den EGMR richtigerweise) in Art. 6 EMRK verankert (vgl. etwa *EGMR*, NStZ 1998, 429) ändert das nichts daran, dass die methodologische Verortung im Recht auf Justizgewährleistung einem unmittelbaren Rückgriff auf Art. 6 EMRK vorzuziehen ist.

in §§ 100j Abs. 4, 101 Abs. 4, 101a Abs. 4 StPO explizite Benachrichtigungspflichten, in § 107 Satz 2 StPO ein partiell antragsabhängiges Auskunftsrecht (das allerdings ausweislich § 107 Satz 1 StPO voraussetzt, dass der Betroffene von einer Durchsuchung schon in Kenntnis gesetzt wurde) und darüber hinaus das Beschuldigtenrecht⁶⁰¹ auf Akteneinsicht in § 147 Abs. 1 StPO. Die im Einzelfall unterschiedliche gesetzliche Formulierung einmal als (reine) *Pflicht zur* und ein andermal als (antragsabhängiges) *Recht auf* Information, darf dabei nicht darüber hinwegtäuschen, dass im Falle jeder Entscheidung, die in die Rechte einer Person eingreift, dieser Person verfassungsrechtlich ein Recht auf Information zur effektiven Durchsetzung ihrer Rechte beiseite steht. Speziell § 147 Abs. 1 StPO muss in diesem Lichte verstanden und ausgelegt werden.⁶⁰² Da sich das Verfahrensinformationsrecht auf sämtliche Informationen erstreckt, die für das weitere Verfahren von Bedeutung sein können, bedeutet dies vor allem, dass nicht allein die äußere Zuordnung bestimmter Verfahrensgegenstände zu „der Akte“ ein Akteneinsichtsrecht begründen, sondern Einsicht auch in solche Verfahrensunterlagen gewährt werden muss, die nicht zu der Verfahrensakte genommen wurden.⁶⁰³ Das prima facie *beschränkte* Auskunftsrecht eines *unverteidigten* Beschuldigten gemäß § 147 Abs. 7 StPO erscheint vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG ebenfalls nicht gänzlich unproblematisch und bedarf einer verfassungskonformen Interpretation. Denn, prozessual steht auch einem unverteidigten Beschuldigte ein umfassendes Informationsrecht zu, das einfach-

⁶⁰¹ Trotz dessen, dass das Akteneinsichtsrecht gem. § 147 Abs. 1 StPO durch die Verteidigung ausgeübt wird, handelt es sich um ein Recht des Beschuldigten, vgl. *Lüderssen/Jahn*, in: LR-StPO, § 147 Rn. 9.

⁶⁰² Zur gerichtlichen Kontrolle Abschnitt C.III.2.d.

⁶⁰³ Maßgeblich zu den sog. Spurenakten BVerfGE 63, 45 (67 ff.). Umfassend *Wohlers*, in: SK-StPO, § 147 Rn. 24 ff. – auch eingehend auf Streitfragen in Einzelfällen, die Judikatur des EGMR und weiteren Nachweisen.

rechtlich entweder durch eine Beiordnung eines Pflichtverteidigers⁶⁰⁴ oder durch *de facto* Gewährung eines Akteneinsichtsrechts⁶⁰⁵ entsprechend § 147 Abs. 1 StPO aufgelöst werden kann.

b. Anspruch auf Mitteilung der Entscheidungspraxis

Ist das Informationsrecht darauf gerichtet, dass Betroffene über alle möglichen Rechtsbeeinträchtigungen und deren genauen Umstände Kenntnis erlangen können, so muss konsequenterweise auch ein Recht auf Information einer eventuell existierenden Entscheidungspraxis bestehen. Erkennt man die gleichheitsrechtliche Bindung der Staatsanwaltschaft an, so wird sowohl die Dokumentation einer Entscheidungspraxis als auch die Mitteilung einschlägiger Entscheidungsvarianten vom Recht auf Justizgewährleistung vorausgesetzt.⁶⁰⁶ Ohne die Kenntnis von bestehenden und angewandten Entscheidungsrichtlinien wäre es Beschuldigten und/oder Verletzten nicht möglich, sich gerade auf eine Ungleichbehandlung durch die Staatsanwaltschaft zu berufen.

c. Grenzen des Informationsrechts

Dies alles bedeutet hingegen keinesfalls, dass die Verfassung ausnahmslosen und unbeschränkten Informationszugriff erfordern würde. Die Radizierung der Informationspflichten im Recht auf Justizgewährleistung vermögen aber zu begründen, warum jede Zu-

⁶⁰⁴ OLG Koblenz, NStZ-RR 2000, 176; OLG-Düsseldorf, StV 1999, 309; OLG-Celle, StV 1983, 187.

⁶⁰⁵ EGMR, NStZ 1998, 429; dazu auch B.Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 147 Rn. 4 m.w.N.

⁶⁰⁶ Vgl. zum Recht auf Mitteilung einer bestehenden Verwaltungspraxis BVerwG, Urteil vom 16. September 1980 – I C 52.75 = BVerwGE 61, 15-24, Rn. 20 – juris. Zur aus Art. 19 Abs. 4 GG folgenden relativen Publikationspflicht Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, § 19 Abs. 4 GG Rn. 252; ders. bei Rn. 256: „Darüber hinaus fordert Art. 19 Abs. 4, dass dort, wo die Behörde die für den Rechtsschutz kenntnisnotwendigen Informationen monopolisiert hat, Akteneinsicht gewährt oder Auskunft erteilt wird.“

rückhaltung von Informationen grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig – und damit tendenziell kontrollbedürftig – ist.⁶⁰⁷ Wie die Begründungspflicht der Staatsanwaltschaft soll auch das Informationsrecht der Betroffenen sicherstellen, dass überhaupt Rechtsschutz in Anspruch genommen werden kann; mehr noch: Ein Betroffener soll eine informierte Entscheidung darüber treffen können, ob er eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen möchte oder nicht.⁶⁰⁸ Diese Informiertheit setzt grundsätzlich bestehende Informationsrechte genauso voraus wie die grundsätzliche Pflicht zur Dokumentation sämtlicher rechtsrelevanter Vorgänge.⁶⁰⁹ Doch wie für jedes *grundsätzliche* Recht, so finden sich auch für das verfahrensbezogene Informationsrecht Relativierungen von der Gewährungspflicht:

aa. Vereitelung des Ermittlungserfolges

Relativ offensichtlich sind zunächst Fälle, in denen eine Informationsgewährung die Tauglichkeit einer ansonsten verfassungsrechtlich unbedenklichen Ermittlungsmaßnahme selbst in Frage stellen würde.⁶¹⁰ Eine Informationspflicht kann solange nicht bestehen, wie gerade die Gewährung der Information dazu führen würde, dass das Recht auf effektive Justizgewährleistung das zugrundeliegende materielle Recht selbst ausweitet. Hat ein Beschuldigter eine überraschende Zwangsmaßnahme zu dulden, so würde eine Gewährung von Vorabinformation aufgrund *effektiver* Justizgewährleistung dazu führen, dass eine notwendige Exekutivmaßnahme *per se* nicht durchgeführt werden könnte. Ebenso wenig wie aber die Effektivität der Strafverfolgung gegen das Recht auf Effektive Justizgewährleistung „ausgespielt“ werden kann, kann umgekehrt das Recht auf effektive Justizgewährleistung dazu herangezogen werden, notwendige staatsanwaltschaftliche Ermittlungsmaßnahmen *per se* unmöglich zu machen. Dieser *allgemeingültige und verfassungsrechtlich*

⁶⁰⁷ Vgl. mit Blick auf das Verwaltungsrecht auch *Schoch*, in: GdVwR III, § 50 Rn. 109.

⁶⁰⁸ Zu den aus der Justizgewährleistungspflicht abgeleiteten Informationspflichten und den Gründen für diese Informationspflichten, vgl. BVerfGE 100, 313 (365, 398 f.); 109, 279 (363 f.); 129, 208 (238).

⁶⁰⁹ Vgl. BVerfG, NJW 2003, 2303 (2303 f.); BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 12. Februar 2007 – 2 BvR 273/06 = NJW 2007, 1345 – Rn. 18, juris.

⁶¹⁰ Vgl. hierzu bereits BGHSt. 29, 99 (103).

vorgegebene Gedanke⁶¹¹ findet sich etwa in der ausdrücklichen Beschränkung technischer-heimlicher Ermittlungsmaßnahmen, ist im Grunde aber schon angelegt in den Anordnungsvorschriften zur Durchsuchung in §§ 105 ff. StPO.

Ist die Tauglichkeit einer Maßnahme jedoch nicht (mehr) gefährdet, muss grundsätzlich eine nachträgliche Mitteilung stattfinden, vgl. §§ 107 Satz 1, 101 Abs. 4 Satz 1 StPO. Auch dies lässt sich mit der Funktion der Justizgewährleistung begründen: Die Tatsache, dass im Zeitpunkt der Maßnahme ein materielles Recht auf Abwehr dieser Maßnahme möglicherweise nicht bestand, ändert nichts daran, dass die Maßnahme gerichtlich auf eine Rechtsverletzung überprüft werden können muss.⁶¹² Das tatsächliche Ereignis mag sich „erledigt“ haben, die verbindliche Normsetzung durch die Gerichtsbarkeit hat dadurch aber noch nicht an Bedeutungskraft eingebüßt.⁶¹³ Da durch nachträgliche Information die ursprüngliche Tauglichkeit der Maßnahme aber auch nicht mehr berührt wird, muss eine nachträgliche Information gerade zur Ermöglichung eines zeitlich nachträglichen Rechtsschutzes gewährt werden – einfachgesetzlich kommt dieser Zusammenhang wiederum in § 101 Abs. 4 Satz 2 StPO zum Ausdruck.

bb. Gefährdungen Dritter

Weniger deutlich sind hingegen die einschränkenden Ausgestaltungsmöglichkeiten des Informationsanspruches aufgrund Gefährdungslagen, die durch eine entsprechende Information gerade für Dritte verursacht werden. Sowohl die Mitteilung hinsichtlich einer verdeckten Ermittlung (§ 110b Abs. 3 StPO) als auch die Mitteilung erfolgter technischer Überwachungsmaßnahmen (§ 101 Abs. 4 Satz 3 StPO) gestatten es, nachträgliche Benachrichtigungen zeitlich nach hinten zu verschieben. Eine gebotene nachträgliche Mitteilung kann also unabhängig von Tauglichkeitserwägungen der Ermittlungsmaßnahme selbst verzögert werden. Seinen verfassungsrecht-

⁶¹¹ Vgl. auch *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art 19 Abs. 4 Rn. 248.

⁶¹² Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier-GG, Art. 19 Rn. 75; *Bickenbach*, JuS 2017, 813 (816); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 19 Rn. 41.

⁶¹³ Vertieft in Abschnitt C.III.3.c.

lichen Grund findet eine solche Beschränkung des Informationsrechts in der Kollision mit konkreten Rechten Dritter. Dies lässt sich sowohl schutzrechtlich begründen, indem die Pflicht des Staates unterstrichen wird, essentielle Rechte Dritter (Leib, Leben, Selbstbestimmung) auch vor Angriffen durch den von der Maßnahme Betroffenen (und dessen Auftragnehmer) zu schützen – man kann es aber auch abwehrrechtlich fassen: Dritte müssen es grundsätzlich nicht dulden, dass Gefahren bestimmten Grades für ihre Rechte entstehen und *weil* sie es nicht dulden müssen, dürfen diese Gefahren nicht staatlicherseits hervorgerufen werden, *ohne* dass es einen zureichenden Grund hierfür gibt. Gerade diese abwehrrechtliche Betrachtung ermöglicht dabei eine relativ einfache (aber nicht anspruchsvolle) Prüfung der Beschränkung nachträglicher Informationspflichten nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit.⁶¹⁴ Je stärker das Informationsrecht des Betroffenen, desto gravierender müssen sich die Gefährdungslagen für Dritte offenbaren, um einen Informationsausschluss zu rechtfertigen.

d. Zusammenfassung und Folgerungen

Fasst man den Bestand zusammen, so zeigt sich, dass Informationsrechte (und damit verbunden auch Dokumentationsrechte) der Betroffenen vom Recht auf Justizgewährleistung vorausgesetzt werden. Dies einmal, weil die Justizgewährleistung als subjektives Recht im Falle heimlicher Maßnahmen mangels Kenntnis von einer Rechtsbeeinträchtigung leerzulaufen drohte, zum anderen aber auch (und damit notwendig verbunden), weil die objektive, aus der Gewaltenteilung folgende Kooperationspflicht der Institutionen dies gebietet.

Sind Verfahrensinformationsrechte damit in gleicher Weise wie das Recht auf eine vollständige und richtige Entscheidungsbegründung vom Recht auf Justizgewährleistung vorausgesetzt, so zeigen sich hinsichtlich der möglichen Folgen jedoch Unterschiede, die in den unterschiedlichen Sinnbezügen zu finden sind: Dient das Recht auf Entscheidungsbegründung der Information auch über die Vo-

⁶¹⁴ Zur dogmatischen Verknüpfung von Abwehrrecht und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, vgl. *Schlink*, EuGRZ 1984, 457 (460 f.).

raussetzungen und Aussichten eines Rechtsschutzes *und* der Konkretisierung des Prüfungsstoffes,⁶¹⁵ so dient das Recht auf Information in erster Linie dem Zweck, dass der Betroffene in den Stand versetzt wird, überhaupt zu erfahren, *ob* Rechtsbeeinträchtigungen stattgefunden haben.

Kann der Verletzung einer staatsanwaltschaftlichen Entscheidungsbegründungspflicht dadurch begegnet werden, dass im Zweifel davon ausgegangen wird, dass eine (ggf. auch nicht vorgenommene) Entscheidungsbegründung alle tatsächlich angestellten Erwägungen enthält,⁶¹⁶ so kann diese Lösung auf solche prozessualen Informationsrechte nicht übertragen werden, deren Sinn überhaupt erst darin besteht, Betroffene über eine gerichtlich überprüfbare Rechtsbeeinträchtigung in Kenntnis zu setzen: Für Informationsrechte, die gerade darauf zielen, dass über mögliche Rechtsverletzungen Auskunft erteilt wird, kann mangels verfahrensinterner Lösungsmöglichkeit nur gefolgert werden, dass das Recht auf Information als Ausfluss aus dem Recht auf Justizgewährleistung *selbstständig* geltend gemacht werden können muss.⁶¹⁷

Als besonders relevantes Anwendungsbeispiel mag insoweit das Akteneinsichtsrecht gemäß § 147 Abs. 5 StPO dienen. In diesem Zusammenhang ist umstritten, ob vor Abschluss des Ermittlungsverfahrens und in anderen als den ausdrücklich genannten Ausnahmetatbeständen ein Rechtsmittel gegen eine verweigerte Akteneinsicht

⁶¹⁵ Als solche also – hinsichtlich seiner prozessualen Funktion – durchaus vergleichbar mit der Umgrenzungs- und Informationsfunktion der Anklageschrift.

⁶¹⁶ C.III.1.d. Ähnliches betrifft auch die aus Art. 19 Abs. 4 GG abgeleiteten Dokumentationspflichten. Das *Bundesverfassungsgericht* vermutet hier, dass ein nicht dokumentierter (aber zu dokumentierender) Vorgang, nicht stattgefunden hat. Vgl. BVerfG, NJW 2003, 2303 (2303 f.); BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 12. Februar 2007 – 2 BvR 273/06 = NJW 2007, 1345 – Rn. 18, juris.

⁶¹⁷ Das *Bundesverfassungsgericht* geht wie selbstverständlich von der eigenständigen Einklagbarkeit von Informationsrechten als Verfahrensrechte aus, vgl. BVerfGE 63, 45 (65 f.). In anderem Kontext aber in Bezug auf ähnliche Wertungsfragen, vgl. etwa BVerfGE 24, 56 (61); 58, 1 (23).

eingerräumt werden soll.⁶¹⁸ Die gesetzliche Formulierung zeigt sich restriktiv und ermöglicht unter grammatikalischen und systematischen Auslegungsgesichtspunkten kaum Anhaltspunkte dafür, dass Rechtsschutz auch über die genannten Ausnahmetatbestände hinaus gewährt werden muss.⁶¹⁹ Ein Blick in die Gesetzesmaterialien offenbart jedoch, dass der Gesetzgeber selbst zweifelte, ob diese restriktive Formulierung exklusiven Charakter haben sollte.⁶²⁰ Damit ist zumindest ein methodischer Raum eröffnet, § 147 Abs. 5 StPO auch auf weitere Fälle zu erstrecken, ohne das Recht explizit *gegen* den Normsinn anzuwenden.⁶²¹ Berücksichtigt man, dass im Ermittlungsverfahren wegen des Rechts auf Information ein *allgemeiner* Anspruch auf Informationszugang besteht, dann wird auch deutlich, dass dieses Recht auf Information als subjektives Recht einer Geltendmachung entsprechend Art. 19 Abs. 4 GG zugrunde liegen kann.⁶²² Mit anderen Worten: Verweigert die Staatsanwaltschaft

⁶¹⁸ Überblick bei *Wohlens*, in: SK-StPO, § 147 Rn. 112 mit zahlreichen Nachweisen.

⁶¹⁹ *Beulke*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, § 147 Rn. 52.

⁶²⁰ Vgl. BT-Drucks. 14/1484, S.22: „Es erscheint in diesem Regelungskontext daher angemessen, dem Verteidiger – für den Beschuldigten – die Anrufung des Richters gegen die Versagung der Akteneinsicht zumindest dann ausdrücklich einzuräumen, wenn die staatsanwaltlichen Ermittlungen förmlich (§ 169a) abgeschlossen sind sowie in den Fällen (§ 147 Abs.3), in denen die Beschränkung des Akteneinsichtsrechts nach § 147 Abs. 2 nicht greift. Ob und inwieweit dem Beschuldigten bzw. seinem Verteidiger eine weitergehende Eröffnung des Rechtsweges gegen die Versagung der Akteneinsicht im Ermittlungsverfahren eingeräumt und damit die Position der Verteidigung im Ermittlungsverfahren gestärkt werden sollte, wird im Gesamtzusammenhang mit einer Reform der Rechtsmittel zu prüfen sein.“

⁶²¹ Auch hier verbirgt sich letztlich das Problem fehlender prozessualer Rechtsschutzgeneralklauseln in der StPO, vgl. Abschnitte C.I.4.a.aa.ccc und C.I.4.a.bb. Im Falle „bewusster Gesetzeslücken“ solle eine derartige Rechtsfortbildung unproblematisch sein, vgl. *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, S. 115 f.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 67. Auffallend ist allerdings, dass sich die Regelungslücke im Falle des § 147 Abs. 5 StPO nicht in einer offenen Formulierung niedergeschlagen hat.

⁶²² So auch *Wohlens*, in: SK-StPO, § 147 Rn. 112; *Thomas/Kämpfer*, in: MüKo-StPO, § 147 Rn. 59.

ohne zureichenden Grund eine Akteneinsicht in *irgendeinem* Stadium, dann verletzt sie damit das allgemeine Informationsrecht des Beschuldigten.⁶²³ Diese für sich stehende Rechtsverletzungsmöglichkeit muss wegen Art. 19 Abs. 4 GG mit einem eigenen Rechtsmittel angefochten werden können.

3. Vorläufiger, vorbeugender und nachträglicher Rechtsschutz Grundsätzlich erfordert Justizgewährleistung, dass das letzte Wort in einer Rechtsangelegenheit den Gerichten zukommen kann. Da gerichtliche Entscheidungen dabei unabhängig davon in Rechtskraft erwachsen, ob sie inhaltlich zwingend als richtig angesehen werden müssten, ist es nur folgerichtig, wenn die heute herrschende Ansicht den Akt der Rechtsprechung als *wirkliches Entscheiden*, als *originäre Rechtssetzung* versteht.⁶²⁴ Gerichte finden nicht das Recht wie es immer schon vorlag – mit der richterlichen Entscheidung wird eine rechtliche Norm erst letztverbindlich konkretisiert, sie wird *festgesetzt*. Als rechtlicherer *Normsetzungsakt* müsste der Bezugspunkt richterlicher Entscheidungen aber einen prinzipiell Zukunftsbezug haben,⁶²⁵ denn durch richterliche Entscheidung Normen zu setzen, die sich *ausschließlich* auf Vergangenes beziehen, würde den *Sollensbezug* von Verhaltensnormen bereits im logischen Ausgangspunkt verfehlen⁶²⁶ – eine lediglich mit Vergangenheitsbezug gesetzte Norm wäre unmöglich zu befolgen und eine darauf gerichteten Rechtsprechung strukturell *ineffektiv*.⁶²⁷ Das im Zusammenhang

⁶²³ Der von *Thomas/Kämpfer*, in: MüKo-StPO, § 147 Rn. 59 angeführte Verweis auf EGMR 24.6.2003 – Nr. 39482/98 – *Dowsett vs. The United Kingdom* geht hingegen fehl: Dem EGMR ging es ausweislich Rn. 43 f. ausschließlich darum, das Einsichtsrecht überhaupt vor der *gerichtlichen* Verhandlung zu sichern. Etwas, das durch § 147 Abs. 5 StPO i.V.m. Abs. 1 StPO gerade nicht in Frage gestellt wird.

⁶²⁴ Dazu jüngst *Poscher*, FS-Wahl 2011, S. 527 ff., S. 533.

⁶²⁵ Von „Sollens-Symbolik“ und „Zukunftsbezug der Rechtsfunktion“ spricht *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 129 f.

⁶²⁶ Es wären kein „Sollenssätze“, sondern „Hätte-sein-sollen-Sätze“.

⁶²⁷ Vgl. zu diesem Normverständnis *Möllers*, *Die Möglichkeit der Normen*, S. 395.

mit Art. 19 Abs. 4 GG vom *Bundesverfassungsgericht* betonte „Gebot des rechtzeitigen Rechtsschutzes“ bringt genau dies zum Ausdruck.⁶²⁸

Ersichtlich kann daraus jedoch *nicht* gefolgert werden, dass rechtlich nur zulässig ist, worüber gerichtlich bereits entschieden wurde. Dass eine so gezogene Konsequenz dem bürgerlichen Freiheitspostulat im Ausgangspunkt entgegensteht⁶²⁹ ist genauso evident wie dass die Versagung exekutiver Eilkompetenzen und privater Notrechte letztlich genau die Freiheitsausübung beschränken würde, die eine richterliche Entscheidungskompetenz erst zur Voraussetzung macht: Bestimmte Polizeimaßnahmen müssen schnell ausgeführt werden und manche Ermittlungsmaßnahmen gerade den Augenblick ausnutzen können, um überhaupt ihren Zweck erfüllen zu können⁶³⁰ – die auch vom Verfassungstext vorgesehenen Zuständigkeiten qua Gefahr im Verzug bringen genau dies zum Ausdruck.⁶³¹ Damit eröffnet sich ein Spannungsverhältnis zweier Effektivitätspostulate, die es aufzulösen gilt, und die vor allem (aber nicht ausschließlich) die Verfahrensstruktur der Exekutive betreffen: Einerseits muss das letzte Wort der Rechtsprechung grundsätzlich möglich sein, *bevor* es zu einer Rechtsbeeinträchtigung kommt, andererseits darf die Aufgabenerfüllung der Exekutive nicht durch das Erfordernis der effektiven Rechtsprechungsmöglichkeit unmöglich werden.

Die Auflösung dieses Spannungsverhältnisses wird von der Rechtsordnung durch unterschiedliche Institute gelöst, die sich

⁶²⁸ Vgl. BVerfGE 34, 160 (162 f.); 40, 272 (275); 61, 82 (111); 67, 43 (58); 77, 275 (284); 108, 34 (40); 113, 113 (122). Zuletzt auch BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 08. November 2017 – 2 BvR 809/17 –, Rn. 12, juris. Richterliche Entscheidungen in Bezug auf bereits abgeschlossene („erledigte“) Konflikte stehen einem Zukunftsbezug der Entscheidung gleichwohl nicht notwendig entgegen, vgl. hierzu die Vertiefung in Abschnitt D.I.3.a.

⁶²⁹ Zum sog. „Verteilungsprinzip“ der Rechtfertigungslasten, vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 126.

⁶³⁰ Vgl. Hoffmann-Riem, in: GdVwR I, § 10 Rn. 102 – zur „funktionalen Differenzierung zwischen Verwaltung und Gerichten“.

⁶³¹ Voßkuhle, in: HdGR V, § 131 Rn. 27 und 47.

sämtlich als Abweichung von der herkömmlichen staatlichen Entscheidungsverfahrenstruktur präsentieren. Es geht um die Gewährung vorläufigen (a), vorbeugenden (b) und nachträglich-feststellenden (c) Rechtsschutzes.⁶³²

a. *Vorläufiger Rechtsschutz*

Vorläufiger Rechtsschutz ist grundsätzlich notwendig, wenn eine bestimmte Verfahrensgestaltung der Exekutive dazu führen würde, dass die Rechte des Betroffenen durch eine bestimmte Verfahrenshandlung bereits *endgültig* beeinträchtigt wären.⁶³³ Ein Zuwarten auf Rechtsschutz in der Hauptsache käme für eine effektive richterliche Normsetzung damit grundsätzlich zu spät. Durch richterliche Anordnungen und Verfügungen können über vorläufigen Rechtsschutz daher ausnahmsweise Verfahrensvorgaben für exekutive Entscheidungsverfahren erlassen werden, die aufgrund der Verfahrenshoheit der Exekutive grundsätzlich ausgeschlossen wären.⁶³⁴ Deutlich wird damit, dass vorläufiger Rechtsschutz nicht nur die Rechte der Betroffenen zu berücksichtigen hat, sondern diese Rechte gerade abwägen muss mit der Notwendigkeit eines sofortigen Fortschreitens des exekutiven Entscheidungsverfahrens.⁶³⁵ Da es im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes nur um eine *einstweilige* Regelung des weiteren Verfahrens geht, ist auch klar, dass eine derartige richterliche Regelung grundsätzlich nicht dazu führen darf, dass die exekutive Entscheidung selbst unmöglich wird: Eine Vorwegnahme der Entscheidungskontrolle, eine Vorwegnahme der Hauptsache also,

⁶³² Vgl. ferner zur Einordnung der Notrechte in die gestufte rechtliche Konfliktregelung *Poscher*, *Abwehrrechte*, S. 183 ff. Vgl. auch *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 173: „Was an sachlicher Härte des Entweder/Oder [von Recht und Unrecht] erzwungen wird, um das Rechtssystem ausdifferenzieren zu können, muß durch Inanspruchnahme von Zeit, das heißt: von Verschiedenheit im Nacheinander, kompensiert werden. Die Ausdifferenzierung erfordert eine *Dynamisierung* des Systems.“ Hervorhebung nur hier.

⁶³³ BVerfGE 35, 263 (274 f.); 93, 1 (13 f.); 94, 166 (216); 126, 1 (27 f.); auch zitiert bei *Sachs*, in: *Sachs*, *Grundgesetz*, Art. 19 Rn. 148; vgl. auch *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 19 Abs. 4 Rn. 273; *Schoch*, in: *GdVwR III*, § 50 Rn. 228.

⁶³⁴ *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 19 Abs. 4 Rn. 273.

⁶³⁵ Vgl. *Schoch*, in: *GdVwR III*, § 50 Rn. 228 f.

würde die grundsätzliche Entscheidungskompetenz der Exekutive in Frage stellen und wäre damit grundsätzlich unzulässig.⁶³⁶ Der Abwägungscharakter der vorläufigen Regelungsentscheidung verbietet allerdings holzschnittartige Verbote und damit auch einen kategorischen de facto Ausschluss einer Hauptsachevorwegnahme.⁶³⁷ Je gravierender vielmehr ein Fortschreiten im exekutiven Verfahren die Rechte des Betroffenen beeinträchtigen würde, desto umfangreicher dürfen auch richterliche Anordnungen die Verfahrenskompetenz der Exekutive modifizieren.⁶³⁸

Im Strafverfahren sind denkbare Konstellationen vorläufigen Rechtsschutzes – trotz der eröffneten Regelungsmöglichkeit im Beschwerderecht⁶³⁹ – selten. Entweder die Ermittlungsbehörden werden akut tätig, da die übliche Anordnungskompetenz der Gerichte den Ermittlungserfolg vereiteln würde (Gefahr im Verzug), dann aber besteht gerade nicht mehr die Möglichkeit auch nur rechtzeitig vorläufig Rechtsschutz durch ein Gericht in Anspruch zu nehmen, oder aber die Anordnungskompetenz der Ermittlungsmaßnahme selbst liegt gerade beim Gericht, weshalb ein vorläufiger Rechtsschutz sich (jedenfalls) nicht gegen staatsanwaltschaftliche Entscheidungen richten würde.⁶⁴⁰ Denkbar ist vorläufiger Rechtsschutz gegen staatsanwaltschaftliche Maßnahmen daher nur dann, wenn die Anordnung

⁶³⁶ *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 277.

⁶³⁷ BVerfGE 79, 69 (77 f.); BVerfGK 1, 201 (206); 7, 403 (409); vgl. auch *Schoch*, in: GdVwR III, § 50 Rn. 230; *Windthorst*, Einstweiliger Rechtsschutz, S. 630 sieht daher im Verbot der Hauptsachevorwegnahme gar einen „überflüssigen Topos“.

⁶³⁸ Instrukтив *Schoch*, JURA 2002, 37 (43 f.)

⁶³⁹ § 307 Abs. 2 StPO.

⁶⁴⁰ Eine interessante Konstellation ergibt sich nunmehr aus der Neuregelung des § 81a Abs. 2 Satz 2 StPO. Geht man davon aus, dass die Gesetzgebung den Zustand der fachgerichtlichen Rechtsprechungslinie vor der Korrektur durch das *Bundesverfassungsgericht* im Jahr 2007 (*BVerfG*, NJW 2007, 1345) wiederherstellen wollte, dann wird man in der Regelung einen Regelfall von Gefahr im Verzug sehen müssen, vgl. hierzu auch *Claus*, NZV 2017, 449 (451 ff.). Vor dem Hintergrund effektiver Justizgewährleistung erscheint diese Regelung hingegen nicht unproblematisch. Daran ändert auch nichts, dass es sich bei einer Blutentnahme um einen vergleichsweise geringfügig-

der Staatsanwaltschaft vollzogen werden kann, ohne dass darüber vorab ein Gericht entschieden hat *und* überhaupt ein hinreichender Zeitraum zwischen Kenntnis von der Anordnung und Vollzug der Maßnahme verbleibt. Beispiele hierfür finden sich in der Praxis in einstweiligen Anordnungsentscheidungen durch das *Bundesverfassungsgericht* und betreffen die Zeugenvernehmung⁶⁴¹ (aa) und die Auswertung potentiell rechtswidrig beschlagnahmter Gegenstände⁶⁴² (bb).

aa. Zeugenvorladung

In einer einstweiligen Anordnung untersagte das *Bundesverfassungsgericht* dem Landgericht Waldshut-Tiengen, eine mutmaßlich durch Sexual- und Körperverletzungsdelikte Geschädigte in der Hauptverhandlung als Opferzeugin zu vernehmen, da durch die Vernehmung irreparable Grundrechtsverletzungen der Betroffenen drohten.⁶⁴³ Stattdessen verwies das Gericht das Landgericht darauf, dass eine audiovisuelle Vernehmung oder Abtrennung bestimmter Verfahrensteile in Betracht zu ziehen seien. Das *Bundesverfassungsgericht* stellte dabei insbesondere fest, dass die Fachgerichte keine Rechtsbehelfe von Zeugen gegen richterliche Zeugnisanordnungen zuließen und stellte in Frage (wenn auch im Ergebnis offlassend), ob diese Praxis mit dem Recht auf Justizgewährleistung vereinbar sei.⁶⁴⁴

Der Anordnungsbeschluss des *Bundesverfassungsgerichts* bezieht sich zwar nicht auf eine staatsanwaltschaftliche Zeugenvorladung, die Argumentation des *Bundesverfassungsgerichts* erscheint hingegen auf staatsanwaltschaftliche Zeugenvorladungen durchaus

gen Grundrechtseingriff handeln mag: Auch vermeintlich geringfügige Grundrechte sind Rechte und müssen als solche effektiv durch unabhängige Richter geschützt werden können. Vgl. *Voßkuhle*, in: HdGR V, § 131 Rn. 116: „Ohne effektiven Richtervorbehalt gibt es keinen effektiven Grundrechtsschutz.“

⁶⁴¹ BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 27. Februar 2014 – 2 BvR 261/14 – juris.

⁶⁴² BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 25. Juli 2017 – 2 BvR 1287/17 – juris.

⁶⁴³ BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 27. Februar 2014 – 2 BvR 261/14 – juris.

⁶⁴⁴ BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 27. Februar 2014 – 2 BvR 261/14 Rn. 26 – juris.

übertragbar: Wäre eine konkrete Zeugenvorladung rechtswidrig, weil die Rechte des Zeugen nicht hinreichend berücksichtigt wurden (weil etwa eine derzeitige Vernehmung den Zeugen unzumutbar belasten würde), und steht dem betroffenen Zeugen kein ordentlicher Rechtsbehelf zur Verfügung, der die Vorladung selbst beträfe, dann kann es geboten sein, zumindest im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes der staatsanwaltschaftlichen Vorladung bis auf Weiteres die Verbindlichkeit zu nehmen. Denn, hat die Staatsanwaltschaft einen Zeugen vorgeladen und erscheint ein Zeuge daraufhin nicht, so kann die Staatsanwaltschaft gemäß §§ 161a Abs. 2 Satz 1 StPO „Maßregeln“ erlassen. Gegen diese Zwangsmittel steht darauf dem betroffenen Zeugen gemäß § 161a Abs. 3 StPO ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu – die Pflicht zur Zeugenaussage bleibt von diesem Antrag auf gerichtliche Entscheidung aber zunächst unberührt. Darüber hinaus ist der Antrag auf gerichtliche Entscheidung auch nur darauf gerichtet, die konkrete Ordnungsmittelfestsetzung anzugreifen, was gegenüber der Rechtmäßigkeit der Zeugenvorladung schlicht ein *anderer* Prüfungsgegenstand ist. Das Gericht entscheidet nur und ausschließlich über die Rechtmäßigkeit der Zwangsmittelanordnung, *nicht* hingegen über die Rechtmäßigkeit der Zeugenvorladung selbst. Auch in anderen Zusammenhängen mutet man Rechtsschutzsuchenden nicht zu, erst eine Sanktionierung abzuwarten, bevor man sich gegen die zugrundeliegende Verpflichtung zur gerichtlich Wehr setzen darf.⁶⁴⁵ Rechtsschutz muss schon gegen die Anordnung eines bestimmten Verhaltens geboten sein, sofern diese Anordnung für sich Verbindlichkeit beansprucht.⁶⁴⁶ Es fehlt damit *bisher* die Möglichkeit zumindest einstweilen, das heißt bis zur gerichtlichen Entscheidung über die Beugemittelanordnung, die Pflichten als Zeuge gerichtlich suspendieren zu lassen.

Praktisch ist diese verfassungsrechtlich notwendige Möglichkeit hingegen dadurch erschwert, dass § 161a Abs. 3 StPO ausdrücklich

⁶⁴⁵ Vgl. BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 07. April 2003 – 1 BvR 2129/02 –, Rn. 14, juris; BVerwG, Urteil vom 17. Januar 1972 – I C 33.68 –, BVerwGE 39, 247, Rn. 7; allgemeiner und in ähnlichem Zusammenhang auch *Detterbeck*, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 93 Rn. 95 m.w.N.

⁶⁴⁶ Um Grundlage einer Sanktionsanordnung zu sein, *muss* eine Verhaltensanordnung verbindlich sein.

nur einen Hauptsacherechtsbehelf gegen die Anordnung von Ordnungsmitteln zur Erzwingung einer bereits vorgenommenen Zeugenvorladung ermöglicht, nicht aber gegen die Zeugenvorladung selbst. Die verfassungsrechtlich prekäre Position des Zeugen wird dabei auch in der Literatur erkannt und vorgeschlagen, § 161a Abs. 3 StPO insoweit verfassungskonform auszulegen, als dass auch ein Vorgehen gegen die Anordnung der Zeugenvernehmung ermöglicht werden soll.⁶⁴⁷ Das *Bundesverfassungsgericht* ließ in dem Anordnungsbeschluss zwar offen, ob das Fehlen von Rechtsbehelfen gegen die richterliche Zeugenvorladung mit dem Recht auf Justizgewährleistung vereinbar sei⁶⁴⁸ – allein dass das Gericht die Frage aber andeutete, ohne dass dies im Kontext der Anordnungsentscheidung notwendig gewesen wäre, lässt zumindest Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit solcher prozessualen Gestaltungen erkennen.⁶⁴⁹ Da jedoch sowohl bei der richterlichen, als auch bei der staatsanwaltschaftlichen Vernehmungsanordnung bereits von einem verbindlichen (und *daher* eingreifenden) Verhaltensgebot gegenüber den Zeugen auszugehen ist, erscheint eine entsprechende Rechtsschutzmöglichkeit zwingend: Ein nicht vernehmungsfähiger Zeuge darf nicht per staatsanwaltschaftlicher Anordnung⁶⁵⁰ wirksam

⁶⁴⁷ Vgl. *Erb*, in: LR-StPO, § 161a Rn. 21; *Wohlers*, in: SK-StPO, § 161a Rn. 18 – die beide für einen solchen Fall eine vorherige Beanstandungsobliegenheit gegenüber der Staatsanwaltschaft befürworten. Ähnlich auch schon *Dahs*, NStZ 1983, 183 (184).

⁶⁴⁸ Konkret bezog sich das Gericht auf die Möglichkeit gegen die Ablehnung einer audiovisuellen Vernehmung vorzugehen, ob dies von § 247a Abs. 1 Satz 2 StPO erfasst ist, ist umstritten (vgl. hierzu *Hamm*, StV 2015, 137 (140) m.w.N.). Allgemein ging es aber um die Frage, ob bereits die Vorladung als Verpflichtung gerichtlich überprüfbar sein muss, denn ein Recht auf audiovisuelle Vernehmung setzt ein Recht auf das Unterbleiben einer allgemein nicht gerechtfertigten Vorladung logisch voraus. Die h.M. scheint das Rügerecht von Zeugen gem. § 238 Abs. 2 StPO nur auf spezifische Fragen, nicht aber auf die Vorladung als solche zu erstrecken, vgl. *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 238 Rn. 14 m.w.N.

⁶⁴⁹ Kritisch zu der einseitigen Betonung der Zeugenrechte zeigt sich hingegen *Hamm*, StV 2015, 137 (104f.) – der damit aber die Darlegungsanforderungen im Rahmen eines Beschlusses nach § 32 BVerfGG überspannt.

⁶⁵⁰ Das gleiche gilt sinngemäß auch für die nunmehr verpflichtende polizeiliche Vorladung in staatsanwaltschaftlichem Auftrag, vgl. § 163 Abs. 3 StPO.

zur Aussage verpflichtet werden. Trifft die Staatsanwaltschaft gleichwohl eine *verpflichtende* Anordnung (vgl. § 161a Abs. 1 Satz 1 StPO), so gebietet das Grund-Grundrecht auf effektive Justizgewährleistung, dass überhaupt eine Möglichkeit der gerichtlichen Prüfung offensteht *und* dass es die Möglichkeit gibt, bereits der Anordnung *einstweilen* die Verbindlichkeit zu nehmen – etwa entsprechend der Anordnungscompetenz gem. § 307 Abs. 2 StPO. Entgegen seines strikten Wortlautes sollte im Sinne der zuvor genannten Literaturansicht die Rechtsschutzmöglichkeit des § 161a Abs. 3 StPO damit erstens bereits auf eine staatsanwaltschaftliche Zeugenvorladung anwendbar sein und zweitens auch ein Eilantrag zugelassen werden, der der Vorladung bis zur endgültigen gerichtlichen Entscheidung die Verbindlichkeit nehmen kann.

bb. Auswertung von beschlagnahmten Gegenständen

In einem anderen Anordnungsverfahren untersagte das *Bundesverfassungsgericht* der Staatsanwaltschaft einstweilen bereits beschlagnahmte Akten und andere im Zusammenhang mit der Durchsichtung einer Anwaltskanzlei erlangten Informationsbestände auszuwerten.⁶⁵¹ Es sah dabei die Berufsfreiheit der betroffenen Rechtsanwälte nicht erst durch eine spätere prozessuale Verwertung beeinträchtigt, sondern erkannte schon in der Auswertung durch die Ermittlungsbehörden selbst einen drohenden irreparablen Schaden, da Mandanten von Rechtsanwälten gerade auf die Vertraulichkeit der anwaltlich verwahrten Informationen vertrauen dürften.

Auch in diesem Anordnungsbeschluss ging es unmittelbar nicht um Beschlagnahmeanordnungen der Staatsanwaltschaft, sondern um Beschwerdebeschlüsse des Landgerichts Münchens I. Auch hier lässt sich die grundsätzliche Spannungslage allerdings auf die staatsanwaltschaftliche Beschlagnahmeanordnung übertragen: Die Staatsanwaltschaft selbst kann, einem Betroffenen gegenüber (zunächst) wirksam eine Beschlagnahme anordnen. Der Antrag auf nachträgliche gerichtliche Entscheidung gemäß § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO bezieht sich dabei zunächst nicht auf die Rechtmäßigkeit der Sichtung des beschlagnahmten Materials,

⁶⁵¹ BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 25. Juli 2017 – 2 BvR 1287/17 –, juris.

wenngleich Sichtungen gegenüber der Beschlagnahme als solche eigenständige Grundrechtsrelevanz entfalten – wovon der die StPO ausweislich § 110 StPO selbst ausgeht.⁶⁵² Die Beschlagnahme ist *ein* Grundrechtseingriff, Sichtungen beschlagnahmter Gegenstände ein *anderer*. Ist durch die Beschlagnahme der selbstbestimmte Zugriff auf bestimmte Gegenstände ausgeschlossen, so steht der Sichtung potentiell das Recht auf informationelle Selbstbestimmung entgegen *und* kann darüber hinaus auch die Berufsfreiheit – etwa von Rechtsanwälten – beeinträchtigen.⁶⁵³ Neben dem Antrag auf Feststellung, dass die Beschlagnahmeanordnung und/oder die konkrete Durchführung der Beschlagnahme rechtswidrig war, muss daher zumindest die Möglichkeit bestehen, dass bis zur richterlichen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme einstweilen eine Sichtung des Beweismaterials untersagt wird.

In Anbetracht der weithin bevorzugten analogen Anwendung des § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO auf die gerichtliche Entscheidung über staatsanwaltschaftliche Zwangsmittel,⁶⁵⁴ erscheint auch ein hierauf gestützter Eilantrag nicht prinzipiell gegen die gesetzgeberisch geordnete gerichtliche Gestaltungskompetenz zu verstoßen.⁶⁵⁵ Dies auch deshalb, weil im gerichtlichen Beschwerdeverfahren eine solche Möglichkeit gem. § 307 Abs. 2 StPO explizit offensteht.

⁶⁵² *Park*, wistra 2000, 453; *Welp*, JZ 1972, 423 (424); Vgl. zu dem „Recht auf Geheimnis“ bereits *Holtzendorff*, Handbuch Strafprozessrecht Bd. 1, S. 337.

⁶⁵³ Wenn – wie in BVerfG, 2 BvR 1287/17 gegenständlich – die Vertraulichkeit bestimmter Informationen gerade berufsprägend sind. Die Frage, inwiefern Durchsuchungen und Beschlagnahmen von Gegenständen bei sog. internal investigations zulässig sind, ist umstritten, berührt aber die Möglichkeit einer Rechtsverletzung durch Sichtung nach Beschlagnahme vor gerichtlicher Entscheidung nicht entscheidend, vgl. zu diesem Problem *Jahn/Kirsch*, NStZ 2012, 713; *Milde*, CCZ 2012, 78; *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 2017, 16 m.w.N.

⁶⁵⁴ Statt aller *Joecks*, in: Radtke/Hohmann, StPO, § 98 Rn. 19; *Löffelmann*, in: AnwKO-StPO, Vorbemerkung zu §§ 94 bis 111 Rn. 10; *Eschelbach*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, § 98 Rn. 31.

⁶⁵⁵ Zu den mit einer solchen Rechtsfortbildung jedoch zwangsläufig verbundene Methodenproblemen, vgl. Abschnitte C.I.4.a.aa.ccc und C.I.4.a.bb.

cc. Folgerungen

Konstellationen im Strafprozess, in denen einstweiliger Rechtsschutz explizit notwendig oder überhaupt denkbar erscheinen, sind rar. Sie sind – entgegen des ersten Anscheins – aber vorhanden. Die beiden in Bezug genommen Anordnungsentscheidungen des *Bundesverfassungsgerichts* sind hierfür ein (freilich selten anzutreffender) Beleg. Immer dann, wenn durch staatsanwaltschaftliche Entscheidungen gegenwärtige Grundrechtsbeeinträchtigungen eintreten, die durch eine spätere gerichtliche Entscheidung nicht mehr ungeschehen gemacht werden könne, ist ein Rechtsbehelf auf vorläufige gerichtliche Regelung bestimmter Verfahrenselemente notwendig. Dies gilt erst dann nicht mehr, wenn durch die begehrte richterliche Anordnung, der staatsanwaltschaftlichen Handlung jegliche Funktionalität genommen würde. Auch dies betonte das *Bundesverfassungsgericht*, indem es feststellte, dass im oben dargestellten Fall der Beschlagnahme eine spätere Sichtung des Beweismaterials ohne weiteres möglich gewesen wäre.⁶⁵⁶

b. Vorbeugender Rechtsschutz

Ist der vorläufige Rechtsschutz mit Blick auf die Gewaltenteilung problematisch, weil durch richterliche Anordnungen gerade grundsätzlich eigenständige Verfahrensgestaltungen durch die Staatsanwaltschaft modifiziert werden können, greift vorbeugender Rechtsschutz insoweit weiter, da exekutive Entscheidungen hier selbst vorweggenommen werden können.⁶⁵⁷

aa. Vorbeugender Rechtsschutz und Anordnungskompetenz

Im Rahmen des *vorbeugenden* Rechtsschutzes trifft ein Gericht – anders als beim vorläufigen Rechtsschutz – nicht eine vorläufige verfahrensregelnde Anordnung, sondern eine endgültige Regelung, und zwar *ohne* dass es zuvor zu einer exekutiven Entscheidung gekommen wäre.⁶⁵⁸ Dadurch greift die richterliche Entscheidungsmacht zwar nicht in das exekutive Entscheidungsverfahren über –

⁶⁵⁶ BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 25. Juli 2017 – 2 BvR 1287/17 –, Rn. 21, juris.

⁶⁵⁷ Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 278.

⁶⁵⁸ Vgl. etwa *Schulze-Fielitz*, in: Dreier-GG, Art. 19 Rn. 107; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 19 Rn. 58.

die exekutive *Erstentscheidungsmacht* selbst wird gerichtlich allerdings weitergehend *ersetzt*. Trifft ein Gericht eine vorbeugende Entscheidung, so nimmt das Gericht das *Ergebnis* originärer staatsanwaltschaftlicher Verfahrenskompetenz vorweg. Die damit verbundene Umgestaltung herkömmlich erforderlicher Verfahrensstruktur bedarf somit einer besonderen *kompetentiellen* Rechtfertigung,⁶⁵⁹ die nach üblicher prozessrechtlicher Terminologie in einem „besonderen Rechtsschutzinteresse“ des Rechtsschutzsuchenden ihren Ausdruck findet.⁶⁶⁰ Gezeigt werden muss danach nicht nur, dass überhaupt eine Rechtsbeeinträchtigung durch die Exekutive droht, sondern auch, dass nur durch eine vorbeugende gerichtliche Regelung dieser drohenden exekutiven Entscheidungsbefugnis endgültige Rechtsverletzungen vermieden werden können.⁶⁶¹ Bereits daraus lassen sich zwei Schlüsse ziehen, die das Verständnis vom verfassungsrechtlich geforderten vorbeugenden Rechtsschutzes prägen: Erstens ist eine staatsanwaltschaftliche Entscheidungskompetenz nicht infrage gestellt, wenn eine staatsanwaltschaftliche Maßnahme unter einem Richtervorbehalt steht – vorbeugender Rechtsschutz gegen Maßnahmen unter Richtervorbehalt sind somit zumindest kein Thema eines vorbeugenden Rechtsschutzes gegen *staatsanwaltschaftliche Entscheidungen*.⁶⁶² Zweitens muss auch eine vorbeugende, vorwegnehmende richterliche Entscheidung immer auf eine konkrete (allerdings künftige) Entscheidung der Staatsanwaltschaft bezogen sein. Vorbeugender Rechtsschutz gegen staatsanwaltschaftliche Maßnahmen ist damit keine richterliche Ersetzung der staatsanwaltschaftlichen Entscheidung

⁶⁵⁹ Möllers, Die drei Gewalten, S. 150 f.

⁶⁶⁰ BVerwGE 77, 207 (212).

⁶⁶¹ Es soll hier nicht entschieden werden, ob es tatsächlich sinnvoll ist, von einem „besonderen Rechtsschutzinteresse“ zu sprechen, vgl. die Kritik bei Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 278. Klargestellt werden kann aber durchaus, dass es sich im Fall des vorbeugenden Rechtsschutzes um eine Ausprägung des allgemeinen Prinzips handelt, dass staatliche Entscheidungsverfahren als Ganzes so auszurichten sind, dass materielle Rechte möglichst wirksam *zur Wirkung* kommen.

⁶⁶² Mit Schoch, in: GdVwR III, § 50 Rn. 128, mag man in Richtervorhalten eine Ausprägung des vorbeugenden Rechtsschutzes erblicken. Allerdings darf die fehlende Einflussmöglichkeit der nicht aus den Augen verloren werden.

durch eine unabhängige eigene Rechtssetzung – vorbeugender Rechtsschutz ist ein gerichtliches Kontrollverfahren, das sich auf eine noch nicht getroffene staatsanwaltschaftliche Entscheidung bezieht. Gerade durch die Antizipation originärer staatsanwaltschaftlicher Entscheidungskompetenz negiert vorbeugender Rechtsschutz nicht die Funktionenordnung des Grundgesetzes, sondern passt die herkömmlichen Entscheidungsstrukturen den materiellen Gegebenheiten an. *Zulässiger* vorbeugender Rechtsschutz muss stets aufzeigen können, welche Entscheidung der Staatsanwaltschaft konkret droht und dass bereits mit der Entscheidung selbst, die Rechte des Prätendenten unwiederbringlich beeinträchtigt wären. Kann dies nicht aufgezeigt werden, so bleibt die Staatsanwaltschaft weiterhin in der „Vorhand“.⁶⁶³

bb. Prozessuale Informationsweitergabe gemäß §§ 406e, 475 StPO

Einfachgesetzlich nachvollzogen wurde die Notwendigkeit vorbeugenden Rechtsschutzes ansatzweise im Akteneinsichtsrecht für Verletzte (§ 406e StPO) sowie dem Auskunftsrecht für Dritte (§ 475 i.V.m. § 478 StPO). Beide Vorschriften schreiben die Entscheidung über die Gewähr von Informationszugang der Staatsanwaltschaft zu, ermöglichen gegen die staatsanwaltschaftliche Entscheidung aber gerichtlichen Rechtsschutz. Aus dieser Regelung ergibt sich zwar nicht explizit, dass die Staatsanwaltschaft Akteneinsicht erst gewähren darf, wenn eine gerichtliche Entscheidung darüber ergangen ist⁶⁶⁴ – beantragt ein Betroffener hingegen eine richterliche Entscheidung, so folgt eine solche Vollzugssuspension aus dem Recht auf effektive Justizgewährleistung.⁶⁶⁵ Weil die Gewährung von Akteneinsicht jeden, der durch eine solche Akteneinsicht in

⁶⁶³ Der Ausdruck ist übernommen von *Schoch*, in: GdVwR III, § 50 Rn. 128.

⁶⁶⁴ *LG Dresden*, StV 2006, 11 (12).

⁶⁶⁵ Für § 406e StPO BVerfG, NStZ 2005, 242: „Hatte die StA nicht bereits mit der Anhörung die beabsichtigte Gewährung von Akteneinsicht angekündigt, hätte sie die Sache jedenfalls auf einen solchen Antrag hin *vor dem Vollzug* der Akteneinsicht zunächst dem Gericht zur Entscheidung vorzulegen.“ Hervorhebungen nur hier.

seinen Rechten – in erster Linie kommt hier das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in Betracht – betroffen wäre, vor vollendete Tatsachen stellen würde und gerade dies durch das Recht auf effektive Justizgewährleistung grundsätzlich verhindert werden soll, muss – erstens – jeder Betroffene durch die Staatsanwaltschaft über eine beabsichtigte Gewährung von Akteneinsicht *informiert*⁶⁶⁶ und – zweitens – dadurch ein rechtsbewahrender Antrag auf gerichtliche Entscheidung ermöglicht werden. Wird ein solcher Antrag dann aber gestellt und würde vor gerichtlicher Entscheidung gleichwohl Akteneinsicht gewährt, so wäre der Zweck der vorbeugenden gerichtlichen Entscheidung – vollendete Tatsachen zu verhindern – konterkariert. Die verfassungskonforme Interpretation des § 406e Abs. 4 Satz 2 StPO sowie § 478 Abs. 3 Satz 1 StPO erfordert demnach, dass die gerichtlichen Entscheidungen grundsätzlich vorbeugend ergehen müssen.⁶⁶⁷

cc. Öffentlichkeitsarbeit und Vorabinformation

Hinsichtlich der echten „Öffentlichkeitsarbeit“ der Staatsanwaltschaft (Presseerklärungen, Medienkonferenzen, usw.) ist materiellrechtlich umstritten, ob die Befugnis der Staatsanwaltschaft hierzu ihre Grundlage in § 475 StPO hat, oder ob auf die landesrechtlichen Presse- und Rundfunkgesetze zurückzugreifen ist.⁶⁶⁸ Dass die Staatsanwaltschaft aber zu Informationen der Öffentlichkeit durch

⁶⁶⁶ BVerfG NSTZ-RR 2005, 242: „Dabei ist sie [die Staatsanwaltschaft] jedenfalls dann regelmäßig zu einer Anhörung der von einem Einsichtersuchen betroffenen Beschuldigten oder Dritten verpflichtet, wenn mit der Gewährung von Akteneinsicht ein Eingriff in Grundrechtspositionen des Betr., hier der Bf., verbunden wäre.“

⁶⁶⁷ Genau dies wird auch von LG Dresden, StV 2006, 11 (12) verkannt, dass die Aussagen von BVerfG, NSTZ 2005, 242 nur auf den Antrag des Verletzten gem. § 406e StPO erstreckt sehen will. Dies wiederum ignoriert, dass das BVerfG gerade die Rechtsbeeinträchtigung des Beschuldigten als Grund für die Pflicht zur Vorabinformation herangezogen hat. Diese Beeinträchtigung ist aber unabhängig davon gegen, ob ein „Privater“, oder ein Verletzter den Antrag auf Akteneinsicht stellt. Wie hier, *Lindner*, StV 2008, 210 (216); *Hilger*, in: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, § 478 Rn. 7; *Weßlau*, in: SK-StPO [4], § 478 Rn. 9 f.; das *Bundesverfassungsgericht* hat dies in Bezug auf § 478 StPO ausdrücklich in NJW 2007, 1052 klargestellt.

⁶⁶⁸ Überblick mit zahlreichen Nachweisen bei *Weßlau*, in: SK-StPO [4], § 475 Rn. 9.

Medienvertretende grundsätzlich befugt ist, wird nicht in Zweifel gezogen. Fest steht jedenfalls, dass derartige Informationshandlungen der Staatsanwaltschaft zumindest insofern *grundrechtssensibel* sind, als dass hierdurch personenbezogene Informationen durch die Staatsanwaltschaft an die Öffentlichkeit gelangen.

In Anbetracht der Tatsache, dass eine Grundrechtsbeeinträchtigung durch Informationsweitergabe im Moment ihrer Veröffentlichung irreversibel ist und zugleich eine grundsätzliche *prozessrechtliche* Möglichkeit bestehen muss, gerichtliche Entscheidungen einzuholen, *bevor* es zu irreversiblen Rechtsbeeinträchtigungen kommt, setzt die funktionelle Kooperationsverpflichtung zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht voraus, dass die Staatsanwaltschaft Betroffene grundsätzlich in den Stand versetzen muss, ggf. vorbeugend, gegen staatsanwaltschaftliche Informationshandlungen vorzugehen. Derartige *Vorabinformationsverpflichtungen* werden von der Rechtsprechung etwa in beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitigkeiten ausdrücklich aus Art. 19 Abs. 4 GG abgeleitet: Weil es im Beamtenrecht der Grundsatz der Ämterstabilität verbieten würde, einen bevorzugten Bewerber im Nachhinein von einer Stelle zu entfernen, müsse dem unterlegenen Bewerber bereits vor Ernennung des bevorzugten Bewerbers Mitteilung über die Besetzungsabsicht gemacht werden, damit der unterlegene Bewerber im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Berufung vorgehen könne.⁶⁶⁹ Informiere die Behörde den unterlegenen Bewerber nicht über die Besetzungsabsicht, so verletze sie den betroffenen in seinem Recht auf effektive Justizgewährleistung.

Diese an der Dringlichkeit und Irreversibilität der behördlichen Entscheidung ausgerichtete Verfahrensnotwendigkeit ist auf staatsanwaltschaftliches Informationshandeln übertragbar. Hat die Staatsanwaltschaft die Möglichkeit, Betroffene (oder deren Vertreter) vorab über Informationsabsichten zu unterrichten, so muss sie dies grundsätzlich tun, damit diese ihre Verfahrensrechte entsprechend ausüben können. Dabei zeigen sich gerade in diesem Zusammenhang

⁶⁶⁹ BVerfG, NVwZ 2007, 1178 (1179); BVerfG, NVwZ 2008, 70; kritisch zu den dogmatischen Implikationen dieser Rechtsprechung *Schoch*, Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, S. 684 ff.

praktische Überschneidungen zum vorläufigen Rechtsschutz: Da Presseorgane ihrerseits grundsätzlich ein subjektives Recht auf Informationszugang haben⁶⁷⁰ und dieses Recht *allein durch zeitliche Verzögerung* des Entscheidungsverfahrens verletzt zu werden droht, müssen Presseorgane eine Möglichkeit haben, eine schnelle gerichtliche Entscheidung herbeizuführen, die einer endgültigen Regelung des Informationsrechts zu einem bestimmten Zeitpunkt nahekommt. Presseorgane haben in der Regel nicht nur überhaupt ein Interesse an einer Information, sondern gerade der Stand eines Ermittlungsverfahrens zu einem bestimmten Zeitpunkt hat selbst eigenständigen Informationswert. Verpflichtet ein Gericht die Staatsanwaltschaft aber *einstweilen* Informationen herauszugeben, dann wären genau hierdurch die Rechte der Betroffenen endgültig beeinträchtigt. Dieser Interessenswiderspruch führt dazu, dass nicht nur das „Recht auf Information“ und das „Recht an den Informationen“ gegeneinander abgewogen werden müssen, sondern gerade auch der Zeitpunkt der Informationsgewährung (und eine damit verbundene Prüfungsdauer) mit in die Entscheidung einfließen muss. Auch wenn sich dadurch die an-sich gegebene vorläufige Verfahrensregelung in ihrer Wirkung einer vorbeugenden Regelung in der Hauptsache annähert,⁶⁷¹ so ändert dies jedoch nichts daran, dass die Eilbedürftigkeit des Entscheidungsgegenstandes gebieten kann, dass gerade auch in einem Verfahren des vorbeugenden Rechtsschutzes (gerichtet auf die Verhinderung der Informationsweitergabe) seitens der Betroffenen, Pressevertreter *einstweilen* die Möglichkeit haben

⁶⁷⁰ Ob dieses Recht tatsächlich in Art. 5 GG beheimatet ist, mag bezweifelt werden, vgl. *Lindner*, StV 2008, 210 (214), tut aber hinsichtlich der wenigsten einfachgesetzlich eingeräumten Informationsrechte (etwa § 4 Abs. 1 PresseG-BW), der subjektiven Berechtigung von Presseorganen keinen Abbruch.

⁶⁷¹ Das Phänomen, dass sich die Prüfungsdichte und Entscheidungsqualität einer einstweiligen richterlichen Regelung einer endgültigen annähern kann, ist auch aus anderen Zusammenhängen bekannt. Vgl. zu Beispielen, in denen der Eilrechtsschutz die Funktion des Hauptsacheverfahrens notwendig überblendet *Schoch*, in: GdVwR III, § 50 Rn. 230.

müssen, schnell eine gerichtliche Freigabe der begehrten Informationen zu erreichen.⁶⁷² Weil sich durch einen Erfolg mit diesem einstweiligen Regelungsantrag der Gegenstand der vorbeugenden Hauptsache erledigt hätte, muss dem Betroffenen dann aber die Möglichkeit eingeräumt werden, den Antrag auf einen (nachträglichen) Feststellungsantrag umzustellen.⁶⁷³

c. *Feststellender Rechtsschutz*

Bisher zeigt sich, dass gerichtliche Entscheidungen im normativen (nicht notwendig tatsächlichen) Regelfall ergehen müssen, *bevor* es zu einer endgültigen Rechtsbeeinträchtigung durch die Staatsanwaltschaft gekommen ist: Effektive Justizgewährleistung bedeutet auch *rechtzeitige* Justizgewährleistung.⁶⁷⁴ Wenn nicht anders handhabbar, müssen sogar im Vorgriff auf das Staatsanwaltschaftliche Entscheidungsverfahren richterliche Verfahrensmodifikationen zugelassen (vorläufiger Rechtsschutz) oder aber die Entscheidung der Staatsanwaltschaft selbst antizipiert werden (vorbeugender Rechtsschutz). Notwendige Grenzen erfahren solche richterlichen Übergriffe in die staatsanwaltschaftliche Entscheidungsdomäne allerdings dort, wo die Einholung der richterlichen Entscheidung den Ermittlungserfolg einer im Übrigen rechtmäßigen Maßnahme vereiteln würde.⁶⁷⁵

aa. Gerichtliche Anordnungscompetenz und Gefahr im Verzug

Die StPO hat diesem Dilemma⁶⁷⁶ – effektiver Rechtsschutz durch ein Gericht auf der einen, Notwendigkeit wirksamer Ermittlungsmaßnah-

⁶⁷² Vgl. hierzu jüngst auch OVG-Münster, Beschluss vom 17. Oktober 2017 – 4 B 786/17 –, Rn. 7, juris.

⁶⁷³ Zu konkreten Rechtsbehelfen, siehe unten Abschnitt E.IV.

⁶⁷⁴ *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 278.

⁶⁷⁵ C.III.2.c.aa.

⁶⁷⁶ Selbstverständlich könnte man auch „Grundrechtsschutz durch Verfahren“ als besonderen Grund für Richtervorbehalte in Anschlag bringen. Damit würde besonders zum Ausdruck gebracht, dass die neutrale Entscheidung eines Gerichts dem Grundrechtsschutz besonders zuträglich sei. Auf der anderen Seite wird der Vorrang richterlicher

men auf der anderen Seite – in erster Linie dadurch Rechnung getragen, dass die Anordnungscompetenz für Grundrechtseingriffe durch Ermittlungsmaßnahmen grundsätzlich den Gerichten zugeschrieben wird.⁶⁷⁷ Nur dort, wo die Einholung einer entsprechenden gerichtlichen Anordnung den Erfolg der Maßnahmen vereiteln würde, überträgt die StPO die Anordnungscompetenz qua Gefahr im Verzug auf die Staatsanwaltschaft.⁶⁷⁸ Dabei greift diese Lösung zwei unterschiedliche Faktoren der potentiellen Effektivitätsminderung auf und überführt sie in ein abgestuftes Entscheidungskonzept: Die *gerichtliche* Anordnungscompetenz stellt sicher, dass die grundrechtsbeeinträchtigende Normsetzung für die Staatsanwaltschaft *letzverbindlich* von einem Gericht ausgeht *bevor* es zu einer irreversiblen Beeinträchtigung kommt. *Gleichzeitig* ist in dem Verfahren der gerichtlichen Anordnung der Betroffene *nicht* beteiligt,⁶⁷⁹ um den jeweiligen Überraschungsmaßnahmen nicht ihre Tauglichkeit zu nehmen. Denn, liegt der Erfolgsfaktor der Maßnahme gerade (auch) in der Überraschung des Betroffenen, so ist es gerechtfertigt das Recht auf (richterliches) rechtliches Gehör einzuschränken, nicht aber gänzlich von der gerichtlichen Entscheidungsnotwendigkeit abzusehen. Ist wiederum eine Überraschung des Betroffenen nur dann noch effektiv ausnutzbar, wenn selbst eine richterliche Anordnung

Neutralität bereits hinreichend durch den Grundsatz des gerade effektiven, rechtzeitigen Rechtsschutz Rechnung getragen. Es handelt sich bei Grundrechtsschutz durch (gerichtliches) Verfahren also nicht um einen Zusatz, sondern eine Ausprägung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz (ergo effektiver Justizgewährleistung). Allgemein zum Grundrechtsschutz durch Verfahren, oben C.1.3.b.

⁶⁷⁷ Überblick über die gesetzliche Kooperationstechnik im Gefahrenabwehr – und Strafprozessrecht bei *Voßkuhle*, in: HdGR V, § 131 Rn. 42 ff.; vgl. auch *Schoch*, in: GdVwR III, § 50 Rn. 128.

⁶⁷⁸ Aus dieser Warte erscheint die Neuregelung des § 81a Abs. 2 StPO verfassungsrechtlich problematisch. Daran ändert auch nichts, dass es sich bei einer Blutentnahme um einen vergleichsweise geringfügigen Grundrechtseingriff handeln mag: Auch vermeintlich geringfügige Grundrechte sind Rechte und müssen als solche effektiv durch unabhängige Richter geschützt werden können. Vgl. *Voßkuhle*, in: HdGR V, § 131 Rn. 116: „Ohne effektiven Richtervorbehalt gibt es keinen effektiven Grundrechtsschutz.“

⁶⁷⁹ Hierin kommt nach *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 143 ff. der Mangel des richterlichen Anordnungsverfahrens als „neutrales Verfahren“ in „dialogischer Struktur“ zum Ausdruck.

nicht (mehr) rechtzeitig eingeholt werden kann, so ist es schließlich gerechtfertigt, auf eine vorgezogene Entscheidung durch ein Gericht überhaupt zu verzichten. Deutlich wird so, dass die richterliche Anordnungscompetenz nicht der rein materiell gedachten Verhältnismäßigkeit einer Ermittlungsmaßnahme, sondern der Verhältnismäßigkeit des prozessualen Rechts auf richterliche Normsetzung dient.

Aus dem Effektivitätspostulat richterlicher Justizgewährleistung lässt sich ableiten, dass der Gesetzgeber in der Schaffung von Richtervorbehalten und Ausnahmeregelungen hierzu *nicht* gänzlich frei ist.⁶⁸⁰ Auch kann die „Gewichtigkeit“ eines Grundrechtseingriffs nicht schlichtweg als Argument für die Abschaffung (oder in der Anwendungspraxis: Aushöhlung) von Richtervorbehalten dienen.⁶⁸¹ *Methodisch* führt die hier dargelegte Argumentation dazu, dass ein Umkehrschluss zu Art. 13 Abs. 2 GG nicht möglich ist: Allein, dass es ausdrückliche verfassungsrechtliche Richtervorbehalte gibt, bedeutet nicht, dass es jenseits dieser ausdrücklichen Regelungen *keine* verfassungsrechtlich notwendigen Richtervorbehalte geben kann. Eher als die „Beeinträchtigungsintensität“⁶⁸² – ohnehin ein problematisches Kriterium⁶⁸³ – sollte daher die Notwendigkeit der effektiven Justizgewährleistung als maßgebliche Antwortdirektive bei Fragen nach notwendigen richterlichen Anordnungen auch im Vorhinein vollzogener Grundrechtseingriffe dienen.

bb. Nachträglicher Rechtsschutz und Gewaltenteilung

Dass dieses abgestufte Entscheidungskonzept dennoch nicht alle sich aufbietenden Spannungsverhältnisse im Dreieck Grundrechtsschutz – effektiver Justizgewährleistung – funktionale Gewaltenteilung zu lösen vermag, hat sich bereits hinsichtlich der Modifikationsnotwendigkeiten durch vorläufigen und vorbeugenden Rechtsschutz gezeigt. Dort wurde offenbar, dass die funktionale Verfahrenshoheit der Staatsanwaltschaft zwar zum Gegenstand gerichtlicher Ent-

⁶⁸⁰ Vgl. *Voßkuhle*, in: HdGR V, § 131 Rn. 116.

⁶⁸¹ Deutlich insoweit *BVerfG*, NJW 2007, 1345 (1346).

⁶⁸² Vgl. aber *BVerfGE* 16, 194 – Richtervorbehalt bei „schweren Eingriffen“ immer notwendig.

⁶⁸³ *Rusteberg*, Gewährleistungsgehalt, S. 54 ff.

scheidungen gemacht, aber auch durch vorbeugenden Rechtsschutz nicht schlichtweg ersetzt werden darf.⁶⁸⁴ Effektiver Rechtsschutz mag eine vorgezogene gerichtliche Entscheidung erfordern, er macht die Entscheidungshoheit der Staatsanwaltschaft dadurch aber nicht generell überflüssig. Gewaltenteilung taugt weder in die eine noch in die andere Richtung dazu, Einschränkungen der Gewaltenhoheit selbst zu legitimieren.⁶⁸⁵ Wenn Gewaltenteilung aber erfordert, dass in jedem Entscheidungsverfahren die respektiven Entscheidungskompetenzen größtmöglich geachtet werden müssen – *keine* Entscheidungssituation also dazu führen kann, dass eine Gewalt ihrer Funktionalität schlechthin beraubt wird, dann zeigt sich auch, dass sich aus der Notwendigkeit einer schnellen („effektiven“, „funktionstüchtigen“, usw.) staatsanwaltschaftlichen Entscheidung, niemals ergeben kann, dass diese Entscheidung *deshalb* einer gerichtlichen Kontrolle entzogen wäre. Die Staatsanwaltschaft (und selbstverständlich die Polizei) mögen den notwendigen *faktisch* ersten Zugriff haben, die Kompetenz zur letztverbindlichen Rechtssetzung kann ihnen dadurch aber nicht eingeräumt werden.⁶⁸⁶ Gefahr im Verzug legitimiert eine Ausführung einer Handlung ohne gerichtlichen Titel und ohne gerichtliche Genehmigung, die richterliche Entscheidung, *ob* diese Legitimation im Einzelfall vorlag, wird dadurch jedoch gerade nicht obsolet.

Grundsätzlich muss zwar eine richterliche Entscheidung getroffen werden, *bevor* eine Rechtsbeeinträchtigung vorgenommen wird, wenn dies aus Gründen der sonst fehlenden Funktionalität der jeweiligen Maßnahme nicht möglich ist,⁶⁸⁷ dann muss eine gerichtliche

⁶⁸⁴ Zum vorbeugenden Rechtsschutz C.III.3.b. Zum Gebot der Verfahrenshoheit als Ausfluss aus der funktionalen Gewaltenteilung C.I.1.b.

⁶⁸⁵ Allgemeiner hierzu oben in Abschnitt C.I.1.c.bb. und Abschnitt C.II.3.a.

⁶⁸⁶ Das ist die eigentliche Pointe von BVerfGE 96, 27 (42) und der damit verbundenen Ablehnung der Lehre von der „prozessualen Überholung“. Vgl. auch BVerfGE 110, 77 (87 f.). Zum Gebot richterlicher Letztentscheidung, vgl. die Abschnitte C.I.1.b.bb. und C.I.3.c.

⁶⁸⁷ Ergänzend: Oder pflichtwidrig von den ausführenden Beamten nicht beantragt wird.

Entscheidung *wenigstens* im Nachhinein herbeigeführt werden können.⁶⁸⁸ Ansonsten hätten es die ausführenden Organe selbst in der Hand, die Funktion der Gerichte leerlaufen zu lassen.⁶⁸⁹

cc. Feststellungsinteresse und Vorrang des Primärrechtsschutzes

Es ist genau dies die Konzeption des nachträglichen, feststellenden Rechtsschutzes, die etwa in § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO zum Ausdruck kommt. Der klarstellende Mehrwert, der aus der obigen Herleitung folgt, liegt damit weniger darin, erneut aufzuzeigen, dass es der Möglichkeit nachträglichen feststellenden Rechtsschutzes bedarf. In Zweifel soll aber gezogen werden, ob es für die Zulässigkeit eines nachträglichen Rechtsschutzantrages maßgeblich darauf ankommen kann, dass gerade der Betroffene darlegt, inwiefern er *besonders gravierend* beeinträchtigt wurde, um ein Recht auf richterliche Sachentscheidung zugesprochen zu bekommen.⁶⁹⁰ Dient Justizgewährleistung der Geltung des materiellen Rechts und kann die Gel-

⁶⁸⁸ BVerfGE 110, 77 (87): „Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz gebietet [...], die Möglichkeit einer gerichtlichen Klärung in Fällen gewichtiger, allerdings in tatsächlicher Hinsicht überholter Grundrechtseingriffe zu eröffnen, wenn die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt sich nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene eine gerichtliche Entscheidung kaum erlangen kann (vgl. BVerfGE 81, 138 [140f.] = NJW 1990, 1033; BVerfGE 96, 27 [40] = NJW 1997, 2163; BVerfGE 104, 220 [233f.] = NJW 2002, 2456; st. Rspr.).“ Klarstellend sei aber darauf hingewiesen, dass die „Nachträglichkeit“ hier nur auf die Ausführung der tatsächlichen Maßnahme bezogen ist. Dass gerichtliche Entscheidungen grundsätzlich *nach* der behördlichen Entscheidung getroffen werden, ist gerade keine Ausnahme, sondern der verfahrensnotwendige Regelfall, vgl. *Schoch*, in: GdVwR III, § 50 Rn. 127.

⁶⁸⁹ Dies auch das tragende Argument in BVerfGE 96, 27 (42).

⁶⁹⁰ Die Kategorie des „tiefgreifenden Grundrechtseingriffs“ wurde zwar von BVerfGE 96, 27 (40) nicht bestätigt, aber auch nicht grundsätzlich in Frage gestellt. Gegen eine solche Relevanzschwelle *Voßkuhle*, in: HdGR V, § 131 Rn. 108 – „schon die Voraussetzung des tiefgreifenden Grundrechtseingriffs als solche [ist] vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG fragwürdig.“; Vgl. auch *Wohlers*, in: SK-StPO, § 160 Rn. 89; *Fezer*, JZ 1997, 1062 (1064); *Achenbach*, JuS 2000, 27 (31); *Roxin*, StV 1997, 654 (656); *Amelung*, JR 1997, 384 (386); *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, S. 234.

tung materieller Rechte nicht sinnvoll unter den „Vorbehalt der Erheblichkeit“ gestellt werden, so wird bereits deutlich, was unten noch vertieft wird⁶⁹¹ – dass auch an die Feststellung eines Rechtsschutzinteresses keine überspannten Anforderungen gestellt werden dürfen.⁶⁹² Aus funktioneller Warte scheint für die Zulässigkeit nachträglichen Rechtsschutzes vor allem maßgeblich zu sein, ob die rechtsschutzsuchende Person schon *vor der endgültigen* Rechtsbeeinträchtigung durch die Exekutive eine zumutbare Möglichkeit hatte, *abwendenden* Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen.⁶⁹³ Bestand diese Möglichkeit tatsächlich nicht, dann kann sich auch keine Obliegenheit zum abwendenden Rechtsschutz ergeben – bestand eine solche Möglichkeit, dann ließe sich eine solche Obliegenheit hingegen rechtfertigen. Freilich geht es bei einem so verstandenen Zulässigkeitsfilter dann weniger um ein echtes „Interesse“ oder auch nur ein fassbares „Bedürfnis“ als vielmehr um einen – in anderen Kontexten⁶⁹⁴ explizit(er) gemachten – Vorrang des abwendenden Rechtsschutzes.⁶⁹⁵

dd. Fazit

Das Recht auf nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit einer bereits ausgeführten Handlung folgt genau wie das Recht auf vorläufigen und vorbeugenden Rechtsschutz aus dem Recht auf Justizgewährleistung. Die manchmal zu beobachtende Tendenz, die Frage des effektiven Grundrechtsschutzes über den Topos des

⁶⁹¹ Unten Abschnitt D.I.3.a.

⁶⁹² So der richtige Hinweis bei *Schoch*, in: GdVwR III, § 50 Rn. 206 und 231.

⁶⁹³ Vgl. auch *Schoch*, in: GdVwR III, § 50 Rn. 108, dort auch mit Verweis auf BVerfGE 110, 77 (87).

⁶⁹⁴ Etwa im Kontext des Vergaberechts *Siegel*, DÖV 2007, 237.

⁶⁹⁵ Nicht vertieft aber aufgezeigt werden soll hier, dass die prozessuale Kategorie des Rechtsschutzinteresses im Anschluss an das zivilprozessuale und anspruchszentrierte Feststellungsinteresse entwickelt wurde, vgl. *Christonakis*, Rechtsschutzinteresse, S. 26 f. Versteht man die Position des Bürgers gegenüber der Exekutive aber nicht (mehr) als Anspruchsverhältnis, sondern *aktionenrechtlich*, vgl. hierzu *Buchheim*, Actio, Anspruch, subjektives Recht, so bedarf das Rechtsschutzinteresse als Kategorie insgesamt einer Revision.

„Grundrechtsschutzes durch Verfahren“ ihrer funktionalen Einbettung im Gewaltengefüge zu entziehen, läuft Gefahr, die Zuständigkeit gerade der richterlichen Gewalt für die Rechtsprechung – für den Sprechakt der letztverbindlichen Rechtssetzung also – unbemerkt zu relativieren. Fokussiert man sich demgegenüber auf die notwendige Organzuständigkeit der Richter für die letztgültige Rechtssetzung, so wird offenbar, das pauschale Verweise darauf, dass richterlicher Rechtsschutz „gewisse Erheblichkeiten“ erfordere,⁶⁹⁶ letztlich die Geltung der dahinterstehenden Rechte selbst relativiert – ohne jedoch diese Relativierung offenzulegen.

Das Recht auf Justizgewährleistung gestattet es weder, dass vermeidbare vollendete Tatsachen geschaffen werden, noch wird ein Recht auf Justizgewährleistung obsolet, wenn tatsächlich vollendete Tatsachen geschaffen werden – und zwar grundsätzlich unabhängig davon, ob diese vollendeten Tatsachen geschaffen werden durften oder nicht. Stets geht es darum, dass in allen staatlichen Entscheidungssituationen die vorgesehene staatliche Funktionenordnung so weit wie möglich aufrechterhalten bleibt. Weder darf durch übergreifenden vorläufigen und/oder vorbeugenden Rechtsschutz die Funktion der Staatsanwaltschaft, noch darf durch den grundsätzlichen Ausschluss nachträglicher gerichtlicher Entscheidung die Funktion der Gerichtsbarkeit und damit die Geltungsfunktion der Rechte selbst ausgehebelt werden.

D. Grundrechte im Strafverfahren

Gesichert ist bisher: Dort, wo Rechte bestehen, braucht es einer richterlichen Entscheidungskompetenz. Dies bedeutet, dass wenigstens dort, wo der Kernbestand subjektiver Rechte – die Grundrechte – betroffen ist, Gerichte zur verbindlichen Letztentscheidung anrufbar sein müssen. Genau dies ist letztlich der Grund, warum Gerichte über alle Ermittlungseingriffe entscheiden können müssen und bildete daher auch den argumentativen Ausgangspunkt des Rechtssprechungswandels des Bundesverfassungsgerichts, weg von der

⁶⁹⁶ Vgl. demgegenüber *Eckhoff*, Grundrechtseingriff, S. 236 f.

Lehre der prozessualen Überholung und hin zur selbstständigen gerichtlichen Überprüfbarkeit von staatsanwaltschaftlichen Ermittlungseingriffen.⁶⁹⁷

Doch was bedeutet, dass Grundrechte „betroffen“ sind? Muss stets ein Eingriff in die Grundrechte vorliegen und – falls dies der Fall ist – was charakterisiert einen solchen Eingriff? Eine Antwort auf diese Frage ist für zwei Problemfelder des Rechtsschutzes gegen die Staatsanwaltschaft entscheidend. Einmal für die Frage, ob das Ermittlungsverfahren als solches einen Rechtsschutzanspruch des Beschuldigten auslöst. Greift das Ermittlungsverfahren auch jenseits konkreter Zwangseingriffe in die Grundrechte ein und muss daher auch jenseits dieser Zwangseingriffe Gegenstand gerichtlicher Kontrolle sein? Zum anderen für die Frage, ob und inwieweit Dritten eigene Rechtsbehelfe gegen Ermittlungsmaßnahmen zustehen müssen, weil durch bestimmte Ermittlungseingriffe auch in ihre Rechte eingegriffen wird. Um diese Probleme anzugehen, wird in einem ersten Abschnitt der grundrechtliche Eingriffsbegriff in seiner Bedeutung für die gerichtliche Sachprüfung im Strafverfahren untersucht werden (I).

Mit dieser Blickrichtung auf die hoheitliche Freiheitsverkürzung durch staatsanwaltschaftliche Handlungen ist das gesamte Spektrum grundrechtlicher Fragestellungen für die gegenständliche Rechtsschutzproblematik aber nicht abzudecken. Geht es um die Rechtsschutzprobleme des Verletzten, dann ist weniger relevant, inwiefern die Staatsanwaltschaft in Rechte des Verletzten eingreift,⁶⁹⁸ sondern eher, inwiefern die Grundrechte des Verletzten ein (bestimmtes) Tätigwerden der Staatsanwaltschaft erfordern und deshalb eine gerichtliche Kontrolle verletzenspezifischer Prozessrechte stattfinden können muss.

Wie in der Vorstellung des Themas bereits angedeutet,⁶⁹⁹ steht über der Frage nach Grund und Umfang von Rechtsbehelfen der

⁶⁹⁷ BVerfGE 96, 27 (38 ff.).

⁶⁹⁸ Selbstverständlich gibt es Konstellationen, in denen Verletzte (etwa als Zeugen) Adressaten belastender Maßnahmen werden – in diesem Fall ist aber die „klassische“ Abwehrdimension betroffen und die Situation der Verletzten unterscheidet sich nicht kategorisch von derjenigen aller anderen Adressaten von Zwangsmaßnahmen.

⁶⁹⁹ A.II.3 aber auch B.I.3.

Verletzten in entscheidender Hinsicht die Frage, inwiefern aus den Grundrechten ein grundsätzlicher Strafverfolgungsanspruch abzuleiten ist. Diese anfängliche Vermutung bestätigt sich nach der Untersuchung des Justizgewährleistungsrechts: Erzwingen die Grundrechte, dass sie von der Staatsanwaltschaft bei der Ausfüllung einfachgesetzlich eingeräumter Entscheidungsspielräume richtig (!) beachtet werden, dann muss diese richtige Beachtung auch durch Gerichte kontrollierbar sein. Weil dies für das bisher vorherrschende Kontrollverständnis von Opportunitätsentscheidungen im Klageerzwingungsverfahren potentiell folgenreich ist, aber auch in Bezug auf sämtliche Bereiche prozessualer Verletztenbeteiligungen bedeutsam sein kann, soll hier in einem zweiten Abschnitt der Existenz, dem Umfang und der Reichweite eines „Grundrechts auf Strafverfolgung“ nachgegangen werden (II). Haben Verletzte einen grundrechtlichen Anspruch darauf, dass ihre Belange im Strafverfahren besonders beachtet werden? Wie wirkt sich dies auf die Frage aus, ob wegen fehlenden öffentlichen Interesses die Strafverfolgung nicht weiterbetrieben wird? Und was bedeutet dies für die Zulassung zur Nebenklage?

I. Grundrechtseingriff und gerichtliche Sachprüfung

Wenige Gegenstände der Grundrechtsdogmatik zeigen eine derart große Begriffsvielfalt (bei gleichzeitigem Konsens in der Sache selbst) wie der Eingriffsbegriff. Der Grundrechtseingriff spielt dabei nicht nur im Zusammenhang mit dem Rechtsschutz und der Möglichkeit gerichtlicher Kontrollen eine Rolle, Querverbindungen lassen sich auch zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt und der Wesentlichkeitsdoktrin aufzeigen.⁷⁰⁰ Betrachtet man diese unterschiedlichen Bezugspunkte des Grundrechtseingriffs und die an seiner statt verwendeten Begriffsalternativen, so zeigt sich schnell, dass die Klärung des Eingriffsbegriffs im jeweiligen Kontext Besonderheiten aufwirft, die zu bereichsspezifischen Auseinandersetzungen um die

⁷⁰⁰ Überblickend *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, Vorb. vor Art 1 Rn. 24 ff.; erschöpfend zur Begriffsvielfalt *Sachs*, in: *Stern* III/2, § 78.

richtige Verwendung des Eingriffsbegriffs leiten und diesen wesentlich mitprägen, dabei aber nicht notwendig im Kontext anderer Begriffsverwendungen stehen. Wenn das *Bundesverfassungsgericht* etwa in der Osho-Entscheidung lediglich von *Grundrechtsbeeinträchtigungen* und nicht von einem *Grundrechtseingriff* spricht,⁷⁰¹ so geschieht dies vornehmlich um klarzustellen, dass die fraglichen Äußerungen der Bundesregierung keiner besonderen gesetzlichen Grundlage bedürftig haben.⁷⁰² Gleichzeitig geht das Gericht aber wie selbstverständlich von einer *Rechtfertigungsbedürftigkeit* der (in der Entscheidung gegenständlichen) Regierungsäußerungen aus. Ob derartige Begriffsdifferenzierungen tatsächlich ihre Berechtigung haben, oder ob gar Rechtfertigungsbedürftigkeit, Gesetzesvorbehalt und Wesentlichkeitsdoktrin überhaupt auf einen gemeinsamen Auslöser zurückgeführt werden können,⁷⁰³ ist dabei nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Hier soll der Eingriff allein aus der Perspektive staatlicher Rechtfertigungslast und die sich damit eröffnende Verbindung von materieller Beeinträchtigung und prozessualer Durchsetzung einer näheren Betrachtung unterzogen werden. Dabei gilt es zunächst, den Begriff des Grundrechtseingriffs als Auslöser staatlicher Rechtfertigungslast zu präzisieren (1), diese Ergebnisse dann auf das System des justizgewährleistenden Individualrechtsschutzes zu übertragen (2), um daraus schließlich Begründungsstrukturen abzuleiten, die einen Anspruch auf richterliche Sachprüfung auszulösen vermögen (3).

1. Der Eingriff als Auslöser staatlicher Rechtfertigungslast

Staatliche Rechtfertigungslast wird ausgelöst, wenn ein grundrechtlich geschütztes Verhalten einschränkt wird.⁷⁰⁴ Nur die Beeinträchtigung eines Schutzbereiches führt zu einer Rechtfertigungslast, nur das Nichtgewähren eines Rechts muss gerechtfertigt werden. Dar-

⁷⁰¹ BVerfGE 105, 279 (303) – ob dies allerdings auch inhaltlich überzeugen kann, ist eine andere Frage.

⁷⁰² BVerfGE 105, 279 (303 f.).

⁷⁰³ Vgl. etwa *Murswiek*, NVwZ, 2003, 1 (6 ff.).

⁷⁰⁴ Vgl. zur Pointe dieses „Verteilungsprinzips“ einseitiger Rechtfertigungslast *C. Schmitt*, *Verfassungslehre*, S. 175 ff.; in heute gebräuchlicherer Terminologie *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, *Grundgesetz*, Vorb. vor Art 1 Rn. 24 ff.

aus folgt, dass eine Rechtfertigungslast in zwei Richtungen ausgeschlossen werden kann: Entweder ein Verhalten ist bereits grundsätzlich rechtlich nicht geschützt (a) oder aber dieses Verhalten ist nicht (hinreichend) beeinträchtigt (b).

a. *Eingriff und allgemeine Freiheit*

Akzeptiert man die Existenz eines allgemeinen Freiheitsrechts als Auffanggrundrecht – das *keinen* Lebenssachverhalt unthematisiert lässt⁷⁰⁵ – so zeigt sich potentiell jede Verhaltenseinschränkung als staatlicherseits rechtfertigungsbedürftig. Dabei negiert eine solche Lehre weder, dass es spezielle grundrechtliche Schutzbereiche gibt, noch führt die Anerkennung eines allgemeinen Freiheitsrechts zur Auflösung des Rechtsbegriffs selbst.⁷⁰⁶ Spezielle Grundrechtstatbestände ziehen unterschiedliche Rechtfertigungsanforderungen nach sich und haben ihren eigenständigen Bedeutungsgehalt somit vor allem im *Wie* der Rechtfertigung einer Freiheitseinschränkung, nicht im *Ob*.⁷⁰⁷ Die Anerkennung eines „unbeschränkten“ Auffanggrundrechts hat mit der damit potentiell verbundenen umfassenden Rechtfertigungslast, erheblichen Einfluss auf das richtige Verständnis des strafprozessualen Pflichtgefüges. Gibt es keine „rechtlosen“ Bagatellen, so führt dies zumindest tendenziell zu einer Ausweitung gerichtlicher Klagemöglichkeiten auch auf solche Gegenstände des Rechts, deren Geltung – vermeintlich – Unbedeutendes in Bezug zu nehmen scheint.

Andererseits wird speziell die These von der logischen Auflösung des Rechtsbegriffs und – damit verbunden – die These von der Substanzlosigkeit⁷⁰⁸ einer „unendlichen Freiheit“ in der strafrechtlichen Literatur angegriffen.⁷⁰⁹ Wenn auch nicht immer offen zu Tage tretend, so scheinen in manchen Argumentationen zur restriktiven Anerkennung von eigenständigen Rechtsbehelfen im Strafprozess mehr oder weniger starke Bedenken gegen eine allgemeine und als

⁷⁰⁵ BVerfGE 80, 137 (157 ff.); Poscher, Abwehrrechte, S. 163; Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 309 ff.

⁷⁰⁶ So aber Jakobs, ZStW 110 (1998), 716 (718 f.).

⁷⁰⁷ Poscher, Abwehrrechte, S. 163 f.

⁷⁰⁸ Vgl. Grimm, in: BVerfGE 80, 137 (168 f.) zur Gefahr einer „Banalisierung“ der Grundrechte.

⁷⁰⁹ Jakobs, ZStW 110 (1998), 716 (718 f.).

solcher daher auch einklagbare Freiheit vorzuherrschen, sodass den wenigen expliziten Stellungnahmen aus dem Schrifttum an dieser Stelle – und in gebotener Kürze – begegnet werden soll:

Neben Versuchen, die Bedeutung von Art. 2 Abs. 1 GG in einer bestimmten vorrechtlichen „Kulturordnung“ zu verorten,⁷¹⁰ findet vor allem die These von der Ausnahme solcher Handlungen aus dem Bereich der grundrechtlich geschützten Freiheit, die wiederum in den zugewiesenen Freiheitsbereich anderer Personen übergreifen, bis heute Anklang. Gegenstand einer grundrechtlich geschützten Freiheit, könne nicht durch das Kernstrafrecht verbotene Verhalten sein.⁷¹¹ Dabei wird folgendermaßen argumentiert: Ein grundsätzlich erforderliches Gewaltverbot, folgend aus dem Gewaltmonopol des Staates, verbiete vom Ausgangspunkt aller Staatlichkeit⁷¹² solche Handlungen, die Rechte Dritter eigenmächtig in Frage stellten. Von „Recht“ könne nicht mehr die Rede sein, wenn die Persönlichkeit anderer nicht mehr Gegenstand rechtlichen Schutzes gegenüber Dritten sei. Wenn aber eine staatliche Gestattung einer Verletzung von Personen nicht denkbar sei, ohne ihnen zugleich den Charakter als Personen abzusprechen, dann könne auch ein Recht auf Verletzung solcher Personen nicht denkbar sein.⁷¹³ Speziell wenn man annehme, dass das Verbot bestimmter Verhaltensweisen zum Schutze anderer Bürger zwingend geboten sei, könne man nicht *gleichzeitig* sagen, dass das zwingend zu verbietende Verhalten freiheitlich zu gewähren sei.

Die vorstehend zusammengefasste Argumentation operiert dabei mit zwei problematischen Annahmen: Zum einen geht sie davon aus, dass Gewaltlosigkeit der Grund jeglicher Staatlichkeit sei. Dass diese Annahme jedoch letztlich in einem Zirkelschluss mündet, wurde im Abschnitt zum Gewaltmonopol bereits dargelegt.⁷¹⁴ Gravierender ist demgegenüber der Einwand, dass ein Recht auf Negation eines fremden Rechts, begrifflich dieses Recht ausschließen

⁷¹⁰ Namentlich der „Kulturordnung des Abendlandes“, vgl. *Peters*, FS-Laun 1953, S. 669 ff., S.673.

⁷¹¹ Die folgende Argumentation prägnant zusammenfassend *Jakobs*, ZStW 110 (1998), 716 (718 f.).

⁷¹² Vgl. auch *Isensee*, in: HStR II § 15 Rn. 53.; zur Kritik dieser Annahme bereits oben in Abschnitt C.I.2.a.

⁷¹³ *Jakobs*, ZStW 110 (1998), 716 (718 f.)

⁷¹⁴ C.I.2.

würde: Ein Recht auf Verletzung des einen, schließe das Recht auf körperliche Unversehrtheit des anderen zwingend aus. Ein Recht auf Verletzung des einen, wäre eine Pflicht zum Sich-Verletzen-Lassen des anderen – etwas, das nicht denkbar erscheint, ohne im direkten Widerspruch zu Art. 2 Abs. 2 GG zu stehen. Dabei ist genau dieser Widerspruch durchaus aufzulösen. Ein Ansatzpunkt hierfür ist in Art. 1 Abs. 3 GG zu finden: Die sich daraus ergebende *Staatsgerichtetheit* der Grundrechte führt zu einer Trennung der Rechtfertigungsperspektiven,⁷¹⁵ die sich wie folgt beschreiben lässt: Der Staat, nicht die Bürger, ist an die Grundrechte gebunden.⁷¹⁶ Ein *grundrechtliches* Rechtfertigungsverhältnis entsteht somit zwischen Grundrechtsträger und dem Staat – nicht aber zwischen den Grundrechtsträgern untereinander.⁷¹⁷ Dabei trifft den Staat eine Pflicht, jeden Konflikt zwischen Grundrechtsträgern rechtlich zu regeln – *dies* ist die oben bereits aufgezeigte Substanz des Gewaltmonopols als Regelungsmonopol.⁷¹⁸ Es trifft zu, dass der Staat eine (grundlose) Pflicht, sich durch einen anderen verletzen zu lassen, nicht auferlegen könnte, ohne genau hierdurch gegen Art. 2 Abs. 2 GG zu verstoßen. Denn es besteht eine verfassungsrechtliche Pflicht, dass Grundrechtsträgern die Verletzung anderer Grundrechtsträger verboten wird. Entscheidend ist aber, dass dieses Verhalten *nicht* von selbst verboten ist, sondern staatlicherseits erst verboten werden muss – der Konflikt *regelt* sich gerade nicht von selbst. Das Recht des Einen, nicht verletzt werden zu müssen, setzt die Pflicht des Staates voraus, einem anderen diese Verletzungshandlung zu verbieten. Indem der Staat den Anderen zur Nichtverletzung verpflichtet, löst er seine Pflicht ein, die ihm das Grundrecht des einen auferlegt. Ein Grund für die Nichtgewährung einer Freiheit (zu verletzen) ist nichts anderes als eine Rechtfertigung der Nichtgewährung dieser Freiheit. *Gerade* weil es zwingende Gründe gibt, diese Freiheit zu versagen, ist das Ergebnis einer solchen Rechtfertigungsfrage vorgegeben – dies ändert an der

⁷¹⁵ Zum Verhältnis von „Verteilungsprinzip“ zu Rationalität und Justiziabilität C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 126 und 130.

⁷¹⁶ Rüfner, in: HStR IX § 197 Rn. 89; Herdegen, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 1 Abs. 3 Rn. 59.

⁷¹⁷ Poscher, Abwehrrechte, S. 198 ff.

⁷¹⁸ Scholz, NJW 1983, 705 (707).

Rechtfertigungsbedürftigkeit der Einschränkung und der Rechtfertigungswirkung dieses Grundes jedoch nichts. *Jakobs* ist zwar darin zuzustimmen, wenn er sagt, dass ein einfaches Recht auf Mord nicht denkbar ist.⁷¹⁹ Dies zeigt aber gerade nicht, dass eine grundrechtliche Rechtfertigung dieses zwingenden Mordverbotes *nicht* notwendig wäre. Um „den Mörder“ als Person des Rechts zu achten, müssen ihm Gründe des Verbotes mitgeteilt werden können.⁷²⁰

Damit lässt sich festhalten: Die allgemeine Handlungsfreiheit ist *keine* Freiheit zur Tötung eines anderen. *Sie ist ein Grundrecht auf staatliche Rechtfertigung des jeweils auferlegten Tötungsverbotes.*⁷²¹ Da eine solche Rechtfertigungsfrage im Schematismus der Grundrechtsdogmatik nur im Falle eines Eingriffs in einen Schutzbereich eine staatliche Rechtfertigung relevant wird, ist der dogmatische „Kniff“ notwendig, eine Tötung grundsätzlich dem Schutzbereich einer grundrechtlich geschützten Freiheit zuzuordnen. Man kann diesen Schematismus kritisieren – er ist aber nur der konsequente Ausdruck der prinzipiellen staatlichen Rechtfertigungslast. Dies zeigt exemplarisch die staatliche Verantwortung für die „körperlichen“ Lebensbedingungen gemäß Art. 2 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 3 GG: Es ist gerade die (einfachrechtliche) Staatsgewalt, die die Grundrechte schützen muss – als Rechtsordnung nicht durch *tatsächlichen* Schutz, sondern durch Ausformung und Gestaltung der rechtlichen Freiheitsordnung. Die staatliche Rechtfertigung ist im (analytisch kleinst-denkbaren) Konflikt zweier Bürgern grundsätzlich reziprok ausgestaltet: Was einem Bürger erlaubt ist, ist der andere Bürger zu dulden verpflichtet – was dem einen Bürger (in Bezug auf den anderen Bürger) verboten ist, das muss der andere Bürger *nicht* dulden. Genau wie einem Opfer gegenüber seine Verletzungsdul-

⁷¹⁹ *Jakobs*, ZStW 110 (1998), 716 (718).

⁷²⁰ Grundlegend *Forst*, Das Recht auf Rechtfertigung, S. 293 f.; zum Zusammenhang von staatlicher Rechtfertigungslast und Notwendigkeit diese Rechtfertigung justizförmig einfordern zu können auch *C.Schmitt*, Verfassungslehre, S. 131; zur Möglichkeit des Ausschlusses einer Person aus der Rechtsgemeinschaft *Walter*, Mensch als Person 2011, 203.

⁷²¹ Begriffsprägend zum "Recht auf Rechtfertigung" *Forst*, Das Recht auf Rechtfertigung, S. 293.

dungspflicht gerechtfertigt werden müsste (man denke an eine Notwehrkonstellation) – so muss dem Täter gegenüber gerechtfertigt werden, dass er nicht verletzen darf (etwa: Ausschluss der Notwehr).⁷²² Man kann nicht in einem Fall eine Rechtfertigung fordern, ohne sie im komplementären Staat-Bürger-Verhältnis auch für notwendig zu erklären – alles andere würde das Recht auf Rechtfertigung ungleich verteilen und damit beiden Personen ungleiche Positionen im Recht zuweisen. Das würde die Rechtmäßigkeit der Person „des Verbrechens“ negieren.⁷²³

b. *Eingriff und Handlungszurechnung zum Staat*

Ist damit klar, dass jede staatliche Verhaltenseinschränkung staatlicherseits zu rechtfertigen ist, so bleibt offen, wann eine staatliche Beschränkung tatsächlich als eine solche gilt – wie sie also von *nichtstaatlichen*, privaten Beschränkungen zu unterscheiden ist.

⁷²² Dabei drohen in manchen Darstellungen die Rechtfertigungsverhältnisse etwas zu verschwimmen. So sieht *Dietlein* die durch Notwehr ausnahmsweise gerechtfertigte Notwehr als Beleg eines qua Verfassung bereits bestehenden Tötungs- und *Handlungsverbots*. Nicht aber die einfachrechtliche Rechtfertigung bestimmt wie staatlicherseits Handlungseinschränkungen zu rechtfertigen sind: Es mag sein, dass der Täter dem Opfer gegenüber (wegen des grundsätzlich einfachgesetzlichen Verbots) eine Tötung besonders rechtfertigen muss (obwohl auch hier die Rechtfertigung eigentlich gegenüber dem Recht als solchem stattfindet), das ändert jedoch nichts daran, dass ein Tötungsverbot als Handlungseinschränkung aus *grundrechtlicher* Perspektive dem Täter gegenüber zu rechtfertigen ist. Weil der Staat verpflichtet ist die Freiheit der Einzelnen zu schützen und er diesen Schutz durch Verbote sicherstellt, müssen Personen, die die Freiheit anderer einschränken ihr Verhalten rechtfertigen. Das so aufgestellte grundsätzliche Verbot muss der Staat allerdings den Handelnden gegenüber rechtfertigen.

⁷²³ Zur Untrennbarkeit des Freiheits- und des Gleichheitspostulats im Verständnis bürgerlicher Rechte, *Marauhn*, Mensch als Person 2011, 89 (93 ff.).

Ging die „klassische“ Eingriffslehre⁷²⁴ noch davon aus, dass eine Rechtsbeeinträchtigung dem Staat nur dann „zugerechnet“⁷²⁵ werden könne, sofern dieser (u.a.) volitiv, unmittelbar und regelnd vorgegebene Rechte beschränkt,⁷²⁶ so geht die heutige „moderne“ Eingriffslehre⁷²⁷ im Grundsatz davon aus, dass weder der regelnde Charakter *noch* der Wille staatlicher Akteure zur Freiheitsverkürzung für sich *notwendige* Kriterien zur Bestimmung staatlicher Rechtfertigungslasten darstellen. Stattdessen möchten manche eine Zurechnung auch rein tatsächlicher Beeinträchtigungen vornehmen, jedenfalls sofern die jeweiligen Einschränkungen vorhersehbar waren⁷²⁸ (aa) und/oder in ihrer Intensität eine „gewisse“ Bagatellgrenze⁷²⁹ überschreiten (bb).⁷³⁰ Wie zu zeigen sein wird, können beide Ansätze nicht vollständig überzeugen, weshalb es angezeigt erscheint, den Regelungscharakter staatlicher Entscheidungen wieder stärker in den Fokus zu rücken (cc).⁷³¹ *Relevant* ist die Klärung des Eingriffsverständnisses über die „klassischen“ Fälle hinaus für die Frage, ob, wie und wann die Staatsanwaltschaft wegen des Verhaltens Privater selbst verantwortlich gemacht werden kann und inwiefern Dritte – als

⁷²⁴ „Klassisch“ beschreibt dabei weniger eine Tradition, als vielmehr einen hergebrachten Konsens in der Kriterienauswahl, vgl. *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2009, 313; *Sachs*, in: Stern III/2, § 78 S. 84.

⁷²⁵ Wie noch zu zeigen sein wird, ist die Rede von einer „Zurechnung“ zum Staat ist ihrerseits missverständlich, aber gebräuchlich, vgl. für die Missverständlichkeit: *Poscher*, Abwehrrechte, S. 175: „Da der Staat den Konflikt zwischen zwei gegenläufigen Freiheitsinteressen immer durch einen normativen Grundrechtseingriff regelt, bedarf es keiner mit Zurechnungsüberlegungen operierenden Konstruktion faktischer Freiheitsbeschränkungen.“ Für die Gebräuchlichkeit: *Michael/Morlok*, Grundrechte, § 16 – „Grundrechtsdimensionen als Zurechnungsfrage“.

⁷²⁶ Auch „Befehl und Zwang“, vgl. erneut *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2009, 313. Das erscheint aber, in Anbetracht der Tatsache, dass der Zwang gerade *rechtsförmig* sein muss, als eine begriffliche Doppelung.

⁷²⁷ So eine herkömmliche Bezeichnung, vgl. etwa *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Staatsrecht II, Rn. 252 ff.; *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2009, 313.

⁷²⁸ Grundlegend *Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen, S. 23, S. 94 ff., S. 120.

⁷²⁹ Maßgeblich *Eckhoff*, Grundrechtseingriff, S. 236 f., S. 252 ff.

⁷³⁰ Überblickend *Koch*, Drittbetroffene, S. 229 ff.; *Sachs*, in: Stern III/2, § 78 S. 128 ff..

⁷³¹ *Poscher*, Abwehrrechte, S. 163 ff.

nur mittelbar Betroffene – eigenständige Rechtfertigungsansprüche gegenüber der Staatsanwaltschaft haben. Im Übrigen: Nur, wenn das Verhältnis von privatem „Übergriff“ und staatlicher Verantwortlichkeit geklärt ist, kann später sinnvoll über ein staatsgerichtetes Grundrecht auf Strafverfolgung nachgedacht werden, und nur, wenn deutlich wird, wann staatliches Handeln „eingreift“, kann hier präzisiert werden, ob und wie staatsanwaltschaftliche Ermittlungen *per se* vor den Grundrechten Beschuldigter zu rechtfertigen sind.

aa. Finalität und Vorhersehbarkeit als Eingriffskriterien

Verbreitet ist dabei die Ansicht, eine Zurechnung privater Handlungen oder allgemein faktischer Zustände zum Verantwortungsbereich des Staates sei nur möglich, sofern ein bestimmter Umstand für staatliche Stellen *vorhersehbar* war.⁷³² Verantwortung setze Beherrschbarkeit voraus und dies wiederum bedinge, dass ein bestimmter Umstand überhaupt erkennbar sei.⁷³³ Die unterschiedlichen Ansätze reichen dabei von Modifikationen des „klassischen“ Finalitätskriteriums⁷³⁴ hin zu dem Versuch, die Ansätze der strafrechtlichen Lehre von der objektiven Zurechnung für Grundrechtsbeeinträchtigungen fruchtbar zu machen.⁷³⁵ Alle Nuancen dieser Ansätze und auch Verästelungen der Argumentationsstränge können und sollen hier nicht wiederholt werden. Aufgegriffen werden soll vielmehr die gemeinsame Prämisse der skizzierten „Zurechnungslehren“: Dass nämlich überhaupt ein Bedürfnis danach bestehe, von „tatsächlichen“ Beeinträchtigungen auf eine staatliche Verantwortung schließen zu können.

Dabei trifft es zunächst zu, dass staatliche Finalität nicht von der *tatsächlich* vorliegenden Absicht, den Motiven oder auch nur der Erkenntnis der jeweils handelnden Staatsbeamter abhängen kann.⁷³⁶ Für die Frage, ob der Staat eine Rechtsbeeinträchtigung zu rechtfertigen hat, kann es nicht auf die mehr oder weniger zufällige tatsächliche Perspektive einer Person ankommen, sondern es muss immer

⁷³² *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 2 Rn. 49.

⁷³³ *Di Fabio*, Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, S. 105 ff.

⁷³⁴ Vgl. auch *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2009, 313 (314); siehe auch *Koch*, Drittbetroffene, S. 258 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

⁷³⁵ *Eckhoff*, Grundrechtseingriff, S. 271 ff.

⁷³⁶ Vgl. zu der folgenden Argumentation auch *Sachs*, in: *Stern/Sachs*, Stern III/2, § 78 S. 117 ff.

auf die Pflichten staatlicher Akteure reflektiert werden. So steht in der Tat nicht die Person des „Eingreifers“, sondern die Frage der rechtlichen Verantwortung für einen bestimmten Umstand im Zentrum der Aufmerksamkeit. Weder kann der Staat allein dadurch aus seiner Verantwortung entlassen werden, dass bestimmte Rechtsbeeinträchtigungen so nicht beabsichtigt waren, noch kann er sich auf tatsächlich fehlende Kenntnis zurückziehen, wenn sich gerade aus dem Sinn und Zweck der rechtlichen Grundlagen für eine Pflicht ergibt, dass eine entsprechende Kenntnis hätte vorliegen müssen.⁷³⁷

Die Ungereimtheiten entstehen auf anderer Ebene. Denn, unklar ist bereits, was im grundrechtlichen Zusammenhang mit *staatlicher* Verantwortung gemeint sein soll. Ganz unabhängig davon, dass der juristische Staatsbegriff – wie jeder Begriff – an seinen Rändern unscharf wird,⁷³⁸ ist jedenfalls eindeutig, dass mit Staat nicht ausschließlich die jeweils konkret agierende Person im Staat selbst gemeint sein kann.⁷³⁹ Damit kann *grundrechtliche* Verantwortung des Staates aber auch nicht mit *persönlicher* Verantwortung konkret Handelnder gleichgesetzt werden: Es geht bei grundrechtlicher Verantwortung nicht um ein *Verschulden* einzelner Sachbearbeiter.⁷⁴⁰ Nicht *weil* ein Beamter der Staatsanwaltschaft pflichtwidrig gehandelt hat, nicht *weil* etwas eingetreten ist, was dieser Beamte hätte sehen müssen, ist dieser Zustand aus staatlicher Perspektive rechtfertigungsbedürftig, sondern die Aufstellung personengerichteter Pflichten ist das einzige Medium, über das der *Staat als Rechtsordnung* seine (grundrechtlichen) Pflichten überhaupt erfüllen kann.⁷⁴¹ Ist „der Staat“ verpflichtet, einen bestimmten Zustand herzustellen, dann kann er dies nur bewerkstelligen, indem er konkrete Personen für die Herstellung dieses Zustandes verpflichtet. Wenn der Staat aber seinen Pflichten gegenüber Bürgern nur dadurch nachkommen kann, dass er konkrete Personen *verpflichtet*, dann kann nicht die

⁷³⁷ Koch, Drittbetroffene, S. 281 ff.; Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, Vor Art. 1 Rn. 86.

⁷³⁸ Dass aber auch der Begriff des Staates juristische Konturen aufweisen kann, zeigt eindrucksvoll Möllers, Staat als Argument.

⁷³⁹ Vgl. Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 172.

⁷⁴⁰ Zum Ganzen Sachs, in: Stern III/2, § 78 S. 150 f.

⁷⁴¹ Zur Begriffszuordnung von Person und Recht Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 172 ff./S. 306 ff.

Verletzung dieser staatlich auferlegten Ausführungspflicht dazu führen, die Notwendigkeit einer staatlichen Ausführungsverpflichtung zu begründen. Genau deshalb formuliert Sachs richtig: „Die Erkennbarkeit einer Pflicht mag ihre Sinnhaftigkeit unterstreichen, rechtslogisch notwendig ist sie nicht; ein entsprechendes Postulat begründet die Lehre vom Handlungsunrecht auf eine *petitio principii*.“⁷⁴² Es kann bei der Frage von Rechtfertigungsverhältnissen nur um die Pflicht des Staates gegenüber den Grundrechtsträgern gehen und nicht um Pflichtverletzungen von Staatsbediensteten gegenüber dem Staat. Erfüllt der Staat seine Pflichten gegenüber Grundrechtsträgern dadurch, dass bestimmte Personen mit Rechtspflichten durch den Staat adressiert werden, so kann nicht die Frage der Pflichtverletzung dieser Personen eine Antwort darauf geben, wann eine Pflicht des Staates gegenüber den Grundrechtsträgern besteht. Die Verantwortung von Personen erscheint daher kein geeignetes Kriterium zu sein, um eine Rechtfertigungspflicht des Staates zu begründen.

Dieser Befund wird dadurch bestätigt, dass jede Beurteilung einer verantwortungsbegründenden Vorhersehbarkeit notwendig darauf angewiesen ist, *Maßstäbe* für die Ermittlung dieser Vorhersehbarkeit zu benennen⁷⁴³ – dies gilt jedenfalls dann, wenn Vorhersehbarkeit sinnvoller Weise nicht gleichgesetzt werden soll mit *Denkbarkeit*. Denn, andernfalls würde Vorhersehbarkeit eines Umstandes Verantwortlichkeit gerade nicht begrenzen. Genau darum geht es aber, wenn man Verantwortung aus tatsächlichen Umständen ableitet: Eine normative, d.h. *wertende* Verantwortungseingrenzung für lediglich *bestimmte* Zustände.⁷⁴⁴ Damit setzt jede Lehre, die eine staatliche Rechtfertigungspflicht aus einer Beschreibung tatsächlicher Beeinträchtigungen ableiten möchte, auf eine *wertende Begründung* dieser Rechtfertigungspflicht.⁷⁴⁵ Hiermit sind dann aber genau jene Umstände aufgerufen, die im Rahmen einer wertrationalen Abwägung Rechtfertigungsaspekte darstellen. Ist die Argumentation zur

⁷⁴² Sachs, in: Stern III/2, § 78 S. 151.

⁷⁴³ Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, Vor Art. 1 Rn. 84.

⁷⁴⁴ Deutlich: *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 2 Rn. 49.

⁷⁴⁵ Vgl. *Schmidt-Abmann*, Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 71.

Begründung einer fehlenden Rechtfertigungspflicht aber identisch mit dem erst auszulösenden Rechtfertigungsvorgang, dann steht die kategorische Unterscheidung von Eingriff und Rechtfertigung selbst in Frage.⁷⁴⁶

Der Ansatz, zur Ermittlung dieser staatlichen Verpflichtungen auf Vorhersehbarkeiten der verpflichteten Personen abzustellen, scheint daher insgesamt nicht zielführend zu sein, jedenfalls, wenn es um die Bestimmung eines Grundrechtseingriffs als Auslöser staatlicher Rechtfertigungslast geht.

bb. Bagatellgrenzen als Eingriffsausschluss?

Ausgehend von der Annahme eines allgemeinen Auffanggrundrechts wird mit Blick auf den Zugang zur Gerichtsbarkeit gemäß Art. 19 Abs. 4 GG und der notwendigen individualrechtlichen Verankerung – Popularklagen sollen ausgeschlossen sein – befürchtet, dass ein „grenzenloser“ Eingriffsbegriff über Umwege zu einem allgemeinen Gesetzesvollzugsanspruch führen könnte.⁷⁴⁷ Da ein solches allgemeines Rechtfertigungsrecht aber gegen die Grundentscheidung der Verfassung, nur Individualklagen zu garantieren, verstoßen würde, müsse der moderne Eingriffsbegriff eine Bagatellgrenze aufstellen, um nicht gegen die Gewaltenteilung zu verstoßen.⁷⁴⁸ Während *Beeinträchtigungen* von Grundrechten eine staatliche Rechtfertigungslast auslösen sollen, müsse dies bei reinen *Belästigungen* und *Unannehmlichkeiten* allgemein abgelehnt werden.⁷⁴⁹

⁷⁴⁶ Siehe auch *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 72 der ein nach Vorhersehbarkeit „aufgeschlüsseltes“ Verhalten anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips danach untersuchen möchte, ob die Rechtsordnung „gefährdungsadäquate Reaktionen“ bieten könne.

⁷⁴⁷ *Eckhoff*, Grundrechtseingriff, S. 255 ff.; daran anschließend *Eckstein*, Ermittlungen zu Lasten Dritter, S. 51 f.

⁷⁴⁸ *Eckhoff*, Grundrechtseingriff, S. 236 f.

⁷⁴⁹ *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Staatsrecht II, Rn. 260; vgl. auch *Kloepfer*, Verfassungsrecht II, § 51 Rn 36 allerdings mit deutlichem Bezug zum Gesetzesvorbehalt.

Auffallend ist zunächst, dass die Notwendigkeit eines an der Bagatellgrenze orientierten Eingriffsbegriffs nicht originär grundrechtsdogmatisch begründet wird – es wird gerade *nicht* versucht zu zeigen, wieso sich trotz allgemeinem Auffanggrundrecht ein rechtfertigungsfreier Raum mit Bezug auf dieses Auffanggrundrecht auf tun muss und warum sich aus der Notwendigkeit des Auffanggrundrechts als individuelles Grundrecht ein Erfordernis der Bagatellgrenze staatlicher Rechtfertigung ergibt⁷⁵⁰ – stattdessen findet sich ein Rekurs auf Art. 19 Abs. 4 GG und der damit verbundenen Grundentscheidung für den Individualrechtsschutz. Methodologisch wäre ein solcher Sprung zumindest erklärungsbedürftig, ist doch die Notwendigkeit einer beschränkten gerichtlichen Überprüfbarkeit möglicherweise, aber keinesfalls ausschließlich, durch eine eingeschränkte Interpretation eines dezidiert materiellrechtlichen Eingriffskriteriums zu leisten. Problematisch ist dabei vor allem, dass durch ein eingeschränktes Eingriffsverständnis „mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG“ unklar wird, ob es um eine Einschränkung der Rechtfertigungspflicht, der *gerichtlichen Kontrolle* der Rechtfertigung oder um beides gemeinsam geht.

Angreifbar ist die Forderung nach einer Bagatellgrenze aber nicht nur in methodologischer Hinsicht. Sie ist auch kaum mit dem relationalen Grundrechtsverständnis in Einklang zu bringen, die Intensitäten einer Beeinträchtigung ausschließlich im Rahmen der Abwägung mit gegenläufigen Rechten bestimmen kann.⁷⁵¹ Auch hinsichtlich bestimmter *Belästigungen* und Herbeiführung von *Unannehmlichkeiten* kann nicht beabsichtigt sein, dem Staat eine *voraussetzungslose* Kompetenz hierzu zuzusprechen.⁷⁵² Sollte die erstrebte Konsequenz tatsächlich sein, dass entsprechende staatliche Handlungen nicht gerechtfertigt werden müssen, so ist dies eine Absage an die Rationalität staatlichen Handelns in bestimmten *Bagatellbe-*

⁷⁵⁰ Dahingehend auch die Kritik bei *Stern*, in: *Stern III/2*, § 78 S. 204 f.

⁷⁵¹ Dies kann man prinzipientheoretisch mehr proklamieren, denn begründen, vgl. *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, S. 100 ff.; oder es aus dem Kontext jeder prozessual erzeugten Normaussage schließen, vgl. hierzu bildhaft *Lepsius/Augsberg*, *Relationen*, S. 38 ff., S. 44 f.

⁷⁵² Vgl. auch *Hillgruber*, *AcP* 191 (1991), 69; hingegen prinzipiell offen für eine derartige Argumentation wohl *BVerfGE* 59, 275 (278).

reichen. Es ist mit der Annahme der rechtfertigungsbedingten Einschränkung jeglicher Selbstbestimmung nicht vereinbar, staatlichen Stellen die Befugnis zu erteilen auch nur minimale *Belästigungen* vorzunehmen, allein, *weil sie es wollen*. Der Verzicht auf Rechtfertigung bedeutet notwendig die Anerkennung einer Willkür im schlechtesten Sinne, was auch bedeutete, dass in bestimmten (aber kaum *bestimmbaren*⁷⁵³) Bereichen, nicht die Beeinträchtigung der Selbstbestimmung rechtfertigungsbedürftig wäre, sondern die Forderung nach einer staatlichen Rechtfertigung selbst. Nicht der Staat hätte zu rechtfertigen, dass er *grundlos* Bürger *belästigt*, ein Bürger hätte zu rechtfertigen, warum er trotz *Belästigung* eine Rechtfertigung verlangt.⁷⁵⁴ Diese Konstruktion scheint die Selbstbestimmung der Bürger einer nicht begründbaren Spannung mit ihrer Einforderung auszusetzen, weshalb auf derartige (quantitative) Untergrenzen der staatlichen Rechtfertigungslast verzichtet werden sollte. Dies zumal eine bestimmte staatliche Maßnahme *immer* nur in einem bestimmten Zusammenhang *relativ* unbedeutend sein kann. Eine Bagatelle ist niemals *per se* eine Bagatelle, sondern immer nur in ihrem *Kontext*.⁷⁵⁵ Allein das Führen eines Ermittlungsverfahrens wegen des Vorwurfs der Beleidigung mag ein denkbar geringer Eingriff in die Grundrechte des Beschuldigten darstellen, beziehen sich die Ermittlungen aber auf eine Person mit politischen Ambitionen, dann sind „offizielle“ Ermittlungen nicht mehr ganz so marginal. Wenn sich der Charakter einer Bagatelle aber erst aus dem Umständen im Einzelfall, der Relation zu allen Handlungsalternativen und dem Vergleich zu anderen Einzelfällen ergibt, dann ist die Bestimmung des Bagatellcharakters bereits *das Ergebnis einer Abwägung*.⁷⁵⁶

⁷⁵³ Vgl. auch *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Staatsrecht II, Rn. 257; *Koch*, Drittbetroffene, S. 251.

⁷⁵⁴ *Stern*, in: *Stern III/2*, S. 206: „Das Grundgesetz läßt nicht erkennen, daß die in Art. 1 Abs. 3 GG verpflichtete Staatsgewalt die Grundrechte nicht in vollem Umfang, sondern nur fast vollständig beachten muß.“

⁷⁵⁵ Vgl. zur Kontextabhängigkeit von Normaussagen *Lepsius*, in: *Lepsius/Augsberg*, Relationen, S. 44 ff.

⁷⁵⁶ So auch *Koch*, Drittbetroffene, S. 249 ff.

Genau wie im Zusammenhang mit der Vorhersehbarkeit als Eingriffsfiterkriterium,⁷⁵⁷ so ist auch hier zu kritisieren, dass die Relationalisierung den Rechtfertigungsvorgang selbst beschreibt und daher nicht dazu taugt, die Rechtfertigungslast des Staates auszuschließen: Es ist nicht sinnvoll zu sagen, dass nicht gerechtfertigt werden *muss*, weil einfach gerechtfertigt werden *kann*. Aus diesem Grund ist aber auch darauf zu bestehen, dass ein Eingriff in die Grundrechte des Beschuldigten durch Führung eines Ermittlungsverfahrens nicht etwa mit der Erwägung abgelehnt werden kann, dass es sich um eine marginale und daher unbeachtliche geringfügige *Belästigung* handele.⁷⁵⁸

cc. Regelungscharakter des Eingriffs

Auffallend ist, dass Versuche einer restriktiven Eingriffsbestimmung im Zusammenhang mit der Ausweitung des klassischen Eingriffsbegriffs auf faktische Vorgänge vorgenommen werden.⁷⁵⁹ Geht es hingegen um staatliche Regelungen – namentlich staatliche Verhaltensverbote – so wird dies als unproblematischer Anwendungsbereich des „klassischen“ Eingriffsverständnisses angesehen.⁷⁶⁰ „Der Eingriff“ ist jedoch auch nach traditioneller Konzeption nicht erst die Anwendung des Zwangsmittels durch den Polizeivollzugsdienst, nicht erst die zwangsweise Vorführung zu einer Vernehmung, sondern bereits die einfachrechtliche Verpflichtung, eine grundsätzlich zustehende Freiheit ausnahmsweise nicht ausüben zu *dürfen*.⁷⁶¹ Schon die Anordnung, zu einer staatsanwaltschaftlichen Vernehmung erscheinen zu haben, belässt einem zwar die *tatsächliche* Möglichkeit nicht zu erscheinen, sie *verbietet* es einem jedoch. Ist man grundsätzlich frei darin, zu Vernehmungen zu erscheinen, so

⁷⁵⁷ Oben D.I.1.b.aa.

⁷⁵⁸ So implizit Keller, GA 1983, 497 (Einleitung); explizit hingegen Rieß, NSTZ 1982, 435 (436).

⁷⁵⁹ Vgl. etwa Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Staatsrecht II, Rn. 256 – „Folgeproblematik“.

⁷⁶⁰ Michael/Morlok, Grundrechte, Rn. 496 und 503; Voßkuhle/Kaiser, JuS 2009, 313; Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Staatsrecht II, Rn. 251.

⁷⁶¹ Poscher, Abwehrrechte, S. 165 m.w.N.

nimmt einem die einfachrechtliche Anordnung diese Freiheit und greift somit in Art. 2 Abs. 1 GG ein.⁷⁶²

Dass diese Konzeption einer rechtfertigungsbedürftigen Grundrechtsbeeinträchtigung durch normative Verpflichtung vom Grundgesetz selbst vorausgesetzt wird, wird wiederum an Art. 1 Abs. 3 GG deutlich: Indem *alle* Staatsgewalt (d.h. *auch* Legislative und Judikative) an die Grundrechte gebunden werden, muss auch *alle* Staatsgewalt ihre Maßnahmen grundrechtlich rechtfertigen können. Würde eine grundrechtliche Rechtfertigungspflicht aber erst auf der *Zwangsebene des faktischen Rechtsvollzugs* greifen, so hätte eine gesonderte Bindung all jener Staatsgewalten, die überhaupt nicht zur Vollstreckung und Zwangsanwendung berufen sind, keinen Sinn.⁷⁶³ Daraus folgt, dass auf sämtlichen Ebenen der Normkonkretisierung eine Einschränkung grundrechtlicher Freiheit möglich ist. Liegt es dann aber nicht näher, die Eingriffsproblematik auch im Rahmen des Prozesses der Normkonkretisierung zu suchen, also vielmehr die eingreifende *Regelung* als den – wie auch immer genau zu verstehenden – freiheitsverkürzenden *faktischen Umstand* zu suchen?

aaa. Verpflichtung als normativer Eingriff

Eine einfachrechtliche Norm ist grundrechtlich erst in dem Moment interessant, in dem sie grundrechtliche Bereiche thematisiert. Zwar ist unter der allgemeinen Handlungsfreiheit *jede* Freiheitsausübung *grundrechtlich geschützte* Freiheitsausübung, dies allein macht aber noch nicht alles, was in der Welt der Dinge passiert, zu einer Beeinflussung rechtlicher Freiheit überhaupt.⁷⁶⁴ Betrifft das grundrechtliche Verhältnis grundsätzlich lediglich den Staat und den jeweils betroffenen Bürger, so ist jede Norm, die Bürger A betrifft, für Bürger B grundrechtlich irrelevant. Bürger B kann vom Staat verlangen, dass der Staat ihm kein Verhaltensverbot auferlegt, ihn nicht zu einer Handlung verpflichtet, er kann grundsätzlich aber *nicht* verlangen, dass Bürger A ebenso unbehelligt bleibt. Ein Bezug eröffnet sich erst

⁷⁶² Vgl. zum Rechtsschutz gegen Zeugenvorladungen auch die Ausführungen in Abschnitt C.III.3.a.aa.

⁷⁶³ Zu diesem Argument *Poscher*, Abwehrrechte, S. 164.

⁷⁶⁴ Vgl. die *insofern* zutreffenden Ausführungen in BVerwG 54, 211 (220 f.).

dort, wo der Verpflichtungsgegenstand gerade das *Verhältnis* von Bürger A zu Bürger B betrifft. Verpflichtet der Staat Bürger A dazu, Bürger B zu verletzen, so ist dadurch *einmal* die Freiheit des Bürgers A beschränkt, da dieser nicht *nicht*verletzt werden darf, zudem kann auch die Freiheit des Bürgers B beschränkt sein, wenn dieser nun verpflichtet ist, seine Verletzung zu dulden:⁷⁶⁵ Da aus dem Gewaltmonopol folgt, dass der Staat einen Konflikt nicht widersprüchlich regeln⁷⁶⁶ darf,⁷⁶⁷ darf er nicht gleichzeitig A verpflichten B zu verletzen und B erlauben, sich dieser Verletzung zu entziehen.

Betrachtet man aus diesem Blickwinkel Fälle möglicher mittelbar-faktischer Grundrechtsbeeinträchtigungen im Strafverfahren, so sind beispielsweise Fälle öffentlicher Berichterstattung über ein laufendes Ermittlungsverfahren nicht in dem Sinne problematisch, als dass die reelle Gefahr besteht, dass die Öffentlichkeit faktisch dem Glauben erliegen könnte, dass „an der Sache schon etwas dran sei“⁷⁶⁸ – die Tatsache, dass die Staatsanwaltschaft in einem gegebenen Fall verpflichtet sein kann, personenbezogene Daten gezielt und in Bezug auf einen bestimmten Verdächtigen zu sammeln, löst notwendig

⁷⁶⁵ Um den Begriff der Duldungspflicht drehen sich manche Kontroversen (*Schwabe*, Grundrechtsdogmatik, S. 16 meint gar, man solle ihn gänzlich meiden). Im hiesigen Kontext betrifft die Duldungspflicht hingegen nur das „Nicht-Recht“ (vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 418) sich auf bestimmte Art zu verhalten. Als gebündelte Unterlassungspflicht verbietet die Duldungspflicht sämtliches Verhalten, das auf die Beseitigung des Umstandes gerichtet ist, den es zu dulden gilt, vgl. hierzu ausführlicher *Poscher*, Abwehrrechte, S. 167 ff. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 131/S. 237 f. beschrieb schon vor *Alexy* die Duldungspflicht als schlichte Konsequenz aus der Erlaubnis eines anderen Verhaltens.

⁷⁶⁶ Besser vielleicht: Der Staat darf einen Konflikt nicht *nicht* regeln.

⁷⁶⁷ *Poscher*, Abwehrrechte, S. 184; *Murswiek*, Verantwortung für Technik, S. 109. Dies ist Bedingung dafür, dass das Rechtssystem eine ‚operative Geschlossenheit‘ aufweist, vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 38 ff.

⁷⁶⁸ Zu dieser „Stigmatisierungsgefahr“, vgl. *Bayer*, Stigmatisierungen, S. 85 ff.; *Eisenberg/Conen*, NJW 1998, 2241 (2242). Es soll dabei nicht geleugnet werden, dass mit einem Ermittlungsverfahren die Gefahr einer öffentlichen „Stigmatisierung“ verbunden ist, die Frage nur, ob und wie anderen Personen (Presse) der Umgang mit den Informationen über das Ermittlungsverfahren gestattet werden sollte, ist zwar eine zusammenhängende, aber regelungstechnisch eigenständige Frage.

bei einem Betroffenen die gegenläufige Pflicht aus, diese Datensammlung zu dulden – *dies* ist der normkonkretisierende Moment, der die grundrechtlich geschützte Freiheit normativ *und* unmittelbar beeinträchtigt. Nicht die Wahrnehmung der Öffentlichkeit wird dem Staat als *eigene* zugerechnet und muss dann als staatlicher Eingriff gerechtfertigt werden. Die öffentliche Wahrnehmung *bezieht* sich auf eine rechtliche Duldungspflicht, Ermittlungen tatsächlich hinnehmen zu müssen, und diese Duldungspflicht beschränkt die Freiheit. *Wenn* der Staat selbst diese Duldungspflicht auferlegt, schränkt er hierdurch die Freiheit des Betroffenen *selbst und unmittelbar* ein. Berichtet die Presse über Ermittlungstatsachen, so ist nicht entscheidend, ob dies für die Staatsanwaltschaft vorhersehbar war und/oder prognostisch eine *gewisse Erheblichkeit* haben würde – entscheidend ist, ob der Staat diese Form der Berichterstattung erlaubt. Erlaubt er sie, muss der Staat den Betroffenen zur Duldung dieser Berichterstattung verpflichten. Verpflichtet der Staat zur Duldung, so schränkt dies die Freiheit des Betroffenen ein und dieser hat daher das Recht, dass ihm gegenüber diese Duldungspflicht staatlicherseits gerechtfertigt wird. Presseberichterstattung über ein Ermittlungsverfahren ist also nicht „der“ Eingriff durch das Ermittlungsverfahren. Vielmehr kann die Pflicht, die Datensammlung durch die Staatsanwaltschaft hinnehmen zu müssen, eine Form von Eingriff sein, die Pflicht eine Presseberichterstattung über staatsanwaltschaftliche Ermittlungen hinzunehmen, eine andere.

bbb. Eingriff durch Ermittlungsverfahren

Mit diesem Zugriff kann auch die Frage aufgegriffen werden, ob und wie bereits die Führung eines Ermittlungsverfahrens durch die Staatsanwaltschaft, einen Grundrechtseingriff darstellt. Dargelegt wird hierzu zunächst die zusammengefasste Position des eingriffsannehmenden Schrifttums (1), um im Anschluss hieran auf die damit verbundenen Begründungsschwächen einzugehen (2). Aufgezeigt und vorgeschlagen werden soll schließlich, dass gänzlich unabhängig von Fragen mittelbar-faktischer Beeinträchtigungswirkungen, ein Grundrechtseingriff allein darin gesehen werden muss, dass die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren gezielt personenbezogene Informationen zu Tat- und Täterprofilen verknüpft und hiermit notwendig in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eingreift (3).

(1) *Das Schrifttum: Faktischer Eingriff*

Finden sich im gegenwärtigen Schrifttum – soweit ersichtlich – keine Stimmen, die den Eingriffscharakter staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen schlichtweg leugnen,⁷⁶⁹ so ist das Verhältnis von strafprozessualen Eingriffen durch sog. „Zwangsmaßnahmen“ und sonstigen Ermittlungsmaßnahmen nicht ganz deutlich. *Betont* wird die belastende Wirkung von Ermittlungen auch jenseits konkreter Zwangsmaßnahmen lediglich von Befürwortern einer eigenständigen Anfechtbarkeit des Ermittlungsverfahrens⁷⁷⁰ – im Übrigen fehlen begründete⁷⁷¹ Stellungnahmen.

Stimmen, die den Eingriffscharakter des Ermittlungsverfahrens annehmen, begründen dies weitgehend mit den *tatsächlichen* Folgen, die ein Ermittlungsverfahren nach sich ziehen kann. Seien diese Folgen nun befindlicher,⁷⁷² beruflicher,⁷⁷³ oder sozialer Art.

⁷⁶⁹ Ein relativ „beredtes“ Schweigen findet sich hingegen bei *Keller*, GA 1983, 497; *Mayer*, in: KK-StPO, § 23 EGGVG Rn. 32 und 37. Beide Autoren gehen davon aus, dass Grundrechtseingriffe gerichtlich überprüft werden müssen. Eine *andere Frage* hingegen sei, ob auch staatsanwaltschaftliche Ermittlungen gerichtlich überprüft werden müssten. Die Annahme liegt daher nicht fern, dass von einem Grundrechtseingriff durch staatsanwaltschaftliche Ermittlungen gerade nicht ausgegangen wird. Deutlicher wird *Rieß*, NStZ 1982, 435 (436): „man schon bezweifeln [können], ob jemand durch die bloße Einleitung eines folgenlos eingestellten Ermittlungsverfahrens in seinen Rechten verletzt sein kann. Immerhin kann er sich bis zu seiner Verurteilung auf die verfassungsrechtlich begründbare Unschuldsvermutung berufen; Rechtsbeschränkungen hat ein Ermittlungsverfahren regelmäßig (vgl. aber z.B. § 32 Nr. 2 GVG) nicht zur Folge.“ Ganz ähnlich auch die (begründungslose und nicht entscheidungserhebliche) Vermutung in *BVerfG StV* 1994, 465 (466).

⁷⁷⁰ Etwa *Köbel*, JR 2006, 322; *ders.*, in: MüKo-StPO, § 158 Rn. 35 und § 160 Rn. 54 ff.; *Erb*, in: LR-StPO, § 160 Rn. 67a f.; *Eisenberg/Conen*, NJW 1998, 2241; *Bayer*, Stigmatisierungen, S. 85 ff.

⁷⁷¹ Auch *Rieß*, NStZ 1982, 435 (436) begründet seinen Standpunkt nicht näher.

⁷⁷² Etwa *Köbel*, JR 2006, 322; *Bayer*, Stigmatisierungen, S. 77 ff. – Verfolgungsangst, Bedrückung.

⁷⁷³ *Köbel*, JR 2006, 322 (323); *Erb*, in: LR-StPO, § 160 Rn. 67a; *Bayer*, Stigmatisierungen, S. 93 ff. – v.a. Einfluss auf Bewerbungsverfahren.

Teilweise wird auch die Ansicht geäußert, dass allein durch Eröffnung des Ermittlungsverfahrens *notwendig* die Anordnung bestimmter Zwangsmaßnahmen legalisiert würden und daher der drohende Eingriff durch die Zwangsmaßnahmen schon auf die Eröffnung des Ermittlungsverfahrens vorwirke. So weist etwa *Kölbel* darauf hin, dass etwa eine Durchsuchung gemäß § 102 StPO keine weiteren Voraussetzungen als den Anfangsverdacht habe⁷⁷⁴ und daher schon eine vorbeugende Rechtsschutzmöglichkeit gegen die Verdächtigung durch Eröffnung des Ermittlungsverfahrens notwendig sei.⁷⁷⁵

Gemeinsam ist allen Ansätzen, dass sie die Annahme des Grundrechtseingriffs darauf stützen, dass bestimmte tatsächliche Phänomene (Angst, Ansehensverlust etc.) *weil* sie sich im Einzelfall gravierend auswirken könnten, dazu führen *müssten*, dass das Ermittlungsverfahren als solches grundrechtlich zu rechtfertigen sei.⁷⁷⁶ Hinzu tritt das prozessuale Argument, dass mit der Eröffnung des Ermittlungsverfahrens *de facto* eine rechtliche Vorentscheidung über die Rechtmäßigkeit einzelner Zwangsmaßnahmen getroffen sei, die in ihrer Anwendung definitive Grundrechtseingriffe darstellen würden.

(2) *Probleme des „faktischen“ Problemzugriffs*

Unabhängig davon, dass es selbstverständlich zutrifft, dass ein Ermittlungsverfahren einen gravierenden tatsächlichen Einschnitt in das Leben Betroffener bedeuten kann, bedeutet diese Feststellung allein noch nicht, dass gerade hierin der Eingriff durch die Staatsanwaltschaft liegt. Nicht alles was *passiert*, ist ein grundrechtliches Thema. Das wurde in vorangegangenen Auseinandersetzungen mit dem „modernen“ Eingriffsverständnis bereits dargelegt.⁷⁷⁷

⁷⁷⁴ *Kölbel*, in: MüKo-StPO, § 158 Rn. 35.

⁷⁷⁵ *Kölbel*, JR 2006, 322 (328).

⁷⁷⁶ Etwas unspezifisch in dieser Hinsicht *F. Eckstein*, NSTZ 2017, 609 (617), der aber übereinstimmend mit dem hiesigen Ansatz betont, dass jedes ungesetzliche Strafverfahren den Beschuldigten in seiner „allgemeinen Handlungsfreiheit“ verletze. Die terminologischen Unklarheiten im Zusammenhang mit der „allgemeinen Handlungsfreiheit“ und dem „allgemeinen Persönlichkeitsrecht“ wurden oben bereits angesprochen, vgl. D.I.1.a.

⁷⁷⁷ Abschnitt D.I.1.b.aa.

Betrachtet man vor dieser Folie zunächst die Regelungsebene, so fällt auf, dass die Staatsanwaltschaft allein dadurch, dass sie ermittelt, *überhaupt* keine Anordnungen oder Maßnahmen in Bezug auf Dritte trifft: Weder Aktenführung noch förmliche Beschuldigung, erteilen für sich Erlaubnisse an Dritte – geschweige denn solche mit dem Inhalt, dass diese Dritten sich diskreditierend äußern dürften. Die Staatsanwaltschaft *kann* sich selbstverständlich hierzu verhalten: Sie kann selbst Presseerklärungen verfassen und veröffentlichen, sie *kann* Erkenntnisse aus dem Ermittlungsverfahren in den Medien lancieren, sie *kann* Wohnungsdurchsuchungen veranlassen, die die gesamte Nachbarschaft aufschrecken, usw. Allein, all diese Maßnahmen wären *eigenständige* Maßnahmen im Zuge des Ermittlungsverfahrens und machen nicht sämtliche Handlungen, die Dritte mit Bezug auf die staatsanwaltschaftlichen unternehmen, zu einem Regelungsgegenstand der Staatsanwaltschaft selbst.

Geht es um *faktische* Ermittlungsfolgen, dann folgt aus den Grundrechten noch nicht, dass *deshalb* das Ermittlungsverfahren als solches zu rechtfertigen wäre. Andersherum müsste gezeigt werden, dass das Ermittlungsverfahren gerechtfertigt werden muss und *deshalb* auch eine staatliche Verantwortung für die Folgen des Ermittlungsverfahrens besteht. Nicht weil ein Beschuldigter Angstzustände hat, ist das Ermittlungsverfahren ein Grundrechtseingriff, sondern *wenn* das Ermittlungsverfahren einen Eingriff darstellt, dann kann auch eine Verantwortung der Staatsanwaltschaft für weitergehende Beeinträchtigungen begründet werden. Auch hier reicht ein Hinweis auf gravierende Folgen für sich nicht aus, um auch nur irgendwelche Verantwortungsbereiche zu begründen.

Geht es um rechtliche Regelungen der Staatsanwaltschaft im Zuge eines geführten Ermittlungsverfahrens, so sind diese Maßnahmen mögliche eigenständige Rechtsbeeinträchtigungen und mögliche eigenständige Grundrechtseingriffe. Allein, dass Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren vorgenommen werden können, bedeutet noch nicht, dass deshalb die rechtliche Pflicht zur Duldung bestimmter Zwangsmaßnahmen mit der Pflicht identisch ist, das Ermittlungsverfahren als solches zu dulden. Dass im Ermittlungsverfahren *tatsächlich* weitere Eingriffe möglich sind, belegt noch nicht, dass das Ermittlungsverfahren selbst in die Grundrechte eingreift: Berichtet die Staatsanwaltschaft öffentlich und muss der Beschuldigte diese Berichterstattung dulden, so ist diese Duldungspflicht ein

eigenständiger Grundrechtseingriff; lässt die Staatsanwaltschaft im Zuge des Ermittlungsverfahrens die Wohnung des Beschuldigten gemäß § 102 StPO durchsuchen und muss der Beschuldigte diese Durchsuchung dulden, so ist diese Duldungspflicht ebenfalls ein eigenständiger Grundrechtseingriff – dass mehrere Grundrechtseingriffe mit einem Verdacht begründet werden, verklammert die unterschiedlichen Maßnahmen noch nicht zu einem einheitlichen Regelungsgegenstand.⁷⁷⁸

Nichts Anderes gilt für das Verhalten privater Dritter: Wenn diese Mutmaßungen über den Tatverdacht anstellen, dann stellt sich allein die Frage, ob diese Mutmaßungen staatlich erlaubt sind – dann korrespondiert eine eingreifende Duldungspflicht des Beschuldigten – oder nicht – dann kann sich der Beschuldigte gegen dieses Rechtsverletzende Verhalten isoliert zur Wehr setzen.

So ist auch *Kölbel* zu entgegnen, dass *allein* die Annahme eines Verdachts, der die Eröffnung des Ermittlungsverfahrens rechtfertigt, *noch nichts* über die Duldungspflicht einer Wohnungsdurchsuchung aussagt: Ob eventuell *vorbeugend* zum Schutze des Grundrechts aus Art 13 Abs. 1 GG Rechtsschutz möglich sein muss, ist eine Frage des Umfangs funktionellen Schutzes durch richterliche Entscheidungskompetenzen und für sich kein Beleg dafür, dass die Eröffnung des Ermittlungsverfahrens selbst in Grundrechte eingreift.

Selbst wenn also nicht in Zweifel gezogen werden kann und soll, dass staatsanwaltschaftliche Ermittlungen diverse tatsächliche Folgen nach sich ziehen und die Lebensführung betroffener Personen hierdurch teils erheblich eingeschränkt werden kann, so bleibt offen, warum gerade die Führung des Ermittlungsverfahrens *jenseits* der Verursachung von Einzelfolgen *selbst* und *unmittelbar* grundrechtsrelevant sein soll.

⁷⁷⁸ Gleichwohl kann sich die Tatsache der Eingriffskumulation auf die inhaltlichen Anforderungen aller Eingriffsrechtfertigungen ausstrahlen, vgl. *Puschke*, Kumulative Anordnung, S. 79 ff. Das *bedingt* aber gerade, dass alle Einzeleingriffe jeweils eigenständige rechtliche Relevanz haben.

(3) *Lösung über das allgemeine Persönlichkeitsrecht*

Bevor die Staatsanwaltschaft Zwangsmaßnahmen beantragt oder anordnet, bevor sie über das Ermittlungsverfahren selbst kommuniziert, bedeutet „Führen von Ermittlungen“ in erster Linie, dass die Staatsanwaltschaft gezielt eine Ermittlungshypothese verfolgt.⁷⁷⁹ Bedeutet strafrechtliche Verdächtigung in ihrer allgemeinsten Form, dass von Seiten der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit gesehen wird, dass eine Person gegen ein strafrechtliches Verbot verstoßen hat, so bedeutet „ermitteln“ zunächst nichts Anderes als Verifikation oder (besser: vor allem!) Falsifikation⁷⁸⁰ der eigenen Ermittlungshypothese anhand von verfügbaren Informationen.⁷⁸¹ In Bezug auf eine konkrete Ermittlungshypothese werden Informationen verknüpft, was nichts anderes bedeutet, als das *personenbezogene Informationen gezielt miteinander tat- und deshalb verdächtigenbezogenen verbunden werden*.

Ausgehend hiervon ist der Bogen zum „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ nicht mehr weit zu spannen: Das *Bundesverfassungsgericht* sieht im allgemeinen Persönlichkeitsrecht das allgemeine Freiheitsrecht zu Selbstbestimmung verankert.⁷⁸² Teil dieser rechtlich geschützten Selbstbestimmung sei auch, dass man prinzipiell selbst darüber bestimmen können müsse, welche Informationen

⁷⁷⁹ Die "Befugnis zur Sachverhaltserforschung" wird einhellig angenommen, dabei aber selten spezifiziert, woraus diese Befugnis konkret folgt. Vgl. Rogall, Informationseingriff, S. 98 ff.; Diemer, in: KK-StPO, § 152 Rn. 4 und 11; B. Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 152 Rn. 3.

⁷⁸⁰ Zum „Falsifikationsprinzip“ im Strafverfahren auch Hörnle, Rechts-
theorie 35 (2004), 175 (191 ff.).

⁷⁸¹ Vgl. auch §§ 160, 163 – „Erforschung der Wahrheit“. Instrukтив Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 349; ob eine Hypothese tatsächlich „verifiziert“ werden kann und ob vielleicht gerade wegen dieser fehlenden Möglichkeit eine gänzlich „objektive“ Ermittlung unmöglich ist, sei hier nicht vertieft. Ein skeptischer Hinweis auf Popper, Widerlegungen, S. 397 ff. soll hier genügen.

⁷⁸² Bereits deutlich im „Elfes-Urteil“. Vgl. BVerfGE 6, 32 (36 f.); ausdrücklich BVerfGE 59, 275 (278); zuletzt BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 10. Juni 2015 – 2 BvR 1967/12 –, Rn. 14, juris.

andere über einen verwahren, sammeln, verknüpfen oder weitergeben dürften.⁷⁸³ Dabei ist jede Form des Umgangs mit personenbezogenen Informationen gesondert zu rechtfertigen.⁷⁸⁴

Für das Ermittlungsverfahren bedeutet dies, dass die Erlangung von Informationen *eine* Frage – die Auswertung dieser erlangten Informationen hingegen eine *andere* Frage ist.⁷⁸⁵ Weil ein Beschuldigter also allein dadurch, dass die Staatsanwaltschaft ermittelt, *dulden muss*, dass die Staatsanwaltschaft gezielt Informationen über einen Beschuldigten auswertet, muss sie die Auferlegung dieser Duldungspflicht grundrechtlich rechtfertigen können.⁷⁸⁶ Weil der Staatsanwaltschaft zu dieser gezielten Informationsauswertung im Zuge des Strafverfahrens das *exklusive* Erstzugriffsrecht zukommt, *regelt* sie diese Eingriffsduldungspflicht des Beschuldigten selbst und trägt damit (wenigstens zunächst) die eigenständige rechtliche Verantwortung für das Grundrecht des Beschuldigten auf informationelle Selbstbestimmung.⁷⁸⁷

⁷⁸³ Grundlegend BVerfGE 65, 1 (41 ff-) – Volkszählung; zum Zusammenhang zwischen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und allgemeinem Freiheitsrecht *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 334.

⁷⁸⁴ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 2 Rn. 176 mit zahlreichen Hinweisen auf die Judikatur, darunter auch: BVerfGE 74, 115 (117) – systematische Beobachtung einer Person (Observation); siehe auch: BVerwG, Urt. v. 20. 2. 1990, DVBl. 1990, 707 (708); BVerwG, Urt. v. 20. 2. 1990, JZ 1991, 471 (473) – Sammlung strafrechtsrelevanter Informationen durch Behörden; *BayVerfGH*, BayVBl. 1985, 652 ff. – Führung und Auswertung von kriminalpolizeilichen Akten.

⁷⁸⁵ Für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren zuletzt betont von BVerfG, Beschluss vom 12. April 2005 – 2 BvR 1027/02 –, Rn. 87, juris; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 02. April 2006 – 2 BvR 237/06 –, Rn. 6, juris.

⁷⁸⁶ Zur eigenständigen Eingriffsbedeutung der Informationsauswertung zuletzt auch BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 25. Juli 2017 – 2 BvR 1287/17 –, juris – allerdings mit der Annahme eines Eingriffs in die Berufsfreiheit durch die Auswertung von beschlagnahmten Akten.

⁷⁸⁷ Weitere Duldungspflichten, die im Zusammenhang mit dem Ermittlungsverfahren stehen, können als „Eingriffskumulationen“ verstanden werden. Ob und wie sich diese Kumulation dann aber auf die

So zeigt sich, dass *jedes* Ermittlungsverfahren mindestens in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung eingreift, *daher* grundrechtlich rechtfertigungsbedürftig ist und deshalb prinzipiell Rechtsschutz in Gestalt einer letztverbindlichen richterlichen Entscheidungsmöglichkeit erfordert. Die staatsanwaltschaftliche *Erstregelung* der Reichweite des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung muss durch gerichtliche *Letztregelung* gerichtlich überprüft werden können. Da das *Bundesverfassungsgericht* selbst „kein belangloses“ Datum kennt,⁷⁸⁸ ließe sich ein solcher Rechtsschutz auch nicht mit einem (ohnein problematischen)⁷⁸⁹ Bagatellvorbehalt verwerfen: Weil ein Recht darauf besteht, dass die Staatsanwaltschaft ohne zureichenden Grund nicht ermittelt, muss dieses Recht durch gerichtliche Entscheidung auch zur Geltung kommen können.

Dieser letzte Punkt ist vor allem deshalb entscheidend, weil so gezeigt werden kann, dass hinreichender Rechtsschutz durch eine spätere Prüfung eines Verdachts durch das Gericht des Zwischen- und Hauptverfahrens nicht nur eine Frage eines nicht „rechtzeitigen“ Rechtsschutzes ist,⁷⁹⁰ sondern schlicht einen ganz anderen Gegenstand betrifft: Im Zwischenverfahren entscheidet ein Gericht darüber, ob es die Durchführung eines weiteren gerichtlichen Verfahrens für rechtmäßig hält⁷⁹¹ – die Frage, ob zu einem früheren Zeitpunkt die Staatsanwaltschaft ermitteln durfte wird hierdurch weder geprüft noch geregelt. Selbst ein ablehnender Eröffnungsbeschluss regelt

konkrete Rechtfertigungsstruktur auswirkt, ist eine Frage der inhaltlichen Rechtfertigung des Eingriffs, vgl. *Puschke*, Kumulative Anordnung, S. 79 ff.

⁷⁸⁸ BVerfGE 65, 1 (45) – Volkszählung.

⁷⁸⁹ Vgl. Abschnitt D.I.1.b.bb.

⁷⁹⁰ So aber *Beulke*, in: LR-StPO, § 152 Rn. 38 auch mit Hinweis auf *BVerfG*, NStZ 1985, 228. Der Hinweis geht aber in doppelter Hinsicht fehl: Zum einen bezieht sich die Entscheidung auf das Akteneinsichtsrecht und zum anderen datiert die Entscheidung zu einer Zeit als das *Bundesverfassungsgericht* selbst noch an der Lehre von der *prozessualen Überholung* festhielt. In BVerfGE 96, 27 (42) stellte das Gericht dann aber – abrückend von seiner bisherigen Linie – fest, dass die Rechtmäßigkeit von Ermittlungsmaßnahmen *kein* Prüfungsgegenstand des gerichtlichen Endurteils sei.

⁷⁹¹ § 203 StPO stellt gerade isoliert auf das „Ergebnis des Vorbereitenden Verfahrens“ und nicht auf die Rechtmäßigkeit des Ermittlungsvorgangs ab.

nicht, dass die Staatsanwaltschaft nicht ermitteln durfte. Weil effektiver Rechtsschutz aber bedeutet, dass materielle Rechte auch formal zur Geltung kommen, kann ein Rechtsschutz gegen staatsanwaltschaftliche Ermittlungen – der gleichzeitig die funktionale Kompetenz zum ersten Zugriff wahrt – nur dadurch erfüllt werden, dass eine gerichtliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit von getätigten Ermittlungen zugelassen wird.⁷⁹²

Es zeigt sich, dass das, was in manchen Darstellungen „wenigstens“⁷⁹³ einen Rechtsschutz gegen die Führung eines Ermittlungsverfahrens begründen soll, das „Eigentliche“ ist: Durch das Ermittlungsverfahren ist ein Beschuldigter verpflichtet, Eingriffe in sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu dulden. Das Recht auf Justizgewährleistung verlangt nach einer gerichtlichen Entscheidung über diese Duldungspflicht.

2. Eingriff und Drittbeeinträchtigung

Kann so (jedenfalls für die Umstände eines Strafverfahrens) gezeigt werden, dass ein Ausweichen auf Argumentationsmuster mit faktischen und mittelbaren Grundrechtseingriffen vermeidbar ist,⁷⁹⁴ ist damit allein allerdingst noch nicht einem gravierenden Einwand restriktiver Eingriffslehren begegnet: Dem Argument, dass aus einem weiten Eingriffsverständnis folgen würde, dass die individualrechtliche Grundausrichtung des Grundgesetzes selbst in Frage stünde.⁷⁹⁵

⁷⁹² BVerfGE 96, 27 (42) stellte hierzu fest, dass die Rechtmäßigkeit von Ermittlungsmaßnahmen mit dem gerichtlichen Strafurteil „nichts zu tun“ habe. Vgl. auch (jüngst) den fünften Leitsatz von BVerfGE 129, 1 – Investitionsschutzgesetz.

⁷⁹³ Vgl. *Wohlers*, in: SK-StPO, § 160 Rn. 100; *Eisenberg/Conen*, NJW 1998, 2241 (2242).

⁷⁹⁴ Bemerkenswert in diesem Zusammenhang auch bereits BGHSt. 27, 175: Eine Unterscheidung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Beeinträchtigung sei kaum praktikabel.

⁷⁹⁵ *Eckstein*, Ermittlungen zu Lasten Dritter, S. 51; im Anschluss an *Eckhoff*, Grundrechtseingriff, 255 ff.; auch *Rogall*, Informationseingriff, S. 58 ff. gerade bei letzterem wird aber deutlich, dass es bei einschränkenden Eingriffsverständnissen im Zusammenhang mit der Informationsbeschaffung vor allem um die Auswirkungen auf den Gesetzesvorbehalt geht.

Wäre die allgemeine Handlungsfreiheit als Recht auf Rechtfertigung von Allem gegenüber Jedermann zu verstehen, würde der Begriff des Rechts in der Tat aufgelöst und gleichbedeutend mit einem Recht auf Einhaltung der Rechtsordnung durch jedermann von jedermann gegenüber Jedermann. Dass dies jedenfalls in seiner klageweisen Einforderbarkeit von der Rechtsordnung nicht vorgesehen ist, ergibt sich insofern unmissverständlich aus Art. 19 Abs. 4 GG.⁷⁹⁶ Verstünde man Art. 19 Abs. 4 GG aber andererseits lediglich als Klarstellung dahingehend, dass die öffentliche Gewalt sich keine rechtskräftigen Titel selbst verschaffen kann⁷⁹⁷ und erkennt man darüber hinaus einen allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch an, der die Prüfung *jeder* Rechtsverletzung ermöglicht, dann würde allein aus der Existenz des Art. 19 Abs. 4 GG nicht zwingend folgen, dass die Einforderbarkeit der allgemeine Handlungsfreiheit irgendwelchen tatbestandlichen Beschränkungen unterworfen ist: Die Geltendmachung eines allgemeinen Gesetzesvollzugsanspruchs über den allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch könnte nicht mit dem Hinweis verworfen werden, dass die geschriebene verfassungsrechtliche Durchsetzungsregel nur auf individuelle Rechte zugeschnitten sei.

Andererseits ist damit ein allgemeiner Gesetzesvollzugsanspruch hierdurch noch nicht begründet, sondern die Frage daraufhin zurückgeführt, inwiefern *nicht*individuelle Rechte überhaupt sinnvoll als subjektive Rechte aufgefasst werden können. Entkleidet man die Frage nach der Reichweite eines allgemeinen Freiheitsrechts von der verfassungsrechtlich vorgegebenen Durchsetzungsbeschränkung, dann kommt man um die Frage nicht umhin, ob der materielle Gehalt eines allgemeinen Freiheitsrechts auch die Freiheit enthält, allgemeine Belange einfordern zu können. Im Folgenden soll daher versucht werden aufzuzeigen, dass nichts dergleichen zu befürchten ist.

⁷⁹⁶ Etwa *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Rn. 116 ff.; *Sachs*, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 19 Rn. 133; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 19 Rn. 35 ff.; *Schoch*, in: GdVwR III, § 50 Rn. 4.

⁷⁹⁷ Eine solche Lesart des Art. 19 Abs. 4 GG wurde oben für möglich gehalten, vgl. C.I.4.c.

a. *Individuelles Recht und Selbstbestimmung*

Materiellrechtliche Beschränkungen oder vielmehr *logische* Limitierungen erfährt ein allgemeines Auffanggrundrecht aus dem Kernbereich individueller Abwehrberechtigung gegen Fremdbestimmung: der Selbstbestimmung.

Die Grundrechte als Abwehrrechte setzen voraus, dass jeder Mensch qua seiner Eigenschaft als Mensch (Art. 1 GG) Person ist (Art. 2 Abs. 1 GG).⁷⁹⁸ Als Person ist er Subjekt der Rechtsordnung in dem Sinne, als dass er seine Position in der Rechtsordnung grundsätzlich selbst bestimmen können muss und darf.⁷⁹⁹ Die Pointe der „allgemeinen Freiheit“ im Recht ist, dass Selbstbestimmung im Recht eine Notwendigkeit ist und dass das Recht nicht selbst vorgibt, was aner kennenswerter Bestandteil „zulässiger“ Selbstbestimmung ist, sondern jede Selbstbestimmung grundsätzlich rechtlich aner kennenswert ist.⁸⁰⁰ Aus der Einordnung als Selbstbestimmungsrecht der Person gegen den Staat folgt eine notwendige Beschränkung jeglicher Anspruchsbegründung gegen den Staat: Es gibt nur einen Anspruch auf Berücksichtigung von eigenen Belangen – aus dem Selbstbestimmungsrecht folgt *nicht*, dass jedermann ein Recht hat, selbst zu bestimmen, was seiner Person zugeordnet wird. Aus dem Recht zu Bestimmung des eigenen Schicksals in der Gesellschaft folgt *nicht*, dass jedermann die Beachtung generalpräventiver Sanktionsgesichtspunkte selbst einfordern kann, weil ihm oder ihr das wichtig erscheint, es folgt *lediglich*, dass Gegenstände des Rechts, die mit jemandem als Person in Verbindung gebracht werden, dieser

⁷⁹⁸ *Schlink*, EuGRZ 1984, 457; umfassend *Poscher*, Abwehrrechte, S. 107 ff.; *Hattenhauer*, Mensch als Person 2011, 39.

⁷⁹⁹ Grundlegend BVerfGE 6, 32 (36) – Elfes; zu Selbstbestimmung und Freiheit im Recht aus der strafrechtlichen Literatur grundlegend *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers, S. 226 ff.; aus prinzipientheoretischer Perspektive *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 309 ff.

⁸⁰⁰ *Schlink*, EuGRZ 1984, 457 (467); *C. Schmitt*, Verfassungslehre, S. 125 ff.; *Dreier*, RW 2010, 11 (19 ff.); *Murswiek*, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 2 Rn. 49 Genau dies macht aber auch den heute noch gebräuchlichen Verweis auf aner kennenswerte „Privatinteressen“ ganz grundsätzlich problematisch, vgl. *Masing*, Mobilisierung des Bürgers, S. 62 ff.

Person gegenüber (und auf Verlangen) gerechtfertigt werden müssen.⁸⁰¹ Nicht die Tatsache, dass einer Person etwas *wichtig* ist, macht diesen Gegenstand zu einer Rechtsfrage, sondern das Recht regelt bestimmte Beziehungen zwischen Personen durch Zuweisung von Rechten. Sind einem aber erst einmal Rechte zugewiesen, dann können diese auch dann eingefordert werden, wenn der Sinn dieser Einforderung, sich nicht jedermann erschließt.

Besonders augenfällig wird die inhärente Beschränkung der Selbstbestimmung im Falle von Drittbeeinträchtigungen: Würde Bürger A ein eigenes Recht dazu haben, dass Maßnahmen gegenüber Bürger B gerechtfertigt werden müssen, dann würde Bürger A selbst darüber bestimmen können, dass das Recht des B auf Rechtfertigung ausgeübt wird, *ohne dass B dies selbst bestimmt hätte*. Selbstverständlich kann B selbst sein Recht auf Selbstbestimmung ausüben und daher eine Rechtfertigung gegenüber ihm selbst verlangen. Diese Rechtfertigung ist aber eine andere, als die die A im Beispiel verlangt. Kann A keinen Bezug dieser Maßnahme (gegenüber B) zu sich selbst herstellen, so kann A aus seinem nichtvorhandenen Selbstbestimmungsrecht keine Rechtfertigungspflicht des Staates ableiten. Auf die strafprozessuale Praxis übertragen: Eine Durchsuchung in der Wohnung des B kann daher grundsätzlich nicht von A überprüft werden, es sei denn, dass A aufzeigen kann, dass die Durchsuchung seiner *eigenen* Selbstbestimmung zuwiderliefe.

b. Keine Geltendmachung von Allgemein- oder Drittinteressen

Betrachtet man die Limitierungen, die sich aus dem Selbstbestimmungsrecht ergeben, wird deutlich, dass bestimmte Begründungen, die mit „Popularklagen“ in Verbindung gebracht werden, einen Anspruch auf Rechtfertigung von vornherein *nicht* auslösen können: Die Behauptung, dass die Rechtsordnung oder auch spezifische Selbstbestimmungsrechte Dritter beeinträchtigt worden sein könnten, vermag keine Beeinträchtigung der *eigenen* Selbstbestimmung

⁸⁰¹ Vgl. auch BVerwGE 54, 211 (220 f.) – zur Geltendmachung allgemeiner Umweltbelange als „eigene Angelegenheit“.

zu begründen.⁸⁰² Klagen um das Wohl Dritter sind daher nicht vom eigenen Selbstbestimmungsrecht erfasst. Ein Klageerzwingungsverfahren kann sich also von vornherein nicht auf Vorwürfe beziehen, deren Taten mit der eigenen Person in keinerlei Verbindung stehen. Die Begründung, die Staatsanwaltschaft habe das öffentliche Interesse oder die Belange einer dritten Person nicht hinreichend beachtet, vermag daher unabhängig von sonstigen Fragen der subjektiven Verankerung des Klageerzwingungsrechts niemals ein verfassungsrechtliches Beschwerderecht gegen die Ermittlungen und Verfügungen der Staatsanwaltschaft begründen.

c. *Notwendige Mitbetroffenheit Dritter*

Nicht ausgeschlossen ist hingegen, dass bestimmte Beeinträchtigungen des Selbstbestimmungsrechts einer Person *notwendig* auch die Beeinträchtigung des Selbstbestimmungsrechts einer anderen Person nach sich ziehen.⁸⁰³ Koch, dessen Konzeption der Drittbetroffenheit mit der hiesigen weitgehend übereinzustimmt, weist beispielhaft auf ausländerrechtliche Ausweisungsverfügungen gegen einen Ehemann hin, die damit notwendig auch das Recht einer

⁸⁰² Vgl. auch BVerwGE 54, 211 (221): „Art. 2 I GG [schafft nicht] die für eine gerichtliche Kontrolle unerläßliche rechtliche Beziehung zwischen dem Kläger, und der von ihm begehrten Kontrolle, sondern Art. 2 I GG setzt voraus, daß sich eine solche Beziehung aus der sonstigen Rechtsordnung ergibt. Erst wenn das zutrifft, wann also eine bestimmte (gesetzliche) Berechtigung besteht, kann sich fragen, ob diese Berechtigung dem Rechtsträger in einer solchen Weise zugeordnet ist, daß sie als Bestandteil seiner „Persönlichkeit“ auch dem verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 2 I GG untersteht.“ Koch, Drittbetroffene, S. 407 weist allerdings zurecht auf missverständliche kategorische Formulierung des *Bundesverwaltungsgerichts* hin. Richtig ist, dass wenn der einfache Gesetzgeber Rechte schafft, dass diese in jedem Fall von der „Persönlichkeit“ des Art. 2 Abs. 1 GG erfasst sind. Andererseits kommt die Persönlichkeit nicht ausschließlich hierdurch zu Ausdruck, sondern gerade dadurch, dass der Mensch als selbstbestimmtes Wesen im Recht seine Geltung rechtlich unabhängig davon *zur Geltung* bringen kann, dass die an die Menschenwürde gebundene einfache Rechtsordnung (und damit auch Gesetzgebung), diese anerkennen will, vgl. grundlegend bereits *Dürig*, AöR 81 (1956), 117 (S. 125).

⁸⁰³ Vgl. zur kumulativen, alternativen und kooperativen subjektiven Berechtigung *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 141/S. 254 f.

(inländischen) Ehefrau auf gemeinsamen Ort der Lebensführung gemäß Art. 6 GG betreffen.⁸⁰⁴ In solchen Fällen ist das Recht auf Selbstbestimmung (der Eheführung) gerade beider Ehegatten betroffen und jeder für sich kann daher auch eine Rechtfertigung belastender Maßnahmen gegenüber sich selbst verlangen. Entsprechendes müsste dann auch für die Verhängung einer Freiheitsstrafe oder Verhängung einer Untersuchungshaft gelten.⁸⁰⁵ Ein eigenständiges Beteiligungsrecht von Ehepartnern an den Strafverfahren gegen den jeweils anderen Ehepartner, lässt sich damit allerdings nicht begründen: Soweit das Strafverfahren der Feststellung der schuldhaften Begehung einer Straftat dient, ist nicht die gemeinsame Lebensführung berührt; dass festgestellt wird, dass jemand einen anderen nicht töten durfte, betrifft keine Einschränkung der *Eheführung* durch den mutmaßlichen Täter.⁸⁰⁶ Festzuhalten bleibt, dass allein die Berufung auf fremde Selbstbestimmung kein Beschwerderecht begründen kann. Soweit jedoch eine Maßnahme, die der Selbstbestimmung eines Dritten zuwiderlief, *auch* die eigene Selbstbestimmung betrifft, muss auch ein *eigenes* Recht auf richterliche Überprüfung dieser Dritten anerkannt werden.

Keinesfalls folgen aus der Anerkennung derartig weitgehender eigenständiger Rechtfertigungs- und Beschwerderechte Dritter zwingend Abweichungen im Hinblick auf die materiellen Rechtmäßigkeit drittbelastender Maßnahmen.⁸⁰⁷ Regelmäßig werden die Belange Dritter für sich rechtmäßige Abwägungsvorgänge nicht *wesentlich* modifizieren.⁸⁰⁸ Sind allerdings gravierende Interessen Dritter betroffen, dann müssen diese Interessen umso stärker berücksichtigt werden, je intensiver die (Dritt-)Interessensbeeinträchtigung ist und je deutlicher diese Interessen bei der maßgeblichen Entscheidung zutage getreten sind. Ist für die Staatsanwaltschaft erkennbar, dass die

⁸⁰⁴ Koch, Drittbetroffene, S. 296 f.; vgl. auch BVerfGE 19, 394 (399); 35 382 (408); 51, 386 (395).

⁸⁰⁵ Vgl. auch Schwabe, Grundrechtsdogmatik, S. 189.

⁸⁰⁶ Koch, Drittbetroffene, S. 296. Eine Sonderkonstellation betrifft das Wiederaufnahmeverfahren, indem Ehegatten als Angehörige u.U. prozessführungsbefugt sein können, vgl. § 361 Abs. 2 StPO. Zudem können Ehegatten als Opfer Beteiligungsrechte zustehen – dies betrifft aber letztlich eine andere Frage.

⁸⁰⁷ Koch, Drittbetroffene, S. 402.

⁸⁰⁸ Vgl. auch die Erwägung in BVerfGE 129, 208 (251).

Durchsuchung einer Wohnung zu einer bestimmten Tageszeit mehrere Nachbarn beeinträchtigen würde (Ablenkung durch Lärm, Versperrung der Hauseinfahrt) und ist die Durchsuchung zu einer anderen Tageszeit ähnlich erfolgsversprechend, dann müssen die verantwortlichen Entscheider diejenige Ausführung wählen, die die Rechte der Nachbarn möglichst wenig beeinträchtigt. Lädt die Staatsanwaltschaft einen Arbeitnehmer während der Arbeitszeit zur Vernehmung vor, so beeinträchtigt diese Vernehmung sowohl die Rechte des Arbeitnehmers als auch die Rechte des Arbeitgebers. Ist es daher möglich, den gleichen Vernehmungserfolg bei einer Ladung nach der Arbeitszeit des Arbeitnehmers zu erzielen, dann muss die Staatsanwaltschaft dies – zur größtmöglichen Schonung der Arbeitgeberinteressen – grundsätzlich tun.

Um die beispielhaft dargelegten materiellrechtlichen Positionen aber nicht wirkungslos werden zu lassen, müssen diese Berücksichtigungspflichten jeweils mit eigenen Justizgewährleistungspositionen abgesichert werden. Geht man davon aus, dass Dritten eigenständige Rechte zustehen und berücksichtigt gleichzeitig, dass alle Rechte prinzipiell gerichtlich eingefordert werden können müssen, so verhält man sich widersprüchlich, wenn man einerseits die Rechtsposition Dritter anerkennt, diese aber nicht zugleich mit einem Recht auf richterliche Letztentscheidung flankiert.

Befürchtungen, dass durch eine derartige Erstreckung der Beschwerdemöglichkeiten „Lähmungen der Justiz“ eintreten können, dürften praktisch unhaltbar sein⁸⁰⁹ und sind darüber hinaus auch normativ unbeachtlich: *Praktisch* erfordert auch heute ein offensichtlich unbegründeter Antrag auf richterliche Entscheidung gegenüber einem unzulässigen Antrag auf dieselbe Entscheidung keinen strukturellen Mehraufwand: In beiden Fällen müssen Schlüssigkeit, Substantiierung und Auslegung des Antrages umfassend gewürdigt⁸¹⁰

⁸⁰⁹ Vgl. zu ähnlichen Erwägungen bereits im Zusammenhang mit der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ Abschnitt C.II.3.a.bb.

⁸¹⁰ Zur Kenntnisnahme- und Berücksichtigungspflicht vgl. BVerfGE 96, 205 (216); BVerfGE 105, 279 (311); BVerfG NJW 2013, 925 (925); BVerfG NJW 2015, 1166 (1166).

und vorgenommen werden,⁸¹¹ in beiden Fällen darf das Gericht keine „überraschenden“⁸¹² Beschlüsse treffen, geschweige denn den Antrag einfach *nicht* bescheiden.⁸¹³ Fürchtet man danach eine Lähmung dadurch, dass offensichtlich unbegründete Fälle als eben offensichtlich unbegründete – anstatt schlicht unzulässig – Anträge zurückgewiesen werden müssen, so übersieht man, dass die richterliche Kognitionspflicht nicht erst dann einsetzt, wenn alle Sachentscheidungsvoraussetzungen *definitiv* vorliegen.

Normativ unbeachtlich ist der Einwand der „Lähmung der Justiz“ jedenfalls dann, wenn man materielle Relevanz der Belange Dritter prinzipiell anerkennt. Denn, erklärt man die Belange Dritter für abwägungsrelevant, dann muss diesen Belangen eine eigenständige Durchsetzungsmacht zur Seite stehen. Ist ein Recht auf Justizgewährleistung aber erst einmal begründet, so können ökonomische Erwägungen, wie etwa Verweise auf eine Ressourcenknappheit der entscheidenden Gerichte, nicht herangezogen werden, um richterliche Entscheidungen auszuschließen⁸¹⁴ – das *Bundesverfassungsgericht* verwirft derartige Überlegungen zu Recht als *willkürliche* Erwägungen.⁸¹⁵

3. Der Anspruch auf gerichtliche Entscheidung

Wie vorangehend erläutert, wird ein grundrechtliches Rechtfertigungsrecht dadurch begründet, dass eine Beeinträchtigung personeller Selbstbestimmung dargelegt werden kann. Zu untersuchen bleibt, inwieweit sich dabei ein materielles Recht auf Rechtfertigung zu einem dezidiert gerichtsgewandten Anspruch auf gerichtliche Überprüfung einer Rechtsbeeinträchtigung wandeln kann. Dabei soll

⁸¹¹ Vgl. BVerfGE 84, 188 (190); NJW 1994, 1274 zur Erforschungspflicht und dem damit verbundenen Recht auf (rechtzeitige) Anhörung zu Zweifeln an Klagebefugnis und Schlüssigkeit.

⁸¹² Als Ausdruck der Verfahrensfairness vgl. auch BVerfG NVwZ 1992, 259.

⁸¹³ Zu den Grenzen der Berücksichtigungspflicht und insbesondere dazu, dass die Bescheidungspflicht nicht durch Präklusionsvorschriften suspendiert werden kann, vgl. *Remmert*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103 Abs. 1 Rn. 98 ff.

⁸¹⁴ Vgl. Oben Abschnitt C.II.3.a.bb.

⁸¹⁵ BVerfGE 54, 277 (293). Deutlich auch BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 27. Februar 2014 – 2 BvR 261/14 – Rn. 17, juris.

von der bereits dargelegten Annahme ausgegangen werden, dass gerichtliche Entscheidungen die vorhandene Rechtswahrheit nicht nur „finden“,⁸¹⁶ sondern durch ihre Entscheidung der Geltung eines Rechts erst zur *Wirksamkeit im Recht* verhelfen (a). Die daraus zu ziehenden Folgerungen sollen dann im Grundmuster notwendiger prozessualer Darlegungen münden, die zu einem Anspruch auf gerichtliche Entscheidung führen können (b).

a. *Rechtsgestaltung durch gerichtlichen Entscheidung*

Die Formulierung von Art. 19 Abs. 4 GG wird üblicherweise als missverständlich aufgefasst: Ob tatsächlich eine *Rechtsverletzung* im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG vorliege, werde erst durch die richterliche Entscheidung festgesetzt. Damit könne das Vorliegen einer Rechtsverletzung als – Ergebnis der richterlichen Entscheidung – logisch aber nicht *Voraussetzung* eines Anspruchs auf richterliche Entscheidung sein.⁸¹⁷ Daraus wird abgeleitet, dass es ausreichend sein müsse, dass eine Verletzung des Rechts „möglich“ sei.⁸¹⁸ Da sich diese Deutung des Art. 19 Abs. 4 GG nicht auf die Besonderheiten einer Rechtsverletzung durch die öffentliche Gewalt bezieht, sondern auf die Voraussetzung der individualrechtlichen Verankerung des Zugangs zu Gerichtsbarkeit, ist der argumentative Ansatz auch prinzipiell übertragbar auf den *allgemeinen* Justizgewährleistungsanspruch.⁸¹⁹ Präzisiert werden muss allerdings auch hier, was unter der *Möglichkeit einer Rechtsverletzung* genauer verstanden werden soll:

Das Justizgewährleistungsrecht dient der gerichtlichen Entscheidung über die *künftige* Geltung eines Rechts in einem konkreten Fall.

⁸¹⁶ Allgemein dazu oben Abschnitt C.II.; zur damit zusammenhängenden „Macht der letzten Instanzen“ vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtslehre, Rn. 490 ff.

⁸¹⁷ *Sachs*, in: *Sachs*, Grundgesetz, Art. 19 Rn. 133; auch zu BVerfGE 31 364 (368).

⁸¹⁸ Vgl. bereits *Bachof*, JZ 1962, 663 (665); den Gleichlauf von Art. 19 Abs. 4 GG und § 42 Abs. 2 VwGO stellt auch BVerwGE 144, 284 Rn. 17 heraus.

⁸¹⁹ Vgl. *Schenke*, in: HdGR III, § 78 Rn. 81.

In diesem Sinne wendet das Gericht das Recht an und *handelt* dadurch.

„Der das Recht anwendet, handelt. Er wirkt gestaltend auf die soziale Umwelt ein, indem er vom Recht vorgezeichnete Verhaltensmöglichkeiten verwirklicht. Handeln heißt einen Griff in die Zukunft – die Region des Möglichen – tun.“⁸²⁰

Der Charakter der verfahrensmäßigen *Entscheidung* – im Gegensatz etwa zum Ritual⁸²¹ – bedingt dabei notwendig, dass der Gegenstand der gerichtlichen Entscheidung bis zur gerichtlichen Entscheidung offen ist. Dass einem Prätendenten in einem konkreten Fall *tatsächlich* ein Recht zusteht, darf daher keine Voraussetzung der gerichtlichen Entscheidung selbst sein.⁸²² Auf der anderen Seite ist ein Gericht nicht befugt eine Rechtsbeziehung zu begründen, die durch die Rechtsordnung nicht vorgesehen ist – Art. 20 Abs. 3 GG. Dies verbietet aber nicht schlichtweg eine gerichtliche Entscheidung eines Falles, sondern nur, dass einem Regelungsantrag eines Prätendenten entsprochen werden darf, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen. Dient Justizgewährleistung der gerichtlichen Setzung von Rechten, die bestehen *sollen*, so kann ein Recht auf Justizgewährleistung nicht begründet werden, wenn kein eigenes Recht zur Geltung gebracht werden soll. Daraus folgen zwei zwingende Punkte: Zum einen kommt es für die Begründung eines Entscheidungsrechts nicht auf quantitative Überzeugungsgesichtspunkte an (was der Begriff der *möglichen* Rechtsverletzung gleichfalls umfassen könnte).⁸²³ Wie häufig, so ist auch hier zwischen dem „Ob“ und „Wie“ einer gerichtlichen Entscheidung zu unterscheiden: *Wie* begründet oder unbegründet ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist, ist für die Frage, *ob* ein Anspruch auf gerichtliche Entscheidungen besteht, grundsätzlich irrelevant (aa). Zum anderen ist die begehrte gerichtliche *Entscheidung* als Normsetzung alleiniger

⁸²⁰ G. Husserl, *Recht und Zeit*, S. 146 ff., S. 167 f.

⁸²¹ Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, S. 38 ff.

⁸²² Sachs, in: Sachs, *Grundgesetz*, Rn. 133.

⁸²³ Vgl. für die Klagebefugnis im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO, BVerwGE 82, 246 (249): „Die Klagebefugnis ist zu verneinen, wenn offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise die vom Kläger behaupteten Rechte bestehen oder ihm zustehen können.“ Zu der Selbstwidersprüchlichkeit von derartigen „Offensichtlichkeitskriterien“, vgl. auch Wahl/Schütz, in: Schoch/Schneider/Bier, *VwGO*, § 42 Abs. 2 Rn. 67.

Bezugspunkt eines Rechts auf gerichtliche Entscheidung in der Sache; nur dann, wenn die beantragte gerichtliche Normsetzung ein eigenes Recht zum Gegenstand haben würde, ist ein Anspruch auf Justizgewährleistung überhaupt denkbar (bb).

aa. Bezugspunkt „möglicher“ Rechtsgestaltung

Wird durch die gerichtliche Entscheidung ein Recht für die Rechtsordnung verbindlich festgesetzt, dann kann ein Anspruch auf eine solche Rechtsgestaltung begrifflich nur vorliegen, wenn die gerichtliche Entscheidung überhaupt ein eigenes Recht verbindlich festsetzen würde.⁸²⁴ Weil grundsätzlich kein eigenes Recht darauf besteht, dass die Wohnung eines anderen Bürgers nicht durchsucht wird, modifiziert der Antrag auf Feststellung, dass die Durchsuchung der Wohnung eines anderen Bürgers rechtswidrig war, auch nicht die eigene Stellung in der Rechtsordnung. Beantragt ein Betroffener die gerichtliche Aufhebung einer staatsanwaltschaftlichen Vorladung zur Zeugenaussage und käme das Gericht diesem Antrag nach, so würde das Gericht die rechtliche Beeinträchtigung der eigenen Selbstbestimmung (zur Zeugenaussage erscheinen zu müssen) aufheben und damit das Abwehrrecht auf nicht hinreichend begründbare Beeinträchtigungen des Selbstbestimmungsrechts im konkreten Fall festsetzen. Entscheidend ist, dass jede gerichtliche Entscheidung die Rechtsordnung modifiziert und dass daher gezeigt werden muss, dass die begehrte gerichtliche Entscheidung eigene Rechte verbindlich (wieder-) begründen würde. Wenn die herkömmliche Fassung der Möglichkeitstheorie demnach allein auf die Möglichkeit der Rechtsverletzung, im Zusammenhang etwa mit § 42 VwGO, rekurriert, so ist dieser Ansatz nur partiell generalisierbar. Eine Rechtsverletzung kann zwar *eine* Möglichkeit dafür sein, dass eigene Rechte gerichtlich festgesetzt werden, dies ändert aber nichts daran, dass ein Anspruch auf gerichtliche Festsetzung eines individuellen Rechts gerade voraussetzt, dass die begehrte Entscheidung ein individuelles Recht zur Geltung bringen würde. *Dies*

⁸²⁴ Vgl. zur Funktion der gerichtlichen Entscheidung zur Rechtsbewehrung *Buchheim*, Actio, Anspruch, subjektives Recht, S. 107 ff. zur „Zielfestlegung“ des materiellen subjektiven Rechts durch Art. 19 Abs. 4 GG, S. 165 f.

erscheint damit als das eigentliche Problem hinter der in allen Gerichtszweigen auf die ein oder andere Art problematischen Erledigungs- und Fortsetzungsfeststellungsproblematik von Prozessgegenständen: Da Gerichte nur Rechte setzen können, die bestehen sollen, muss auch hinsichtlich eines erledigten Gegenstandes stets gezeigt werden können, dass gerade hieraus ein feststellbares Recht auch für die Zukunft besteht.⁸²⁵

bb. Zeitbezogenheit richterlicher Rechtsgestaltung

Der rechtsgestaltende Charakter der gerichtlichen Entscheidung wird dabei nicht dadurch in Frage gestellt, dass sich die gerichtliche Entscheidung auf die rechtliche Einordnung eines *vergangenen* Sachverhalts bezieht. Die Rechtsordnung wird *auch* dann modifiziert, wenn bereits abgeschlossenes Verhalten nunmehr als rechtswidrig gilt. Wird dieser Gerichtsspruch nicht seinerseits beseitigt, muss die Rechtsordnung für alle künftigen Entscheidungen das Geschehene als Rechtsverletzung behandeln. So besagt die Unschuldsvermutung denn auch nicht, dass jemand vor der Feststellung der Schuld tatsächlich unschuldig war, sondern nur, dass die Rechtsordnung konsequent berücksichtigen muss, dass die verbindliche Feststellung der Schuld nicht getroffen wurde. Ein dann erfolgreicher Schuldspruch verändert dann nicht rückwirkend den Lauf der Dinge – er regelt aber ein wesentliches Teilelement aller *künftigen* rechtlichen Bezugsfragen.

All dies ist selbstverständlich und bedarf an-sich keiner gesonderten Erwähnung. Bisweilen vernebeln aber Erwägungen hinsichtlich einer strafprozessualen Normsetzung als „Negation der Negation“,⁸²⁶ dass *verletztes* Recht nicht durch einen Richterspruch – geschweige denn Sanktionsanordnung – *wiederhergestellt* wird. Tatsächlich wird nichts wiederhergestellt, sondern eine Rechtsverletzung nur als solche *festgesetzt*. Dies vor allem, damit sich die künftig geltende Normordnung auf die nun festgesetzte Rechtsverletzung einstellt und sie entsprechend behandelt. Es wird also gerade nicht

⁸²⁵ Zum sog. Feststellungsinteresse sogleich unter D.I.3.a.cc.

⁸²⁶ *Hegel*, Grundlinien, §§ 98 ff.

wieder-hergestellt,⁸²⁷ was vorher galt, sondern auch Strafrechtsprechung ist schlichte *Herstellung* (ohne „Wieder“) des Rechts.⁸²⁸ Als positivrechtliches Beispiel für die Anpassung der Normordnung an die Rechtssetzung durch einen Richterspruch kann im Strafrecht § 190 StGB dienen.⁸²⁹ Allein, weil jemand wegen einer Straftat verurteilt wurde, ist es nunmehr zulässig, zu behaupten, dass diese Person eine Straftat begangen hat. Die strafrechtliche Verurteilung bezieht sich ausschließlich auf vergangenes Verhalten, *wegen* dieses Urteils ist aber die Rechtsordnung auch für die Zukunft umgestaltet. Auch wenn sich gerichtliche Entscheidungen also auf Vergangenes beziehen, so *wirken* sie doch *künftig* durch die Gestaltung der Rechtsordnung in der Gegenwart. Sie stellen nicht „wieder“ her, was hätte gelten sollen, sondern setzen fest, wie etwas künftig behandelt werden muss.

Als Zwischenfazit lässt sich somit festhalten, dass der Justizgewährleistungsanspruch eine Darlegung voraussetzt, dass die begehrte gerichtliche Entscheidung eigene Rechte *begründen* kann, die nach der Rechtsordnung bestehen sollen. Dies setzt voraus, dass die Rechte, die durch die gerichtliche Entscheidung begründet werden sollen, von der Rechtsordnung überhaupt vorgesehen sind: Wenn die beantragte gerichtliche Entscheidung eigene Rechte begründen würde und keine sonstigen zumutbaren präklusiven Prozesshindernisse bestehen, besteht ein Anspruch auf richterliche Entscheidung. Entscheidungen mit Vergangenheitsbezug sind hierdurch nicht ausgeschlossen, weil das allgemeine Persönlichkeitsrecht (auch) ein Recht darauf begründet, dass man als Person von der Rechtsordnung insofern anerkannt wird, als das in der Vergangenheit eigene Rechte durch eine andere Person verletzt wurden. Denn, würde die Rechtsordnung gleichzeitig zum Ausdruck bringen,

⁸²⁷ Dennoch ist die Wendung geläufig, vgl. *Murmann*, GA 2004, 65 (S. 70 ff.); *Köhler*, Strafrecht, allgemeiner Teil, S. 48 ff.

⁸²⁸ Die Irreführung, die in der Rede von der Wiederherstellung angelegt ist, thematisiert auch schon *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 115 ff. /S. 212 ff., besonders S. 118/S. 215 f. Ganz ähnlich auch *Perron*, Rechtfertigung, S. 22.

⁸²⁹ Die Bedeutung dieser Regelung wird im Zusammenhang mit der subjektivrechtlichen Verankerung der Verletztenrechte vertieft, vgl. hierzu unten Abschnitt D.II.3.c.

dass man zwar ein Recht auf rechtlichen Schutz in der Verletzungssituation hatte, aber dennoch kein Recht darauf habe, dass dieses Recht von der Rechtsordnung festgesetzt wird, dann würde die Rechtsordnung – entgegen des Konsistenzgebotes des Gewaltmonopols – die Rechtslage widersprüchlich regeln.⁸³⁰

cc. Probleme des Feststellungsinteresses

Überträgt man dies auf die bisher anerkannten Rechtsbehelfe im Ermittlungsverfahren, dann lässt sich die häufig einschränkende Formulierung, dass ein Rechtsbehelf gegen bereits eingetretene Rechtsbeeinträchtigungen grundsätzlich nicht statthaft sei, sondern ein *besonderes* Feststellungsinteresse erfordere,⁸³¹ jedenfalls in der suggestiven Tendenz nicht aufrechterhalten. *Würde* ein Recht verletzt, dann besteht auch grundsätzlich ein (gerichtsgerichteter) Anspruch auf verbindliche Feststellung der Rechtsverletzung, *gerade* damit die beantragende Person gegenüber der Rechtsordnung diese Rechtsverletzung verbindlich behaupten und verwenden kann. *Praktisch* mag die Prüfung des Feststellungsinteresses einer prozessualen Missbrauchskontrolle angenähert werden⁸³² – dieses Verhältnis von Grundsatz zu Ausnahme sollte auch Eingang in das dogmatische Verständnis des gerichtlichen Feststellungsrechts finden: Die Ablehnung des Justizgewährleistungsanspruchs und nicht etwa seine Annahme bedarf der einer Rechtfertigung und kann nur gerechtfertigt werden, wenn zumutbare Mitwirkungsobliegenheiten nicht vorgenommen werden oder die Rechtsordnung den beantragten Entscheidungsinhalt nicht hergibt. Alle zusätzlichen Voraussetzungen würden bedeuten, dass die Person, die ein Recht geltend

⁸³⁰ Ausführlich zum daraus folgenden Feststellungsrecht des Verletzten, vgl. unten Abschnitt D.II.3.c.

⁸³¹ Etwa BGHSt. 28, 57 (58); 36, 30 (32); 37, 79 (82); *BVerfG*, NJW 1998, 2131 (2132); *BVerfG*, NSTZ 2007, 413 (414); *LG Freiburg*, StV 1989, 427.

⁸³² Vgl. *Christonakis*, Rechtsschutzinteresse, S. 100 ff.; vgl. demgegenüber aber die begründungsarme wie angreifbare Entscheidung des *LG Neuruppin*, JZ 1997, 1062. Dazu auch die Anmerkung von *Fezer*, JZ 1997, 1062.

macht, *zusätzlich* zu ihrem Recht noch ein Recht darauf geltend machen müsste, ihr Recht geltend zu machen.⁸³³ Dient das Recht auf Justizgewährleistung aber der Geltungsfunktion der Grundrechte im gewaltenteiligen Staat, dann nimmt das Justizgewährleistungsrecht notwendig auch am materiellrechtlichen „Verteilungsprinzip“⁸³⁴ teil: Gibt es aber ein *allgemeines* Grundrecht auf Selbstbestimmung, dann muss diese Selbstbestimmung auch durch Gerichtsspruch zur *Wirkung* gebracht werden können.⁸³⁵ Wenn aber nicht die Selbstbestimmung, sondern die Verwehrung der Selbstbestimmung gerechtfertigt werden muss, dann muss auch die Ablehnung der Geltendmachungsmöglichkeit der Selbstbestimmung gerechtfertigt werden und nicht andersherum.

b. Folgerungen für die Geltendmachung allgemeiner Grundrechte

Sind die Voraussetzungen der gerichtlichen Geltendmachung einer gerichtlichen Entscheidung an der Gestaltungswirkung gerichtlicher Entscheidungen ausgerichtet, so ist damit zunächst nur das Rechtfertigungsverhältnis des Justizgewährleistungsrechts und dessen Versagung umrissen – konkret wird es erst mit Blick auf die geltend gemachten Rechte selbst. Dabei wäre es illusorisch, sämtliche Einzelrechte eines Bürgers im Verhältnis zur Staatsanwaltschaft auf ihre jeweiligen Geltendmachungsvoraussetzungen zu prüfen – möglich erscheint es aber, Grundstrukturen der geltend gemachten Rechtspositionen zu beleuchten. Diese Grundstrukturen zu kategorisieren kann wegen des unbeschränkten Charakters der „allgemeinen“ Freiheit nur der darstellenden Vereinfachung dienen und soll nicht als zwingende dogmatische Klassifikation verstanden werden. In allen Bereichen der Rechtsbeeinträchtigung tatbestandlich nicht beschränkter Freiheitsausübung werden sich letztlich Überschneidungsbereiche ausmachen lassen. Hier wird zunächst die allge-

⁸³³ Wie hier *Voßkuhle*, in: HdGR V, § 131 Rn. 108; *Wohlens*, in: SK-StPO, § 160 Rn. 89; *Fezer*, JZ 1997, 1062 (1064); *Achenbach*, JuS 2000, 27 (31); *Roxin*, StV 1997, 654 (656); *Amelung*, JR 1997, 384 (386); *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, S. 234.

⁸³⁴ *C. Schmitt*, Verfassungslehre, S. 126 f.

⁸³⁵ Vgl. auch *Amelung*, JR 1997, 384 (386) der stets eine „diskriminierende Wirkung“ annehmen möchte.

meine Freiheitsrechtsausübung (aa), dann das allgemeine Gleichheitsrecht (bb) und schließlich die (partielle) Eigenständigkeit der Verfahrensrechte (cc) beleuchtet.

aa. Das allgemeine Freiheitsrecht

Ausgehend von der Selbstbestimmung jeder Person als Person im Recht statuiert das Grundgesetz in Art. 2 Abs. 1 GG ein allgemeines Recht auf Selbstbestimmung der eigenen Stellung in der staatlich (also rechtlich) organisierten Gesellschaft.⁸³⁶ Auch wenn die allgemeine *Handlungsfreiheit* geläufig als *das* Auffanggrundrecht bezeichnet wird, reicht die Selbstbestimmung der Personen weiter als das *eigene Handeln*.⁸³⁷ Nicht nur das eigene Tun und Nichtstun, sondern auch das Tun anderer in *Bezug* auf die eigene Person ist denkbarer Gegenstand der eigenen Selbstbestimmung. Nicht nur mein Tun, sondern auch das Tun der anderen ist Regelungsgegenstand rechtlich geordneter Freiheit und eine solche Regelung rechtfertigungsbedürftig, sollte sie der eigenen Selbstbestimmung zuwiderlaufen.⁸³⁸ Dass die staatliche Anerkennung der Selbstbestimmung Ausgangspunkt einer tatbestandslosen allgemeinen Freiheit ist, dürfte unter den Vertretern eines allgemeinen Auffanggrundrechts weitgehend unumstritten sein.⁸³⁹ *Terminologisch* finden sich hingegen Verästelungen, die nicht immer einfach zu fassen sind. Geläufig

⁸³⁶ Vgl. die Ausführungen zum allgemeinen Freiheitsrecht, oben in Abschnitt D.I.1.a. m.w.N.

⁸³⁷ *Murswiek*, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 2 Rn. 52.

⁸³⁸ Vgl. *Dürig*, AöR 81 (1956), 117 (125); *Suhr*, Entfaltung der Menschen, S. 112 ff.; *P.Kirchhof*, FS-Lerche 1993, S. 133 ff., S. 137.

⁸³⁹ Zumindest der Zusammenhang von Freiheit und Selbstbestimmung wird dabei durchweg betont, vgl. BVerfGE 6, 32 (36) – *Elfes*; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 2 Rn. 13; *Murswiek*, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 2 Rn. 45; HdGR V, § 124 Rn. 54 mit je weiteren Nachweisen. Selbst *Dreier*, der ansonsten gegenüber der Annahme, dass dem Grundgesetz ein bestimmtes „Menschenbild“ zugrunde liege skeptisch ist, sieht die staatliche Anerkennung der individuellen Selbstbestimmung als *Definiens* bürgerlich-skeptischer Rechtlichkeit, vgl. *Dreier-GG*, Art. 1 Rn. 167; vgl. *ders.*, RW 2010, 11 (17 ff.) Die spezifische Anerkennungskomponente wird in englischen Fassungen (*recognition*) internationaler Menschenrechtskonventionen besonders deutlich, vgl. etwa Art. 6 der *Universal Declaration of*

ist etwa, dass einer allgemeinen Handlungsfreiheit als „Freiheit zu tun und zu unterlassen, was man will,“ ein allgemeines Persönlichkeitsrecht zur Seite gestellt wird, dessen Aufgabe es sei, „die individuellen Grundbedingungen der gesellschaftlichen Lebenssphäre zu sichern“.⁸⁴⁰ Dieses allgemeine Persönlichkeitsrecht sei dabei trotz seiner weiten Bezeichnung als „allgemeines“ Recht nicht mit dem ebenfalls „allgemeinen“ Freiheitsrecht identisches Recht, sondern ein ergänzendes, ausgestattet mit einem voraussetzungsreicheren, engeren Tatbestand.⁸⁴¹ In der Sache läuft diese Konzeption darauf hinaus, dass die allgemeine Handlungsfreiheit ein Recht enthält, das gerade unabhängig von konkreten Handlungen ist, sondern Selbstbestimmung zum Gegenstand hat und das allgemeine Persönlichkeitsrecht gerade kein allgemeines Recht auf Geltung als Person in der Rechtsgemeinschaft darstellt, sondern beschränkt ist auf (mehr oder weniger) *notwendige, nichtkörperliche*⁸⁴² Bedingungen des gesellschaftlichen Lebens. Sinnvoller wäre es vielleicht bei dem allgemeinen Freiheitsrecht von einer allgemeinen Selbstbestimmungsfreiheit zu sprechen⁸⁴³ und die richterrechtlichen Abwägungskategorisierungen der konkreten Ausformungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Recht am Bild, an gesprochenen Wort, Ehre, informationelle Selbstbestimmung, usw.) als solche zu fassen – *de facto*

Human Rights (1948); Art. 16 International Covenant on Civil and Political Rights (1966); Art. 3 American Convention on Human Rights (1969); Art. 5 African Charter on Human and Peoples' Rights (1981).

⁸⁴⁰ BVerfGE 54, 148 (153).

⁸⁴¹ Überblick bei *Murswiek*, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 2 Rn. 59 ff.; vgl. zum Zusammenhang von allgemeiner Freiheit und „anerkannten Typen“ des Persönlichkeitsrechts *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 335.

⁸⁴² Die Entwicklung dieses Rechts als „Recht auf Sein“ in der Gesellschaft, nahm das *Bundesverfassungsgericht* unter expliziter Anlehnung an das Recht auf körperliche Unversehrtheit vor, vgl. BVerfGE 6, 32, (41); 7, 198 (205); 34, 269 (281), sowie auch den Hinweis bei Sachs, Grundgesetz, Art. 2 Rn. 61.

⁸⁴³ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 330 ff. differenziert insofern überzeugend(er) zwischen *handlungs-* und *zustandsbezogenen* Rechten. Das *Bundesverfassungsgericht* spricht bisweilen auch von einem „Grundrecht nicht mit einem Nachteil belastet zu werden“, vgl. BVerfGE 29, 402 (408); im Kontext strafrechtlicher Ermittlungen auch BVerfG, Beschluss vom 12. April 2005 – 2 BvR 1027/02 –, Rn. 79, juris.

wird dies freilich schon genau so gehandhabt,⁸⁴⁴ weshalb das „Sprachspiel“⁸⁴⁵ nicht ohne Bedeutung ist, jedoch an ebensolcher verliert. Festzuhalten bleibt: Die allgemeinste Form grundrechtlicher Freiheit ist die Freiheit, das eigene Schicksal als Person in der Rechtsgesellschaft selbst bestimmen zu können – oder besser: In dieser Selbstbestimmung durch die Rechtsordnung dadurch anerkannt zu werden, dass wenigstens Gründe dafür genannt werden müssen, wenn die Selbstbestimmung nicht in Selbstverwirklichung münden soll.

Besteht ein allgemeines Recht auf Selbstbestimmung, dann muss dieses Selbstbestimmungsrecht gerichtlich durchgesetzt werden können. Besagt das allgemeine Recht auf Justizgewährleistung, dass – zumindest auf Vorlage – über alle subjektiven Rechte gerichtlich entschieden werden können muss und gibt es ein allgemeines Recht auf Selbstbestimmung, dann ist der Antrag auf Feststellung, dass eine Beeinträchtigung der eigenen Selbstbestimmung nicht gerechtfertigt ist, die allgemeinste Form der Begründung eines Justizgewährleistungsanspruchs. Jede Form verfassungsrechtlich gewährleisteter Justizgewährleistung setzt damit voraus, dass sie Ausdruck der Durchsetzung eigener Selbstbestimmung ist. Ein Antrag auf gerichtlichen Schutz der eigenen Selbstbestimmung muss daher aufzeigen, dass die begehrte richterliche Entscheidung eine zustehende eigene Rechtsposition verbindlich festlegen würde. Dabei kann es sein, dass die geltend gemachte Rechtsposition im einfachen Recht begründet⁸⁴⁶ wird – *notwendig* ist dies wegen

⁸⁴⁴ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 333 ff. freilich in der Nomenklatur der Prinzipientheorie, aber mit einer Beweisführung anhand der Abwägungsstrukturen des *Bundesverfassungsgerichts*.

⁸⁴⁵ Als Beschreibung eines Prozesses indem Juristen sich durch den Gebrauch unterschiedlicher Begriffe einer gemeinsamen Bedeutung anzunähern scheinen, ohne dass sie sich zwingend auch in der begrifflichen Verwendung annähern, vgl. *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, 237 ff.

⁸⁴⁶ Dies betrifft vor allem den Bereich der originären Leistungsrechte, vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 2 Rn. 57 ff., im Bereich der Abwehrrechte ist es stimmiger von einer einfachgesetzlichen Konkretisierung des zugestandenen Freiheitsbereichs zu sprechen, vgl. dazu bereits oben C.II.1.

Art. 1 Abs. 3 GG und der Abwehrfunktion auch der allgemeinen Freiheit aber nicht.⁸⁴⁷ Auch eine unmittelbare Berufung auf das Selbstbestimmungsrecht vermag die Zulässigkeit eines Antrags auf gerichtliche Entscheidung zu begründen. Ob die einzelnen Konditionen der gerichtlichen Setzung einer Rechtsposition im Einzelnen vorliegen, berührt jedoch nicht mehr die Frage eines zulässigen Antrags, sondern nur noch die Frage, ob diesem Antrag auch in der Sache stattgegeben werden muss.

bb. Das Allgemeine Gleichheitsrecht

Anders als das allgemeine Recht, als Person vom Recht und im Recht geachtet zu werden, enthält das allgemeine Gleichheitsrecht keine *eigenständige* Position in dem Sinne, als dass eine Gleichbehandlung *unabhängig* von einer Selbstbestimmung im Recht gefordert werden könnte.⁸⁴⁸ Dass in Fällen *willkürlichen* Gesetzesvollzuges daher eher auf die Freiheitsgrundrechte (wenigstens Art. 2 Abs. 1 GG) zurückgegriffen werden sollte, um die Rechtsposition dogmatisch zu erfassen, wurde oben bereits erwähnt.⁸⁴⁹ Die gerichtliche Durchsetzung eines Rechts zur Gleichbehandlung steht danach immer in einer gewissen Abhängigkeit zu freiheitsrechtlichen Garantien.⁸⁵⁰ Bezieht sich das allgemeine Gleichheitsrecht auf eine Gleichheit im Recht, dann führt Art. 3 Abs. 1 GG dazu, dass gerichtliche Entscheidungen das Selbstbestimmungsrecht in einem Einzelfall verbindlich erklären, weil bestimmte Abwägungsfaktoren, die der Selbstbestimmung im Einzelfall entgegengehalten werden *könnten*,

⁸⁴⁷ Umfassend Koch, Drittbetroffene, S. 401 ff.

⁸⁴⁸ Suhr, Entfaltung der Menschen, S. 112 ff.; P.Kirchhof, FS-Lerche 1993, S. 133 ff., S.137; ders., in: HStR VIII § 181 Rn. 64 ff.

⁸⁴⁹ B. II. 2. b. Vertiefend auch Marauhn, Mensch als Person 2011, 89 (100 ff.).

⁸⁵⁰ Daran ändert auch der Leistungscharakter eines einfachgesetzlich begründeten Rechts nichts. Auch einfachgesetzlich begründete Rechte beschreiben inwieweit eine Person als solche gilt. Art. 3 Abs. 1 GG lassen sich bestimmte Diskriminierungsverbote entnehmen, die für die Anwendung der einfachgesetzlichen Rechte relevant sind. Verstößt eine Gesetzesanwendung gegen ein solches Diskriminierungsverbot, dann ist *zugleich* die betroffene Person in ihrem Recht auf *gleiche Anerkennung als Person* – und damit Art. 2 Abs. 1 GG – verletzt, vgl. P.Kirchhof, in: HStR VIII § 181 Rn. 60 ff. besonders Rn. 63 und Rn. 75.

aus Gründen der Gleichbehandlung nicht entgegengehalten werden dürfen.⁸⁵¹ Aus der gerichtlichen Rechtsgestaltungsperspektive wird demnach nicht die (immer relative) Gleichheit hergestellt, sondern das Selbstbestimmungsrecht für im Einzelfall verbindlich erklärt, weil die Rechtsordnung sonst ungerechtfertigt ungleich behandeln würde – im Falle der Beeinträchtigung des Selbstbestimmungsrechts durch staatliche Duldungspflichten und/oder Handlungsverbote entscheidet Art. 3 Abs. 1 GG nicht über die Zulässigkeit, sondern nur über die Begründetheit eines Antrags auf gerichtliche Rechtssetzung.⁸⁵² Unter diesem Blickwinkel kann also auch die Beschränkung eines Rechtsschutzes von Verletzten gegen willkürliche Opportunitätseinstellungsentscheidungen der Staatsanwaltschaft nicht überzeugen, ohne dass zugleich zumindest auch eine Beeinträchtigung des allgemeinen Selbstbestimmungsrechts angenommen werden könnte. Entweder man nimmt eine Beeinträchtigung des Selbstbestimmungsrechts durch eine Verfahrenseinstellung an – dann muss ein Rechtsschutz prinzipiell eröffnet sein – oder man lehnt eine solche Beeinträchtigung ab, dann kann aber allein durch eine willkürliche Gesetzesanwendung in einem Bereich, der die eigene Person nicht beeinträchtigt, kein übergesetzliches „objektives“ gerichtliches Kontrollinstitut geschaffen werden.⁸⁵³

cc. Relative Selbstständigkeit der Verfahrensrechte

Nach herrschender Ansicht dienen Verfahrensrechte grundsätzlich der Durchsetzung materieller Rechte⁸⁵⁴ und erfüllen damit eine ganz spezifische Funktion: Sie sind Rechte, die darauf gerichtet sind, andere Rechte für verbindlich zu erklären – sie sind nicht Recht für sich,

⁸⁵¹ P. Kirchhof, in: HStR VIII, § 181 Rn. 60 ff.

⁸⁵² Dies gilt aber nur insoweit man willkürliche Beeinträchtigungen des Selbstbestimmungsrechts als Thema der Freiheitsgarantie der Grundrechte versteht.

⁸⁵³ Insofern ist etwa die Ansicht von Graalman-Scheerer widersprüchlich: Einerseits sei das Klageerzwingungsverfahren ein objektives Kontrollverfahren, dies., in: LR-StPO, § 172 Rn. 1, andererseits eine Einstellung gem. § 153 Abs. 1 StPO aber auf Willkür überprüfbar, vgl. dies., a.a.O. Rn. 26.

⁸⁵⁴ Vgl. BVerwGE 64, 325 (333 f.); 92, 258 (263); 117, 93 (104).

sondern Recht in Bezug auf ein anderes – „materielles“ – Recht.⁸⁵⁵ Verfahrensrechte stehen also in einem Verhältnis zu anderen Rechten, sind aber eigene Rechte und als solche auch eigenständig durchsetzbar.⁸⁵⁶ Besondere Bedeutung erlangen die Verfahrensrechte im Verfahren der Staatsanwaltschaft dann, wenn sie von dem Recht auf Justizgewährleistung vorausgesetzt werden.⁸⁵⁷ Genauso wie das Recht auf Justizgewährleistung nur in Bezug auf die Geltendmachung anderer Rechte bestehen kann, so setzen alle hiervon vorausgesetzten Rechte⁸⁵⁸ ebenfalls voraus, dass ein Recht auf Justizgewährleistung besteht. Wer ein Recht auf Akteneinsicht geltend machen will, muss zeigen, dass ein solches Recht besteht. Damit

⁸⁵⁵ Dieses Bezugsverhältnis wird typischerweise als Rangverhältnis verstanden. Das Verfahrensrecht ordnet sich dem materiellen Recht unter, vgl. *Wahl*, DVBl. 2003, 1285 (1287); *Schoch*, in: GdVwR III, § 50 Rn. 298. Es scheint dabei, als würde der Begriff des materiellen Rechts vor allem aber als „nicht“-dienendes Recht – also gerade in Abgrenzung zum „lediglich“ formellen Recht verstanden. Ob die Rede vom Rangverhältnis in dieser Richtung aber Richtigkeit beanspruchen kann, ist durchaus zweifelhaft. Ordnet das Prozessrecht schlicht an, dass eine materielle Rechtsposition nicht eingeklagt werden kann, dann hat sich das Prozessrecht gerade nicht untergeordnet, sondern selbst die maßgebliche Derogation vorgenommen. Es kann natürlich sein, dass eine entsprechende Regelung verfassungswidrig wäre, das vermag jedoch an der Tatsache nichts zu ändern, dass *ohne* Prozessrecht das materielle Recht nicht konkretisiert werden kann und daher auch nicht sinnvoll durch eine Über-Unterordnungsbeschreibung auskommt.

⁸⁵⁶ Damit ist der Modus dieser Durchsetzbarkeit noch nicht beschrieben, vgl. überblickend etwa zur Entwicklung des Rechtsschutzes auch gegen richterliche Verfahrensverletzungen *Voßkuhle*, NJW 2003, 2193 m.w.N. Speziell zu der These, dass auch Verfahrensrechte in einem „neutralen Verfahren“ von einer unabhängigen Instanz kontrolliert werden müssen (sog. „sekundärer Kontrollanspruch“), vgl. *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 277 ff. und S. 308 ff.

⁸⁵⁷ Mit Bezug darauf, dass das Justizgewährleistungsrecht das Prozessuale Recht zur Setzung materieller Rechte ist, kann man auch davon sprechen, dass Verfahrensrechte dann besonders wichtig werden, wenn sie sich „im Ergebnis“ auswirken. Diese Ergebnisfokussierung beschreibt den deutschen Normalfall, vgl. *Schoch*, in: GdVwR III, § 50 Rn. 298.

⁸⁵⁸ Zur Ausstrahlungswirkung des Justizgewährleistungsrechts, vgl. oben Abschnitt C.III.

ein Recht auf Akteneinsicht aus dem Recht auf Justizgewährleistung folgen kann,⁸⁵⁹ muss daher gezeigt werden, dass durch die Akteneinsicht Informationen über mögliche Rechtsbeeinträchtigungen erlangt werden können.

Dass dies jedoch nicht auf alle Rechte zutreffen kann, die von dem Recht auf Justizgewährleistung gefordert werden, zeigt ein Blick auf das Recht zur Begründung staatsanwaltschaftlicher Entscheidungen:⁸⁶⁰ Die Anfechtung einer staatsanwaltschaftlichen Entscheidung ist auch dann möglich, wenn eine Begründung *nicht* vorliegt. Da bei einer Nichtbegründung das Gericht dennoch entscheiden kann,⁸⁶¹ ist die Durchsetzung des Rechts auf Begründung durch ein Gericht gerade *keine* zwingende Voraussetzung des Rechts auf gerichtliche Kontrolle der staatsanwaltschaftlichen Entscheidung.⁸⁶² Der Rechtsprechung ist insoweit zuzustimmen, wenn sie formuliert, dass die selbstständige Geltendmachung von Verfahrensrechten nur in Betracht kommen, als dass die jeweiligen Verfahrensrechte nicht im Rechtsschutzverfahren selbst geltend gemacht werden können.⁸⁶³ Ein zulässiger Antrag auf Durchsetzung von Verfahrensrechten, setzt daher voraus, dass gerade ein Recht gerichtlich festgesetzt werden soll, das nicht im gerichtlichen Verfahren selbst und *in Bezug auf den Entscheidungsgegenstand in der „Hauptsache“* berücksichtigt werden kann. Um an die „dienende“ Funktion der Verfahrensrechte anzuknüpfen: Nur solche Rechte, die der Entscheidung über das materielle Recht nicht nur *dienen*, sondern sie erst *ermöglichen*, müssen in eigenständigen gerichtlichen Verfahren durchgesetzt

⁸⁵⁹ Oben Abschnitt C.III.2.

⁸⁶⁰ Oben Abschnitt C.III.1.

⁸⁶¹ Folgt man der oben erwähnten Vermutungswirkung der Begründung, so ist eine Entscheidung *ohne* Begründung im Zweifel wegen Sachwidrigkeit aufzuheben, vgl. auch *Kischel*, Folgen von Begründungsfehlern, S. 131 f.

⁸⁶² Insofern ist die Begründungspflicht gegenüber dem Recht auf Akteneinsicht eine schwächere Pflicht, die im verfahrensrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Prätendent Züge einer Obliegenheit annimmt.

⁸⁶³ Vgl. *BVerfGE*, NJW 1991, 415 (416); *BVerwG*, Beschluss vom 14. Juli 2004 – 6 B 30/04 –, Rn. 12, juris; *BVerwGE* 88, 332 (334 f.); *BVerwG*, NJW 1999, 1729 (1730).

werden können. Wer Verfahrensrechte demnach eigenständig gerichtlich geltend machen will, muss zeigen können, dass es sich um solche Verfahrensrechte handelt, die notwendig sind, um spätere Rechtsschutzmaßnahmen überhaupt sinnvoll ergreifen zu können. Neben dem spezifischen Recht auf Akteneinsicht,⁸⁶⁴ werden hierzu vor allem die allgemeinen Informationsansprüche gegenüber der Staatsanwaltschaft zu zählen sein, die gerade materielle Rechtsbeeinträchtigungsmöglichkeiten betreffen. Ob diese Ansprüche auch konkret bestehen, oder etwa wegen Geheimhaltungsinteressen oder sonstigen Zurückhaltungsbefugnissen ausgeschlossen sind, ist hingegen eine Frage der Begründetheit.

4. Zusammenfassung

Die Beeinträchtigung eigener Selbstbestimmung führt zu einer umfassenden staatlichen Rechtfertigungspflicht und zu einem Anspruch auf Rechtfertigung desjenigen, der sich im Recht im Einzelfall nicht entsprechend seiner Selbstbestimmung verwirklichen darf. Die staatlichen Beeinträchtigungen sind dabei von der rein faktischen Verletzung tatsächlicher Güter insofern zu abstrahieren, als dass die Rechtsnormen selbst die Selbstbestimmung des Einzelnen beeinträchtigen. Nicht erst die erlaubte Verletzung selbst, schon die Pflicht eine Verletzung zu dulden ist die staatliche *regelnde* Beeinträchtigung, die einer Rechtfertigung bedarf. Versuche, die sich in der Konsequenz eines allgemeinen Auffanggrundrechts *notwendig* ergebenden umfassenden staatlichen Rechtfertigungspflichten einzuschränken, sind dabei nicht überzeugend, weil sie entweder das allgemeine Auffanggrundrecht wieder einschränken oder aber, weil sie die prinzipiell unbeschränkten Rechte nicht umfassend prozessual durchsetzen würden, was sich vor dem Hintergrund der Uneinschränkbarkeit des Justizgewährleistungsrechts als nicht haltbar erweist. Die Konsequenz daraus lautet, dass bei jeder denkbaren Beeinträchtigung der Selbstbestimmung ein Anspruch auf gerichtliche Entscheidung verfassungsrechtlich geboten ist, unabhängig davon *ob* und insbesondere auch *wie* der zulässige Antrag begründet ist.

Eine selbstständige Geltendmachung von Gleichbehandlungen ist dabei auch unter dem Aspekt der Willkür nicht statthaft, weil ein Gericht nicht die Kompetenz hat, jenseits der Selbstbetroffenheit eines

⁸⁶⁴ Hierzu auch *Schoch*, in: GdVwR III, § 50 Rn. 298 m.w.N.

Prätendenten dimensionslose Gleichheit zwischen Bürgern herzustellen. Eine Gleichbehandlung kann nur dazu führen, dass bestimmte Gründe für eine Beeinträchtigung der Selbstbestimmung *nicht* herangezogen werden dürfen, um die Beeinträchtigung zu rechtfertigen, und berühren somit ausschließlich die Frage, ob die begehrte richterliche Entscheidung wie beantragt ergehen kann.

Besonderheiten ergeben sich bei der Geltendmachung von verfassungsrechtlichen Verfahrensrechten. Modifizieren derartige Verfahrensrechte lediglich den weiteren Verlauf des im Übrigen möglichen gerichtlichen Verfahrens, so beeinträchtigen sie das Recht auf Justizgewährleistung durch die Gerichte nicht. Ein gesonderter Rechtsbehelf zur Durchsetzung dieser unselbstständigen Verfahrensrechte ist daher verfassungsrechtlich nicht erforderlich. Beziehen sich die Verfahrensrechte aber auf Handlungen der Staatsanwaltschaft, die eine Inanspruchnahme einer zustehenden Justizgewährleistung überhaupt erst ermöglichen, so hilft ein Verweis auf eine Geltendmachung im späteren Verfahren nicht weiter. Insoweit ist es notwendig, *diese* Verfahrensrechte als eigenständig gerichtlich durchsetzbar zu gestalten. Dies bezieht sich vorrangig auf Informationsrechte gegenüber der Staatsanwaltschaft. Zu diesen Informationsrechten gehört auch das Recht auf Akteneinsicht, das daher als selbstständiges Verfahrensrecht grundsätzlich auch gerichtlich eingefordert werden können muss.

II. Grundrechtlicher Strafverfolgungsanspruch

Die Diskussion um den Einfluss der Grundrechte auf das Strafrecht kennzeichnet grundsätzlich eine tendenziell einschränkende Betrachtung der Strafgewalt.⁸⁶⁵ Strafnormen als Verbotsnormen⁸⁶⁶ sind Einschränkungen grundsätzlich gewährter Freiheit und insofern gegenüber derjenigen Person abwehrrechtlich zu rechtfertigen, deren

⁸⁶⁵ Grundlegend *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte; auszugsweise aus jüngerer Zeit *Frisch*, GA 2017, 364; *Frisch*, NStZ 2016, 16; *Bittmann*, NStZ 2016, 249; *Hefendehl*, JA 2011, 401.

⁸⁶⁶ *Perron*, Rechtfertigung, S. 23 legt überzeugend dar, dass für die Anerkennung *logisch* von der Sanktionsnorm zu trennender Verbotsnormen *kein* spezifisches Strafzweckbekenntnis notwendig ist.

Verhalten verboten wird.⁸⁶⁷ Demgegenüber hat mit den Entscheidungen des *Bundesverfassungsgerichts* zum Schwangerschaftsabbruch⁸⁶⁸ ein anderer Topos die Legitimationsfrage staatlicher Strafnormen erreicht, die nicht nur nach den berechtigten Grenzen staatlicher Verbote, sondern gerade nach der (zwingenden) Erforderlichkeit solcher Normen fragt, um bestimmte Grundrechte vor dem Verhalten Dritter zu bewahren und zu schützen. Dabei ist die Debatte ursprünglich eine über die Notwendigkeit der Schaffung von Straftatbeständen durch den Gesetzgeber,⁸⁶⁹ hat sich aber gerade unter Einfluss des EGMR⁸⁷⁰ und der sich hierauf berufenden Kammerentscheidungspraxis des *Bundesverfassungsgerichts* zu einer Debatte darüber ausgeweitet, inwiefern aus den Grundrechten konkrete Strafverfolgungsmaßnahmen zu abzuleiten sein könnten.⁸⁷¹ Diese ausgeweitete Diskussion ist hinsichtlich ihrer verfassungsrechtlichen Zielrichtung nicht immer leicht zu überblicken. Dies ist sicherlich auch dadurch bedingt, dass verfassungsrechtliche Überlegungen

⁸⁶⁷ *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 85; *Po-scher*, Abwehrrechte, S. 166. Das Verhaltensnormen von Sanktionsnormen zu trennen sind, stellt – soweit ersichtlich – mit *Kelsen* auch einer jener Vertreter nicht in Frage, die in der Sanktionierbarkeit erst den Rechtscharakter einer Verhaltensnorm erblicken, vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 34 ff./76 ff. Aus ontologischer Perspektive wird die Gültigkeit der Normtrennung in letzter Zeit zwar angezweifelt, vgl. *Stemmer*, Normativität, dabei aber die unterschiedlichen Rechtfertigungsanforderungen beider (dann allerdings notwendig verklammerten) Normelemente nicht in Frage gestellt. Hierzu pointiert kritisch *Forst*, Normativität und Macht, S. 37 ff.; *ders.*, DZPhil 2010, 157, der zurecht herausstellt, dass die Untrennbarkeitsthese selbstwidersprüchlich agiert, wenn sie herausstellt, dass zwar eine Norm nur durch Sanktionsmöglichkeit zur Norm wird, gleichzeitig aber die Sanktion allein (!) mit dem Normverstoß selbst rechtfertigen möchte.

⁸⁶⁸ BVerfGE 39, 1 – Schwangerschaftsabbruch I; BVerfGE 88, 203 – Schwangerschaftsabbruch II.

⁸⁶⁹ So wendet sich insbesondere auch das Sondervotum von *Rupp-v. Brünneck/Simon* in BVerfGE 39, 1 (68 ff.) u.a. dagegen, dass das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber zu der Schaffung einer bestimmten abstrakt-generellen Norm verpflichtet, a.a.O. S. 70.

⁸⁷⁰ Etwa EGMR, *Mahmut Kaya vs. Turkey*, 22535/93 v. 28.3.2000, Nrn. 85, 101, 108f.; vgl. *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers, S. 98 ff. mit einer ausführlichen Auswertung der reichhaltigen EGMR Entscheidungspraxis.

⁸⁷¹ Zusammenfassend *Esser/Lubrich*, StV 2017, 418.

häufig als argumentative Ergänzungen allgemeinerer straftheoretischer Erwägungen angestellt werden und/oder sich vollständig hiermit vermengen.⁸⁷² Gleichwohl lassen sich die Argumentationswege schematisch beschreiben als (1) rein objektivrechtliche, (2) subjektiv-verfahrensrechtliche und schließlich (3) materiell-subjektivierende Ansätze.

1. Der rein objektive Charakter des Strafrechts

In der straftheoretischen Literatur findet sich dazu ein klassisches Narrativ, das in Anlehnung an eine „friedentiftende“ Funktion des Gewaltmonopols einen historischen Fortschritt darin erblickt, dass Konfliktparteien ihrer naturzustandlichen Rechtlosigkeit durch „Enteignung“ ihres von Fehde und Rache geprägten Konflikts beraubt werden.⁸⁷³ Auch *Kelsen* – der seine „Reine Rechtslehre“ ansonsten als Gegenentwurf zum naturrechtlichen Denken verstanden wissen will⁸⁷⁴ – dient das Strafrecht als Beispiel dafür, dass objektives Recht – verstanden als Pflicht des Täters – nicht notwendig mit einer subjektiven Berechtigung des Opfers einhergehen muss.⁸⁷⁵ Durch die Ablösung der Täterpflicht von einer subjektiven Rechtsposition des Opfers wandelt sich das Strafrecht von einem gegenseitigen Fordern-Können reziproker Täter-Opfer Pflichten zu einem „technischen Regelwerk“⁸⁷⁶ zur Befriedung der Gesellschaft. Die Pflichten des Konflikts bleiben bestehen, die rechtliche Durchsetzungsmacht wird

⁸⁷² Vgl. etwa *Hörnle*, JZ 2006, 950; *Hörnle/Gärditz*, JZ 2015, 890; *Weigend*, RW 2010, 39. Aber auch *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, S. 10 und S. 513 f., die Opferrechte mit dem Sozialstaatsprinzip in Verbindung bringen wollen.

⁸⁷³ Vgl. *Günther*, FS-Lüderssen 2002, S. 205 ff., S. 212 ff.; *Velten*, in: SK-StPO [4], Vor §§ 374-406h R. 2; zur Entwicklung des mittelalterlichen Strafrechts *E. Schmidt*, Geschichte der Strafrechtspflege, S. 46 ff. – auch mit deutlichen Hinweisen darauf, dass "Fehde" nicht als "rechtloser" Zustand, sondern eher als Verrechtlichungstendenz aufgefasst werden sollte. Schlaglichtartig *Schünemann*, NSTZ 1986, 193 (Einleitung).

⁸⁷⁴ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 402 ff./S. 687 ff.

⁸⁷⁵ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 141/S. 253 f.

⁸⁷⁶ Diesen Begriff verwendet *Pašukanis*, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus, S. 55 f. und 78 um die „Überwindung der bürgerlichen Warenform des Rechts“ zu kennzeichnen.

auf den friedensstiftenden Staat übertragen und so das Gewaltmonopol des Staates in die Konfliktlösungsmethode des Rechtsstaates überführt.⁸⁷⁷

a. *Objektives Strafrecht und Gewaltmonopol?*

Ausgangspunkt dieser argumentativen Stoßrichtung ist die These, dass das Gewaltmonopol selbst nicht nur Regelung(en) als solche, sondern eine bestimmte Form der Regelung voraussetzen kann und nur ein objektiviertes Strafrecht das Friedensversprechen des Staates einlösen könnte. Die Problematik eines solches Verständnisses des Gewaltmonopols als eigenständig aussagekräftige Voraussetzung der Staatlichkeit wurde dabei bereits oben kritisiert.⁸⁷⁸ Ergänzend bleibt allerdings festzuhalten, dass zumindest die starke These, dass nur eine objektive Regelungstechnik ohne subjektive Durchsetzungsmacht dem grundgesetzlich vorausgesetzten Gewaltmonopol entsprechen könnte, vor dem Hintergrund der dezidiert als subjektive Rechte ausgestalteten Grundrechte unhaltbar wäre: Selbst wenn strafrechtliche Verbotsnormen *auch* objektive Schutzpflichten des Staates konkretisieren, so vermag dies nicht dazu führen, dass *deshalb* die subjektive Rechtsmacht ausgeschlossen wäre,⁸⁷⁹ die Grundrechte als subjektive Rechte gegen den Staat geltend zu machen. Das Gewaltmonopol als Gebot, tatsächliche Konflikte rechtlich zu regeln, kann nicht dazu verwendet werden die Geltendmachung der eigenen Rechtsposition in der staatlichen Konfliktregelung auszuschließen. Dies beantwortet noch nicht abschließend die Frage, ob Opfern subjektive Rechte (auch) im Strafverfahren zugestanden werden *müssen*, es stellt aber klar, dass ein Verweis auf das Gewaltmonopol nicht zureichen kann, um solche Rechte kategorisch auszuschließen.

b. *Objektive Schutzfunktion der Grundrechte?*

Dabei „passt“ in das Bild von der Friedenssicherung durch Entsubjektivierung zunächst, dass die grundsätzlichen Entscheidungen des

⁸⁷⁷ Hassemer, Grundlagen des Strafrechts, S. 70.

⁸⁷⁸ C.I.2.

⁸⁷⁹ Vgl. auch Hart, Bentham on Legal Rights, in: Essays on Bentham, S. 161 ff., S. 191.

Bundesverfassungsgerichts, die eine staatliche Pflicht zur Sanktionierung angenommen haben, diese Pflicht nicht nur in *objektiven Kontrollverfahren*,⁸⁸⁰ sondern auch aus der *objektiven Wertentscheidung* des Grundgesetzes zum Schutz der Grundrechte herleitete. Es ging dem *Bundesverfassungsgericht* in den Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch⁸⁸¹ nicht darum, ein *einfordersbares* Recht des ungeborenen Lebens selbst zu begründen. Umgekehrt begründet das Gericht die Notwendigkeit der rein objektiven Geltung der Lebensgarantie und dem Schutz des Staates durch ein strafrechtliches Verbot damit, dass das ungeborene Leben strukturell schutzbedürftig sei, gerade *weil* es (s)eine Selbstbestimmung nicht ausüben könne.⁸⁸² Dabei ist genau dies ein wesentlicher Angriffspunkt der *Dissenter* in der ersten Schwangerschaftsabbruchentscheidung: Dass das *Bundesverfassungsgericht* die Pflicht des Staates, die Grundrechte zu achten, von der Berechtigung der Grundrechtsträger abtrenne und sie gegen die Selbstbestimmung anderer (in diesem Fall der schwangeren Person) wende, um eine Einschränkung *dieser* Selbstbestimmung zu erzwingen, sei eine Verkehrung der (grundsätzlich subjektivrechtlichen) Verhältnisse.⁸⁸³ Ob diese Vorgehensweise richtig ist, ob also den (zunächst) subjektiven Grundrechten *isolierbare* „objektive Geltungsgehalte“ entnommen werden können, ist eine grundrechtsdogmatisch anspruchsvolle Frage, der hier jedoch nicht weiter nachgegangen werden muss: Allein der Umstand, dass objektive Geltungsgehalte (auch nur) einzelner Grundrechte bestehen, sagt gerade nichts darüber aus, ob *dadurch* die subjektive Geltungsfunktion der Grundrechte ausgeschlossen ist. Nicht *weil* der Staat die Grundrechte schützen muss, ist er gezwungen sie *ausschließlich* als objektive Rechtsnormen zu verwirklichen. Die Fälle des strafbaren Schwangerschaftsabbruchs sind insofern singulär, als dass eine Selbstbestimmung über das Recht auf Leben für das ungeborene Kind situativ unmöglich ist – das bedeutet aber

⁸⁸⁰ Und nicht etwa im Verfahren der Verfassungsbeschwerde.

⁸⁸¹ BVerfGE 39, 1 – Schwangerschaftsabbruch I; BVerfGE 88, 203 – Schwangerschaftsabbruch II.

⁸⁸² BVerfGE 39, 1 (44 ff.); BVerfGE 88, 203 (251 ff.).

⁸⁸³ *Rupp-v. Brünneck/Simon*, in: BVerfGE 39, 1 (70); ganz ähnlich auch *Mahrenhoz/Sommer*, in: BVerfGE 88, 203 (340 ff.). Zu einem ähnlichen Problem im Zusammenhang mit der Eingriffsermächtigung (einzig) aufgrund einer sog. Schutzpflicht, vgl. *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553.

nicht, dass ein Recht zu Selbstbestimmung generell ausgeschlossen sein *muss* oder auch nur *kann*, selbst wenn Selbstbestimmung tatsächlich ausgeübt werden kann. Ein zwingender Ausschluss einer (auch) grundrechtlichen Verankerung bestimmter Strafverfolgungsrechte lässt sich somit *weder* aus dem Gewaltmonopol noch aus der objektiven Schutzfunktion der Grundrechte herleiten.

2. Isoliert subjektives Kontrollrecht

Unabhängig davon, ob man strafrechtliche Verbotsnormen aus den Grundrechten ableiten möchte, wäre es ebenfalls möglich, eine grundrechtsäquivalente (soll heißen: verfassungsrechtlich verankerte) Rechtsposition im Sinne eines subjektiven Kontrollrechts zu begründen.⁸⁸⁴ Denkbar ist ein solcher Ansatz einmal, indem originäre verfassungsrechtliche Kontrollnotwendigkeiten begründet werden, die nicht anders als durch gerichtliche Kontrolle sichergestellt werden können (a), zum anderen lässt sich überlegen, ob einfachgesetzliche isolierte Klagerechte bestehen, die aufgrund der Justizgewährleistungsgarantie verfassungsrechtlich determiniert sind (b).⁸⁸⁵

a. Verfassungsrechtliche objektive Kontrollnotwendigkeit?

Wurde oben – im Zusammenhang mit der Untersuchung des Einflusses der Gewaltenteilung auf das Recht der Justizgewährleistung⁸⁸⁶ – herausgearbeitet, dass bestehende subjektive Rechte aufgrund der Funktion der Rechtsprechung im Rechtssystem verbindlich erst durch Gerichte zur Wirkung gebracht werden, stellt sich die Frage, ob auch der umgekehrte Weg möglich ist: Lässt sich aus dem

⁸⁸⁴ So wird etwas das Klageerzwingungsrecht von der wohl *herrschenden Auffassung* als Kontrollinstitut zum Schutze des objektiven Legalitätsprinzips verstanden, vgl. *OLG Hamburg*, GA 1961, 88; *KG-Berlin*, NJW 1969, 108; *Graalman-Scheerer*, in: LR-StPO, § 172 Rn. 1; *B.Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 172 Rn. 1; *Wohlens*, in: SK-StPO, § 172 Rn. 3.

⁸⁸⁵ *Kölbel*, in: MüKo-StPO, § 172 Rn. 3; auch mit Verweis auf *BVerfG*, NJW 2861 (2862) – die dortigen Ausführungen lassen aber nicht erkennen, ob das *Bundesverfassungsgericht* tatsächlich von einer verfassungsrechtlichen Notwendigkeit ausgeht oder aber allgemein die einfachrechtlichen Anforderungen des Klageerzwingungsverfahrens rezipiert.

⁸⁸⁶ Abschnitt C.I.1.

funktionalen Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Gericht eine Kontrollnotwendigkeit herleiten, die ein subjektives Klagerecht bestimmter Betroffener (in diesem Fall: der potentiellen Verletzten) zwingend erscheinen ließe? Die Frage ist zu verneinen:

Gewaltenteilung dient zwar *sowohl* der Sicherung des demokratischen Herrschaftsdurchgriffs, also *auch* der Kontrolle der Staatsanwaltschaft, um den Willen der Parlamentsmehrheit zu sichern⁸⁸⁷ – diese Kontrolle zur Festigung des demokratischen Legitimationszusammenhangs erfordert aber nicht, dass bestimmte Maßnahmen der Exekutive gerade gerichtlich kontrolliert werden können. Geht es ausschließlich darum, dass das Parlament kontrollieren kann, dass *seine* Vorgaben hinreichend in exekutiven Entscheidungen berücksichtigt werden, dann ist es ausreichend, dass diese Kontrolle über die parlamentarische Abhängigkeit der Exekutive sichergestellt wird.⁸⁸⁸ Solange ein Weisungsrecht der Justizministerien gegenüber den Staatsanwaltschaften besteht, wäre damit der demokratischen Kontrolle von Entscheidungen auch *ohne* originär subjektivrechtlichen Bezug genüge getan. Klarstellend sei aber darauf hingewiesen, dass ein gegenteiliger Schluss nicht gezogen werden kann: Es ist dem Gesetzgeber nicht verwehrt, objektive Kontrollmöglichkeiten einzuführen, die über die parlamentarische Kontrolle hinausgehen.⁸⁸⁹ Auch wenn dies in der Rechtsordnung des Grundgesetzes nicht die Regel ist, sind solche objektiven Kontrollinstitute vorhanden und auch zulässig.⁸⁹⁰ Erst wenn allerdings eine subjektiven Berechtigung hinzutritt, wird aus einer möglichen gerichtlichen Kontrolle

⁸⁸⁷ Abschnitt C.I.1.

⁸⁸⁸ *Trute*, in: GdVwR I, § 6 Rn. 12, 35; *Masing*, in: GdVwR I, § 7 Rn. 66.

⁸⁸⁹ Vgl. auch die Regelung in § 42 Abs. 2 VwGO – „Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist [...]“.

⁸⁹⁰ *Masing*, Mobilisierung des Bürgers; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 117a. Anders sieht dies der U.S. Supreme Court in *Lujan vs. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1991) at 577: „If the concrete injury requirement has the separation-of-powers significance we have always said, the answer must be obvious: To permit Congress to convert the undifferentiated public interest in executive officers' compliance with the law into an "individual right" vindicable in the courts is to permit Con-

eine *verfassungsrechtlich* erforderliche gerichtliche Kontrolle. Der umgekehrte Weg, aus einem Kontrollbedürfnis eine zwingend richterliche Klagenotwendigkeit herzuleiten, scheint demgegenüber jedenfalls solange nicht gangbar, wie *direkte* Einflussmöglichkeiten der Legislative auf die Exekutive vorgesehen sind.⁸⁹¹

b. *Einfachgesetzliche Kontrollrechte*

Eine andere Frage ist hingegen, ob bestehende objektive einfachgesetzliche Kontrollmöglichkeiten wegen des Grundsatzes der effektiven Justizgewährleistung über ihren einfachgesetzlichen Regelungsgehalt hinaus „verfassungskonform“ aufgeladen werden können. Kann man etwa den gerichtlichen Prüfungsumfang im Klageerzwingungsverfahren – einmal unterstellt es handele sich um ein rein objektives Kontrollverfahren – wegen des Grundsatzes des effektiven Rechtsschutzes über dasjenige hinaus erstrecken, was sich aus einer „schlichten“ einfachgesetzlichen Auslegung ergibt? Diesen Weg schien das *Bundesverfassungsgericht* in Bezug auf das Klageerzwingungsverfahren gemäß § 172 Abs. 1 StPO zunächst gehen zu wollen.⁸⁹² Letztlich wird auch dies jedoch zu verneinen sein:

Zunächst bleibt klarzustellen, dass es sich bei einem Recht auf Durchführung eines objektiven Kontrollverfahrens um ein subjektives Recht handelt.⁸⁹³ Die etwas unklaren Begrifflichkeiten des objektiven Rechtsschutzes und der subjektiven Rechtsdurchsetzung,

gress to transfer from the President to the courts the Chief Executive's most important constitutional duty, to "take Care that the Laws be faithfully executed," Art. II, § 3. It would enable the courts, with the permission of Congress, "to assume a position of authority over the governmental acts of another and co-equal department," *Massachusetts v. Mellon*, 262 U. S., at 489, and to become "virtually continuing monitors of the wisdom and soundness of Executive action."

⁸⁹¹ Vgl. *Masing*, in: GdVwR I, § 7 Rn. 66 und 151. Damit sei weder behauptet noch ausgeschlossen, dass eine „objektive“ Klagemöglichkeit demokratische Legitimationsdefizite im Verhältnis Legislative-Exekutive auffangen könnte.

⁸⁹² *BVerfG*, NJW 2002, 815 (816). Mittlerweile bewegt sich das *Bundesverfassungsgericht* aber auf eine dezidiert grundrechtlich verankerte Strafverfolgungsberechtigung zu. Vgl. Abschnitt D.II.3.a.bb.

⁸⁹³ An der Gerichtsgerichtetheit eines Rechts auf Klage ändert sich ebenfalls nichts, selbst wenn der gerichtliche Prüfungsinhalt selbst

lassen sich dabei wie folgt ordnen: Grundsätzlich führt ein subjektives materielles Recht zu einem weiteren subjektiven Recht auf Justizgewährleistung. Das Recht auf Justizgewährleistung ist ein subjektives Recht auf gerichtliche Entscheidung über die Geltung des materiellen subjektiven Rechts.⁸⁹⁴ Werden objektive gerichtliche Kontrollmöglichkeiten eingeführt, so sind diese Rechte auf Durchführung eines objektiven Kontrollverfahrens gleichwohl subjektive Rechte auf Durchführung der objektiven Kontrolle.⁸⁹⁵ Der einzige – aber für die hiesige Frage *entscheidende* – Unterschied besteht darin, dass das Recht auf gerichtliche Kontrolle im Falle des Fehlens eines subjektiven materiellen Rechts nicht aus der subjektiven Berechtigung *folgen* kann. Bestehen materielle subjektive Rechte, so erfordert das Grundgesetz, dass über das Bestehen dieser Rechte Gerichte (vollständig) entscheiden können. Unabhängig davon, ob subjektive materielle Rechte einfachrechtlicher oder verfassungsrechtlicher Natur sind, wird Art und Umfang der gerichtlichen Kontrolle damit zum verfassungsrechtlichen Thema, weil es darum geht, inwiefern *bestehende* subjektive Rechte durch Gerichte *wirksam* werden. Bestehen aber keine subjektiven materiellen Rechte, dann kann nicht sinnvoll die Frage gestellt werden, wie *nicht bestehende* Rechte wirksam werden sollen. Wirksam wird dann allein das einfachgesetzlich eingeräumte Klagerecht. Dieses Recht darf zwar selbstverständlich nicht vereitelt werden. *Wann* allerdings von einer Vereitelung auszugehen ist (und wann von einer von vornherein einfachgesetzlich beschränkten Anwendbarkeit), wird in jedem Fall vollständig durch die einfachgesetzliche Regelung selbst festgelegt. Raum für eine *verfassungskonforme* Auslegung „im Lichte des effektiven Rechtsschutzes“ besteht damit nicht. Wenn so im Duktus

keinen subjektivrechtlichen Gehalt aufweist. Zum subjektivrechtlichen Charakter des Klagerechts als solchem vgl. *Buchheim*, Actio, Anspruch, subjektives Recht, S. 101 ff.

⁸⁹⁴ Zur Normerwirkungsbefugnis als Inhalt des Klagerechts, *Buchheim*, Actio, Anspruch, subjektives Recht, S. 103.

⁸⁹⁵ Vgl. *Masing*, in: GdVwR I, § 7 Rn. 119, der isolierte Kontrollbefugnisse in die Nähe *prokuratorischer Rechte* stellt, aber den normlogischen Unterschied hierzu gleichwohl aufzeigt. Der wichtigste dürfte sein, dass bei objektiven Kontrollrechten der Klagegegenstand nicht auf Rechtsverletzungen beschränkt sein kann, sondern ausschließlich durch das Klagerecht selbst beschrieben werden muss.

der „Willkürformel“ des *Bundesverfassungsgerichts* für das Klageerzwingungsverfahren vertreten wird, dass dieses gegen Opportunitätseinstellungen der Staatsanwaltschaft „ausnahmsweise“ zulässig sein müsse,⁸⁹⁶ wenn diese willkürlich vorgenommen seien, so setzt diese Argumentation zwingend voraus, dass bereits ein materiell subjektives Recht des Verletzten anerkannt wird.⁸⁹⁷ Denn, bestünde dieses Recht nicht, so könnte nicht die willkürliche Anwendung eines objektiven Rechtssatzes zu einer Subjektivierung desselben führen.

3. Grundrechtsverwirklichung durch Strafverfolgung

Einen mehr oder weniger radikalen Bruch mit dem „Dogma“⁸⁹⁸ des rein objektiven Strafrechts nehmen neuere Ansätze vor. Sind sogenannte „opferorientierte“ straftheoretische Ideenstränge bereits seit längerem Gegenstand vor allem strafprozessualer Auseinandersetzungen,⁸⁹⁹ findet sich in der Ausarbeitung *Holz'* – soweit ersichtlich – der erste Versuch einer umfassenderen verfassungsrechtlicher Verankerung eines Strafverfolgungsrechts des Verbrechensopfers in einem „Recht auf Sicherheitsgefühl“ (a).⁹⁰⁰ In kritischer Auseinandersetzung mit *Holz'* Ansatz versuchte *Weigend*, einen Anspruch des potentiellen Verletzten auf Berücksichtigung im Strafverfahren aus der Abstraktion der grundrechtlichen Schutzfunktion herauszulösen und im allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu verorten (b).⁹⁰¹

⁸⁹⁶ Vgl. *Graalman-Scherer*, in: LR-StPO, § 172 Rn. 26 auch mit Hinweis auch auf *OLG-Stuttgart*, NStZ 2006, 117.

⁸⁹⁷ Dass Art. 3 Abs. 1 GG im Zusammenhang mit einfachgesetzlichen Leistungsrechten dazu führen kann, dass gerade aus einer Ungleichbehandlung subjektive Rechte folgen ist dabei eine kategorisch andere Frage. Vgl. BVerfGE 60, 16 (42) – das *Bundesverfassungsgericht* geht zwar davon aus, dass bei bestehender subjektiver Berechtigung Art. 3 Abs. 1 GG Verteilungsdirektiven enthält, nicht aber, dass Art. 3 Abs. 1 GG selbst subjektive (Leistungs-) Rechte begründen kann. Dazu auch *Osterloh/Nußberger*, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 3 Rn. 55 m.w.N.

⁸⁹⁸ So *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers, S. 23.

⁸⁹⁹ Überblick bei *A. Schmidt*, in: Grundlagen und Grenzen, S. 175 ff., besonders 180 ff.; *Hörnle*, JZ 2006, 950.

⁹⁰⁰ *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers, S. 61 ff., S. 201, S. 204.

⁹⁰¹ *Weigend*, RW 2010, 39 (50 ff.).

Beide Ansätze können sich dabei ein Stück weit auf mittlerweile ergangene Entscheidungslinien des *Bundesverfassungsgerichts*⁹⁰² berufen, aber letztlich nicht überzeugen, weil sie den normkonkretisierenden Charakter der strafgerichtlicher Entscheidungen hinsichtlich der grundrechtlichen Position des Opfers nicht hinreichend beachten. Es soll versucht werden zu zeigen, dass das Recht eines Verbrechensoffers auf Schutz (vor einem Täter und gegenüber dem Staat)⁹⁰³ tatsächlich besteht, grundrechtlich verankert werden kann und *deshalb* ein Recht auf effektive Justizgewährleistung auch durch die Staatsanwaltschaft besteht. Anders als der *Holz'sche* Ansatz ist dabei aber nicht auf die Frage eines tatsächlichen Schutzes durch nachträgliche Sanktionierung abzustellen, sondern gerade die nachträgliche gerichtliche Normsetzung zur Bestätigung eines Schutzes durch Recht schärfer in den Blick zu nehmen (c). Die entscheidende und hier im weiteren Verlauf zu begründende These lautet, dass die Verfassung von sich aus keinen Anspruch auf Strafverfolgung enthält, in der gegenwärtigen Ausgestaltung des Strafprozesses aber Elemente verfassungsrechtlich erforderlicher Justizgewährleistung aufgenommen sind, die eine Berücksichtigung grundrechtlicher Positionen potentieller Verletzter im Strafverfahren erzwingen.

a. *Das Recht auf Sicherheitsgefühl*

Aufbauend auf grundrechtsdogmatische Vorarbeiten zum „Grundrecht auf Sicherheit“⁹⁰⁴, knüpft Holz in seiner Konzeption eines verfassungsrechtlichen Rechts auf Strafverfolgung an die Idee der staatlichen Schutzpflichtkonzeption an.⁹⁰⁵ Neben der staatlichen *Pflicht* Schutz zu gewähren, bestünde auch ein *Recht* diesen Schutz

⁹⁰² BVerfG, Beschl. v. 04.02.2010 – 2 BvR 2307/06 („Polit-Sekte“); BVerfG, Beschl. v. 26.6.2014 – 2 BvR 2699/10 („Tennessee“); BVerfG, Beschl. v. 06.10.2014 – 2 BvR 1568/12 („Gorch Fock“); BVerfG, Beschl. v. 23.03.2015 – 2 BvR 1304/12 („Münchener Lokalderby“).

⁹⁰³ Das Grundrecht auf Schutz besteht gegenüber dem Staat und ist darauf gerichtet, dass der Staat durch seine Rechtsordnung Schutz vor einem Täter bietet. Dazu sogleich.

⁹⁰⁴ *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit.

⁹⁰⁵ Zum Folgenden *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensoffers, S. 61 ff.

tatsächlich zu erlangen. Insoweit stellt sich *Holz* ganz in die Tradition subjektiver Schutzpflichtlehren.

aa. Schutz, Sicherheit und Sicherheitsgefühl

Inhaltlich möchte *Holz* die Grundrechte freilich weiter ausfüllen, als dies bisherige Ansätze zum Recht auf Sicherheit ausformuliert haben.⁹⁰⁶ Nach *Holz* ist der Staat nicht nur verpflichtet, tatsächliche Schäden von Grundrechtsgütern⁹⁰⁷ abzuwenden, sondern schon solche Beeinträchtigungen, die das Sicherheitsgefühl der Grundrechtsträger beeinträchtigen würden.⁹⁰⁸ Freiheit, so *Holz*, setze voraus, dass die Freiheitsträger darauf vertrauten, dass sie bei ihrer Freiheitsausübung nicht geschädigt würden. Eine *formale Freiheit* sei nicht viel wert, wenn kein Grundrechtsträger es wagen würde, diese Freiheit auch zu leben. Zwar sei der Staat nicht verpflichtet, auch noch der irrationalsten aller Ängste durch die ganze Bandbreite staatlicher Möglichkeiten zu begegnen, es sei aber notwendig, dass der Staat grundsätzlich verpflichtet sei, *berechtigten* Ängsten in der Bevölkerung durch entsprechende Maßnahmen zu begegnen.⁹⁰⁹

Holz legt sich nicht fest, inwiefern diese Schutzfunktion einem bestimmten Grundrecht, überhaupt einzelnen Grundrechten oder schlicht der *Idee der Freiheit* zuzuordnen sei, er sieht aber – und dies ist der entscheidende Brückenschlag zum Strafrecht – eine einfachgesetzliche Umsetzung der Furchtprävention im strafrechtlichen Gesamtsystem.⁹¹⁰ Der Gesetzgeber habe durch das strukturierte Sanktionierungsverfahren des Strafrechts seine verfassungsrechtliche Pflicht zum Schutze bürgerlicher Freiheit umgesetzt. Durch strafrechtliche Urteile versichere der Staat den Verbrechensoffern,

⁹⁰⁶ Grundlegend *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 32. Vgl. auch *Aulehner*, Gefahren- und Informationsvorsorge, S. 428.

⁹⁰⁷ *Holz* scheint den Gewährleistungsgehalt der Freiheitsrechte mit dem Begriff des *Rechtsgutes* gleichzusetzen, vgl. *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensoffers, S. 68.

⁹⁰⁸ Hierzu und zum Folgenden *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensoffers, S. 74 ff.

⁹⁰⁹ *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensoffers, S. 75 f.; im Anschluss an *Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, S. 227.

⁹¹⁰ *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensoffers, S. 92 ff., 97 ff. und 104 ff.

dass derartige Freiheitsverletzungen nicht sanktionslos blieben und dass sie (die Verbrechensoffer) darauf vertrauen dürften, dass derartige Freiheitsbeeinträchtigungen für die Täter nicht folgenlos blieben.⁹¹¹ Weil aber – und so schließt sich schließlich der Kreis zum verfassungsrechtlichen Recht auf Strafverfolgung – das Strafrecht damit eine einfachgesetzliche Konkretisierung eines grundrechtlich geforderten Schutzrechts sei, seien in den einfachgesetzlichen Straftatbeständen mit konkretem Opferbezug Normen zu sehen, die *auch* Schutznormen zugunsten der Verbrechensoffer enthielten.⁹¹² Würde der Staat einzelne Straftaten nicht hinreichend verfolgen, so könne ein mögliches Verbrechensoffer eine Verletzung der staatlichen Schutzpflicht entsprechend der Regelung des Art. 19 Abs. 4 GG rügen.⁹¹³ Verfolge der Staat nicht, obwohl er verfolgen müsse, so verletze die öffentliche Gewalt (in Gestalt der Staatsanwaltschaft) das subjektive Recht auf Sicherheitsgefühl. Strafverfahrensrechtliche Normen, die eine Beteiligung und Beschwerderechte von möglichen Verletzten regelten, seien daher im Lichte des Art. 19 Abs. 4 GG auszulegen.

bb. Anklänge in der Rechtsprechung

Neben der grundrechtsdogmatischen Schutzpflichtlehre beruft sich *Holz* maßgeblich auf die Rechtsprechung des EGMR.⁹¹⁴ Tatsächlich finden sich in den Entscheidungen des EGMR zahlreiche Beispiele, in denen ein Recht auf Berücksichtigung der Opferinteressen gerade in solchen Verfahren angemahnt wird, die sich gegen Beamte des Staatsapparates selbst richten.⁹¹⁵ Wie dies allerdings für die Rechtsprechung des EGMR charakteristisch ist, finden sich gleichfalls Entscheidungen, die die Besonderheiten des jeweiligen nationalen Strafrechtssystem unterstreichen (namentlich die damalige Abhängigkeit zivilrechtlicher Klagemöglichkeiten von dem Ausgang strafrechtlicher Verfahren in der Türkei) und gerade ein grundsätzliches

⁹¹¹ *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensoffers, S. 104 ff.

⁹¹² *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensoffers, S. 157 ff.

⁹¹³ Hierzu und zum Folgenden *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensoffers, S. 205 f.

⁹¹⁴ *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensoffers, S. 98 ff.

⁹¹⁵ *Kaya v. Turkey*, EGMR, Urt. v. 19.2.1998, 22729/93, Nr. 87; *Ikin-cisoy v. Turkey*, EGMR, Urt. v. 27.7.2004, 26144/95, Nr. 76 f., 123.

Recht auf Strafverfolgung durch mutmaßliche Verletzte ablehnen.⁹¹⁶ *Eindeutige* Auslegungstendenzen lassen sich damit für die Grundrechtsdogmatik im strafrechtlichen Kontext jedenfalls kaum begründen.

Anklänge des *Holz'schen* Rechts auf Schutz des Sicherheitsgefühls lassen sich hingegen in der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* finden. Im *Kunduzbeschluss* konstatiert das Gericht, dass „dort, wo der Einzelne nicht in der Lage ist, erhebliche Straftaten gegen seine höchstpersönlichen Rechtsgüter [...] abzuwehren und ein Verzicht auf die effektive Verfolgung solcher Taten zu einer *Erschütterung des Vertrauens in das Gewaltmonopol des Staates und einem allgemeinen Klima der Rechtsunsicherheit und Gewalt führen kann*“,⁹¹⁷ die Schutzpflicht des Staates zu einem subjektiven Recht auf effektive Strafverfolgung führen muss.⁹¹⁸ Nicht der Verzicht auf Strafverfolgung als solcher, sondern erst ein dadurch ausgelöster Vertrauensverlust löse dementsprechend ein (beschränktes) Recht auf Strafverfolgung aus.

Ähnlich wie *Holz* sieht das Gericht eine Funktion des Strafrechts darin, das *Vertrauen* in das staatliche Gewaltmonopol zu sichern.⁹¹⁹

⁹¹⁶ U.a. EGMR. McKerr v. UK, 28883/95, v. 4.5.2001, Reports 2001-III, S. 475 (534); EGMR, Z and others v. UK, 29392/95, v. 10.5.2001, Nrn. 109 ff.; EGMR Kelly and others v. UK, 30054/96 v. 4.8.2001, Nrn. 154 ff.; EGMR Hugh Jordan v. UK, 24746/94 v. 4.8.2001, Nrn. 160 ff. *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensofners, S. 103 f. selbst weist auf die genannten Entscheidungen hin und konstatiert ebenfalls, dass sich eindeutige Tendenzen aus der EGMR Entscheidungspraxis *nicht* ableiten lassen.

⁹¹⁷ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 19. Mai 2015 – 2 BvR 987/11 –, Rn. 20, juris – Hervorhebungen nur hier.

⁹¹⁸ Vgl auch *Esser/Lubrich*, StV 2017, 418 (419).

⁹¹⁹ *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensofners, S. 42 f.; auch mit Hinweis auf *Luhmann*, Vertrauen – ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, S. S. 29, S. 38 und S. 42. *Luhmann* beschreibt das Vertrauen in das Rechtssystem aber gerade als Voraussetzung des Rechtssystems selbst. *Ohne* Vertrauen in das Rechtssystem *gibt* es nach *Luhmann* kein Rechtssystem. Mit den Mitteln des Rechts kann daher Vertrauen nicht erst aufgebaut oder aufrechterhalten werden: Dass Recht dient nicht dem Vertrauen, es kann seine Funktion nur mittels Vertrauen in sich selbst erfüllen. *Luhmann* selbst beschreibt, dass einem Vertrauensverlust in das Rechtssystem

Anders als Holz stellt das Gericht dabei aber nicht auf die Verletzung des Vertrauens der konkreten Betroffenen ab, sondern auf einen „allgemeinen Vertrauensverlust“ und unternimmt damit einen bemerkenswerten Schluss von objektiv-überindividuellen Gegebenheiten auf subjektiv-grundrechtlichen Kontrollrechte einzelner Grundrechtsträger. Ist bisher umstritten, ob Grundrechten isolierbare objektive Eigengehalte zukommen können, so hebt das *Bundesverfassungsgericht* in einer Kammerentscheidung (!) aus *objektiven* und *gesamtschaftlichen* Gründen ein über das bisher Diskutierte weit hinausgehendes individuelles Beschwerderecht aus der Taufe. Dass dies teils scharfe Kritik nach sich gezogen hat,⁹²⁰ verwundert wenig.

cc. Kritik

Ein Ansatzpunkt, der versucht, nicht nur eine staatliche Pflicht, sondern auch ein Recht auf Inanspruchnahme dieser Pflicht aus der grundrechtlichen Schutzpflicht zu begründen, muss zeigen, inwiefern eine *nachträgliche* strafrechtliche Verurteilung überhaupt geeignet sein kann, bereits Verletztes zu schützen.⁹²¹ Holz wählt dazu als Bezugspunkt des Schutzes nicht das Recht, das bereits verletzt wurde, sondern ein daraus abgeleitetes Recht, sich in Zukunft (wieder?) sicher zu fühlen. Dabei vermag Holz nicht zu zeigen, inwiefern gerade eine strafrechtliche Verurteilung konkret ein Sicherheitsgefühl aktivieren kann. Unklar bleibt auch, ob ein Recht auf Strafverfolgung auch dann besteht, wenn das Sicherheitsgefühl tatsächlich nicht beeinträchtigt wurde – etwa, weil der Täter mittlerweile überhaupt nicht mehr in der Lage wäre, eine erneute Straftat zu begehen.⁹²² Holz selbst scheint eine solche Einschränkung abzulehnen, wenn er in anderem Kontext proklamiert, dass das Recht auf Sicherheitsgefühl *per se* nicht von tatsächlichen, möglicherweise auch un-

nur mit *nichtrechtlichen* „unmittelbareren“ Mitteln begegnet werden kann, *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 131 f.

⁹²⁰ Beides, sowohl, dass das Gericht objektive Kontrollnotwendigkeiten versubjektiviert, als auch, dass es dies in einer Kammerentscheidung tut, greift *Gärditz*, JZ 2015, 896 (896 f.) an.

⁹²¹ Vgl. *Weigend*, RW 2010, 39 (48).

⁹²² Vgl. auch *Hörnle*, JZ 2015, 890 (894).

verständlichen Gefühlen abhängen, sondern von *berechtigten, vernünftigerweise nachvollziehbaren* Gefühlen.⁹²³ Wenn es aber nicht auf ein tatsächliches Gefühl ankommt, sondern auf die Berechtigung sich entsprechend zu fühlen, dann lässt sich freilich fragen, inwiefern das Gefühl selbst als Begrifflichkeit noch einen theoretischen Eigenwert liefern kann.⁹²⁴ Stellt man die Frage, *wann* eine Beeinträchtigung des Sicherheitsgefühls berechtigt ist, und darf man bei der Antwort auf diese Frage nicht berücksichtigen, wann das Sicherheitsgefühl tatsächlich beeinträchtigt ist, dann landet man zwangsläufig bei der Frage, wann und wie davon auszugehen ist, dass es tatsächlich zu einer erneuten Verletzung kommen wird. *Berechtigt* kann ein Gefühl daher nur dann sein, wenn der Eintritt eines schädigenden Ereignisses vernünftigerweise erwartet werden darf – so formuliert es *Holz* selbst. Kann daher *ausgeschlossen* werden, dass es zu einer erneuten Verletzung durch einen bestimmten Täter kommt, so darf dies vernünftigerweise nicht erwartet werden.

Selbst wenn aber konkreter davon ausgegangen werden kann, dass es zu erneuten Verletzungen kommen wird, dürfen nur Maßnahmen ergehen, die diese Möglichkeiten ausschließen oder zumindest weniger wahrscheinlich machen. Selbst wenn man präventive Straftheorien zugrunde legt, so sind präventive Maßnahmen erst eine Frage der Strafzumessung und Strafvollstreckung, *nicht* der Frage, ob überhaupt verurteilt werden kann und darf.⁹²⁵ *Holz* müsste

⁹²³ *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensofners, S. 75 f.

⁹²⁴ Vgl. in ähnliche Richtung wie *Holz* auch *Möstl*, Sicherheit und Ordnung, S. 98 f.; *Holz* selbst widerlegt diesen Einwand nur scheinbar, wenn er behauptet, dass die Furcht vor Rechtsverlust mit dem berechtigten Sicherheitsgefühl gleichzusetzen sei, weil bei befürchtigtem Rechtsverlust der Staat zur Beruhigung verpflichtet sei, vgl. *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensofners, S. 75. Es geht gerade um die Frage, *warum* der Staat hierzu verpflichtet sein soll. Auch das Beispiel von *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensofners, S. 77, indem er versucht aufzuzeigen, dass ein Bürgermeister verpflichtet sei auf die Sicherheit einer Brücke hinzuweisen, wenn die Bürger deren Einsturz befürchteten, *belegt* nicht die Richtigkeit der These, sondern wiederholt sie.

⁹²⁵ Vgl. etwa *Frisch*, NStZ 2016, 16; *Murmann*, GA 2004, 65 (74 f.); *Stuckenberg*, Unschuldsvormutung, S. 530 ff.; *Zaczyk*, StV 1993, 490 (491).

demnach gerade zeigen, dass die konkrete Verurteilung (nicht zwingend auch: Verhängung der Strafe) *geeignet* wäre, erneute Verletzungen zu verhindern. *Holz* müsste aber auch zeigen, dass es *gerade* einer strafrechtlichen Verurteilung bedarf und dass nicht andere bereits *vorgesehenen* einfachgesetzlichen (Polizeirecht?) Maßnahmen viel geeigneter wären, den erstrebten Schutz zu erlangen – *Holz* selbst scheint die Schutzrechte als *Optimierungsgebote* anzusehen.⁹²⁶

Es wirkt, als würde *Holz* den Präventionsgedanken des Sanktionenrechts mit der grundrechtlichen Schutzpflichtdogmatik zu einem „Schutzrecht auf Sanktionierung“ kombinieren wollen und berücksichtigt dabei weder, dass die Prävention durch tatsächliche Sanktion sich *logisch* nicht mehr auf das bereits begangene Unrecht beziehen kann, noch, dass trotz präventiver Gesichtspunkte der Strafzumessung die vorhandenen Opferbeteiligungsrechte *gerade keine Kontrollrechte dieser Strafzumessung erlauben* (vgl. § 400 Abs. 1 StPO) – obwohl *Holz* selbst gerade in der einfachgesetzlichen Strafrechtsordnung eine Ausgestaltung des Schutzpflichtauftrags erblickt.⁹²⁷ Schließlich geht *Holz* nicht darauf ein, dass er zur Begründung eines strukturell rationalen Instruments (*Recht* auf Strafverfolgung) auf eine notwendig irrationale Kategorie (Gefühl) zurückgreift, deren eigenständige Bedeutung er durch *Re-Rationalisierung* (*berechtigtes* Gefühl) wieder auflöst.

Zusammengefasst: *Holz* Konzeption läuft darauf hinaus, dass nicht ein *objektives* Gefühl (was bereits begrifflich selbstwidersprüchlich wäre) geschützt wird, sondern dass der Staat verpflichtet ist, künftige Verletzungen abzuwehren, oder – so ein explizit verwendetes Beispiel von *Holz*⁹²⁸ – über vermeintliche, aber tatsächlich nicht bestehende Gefahren aufzuklären. Für ersteres ist das Recht der Gefahrenabwehr zuständig, für letzteres müssten isolierte Infor-

⁹²⁶ Vgl. *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers, S. 66 ff., 74 ff.

⁹²⁷ *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers, S. 114 ff., S. 120.

⁹²⁸ *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers, S. 77.

mationsansprüche konstruiert werden. *Beides*, weder Gefahrenabwehr noch Aufklärung des Verletzten über tatsächlich nicht bestehende Gefährdungslagen, kann ein strafrechtliches Urteil leisten.

Eine ähnliche Kritik trifft die oben wiedergegebene Argumentationsweise des *Bundesverfassungsgerichts*.⁹²⁹ Wenn das Gericht ein subjektives Klagerecht aus einem objektiven Vertrauensverlust der Bevölkerung ableitet, dann bleiben zwei entscheidende Bezugspunkte unklar: Erstens – was ist unter „Vertrauensverlust in das staatliche Gewaltmonopol“ zu verstehen und wie soll derartige diagnostiziert werden – zweitens – warum und wie ergeben sich aus diesem objektivierten Umstand subjektive Klagerechte? Mit dem ersten Topos – Pflicht des Staates zum Schutz des Vertrauens in das Gewaltmonopol – setzt das Gericht voraus, dass das Gewaltmonopol des Staates etwas Tatsächliches ist, das durch das Recht selbst zu schützen oder wiederherzustellen sei. Ist das Gewaltmonopol *juristisch* aber nichts anderes als ein Rechtsmonopol,⁹³⁰ so läuft dies auf die Aussage hinaus, dass das Recht mit den Mitteln des Rechts zu schützen ist. Dies ist für sich genommen noch nicht problematisch und verweist lediglich darauf, dass es verschiedene Ebenen rechtlicher Konfliktregelung gibt.⁹³¹ Materielle Rechte *begründen* kann diese Feststellung hingegen nicht.⁹³² *Wirklich* problematisch wird es allerdings, wenn das Gericht behauptet, dass das individuelle Recht auf gerichtliche Entscheidung dadurch ausgelöst werden könne, dass ein überindividueller Vertrauensverlust drohe. Wie in Bezug auf Holz' Begriff des *Sicherheitsgefühls* kann damit nicht gemeint sein, dass *tatsächliches* Vertrauen verloren geht, weil ansonsten allein das *Meinen* anderer darüber befinden würde, wie und wann das Recht selbst gilt – etwas, das durch die weitgehende Herauslösung der Gerichte aus dem *persönlichen* Legitimationszusammenhang des gesellschaftlichen Mehrheitswillens gerade *verhindert* werden

⁹²⁹ Vgl. zur folgenden Kritik auch die Argumentationen von *Hörnle* und *Gärditz*, JZ 2015, 890 ff.

⁹³⁰ Vgl. Abschnitt C.1.2.

⁹³¹ Vgl. zu diesen *Poscher*, Abwehrrechte, S. 183 ff.

⁹³² Zu der ähnlich gelagerten Frage, ob sich aus dem Gewaltmonopol des Staates eine eigenständige Schutzfunktion der Grundrechte ableiten lässt, vgl. *Poscher*, Abwehrrechte, S. 180 ff.

soll.⁹³³ Gerichte sind *funktionell* nicht dazu berufen die *vox populi* zur Beurteilung des konkreten Falls zu befragen.

Möglich bleibt dann aber nur, dass das Gericht auf einen *berechtigten* Vertrauensverlust abstellt. Dies müsste ein berechtigter Verlust des Vertrauens darin sein, dass die Staatsanwaltschaft eine Straftat verfolgt, die sie rechtlich verfolgen müsste, denn ein *berechtigtes* (also: ein auf *Rechtlichkeit* bezogenes Vertrauen) in etwas, zu dessen Entsprechung keine Pflicht besteht, ist begrifflich nicht denkbar. Geht es aber um einen berechtigten Vertrauensverlust in die Pflichterfüllung der Staatsanwaltschaft, dann geht es eigentlich darum, festzustellen, ob und inwiefern die Staatsanwaltschaft einer bestimmten Pflicht nicht nachkommt. Damit würde das Gericht aber zum Ausdruck bringen, dass allein aus einer (qualifizierten?) Pflichtverletzung der Staatsanwaltschaft ein subjektives Recht auf Durchführung eines Strafverfahrens erwächst, und damit in eine konzeptionelle Falle laufen: Subjektive Rechte verlangen zwar nach objektive Pflichten – objektive Pflichten setzen aber gerade keine (subjektiven) Rechte voraus.⁹³⁴ In jedem Fall zeigt sich wie bei *Holz* Begriff des *Sicherheitsgefühls*, dass auch durch den Begriff des „*Vertrauens* in das Gewaltmonopol des Staates“ rhetorisch eine Scheinselbstverständlichkeit erzeugt wird, die gerade nicht in der Lage ist zu zeigen, wie die Rechte begründet werden, auf die sich das jeweilige Gefühl oder Vertrauen beziehen soll.

b. *Der Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts*

In kritischer Auseinandersetzung mit dem Ansatz von *Holz*, schlägt *Weigend* vor, die staatliche Strafverfolgung als zukunftsgerichteten

⁹³³ Vgl. Abschnitt C.I.1.b.aa.

⁹³⁴ Vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 103 ff/236 ff. Die Aussage kann man auch schwächer formulieren: Ein subjektives Recht setzt voraus, dass jemand persönlich verpflichtet werden können muss – eine Pflicht setzt aber nicht voraus, dass jemand diese Pflicht als *ihm gegenüber bestehende Pflicht* einfordern können muss. Zu einem solchen Pflichtbegriff tendierend wohl *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtslehre, Rn. 63 – „Rein objektives Recht, ohne Rechte und Pflichten, gibt es nicht.“ Hervorhebung nur hier.

Schutz des Persönlichkeitsrechts des Verletzten zu erblicken.⁹³⁵ Genauso, wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht voraussetze, dass die persönliche Ehre einer Person im Verhältnis zu anderen Personen rechtlich geschützt würde, so sei auch der Staat unmittelbar verpflichtet, die Ehre der Person selbst zu achten.⁹³⁶ Hieraus folgert *Weigend*, dass die persönlichkeitsgeschützte Ehre durch den Staat etwa dann verletzt würde, wenn die Staatsanwaltschaft einem plausiblen Vortrag über eine potentielle Verletzung nicht nachgehen würde und dadurch zum Ausdruck bringe, dass den Staat die wahrscheinliche Verletzung des konkreten Opfers nicht interessiere.

Der Vorteil, den *Weigend* in einem solchen Ansatz erblickt, liege darin, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht in ein strafprozessuales Abwägungsprogramm eingepasst werden könnte, das eine rationale Ausbalancierung staatlicher Interessen den Rechten des Beschuldigten und dem Geltungsanspruch eines möglichen Opfers ermöglichen würde.⁹³⁷

Tatsächlich kann *Weigends* Anknüpfung an die Schutzpflicht plausibler erklären als *Holz*, welches geeignete Versprechen ein vergangenheitsbezogenes Strafurteil für die zukunftsgerichtete Schutzfrage überhaupt einlösen könnte. Das Strafprozessrecht kommt hier nicht mehr in die Verlegenheit, die Geeignetheit des gerichtlichen Urteils und der zu verhängenden Sanktion für die Prävention künftiger Verletzungen erklären zu müssen – Gegenstand des Schutzes ist der in die Zukunft gerichtete soziale Geltungsanspruch, der durch eine vergangene Rechtsverletzung *begründet* wird, aber eben nicht mit ihr identisch ist.

Unter zwei Aspekten erscheint aber auch der Ansatz *Weigends* kritikwürdig. Zum einen bleibt die genaue Beeinträchtigungswirkung des Persönlichkeitsrechts – man könnte auch sagen: das tatbestandliche Verständnis über den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – unklar: Ist es die *tatsächliche* Missachtung durch die Staatsanwaltschaft, die berechtigterweise *angenommene*

⁹³⁵ *Weigend*, RW 2010, 39 (50 ff.)

⁹³⁶ Hierzu und zum Folgenden *Weigend*, RW 2010, 39 (51).

⁹³⁷ *Weigend*, RW 2010, 39 (52 ff.)

Nichtachtung, oder vielmehr die Tatsache, dass das „Schicksal“ eines Verletzten mangels gerichtlichem Urteil nicht *rechtsverbindlich* festgestellt wird? Ebenfalls bleibt offen, *wie* das allgemeine Persönlichkeitsrecht konkret in eine strafprozessuale Abwägung einzustellen wäre: Geht es um die Ehre, dann stellt sich die Frage, wie dieser Ehre überhaupt ein Gewicht gegeben werden kann,⁹³⁸ wie diese Ehre sich zum „öffentlichen Interesse“, etwa an der Strafverfolgung, verhalten kann und wie diese Ehre in Verbindung, zu dem erlittenen Schicksal steht. Ist etwa auch die eigene Mitschuld relevant, selbst wenn sie die Schuld des Täters nicht ausschließt, und wenn ja, wer stellt diese Mitschuld fest? Die „Aufhängung“ der Beeinträchtigungswirkung durch Nichtachtung oder Missachtung in der Ehre entspricht dabei zwar der üblichen Diktion,⁹³⁹ ändert aber nichts daran, dass ein Rekurs auf einen *vorrechtlichen* Ehrbegriff – selbst, oder: gerade (!) wenn man ihn mit dem Menschenwürdebegriff auflädt – als *tatsächliche* Voraussetzung der Persönlichkeit mehr Unklarheiten schafft als beseitigt.⁹⁴⁰

Konzentriert man sich hingegen zunächst nicht auf den spezifischen Ehrbegriff, sondern auf das (auch nach herrschender Terminologie „übergeordnete“) allgemeine Persönlichkeitsrecht – das Recht also, von der Rechtsordnung als mit Rechten ausgestattete Person anerkannt zu werden⁹⁴¹ – so lässt sich die Unschärfe des Ehrbegriffs vermeiden: Danach kommt es nicht darauf an, dass die Strafverfolgungsbehörden *tatsächliche* Anerkennung im Sinne von

⁹³⁸ Auch ein Hinweis darauf, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht einen Menschenwürdegehalt aufweise („eng verknüpft“, vgl. *Weigend*, RW 2010, 39 (52)), hilft nicht weiter. Damit kann man zwar dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht rhetorisch „Gewicht“ verschaffen, dieses Gewicht aber allein durch diesen Hinweis nicht quantifizieren.

⁹³⁹ *Weigend* selbst verweist auf *Murswiek*, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 2 Rn. 123 ff. allerdings auf die (insofern inhaltlich gleiche) Voraufgabe.

⁹⁴⁰ Kritisch hierzu auch *Lorenz*, JZ 2005, 1121 (1124 f.), der zurecht darauf hinweist, dass *jedes Grundrecht* einen Menschenwürdegehalt aufweist und daher der Hinweis auf den Menschenwürdegehalt zur Distinktion *nichts* beitragen kann. Diese Frage ist allerdings umstritten, vgl. hierzu die Ausführungen und Nachweise bei *Sachs*, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 19 Rn. 41 ff.

⁹⁴¹ Zu dieser Form des allgemeinen Freiheitsrechts bereits oben, Abschnitt D.I.1.a.

Mitgefühl⁹⁴² oder gar Solidaritätsbekundungen stiften – das vorrangige Recht der Person ist nicht gegen die einzelnen Sachbearbeiter gerichtet, es ist auf abstrakterer Ebene *staatsgerichtet*, d.h. im hiesigen Kontext: gegen die *Rechtsordnung* gerichtet. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht bietet auch gegenüber „Staatsbediensteten“ für sich keine hinreichende Grundlage für die Konstituierung *konkreter* Pflichten auf bestimmte Formen der Anerkennung als Opfer. Diese ergeben sich erst durch die Umsetzung durch einfaches Recht. Das Recht einer Person auf „Anerkennung“ einer Rechtsverletzung durch den Staat ist damit aber zunächst nichts anderes, als ein Recht darauf, dass die einfache Rechtsordnung eine Rechtsverletzung als solche zur Geltung bringt. Dies bedeutet dann aber auch nur, dass sie innerhalb der rechtlichen Normordnung eine Rechtsverletzung dergestalt zur Wirkung bringen muss,⁹⁴³ dass sie die verletzte Person *nicht* so behandelt, als hätte die Rechtsverletzung nicht stattgefunden. Denn, das Gewaltmonopol verlangt von der Rechtsordnung die widerspruchsfreie Regelung eines Rechtskonflikts.⁹⁴⁴ Widerspruchsfrei kann sich die Rechtsordnung nach ihren internen Ordnungsmechanismen aber erst dann zu einem Rechtsverhältnis verhalten, wenn ein Rechtskonflikt durch Richterspruch für die Rechtsordnung letztverbindlich – *rechtskräftig* – geworden ist. Erst durch gerichtliche Feststellung ist das Recht eines Verletzten *in der Rechtsordnung* so gestaltet, dass eine vergangene Rechtsverletzung als solche für die Zukunft wirkt. Ist diese Verbindlichkeit erst einmal hergestellt, so gilt diese Feststellung in der Rechtsordnung schlechthin, d.h. gegenüber dem Staat⁹⁴⁵ – dieser muss nun die Feststellungen im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

⁹⁴² Ob es konstruktiv überhaupt denkbar ist, Personen zu Empathie zu verpflichten, erscheint mehr als fraglich.

⁹⁴³ Damit ist erneut das Geltungsproblem des Rechts angesprochen. Sofern das Recht aber selbst Vorkehrungen dafür trifft, dass und wie Recht zur Wirkung innerhalb der Geltungsordnung gebracht werden kann (etwa Bestands- und Rechtskraftregeln) handelt es sich insofern lediglich um eine besondere Erscheinung des Gebotes der Widerspruchsfreiheit des Rechts, vgl. erneut hierzu *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, S. 215 ff./S. 377 ff.

⁹⁴⁴ C.I.2.

⁹⁴⁵ Und natürlich nur, bis sie durch ändernden Rechtsakt aufgehoben oder abgewandelt wird.

achten – und *durch* den Staat *zwischen den Bürgern*: Diesen ist es nun *verboten*, Tatsachen in Bezug auf jemand anders zu behaupten, die von der Rechtsordnung explizit anders *festgestellt* wurden, vgl. §§ 186, 190 StGB. *Wie* sich eine solche Feststellung aber vollzieht, lässt sich gerade *nicht* ausschließlich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht selbst ableiten: Dass ein Recht auch darauf besteht, dass Rechte als solche für die Rechtsordnung verbindlich zur Geltung gebracht werden, ergibt sich aus dem allgemeinen Recht auf Justizgewährleistung.⁹⁴⁶ Dieses ist zwar vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht vorausgesetzt, aber nicht damit identisch.⁹⁴⁷

Weigend kann mit Recht behaupten, dass allein aus der Tatsache, dass ein Verletzter in seinen Rechten verletzt worden ist, eine Pflicht der Staatsanwälte folgt, nichts Gegenteiliges zu behaupten – das ergibt sich aus der unmittelbar gegenüber den einzelnen Staatsanwälten geltenden Regelung des § 185 StGB (gegenüber dem Verletzten) und §§ 186, 187 StGB (gegenüber Dritten). Daraus folgt aber gerade nicht, dass auch eine Pflicht der Staatsanwälte besteht, positiv auf eine gerichtliche Feststellung der Verletzung hinzuwirken. Dies kann allein eine Frage der strafprozessualen Justizgewährleistung sein.

c. *Recht auf Justizgewährleistung durch die Staatsanwaltschaft*

Wie bereits erarbeitet, setzt das verfassungsrechtliche Recht auf Justizgewährleistung voraus, dass in jeder Rechtsangelegenheit verbindlich ein Gericht entscheiden muss.⁹⁴⁸ Verstehen lässt sich das Recht auf Justizgewährleistung somit auch als gerichtsgerichteter „Anspruch“ auf Gestaltung der materiellen Rechtslage.⁹⁴⁹ Die besonderen Voraussetzungen, die eine so verstandene prinzipielle Gerichtsgerichtetheit des Justizgewährleistungsrechts hinsichtlich der gerichtsunabhängigen Staatsanwaltschaft und einer Theorie, die eine subjektive Berechtigung potentieller Verletzter gerade auch gegenüber der Staatsanwaltschaft behauptet, mit sich bringt, sollen hier im Einzelnen skizziert werden.

⁹⁴⁶ C.I.3.c.

⁹⁴⁷ C.I.3. und D.I.3.b.cc.

⁹⁴⁸ C.I.3.c.

⁹⁴⁹ Vgl. *Buchheim*, Actio, Anspruch, subjektives Recht, S. 112 und 191 f.

aa. Gegenstand und normierende Wirkung des Strafurteils

In Erinnerung zu rufen und zu präzisieren ist dabei zunächst der konkrete Gegenstand des staatsgerichteten Rechts auf Justizgewährleistung. Das Recht auf Justizgewährleistung ist das Recht gegen den Staat, ein materielles Recht durch prozedurale Gestaltung *zur Geltung zu bringen, d.h. rechtskräftig werden zu lassen*. Dort, wo ein Recht gegen den Staat besteht, muss der Staat Sorge dafür tragen, dass dieses Recht in der gesamten Rechtsordnung tatsächlich gilt. Identifiziert man nun den Staat mit der Rechtsordnung, so folgt daraus, dass die Rechtsordnung Rechte nicht nur zuschreiben, sondern selbst zur Voraussetzung von Normen machen muss – es bedarf in einem Rechtssystem mit Geltungsanspruch solcher Normen, die besagen, wie andere Normen festgestellt, ermittelt und verbindlich werden. Im Strafrecht wird diese Selbstverständlichkeit etwa an der Vorschrift des § 190 StGB plastisch. Auch *ohne* gerichtliche Feststellung besteht ein Recht darauf, dass nicht sachlich gerechtfertigte Behauptungen in Bezug auf eine Person *verboten* werden (etwa § 186 StGB) gerade *weil* der Betroffene ansonsten dazu verpflichtet wäre, diese Behauptung zu *dulden*. Weil es aber – ohne sachlichen Grund – nicht geboten⁹⁵⁰ sein darf, diese Behauptung zu dulden, gleichzeitig der Staat den Konflikt zwischen der Freiheit des Äußernden und dem Betroffenen nicht *nicht* regeln darf,⁹⁵¹ folgt daraus, dass der Staat das Verhalten des Äußernden in diesem Fall verbieten *muss*. Würde ein Täter rechtskräftig vom Vorwurf der üblen Nachrede *freigesprochen*, so wäre ein anderer wegen § 190 StGB *zwingend* verpflichtet, seinerseits die Behauptung zu unterlassen, dass der zuvor Äußernde eine üble Nachrede begangen habe. *Weil* die unsichere Frage der Erweislichkeit der behaupteten Tatsachen durch ein rechtskräftiges Urteil entschieden wurde, wird die Entscheidung selbst zum Normgegenstand.⁹⁵² Erneut zeigt sich die gestalterische Wirkung der gerichtlichen Entscheidung. Es zeigt sich ferner, dass

⁹⁵⁰ Was impliziert, dass alles andere als das gebotene Verhalten *verboten* ist und *jedenfalls* insoweit in Grundrechte eingegriffen würde.

⁹⁵¹ C.I.2.

⁹⁵² Dieser Ausdruck, dass eine Entscheidung zum Normgegenstand wird, muss streng im Kontext verstanden werden: Der Gegenstand der Entscheidung wird zu einem eigenständigen Gegenstand, gerade *weil* es sich um eine echte Entscheidung handelt.

zwar eine rechtskräftige Verurteilung in erster Linie die Rechte des Täters modifiziert – andererseits aber, weil durch die gerichtliche Entscheidung gerade das unsichere Rechtsverhältnis von Täter und Verletztem entschieden wurde, (notwendig) *auch* die Rechte des Verletzten gegen den Staat ausgestaltet wurden.⁹⁵³

Durch eine strafrechtliche Verurteilung wegen einer Tat, die in Bezug auf ein konkretes Opfer begangen worden ist, wird nicht nur die Geltung des verletzten Verbotes im konkreten Fall rechtskräftig; ebenfalls wird dadurch die notwendig mitenthaltene Feststellung *ge-regelt*, dass das konkret betroffene Opfer staatlicherseits nicht verpflichtet war, die Beeinträchtigung durch den Täter zu dulden, und damit *jedenfalls insoweit nicht in die Grundrechte des Opfers eingegriffen wurde*.⁹⁵⁴ Für einen Freispruch gilt dies hingegen nicht in gleicher Schärfe: Durch einen rechtskräftigen Freispruch wird nur rechtsverbindlich, dass der Anklagevorwurf *nicht zutrifft*, also *kein Verbot gegenüber dem Angeklagten zur Geltung gebracht wird*.⁹⁵⁵ Ein Freispruch trifft weder eine *rechtskräftige* Aussage darüber, ob das Opfer überhaupt ein Opfer war, noch darüber, ob das Opfer eine Duldungspflicht traf.⁹⁵⁶ Eine Einstellung des Verfahrens und ein Freispruch stellen demnach *nicht in gleichem Maße Eingriffe in die*

⁹⁵³ § 388 Abs. 2 StPO ist damit jedenfalls nicht allein eine Norm zugunsten der Verfahrensbeschleunigung, sondern genauso wie das Verbot eines zivilrechtlichen Teilurteils bei der „Gefahr sich widersprechender Entscheidungselemente“, (vgl. *BGH*, NJW-RR 2012, 849, [850]; *BGH*, NJW-RR 2013, 683 [684]; *BGH*, NJW-RR 2014, [1298 f.]) eine logische Konsequenz aus den Vorgaben des Gewaltmonopols für richterliche Konfliktentscheidungen.

⁹⁵⁴ Ganz ähnlich bereits *Schöch*, NSTZ 1984, 385 (387), im Nachklang zum 55. DJT.

⁹⁵⁵ Hieran ändert sich auch nichts, wenn man – etwa mit *Hörmle*, JZ 2006, 950 (956 ff.) – darauf hinweist, dass der *Schuldvorwurf* von der Frage des rechtlichen Verbots unabhängig sei. Wird die Schuld des Täters abgelehnt, dann kann dies (nach herrschendem Verständnis) trotz oder wegen fehlendem Unrechts der Fall sein (kritisch zu der überkommenen Trennungslehre von Unrecht und Schuld, *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, S. 259 ff., *ders*, FS-Otto 2007, S. 133 ff., S. 148 ff.). Aufbauend hierauf plädierte *Jerouschek*, JZ 2000, 185 (191 ff.) für einen „Unrechtsinterlokuts“.

⁹⁵⁶ Der Sonderfall der Widerklage bei Privatklagen, § 388 StPO, sei für diese Zwecke ausgeklammert.

Rechte des Opfers dar, wie eine Verurteilung des Täters einen Eingriff in die Rechte des Täters darstellt. Weil aus der Ablehnung der Verurteilung logisch aber gerade keine Duldungspflicht gegenüber dem Opfer verbindlich festgestellt wird, wird durch das freisprechende Urteil zunächst auch nicht das grundrechtliche Verhältnis von Staat zum mutmaßlichem Opfer verbindlich geregelt. Aus dieser Warte muss also weder ein freisprechendes Urteil noch eine Einstellung des Verfahrens gegenüber dem Opfer gerechtfertigt werden.

Dieses Bild wandelt sich allerdings, wenn man den notwendig normierenden Charakter des Urteils *für die Zukunft* mitberücksichtigt. Mit einem rechtskräftigen Urteil ist es nun zwingend dem Opfer verboten, gegenüber der Rechtsordnung als Opfer des freigesprochenen Angeklagten aufzutreten – anders formuliert: Die Rechtsordnung darf nicht erlauben, den „Freigesprochen“ auch als „Täter“ zu bezeichnen.⁹⁵⁷ Der Angeklagte muss nicht dulden, künftig als Täter bezeichnet zu werden – damit hat der Täter künftig einen grundrechtlichen Anspruch gegen den Staat, dass gegenteilige Behauptungen (auch solche des Opfers) verboten werden. Was für Jedermann einen Eingriff in die Meinungs- und Äußerungsfreiheit bedeuten könnte, würde auf Seiten des Opfers einen (individuellen) Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellen, weil die Behauptung eben nicht nur eine Tat einer anderen Person, sondern eine Tat einer anderen Person in Bezug auf die eigene Person und damit die eigene Rechtsstellung als solche betrifft. Ein rechtskräftiger Freispruch ist damit untrennbar mit einem Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Opfers verbunden, weil es (bis zur Beseitigung der Rechtskraft) keine Möglichkeit mehr geben *darf*, aus der Rechtsverletzung weitere Rechte abzuleiten. Demgegenüber sind gleiche oder auch nur ähnliche Wirkungen einer Verfahrenseinstellung gerade nicht festzustellen. Durch eine Einstellung des Verfahrens wird über den Anklagevorwurf und damit über das Rechtsverhältnis von Täter und Verletztem *nicht* entschieden. Ist das Rechtsverhältnis zwischen Täter und Opfer damit aber noch nicht geregelt, ergeben sich mit einer Einstellung des Verfahrens auch keine zwingenden

⁹⁵⁷ Oder präziser: Andere Rechte, aus der Rechtsverletzung durch den Täter herzuleiten, siehe sogleich.

Konsequenzen hinsichtlich der Grundrechte von Täter und möglichem Opfer. Einstellungen des Verfahrens, jedenfalls insoweit sie lediglich den Abbruch des Prozesses bedeuten, der zu einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung führen würde, bedeuten damit *zunächst*⁹⁵⁸ keinen Eingriff in die Rechte des Opfers und müssen daher staatlicherseits insofern nicht gerechtfertigt werden.⁹⁵⁹

bb. Leistungsanspruch auf Verurteilung?

Zu konstatieren bleibt damit einstweilen, dass aus abwehrrechtlicher Sicht Ansprüche auf Justizgewährleistung des Opfers nur darauf gerichtet sein können, *negatorisch* einen rechtskräftigen Freispruch zu verhindern, nicht aber gleichfalls auf eine *Verurteilung des Täters hinzuwirken*.⁹⁶⁰ Dabei existieren Ansätze in der Grundrechtsdogmatik, die aus der Funktion der Grundrechte als Freiheitsrechte auch positive Bewahrungsansprüche garantierter Freiheitssphären ableiten wollen. Diese werden (typischerweise) unter dem Aspekt der „subjektivierten Schutzfunktion“ der Grundrechte *als von der Abwehrfunktion unabhängige, staatliche Leistungsfunktionalität* dargestellt.⁹⁶¹ Berücksichtigt man allerdings, dass *jedes* individuelle Abwehrrecht eines Bürgers gegenüber dem Staat selbstverständlich

⁹⁵⁸ Das Gegenteil ergibt sich allerdings sogleich aus dem nächsten Abschnitt.

⁹⁵⁹ Andererseits wird hier auch deutlich, dass die Einstellung des weiteren Verfahrens (unabhängig von dem konkreten Grund der Einstellung) gleichbedeutend damit ist, dass weitere Eingriffe durch das Verfahren nicht vorgenommen werden. Da ein Grundrechtsträger aber nicht das Unterlassen einer rechtfertigungsbedürftigen Freiheitsbeeinträchtigung gerechtfertigt bekommen muss, kann jedenfalls ein Eingriff in die Rechte des Beschuldigten *allein* durch die Einstellung des Verfahrens nicht angenommen werden. Dass *Bayer*, Stigmatisierungen, S. 78 ff. daher auf die „Stigmatisierungswirkung“ der §§ 153 ff. StPO und die mittelbar-faktischen Beeinträchtigungen eingeht, kann für ihn nicht nur konzeptionelles Beiwerk sein, sondern wäre die einzig denkbare Möglichkeit eines Eingriffs durch Einstellung des Verfahrens. Vertieft in Abschnitt E.1.d.

⁹⁶⁰ Hierauf geht *Schöch*, NStZ 1984, 385 (387) bei seiner allgemeinen Proklamation eines „Feststellungsinteresses“ des Verletzten – die im Übrigen mit den folgenden Überlegungen nicht unähnlich ist – nicht ein.

⁹⁶¹ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 410 ff.; *Borowski*, JöR 2002, 301 (303 f.) wobei für die Prinzipentheoretiker diese Unterscheidung

die Pflicht beinhaltet, dass der Staat dieses Abwehrrecht respektiert und dementsprechend „schützt“, dann zeigt sich, dass die „Schutzperspektive“, die das *Bundesverfassungsgericht* aus der bereits oben angesprochenen „objektiven Wertentscheidung“⁹⁶² ableiten möchte, zunächst nichts Anderes ist, als die Verpflichtungsperspektive des Staates auf die individuellen Rechte der Grundrechtsträger.⁹⁶³ Entsprechend rekonstruiert *Poscher* traditionelle grundrechtliche Schutzkonzeptionen als reflexive Abwehrrechte und kann so die methodologischen Schärfe, die die abwehrrechtliche Dogmatik mit sich bringen kann, auf konzeptionell anspruchsvolle Fragen der Schutz- und Sicherheitsgewähr übertragen.⁹⁶⁴ Projiziert man die Abwehrkonzeption konsequent auf das Rechtsverhältnis von Verletztem und Täter, so zeigt sich Folgendes:

- Wäre das Opfer bei einer gerichtlichen Feststellung einer Duldungspflicht gegenüber dem Täter in seinen Rechten beeinträchtigt, und müsste der grundrechtsverpflichtete Staat diese Duldungspflicht gegenüber dem Opfer rechtfertigen, so

vor allem eine der Abwägungsstruktur ist; *Dietlein*, Schutzpflichten, S. 46 ff.; *Möstl*, Sicherheit und Ordnung, S. 84 ff.; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, Vorb. vor Art. 1 Rn. 8; *Isensee*, in: *HStR IX* § 191 Rn. 217 ff.; *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensoffers, S. 63.

⁹⁶² So die überkommene Diktion seit „Lüth“, vgl. *BVerfGE* 7, 198 (204 f.). Ähnlich bereits *BVerfGE* 6, 55 (72).

⁹⁶³ Zu dem „objektiven Gehalt“ jedes subjektiven Rechts, vgl. *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, S. 478; *Alexy*, *Recht, Vernunft, Diskurs*, S. 267 f.; Zu den Problemen, dem ein Verständnis von der Schutzpflichtdogmatik ausgesetzt ist, die eigenständige Rechtspositionen erzeugen will, vgl. *Poscher*, *Abwehrrechte*, S. 195: „Schutzpflichten können nur auf Schutzgüter bezogen werden. Eine dem Gewaltmonopol korrespondierende Pflicht, die Rechte der Bürger zu schützen, kann nur an die Abgrenzung unterschiedlicher Rechtssphären anknüpfen, die schutzfähige Rechte und Rechtsgüter erst konstituiert. Die der Schutzpflicht vorausliegende Abgrenzung von Rechtssphären kann nicht selbst Gegenstand der Schutzpflicht sein.“

⁹⁶⁴ Wobei die Begriffsschärfe vor allem dadurch gewonnen wird, dass auf die (inhaltlich konturenlose) Vermengung von Grundrechtsdogmatik und Gewaltmonopol zur Bestimmung der Reichweite der grundrechtlich geschützten Freiheit verzichtet wird, vgl. *Poscher*, *Abwehrrechte*, S. 192 ff.

ergäbe sich aus dem Grundsatz, dass über jede rechtfertigungsbedürftige Grundrechtsbeeinträchtigung ein Recht auf Entscheidung eines Gerichts besteht, die Folgerung, dass über das Bestehen oder Nichtbestehen einer solchen beeinträchtigenden Duldungspflicht ein Gericht anrufbar sein müsste.

- Da ein Abwehrrecht gegen den Staat darauf besteht, keine ungerechtfertigten Duldungspflichten auferlegt zu bekommen, muss ein Recht auf Justizgewährleistung auch darauf gerichtet sein können, festzustellen, dass in einer gegebenen Situation eine solche staatliche Duldungspflicht gerade *nicht* bestand.⁹⁶⁵
- Indem eine Person dem Selbstbestimmungsrecht einer anderen Person zuwidergehandelt hat, ist ein Rechtskonflikt entstanden, zu dem *jede* Seite des Konflikts einen Anspruch gegen Rechtsordnung geltend machen kann, (mindestens) festzustellen, dass ihre gewählte Selbstbestimmung dem Recht entsprach.
- Somit ergibt sich zumindest ein grundrechtlich erforderliches Recht auf gerichtliche Feststellung, dass das potentielle Opfer *nicht* zur Duldung der Handlung des Täters verpflichtet war.
- Da diese Feststellung *notwendig* und in jedem denkbaren Fall einer Verurteilung wegen einer opferbezogenen Tat getroffen werden muss, lässt sich, zumindest bezogen auf die Feststellung des Unrechtsausspruchs des Gerichts, ein Recht auf Justizgewährleistung eines Opfers begründen.

Für die Begründung von Opferbeteiligungsrechten wäre damit auch kein Rekurs auf *faktische* oder kaum fassbare *ideelle* „Genugtuung“ oder eine expressiv-kommunikative *tatsächliche* Anerkennung über

⁹⁶⁵ Negative Feststellungsrechte gegenüber dem Gericht sind auch in nach anderen Prozessordnungen *nicht* ausgeschlossen, vgl. die Formulierung in § 256 ZPO und § 43 VwGO, die jeweils von einem feststellungsfähigen „Bestehen *oder Nichtbestehen* eines Rechtsverhältnisses“ sprechen. Vgl. dazu auch *BGH*, NJW 1991, 1061 (1062); BVerwGE 24, 355 (358 f. Zum Verhältnis dieser Prozessregelungen zum Feststellungsrechts des Opfers im Strafverfahren, vgl. Abschnitte D.II.3.c.dd.aaa und D.II.3.c.dd.bbb.

den reinen Unrechtsausspruch hinaus notwendig.⁹⁶⁶ Das Recht auf gerichtliche Feststellung bezöge sich danach allein auf die rechtsverbindliche Verwirklichung desjenigen, dem das Recht bereits entsprechen haben *soll*.⁹⁶⁷ Denn, wer ein Recht darauf hat, dass der Staat ein Verhalten eines Dritten verbietet, der hat auch ein justizförmiges Recht darauf, dass die Geltung dieses Verbotes für die staatliche Rechtsordnung durch Rechtskraft zur Geltung gebracht wird. Dies nicht als *positives Schutzrecht*, sondern als Recht auf Feststellung eines aus dem grundrechtlichen Abwehrrecht folgenden Rechts, nicht zur Duldung eines aufgezwungenen Verhaltens verpflichtet gewesen zu sein und diesen rechtlichen Umstand zum Gegenstand sämtlicher denkbaren „persönlichen Rechte“ zu machen. Man mag dann ein „Recht auf Schutz“ begrifflich gleichsetzen mit dem negatorischen Recht, nicht zu einer nicht gerechtfertigten Duldung verpflichtet gewesen zu sein. *Dann* wäre das grundrechtlich erklärbares Opferrecht eine Ausformung des Rechts auf gerichtliche Feststellung eines Rechts auf rechtlichen Schutz im Einzelfall. Dass ein solches Recht grundsätzlich – und nicht als Ausnahme – auch auf bereits abgeschlossene Sachverhalte Anwendung findet, wurde bereits dargelegt.⁹⁶⁸ Dies verkennt nicht, dass nach der Konzeption der Strafprozessordnung das Strafurteil *kein reines Feststellungsurteil ist*. Es kann aber gezeigt werden, dass wegen des notwendigen Feststellungselements eines Strafurteils⁹⁶⁹ Verletztenrechte aus der

⁹⁶⁶ Vgl. bereits *Schöch*, NSTz 1984, 385 (387 ff.).

⁹⁶⁷ In den Diskussionen rund um den 55 DJT, war das Feststellungsrecht des Verletzten durch Urteil auch der maßgebliche reformatorische Bezugspunkt, vgl. hierzu *Rieß*, Rechtsstellung des Verletzten, R. 195 C 128; *Weigend*, ZStW 96 (1984), 761 (790 f.).

⁹⁶⁸ Oben Abschnitte C.II.c. und D.I.3.

⁹⁶⁹ Diese Funktion übernimmt der von dem Strafausspruch logisch getrennte Schuldspruch. Ähnliches lässt sich auch im Verwaltungsrecht beobachten (etwa: der Verwaltungsakt wird aufgehoben *weil* der Verwaltungsakt eine Rechtsverletzung darstellt) Vgl. auch *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 280; *Sachs*, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 19 Rn. 136 die insoweit davon ausgehen, dass in jeder (hier allerdings öffentlich-rechtlichen) Klage als „gebotes Minimum“ die feststellende Regelung des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses enthalten ist. Für das Strafrecht provoziert dieser Punkt aber zu einer (auch materiellrechtli-

grundrechtlichen Abwehrposition gegenüber dem Staat erwachsen können.

cc. Zwischenfazit und erste Folgerungen

Damit kann sich für die Position der Verletzten im Strafverfahren eine verhältnismäßig starke Stellung ergeben:

- Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgt (u.a.) ein grundsätzliches Recht⁹⁷⁰, wahre Behauptungen bezüglich einer eigenen Rechtsverletzung durch einen Täter tätigen zu dürfen. Da mit einem rechtskräftigen Freispruch des Täters dieses grundsätzliche Recht durch das Verbot in §§ 185, 186, 190 StGB eingeschränkt wird, hat ein Verletzter ein grundsätzliches Abwehrrecht auf Verhinderung eines Freispruchs des Täters. Ein Recht auf ein Strafverfahren oder die Verhinderung einer Verfahrenseinstellung folgt daraus allerdings nicht.
- Ist ein bestimmtes Verhalten durch den Staat gerade deshalb verboten, weil alles andere als ein Verhaltensverbot eine nicht gerechtfertigte Duldungspflicht eines Opfers voraussetzen würde, so folgt aus dem Recht eines Opfers gegen den Staat, ungerechtfertigten Duldungspflichten nicht ausgesetzt sein zu

chen) Neuermessung der Schuld als *verantwortliche* Pflichtverletzung gegenüber dem Opfer. Nur wenn man die Schuld (des Täters) so versteht, dass nur eine schuldhafte Tat eine Rechtsverletzung des Opfers durch den Täter darstellen kann, könnte der Schuldspruch den Anforderungen des Feststellungsrechts des Opfers genügen. Dies setzt freilich voraus, dass man die strikte Trennung von Unrecht und Schuld im Strafrecht überdenkt, vgl. Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, S. 259 ff.; ders, FS-Otto 2007, S. 133 ff., S. 148 ff. Anders Hörnle, JZ 2006, 950 (956), die stattdessen wegen des Verantwortungszusammenhangs zwischen Rechtsverletzung des Opfers und Verurteilung des Täters, materiellrechtliche Fragen der Verantwortung (?), als Frage der Unrechtstatbestands behandeln will. Schuld sei danach eine Kategorie, die von der Verantwortung des Täters gegenüber dem Opfer unabhängig sei.

⁹⁷⁰ Dieses Recht ist seinerseits staatsgerichtet, d.h., dass das Recht darauf, wahre Behauptungen tätigen zu dürfen, gegenüber dem Staat besteht und darauf gerichtet ist, Rechte gegenüber (u.a.) einem Täter zu schaffen, die dieses Grundrecht einfachrechtlich umsetzen.

müssen, ein Recht festzustellen, dass eine solche Duldungspflicht im Einzelfall nicht bestand.

Daraus lässt sich wiederum folgern, dass dieses Feststellungsrecht des Opfers im Umfang der Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Opfer und Täter zu Beteiligungsrechten des Opfers im Strafverfahren führt. Denn besteht ein Recht auf justizförmige Verfolgung eigener Rechte, dann bestehen damit auch grundsätzlich alle Rechte, die mit der justizförmigen Rechtsverfolgung verbunden sind (etwa Art. 103 Abs. 1 GG). Da das Recht auf Justizgewährleistung auch dadurch vereitelt werden kann, dass eine Verfahrenseinstellung vorgenommen wird, müsste das Recht auf Justizgewährleistung schließlich auch bei staatsanwaltschaftlichen Einstellungsentscheidungen berücksichtigt werden.

dd. Einfachgesetzliche Umsetzung im Strafprozessrecht

Kann das Abwehrrecht des Opfers – nicht zur Duldung rechtswidriger Angriffe verpflichtet sein zu müssen – nutzbar gemacht werden, um ein Recht eines Verletzten auf Beteiligung am Strafverfahren verfassungsrechtlich zu begründen, so folgt daraus noch nicht zwingend, dass das Recht auf Justizgewährleistung eines Verletzten *nur* durch Einpassung in den Prozess der strafrechtlichen Rechtsfindung zu bewerkstelligen wäre. Bezüglich der unterschiedlichen Gerichtszweige und Prozesssysteme verhält sich das Recht auf Justizgewährleistung grundsätzlich *nicht*.⁹⁷¹ Die einfachgesetzliche Ausgestaltungsnötigkeit lässt dem einfachgesetzlichen Gesetzgeber Raum dafür, die jeweiligen Rechte auf Justizgewährleistung über die Beschreitung des einen oder anderen Rechtsweges umzusetzen.

Setzt das Recht auf Justizgewährleistung eines Verletzten voraus, dass das Rechtsverhältnis gegenüber dem Täter rechtsverbindlich geklärt werden können muss, so lässt sich nur dann zeigen, dass daraus gerade ein verfassungsrechtlich gefordertes Recht auf Beteiligung am *Strafverfahren* erwachsen kann, wenn gezeigt werden kann, dass eine systematische Verortung dieses Justizgewährleistungsrechts in anderen Prozessordnungen *nicht gleichsam oder vorrangig* zu bewerkstelligen wäre. In diesem Zusammenhang wird sich zeigen, dass zumindest eine Verortung im Verwaltungsprozess nicht

⁹⁷¹ Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 20 Rn. 162.

denkbar erscheint (aaa) aber auch eine „zivilprozessuale“ Lösung mit kaum zu überwindbare Hürden konfrontiert wäre (bbb). Eine Einpassung der bisher entwickelten Minimalanforderungen einer Justizgewährleistung entspricht daher am ehesten der gegenwärtigen Konzeption des Strafprozessrechts (ccc).

aaa. Untauglichkeit des Verwaltungsprozesses

Über die Eröffnung des Verwaltungsprozessrechts entscheidet bekanntlich die Frage, ob es sich bei der zu entscheidenden Rechtsfrage um eine „öffentlich-rechtliche Streitigkeit“ handelt. Selbst wenn dabei der Begriff des öffentlichen Rechts und eine damit verbundene Streitigkeit alles andere als klar umrissen wäre,⁹⁷² so sind davon „wenigstens“ oder „jedenfalls“ solche Streitigkeiten ausgenommen, bei denen es gerade um Normen geht, die *beide* Konfliktparteien in ihrer Bürgerlichkeit adressieren (solche sind von der Gegennorm zu § 40 VwGO – § 13 GVG – gerade den ordentlichen Gerichten zugewiesen).⁹⁷³ Damit kann relativ einfach gezeigt werden, dass jedenfalls für die Feststellung, dass ein Verstoß gegen eine Strafnorm gegenüber einem anderen Bürger vorliegt, *nicht* die Verwaltungsgerichtsbarkeit zuständig sein kann. Eine andere Frage ist hingegen, ob nicht die Anfechtung der eigenverantwortlichen Prüfung des Rechtskonflikts zwischen Bürgern *durch die Staatsanwaltschaft* Grundlage einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit sein könnte, die zumindest nach der Grundregel des § 40 Abs. 1 VwGO den Verwaltungsgerichten zugewiesen werden sollte. Dies scheidet allerdings selbst dann aus, wenn man die staatsanwaltschaftlichen Verpflichtungsnormen des Strafprozesses als öffentlich-rechtliche Verpflichtungsnormen im Sinne des § 40 VwGO versteht, da Streitigkeiten um die Einhaltung der strafprozessualen Pflichten im Wege der (gegenüber § 40 VwGO) abdrängenden Sonderzuweisung gemäß § 172 Abs. 4 Satz StPO den Oberlandesgerichten zugewiesen wurde.

⁹⁷² Überblick bei *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 40 Rn. 200 ff.

⁹⁷³ *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 40 Rn. 200 und 228 f. – insbesondere zur Tauglichkeit der materiellen Subjekttheorie als Systematisierungsgedanke der von der Rechtsprechung geübten Theorienkombinatorik.

Geht es daher um die gerichtliche Überprüfung von prozessualen Pflichten der Staatsanwaltschaft gegenüber Verletzten, so scheidet jedenfalls eine Verweisung auf den Verwaltungsrechtsweg aus.

bbb. Untauglichkeit des Zivilprozesses

Scheint die Strafprozessordnung die Überprüfung von Verpflichtungen der Staatsanwaltschaft gegenüber sämtlichen Beteiligten und Betroffenen am Strafverfahren einheitlich der Straferichtbarkeit (als Gerichtszweig) zuzuschreiben, so lässt sich daraus noch nicht ableiten, dass auch die Straferichtbarkeit über die rechtsverbindliche Geltung von Rechtsnormen zwischen Bürgern zu entscheiden hätte. Möglich wäre insbesondere, dass solche Streitigkeiten „bürgerliche“ im Sinne des § 13 GVG und § 3 EGZPO und eben keine „Strafsachen“ sind. Dies könnte dazu führen, dass jenseits der expliziten staatsanwaltschaftlichen Verpflichtungsnormen der StPO gegenüber den Verletzten keine überprüfbaren Verpflichtungen bestehen würden. Wäre die Klärung einer Normgeltung zwischen Bürgern eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit, so ließe sich andersherum stärker vertreten, dass sämtliche verletzenspezifischen Kontrollrechte der StPO rein einfachrechtlich-objektive Kontrollbefugnisse darstellen würden.

Innerhalb des Klagesystems der ZPO lässt sich hierfür einzig sinnvoll an die Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO anknüpfen. Leistungsklagen und ihre funktionalen Äquivalente⁹⁷⁴ lassen sich nur auf die Betitelung von Ansprüchen unter Bürgern beziehen. Durch ein Leistungsurteil wird eine bestehende Anspruchsverpflichtung eines Bürgers gegenüber einem anderen Bürger für verbindlich erklärt und damit die Voraussetzungen der Durchsetzungen dieser Verpflichtung geschaffen. Die Anwendung der Leistungsklage im Zivilrecht ließe sich daher nur dann rechtfertigen, wenn man einen Anspruch des Verletzten gegen den Täter auf rechtsverbindliche Anerkennung der Rechtsverletzung konstruieren könnte.⁹⁷⁵ Ein solcher Anspruch wäre allerdings nicht nur eine gekünstelte Ableitung eines

⁹⁷⁴ Etwa Gestaltungsklage, Unterlassungsklage, Stufenklage etc.

⁹⁷⁵ In diese Richtung scheint *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, S. 70 weisen zu wollen.

materiellrechtlichen Anerkennungsanspruchs im Verhältnis der Bürger untereinander aus einer prozessualen Notwendigkeit, die aus dem Staat-Bürger-Verhältnis herrührt – ein solcher Anspruch wäre vor allem unerfüllbar:⁹⁷⁶ Eine Rechtskraft kann *ausschließlich* durch gerichtliche Entscheidung bewirkt werden, *nicht* (auch nicht äquivalent) durch private Anerkennung.⁹⁷⁷ Damit ist allerdings nur gezeigt, dass jedenfalls eine Konstruktion über Leistungsklagen nicht in das System der ZPO passt, eine Unanwendbarkeit einer Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO ist dadurch hingegen nicht ausgeschlossen.

Nach § 256 Abs. 1 ZPO ist grundsätzlich möglich, dass „Rechtsverhältnisse“ zwischen Bürgern rechtsverbindlich festgestellt werden. Ist man sich zwar einig, dass unter Rechtsverhältnissen (im Unterschied zu Ansprüchen als Grundlage von Leistungsklagen) auch lediglich *Elemente* von Ansprüchen zu fassen sind,⁹⁷⁸ ist die Abgrenzung zwischen „klärungsfähigem Rechtsverhältnis“ und „nichtklärungsfähiger Vorfrage eines Rechtsverhältnisses“ unklar.⁹⁷⁹ Während sich die Rechtsprechung auf den Standpunkt stellt, dass „rechtswidriges Verhalten“ nicht isoliert überprüft werden kann,⁹⁸⁰ wird genau diese Position in der Literatur – bemerkenswerterweise – unter Hinweis auf den Grundsatz der effektiven Justizgewährleistung angezweifelt.⁹⁸¹ Kann der zivilprozessualen Literatur zwar insoweit zugestimmt werden, als dass über das Gelten und Nichtgelten eines vermittelnden Verhaltensverbotes zwischen Bürgern in der Tat ein Gericht entscheiden muss, kann der Grundsatz der Justizgewährleistung gerade nicht dafür in Anschlag gebracht werden, die Umsetzung der Justizgewährleistung einem bestimmten Gerichtszweig, geschweige denn einer bestimmten Klageart zuzuweisen. Möglich wäre etwa ebenso, dass gerade durch eine Zuweisung der

⁹⁷⁶ Vgl. auch *Buchheim*, Actio, Anspruch, subjektives Recht, S. 126.

⁹⁷⁷ Die Anerkennung kann selbstverständlich dazu dienen, dass eine gerichtliche Entscheidung entsprechend der Anerkennung ergehen kann; es *wirkt* aber die Entscheidung, *nicht* die Anerkennungserklärung.

⁹⁷⁸ Nicht hingegen „Elemente von Rechtsverhältnissen“, *Becker-Eberhard*, in: MüKo-ZPO, § 256 Rn. 24.

⁹⁷⁹ Vgl. *Becker-Eberhard*, in: MüKo-ZPO, § 256 Rn. 26 f..

⁹⁸⁰ BGHZ 68, 331 (334 f.); ähnlich auch *BGH*, NJW 2000, 2280 (2281).

⁹⁸¹ *Becker-Eberhard*, in: MüKo-ZPO, § 256 Rn. 27 m.w.N.

Frage an den Strafprozess eine Gegenständlichkeit im Rahmen der zivilprozessualen Feststellungsklage ausgeschlossen wäre.

Diese Aporie lässt sich allerdings unter Berücksichtigung des Abwehrrechtsverhältnisses jedes Bürgers gegenüber dem Staat auflösen: Ist dem Staat durch das Gewaltmonopol geboten, jeden Konflikt eindeutig zu regeln, ist eine widersprüchliche Konfliktregelung demnach verboten und folgt aus den Grundrechten des Verletzten gegen den Staat ein Anspruch auf Geltung eines Verhaltensverbots gegenüber dem Täter, so muss der Staat dieses Verhalten eindeutig verbieten und darf es auch nicht innerhalb eines „strafrechtlichen Systems“ verbieten und in einem „zivilrechtlichen System“ erlauben.⁹⁸² Wird in der zivilprozessualen Lehre und Rechtsprechung⁹⁸³ demnach vertreten, dass eine „Bindungswirkung“ an die entscheidungsrelevanten Tatsachen einer strafrechtlichen Verurteilung im Zivilprozess nicht existiere, so wäre dies jedenfalls insoweit nicht haltbar, als dass dadurch zugelassen würde, dass der Staat *eine* bestimmte Konfliktfrage *gleichzeitig* rechtsverbindlich sowohl in die eine wie auch in die andere Richtung entscheiden könnte.⁹⁸⁴ Haltbar ist diese Position hingegen dann, wenn man sich darauf zurückzieht, dass das anspruchsbasierte zivilprozessuale Klagesystem nicht über das

⁹⁸² BGHZ 68, 331 (334 f.) verneint letztlich genau wegen der befürchteten Auswirkung einer Rechtskraftwirkung der Feststellung eines rechtswidrigen Verhaltens, dass ein klärungsfähiges Rechtsverhältnis vorliegt.

⁹⁸³ BGH, Urteil vom 02. März 1973 – V ZR 57/71 –, Rn. 6, juris; BGH, Urteil vom 06. Juni 1988 – II ZR 332/87 –, Rn. 4, juris; LG Bonn, Urteil vom 04. März 2008 – 3 O 334/06 –, Rn. 36, juris.

⁹⁸⁴ Denkbar und nicht widersprüchlich ist hingegen, dass man unter „Rechtsverhältnis“ i.S.d § 256 ZPO lediglich anspruchsbegründende Rechtsverhältnisse versteht und damit neben der Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit auch Fragen der Entstehung eines restitutionsfähigen Anspruchs mitberücksichtigt. Über diese Fragen wird im strafrechtlichen Urteil – Adhäsion ausgeklammert – nicht befunden. Da die zivilgerichtliche Rechtsprechung in diese Richtung zu tendieren scheint, kann der Rechtsprechungsposition auch nicht ohne weiteres Widersprüchlichkeit attestiert werden. Diese Rechtsprechung „passt“ insofern in das System der ZPO, als dass die Feststellungsklage hier, gerade eine prozessuale Sicherung der typischen (anspruchsdurchsetzenden) Leistungsklage konzipiert ist, vgl. *Buchheim*, Actio, Anspruch, subjektives Recht, S. 225 ff.

anspruchsauslösende Verhalten entscheidet, sondern darüber, ob ein Anspruch überhaupt besteht. Da jedoch die Bindungswirkung strafrechtlicher Urteile nicht der Fokus dieser Untersuchung liegt, muss auf diese knifflige Frage – die tief in die zivilprozessuale Rechtssetzungssystematik hineinreicht – nicht vertieft eingegangen werden. In jedem Fall ist klar, dass es nicht zulässig wäre, in ein und demselben Fall zu sagen, dass der Staat eine bestimmte Freiheitsausübung sowohl verbiete als auch erlaube.⁹⁸⁵ Rechtlich darf es nicht „den Staat des Zivilprozessrechts“ und „den Staat des Strafrechts“ geben, sondern nur *eine* Rechtsordnung. Hieraus lassen sich auch für das „Konkurrenzverhältnis“ von StPO und ZPO Schlüsse ziehen: Muss der Staat die konkrete Frage der Geltung eines Verhaltensverbotes in einem bestimmten Fall verbindlich gerichtlich klären und ist es bereits aus grundrechtlicher Perspektive unzulässig, dass diese Frage widersprüchlich beantwortet wird, so bleibt entweder die Möglichkeit, dass dem Zivilprozess der Vorrang gegenüber der StPO, der StPO der Vorrang vor der ZPO oder aber keinem von beiden der Vorrang einzuräumen ist und es schlicht auf einen „Wettlauf“ der Prozesse ankommt und je nachdem, welcher Prozess zuerst in Rechtskraft erwächst, eine Bindungswirkung zulasten des anderen Prozesses auslöst.

Eine Bindungswirkung eines zivilprozessualen Urteils gegenüber dem Strafprozess muss hingegen in jeder denkbaren Variante ausgeschlossen sein, denn zwingende Voraussetzung für eine legitime *strafprozessuale Verurteilung* ist die Feststellung eines verbotenen Verhaltens. So gibt es einen Schuldspruch ohne Strafausspruch (etwa § 60 StGB), aber keinen Strafausspruch ohne Schuldspruch. Würde man die Legitimation staatlichen Strafens auch nur partiell von der prozessualen Disposition des Verletzten in einem Zivilverfahren abhängig machen, so wäre damit die Geltung des Amtser-

⁹⁸⁵ Problematisch ist auch, wenn der Staat feststellt, dass sich ein Sachverhalt in ein und derselben Situation so zugetragen, aber *gleichzeitig* auch nicht so zugetragen habe. Freilich soll hier aber keine Aussage darüber getroffen werden, ob *jeder* zivilrechtliche Anspruch die Implizite Aussage eines verbotenen Verhaltens beinhaltet. Diese rechtstheoretisch anspruchsvolle Frage führt jedoch auf anderes, hier nicht zu untersuchendes Terrain.

mittlungsprinzipes und überhaupt die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft gegenüber dem Verletzten in Frage gestellt: Es fällt nicht schwer zu zeigen, dass die §§ 262, 244 StPO gerade *nicht* davon ausgehen, dass etwa ein verspätetes Vorbringen im Zivilprozess oder das Nichtbestreiten einer Behauptung auch nur *irgendwelche* Auswirkungen auf die Aufklärung des Strafgerichtes haben soll.⁹⁸⁶ Dafür spricht letztlich auch, dass § 190 StGB gerade nicht von einer feststellenden Wirkung eines zivilrechtlichen Urteils „gegenüber Jedermann“ dergestalt ausgeht, dass die Feststellungen im Prozess nunmehr die Behauptung des Gegenteils schlichtweg verbieten würden. Dass Verletzten Beteiligungsrechte im Strafprozess eingeräumt werden müssen, bedeutet nicht zwingend, dass das gesamte Schicksal des Strafprozesses *ausschließlich* von der Disposition des Verletzten abhängig wäre – unabhängig davon, ob diese Disposition im Strafverfahren selbst⁹⁸⁷ oder in einem Zivilverfahren vorgenommen wird.

Nach dem Vorgesagten können entscheidend zwei Aspekte gegen einen Vorrang des Zivilprozesses zur Beurteilung von (strafrechtlich) deliktischem Verhalten aufgeführt werden: Erstens muss der Staat ein bestimmtes Verhalten eindeutig, d.h. nicht widersprüchlich regeln und damit auch eindeutig gerichtlich entscheiden. Zweitens hängt die kodifizierte staatliche Strafbefugnis nicht ausschließlich vom Willen des Verletzten ab, weshalb ein Zivilprozess an strafgerichtliche Feststellungen gebunden werden könnte, nicht aber der Strafprozess an zivilgerichtliche Feststellungen. Wenn aber der strafrechtlichen Beurteilung des Rechtsverhältnisses die entscheidende Verbindlichkeit im Verhältnis sowohl des Täters als auch des Opfers gegenüber dem Staat zukommt – § 190 StGB bezieht sich ebenfalls nur auf das strafrechtliche Urteil – dann kann ein Verletzter nur dann Einfluss auf die verbindliche Regelung (auch) seines

⁹⁸⁶ Meyer-Goßner, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 262 Rn. 2 ff. m.w.N. zur ganz herrschenden Auffassung.

⁹⁸⁷ Was nur bedeuten soll, als dass die Staatsanwaltschaft sehr begrenzt an Erklärungen des Verletzten gebunden sein kann – ein Hinweis auf die Strafantragserfordernisse mag insofern als regelbestätigende Ausnahme ausreichen.

Konflikts nehmen, wenn ihm gerade ein prozessuales Beteiligungsrecht im Strafprozess eingeräumt wird.⁹⁸⁸

ccc. Folgerungen und Zwischenfazit

Das bisher dargelegte ermöglicht nun, erste Folgerungen zu ziehen. Dies betrifft zum einen das Recht des Verletzten auf Feststellung seiner Verletztenstellung (1) und ferner die fehlende Notwendigkeit eines subjektiven Sanktionierungsanspruchs zur Begründung subjektiver Beteiligungsrechte am Strafverfahren (2). Dabei zeigt sich, dass sich dieses Feststellungsrecht des Verletzten durchaus in die prozessuale Gesamtsystematik einfügen lässt (3).

(1) *Prozessuales Feststellungsrecht des Verletzten*

Nicht nur die Geltung der Grundrechte des Beschuldigten wird durch ein strafrechtliches Verfahren selbst gestaltet, sondern maßgeblich auch diejenigen des Verletzten. Dabei bezieht sich diese Feststellung nicht zuvorderst auf das Offensichtliche, dass nämlich sowohl Beschuldigte als auch Verletzte durch ihre prozessualen Mitwirkungspflichten in ihren Grundrechten betroffen sind, sondern vor allem auf die gestalterische Wirkung eines rechtskräftigen Strafurteils – sei es nun verurteilend oder freisprechend. Unabhängig davon, wie ein Strafurteil konkret ergeht, wird allein durch das Strafurteil das Rechtsverhältnis von Angeklagtem und Verletztem selbst modifiziert. Erneut ist dies für den Angeklagten wenig überraschend: Durch die rechtskräftige Verurteilung steht letztverbindlich fest, dass sein Verhalten verboten war, und schränkt hierdurch die rechtliche Freiheit des nunmehr Verurteilten ein. Für den Verletzten birgt diese Feststellung allerdings eine gewisse Sprengkraft in sich: Hat eine verletzte Person *keine* andere Möglichkeit, als durch strafrechtliche Verurteilung des Täters letztverbindlich feststellen zu lassen, dass keine Duldungspflicht gegenüber dem Täter bestand, dann müssen sämtliche strafprozessualen Maßnahmen, die *nicht auf eine Verur-*

⁹⁸⁸ Interessant, hier aber nicht entscheidend, ist zudem die Frage, ob vielleicht auch *weil* eine Beteiligungswirkung besteht, das Strafurteil gegenüber dem Verletzten Verbindlichkeit entfalten kann. Wäre dies der Fall, dann müsste möglicherweise § 190 StGB gegenüber dem Verletzten, der *nicht* angehört wurde, dem *keine* Beteiligungsmöglichkeit eingeräumt wurde, teleologisch reduziert werden.

teilung des Täters hinwirken, der potentiell verletzten Person gegenüber gerechtfertigt werden. Dies betrifft zum einen Entscheidungen, die auf einen Freispruch hinauslaufen, zum anderen aber auch *Einstellungsentscheidungen*. Letztere vereiteln das Recht auf Justizgewährleistung der verletzten Person zwar nicht zwingend – eine Wiederaufgreifen des Verfahrens ist prinzipiell möglich – da jedoch ein prinzipieller Anspruch der verletzten Person auf rechtskräftige Verurteilung⁹⁸⁹ des Täters existiert, muss eine Einstellung als „nicht auf eine Verurteilung hinwirkende“ Entscheidung dem potentiellen Verletzten gegenüber als solche gerechtfertigt werden können.

(2) *Kein notwendiges „Recht auf Strafe“*

Der bisher beschrittene Weg, Opferbeteiligungsrechte aus einer verfassungsrechtlichen Sicht zu begründen, kommt dabei ohne Rekurs auf ein „Recht auf Bestrafung“ aus. Wird im gegenwärtigen Diskurs um die Opferrechte insbesondere darum gerungen, ob die *Sanktion* eine legitime Genugtuung des Opfers darstellen kann,⁹⁹⁰ so konnte bisher gezeigt werden, dass es einer solcher Konstruktionen nicht zwingend bedarf.

Der hier beschrittene Ansatz, eine Opferbeteiligungsmöglichkeit aus dem Justizgewährleistungsrecht des Opfers in Bezug auf sein reflexives Abwehrrecht gegen den Staat abzuleiten, kommt ohne empirische Belege aus, ob und inwiefern staatliche Sanktionen tatsächliche Genugtuung bringen. Die sogenannten „personenorientierten expressiven Straftheorien“ zielen mit der Frage nach dem kommunikativen Inhalt der Sanktion auf einen anderen Gegenstand ab. Hierzu verhält sich der vorgeschlagene Ansatz neutral: Weder soll geleugnet werden, dass Genugtuung durch Sanktion als Kommunikationsakt notwendig, förderlich oder schädlich ist, noch soll eine Präferenz oder Ablehnung für retributive Sanktionen ausgesprochen werden. Da das Opfer ein Recht auf Feststellung des Unrechts gegenüber ihm selbst hat, ist die Frage der adäquaten Sanktion auf dieses Unrecht für die Notwendigkeit der Opferbeteiligung jedoch für-sich ohne entscheidenden Belang.

⁹⁸⁹ Verstanden als Schuldspruch, siehe dazu sogleich.

⁹⁹⁰ Etwa Hörnle, JZ 2006, 950 (956); A. Schmidt, in: Grundlagen und Grenzen, S. 175 ff., 185 ff.; Wolff, ZStW 97 (1985), 786 (820 ff.); Günther, FS-Lüderssen 2002, S. 205 ff., S. 218 f.; Hirsch, Censure and sanctions, S. 9 ff.; Hirsch, Fairness, Verbrechen und Strafe, S. 48 ff.

(3) *Übereinstimmung mit dem sonstigen Prozesssystem*

Mit dem „prozessualen Gesamtsystem“ stimmt dieser Ansatz insofern überein, als dass es grundsätzlich unerheblich ist, was ein Kläger mit einer bestimmten Klage bezwecken möchte. Maßgeblich ist allein, ob ihm ein gerichtsgerichteter Rechtsgestaltungsanspruch zusteht.⁹⁹¹ Ein Staat, der keine „berechtigten“ Interessen in dem Sinne kennt, dass nur bestimmte Interessen von vornherein geltend gemacht werden können,⁹⁹² kann sich bereits im Ausgangspunkt schwerlich darauf zurückziehen, nur bestimmten Opfern „berechtigte“ Genugtuungsinteressen (als Folge eines erlittenen Unrechts) zuzuschreiben. Ob ein Schadensersatzverlangen „edel“ ist oder nicht, ist genauso wenig eine Frage der Klagemöglichkeiten, wie im

⁹⁹¹ Dies zeigt gerade, dass es bei Feststellungsklagen ausnahmsweise auf ein solches Interesse ankommen soll. Ausgeschlossen ist hierdurch keinesfalls, dass rechtsmissbräuchliche Klagen zugelassen werden müssen. Hierzu bedarf es aber keines Rückgriffs auf eine ungeschriebene Kategorie des Rechtsschutzinteresses. Der *dolo agit* Einwand schließt nicht deshalb eine Klage aus, weil das „berechtigte Interesse“ an der Klage fehlt, sondern weil ein Stattgeben des Klageantrages dazu führen würde, dass gerade ein rechtswidriger Zustand herbeigeführt würde. Dass aber kein Recht darauf besteht, einen *dann* rechtswidrigen Zustand herbeizuführen, ist selbstverständlich. *Dolo agit qui petit quod statim redditurus est* – Arglistig klagt, wer begehrt, was sofort zurückzugeben ist. Vgl. zu diesem Argument auch *Buchheim*, Actio, Anspruch, subjektives Recht, S. 154.

⁹⁹² Selbst „die Interessenjurisprudenz“ geht nicht davon aus, dass das Recht ein *A priori* des anerkanntwertigen Interesses ist, vgl. *Heck*, AcP 112 (1914), 1 (17). *Petersen*, Wertungsjurisprudenz, S. 6 ff. präferiert daher anstatt des missverständlichen Interessensbegriffs, denjenigen des Wertes und möchte so aufzeigen, dass in einer normhierarchischen Rechtskonzeption Rechtsnormen mit Blick auf vorgegebene und gesetzte „Grundnormen“ (um erneut *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 204 ff./S. 359 ff. zu bemühen) interpretiert werden müssen. Versteht man aber das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen als Grundnorm für einfachrechtlich zu beachtende subjektive Rechte, dann wird die Unvereinbarkeit der Rede eines berechtigten Interesses als Voraussetzung (!) der Prüfung des Selbstbestimmungsrechts, offenbar.

Falle eines Bürgers, der bei der Verfolgung seiner Fortsetzungsfeststellungsklage schlicht „auf seinem Recht beharren“ möchte.⁹⁹³ Andersherum: Der Staat hat das Opfer gegenüber Täterverhalten dergestalt zu schützen, dass es das Täterverhalten verbietet. Stellt der Staat (auch) für das Opfer dann dennoch *nicht* fest, dass ein bestimmtes Verhalten definitiv verboten war, dann muss der Staat dies (auch) dem Opfer gegenüber rechtfertigen. Kann der Staat dies nicht rechtfertigen, dann *muss* der Staat das opferschützende Verbot durch Schuldspruch des Täters rechtskräftig werden lassen. Weil das Opfer ein Recht darauf hatte, dass eine Verletzung verboten war, muss es auch nicht darlegen, dass es ein „berechtigtes“ Rache-, Sühne- oder schlicht Feststellungsinteresse hat. Nimmt man ernst, dass ein Recht auf etwas nur bei dessen Klagbarkeit bestehen kann,⁹⁹⁴ dann begibt man sich in einen Widerspruch, wenn man das Recht auf Klage zur Festsetzung des Rechts von einem *anderen* Recht oder Interesse abhängig macht.⁹⁹⁵ Ist in jeder strafrechtlichen Verurteilung *wenigstens* das feststellende Element der Unrechtsbegehung eingeschlossen, so ist ein *weitergehendes* Interesse des Opfers gerade an der *weitergehenden* Sanktionsverhängung weder erforderlich noch schädlich.

Die Tatsache, dass der Staat mit der darüberhinausgehenden Strafe *mehr* erreichen kann als die Feststellung des Unrechts gegenüber dem Opfer, vermag nichts daran zu ändern, dass das Ziel

⁹⁹³ Das gilt zumindest bei einer tiefgreifenden Grundrechtsbeeinträchtigung. Dass es sich hierbei um eine eher unglückliche Voraussetzung handelt, wurde oben bereits angemerkt, D.I.3.a.

⁹⁹⁴ Diese Annahme ist rechtstheoretisch selbstverständlich angreifbar. Auch letzte gerichtliche Instanzen sind rechtlich gebunden, aber ihre Entscheidungen nicht mehr überprüfbar – ebenso scheinen Normen des Völkerrechts auch dann Rechtsnormen zu sein, wenn ihre Einhaltung nicht durch unabhängige Gerichte festgesetzt werden können. Auf der anderen Seite sind diese Grenzfälle der Normgeltung als Rechtsnormen kein Thema *grundrechtlicher Rechtsbindung*. Art. 1 Abs. 3 GG verbindet insofern unmissverständlich die Bindungswirkung der Grundrechte mit einer prinzipiellen Einklagbarkeit derselben gegenüber der Judikative. Vgl. hierzu auch *Alexy, Recht, Vernunft, Diskurs*, S. 266. Speziell zur Letztverbindlichkeit rechtlicher Normkonkretisierung in diesem Zusammenhang *Buchheim, Rechtstheorie* 45 (2014), 59.

⁹⁹⁵ Abschnitt D.I.3.a.cc.

der Sanktionierung durch den Staat *nur* dadurch bewerkstelligt werden kann, dass *auch* über die Rechte des Opfers entschieden wird. Weil der Staat durch das Sanktionsziel sein *eigenes* Ziel verfolgt, ist es grundsätzlich legitim, dass er auch gegen den Willen des Opfers die Sanktionierung des Täters herbeiführen will und zu diesem Zweck auch das Opfer mit prozessualen Mitwirkungspflichten belegt. Allein, dass das Opfer ein Recht auf Beteiligung am Prozess zur Regelung seiner Rechte hat, schließt nicht aus, dass es in demselben Prozess auch verpflichtet werden kann. Andersherum schließt aber auch die Pflicht des Opfers dessen Rechte nicht aus. Wird in einem Strafprozess notwendig über die Rechte einer an-sich unbeteiligten Person geurteilt, so gebietet schon das Recht auf richterliches Gehör, dass eine Einflussmöglichkeit dieser Person gewährleistet wird.⁹⁹⁶ Im Verwaltungsprozessrecht ist diese Konstellation über die Beiladung⁹⁹⁷ im Zivilprozessrecht über die Streitgenossenschaft⁹⁹⁸ erfasst. Auch wenn die Regelungstechnik jeweils eigenen Gesetzmäßigkeiten unterliegt⁹⁹⁹ und nicht einfach auf das Strafverfahren übertragbar ist, so zeigen diese Institute doch, dass die Teilbeteiligung bei überschneidenden Rechtszielen dem hiesigen Prozesssystem nicht gänzlich fremd ist.

⁹⁹⁶ Grundlegend zum Zusammenhang des rechtlichen Gehörs und richterlicher Entscheidungsbefugnis *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 143 ff.

⁹⁹⁷ § 65 VwGO, zu der diesbezüglichen Beziehung zu Art. 103 Abs. 1 GG vgl. *Bier*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 65 Rn. 4. Wenn man annimmt, dass der Schuldspruch notwendig ein Urteil auch über die Rechtsbeziehung zum Opfer beinhaltet – was § 190 StGB nahelegt – dann handelt es sich um eine mit der notwendigen Beiladung, oder sogar über § 64 VwGO i.V.m. § 62 ZPO auch hier mit der notwendigen Streitgenossenschaft vergleichbare Konstellation.

⁹⁹⁸ Auch hier müsste es sich um einen Fall handeln, der der notwendigen Streitgenossenschaft ähnelt, vgl. hierzu *Schultes*, in: MüKo-ZPO, § 62 Rn. 1.

⁹⁹⁹ Als Beispiel mag die Vertretungsfiktion in § 62 Abs. 1 ZPO dienen. Da der Strafprozess das Institut der Säumnis nicht kennt, muss bei Abwesenheit des Nebenklägers auch nicht die Staatsanwaltschaft als dessen Vertreter fungieren (geschweige denn andersherum).

ee. Notwendigkeit staatsanwaltschaftlicher Klage

Mit Ausnahme der Privatklagedelikte des § 374 StPO besteht für einen Verletzten keine Möglichkeit, eigenständig auf einen Schuldspruch des Täters hinzuwirken. Da andere, von der Staatsanwaltschaft unabhängige prozessuale Vorgehensweisen nicht vorgesehen sind, hat ein Opfer einer Straftat *daneben* keine eigenständige Möglichkeit der richterlichen Feststellung *verantwortlich verursachten* Unrechts gegenüber dem Opfer. *Ohne* die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft kann das verfassungsrechtliche Recht auf Justizgewährleistung in Fällen außerhalb des § 374 StPO nicht zur Geltung gebracht werden. Wurde oben bereits festgestellt, dass das Recht auf Justizgewährleistung dann selbstständig einklagbare Verfahrensrechte voraussetzt, wenn *ohne* Verwirklichung dieser Verfahrensrechte eine gerichtliche Entscheidung in der Sache nicht ergehen kann,¹⁰⁰⁰ dann folgt daraus, dass die Staatsanwaltschaft auch deshalb zur Anklage verpflichtet sein kann, weil *ohne* die Anklage der Staatsanwaltschaft *keine richterliche Entscheidung* ergehen könnte. Zwar ist das Recht auf Justizgewährleistung *gerichtet* auf Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung, weil eine solche gerichtliche Entscheidung aber ohne staatsanwaltschaftliche Anklage nicht möglich ist, strahlt das Recht auf Justizgewährleistung des Verletzten auf das Verfahren der Staatsanwaltschaft aus.¹⁰⁰¹ Dies zeigt, dass auch staatsanwaltschaftliche Entscheidungen, die darauf gerichtet sind, das Verfahren nicht weiter zu betreiben, gerichtlich überprüfbar sein müssen: Besteht ein Recht des Opfers auf Justizgewährleistung durch Strafverfahren, dann ist jede Einstellung des weiteren Verfahrens eine Nichtzuerkennung dieses grundsätzlichen Rechts und muss als solche gerechtfertigt werden. Selbst wenn dadurch die Staatsanwaltschaft nur in Grenzfällen zu einer Anklage verpflichtet sein kann, muss die Reichweite der rechtlichen Bindung im Einzelfall gerichtlich *voll* überprüfbar sein. Auch insoweit kann der Staatsanwaltschaft demnach kein *kontrollfreier* Entscheidungsspielraum zustehen.

¹⁰⁰⁰ D.I.3.b.cc.

¹⁰⁰¹ Allgemein zur Ausstrahlungswirkung des Justizgewährleistungsrechts, Abschnitt C.III.

Durch diese Verbindung von Recht des Verletzten auf Justizgewährleistung mit der einfachgesetzlich vorgegebenen staatsanwaltschaftlichen Klage kann erklärt werden, warum die Staatsanwaltschaft bei fehlendem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung eines Privatklagedelikts ihre Verfolgung gemäß § 376 StPO und nicht gemäß § 153 Abs. 1 StPO einstellen muss.¹⁰⁰² Anders als dies die wohl überwiegende Ansicht annimmt, muss dies aber auch zur Folge haben, dass eine förmlich auf § 153 StPO gestützte Einstellung *nicht* die Erhebung der Privatklage seitens des Verletzten ausschließt.¹⁰⁰³ Hinter der herrschenden Ansicht steht die Vorstellung, dass der Privatkläger ein bereits eingestelltes Verfahren der Staatsanwaltschaft nicht weiterbetreiben kann.¹⁰⁰⁴ Dies ist zwar richtig, aber insofern missverständlich, als dass das Privatklagerecht nicht dem Privatkläger die Befugnis gibt, eine staatsanwaltschaftliche Klage *prokuratorisch* für die Staatsanwaltschaft zu erheben, sondern ein eigenes Klagerecht darstellt. Die staatsanwaltschaftliche Entschließung, § 376 StPO zu folgen und *nicht* Anklage zu erheben, ist gleichbedeutend mit der Entschließung, das richterliche Sanktionierungsverfahren nicht selbst in Gang zu setzen – nichts Anderes ist eine Verfahrenseinstellung. Mit der Befugnis der Staatsanwaltschaft, auch *nicht* auf eine Sanktionierung des prospektiven Täters hinzuwirken, ist gerade wegen der Privatklagebefugnis des Verletzten noch *nichts* über das Feststellungsrecht des Privatklägers ausgesagt. Die Staatsanwaltschaft bringt durch das Absehen von einer Anklage nur zum Ausdruck, dass sie die Voraussetzungen einer Offizialklage nicht gegeben hält. Dass auch im Privatklageverfahren im Falle einer Verurteilung *mehr* ausgesprochen wird als die Schuldfeststellung, ändert an dem auf das Feststellungsrecht des Privatklägers reduzierten notwendigen Justizgewährleistungsrechts nichts.

Wenngleich die Strafrechtsordnung der Staatsanwaltschaft bei allen Nichtprivatklagedelikten das Anklagemonopol zuschreibt und da-

¹⁰⁰² Vgl. SK-StPO, § 153 Rn. 10; *Schöch*, in: AltK-StPO, § 153 Rn. 10.

¹⁰⁰³ So auch *Schöch*, in: AltK-StPO, § 153 Rn. 10 m.w.N. ausdrücklich für den Fall, dass Offizial- und Privatklagedelikte zusammenfallen. Vgl. *dens.* a.a.O. auch zur folgenden Argumentation.

¹⁰⁰⁴ *Hilger*, in: LR-StPO, § 376 Rn. 23 ff.; *Weßlau*, in: SK-StPO, § 153 Rn. 10; *Gercke*, in: HK-StPO, § 153 Rn. 9.

mit die Staatsanwaltschaft in Nichtprivatklagefällen über die Möglichkeit der Sanktionierung eines Täters entscheidet, so zeigen die Privatklagedelikte gerade, dass die Sanktionierungsbefugnis der Gerichte *nicht ausschließlich* von der Offizialklage abhängt. Die auch im übrigen Strafprozess fehlende Bindung des Gerichts an den geäußerten Sanktionierungswillen der Staatsanwaltschaft bringt auch für das Privatklageverfahren hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass das Strafverfahren von einer Trennung der Antragsrechte der Beteiligten und der Sanktionierungsbefugnis ausgeht.¹⁰⁰⁵ Auch der Staatsanwaltschaft steht kein „Recht zur Bestrafung“¹⁰⁰⁶, sondern nur eine (beschränkte) Befugnis zur Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung zu. Versteht man § 376 StPO richtigerweise als Norm, die die Befugnis der Staatsanwaltschaft beschränkt, eine gerichtliche Rechtsgestaltung herbeizuführen, so ist kein triftiger Grund ersichtlich, warum §§ 153, 170 Abs. 2 StPO und ähnliche Normen *anders* verstanden werden sollten – nämlich nicht nur als Befugnisbeschränkungen, sondern als weitergehende Kompetenznormen, über das Recht des Verletzten gegenüber dem Staat auf *gerichtliche* Feststellung eines Rechtsverhältnisses verbindlich zu entscheiden.

Akzeptiert man aber, dass die Staatsanwaltschaft nicht letztverbindlich über das Feststellungsrecht eines Verletzten disponieren darf, dann kann die Form der staatsanwaltschaftlichen Entscheidung einem Verletzten auch nicht das Recht auf gerichtliche Justizgewährleistung nehmen. Damit können § 153 StPO und andere Normen aber auch nicht als Ermächtigungsnormen verstanden werden, die mittels staatsanwaltschaftlicher Rechtsgestaltung einem Verletzten das Recht zur Privatklage nehmen. Ebenfalls deutlich wird aber,

¹⁰⁰⁵ U.a. §§ 206, 264, 385, 397 StPO.

¹⁰⁰⁶ In ganz ähnlicher Weise ist daher auch die gebräuchliche Rede vom „öffentlichen Strafanspruch“ schief: Niemand anderes als das Gericht hat die Befugnis die Sanktionserduldungspflicht auszusprechen. Niemand verletzt eine Pflicht, wenn er ohne das Gerichtsurteil abzuwarten, eine Sanktion *nicht duldet*. Wenn es diese – von der prozessualen Setzungsbefugnis – entkleidete Pflicht aber nicht gibt, dann ist die Rede vom materiellrechtlichen Anspruch nicht nur überflüssig, sondern sinnentstellend. Mit der „öffentlichen Strafklage“ ist alles gesagt.

dass der (scheinbar) pauschale Ausschluss des Klageerzwingungsverfahrens bei vorangegangener Opportunitätseinstellung gemäß § 172 Abs. 2 Satz 3 StPO einer Neubewertung bedarf.¹⁰⁰⁷

ff. Einpassung in das System der Opferrechte

Da Justizgewährleistung nur im Rahmen einer bereits vorhandenen Normstruktur umsetzungsfähig ist, also jenseits methodischer Anknüpfungspunkte¹⁰⁰⁸ im Gesetzesrecht keine Schöpfung unmittelbar aus der Verfassung heraus erfahren kann, andererseits hier aber eine Umsetzung des Rechts auf Justizgewährleistung gerade im Strafverfahren behauptet wird, soll im folgenden Abschnitt skizziert werden, wie sich das Justizgewährleistungsrecht der Verletzten in das strafprozessuale System der Opferbeteiligungsrechte einfügen lässt. Um den Umfang dieser, auf die Staatsanwaltschaft konzentrierten, Arbeit aber nicht zu sprengen, soll es bei einer schlaglichtartigen Exemplifizierung wichtiger Opferrechtsinstitute sein Bewenden haben. Behandelt werden die Privatklage (aaa), die Nebenklage (bbb), das Klageerzwingungsverfahren (ccc) und das Recht zur Akteneinsicht (ddd). Zum Schluss soll versucht werden aufzuzeigen, dass das Feststellungsrecht Verletzter auch für weitere Abwägungsentscheidungen im Strafprozess klarstellend wirken könnte (eee).

aaa. Privatklage

Liegt eine Anklage einer Katalogtat des § 374 StPO durch die Staatsanwaltschaft nicht im öffentlichen Interesse, so stellt die Staatsanwaltschaft das Strafverfahren nach § 376 StPO ein und verweist den Berechtigten auf den Privatklageweg. Auf diesem kann ein Verletzter selbst die Strafklage erheben und damit Schuldspruch *und* Sanktion durch das angerufene Gericht herbeiführen. Dass das Gericht verpflichtet ist, bei einem erfolgten Schuldspruch in der Regel auch eine Sanktion auszusprechen, bedeutet nicht notwendig, dass an der Art und Weise der Sanktion von Seiten des Privatklägers auch ein Recht besteht. Andersherum ist aber auch hier ein subjektives Recht auf rechtskräftigen Schuldspruch nicht dadurch ausgeschlos-

¹⁰⁰⁷ Dazu sogleich unter D.II.3.cc.ccc.

¹⁰⁰⁸ Dies schließt Analogienbildungen im Prozessrecht gerade *nicht* aus.

sen, dass das Gericht zusätzlich zum Schuldspruch noch eine Sanktion aussprechen kann. Dies ist letztlich die notwendige Konsequenz daraus, dass die Gesetzessystematik den Schutz auch subjektiver Rechte von konkreten Verletzten, mit einer i.d.R. zwingenden öffentlichen Reaktion verknüpft. Insofern gleicht das Privatklageverfahren demjenigen des (allein durch die Staatsanwaltschaft einleitbaren) öffentlichen Anklageprozesses.

Eine strukturelle Besonderheit ergibt sich für das Privatklageverfahren hingegen aus § 383 Abs. 2 StPO. Danach kann das Gericht die Eröffnung des Privatklageverfahrens *ohne Zustimmung des Privatklägers* ablehnen (oder später noch einstellen), wenn die Schuld des Täters gering ist. Auf das – in § 153 Abs. 1 StPO – aufgegriffene öffentliche Interesse kommt es bei dieser Einstellungsentscheidung nicht (mehr) an, weil die Staatsanwaltschaft dieses notwendig zuvor bereits abgelehnt haben muss.¹⁰⁰⁹ Ein hier einfachgesetzlich konkretisierter Anspruch auf Justizgewährleistung des Privatklägers gerade im Privatklageverfahren wäre allerdings ausgeschlossen, wenn das Gericht in seiner Entscheidung über das „Schuldmaß“ gänzlich frei wäre – worauf das fehlende Zustimmungserfordernis durch den Privatkläger hindeuten könnte: Wäre das Gericht in seiner Beurteilung der „geringen Schuld“ nicht rechtlich gebunden, dann könnte von einem „Recht auf gerichtliche Sachentscheidung“ nicht die Rede sein. Dass dies nicht gemeint sein kann, zeigt aber bereits die Beschwerdebefugnis gegen die abgelehnte Eröffnungsentscheidung gemäß § 383 Abs. 2 Satz 3 StPO. Erklärt § 383 Abs. 2 Satz 3 StPO den Einstellungsbeschluss für kontrollierbar, muss notwendig davon ausgegangen werden, dass es eine rechtliche Bindung des einstellenden Gerichts gibt, die auch kontrollierbar ist. Es entspricht dem üblichen Verständnis von Rechtsmitteln auch gegen richterliche Entscheidungen, dass diese Rechtsmittel nicht durch eine restriktive Kontrollinterpretation seitens des Rechtsmittelgerichts *de facto* leerlaufen dürfen.¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁹ Meyer-Goßner, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 383 Rn. 13.

¹⁰¹⁰ Vgl. u.a. BVerfGE 35, 382 (401 f.); BVerfGE 65, 1 (70); BVerfGE 77, 275 (284); BVerfGE 84, 34 (49); BVerfGE 93, 1 (13); BVerfGE 101, 106 (122); BVerfGE 118, 168 (207).

Die herrschende Auffassung geht dabei davon aus, dass eine Schuld gering sei, wenn sie im Vergleich zu anderen Taten wesentlich unter dem Durchschnitt liege und verweist damit auf einen inhaltlichen Gleichlauf mit dem Verständnis des Begriffs in § 153 StPO.¹⁰¹¹ Damit soll sich der Schuldbegriff an denjenigen des § 46 StGB anlehnen und bezogen sein auf die sog. Strafzumessungsschuld.¹⁰¹² Diese Lesart setzt die Fortführung des Prozesses in ein Verhältnis zu der später zu erwarteten Sanktion. Dann, wenn die Strafe wegen der geringen Schuld verhältnismäßig gering ausfallen würde, dann müsse das Verfahren eingestellt werden können.¹⁰¹³ Schief erscheint dieser Ansatz nicht etwa deshalb, weil Schuld und Strafe unterschiedliche Kategorien strafprozessualer Rechtssetzung darstellen – § 46 StGB verklammert diese Kategorien gerade untrennbar miteinander. Schief erscheint der Ansatz deshalb, weil die Durchführung eines Prozesses allein daran gemessen wird, wie das potentielle Prozessergebnis sich im Vergleich zu anderen Verfahren und Vorwürfen zeigt, und nicht berücksichtigt, wie aufwändig oder einfach ein Prozess im vorliegenden Fall ablaufen könnte. Nimmt man aber ernst, dass eine Rechtsverletzung des Opfers durch gerichtlichen Urteilsspruch erst von der Rechtsordnung als solche anerkannt wird, dann lassen sich die Rechte des Beschuldigten besser und direkter ins Verhältnis zu den Rechten des Verletzten setzen, die durch die potentielle Tat des Beschuldigten missachtet wurden. So könnte man das gerichtliche Entscheidungsrecht des Verletzten mit den notwendigen Belastungen des Beschuldigten abwägen, ohne dass das Klagerecht des Verletzten davon abhinge, wie die Schuld anderer Täter in ähnlichen Fällen gelagert wäre.¹⁰¹⁴ Ein Widerspruch zu der herrschenden Auffassung und der von ihr zurecht

¹⁰¹¹ Meyer-Goßner, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 383 Rn. 13; Schwätzler, in: AnwKO-StPO, § 383 Rn. 7; Rössner, in: AltK-StPO, § 383 Rn. 14; Stöckel, in: KMR-StPO, § 383 Rn. 20.

¹⁰¹² Weßlau, in: SK-StPO, § 153 Rn. 17; Beulke, in: LR-StPO, § 153 Rn. 21 und 24.

¹⁰¹³ Vgl. Weßlau, in: SK-StPO, § 153 Rn. 16.

¹⁰¹⁴ Dass die Rechtsprechung diesem Verhältnis von Schuldmaß und Eingriff durch den Prozess selbst nicht abgeneigt ist, kann man an der Berücksichtigung der „überlangen Verfahrensdauer“ bei Einstellungsentscheidungen erkennen. Vgl. BGH NStZ 1999, 181 (181 f.); BGH, Beschluss vom 30. Mai 2006 – 3 StR 65/06 –, Rn. 3, juris;

hervorgehobenen Bedeutung des Sanktionsbedürfnisses, ergibt sich so nicht. § 46 StGB setzt als *den* maßgeblichen Strafzumessungsfaktor die Schuld des Täters, die im Fall von Individualschutzdelikten eine Schuld gegenüber dem Opfer darstellt. Würde aber die Schuld des Täters (für sich genommen) die Durchführung des Prozesses nicht rechtfertigen und stellt die Schuld des Täters die zulässige Obergrenze für die Strafzumessung dar, dann ist es begrifflich ausgeschlossen, dass eine zu erwartende Sanktion die Durchführung eines Prozesses zu rechtfertigen vermag.

Das Recht auf Justizgewährleistung ist zunächst nur ein Recht auf richterliche Sachprüfung und *kein* Recht auf eine bestimmte Entscheidung. Es verdichtet sich zu einem definitiven Recht auf gerichtliche Sachentscheidung erst dann, wenn der Sachverhalt „entscheidungsreif“ ist. Dies ist *vor Durchführung* eines gerichtlichen Schuldfeststellungsverfahrens *nie* der Fall, weshalb § 383 Abs. 2 StPO auch nicht die bereits festgestellte Schuld des Beschuldigten aufgreifen kann.¹⁰¹⁵ Um die Schuld des Täters feststellen zu dürfen, verpflichtet die StPO – als Ausgestaltung des Vorbehalts des Gesetzes gegenüber dem Beschuldigten – das Gericht zu einer förmlichen Beweisaufnahme, die ihrerseits mit Grundrechtseingriffen für den Beschuldigten und Dritte verbunden ist: So ist der Beschuldigte zur Anwesenheit verpflichtet und muss die Preisgabe personenbezogener Informationen dulden, Dritte werden als Zeugen und Sachverständige verpflichtet und auch bei ihnen droht die Preisgabe persönlicher Informationen. *Ohne* derartige Grundrechtseingriffe lässt die StPO nur im Falle eines Strafbefehlsverfahrens gerichtliche Entscheidungen zu (und dort auch nur mit beschränkter Rechtskraftwirkung).¹⁰¹⁶ Setzt jede gerichtliche Entscheidung im Strafverfahren aber grundsätzlich Grundrechtseingriffe im Zusammenhang mit dem förmlichen

BVerfG, Urteil vom 24. November 1983 – 2 BvR 121/83 –, Rn. 8, juris. Eine Einstellung bei überlangen Verfahren erklärt sich nicht lediglich mit Blick auf die Schuld anderer Täter.

¹⁰¹⁵ Stellvertretend, *Hilger*, in: LR-StPO, § 383 Rn. 22 m.w.N.

¹⁰¹⁶ Was freilich als Indiz dafür gelten kann, dass das Strafbefehlsverfahren gerade Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips gegenüber dem Angeschuldigten ist, vgl. hierzu pointiert *Freund*, GA 1995, 4 (18).

Aufklärungsverfahren voraus, so kann dieser Konflikt nutzbar gemacht werden, um das Recht auf richterliche Entscheidung überhaupt relational erfassen zu können:

Ein Privatkläger hat ein Recht auf gerichtliche Feststellung, dass er nicht zur Duldung eines bestimmten Verhaltens verpflichtet war. Dieses Recht kann nur dann festgestellt werden, wenn das Gericht zur Aufklärung des Sachverhalts in Grundrechte Dritter eingreift. Betrachtet man die notwendige Verknüpfung des „Rechts auf gerichtliche Entscheidung“ mit der Notwendigkeit ein förmliches Verfahren durchzuführen, so wird auch deutlich, dass ein solch förmliches Verfahren spätestens dann nicht mehr gerechtfertigt werden kann, wenn die Eingriffe des Aufklärungsverfahrens gravierender ausfallen, als die mögliche Duldungspflicht des Privatklägers.

Der Begriff der „geringen Schuld“ scheint so überhaupt erst fassbar zu werden. „Gering“ ist nicht die absolute Schuld des Täters im Vergleich zu anderen Tätern – möglicherweise ist die Durchführung des Privatklageverfahrens aber mit Grundrechtseingriffen gegenüber dem Beschuldigten und Dritten verbunden, die es in der Summe unverhältnismäßig erscheinen lassen, das Privatklageverfahren durchzuführen. Nicht die Schuld überhaupt, sondern die Schuld, die mit den verfügbaren Beweisen nachgewiesen werden könnte, kann im Einzelfall hinter demjenigen zurückstehen müssen, das notwendig wäre, um den Schuldvorwurf zu bestätigen. Um ein Beleidigungsdelikt zu bestätigen, kann es unverhältnismäßig sein, einen Zeugen zu einer zwölfstündigen Zugreise zu verpflichten; es kann aber verhältnismäßig sein, einen Zeugen zum Zwecke der Aufklärung desselben Beleidigungsvorwurfs dazu zu verpflichten, für eine Stunde seine Arbeitsstelle zu verlassen.

Das Recht auf Justizgewährleistung zwingt dazu, dass man dabei nicht nur eine Relation zu einem mehr oder weniger vagen „Privatklageinteresse“ formuliert, sondern Grundrechtseingriffe in Relation zu der Tatsache setzt, dass man eine potentiell begangene Rechtsverletzung nicht rechtsverbindlich feststellt. Es kann gerechtfertigt sein, einem Privatkläger sein Recht auf Feststellung, dass er körperlich misshandelt wurde, nicht einzuräumen, weil das Verfahren in der Summe Eingriffe erfordern würde, die die Geltung der körperlichen

Unversehrtheit im Einzelfall überwiegen würde.¹⁰¹⁷ Das Recht auf Justizgewährleistung ermöglicht dabei, konkrete Rechte der Betroffenen in die Abwägung einzubeziehen: So besteht grundsätzlich ein Recht darauf, dass eine begangene Körperverletzung als personenbezogene Tatsache gegenüber der Rechtsordnung durch Richterspruch *zur Geltung kommt*, dieses Recht kann aber nicht bestehen, wenn die erforderlichen Tatsachen prozessual allein deshalb nicht aufgeklärt werden können, weil das Gericht hierfür *definitiv* in Rechte anderer eingreifen müsste, um sich von dem fraglichen Sachverhalt zu überzeugen.¹⁰¹⁸ So deutet sich bereits hier an, dass die prozessuale Gegenüberstellung von Rechten, die durch Richterspruch *gesetzt* werden und solchen Rechten, die im Zuge dieses Rechtssetzungsprozesses notwendig beeinträchtigt werden, präzisere Abwägungsdirektiven im Strafprozessrecht ermöglichen könnten. Auf diesen Punkt wird sogleich gesondert einzugehen sein.¹⁰¹⁹

Die Einstellungsermächtigung des § 383 Abs. 2 Satz 3 StPO kann also im Lichte der Justizgewährleistung durchaus kontrollextensiv verstanden werden und steht einem entsprechenden Verständnis eines (auch) opferbezogenen Aufklärungsverfahrens im Zusammenhang mit der Privatklage nicht entgegen.

bbb. Nebenklage

Im Recht der Nebenklage fällt zunächst § 400 StPO und die damit verbundene Rechtsmittelbeschränkung des Nebenklägers auf.

¹⁰¹⁷ Ein weiteres mag sich aufdrängen: Durch diese relationale Betrachtung der prozessualen Feststellungsmöglichkeiten und damit verbundener Eingriffsvoraussetzungen, könnten auch eine Antwort auf die notwendige „Bagatelluntergrenze“ im Strafrecht erleichtern. Erst in der prozessualen Verquickung zeigt sich materiell Unverhältnismäßiges, wenn materielles Recht nur prozessual gesetzt werden kann. Vgl. hierzu bereits *Erb*, Legalität und Opportunität, S. 193 ff. Das *Bundesverfassungsgericht* bezeichnet dies als „prozessuale Lösung“, vgl. BVerfG, Beschluss vom 09. März 1994 – 2 BvL 43/92 = BVerfGE 90, 145 –, Rn. 169, juris und deutet so (zumindest im Ergebnis) richtig darauf, dass eine materielle Unverhältnismäßigkeit sich erst durch konkrete „prozessuale“ Rechtssetzung wirklich zeigen kann.

¹⁰¹⁸ Die genauen Folgen der Abwägungsrelation werden unter D.II.3.c.cc.eee dargestellt.

¹⁰¹⁹ Sogleich in Abschnitt D.II.3.c.ff.eee.

Würde man eine grundrechtliche Verpflichtung des Staates zur *Bestrafung* annehmen wollen, so wäre der dezidierte Ausschluss der Anfechtbarkeit des Strafausspruches problematisch.¹⁰²⁰ Beschränkt man das Recht des Nebenklägers darauf, dass verbindlich festgestellt wird, dass ein bestimmtes Täterverhalten eine bestehende Schutznorm verletzt hat, so wird dieser partielle Rechtsmittelausschluss hingegen plausibel.

Problematischer erscheint demgegenüber die tendenziell restriktive Zulassung von Nebenklägern gemäß § 395 Abs. 3 StPO.¹⁰²¹ Handelt es sich nicht um gemäß § 395 Abs. 1 StPO privilegierte Deliktsgegenstände, so muss ein Nebenkläger „besondere Gründe, insbesondere wegen der schweren Folgen der Tat“, aufzeigen, so dass eine Zulassung „zur Wahrnehmung seiner Interessen geboten erscheint“.¹⁰²² In Anbetracht dessen, dass ein potentiell Verletzter bei *jeder* Rechtsverletzung ein grundsätzliches Recht zur gerichtlichen Prüfung hat, setzt dies voraus, dass grundsätzlich auch jeder Verletzte ein Recht darauf haben muss, Einfluss auf das Verfahren nehmen zu können. Man wird § 395 Abs. 3 StPO daher großzügig auslegen müssen und eine Nebenklage stets zulassen müssen, *wenn ein gestalterischer Einfluss des Nebenklägers auf das Verfahren denkbar erscheint*: Ist Sinn der Verfahrensbeteiligung eines Verletzten, durch das Institut der Nebenklage, Einflussmöglichkeiten des Verletzten auf das Verfahren zu schaffen, dann kann eine Nebenklagezulassung nur dann sinnvoll abzulehnen sein, wenn solche

¹⁰²⁰ Die Regelung folgt insofern den Vorschlägen von *Weigend*, ZStW 96 (1984), (791); *Rieß*, Rechtsstellung des Verletzten, C. 115 ff. Woraus bereits *Schöch*, NSZ 1984, 385 (388) ein „Feststellungsinteresse“ des Verletzten ableitete.

¹⁰²¹ Für die herrschende Meinung im Zusammenhang mit dem geforderten „gesteigerten Genugtuungsinteresse“, vgl. *Velten*, in: SK-StPO [4], § 395 Rn. 24; *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 395 Rn. 10 f. Die Rechtsprechung spricht von einer „gesteigerten Schutzbedürftigkeit“ durch die Nebenklage, vgl. *BGH*, NJW 2012, 260 (2602) ohne jedoch zu explizieren, wie und was die Nebenklage überhaupt schützen könnte. Weitere Hinweise zum Streit um die Legitimation des § 395 Abs. 3 StPO finden sich bei *Schöch*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, § 395 Rn. 8.

¹⁰²² Vgl. zur „Zwei-Klassen-Regelung“ der Nebenklage auch den kritischen Beitrag von *Weigend*, RW 2010, 39 (56).

Einflussmöglichkeiten nicht ersichtlich sind und es daher allein bei den Informationsrechten gemäß § 406 d StPO verbleiben kann. Wird im Strafprozess *auch* verbindlich über die Rechtsstellung des Opfers mitentschieden, dann dienen die Beteiligungsmöglichkeiten der Verletzten am Verfahren der Anhörungsgewähr des Art. 103 Abs. 1 GG. Trotz des augenscheinlich gesetzlich gewollten Bezugs der „Interessen“ des Nebenklägers mit „der Folgeschwere der Tat“ sollte die Nebenklagemöglichkeit eher mit Bezug auf die prozessuale Gestaltungsmacht des Verletzten interpretiert werden – dies zumal die „Schwere der Folgen“ der Tat typischerweise das *Maß*, nicht das *Ob* der Schuld des Täters betreffen und daher vor allem strafzumessungsrelevant sind. Würde es aber tatsächlich auf ein (strafprozessual als subjektives Recht)¹⁰²³ anerkanntes Interesse des Verletzten an der Art und Weise der Strafe ankommen, so wäre die unmissverständliche Regelung des § 400 Abs. 1 StPO widersinnig. Aufgelöst werden kann dieser scheinbare Widerspruch nicht indem entgegen des Wortlautes des § 400 Abs. 1 StPO dem Rechtsmittelgericht auch auf Antrag des Nebenklägers die Befugnis zugeschrieben wird, die verhängte Sanktion isoliert zu prüfen. Möglich ist hingegen, dass die eindeutige Wertung des § 400 Abs. 1 StPO auf die Interpretation des § 395 Abs. 3 StPO dergestalt ausstrahlt, als dass man hier das Genugtuungsinteresse *ausschließlich* als Beteiligungsnotwendigkeit des Verletzten am gerichtlichen Aufklärungsprozess versteht.

Die formalen Beteiligungshürden der Nebenklagezulassung stehen einer Umsetzung eines Rechts auf Justizgewährleistung des Verletzten nur dann im Wege, wenn man sie restriktiv anwendet. Da die Nebenklagenormen hinreichend Interpretations- und Anwendungsspielraum zulassen, kann das Recht auf Justizgewährleistung eines Verletzten über das begleitende Effektivitätsgebot in eine zulassungsfreundliche richterliche Rechtsfortbildung hineinwirken,

¹⁰²³ Der Punkt ist also nicht, dass ein Interesse von Verletzten an einer möglichst hohen Bestrafung nicht bestehen kann und damit das „Maß der Strafe“ den faktischen Interessen mancher Verletzter entspricht. Dies wird fraglos gelegentlich der Fall sein. Der Punkt ist vielmehr, dass durch den Ausschluss der gerichtlichen Kontrollmöglichkeit Verletzten keine rechtliche Durchsetzungsmacht dieses Interesses an die Hand gegeben wurde.

ohne dass dies auf unüberwindbare methodische Legitimationshürden stoßen würde.

ccc. Klageerzwingung

Zunächst erscheint das Klageerzwingungsverfahren als unproblematische Umsetzung eines subjektiven Rechts des Verletzten auf Justizgewährleistung durch und im Strafverfahren: In Anbetracht dessen, dass ein Verletzter ohne Anklage der Staatsanwaltschaft grundsätzlich kein rechtskräftiges Urteil erlangen kann, ist es nur folgerichtig, dass für Fälle einer Einstellung des staatsanwaltschaftlichen Verfahrens eine prozessuale Erzwingungsmöglichkeit einer solchen Anklage vorgesehen ist. Dieses Bild verfestigt sich, wenn man § 172 Abs. 2 Satz 3 StPO und den darin enthaltenen Ausschluss des Klageerzwingungsverfahrens im Falle einer Privatklagemöglichkeit betrachtet. Hat ein Verletzter jenseits einer staatsanwaltschaftlichen Anklage die Möglichkeit auf ein gerichtliches Urteil hinzuwirken, dann ist eine subjektivrechtliche Erzwingung einer Anklage gerade *nicht* notwendig.

Schwierigkeiten – und daher bisweilen als Beleg dafür herangezogen, dass es sich beim Klageerzwingungsverfahren um ein objektives Kontrollverfahren handele¹⁰²⁴ – bereitet hingegen die Einordnung des Ausschlusses des Klageerzwingungsausschlusses im Falle einer sogenannten „Opportunitätseinstellung“, ebenfalls geregelt in § 172 Abs. 2 Satz 3 StPO. Der Wortlaut der Regelung lautet im Ganzen:

Der Antrag [auf Klageerzwingung] ist nicht zulässig, wenn das Verfahren ausschließlich eine Straftat zum Gegenstand hat, die vom Verletzten im Wege der Privatklage verfolgt werden kann, oder wenn die Staatsanwaltschaft nach § 153 Abs. 1, § 153a Abs. 1 Satz 1, 7 oder § 153b Abs. 1 von der Verfolgung der Tat abgesehen hat; dasselbe gilt in den Fällen der §§ 153c bis 154 Abs. 1 sowie der §§ 154b und 154c.

Könnte man den Passus ausschließlich so verstehen, dass allein die Bezeichnung einer Verfahrenseinstellung als „Einstellung gemäß § 153 Abs. 1 StPO“ dazu führen würde, dass jeder Kontrollantrag ausgeschlossen wäre, so ließe sich der Anspruch des Verletz-

¹⁰²⁴ Vgl. Köbel, in: MüKo-StPO, § 172 Rn. 29; Graalman-Scheerer, in: LR-StPO, § 172 Rn. 22.

ten auf Justizgewährleistung gerade durch das Strafverfahren in diesen Fällen tatsächlich nicht erklären. Gleichwohl scheint man sich einig zu sein, dass ein derart striktes Verständnis gesetzlich nicht vorgesehen sein soll, da andernfalls auch „willkürliche“ Einstellungen gemäß §§ 153 ff. StPO über den Ausschluss des Klageerzwingungsverfahrens *de facto* legalisiert würden.¹⁰²⁵ Hierzu wurde bereits gezeigt, dass „Willkür“ aber nur dann zu einer Rechtsverletzung führen kann, wenn eine grundsätzliche subjektive Rechtsposition bereits besteht. Willkür an-sich begründet keine Rechte, sie schließt nur die Rechtfertigung einer Rechtsbeeinträchtigung aus.¹⁰²⁶ Die Tatsache allerdings, dass allein die äußere Bezeichnung einer staatlichen Entscheidung keine *ausreichende* Qualifikation einer Entscheidung als solche darstellt, ist dabei ein allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz – von dem auch im Fall des § 172 Abs. 2 Satz 3 StPO nicht abgewichen werden muss.¹⁰²⁷ Hält man daran fest und beschränkt den Zugang zur gerichtlichen Kontrolle folgerichtig *nicht* auf „offensichtliche“ oder eben „willkürliche“ Fälle, dann müsste man die Konsequenz ziehen, dass die *Durchführung* des Klageerzwingungsverfahrens nur dann ausgeschlossen wäre, wenn die Staatsanwaltschaft *zu Recht* eine Verfahrenseinstellung auf die §§ 153 ff. Abs. 1 StPO gestützt hat.¹⁰²⁸ Dies würde freilich dazu führen, dass § 172 Abs. 2 Satz 3 StPO effektiv besagen würde, dass ein Klageerzwingungsverfahren unzulässig wäre, wenn es unbegründet wäre – da das Gericht die Rechtmäßigkeit der Einstellung gemäß §§ 153 ff. StPO *inhaltlich* prüfen müsste, um über die „Zulässigkeit“ des Antrags befinden zu können. „Zulässigkeit“

¹⁰²⁵ B. Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 172 Rn. 3; Wohlers, in: SK-StPO, § 172 Rn. 38; Kölbl, in: MüKo-StPO, § 172 Rn. 30.

¹⁰²⁶ Vgl. oben D. I.3.bb.

¹⁰²⁷ Treffend MüKo-StPO, § 172 Rn. 30: „Die StA [kann] ihre Einstellungsentscheidung nicht schon dadurch gegenüber der Klageerzwingung immunisieren, dass sie sich hierbei – unabhängig vom Vorliegen der gesetzlichen Grundbedingungen für das jeweilige Opportunitätshandeln – formal auf eine der in Abs. 2 S. 3 genannten Rechtsgrundlagen stützt.“

¹⁰²⁸ Das ist die eigentliche Pointe von Bohnert, Abschlußentscheidung, S. 351 f.: Für die Interpretation des § 172 Abs. 2 Satz 3 StPO ist entscheidend, ob man ein subjektives Opferrecht anerkennt (dann gerichtliche Kontrolle auch der sog. Opportunitätsabwägungen der Staatsanwaltschaft) oder nicht.

im Sinne des § 172 Abs. 2 Satz 3 StPO wäre dann tatsächlich als „Begründetheit“ zu verstehen. Dieses Ergebnis wäre zwar nicht schlichtweg untragbar – auch an anderer Stelle versteht die herrschende Ansicht „zulässig“ als untechnische Bezeichnung für „erfolgreich“ (vgl. etwa §§ 4, 5 KSchG)¹⁰²⁹ – aber in Anbetracht des Regelungszusammenhangs mit dem Ausschluss der Klageerzwingung hinsichtlich des Privatklageverfahrens systematisch nicht konsistent. Dies zumal dann der Aussagegehalt des § 172 Abs. 2 Satz 3 StPO wäre, dass ein Klageerzwingungsverfahren unbegründet ist, wenn die Staatsanwaltschaft zurecht eingestellt hat – dies wäre aber keine *Regelung*, nicht einmal *Klarstellung*, sondern eine schlichte Redundanz.

Ein sinnvoller Aussagegehalt ist der Regelung hierdurch jedoch nicht zwingend abgesprochen. Insbesondere könnte die Regelung einen *klarstellenden* Charakter aufweisen. Hierzu müsste man § 172 Abs. 2 Satz 3 StPO als Hinweis darauf verstehen, dass ein Verletzter sich im Klageerzwingungsverfahren nicht auf eine fälschliche Bewertung öffentlicher Belange durch die Staatsanwaltschaft berufen könnte. Danach wäre ein Klageerzwingungsverfahren grundsätzlich unabhängig davon statthaft, *welche Bezeichnung* eine Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft trägt, ein solcher Antrag wäre aber *unzulässig*, wenn Verletzte rügen würden, dass die Staatsanwaltschaft etwa generalpräventive Gesichtspunkte nicht richtig beachtet und bewertet hätte. Entgegen der herrschenden Auffassung käme § 172 Abs. 2 Satz 3 StPO danach nicht primär die Funktion zu, ein bestehendes „objektives“ Klageerzwingungsrecht zu beschränken, sondern zu verdeutlichen, dass einem Verletzten einer Straftat *auch* hinsichtlich eines Individualschutzdelikts nicht die Kompetenz eingeräumt wird, die Einhaltung öffentlicher Interessen durch die Staatsanwaltschaft gerichtlich kontrollieren zu können. § 172 Abs. 2 Satz 3 StPO bringt zum Ausdruck, dass es sich bei dem Klageerzwingungsrecht *nicht* um ein prokuratorisches Recht „zum Schutze des Legalitätsprinzips“ handelt, sondern Ausdruck der auf subjektive Rechtspositionen beschränkten Justizgewährleistungsfunktion ist. Das Klageerzwingungsrecht wäre danach kein objektives Kontrollrecht mit subjektiver Initiationsfunktion, sondern ein

¹⁰²⁹ Hergenröder, MüKo-BGB, § 4 KSchG Rn. 47; BAG AP KSchG § 6 Nr. 1; AP KSchG § 1 Nr. 6 – „Prozesserklärung mit materiellrechtlicher Wirkung“.

Beispiel subjektivrechtlicher Durchsetzungstechnik *par excellence*. Dies sei verdeutlicht:

Ausgangspunkt der Überlegungen ist das Verhältnis von §§ 376, 383 Abs. 2 StPO zu § 153 Abs. 1 StPO. Zwingt § 376 StPO die Staatsanwaltschaft dazu, dass im Anwendungsbereich der Privatklage eine Anklage durch die Staatsanwaltschaft nur dann erfolgen darf, wenn ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht, so ist die Frage, ob die Staatsanwaltschaft in solchen Fällen das Verfahren einstellt oder nicht, *äußerlich* unabhängig von der Frage, ob und wie gravierend sich die Schuld des Täters gegenüber dem Verletzten präsentiert.¹⁰³⁰ Verneint die *Staatsanwaltschaft* das öffentliche Verfolgungsinteresse, so muss *das Gericht* auch bei wirksam erhobener Privatklage nicht zwingend zu einem Urteil kommen – § 383 StPO ermächtigt in Abs. 2 das Gericht bei geringer Schuld das Verfahren einzustellen.¹⁰³¹ Liest man beide Normen zusammen, so zeigt sich, dass bei fehlendem öffentlichen Interesse *und* geringer Schuld auch ein Privatklageverfahren eingestellt werden kann. In kumulativer Entscheidungskonsequenz gegenüber einem Verletzten unterscheidet sich §§ 376, 383 StPO daher kaum von § 153 StPO – mit der kompetentiellen Ausnahme, dass im Fall des § 383 StPO das Gericht letztlich über die „geringe Schuld“ befindet. Zur Erinnerung der Wortlaut des § 153 Abs. 1 StPO:

*Hat das Verfahren ein Vergehen zum Gegenstand, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts von der Verfolgung absehen, wenn **die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht**. Der Zustimmung des Gerichtes bedarf es nicht bei einem Vergehen, das nicht mit einer im Mindestmaß erhöhten Strafe bedroht ist und bei dem die durch die Tat verursachten Folgen gering sind.*

Neben der Tatsache, dass eine Einstellung mit Verweis auf den Privatklageweg gemäß § 376 StPO nur im Falle des abschließenden Katalogs des § 374 StPO in Betracht kommt, unterscheiden sich die

¹⁰³⁰ Ob das öffentliche Interesse auch oder maßgeblich durch den Umfang der Schuld determiniert wird, ist dabei für die folgende Argumentation nicht entscheidend.

¹⁰³¹ Hierzu bereits Abschnitt D.II.3.c.ff.aaa.

beiden Einstellungskonstellationen also danach, dass im Anwendungsbereich der Privatklagedelikte ein *Gericht* darüber entscheidet, ob die (potentielle) Schuld des Täters zu gering wäre,¹⁰³² um diesem gegenüber die Durchführung eines Verfahrens zu rechtfertigen; im Falle des § 153 Abs. 1 StPO entscheidet dies zunächst die Staatsanwaltschaft.

Fest steht, dass, wenn die Schuld des Täters *nicht* hinreichend gering wäre, *weder* im Bereich der Privatklagedelikte noch im Anwendungsbereich der §§ 153 ff. StPO eine Verfahrenseinstellung vorgenommen werden dürfte.¹⁰³³ Berücksichtigt man schließlich, dass sowohl im Falle der Privatklage *als auch* im Falle der gerichtlichen Zustimmungsbedürftigkeit zu Einstellungen gemäß §§ 153 ff. Abs. 1 StPO bezüglich jener Delikte, die im Mindestmaß erhöhte Freiheitsstrafen vorsehen, eine *gerichtliche* Schuldbeurteilung¹⁰³⁴ vorgesehen ist, so zeigt sich, dass das herrschende Verständnis des § 172 Abs. 2 Satz 3 StPO eine nicht erklärbare gerichtliche Prüflücke erzeugt: Würde man tatsächlich annehmen, dass der gesamte Bereich der Opportunitätseinstellungen *per se* von der antragsabhängigen Kontrolle im Wege des Klageerzwingungsverfahrens ausgenommen wäre, so wäre im untersten Bereich der individualschützenden Bagatelldelikte (Privatklage) eine *gerichtliche* Schuldprüfung vorgesehen (§ 383 Abs. 2 StPO), im oberen Bereich der Bagatelldelikte ebenfalls (gerichtliche Zustimmung zur Einstellung bei Vergehen mit erhöhter Mindeststrafe), *nicht aber* bei Delikten im mittleren Bereich der Bagatelldelikte (Vergehen *ohne* erhöhte Mindeststrafe). Der Sinn einer solchen gerichtlichen Entscheidungslücke erschließt sich nicht und ist auch keine zwingende Folge der gesetzlichen Regelung. Es erscheint – in Bezug auf den Verletzten

¹⁰³² Es ist selbstverständlich möglich, dass die Staatsanwaltschaft das öffentliche Verfolgungsinteresse gerade mit der Erwägung abgelehnt hat, dass die Schuld des Täters gering sei – dies ändert aber nichts daran, dass im Privatklageverfahren, diese Frage zwingend von einem Gericht erneut beantwortet werden muss. In diesem Sinne hat die Staatsanwaltschaft nicht über die Frage des Schuldmaßes „entschieden“, weil eine Berücksichtigung der Schuldfrage im weiteren Verfahren nicht ausgeschlossen ist.

¹⁰³³ Im Fall des § 153 StPO wäre die Schuld „nicht als gering anzusehen“; im Falle des § 153a StPO stünde „die Schwere der Schuld“ einer Einstellung entgegen.

¹⁰³⁴ Selbstverständlich geht es hier – genau wie im Zusammenhang mit § 383 Abs. 2 StPO – um eine *hypothetische* Schuldbeurteilung.

– näher zu liegen, den Verweis in § 172 Abs. 2 Satz 3 StPO lediglich dahingehend zu verstehen, dass niemand in zulässiger Weise ein Klageerzwingungsverfahren einleiten kann, um die richtige Beurteilung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung gerichtlich überprüfen zu lassen. Dies sei erläutert:

§ 377 Abs. 1 StPO *verpflichtet* die Staatsanwaltschaft auch dann nicht zur Übernahme des Privatklageverfahrens, wenn das Gericht eine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft für geboten hält – alles, was dem Gericht in diesem Verfahren bleibt, ist ausweislich § 377 Abs. 1 Satz 2 StPO der Staatsanwaltschaft die Akten vorzulegen. Das Gericht kann von sich aus die Staatsanwaltschaft zu nichts veranlassen, und da der Privatkläger *seine* Privatklage gerade unabhängig von der Mitwirkung der Staatsanwaltschaft betreiben kann, muss dem Privatkläger auch kein eigenständiges Durchsetzungsrecht der staatsanwaltschaftlichen Verfahrensbeteiligung eingeräumt werden. Bei der Prüfung der Einstellung des Verfahrens im Privatklageverfahren wegen geringer Schuld – § 383 Abs. 2 StPO – prüft das Gericht gerade *nicht*, ob das fehlende öffentliche Interesse einer Strafverfolgung entgegensteht. Daraus lässt sich schließen, dass die Schuld als Maß der Verantwortung *auch* gegenüber dem Verletzten zu verstehen ist,¹⁰³⁵ das öffentliche Interesse hingegen gerade nicht. So lässt sich die Systematik der Verfahrenserledigungen abschließen: Geht das Gesetz davon aus, dass im Anwendungsbereich der Privatklagedelikte *grundsätzlich* kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht, das Opfer aber ein Recht auf angemessene Berücksichtigung der Schuld des Täters ihm gegenüber hat und *deshalb* jenseits der Beteiligung der Staatsanwaltschaft ein gerichtliches

¹⁰³⁵ Vgl. auch *BVerfG*, NJW 2002, 815 (816): „Zwar zeigt die Möglichkeit der Klageerzwingung nach § 172 StPO, dass durchaus auch Interessen des Verletzten bei der Einstellung von strafrechtlichen Ermittlungen Berücksichtigung finden können. Diese finden auch über das Kriterium der Schwere der Schuld bei der Einstellungsentscheidung nach § 153a I StPO eine gewisse Anerkennung.“ Als gutes Beispiel, wie der Interessenbegriff methodisch verdreht werden kann: Zwar schützt das Recht ein *berechtigtes* Interesse, dies führt aber *nicht* (?) zu einem subjektiven Recht. Wenn Recht aber Interessen anerkennt, allein durch Anerkennung dieser Interessen aber noch kein Recht entsteht, was für eine Rolle spielt dann das Interesse überhaupt?

Verfahren möglich sein soll, so ist im Anwendungsbereich der Verbrechensnormen stets das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung gegeben und eine Einstellung bei hinreichendem Tatverdacht ausgeschlossen. Im Anwendungsbereich der Nichtprivatklagedelikte mit Vergehenscharakter ist es zwar gesetzlich nicht *intendiert*,¹⁰³⁶ dass das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung abgelehnt wird, es ist – anders als bei Verbrechen – aber möglich, § 153 Abs. 1 StPO¹⁰³⁷. Eine Konsistenz zur Regelung im Bereich der Privatklagedelikte und eine Übereinstimmung mit dem Recht des Verletzten auf Justizgewährleistung erlangt man dadurch, dass man der Staatsanwaltschaft die Kompetenz zuschreibt, *trotz potentiell geringer Schuld* aufgrund eines dennoch gegebenen öffentlichen Interesses ein Vergehen zu verfolgen. Ist die Schuld hingegen *nicht* gering i.S.d. § 153 StPO oder steht die Schwere der Schuld i.S.d. § 153a StPO einer Einstellung entgegen, so *muss* auch sie die Tat verfolgen – es sei denn, es handelt sich um ein Privatklagedelikt.¹⁰³⁸ In einem Fall geringer oder einer Einstellung „nicht entgegenstehender“ Schuld und gegebenem öffentlichen Interesse wäre die Staatsanwaltschaft ermächtigt, die Strafverfolgung zu betreiben, obwohl das Recht auf Justizgewährleistung des Verletzten ein gerichtliches Verfahren (etwa wegen Unverhältnismäßigkeit) *allein nicht erzwingen könnte*. Sie wäre dazu aber *gegenüber dem Verletzten* nicht verpflichtet.¹⁰³⁹ Lehnt die Staatsanwaltschaft hingegen eine weitere Verfolgung nach §§ 153, 153a StPO ab, dann bringt sie damit zum Ausdruck, dass sie *weder von einem öffentlichen Interesse noch von*

¹⁰³⁶ Im Sinne dessen, dass das Gesetz es als Regelfall ansieht, dass das öffentliche Interesse an der Verfolgung *nicht* gegeben ist.

¹⁰³⁷ Im Falle des § 153a StPO entfällt das öffentliche Verfolgungsinteresse selbstverständlich erst nach Aufлагenerfüllung.

¹⁰³⁸ Wobei auch hier möglich ist, dass das öffentliche Interesse gerade deshalb angenommen wird, weil die Schuld nicht entsprechend gering ist. In diesem Fall wäre auch der Verweis auf den Privatklageweg ausgeschlossen.

¹⁰³⁹ So erklärt sich auch, warum die Staatsanwaltschaft bei relativen Antragsdelikten das *besondere Interesse an der Strafverfolgung* darlegen muss. Es ist *besonders*, weil es trotz fehlendem Feststellungswillen des Verletzten *dennoch* die Durchführung eines Strafverfahrens legitimiert, obwohl der Charakter des Antragsdelikts signalisiert, dass *in der Regel* gerade ein Feststellungswille des Verletzten die Strafverfolgung rechtfertigt.

einer hinreichenden Schuld des Täters ausgeht.¹⁰⁴⁰ Da im Falle eines Individualschutzdelikts die konkrete Schuld aber nicht unabhängig von der Person des Verletzten betrachtet werden kann, sondern als Maß der Verantwortung auch und gerade gegenüber dem Verletzten zu verstehen ist (vgl. § 383 Abs. 2 StPO), muss die Staatsanwaltschaft dem Verletzten gegenüber darlegen können, warum und inwiefern die Schuld des Täters gegenüber dem Verletzten als gering anzusehen wäre: Es ist richtig, dass eine prozessuale Aufklärung einer geringfügigen Körperverletzung mit möglicherweise unverhältnismäßigen Grundrechtseingriffen einherginge und daher keine Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft zu rechtfertigen vermag, eine etwas gravierendere Körperverletzung aber möglicherweise schon.¹⁰⁴¹ Wie oben dargelegt, kann das Maß der Schuld nicht als absolute Wertungsentscheidung verkleidet werden, sondern ist immer eine relationale Entscheidung: Die Staatsanwaltschaft muss dem Verletzten gegenüber aufzeigen können, warum die potentielle Schuld des Täters im Verhältnis zu dem Aufwand, der notwendig wäre, um die Schuld des Täters förmlich nachzuweisen, außer Verhältnis steht. Dass diese Frage gerichtlich überprüft werden kann und daher in diesem Zusammenhang muss, sollte die bisherige Untersuchung aufgezeigt haben.¹⁰⁴²

Die Quintessenz dieses Ansatzes besteht darin, dass (gegenüber einem Verletzten) die Staatsanwaltschaft nur dann das Verfahren nicht weiter betreiben darf, wenn einem anderen Abwägungsbelang neben dem Justizgewährleistungsrecht des Verletzten der Vorrang einzuräumen ist. Diese anderen Belange können die Rechte anderer Grundrechtsträger sein, sie können aber auch in ganz anderen Belangen der Allgemeinheit gefunden werden. Dies bringen die §§ 153c ff. StPO hinreichend deutlich zum Ausdruck. Diese grundrechtlich vorausgesetzte Bindung muss gerichtlich überprüft werden können. Mit dem Klageerzwingungsverfahren steht ein solches Verfahren aber nur dann (lückenlos) zur Verfügung, wenn man

¹⁰⁴⁰ Im Fall des § 153a StPO geht die Staatsanwaltschaft davon aus, dass nach Auflagenerfüllung das öffentliche Interesse nicht mehr besteht und die Schwere der Schuld nicht entgegensteht.

¹⁰⁴¹ Vgl. zum hinreichenden Tatverdacht oben C.II.3.b.aa.bbb.(2).

¹⁰⁴² Zur richterlichen Kontrolldichte C.II.

§ 172 Abs. 2 Satz 3 StPO so anwendet, dass einem Verletzten lediglich versagt ist, sich mit der Behauptung gegen eine staatsanwaltschaftliche Einstellung zu wehren, dass *überindividuelle* Belange nicht hinreichend berücksichtigt wurden.¹⁰⁴³ Da eine solche Systematik ohne methodische Brüche erzeugt werden kann und im Gegensatz zur herrschenden Anschauung keine Friktionen mit dem Prinzip subjektivrechtlicher Justizgewährleistung erzeugt, sei hier vorgeschlagen, die überkommene Interpretation des § 172 StPO entsprechend zu überdenken.

Weiterhin unzulässig ist nach der hiesigen Konzeption ein Klageerzwingungsantrag, der darauf gerichtet ist, die Staatsanwaltschaft habe das „öffentliche Interesse“ verkannt. Wegen der Notwendigkeit effektiver Justizgewährleistung durch strafgerichtliche Feststellung ist hingegen ein Klageerzwingungsantrag zulässig, der geltend macht, dass die Staatsanwaltschaft bei ihrer Entscheidung gemäß § 153 Abs. 1 StPO den Umfang und die Bedeutung der opferseitigen Grundrechte nicht hinreichend beachtet hätte. Mit Blick auf § 153 StPO heißt dies, dass gerichtlich kontrolliert werden können muss, ob die potentielle Schuld des Täters tatsächlich als gering anzusehen wäre; im Fall des § 153a StPO, ob die Schwere der Schuld einer endgültigen Verfahrenseinstellung entgegensteht. In Anbetracht dessen, dass schon heute die herrschende Ansicht § 172 Abs. 2 Satz 3 StPO so versteht, dass dem Oberlandesgericht auch im Falle einer sogenannten Opportunitätseinstellung eine Kontrolle der „äußeren Grenzen“ des Entscheidungsspielraumes zusteht,¹⁰⁴⁴ bedeutet dies nur insofern eine Kontrollerweiterung, als dass das grundrechtlich geforderte Feststellungsrecht eines Verletzten den Spielraum staatsanwaltschaftlicher Rechtssetzung zusätzlich einengen *kann*. In Anbetracht von Art. 1 Abs. 3 GG ist diese

¹⁰⁴³ Genau deshalb ist § 172 Abs. 2 Satz 3 StPO ein *par excellence* Beispiel für subjektive Kontrollbefugnis: Der Begriff des subjektiven Rechts kennzeichnet sich *gerade* durch die Abgrenzung zum Belang der Allgemeinheit.

¹⁰⁴⁴ *Heinrich*, NStZ 1996, 110 (113); *Böttcher*, in: LR-StPO [25], § 23 EGGVG Rn. 112; ohne jedoch explizit auf „Willkür“ abzustellen, sinngemäß *Wohlers*, in: SK-StPO, § 172 Rn. 38; weitergehend *Nagel*, StV 2001, 185 (187) (umfassender Rechtsschutz notwendig).

Konsequenz alles andere als überraschend und selbst dann notwendig, wenn man das „Grundrecht auf Strafverfolgung“ entsprechend der restriktiveren Diktion des *Bundesverfassungsgerichts* in den jüngeren Kammerentscheidungen enger verstehen möchte als hier vorgeschlagen.¹⁰⁴⁵

ddd. Informationsrechte (Akteneinsicht)

Verletzten steht gemäß § 406d StPO ein Recht auf Information über wesentliche Verfahrensentscheidungen zu. Da dieses Recht jedoch allein retropektivisch ausgestaltet ist, ist es zur Umsetzung der vom Justizgewährleistungsrecht geforderten Beteiligungsmöglichkeiten zur Einwirkung auf das laufende Verfahren und die begleitenden Entscheidungen strukturell untauglich. Wer erst im Nachhinein informiert wird, kann eigene Belange nicht mehr gleich effektiv in ein laufendes Verfahren einbringen wie jemand, der vorab gehört wird. Diese Lücke wird allerdings von § 406e StPO (1) und § 385 Abs. 3 StPO (2) geschlossen.

(1) *Allgemeines Akteneinsichtsrecht der Verletzten*

Zunächst wird das Akteneinsichtsrecht eines Verletzten dadurch begrenzt, dass dieses nur durch einen Rechtsanwalt ausgeübt werden kann, § 406e Abs. 1 StPO. Ohne anwaltliche Vertretung können ausweislich § 406e Abs. 5 StPO nur einzelne Auskünfte erteilt werden. Zur Effektivierung des Rechts auf Justizgewährleistung des Verletzten stehen diesbezüglich grundsätzlich zwei Lösungsmöglichkeiten offen. Entweder das Auskunftsrecht des Verletzten bezieht sich weitgehend auf alle Gegenstände, die eine mögliche Verfahrensposition des Verletzten betreffen können und nähert sich damit im Grenzfall an ein vollständiges Akteneinsichtsrecht an – oder aber die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts muss staatlicherseits (notfalls) subventioniert werden. Da die gesetzgeberisch intendierte Unterscheidung zwischen dem *Akteneinsichtsrecht* nach § 406e Abs. 1 StPO und dem *Auskunftsrecht* nach Abs. 5 derselben Regelung aber dann im Zweifel eingeebnet werden müsste, spricht die derzeitige Regelungssystematik eher dafür, die finanziellen Hürden der Hinzuziehung eines Verletztenanwalts abzubauen. Unproblematisch ist dies allerdings nicht, da eine Prozesskostenhilfe für Verletzte nicht allgemein vorgesehen ist, sondern nur im Fall der Ne-

¹⁰⁴⁵ Vgl. auch *Sturm*, GA 2017, 398 (404 ff.).

benklage gemäß §397a StPO oder im und in Bezug auf das Adhäsionsverfahren nach § 404 StPO gewährt werden kann. Auflösen lässt sich diese Spannungslage *de lege lata* nur dadurch, dass – entsprechend der oben vertretenen Linie¹⁰⁴⁶ – die Anwendungshürden für einen Nebenklageanschluss in der Praxis abgesenkt werden. Soll nicht das Auskunftsrecht eines Verletzten *de facto* zum Akteneinsichtsrecht aufgewertet werden, so scheint nichts Anderes übrig zu bleiben, als allein das berechnigte Begehren eines Akteneinsichtsrechts ausreichen zu lassen, um den Nebenklageanschluss zuzulassen.

Ferner wird das Akteneinsichtsrecht auf solche Inhalte beschränkt, an denen ein Verletzter ein „berechtigtes Interesse“ darlegen kann – wobei (selbstverständlich) uneinheitlich beurteilt wird, was derartige Interessen darstellen können.¹⁰⁴⁷ Beschränkt man das Recht des Verletzten auf die Justizgewährleistung hinsichtlich der Feststellung der begangenen Rechtsverletzung, dann wäre man auch hier nicht darauf angewiesen, zu überlegen, welche Interessen etwa berechnigte Genugtuungsinteressen wären und welche nicht. Das Informationsrecht eines Verletzten bestünde dann als Folge des Rechts auf Justizgewährleistung pauschal bezüglich Inhalte, die eigene Verfahrensrechte des Verletzten betreffen. So ließe sich auch erklären, warum ein Nebenkläger diese Interessen *nicht* spezifisch darlegen muss.¹⁰⁴⁸ In Anbetracht der Tatsache, dass der Nebenkläger bereits für die Begründung seines Anschlusses darlegen muss, dass er ein berechtigtes Interesse an der Verfahrensbeteiligung hat, § 395 Abs. 3 StPO, würde eine zusätzliche Darlegung dieser berech-

¹⁰⁴⁶ D.II.3.c.dd.bbb.

¹⁰⁴⁷ Vgl. *Hilger*, in: LR-StPO, § 406e Rn. 6 f.; *Velten*, in: SK-StPO [4], § 406e Rn. 6 ff. – jeweils m.w.N. In Anbetracht dessen, dass die „berechnigte Genugtuung“ eines Opfers insgesamt in Gefahr läuft, begrifflich zu diffundieren, verwundert dieser Befund nicht und verstärkt die These, dass eine Dogmatik der Opferbeteiligung (wenn möglich) auf Begriffe der „Genugtuung“, des „Interesses“ und erst recht des „Genugtuungsinteresses“ verzichten sollte.

¹⁰⁴⁸ Vgl. § 406e Abs. 1 Satz 2 StPO.

tigen Interessen hinsichtlich der Akteneinsicht die umfassenden Zulassungsfolgen der Nebenklage wieder nivellieren.¹⁰⁴⁹ Synchronisiert man die Rechte des Verletzten zur Akteneinsicht mit denjenigen der Nebenklagezulassung, so zeigt sich, dass das allgemeine Akteneinsichtsrecht des Verletzten gemäß § 406e Abs. 1 StPO die von der Justizgewährleistungsnotwendigkeit vorausgesetzten Informationsrechte¹⁰⁵⁰ abbilden kann: Das Akteneinsichtsrecht des Verletzten ermöglicht diesem, notwendige Informationen über eine mögliche eigene Verfahrensbeteiligung zu erlangen. Wer demnach aufgrund des Justizgewährleistungsrechts (und dessen Ausstrahlung auf das gesamte Strafverfahren) ein Recht auf Akteneinsicht hat, bei dem liegen in aller Regel auch „berechtigte Interessen“ zur Nebenklagezulassung vor.

(2) *Akteneinsichtsrecht des Privatklägers*

Im Verfahren der Privatklage kann eine Akteneinsicht gemäß § 385 Abs. 3 Satz 1 StPO nur durch einen Rechtsanwalt genommen werden, was in Anbetracht der Möglichkeiten, Prozesskostenhilfe gemäß § 379 Abs. 3 StPO in Anspruch zu nehmen, unter dem Aspekt der effektiven Justizgewährleistung eine unproblematische Ausgestaltung des notwendigen Informationsrechts eines privatklagenden Verletzten darstellt. Anders als beim Nebenkläger für die Zulassung der Nebenklage und bei sonstigen Verletzten für das Recht auf Akteneinsicht, bedarf es zur Begründung des Akteneinsichtsrechts des Privatklägers *keiner* Darlegung eines berechtigten Interesses. Dies mag hinsichtlich der typischerweise betroffenen Bagatellfälle verwundern und ließe sich – käme es bei der Beteiligung eines Verletzten am Strafverfahren tatsächlich auf eine an der Tatschwere orientierten Genugtuung an – schlicht nicht erklären. Unter dem Aspekt der Justizgewährleistung durch gerichtliche Unrechtsprüfung im Strafverfahren ist dies hingegen nur folgerichtig: Ein Privatkläger hat keine andere Möglichkeit der isolieren gerichtlichen Feststellung seiner Rechtsverletzung als eine Beschreitung des Privatklageweges. Würde man von ihm *neben* seiner Stellung als Privatkläger zusätzliche Interessen erfordern, die Informationen zu erlangen, die notwendig sind für eine Verfahrensführung, so würde

¹⁰⁴⁹ Vgl. hierzu und auch zum Folgenden ganz ähnlich *Velten*, in: SK-StPO [4], § 406e Rn. 9, die jedoch in der Opferbeteiligung am Strafverfahren bereits einen Beitrag zur Genugtuung erkennen will.

¹⁰⁵⁰ Hierzu Abschnitt C.III.2.

man das Recht auf Justizgewährleistung von einem *weitergehenden* Recht auf Geltendmachung des Rechts auf Justizgewährleistung abhängig machen. Anders gewendet: Da in einem Verfahren mit Nebenklageanschlussmöglichkeit ohnehin über das Recht auch des Nebenklägers entschieden wird, ist dessen Beteiligung nicht *notwendig*, damit überhaupt eine Entscheidung in der Sache ergehen kann. So kann gerechtfertigt werden, dass der Nebenklageanschluss und ein *damit verbundenes Akteneinsichtsrecht* zumindest ausgeschlossen werden kann, wenn keinerlei Verfahrenseinflussmöglichkeiten des Nebenklägers ersichtlich sind oder dieser sich ausschließlich an dem Verfahren beteiligen will, um etwa eine besonders hohe Bestrafung zu erreichen (bezüglich derer er – ausweislich § 400 StPO – *de lege lata* kein Recht hat). Eine solche Konstellation ist im Privatklageverfahren mangels staatsanwaltlich geführtem Verfahren gerade nicht gegeben, weshalb die notwendigen Verfahrensrechte des Privatklägers auch nicht von *sonstigen* Interessen abhängig gemacht werden dürfen. Die Regelung des Akteneinsichtsrechts des Privatklägers gemäß § 385 Abs. 3 StPO lässt sich unter der Prämisse, dass sowohl Nebenklagebeteiligung als auch Privatklage dem Recht auf Justizgewährleistung des Verletzten dienen, sinnvoll mit § 395 Abs.3 StPO und § 406e Abs. 1 StPO harmonisieren.

eee. Allgemeine Abwägungsstruktur

Bereits in Reaktion auf die genannte Kammerrechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts*¹⁰⁵¹ wurde bemerkt, dass die Anerkennung eines verfassungsrechtlich verankerten „Rechts auf Strafverfolgung“ Auswirkungen auf nahezu sämtliche strafverfahrensrechtlichen Entscheidungen mit Verletztenbezug haben können.¹⁰⁵² Diese

¹⁰⁵¹ BVerfG, Beschl. v. 04.02.2010 – 2 BvR 2307/06 („Polit-Sekte“); BVerfG, Beschl. v. 26.6.2014 – 2 BvR 2699/10 („Tennessee“); BVerfG, Beschl. v. 06.10.2014 – 2 BvR 1568/12 („Gorch Fock“); BVerfG, Beschl. v. 23.03.2015 – 2 BvR 1304/12 („Münchener Lokalderby“).

¹⁰⁵² *Sturm*, GA 2017, 398; ähnlich bereits *Esser/Lubrich*, StV 2017, 418 (419): „Dabei wird neben einer detaillierten und vollständigen Dokumentation des Ermittlungsverlaufs auch eine nachvollziehbare Begründung der Einstellungsentscheidung verlangt, die einer gerichtlichen Überprüfung nach Maßgabe der §§ 172 ff. StPO unterliegt. Ent-

generelle Vermutung entspricht der norminternen Wirkung der Grundrechte – und trifft zu. Die spärlichen Anhaltspunkte des *Bundesverfassungsgerichts* für Fallkategorien, in denen *jedenfalls* Ansprüche auf Strafverfolgung gegeben sein könnten, geben aufgrund ihres wenig systematischen Begründungscharakters und jeweils sehr reduziertem generalisierenden Aussagegehalts (Nichtannahmeentscheidungen) allerdings kaum verwertbare Anhaltspunkte.¹⁰⁵³ *Weigends* Ansatz der Verankerung eines Anerkennungsrechts im allgemeinen Persönlichkeitsrecht reicht hier zwar weiter, muss mit dem konturenlosen Begriff der Ehre operieren.¹⁰⁵⁴ Was kann hieran also das allgemeine Justizgewährleistungsrecht ändern?

Zunächst schärft die Betrachtung der Justizgewährleistung als *rechtssetzender* Akt den Blick dafür, dass erst durch Rechtsprechung notwendige Normen letztverbindlich zur Geltung kommen. Es bestehen wenig Zweifel daran, dass der Staat grundsätzlich verpflichtet ist, einem Grundrechtsträger zu verbieten, einen anderen Grundrechtsträger zu verletzen.¹⁰⁵⁵ Für die Rechtsordnung ist dieses Verbot zunächst ein abstraktes und konkretisiert sich erst in Anwendungsfällen: Auch *diesem* Grundrechtsträger in *dieser* Situation unter *diesen* Umständen war es verboten, den anderen Grundrechtsträger zu verletzen (und nicht etwa ausnahmsweise erlaubt). Die abstrakte Norm *wirkt* in der Rechtsordnung erst dann für den konkreten Fall, wenn dies ein Gericht *festgestellt* – die Norm für den

gegen einer bisweilen zu beobachtenden Gerichtspraxis dürfen daher an den Inhalt eines Antrags auf gerichtliche Entscheidung nach § 172 Abs. 3 StPO keine überzogenen Anforderungen gestellt werden, da dieser Anspruch letztlich das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG verwirklicht.“

¹⁰⁵³ Vgl. hierzu die Kritiken von *Hörnle/Gärditz*, JZ 2015, 890.

¹⁰⁵⁴ Ausführlich oben D.II.3.b.

¹⁰⁵⁵ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 413 möchte deshalb auch wenig Zweifel aufkommen lassen, dass der Staat *deshalb* verpflichtet ist, Mord und Totschlag mit den Mitteln des Strafrechts zu bekämpfen. Auch wenn einiges dafürspricht, dass eine Verhaltensnorm voraussetzt, dass ein Verstoß hiergegen sanktioniert wird, so ist dies dennoch alles andere als selbsterklärend. Sehr voraussetzungsreich ist es obendrein gerade eine *strafrechtliche* Sanktion als schlichtweg einzig mögliche Sanktion aufzufassen.

Einzelfall *konkretisiert* und damit zur Geltung gebracht hat. Der Fokus auf die Justizgewährleistung stellt also klar, dass, wenn ein Gericht *nicht* entscheidet, die Norm für den konkreten Fall auch *nicht* letztverbindlich konkretisiert wird. Auf die Opferperspektive projiziert: Ein Verletzter ist erst dann für die Rechtsordnung Opfer *dieses* Täters, wenn der Täter zum Täter und damit das Opfer zum Opfer einer anderen Person erklärt wurde. Vorher kann man einem Opfer Sympathien, Solidarität und Mitgefühl spenden, es unterstützen usw. – die Rechtsordnung kann dem Täter gegenüber jedoch nicht rechtfertigen, dass *ohne* Richterspruch das Opfer als *Opfer des Täters* (und nicht etwa eines Unglücks) anerkannt wird.¹⁰⁵⁶ Diese verbindliche Anerkennung ist eine *rechtliche* Anerkennung, nicht notwendig auch eine psychologische. Für *rechtliche* Anerkennung ist nach der Funktionenordnung des Grundgesetzes in letzter Instanz ausschließlich ein Gericht zuständig. Hatte das Opfer aus seinen Grundrechten aber einen Anspruch gegen den Staat darauf, dass eine Handlung des Täters ihm gegenüber verboten sein musste, *und* kann der Sachverhalt gerichtlich festgestellt werden, so *muss* das Verbot, zu dem der Staat dem Opfer gegenüber verpflichtet ist, für den konkreten Fall festgestellt werden. Würde der Staat – obwohl er es kann – in einem Fall, in dem eine Handlung dem Opfer gegenüber verboten sein musste, *gerichtlich nicht feststellen, dass der Täter verboten gehandelt hat*, so würde die Rechtsordnung ein Verhalten nicht als verboten deklarieren, obwohl sie dies musste. Dem Täter gegenüber *darf* die Rechtsordnung ohne gerichtliche Entscheidung kein Verbot für letztverbindlich erklären – dem Opfer gegenüber

¹⁰⁵⁶ Sieht man aber bereits die Beteiligung des Verletzten am prozessualen Aufklärungsprozess als Teil einer dem Opfer geschuldeten Genugtuung, vgl. *Velten*, in: SK-StPO [4], Vor §§ 374-406h Rn. 9, so verschwimmen die notwendigen Grenzen zur getrennten Funktion von Aufklärung und Urteil. Genauso, wie es gegen die Unschuldsvermutung verstoßen würde, den Prozess selbst als Teil der Sanktion gegen den Täter aufzufassen (nichts Anderes findet aber statt, wenn man anstatt einen Strafbefehl zu verhängen, eine Hauptverhandlung allein deshalb durchführt, „um dem Täter sein Unrecht“ vorzuführen), genauso ist es unzulässig den Aufklärungsprozess selbst als Teil einer Leistung an das Opfer zu verstehen, damit dieses die Anerkennung als Opfer bekommt. Das Gericht entscheidet auch im Strafrecht erst durch das Urteil, ob der Täter ein Täter gegenüber dem Opfer und damit auch das Opfer ein Opfer gerade dieses Täters war.

muss das Verbot für verbindlich erklärt werden. Daraus ergibt sich die zwingende Notwendigkeit der gerichtlichen Entscheidung aus Opferperspektive. Ist deutlich, dass eine Nichtentscheidung in einem Fall eines notwendigen Verbots gleichbedeutend damit wäre, dass das Verbot nicht ausgesprochen wird, so lässt sich dieser Ansatzpunkt fruchtbar machen für prozessuale Abwägungsentscheidungen:

Spricht ein Gericht einen Täter nicht schuldig, obwohl es hiervon überzeugt sein *muss*, so verletzt das Gericht den vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht aufgenommenen Geltungsanspruch derjenigen Grundrechte des Opfers, die durch das festzustellende Verbot gerade geschützt werden sollten.¹⁰⁵⁷ Das Gericht verletzt nicht die körperliche Unversehrtheit, wenn es grundlos nicht wegen einer Körperverletzung verurteilt – es verletzt das allgemeine Recht darauf, als Person in seiner körperlichen Unversehrtheit anerkannt zu werden. Welches Gewicht aber das hierdurch beeinträchtigte Persönlichkeitsrecht hat, wird durch das Grundrecht vorgegeben, dessen Geltung gerade anerkannt werden muss. Über *diesen* Umweg erscheint es zulässig, das *tatsächlich* verletzte Grundrecht (etwa) der körperlichen Unversehrtheit in die prozessuale Abwägung einzustellen. Denn das Gericht *darf* dem Beschuldigten gegenüber nur dann von einem Verbotsverstoß überzeugt sein, wenn es überhaupt förmliche Beweismittel zur Bestätigung des Tatvorwurfs erhoben hat. Da manche Beweiserhebungen Grundrechtsbeeinträchtigungen für Zeugen, Sachverständige usw. mit sich bringen, wird so eine erste prozessuale Relation deutlich: Auf der einen Seite stehen die Grundrechte des Opfers, die durch das zu konkretisierende Verbot zur Geltung kommen sollen. Demgegenüber stehen die Grundrechte der Zeugen, Sachverständigen und des Beschuldigten, in die im Zuge der Beweiserhebung und Durchführung der Hauptverhandlung eingegriffen werden. Dies führt zur folgenden ersten prozessualen Relation:

Je gravierender die Durchführung des gerichtlichen Aufklärungsverfahrens in Grundrechte eingreift, desto gewichtiger muss die Grundrechtsposition des Opfers sein, die durch das festzustellende Verbot rechtlich geschützt worden wäre.

¹⁰⁵⁷ Vgl. zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht bereits die Abschnitte D.I.1.b.cc.bbb.(3) und D.I.3.b.aa.

Da prozessuale Aufklärung immer den Abbau von Entscheidungsunsicherheit bedeutet, wird auch deutlich, dass nicht nur die Grundrechte als solche gewichtet werden müssen, sondern auch die Wahrscheinlichkeit ihrer Beeinträchtigung. Daraus lässt sich eine zweite prozessuale Relation ableiten:

Je wahrscheinlicher es ist, dass durch eine Beweiserhebung eine richterliche Überzeugungsbildung erreicht werden kann, desto eher ist ein damit verbundener Grundrechtseingriff gerechtfertigt.

Dabei kann sich aus der ersten Relation eine absolute Grenze ergeben: Stehen die Grundrechtseingriffe, die für die prozessuale Aufklärung notwendig verbunden sind, außer Verhältnis zu dem maximal zu erreichenden Aufklärungserfolg, so darf eine weitere prozessuale Aufklärung nicht stattfinden.

Worin liegt der Gewinn dieser Relationsstruktur? Ist nicht insbesondere die Notwendigkeit der Abwägung längst ein strafprozessualer Allgemeinplatz? Zunächst könnten dadurch eher „kosmetische Erfolge“ erzielt werden. Man wäre so beispielsweise nicht mehr gezwungen, im Rahmen der Abwägungslehre der Beweisverwertungsverbote auf ein „öffentliches Interesse“ an der Aufklärung eines „Mordfalls“ zu rekurrieren, sondern könnte sich darauf konzentrieren, dass primär der Staat verpflichtet ist und sein muss, Tötungen zu verbieten, und dass der Staat auch durch eine Verurteilung wegen einer vorsätzlichen Tötung, diese Pflicht einlöst. Nicht das „öffentliche Interesse“ in einer losgelösten Form, sondern die Möglichkeit, dass der Staat verpflichtet ist, das Verbot der Tötung einer anderen Person durch letztverbindliche Feststellung zu konkretisieren, wäre somit der erhebliche Abwägungsbelang. Geht man dann davon aus, dass auch das „Interesse“ an der Sanktionierung einer schuldhaften Tat durch das Maß der Schuld begrenzt wird, so zeigt sich ferner, dass auch im Falle einer Sanktionsbedürftigkeit einer Straftat dieses Interesse niemals das Maß der Verantwortlichkeit eines Verbotstoßes *übersteigen* könnte. So wird es zulässig, *anstelle* eines öffentlichen Interesses an der Sanktionierung eines Mordes, die Notwendigkeit der Feststellung eines Tötungsverbotes treten zu lassen.

Darüber hinaus ließe sich auch die Frage nach der Rechtmäßigkeit einer staatsanwaltschaftlichen Abschlussverfügung und/oder des gerichtlichen Eröffnungsbeschlusses bezüglich des Hauptver-

fahrens relational rationalisieren. Eine Anklage kann nur dann rechtmäßig sein, wenn die Verpflichtungen, die mit einer Hauptverhandlung verbunden wären, in einem angemessenen Verhältnis zu dem Recht stünden, das durch das zu bestätigende Verbot geschützt wäre. Dies schließt zum einen aus, dass eine Anklage wegen eines Bagatelldelikts erhoben wird, obwohl die gerichtlichen Maßnahmen, die notwendig wären, um eine richterliche Überzeugungsbildung zu ermöglichen, ungerechtfertigt eingriffsintensiv wären – es schließt aber genauso aus, dass eine Anklage nicht erhoben wird, obwohl eine richterliche Überzeugungsbildung mit allenfalls sehr geringen Grundrechtseingriffen einherginge. Kurz: Die Perspektive auf die prozessuale Normsetzung durch Gerichte und Staatsanwaltschaft ermöglicht es, dogmatische Differenzen zwischen staatsanwaltschaftlichen Eingriffen im und durch das Ermittlungsverfahren mit der Dogmatik richterlicher Eingriffe durch und im gerichtlichen Aufklärungsprozess aufeinander abzustimmen.

Für das Verhältnis von allgemeinem Persönlichkeitsrechtsschutz und Strafverfahren lässt sich so zeigen, dass das Strafrecht nicht notwendig die vorrechtliche „Ehre des Opfers“ oder dessen gesellschaftlicher „Rehabilitation“, sondern schlichter (zumindest auch) dazu dient, dass Verletzte gegenüber der Rechtsordnung so behandelt werden, wie es die Rechtsordnung selbst in ihrer ganzen *Eigentlichkeit* verlangt: Der Feststellung, dass eine Person durch eine ihr vorwerfbare Handlung gegen ein Verbot verstoßen hat, welches ihr gegenüber und zugunsten einer anderen Person bestand. Der Inhalt der so verstandenen Ehre geht so zumindest zunächst in der rechtlich zu schützenden gesellschaftlichen Stellung auf. Fordert das Grundgesetz die unterrangige Rechtsordnung auf, die Selbstbestimmung des Einzelnen zu achten und die Reichweite zulässiger Selbstbestimmung im Verhältnis zu anderen zu *regeln*, so verlangt das allgemeine Persönlichkeitsrecht in erster Linie, dass die Rechtsordnung dasjenige zu Geltung bringt, was sie materiellrechtlich *eigentlich* regeln soll. Die Gewaltenteilung gebietet, dass dies durch Richterspruch geschieht, so dass nicht eine vorrechtliche Ehre als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts strafrechtlich geschützt wird, sondern die Rechtsordnung erst besagt, was zur Ehre zu zählen ist: Die Verpflichtungen der anderen, die eigenen Rechtsbeziehungen so anzuerkennen, wie es von der Rechtsordnung vorgesehen ist, und das eigene korrespondierende Recht gegenüber

der Rechtsordnung so anzuerkennen, dass die eigene Rechtsstellung durch *correlative obligations*¹⁰⁵⁸ wie §§ 185, 186, 187, 190 StGB auch tatsächlich zur Geltung kommt.

d. *Fazit*

Die Grundrechtsbindung des Staates führt zu unterschiedlichen Betrachtungsebenen der Konfliktregelung: Auf einfachrechtlicher Ebene verbietet der Staat in einem Konflikt das eine Verhalten und erlaubt das andere. Gleichzeitig kommt es einem normhierarchischen Kurzschluss gleich, wenn man gerade das verbotswidrige Verhalten der Bürger als Grundrechtseingriff bezeichnet. Da nur der Staat an die Grundrechte gebunden ist, kann auch nur der Staat in die Grundrechte eingreifen. Der Staat greift in die Grundrechte nicht dadurch ein, dass sich faktischen Umstände auf bestimmte Weise zueinander verhalten, sondern dadurch, dass er verhaltensregelnde Normen erlässt.

Strafrechtliche Verbotsnormen stellen solche Grundrechtseingriffe dar. Grundrechte können somit sowohl dafür in Anschlag gebracht werden, dass jedes *Verbot* gerechtfertigt werden muss, als auch dafür, dass jedes *Gebot* (als besondere Regelungstechnik, um abweichendes Verhalten zu *verbieten*) gerechtfertigt werden muss. Verbietet der Staat ein Verhalten des Täters, so muss der Staat dieses Verbot dem Täter gegenüber rechtfertigen können. *Gebietet* der Staat einem Verletzten, das Täterverhalten zu dulden, so muss er dies dem Verletzten gegenüber rechtfertigen können. Diese besondere Konfliktregelungskonstellation und Mehrdimensionalität der Rechtfertigungsbedürftigkeit führt zunächst dazu, dass jede Verurteilung – als Festschreibung eines Verbots als solches – gerechtfertigt werden können muss. Da in einem Strafverfahren, das eine Tat mit Opferbezug zum Gegenstand hat, notwendig und gleichzeitig nicht nur über die Handlung des Täters, sondern über das Rechtsverhältnis von Täter und Opfer entschieden wird, sind durch alle Verfahrensentscheidungen inklusive der Entscheidung, *nicht* zu entscheiden, notwendig sowohl Täter als auch Opfer in ihrem Grundrechtsbezug zum Staat betroffen. Da das Recht auf Justizgewährleistung gebietet, dass über jedes Recht, das im Einzelfall besteht,

¹⁰⁵⁸ Vgl. *Hart*, Bentham on Legal Rights, in: *Essays on Bentham*, S. 161 ff., S. 171.

rechtsverbindlich durch ein Gericht entschieden werden können muss, steht einem Opfer einer Tat grundsätzlich ein Recht auf gerichtliche Entscheidung in einem Verfahren zu. Dieses Recht bezieht sich nicht notwendig auf die Bestrafung als *unrechtsfolgende* Sanktionierung, sondern auf die Feststellung, dass das Opfer im konkreten Fall ein Recht hatte, dass das Verhalten des Täters unterbleibt. Da dieses Recht weder im Verwaltungsprozess noch im Zivilprozess als solches festgestellt werden kann, in Strafverfahren hierüber aber notwendig mitentschieden wird, ergeben sich diese Folgerungen:

- 1. Strafprozessuale Opfermitwirkungsrechte müssen im Lichte des Rechts auf Justizgewährleistung ausgelegt werden.*
- 2. Alle prozessualen Entscheidungen müssen die durch die strafrechtlichen Verbotsnormen geschützten Grundrechte potentieller Opfer berücksichtigen.*
- 3. Jede Entscheidung, die die Beteiligungsrechte des Opfers und dessen Recht auf Justizgewährleistung berührt, muss gerichtlich überprüfbar sein. Dies betrifft vor allem Entscheidungen der Staatsanwaltschaft, die über den Zugang zur Gerichtsbarkeit selbst befinden.*
- 4. Vorhandene Beschwerdenormen müssen ihrerseits im Lichte des Rechts auf Justizgewährleistung ausgelegt werden und dürfen den gerichtlichen Prüfauftrag nicht leerlaufen lassen.*

Je nach Präferenz mag man sowohl von einem beschränkten Recht auf Strafverfolgung sprechen, oder aber von einem Recht auf Justizgewährleistung im Rahmen eines Strafverfahrens. Letzteres würde deutlicher machen, dass die Verfassung eine Beteiligung des Opfers im gegenwärtigen Strafverfahren nur deshalb erzwingt, weil keine andere Möglichkeit für ein Opfer verbleibt, die erlittene Rechtsverletzung für die gesamte Rechtsordnung verbindlich geltend zu machen.

E. Schlussfolgerungen

Das Recht auf Justizgewährleistung hat sich im Verlauf der Untersuchung in vielerlei Hinsicht als relevant gezeigt. Das Justizgewährleistungsrecht bildet das Scharnier zwischen der „materiell“ verstandenen Rechtsordnung und der prozessualen Gestaltung eben dieser Rechtsordnung. Gerichtliche Entscheidungen im gewaltenteilten Rechtsstaat sind nicht nur prozessuale Wohltaten, die es von ablenkenden Bagatellen abzuschirmen gilt, sondern Notwendigkeiten, die

sich aus dem Geltungsanspruch der Rechte ergeben und über diese Rechte hinaus kaum sinnvoll zusätzlichen Einschränkungskriterien ausgesetzt sein können, ohne zugleich den *Rechtscharakter* dieser Rechte selbst in Frage zu stellen: Auch ein materielles Recht hat nur, wer *fordern* kann, dass dieses Recht verbindlich zur Geltung kommt. Nur ein Recht das *wirklich* und nicht nur *eigentlich* gilt, kann sinnvoll als geltendes Recht bezeichnet werden.

Im nun folgenden Abschnitt soll die Ankündigung aus der Einführung eingelöst werden und die Schablone der Justizgewährleistung über die Rechtsschutzmöglichkeiten der Beschuldigten (I), der Verletzten (II), der „Dritten“ (III) und über die problematischen Informationskonflikte im Strafverfahren (IV) gelegt werden. Dabei werden zahlreiche Aspekte aus der bisherigen Untersuchung aufgegriffen und bereichsspezifisch zusammengefasst. Da sich einige Folgerungen aber erst aus dem Zusammenspiel mehrerer Einzelgesichtspunkte ergeben, reicht der folgende Teil über eine „reine“ Zusammenfassung der bisherigen Untersuchung hinaus.

I. Rechtsschutzmöglichkeiten des Beschuldigten

Hinsichtlich des Beschuldigten im Strafverfahren geht es darum, zu klären, ob der Beschuldigte eine Einstellung des staatsanwaltschaftlichen Verfahrens gerichtlich erzwingen kann, das Justizgewährleistungsrecht in Bezug auf den Beschuldigten also grundsätzlich einen Einstellungserzwingungsrechtsbehelf erfordert (1). Geht man davon aus, so stellt sich für das gerichtliche Verfahren die Anschlussfrage, ob auch die notwendige Zustimmung der Staatsanwaltschaft zu einer Verfahrenseinstellung *nach* Eröffnung des Hauptverfahrens gerichtlicherseits auf ihre Berechtigung geprüft oder gar ersetzt werden kann (2).

1. Einstellungserzwingungsrecht

Im Ermittlungsverfahren sammelt die Staatsanwaltschaft Informationen in Bezug auf konkrete Beschuldigte. Das Sammeln dieser Informationen und das Verknüpfen dieser Informationen mit der Person des Beschuldigten stellt dabei allein deshalb einen Eingriff in das

Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar, weil der Beschuldigte diese Informationssammlung prinzipiell zu dulden hat.¹⁰⁵⁹ Damit ist das Ermittlungsverfahren grundsätzlich dem Beschuldigten gegenüber zu rechtfertigen und muss deshalb auch grundsätzlich gerichtlich überprüfbar sein.

a. *Kontrolle durch Zwischenverfahren*

Ein ausdrücklicher Rechtsbehelf zur Anfechtung des Ermittlungsverfahrens ist gesetzlich nicht explizit vorgesehen und wird von der Rechtsprechung – ganz überwiegend aber auch von der Literatur – abgelehnt.¹⁰⁶⁰ Eine gerichtliche Überprüfung findet damit erst und nur dann statt, wenn das Verfahren von der Staatsanwaltschaft nicht eingestellt, sondern zur weiteren Bearbeitung dem Gericht vorgelegt wird.

Das Gericht entscheidet im Zwischenverfahren hingegen nicht darüber, ob die Führung des Ermittlungsverfahrens zu jedem Zeitpunkt rechtmäßig war, sondern nur, ob gerade eine *Weiterführung* des Verfahrens rechtmäßig wäre. Wenn also bisweilen behauptet wird, dass die Durchführung des Zwischenverfahrens aus Rechtsschutzperspektive deshalb ausreichend sei, weil Art. 19 Abs. 4 GG

¹⁰⁵⁹ Vertieft oben D.I.1.b.cc.bbb. Entscheidend ist insbesondere, dass das Recht auf informationeller Selbstbestimmung nicht nur vor sachgrundloser Informationsbeschaffung, sondern auch vor sachgrundloser Auswertung dieser Informationen schützt.

¹⁰⁶⁰ Ein umfassender Überblick findet sich bei *Böttcher*, in: LR-StPO, § 23 EGGVG Rn. 52 ff. mit erschöpfenden Nachweisen.

keinen „sofortigen Rechtsschutz“ erfordere,¹⁰⁶¹ so wird dadurch verkannt, dass die Rechtmäßigkeit staatsanwaltschaftliche Ermittlungen *kein* Entscheidungsgegenstand des Zwischenverfahrens ist.¹⁰⁶²

b. *Einzelanfechtung der Ermittlungsmaßnahmen*

Allerdings könnte hinreichender Rechtsschutz durch die Anfechtbarkeit einzelner Ermittlungsmaßnahmen gewährleistet sein. Dies ließe allerdings unberücksichtigt, dass der Prüfungsgegenstand einer Anfechtung einzelner Ermittlungsmaßnahmen nur die Rechtmäßigkeit der *zwangsweisen Informationsgewinnung* (und nicht notwendig auch der sich anschließenden *Informationsauswertung*) ist. Wird die Durchführung einer Wohnungsdurchsuchung angefochten, *kann* die Wohnungsdurchsuchung deshalb rechtswidrig sein, weil der vorliegende Verdacht nicht ausreichte, den Eingriff in Art. 13 GG zu legitimieren – damit ist hingegen nicht gesagt, dass überhaupt kein Verdacht besteht, und die Staatsanwaltschaft *deshalb* nicht weiter ermitteln darf. Das gleiche trifft auf alle Ermittlungsmaßnahmen zu, die dem Beschuldigten über die Informationssammlung hinaus weitere Duldungspflichten auferlegen (Beschlagnahme, TKÜ, usw.). Besonders deutlich wird der beschränkte Schutz gerichtlicher Entscheidungen in Bezug auf einzelne Ermittlungsmaßnahmen, wenn man den Regelungsspruch des Gerichts (Beschlussformel, Tenor) betrachtet:

¹⁰⁶¹ *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 321 mit Nachweisen. Vgl. auch *BVerfG*, NStZ 2004, 447 – dass allerdings Ausnahmen zulassen will, wenn es sich um *willkürliche* Ermittlungen handeln würde. Dass aber Willkür nur der Ausschluss einer gerichtlich überprüfbaren Rechtfertigung ausschließt, nicht aber Rechte selbst begründen kann, geht der Einwand des *Bundesverfassungsgerichts* selbst an der Sache vorbei. Zu beachten ist aber auch, dass das *Bundesverfassungsgericht* mit seiner Begründung nur dargelegt hat, warum es selbst die Beschwerde nicht zur Entscheidung angenommen hat. Konsistent werden die Ausführungen dann wieder, wenn das *Gericht* mangels dargelegter Rechtswidrigkeit der Ermittlungsmaßnahmen von einer *offensichtlich Unbegründeten* Verfassungsbeschwerde ausgegangen ist. Dann aber hätte das *Gericht* schlicht nichts über die einfachrechtliche Notwendigkeit eines fachgerichtlichen Rechtsbehelfs ausgesagt.

¹⁰⁶² Dass die Frage rechtmäßiger Handlungen im Ermittlungsverfahren mit der Sachprüfung des Hauptverfahrens „nichts zu tun“ hat, stellte bereits *BVerfGE* 96, 27 (42) fest.

Gerichtlich wird nur und ausschließlich festgestellt, dass eine bestimmte Ermittlungsmaßnahme rechtswidrig war (und dass ggf. beschlagnahmte Gegenstände herauszugeben sind). Es wird *nichts* darüber ausgesagt, dass weitere Ermittlungen in Bezug auf eine bestimmte Ermittlungshypothese zu unterbleiben haben – die Befugnis zu einer weitergehenden Rechtsfolgensezung ordnet etwa § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO nicht an. Entsprechend kann durch die gerichtliche Prüfung einer bestimmten Maßnahme auch keine Pflicht der Staatsanwaltschaft festgestellt werden, das laufende Ermittlungsverfahren insgesamt einzustellen.¹⁰⁶³ Das Recht auf gerichtliche Überprüfung einer einzelnen Ermittlungsmaßnahme schützt daher das Recht, von sachgrundlos weiteren Ermittlungen insgesamt verschont zu bleiben, *nicht effektiv*, da sich die Rechtskraft der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit einer einzelnen Ermittlungsmaßnahme auf diese Frage gerade nicht erstreckt.

c. *Implementierung im geltenden Prozessrecht*

Die sich zeigende Lücke muss sich methodisch im einfachen Prozessrecht einfügen lassen, da das Justizgewährleistungsrecht des Beschuldigten zwingend der legislatorischen Ausgestaltung bedarf.¹⁰⁶⁴ Als denkbare Anknüpfungspunkte ließen sich § 23 EGGVG¹⁰⁶⁵ oder Analogiebildungen zu § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO¹⁰⁶⁶ sowie § 172 StPO denken.

Einer entsprechenden Anwendung des § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO steht freilich entgegen, dass die Norm ihren Regelungsgrund in der

¹⁰⁶³ Im Verwaltungsprozess findet sich eine verwandte Problematik. Wenn dort das BVerwG formuliert, dass in bestimmten Fällen eine Feststellungsklage ausreichend sei, weil von der Verwaltung im Allgemeinen erwartet werden könne, dass diese sich an die Feststellung des Gerichts halten werde (BVerwGE 51, 69; VGH-Mannheim, NVwZ 2000, 1304), so wird dadurch verkannt, dass die generelle Erwartung *nichts* über die Regelungskompetenz des Gerichts aussagt. Durch ein Feststellungsurteil wird gerade keine Verpflichtung ausgesprochen, oder ein Titel der Verwaltung aufgehoben. Die Literatur verhält sich hiergegen denn auch überwiegend kritisch, vgl. *Pietzker*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 43 Rn. 43 m.w.N.

¹⁰⁶⁴ Abschnitt C.I.4.

¹⁰⁶⁵ In diese Richtung *Eisenberg/Conen*, NJW 1998, 2241 (2248)

¹⁰⁶⁶ So der Vorschlag von *Wohlers*, in: SK-StPO, § 160 Rn. 102.

zeitlichen Ergänzung einer grundsätzlich gegebenen originären richterlichen Entscheidungskompetenz hat.¹⁰⁶⁷ Zur Entscheidung über eine Beschlagnahme ist grundsätzlich das Gericht *vorab* berufen und nur, wenn diese zeitliche Reihenfolge nicht eingehalten werden kann, soll § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO dennoch sicherstellen, dass das *letzte* Wort dem Gericht zukommt. Die nachträgliche Entscheidungsbefugnis führt die rechtliche Regelanordnungsbefugnis des Gerichts in zeitlicher Hinsicht fort. Die Führung des Ermittlungsverfahrens steht hingegen *originär* der Staatsanwaltschaft zu, eine gerichtliche Entscheidung erfolgt hier grundsätzlich nur, wenn und soweit das Verfahren dem Gericht vorgelegt wird. Ebenfalls ist der Gegenstand der Entscheidung strukturell ein anderer: Wie oben dargelegt, geht es um die Entscheidung über die zwangshalber durchgeführte Sammlung von Informationen, nicht um die Rechtmäßigkeit der Informationsverknüpfung mit der Person des Beschuldigten überhaupt. Schlussendlich würde eine Analogiebildung zu § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO auf funktionale Bedenken stoßen: Da § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO richterliche Rechtssetzungskompetenz gerade nicht begründet, sondern nur in zeitlicher Hinsicht auch dann aufrechterhält, wenn eine Ausnahmekompetenz zu ersten Zugriff der Ermittlungsbehörden in Anspruch genommen wurde, erscheint es bedenklich, im Wege der Rechtsfortbildung eine solche Rechtssetzungskompetenz des Ermittlungsrichters zu begründen.¹⁰⁶⁸

Besser geeignet erscheint dabei eine Anwendung des § 23 EGGVG.¹⁰⁶⁹ Die analoge Anwendung des § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO auf die nachträgliche gerichtliche Prüfung jeglicher Zwangsmaßnahme mag sich (auch) auf die pragmatische Erwägung stützen, eine Zuständigkeit des Oberlandesgerichts für

¹⁰⁶⁷ Vgl. auch *Schenke*, JZ 2006, 707 (712) mit einem ähnlichen Argument bzgl. der gerichtlichen Anfechtung erkennungsdienstlicher Maßnahmen gem. § 81b Alt. 2 StPO.

¹⁰⁶⁸ *Wohlers*, in: SK-StPO, § 160 Rn. 102 – der eine Anwendung des § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO befürwortet.

¹⁰⁶⁹ Und dies obwohl der Rückgriff auf diese Regelung in der Prozesspraxis auf wenig Gegenliebe stößt, vgl. etwa *Böttcher*, in LR-StPO, § 23 EGGVG Rn. 121 mit zahlreichen Nachweisen auf die ablehnende Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Entscheidungen im Ermittlungsverfahren möglichst zu vermeiden.¹⁰⁷⁰ Kann dies hinsichtlich der Nähe des § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO zu anderen originären richterlichen Anordnungsbefugnissen zwar seine systematische Berechtigung haben, so lässt sich dies für die Anfechtung des Ermittlungsverfahrens ansich nicht in gleicher Weise begründen. Der Grund hierfür liegt in der Eigenart des Eingriffs durch das Ermittlungsverfahren: Legalisiert die Führung des Ermittlungsverfahrens die Verknüpfung von personenbezogenen Informationen, so geschieht dies zur Falsifikation und/oder Verifikation einer bestimmten Ermittlungshypothese.¹⁰⁷¹ Im Ermittlungsverfahren werden nicht „wahllos“ Informationen gesammelt und verbunden, sondern in Bezug auf die mögliche Begehung einer konkreten Straftat, § 152 Abs. 2 StPO. „Möglich“ muss demnach immer ein relativ konkreter Sachverhalt sein, der einen Verstoß gegen eine strafrechtliche Verbotsnorm beinhaltet.¹⁰⁷² Eine Informationssammlung durch die Staatsanwaltschaft kann daher aus zwei Gründen fehlerhaft (rechtswidrig) sein: Entweder, weil der unterstellte Sachverhalt kein strafbares Verhalten darstellen würde, oder weil der unterstellte Sachverhalt zwar eine Strafbarkeit begründen würde, aber gerade keine zureichenden Gründe für die Annahme eines solchen Sachverhalts vorliegen. Betrachtet man diesen Verdacht in Relation zur Eingriffsintention, so würde sich ergeben, dass ein Anfangsverdacht dann vorliegt, wenn die Staatsanwaltschaft mit rechtmäßigen Ermittlungsmaßnahmen eine bestehende Ermittlungshypothese insoweit bestätigen kann, dass ein gerichtliches Aufklärungsverfahren verhältnismäßig würde.¹⁰⁷³ Liegt der Ermittlungshypothese also ein strafbarer Sachverhalt zugrunde, dann ist die Führung eines Ermittlungsverfahrens legal, wenn mit rechtmäßigen Ermittlungsmaßnahmen zusätzliche Informationen gewonnen werden können. In Anbetracht dessen, dass es keinen *numerus*

¹⁰⁷⁰ Vgl. in ähnlichem Kontext *Prechtel*, Staatsanwaltschaft und Ermittlungsrichter, S. 165.

¹⁰⁷¹ Zu Verdacht und Ermittlung, vgl. Abschnitt C.II.3.b.aa.

¹⁰⁷² Vgl. für Nachweise auf die Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* bereits die Ausführungen in Abschnitt C.II.3.b.aa. Die Unmöglichkeit eines um Tatsachen entkleideten Verdachtsbegriffs zeigt *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 336 in erfrischend nüchtern auf.

¹⁰⁷³ Vgl. zur relationalen Verstrickung des Anfangsverdachts Abschnitt C.II.3.b.(1).

clausus zulässiger Informationsgewinnungsmaßnahmen gibt,¹⁰⁷⁴ dürfte es praktisch selten sein, gerichtlich festzustellen, dass es *keine* denkbaren Informationsbeschaffungsmaßnahmen mehr geben kann – prinzipiell *denkbar* wäre dies, gerade wenn die Staatsanwaltschaft schon seit längerer Zeit keine erkennbaren Handlungen mehr in dem Ermittlungsverfahren getätigt hat, hingegen schon.¹⁰⁷⁵ Das *hauptsächliche* Gewicht einer gerichtlichen Kontrolle des Ermittlungsverfahrens dürfte in der rechtlichen Prüfung der Ermittlungshypothese liegen: Ein Beschuldigter hat das Recht darauf, dass die Staatsanwaltschaft keine personenbezogenen Informationen in Bezug auf einen Sachverhalt sammelt, der überhaupt kein verbotenes Verhalten darstellt.

Dieses Recht kann der Beschuldigte gemäß § 23 EGGVG einklagen.¹⁰⁷⁶ In Anbetracht dessen, dass es hauptsächlich um die rechtliche Beurteilung von unterstelltem Verhalten geht, ist die Prüfungskompetenz des Oberlandesgerichts dann auch nicht verwunderlich, sondern entspricht aus Beschuldigtenperspektive derjenigen Kontrollkompetenz, die § 172 StPO für den Verletzten eröffnet.¹⁰⁷⁷ Da das Verfahren gemäß § 23 EGGVG demjenigen des § 172 StPO weitgehend entspricht, ließe sich eine Nichtanwendung des § 23 EGGVG unter Rückgriff auf eine rechtsfortbildende Analogie zu § 172 StPO kaum methodisch begründen, weshalb § 23 EGGVG insoweit der Anwendungsvorrang eingeräumt werden sollte.

Der Hauptvorteil in einer Anwendung des § 23 EGGVG dürfte hingegen in seiner Flexibilität liegen.¹⁰⁷⁸ Versteht man die Führung der

¹⁰⁷⁴ Dies belegt die Ermittlungsgeneralklausel, § 161 Abs. 1 StPO.

¹⁰⁷⁵ Vgl. *Mansdörfer*, GA 2010, 153 (165 ff.). Für die komplementäre Situation der Nichtbetreibung eines Ermittlungsverfahrens trotz Ermittlungspflicht gegenüber dem Verletzten, BVerfG 2017, 3141 (3142).

¹⁰⁷⁶ Vgl. auch jüngst für vergleichbare Situationen einer sachwidrig wieder aufgenommenen Ermittlung nach einer Einstellung gem. § 154 StPO, *F. Eckstein*, NSTz 2017, 609 (617). Auch hier wird der Weg der Anfechtungsklage nach § 23 EGGVG präferiert.

¹⁰⁷⁷ So auch *Erb*, in: LR-StPO, § 160 Rn. 67c.

¹⁰⁷⁸ Dass derartige „Vorteile“ freilich immer auf der Klinge der Willkür balancieren, zeigt zuletzt *Froese*, Rechtslehre 2015, 481.

Ermittlung als Justizverwaltungsakt,¹⁰⁷⁹ dann kann mit der Begründung, es handele sich um eine falsche Ermittlungshypothese, die Feststellung begehrt werden, dass Ermittlungen nie hätten geführt werden dürfen – ist hingegen die Weiterführung der Ermittlungen rechtswidrig, weil keine weiteren Informationen erlangt werden können, so kann über § 23 Abs. 2 EGGVG die Verpflichtung zur nunmehrigen Einstellung begehrt werden. Letzterer Antrag wäre insbesondere auch dann zulässig, wenn die Staatsanwaltschaft über längere Zeit (i.d.R. drei Monate [!]) untätig geblieben wäre, § 27 EGGVG.¹⁰⁸⁰ Dieser Lösung wird man jedenfalls nicht entgegenhalten können, dass es sich bei staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen um „Prozesshandlungen“ handele, die vom Gesetz als Vorbereitung des gerichtlichen Aufklärungsverfahrens entsprechend § 305 StPO kontrollfrei ausgestaltet seien.¹⁰⁸¹ Es trifft zwar zu, dass die einfachgesetzliche Ausgestaltung (seit Wegfall der gerichtlichen Voruntersuchung) kein *richterliches* Vorverfahren mehr kennt, dies ändert aber nichts daran, dass die Führung eines Ermittlungsverfahrens – gezielte Informationssammlung und Informationsverknüpfung – staatlicherseits rechtfertigungsbedürftig ist und daher durch die

¹⁰⁷⁹ Was freilich unter Rückgriff auf die Figur der „Prozesshandlung“ abgelehnt wird, vgl. *Böttcher*, in: LR-StPO, § 23 EGGVG Rn. 53 unter Hinweis auf die einschlägige, aber durchweg begründungsarme OLG-Rechtsprechung. Vgl. auszugsweise *OLG-Hamm*, NJW 1965, 1241; *NStZ* 1984, 280; *OLG-Stuttgart*, NJW 1972, 2146; *OLG-Hamburg*, NJW 1972, 1586; *OLG-Frankfurt*, NStZ-RR 2005, 12; *NStZ* 2008, 78. Hierzu zusammenfassend auch *Grunst*, *Prozesshandlungen im Strafprozeß*, S. 220 ff.

¹⁰⁸⁰ Die dreimonatige Frist für Untätigkeiten einer Behörde findet sich auch in anderen Zusammenhängen als Indiz – vgl. etwa § 75 VwGO. Die Rechtsprechung misst diesem Zeitraum auch im Strafverfahren erhöhte Bedeutung zu. Etwa dann, wenn es um die Weiterleitung der Akten an das Gericht nach Abschluss der Ermittlungen geht, vgl. *BVerfG*, NStZ-RR 2007, 311; *OLG-Naumburg*, StV 2008, 365. Nicht zu Unrecht stützt sich daher auch das *LG-Frankfurt a.d. Oder*, StV 2007, 366 auch hinsichtlich der Vornahme weiterer Ermittlungshandlungen durch die Staatsanwaltschaft, auf genau diese Frist. Zu dem Themenkomplex „Recht auf Unverzögliche Ermittlungen“, vgl. *Mansdörfer*, GA 2010, 153 (158 ff.).

¹⁰⁸¹ *Peters*, in: MüKo-StPO, § 152 Rn. 54; vgl. aber auch *Grunst*, *Prozesshandlungen im Strafprozeß*, S. 225 ff.

Justizgewährleistungsgarantie einer eigenständigen¹⁰⁸² richterlichen Kontrolle zugänglich sein *muss*.¹⁰⁸³ In Anbetracht dessen, dass § 23 EGGVG als prozessuale Generalklausel eine richterliche Rechtssetzungsbefugnis für derartige Fälle zur Verfügung stellt, verfängt der Hinweis auf das Regelungssystem des Ermittlungsverfahrens nicht.¹⁰⁸⁴ Zu ergänzen bliebe schließlich, dass die Selbstständigkeit der Staatsanwaltschaft durch die gerichtliche Kontrollmöglichkeit allein deshalb nicht tangiert wird, weil gerichtlich nur kontrolliert wird, was die Staatsanwaltschaft bereits entschieden hat – und nicht etwa selbst die Ermittlungen übernimmt. Kontrollfreiheit aber – dies wurde deutlich – kann durch einen Rückgriff auf die Gewaltenteilung gerade nicht begründet werden.¹⁰⁸⁵

Zusammengefasst lässt sich zeigen, dass ein grundrechtlich verankertes materielles Recht darauf besteht, ohne sachlichen Grund nicht Ermittlungen gegen die eigene Person ausgesetzt sein zu müssen, und daher auch eine prozessuale Möglichkeit bestehen muss, dieses staatsgerichtete Recht gerichtlich letztverbindlich einzufordern. Da spezielle Rechtsbehelfe hierfür fehlen, ist auf § 23 EGGVG zurückzugreifen, der den Oberlandesgerichten gemäß §§ 27, 28 EGGVG die Kompetenz einräumt, die Staatsanwaltschaften zur Einstellung des Ermittlungsverfahrens zu verpflichten.

¹⁰⁸² Allein, dass die Frage der Rechtmäßigkeit der Ermittlungen auch im späteren Prozess thematisiert werden könnte, reicht gerade nicht aus. Vgl. BVerfGE 96, 27 (42).

¹⁰⁸³ Der Schluss von der staatlichen Rechtfertigungspflicht auf eine gerichtliche Kontrollmöglichkeit scheint nicht bestritten zu sein, vgl. *Böttcher*, in: LR-StPO, § 23 EGGVG Rn. 57 ff. m.w.N. Damit stünde einer richterlichen Überprüfung des Ermittlungsverfahrens aber nur die Nichtanerkennung einer staatlichen Rechtfertigungspflicht der Ermittlung im Wege. Wer aber sagt, dass Ermittlungen *eigentlich* gerechtfertigt werden müssen, der muss ihr auch durch richterliche Rechtssetzungskompetenz zur binnenrechtlichen Wirklichkeit verhelfen.

¹⁰⁸⁴ So aber *Rieß*, NStZ 1982, 435.

¹⁰⁸⁵ Ausführlich hierzu in Abschnitt C.II.

d. *Erzwingbare Legalitätseinstellung?*

In letzter Zeit wurde häufiger überlegt, ob neben dem Recht, *überhaupt* eine Einstellung des Ermittlungsverfahrens erzwingen zu können, auch ein Recht des Beschuldigten darauf besteht, dass die Staatsanwaltschaft eine bestimmte Form der Verfahrenseinstellung wählt.¹⁰⁸⁶ Kann etwa eine staatsanwaltschaftliche Einstellung nach § 153 StPO mit dem Ziel angefochten werden, dass das Verfahren nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt wird?

aa. Eingriffsunterlassung durch Einstellung

Eine Verfahrenseinstellung bedeutet zunächst nur, dass personenbezogene Daten *nicht* weiter in Bezug zu einer bestimmten Ermittlungshypothese gesetzt werden, das heißt, dass keine weiteren Informationen mehr gesammelt werden. Künftige Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung werden also unabhängig davon nicht mehr vorgenommen, *welche Vorschrift* herangezogen wird, um die Ermittlung nicht weiter zu führen. Wenn der Grund des Rechts auf Einstellungserzwingung aber ist, dass gerade rechtswidrige Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in Zukunft unterbleiben und dieses Ziel unabhängig von der Einstellungsbeurteilung erreicht wird, so kann sich daraus auch kein Recht auf Vornahme einer bestimmten „Einstellungsart“ ergeben. Verabschiedet man sich von dem Verständnis, dass der Einstellungsgrund mit der Einstellungsentscheidung identisch ist,¹⁰⁸⁷ so wird auch deutlich, dass die Rede von unterschiedlichen Einstellungsarten höchst missverständlich ist.

bb. „Stigmatisierungswirkungen“

Dem wurde maßgeblich von *Bayer* entgegengehalten,¹⁰⁸⁸ dass durch eine Einstellung gemäß § 153 StPO eine „Stigmatisierungswirkung“¹⁰⁸⁹ eintreten könne, die der Staat gerade beseitigen

¹⁰⁸⁶ *Hawickhorst*, StraFo 2016, 141; *Bayer*, Stigmatisierungen, *passim*.

¹⁰⁸⁷ Vgl. hierzu bereits Abschnitt D.II.3.c.ff.ccc.

¹⁰⁸⁸ *Bayer*, Stigmatisierungen, S. 77 ff.

¹⁰⁸⁹ Der Begriff der „Stigmatisierung“ ist in diesem Kontext freilich problematisch. Er wird hier nur verwendet, um an vorige Diskussionsbeiträge anzuknüpfen. Bei Licht betrachtet, geht es um die (schlichte)

müsse.¹⁰⁹⁰ Auch wenn dies prinzipiell zutreffen *kann*, lässt sich hieraus ein Legalitätseinstellungserzwingungsrecht nicht ableiten. Dies zum einen, da eine „Stigmatisierung“¹⁰⁹¹ durch Registrierung in behördeninternen Datenbanken *die Legalität der Eintragungen*, aber nicht die Frage betrifft, ob weitere Informationen gesammelt oder verwendet werden dürfen (aaa). Zum anderen, da eine mögliche „Stigmatisierung“ durch Dritte dem Staat erst dann „zugerechnet“¹⁰⁹² werden könnte, wenn diese „Stigmatisierung“ staatlicherseits erlaubt wäre – diese Erlaubnis, mit ihrer logisch begleitenden Duldungspflicht aber, im Vergleich zu der Ermittlung selbst, einen eigenständigen Eingriff darstellen würde (bbb). Das Bild der einzelnen Auswirkungen erscheint insgesamt zu differenziert, um es mit *einem* Rechtsbehelf gegen die Art der Einstellung gemeinsam abzudecken.

Frage, ob ein bestimmtes Verhalten Dritter in Bezug auf den vormaligen Beschuldigten rechtmäßig war oder ist. Der „Versuch einer Definition“ von *Bayer*, *Stigmatisierungen*, S. 79 f. geht denn auch nicht weiter als festzustellen, dass „Stigmatisierung“ eine Eigenschaftszuschreibung der Rechtsordnung ist. Schon *Luhmann* hat allerdings festgestellt, dass die Eigenschaften eines Verhaltens einer Person im Recht zunächst nur mit dem Binärcode Recht/Unrecht ausgedrückt werden können, vgl. *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 165 ff. Der Stigmatisierungsbegriff scheint daher in diesem Kontext keinen theoretischen Eigenwert liefern zu können, sondern verweist lediglich auf die Frage, ob die Rechtsordnung bestimmte Eigenschaften zurecht zuschreibt oder nicht.

¹⁰⁹⁰ *Hawickhorst*, *StraFo* 2016, 141; *Bayer*, *Stigmatisierungen*, S. 77 ff.

¹⁰⁹¹ Der Begriff der „Stigmatisierung“ ist freilich problematisch. Er wird hier nur verwendet, um an vorige Diskussionsbeiträge anzuknüpfen. Bei Licht betrachtet, geht es um die schlichte Frage, ob ein bestimmtes Verhalten Dritter in Bezug auf den vormaligen Beschuldigten rechtmäßig war oder ist. Der „Versuch einer Definition“ von *Bayer*, *Stigmatisierungen*, S. 79 f. geht denn auch nicht weiter als festzustellen, dass „Stigmatisierung“ eine Eigenschaftszuschreibung der Rechtsordnung ist. Schon *Luhmann* hat allerdings festgestellt, dass die Eigenschaften eines Verhaltens einer Person im Recht zunächst nur mit dem Binärcode Recht/Unrecht ausgedrückt werden können, vgl. *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 165 ff. Der Stigmatisierungsbegriff scheint daher in diesem Kontext keinen theoretischen Eigenwert liefern zu können.

¹⁰⁹² Zur Problematik des „Zurechnungstopos“ in derartigen Zusammenhängen, vgl. Abschnitt D.I.1.b.

aaa. Informationsspeicherung

Soweit sich die „Stigmatisierungswirkung“ der Einstellungsart in unterschiedlichen Registereinträgen niederschlägt, stellen diese Speichervorgänge eigenständige Eingriffshandlungen dar, die eigenständig angegriffen werden können müssen. Auch bei einem *rechtmäßigen* Ermittlungsverfahren müssen die Datenbestände gelöscht werden, wenn der Zweck der Speicherung nicht mehr vorliegt.¹⁰⁹³ Die Löschung von Daten ist damit nicht notwendig mit der Rechtswidrigkeit der Verfahrensführung und der Verfahrenseinstellung verbunden. Ist die Speicherung der Daten hingegen deshalb rechtswidrig, weil schon kein Ermittlungsverfahren geführt werden durfte (weil etwa die Ermittlungshypothese kein strafbares Verhalten betraf), so liegt es nahe, dass der Beschuldigte sich gegen die Führung des Ermittlungsverfahrens wenden und die Beseitigung der Speicherung *infolge* des rechtswidrig geführten Ermittlungsverfahrens als *Vollzugsfolgenbeseitigung* gemäß § 28 Abs. 1 Satz 2 EGGVG geltend machen muss.¹⁰⁹⁴ Überhaupt scheint § 28 EGGVG den praktikableren Zugriff auf die Problematik zu erlauben. Ist ein Ermittlungsverfahren bereits rechtswidrig eingeleitet, so kann über § 28 Abs. 1 Satz 4 EGGVG selbst dann eine Feststellung der rechtswidrigen Ermittlung beantragt werden, wenn das Verfahren in der Zwischenzeit eingestellt wurde. In Anbetracht dessen aber, dass die *Verfahrenseinstellung* gerade keinen *eigenständigen* Grundrechtseingriff darstellt, kann ein entsprechendes Recht auf Vornahme einer bestimmten Einstellung nicht begehrt werden: Macht ein Beschuldigter geltend, dass zu Unrecht gegen ihn ermittelt wird, so muss er sich gegen das Ermittlungsverfahren gemäß § 23 EGGVG wenden; macht er geltend, dass Daten nach Abschluss der Ermittlungen zu Unrecht weiter gespeichert werden, dann muss er sich gegen die Datenspeicherung wenden – ebenfalls gemäß § 23 EGGVG.¹⁰⁹⁵ Nur

¹⁰⁹³ BVerfG, NJW 2005, S. 1917 (1922). Vgl. auch BT-Drucks 14/1484 S. 34; Hilger, in: LR-StPO, § 483 Rn. 4.

¹⁰⁹⁴ Für die komplementäre Rechtsgestaltungskompetenz der Verwaltungsgerichte gem. § 113 Abs. 1 Satz 2 und 3 VwGO, vgl. Riese, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 113 Rn. 81 ff.

¹⁰⁹⁵ Hilger, in: LR-StPO, § 489 Rn. 16 erwägt den Lösungsanspruch analog § 161a Abs. 3 StPO gerichtlich durchzusetzen. Dagegen spricht, dass derartige Lösungsverpflichtungen in stetiger Praxis gem. § 23 EGGVG ausgesprochen werden, vgl. OLG Frankfurt, NJW

dann, wenn die Rechtswidrigkeit der Datenspeicherung gerade darauf beruht, dass zu Unrecht ermittelt wurde, kann er sich gegen die Ermittlungen wenden und die Datenlöschung im Rahmen der Vollzugsfolgenbeseitigung beantragen.

bbb. „Stigmatisierung“ durch Dritte

Da durch eine Verfahrenseinstellung gemäß § 153 StPO kein Verhalten legalisiert wird, das ohne die Einstellung gemäß § 153 StPO nicht ebenso legal wäre, kann auch unter dem Aspekt des möglicherweise „ehrverletzenden“ Verhaltens Dritter keine Eingriffswirkung einer Opportunitätseinstellung konstruiert werden. Entweder das Verhalten der Dritten ist erlaubt¹⁰⁹⁶ – dann muss der Beschuldigte das Verhalten dulden, oder das Verhalten der Dritten ist verboten – dann kann er sich gegen dieses Verhalten direkt zur Wehr setzen.¹⁰⁹⁷ Berufen sich die Dritten erlaubterweise auf eine Einstellung, die die Staatsanwaltschaft in rechtswidriger Weise vorgenommen hat, weil sie bereits nicht ermitteln durfte, dann ist Adressat der Beschwerde zwar die Staatsanwaltschaft, Gegenstand der Beschwerde ist aber auch hier nicht die Einstellung als solche, sondern das geführte und abgeschlossene Ermittlungsverfahren.

1999, 73; OLG Frankfurt, StV 1995, 349; OLG Dresden, StV 2004, 368, 68; OLG Hamburg, StraFO 2009, 24 und die richterliche Entscheidungskompetenz bei der jüngsten Reform des § 161a StPO nicht erweitert wurde. Zudem spricht § 161a Abs. 3 StPO dem Gericht lediglich die Kompetenz zu, eine Verpflichtung seitens der Staatsanwaltschaft zu *kassieren*; effektiv ist ein Rechtsschutz in diesem Zusammenhang aber nur, wenn das Gericht die Kompetenz hat, die Staatsanwaltschaft zur Löschung zu *verpflichten*.

¹⁰⁹⁶ So dürfen natürlich Dritte auf eine erfolgte Einstellung gem. § 153 StPO hinweisen. Insofern kann man sicherlich auch von einer Stigmatisierung sprechen. Bestand aber tatsächlich ein entsprechender Verdacht, dann muss hingenommen werden, dass auf diesen Verdacht hingewiesen wird. Ist der ehemals Beschuldigte der Ansicht, dass dieser Verdacht nicht berechtigt war, dann muss er nachträglich gegen das Ermittlungsverfahren vorgehen.

¹⁰⁹⁷ Gegenüber Privaten zivilprozessual über eine Unterlassungsklage. Sollte die Staatsanwaltschaft weitere Behauptungen verlautbaren, so kann der vormals Beschuldigte hiergegen verwaltungsprozessuale Unterlassungsklage erheben, vgl. BVerwG, Urteil vom 07. August 1997 – 3 C 49/96 –, juris.

cc. Einstellung gegen Auflagen

Ist eine gerichtliche Entscheidung über die Art und Weise der Einstellung nicht statthaft, so ergibt sich hinsichtlich § 153a StPO nichts Anderes. Belastet ist der Beschuldigte auch hier nicht durch die Einstellung als solche, sondern allenfalls durch die Führung des Verfahrens bis zu Einstellung.

Möglich ist in solchen Konstellationen, dass die Führung des Ermittlungsverfahrens bis zur Einstellung gegen Auflagen rechtswidrig war – dann sollte dem Beschuldigten ein Rechtsbehelf gegen das Ermittlungsverfahren zustehen¹⁰⁹⁸ – möglich ist aber auch, dass auch ohne Auflagenleistung eine Weiterführung der Ermittlungen unverhältnismäßig und daher rechtswidrig wäre. Dann hätte der Beschuldigte ein Recht auf Einstellung des Verfahrens *ohne* Auflagen und könnte einen entsprechenden Verpflichtungsantrag gemäß § 23 Abs. 2 EGGVG stellen.

Unzutreffend ist hingegen eine Argumentation, die darauf abstellt, dass ein Beschuldigter mit der Ansicht, ein „Angebot“ auf Einstellung gegen Auflage sei unrechtmäßig, es auf eine gerichtliche Prüfung im Zwischenverfahren ankommen lassen müsse.¹⁰⁹⁹ Ein Beschuldigter *kann* es hierauf ankommen lassen, er kann aber auch einen Antrag auf Verpflichtung zur Verfahrenseinstellung durch die Staatsanwaltschaft ohne Auflagenleistung stellen. Der Unterschied kann sich praktisch erheblich auswirken. Mutet man einem Beschuldigten zu, dass er den „Deal“ der Staatsanwaltschaft entweder annimmt und eine Auflage leistet, die er für ungerechtfertigt hält, oder aber den „Deal“ ablehnt, ohne dass er das drohende gerichtliche Verfahren für gerechtfertigt hält, so gibt es derzeit keine Möglichkeit festzustellen, dass bereits die Situation, die zu dem „Deal“ geführt hat, rechtswidrig war. Kann man aber sinnvoll formulieren, dass ein Beschuldigter ein Recht darauf hat, dass *nicht* gegen ihn ermittelt wird, sofern kein hinreichender Sachgrund hierfür vorliegt, dann muss man auch die Konsequenz ziehen, dass ein rechtswidriges Ermittlungsverfahren *ohne* Auflagenleistung beendet werden kann. Da im Zwischen-

¹⁰⁹⁸ Vorstehend E.I.1.c.

¹⁰⁹⁹ Vgl. etwa *Peters*, in: MüKo-StPO, § 153a Rn. 46; *Beulke*, in: LR-StPO, § 153a Rn. 116.

verfahren aber nicht geprüft wird, ob das Ermittlungsverfahren rechtmäßig geführt wurde, sondern nur, ob rechtmäßig ein Hauptverfahren durchgeführt werden könnte, kann auch nicht sinnvoll davon gesprochen werden, dass das Zwischenverfahren hinreichenden Rechtsschutz gegen eine unberechtigte Auflagenerteilung darstellt: Stimmt der Beschuldigte einem Angebot der Staatsanwaltschaft zu und leistet er die Auflagen, dann wird es keine gerichtliche Prüfung mehr geben. Stimmt er nicht zu, dann hat er selbst keine Möglichkeit mehr die Rechtmäßigkeit der bisherigen Ermittlungen überprüfen zu lassen.

Das sich darin verbergende Missbrauchspotential, „unsichere Anklagen“ mit einem Deal aus der Welt zu schaffen, ist dabei zunächst ein faktisches Problem und damit für sich nicht geeignet, eine Änderung der hergebrachten Rechtsschutzkonzeption zu rechtfertigen. Berücksichtigt man aber, dass der Beschuldigte ein unbedingtes Recht darauf hat, dass Verfahren, die nicht weiterverfolgt werden dürfen, eingestellt werden, so muss der Beschuldigte es wegen des Rechts auf Justizgewährleistung auch in der Hand haben, dieses Recht mit einem eigenen Rechtsbehelf einzufordern. Bezieht man sich dabei auf das Verfahren der §§ 23 ff. EGGVG, dann wäre damit auch keine zwingende Ermittlungssuspension verbunden. Anders als dies etwa § 80 Abs. 1 VwGO vorsieht, ist eine aufschiebende Wirkung der Anfechtung eines „Justizverwaltungsaktes“ gemäß § 23 Abs. 1 EGGVG weder vorgesehen noch regelmäßig erforderlich. Ob *daneben* Sonderrechtsbehelfe zugelassen werden müssen, die auch in Verfahren der §§ 23 ff. EGGVG Eilrechtsschutz gebieten, ist hingegen eine andere Frage und sagt über die prinzipielle Tauglichkeit des Verfahrens nichts aus.

Man wird dem Beschuldigten daher sowohl ein Recht darauf zugestehen müssen, gerichtlich eine Einstellung *ohne* Auflagen zu erzwingen, als auch grundsätzlich darauf, *nachträglich* feststellen zu lassen kann, dass die Staatsanwaltschaft zu einer Einstellung *ohne* Auflagen verpflichtet gewesen wäre. In Anbetracht dessen, dass mit einer unterlassenen Zustimmung zur Einstellung gegen Auflagen notwendig verbunden ist, dass das Verfahren weitergeführt wird und *damit* notwendig weitere Belastungen einhergehen, ist die Zustim-

mung keine *freiwillige*, sondern eine Wahl zwischen zwei Belastungen, die möglicherweise *beide* rechtswidrig sind.¹¹⁰⁰ Dass in solchen Fällen nicht von freiwilligen Entscheidungen oder einem freiwilligen Verzicht auf Rechtsschutz ausgegangen werden kann, ist an sich eine Selbstverständlichkeit, die positiv-rechtlich (in freilich anderem Kontext) ihren Ausdruck etwa in § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO gefunden hat.¹¹⁰¹

Möglich wäre hingegen, dass man das Rechtsschutzbedürfnis des Beschuldigten allein durch das *gerichtliche Zustimmungserfordernis* als gewahrt sähe. Dies würde aber die Entscheidungswirkung des gerichtlichen Zustimmungserfordernisses außer Betracht lassen: Eine fehlende Zustimmung resultiert gerade nicht in einer Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, das weitere Verfahren einzustellen. Dienen Rechtsbehelfe aber der Realisierung des Justizgewährleistungsrechts, dann müssen durch Richterspruch all diejenigen Rechte hergestellt werden, die *eigentlich* bestehen sollen: Allein die Verweigerung einer richterlichen Zustimmung *verpflichtet* die Staatsanwaltschaft (qua Zustimmungsverweigerung) aber zunächst zu nichts. Wenn das materielle Recht eine Verpflichtung der Staatsanwaltschaft vorsieht, das Verfahren ohne Auflagen einzustellen, dann kann diese Verpflichtung durch eine verweigerte gerichtliche Zustimmung gerade *nicht* letztverbindlich werden. Eine solche Gestaltungsermächtigung spricht § 28 Abs. 2 EGGVG ausschließlich dem Oberlandesgericht im Verfahren des § 23 EGGVG zu.

In beinahe gegensätzlicher Hinsicht wird man dem materiellen Recht nicht nur Verpflichtungen entnehmen können, Ermittlungsverfahren *ohne* Auflagenleistung einzustellen, sondern auch ein Recht

¹¹⁰⁰ Man mag dann auch mit *Hörnle*, Rechtstheorie 35 (2005) 175, (190), nicht von „Freiwilligkeit“, sondern schlichter Illegitimität beider Alternativen sprechen. Vgl. zu den Problemen, die mit einer allzu psychologisierenden Betrachtung der Freiwilligkeit einhergehen auch den von *Hörnle*, a.a.O. in Bezug genommenen *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 106 ff.

¹¹⁰¹ Nicht ohne Grund rückt BGHSt. 43, 195 (204 f.) die geäußerte Erwartung eines Rechtsmittelverzichts in die Nähe der verbotenen Vernehmungsmethoden.

darauf, anstatt einer Anklage oder einem Strafbefehl eine Einstellung gegen Auflage vorzunehmen.¹¹⁰² Ist sowohl eine Auflagenleistung als auch ein Strafbefehl oder eine Anklage in der Lage, das (geringe) öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen, so muss von einer Verpflichtung zur Einstellung gegen Auflage dann ausgegangen werden, wenn die Einstellung das mildere Mittel darstellt, das bestehende öffentliche Interesse zu beseitigen. Ausgeschlossen könnte eine gerichtliche Kontrolle in dieser Hinsicht nur sein, wenn man das öffentliche Interesse in den unkontrollierten Beurteilungsspielraum der Staatsanwaltschaft überantworten würde – was in Anbetracht der grundrechtsbeeinträchtigenden Wirkung der Fortführung des Ermittlungsverfahrens gerade ausgeschlossen ist.¹¹⁰³ Als besonders relevant dürfte sich in diesem Zusammenhang die oben angenommene Selbstbindungswirkung von Einstellungsrichtlinien zeigen: Erstens wird man Beschuldigten einen Informationsanspruch darauf zugestehen müssen, wie entsprechende Fälle in der Vergangenheit entschieden worden sind,¹¹⁰⁴ zweitens wird man aus dem Anspruch auf Gleichbehandlung ein Recht auf Einstellung gegen Auflage ableiten können¹¹⁰⁵ und drittens muss dieses materielle Gleichbehandlungsrecht durch eventuelle Einstellungsverpflichtungen gerichtlich durchsetzbar sein.¹¹⁰⁶ Das entsprechende gerichtliche Gestaltungsrecht ergibt sich dann seinerseits aus § 28 Abs. 2 EGGVG.

2. Zustimmungserzwingungsrecht

Stellt das Strafverfahren in jedem Stadium mindestens einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (in seiner Ausprägung als allgemeines Recht auf informationelle Selbstbestimmung) dar, dann besteht in jedem Stadium des Verfahrens ein Recht auf Einstellung des Verfahrens, sobald die legitimierenden Zwecke des Verfahrens nicht mehr vorliegen oder die noch kumulativ notwendigen Eingriffe

¹¹⁰² Freund, GA 1995, 4 (S. 16 ff.).

¹¹⁰³ C.II.3.b.bb.

¹¹⁰⁴ C.III.2.b.

¹¹⁰⁵ Selbstverständlich nur, wenn eine eingriffsintensivere Form der Verfahrenserledigung gleichheitsrechtlich nicht gerechtfertigt werden kann.

¹¹⁰⁶ Zum Verhältnis von freiheitsrechtlicher Beeinträchtigung und gleichheitsrechtlicher Rechtfertigung in der gerichtlichen Durchsetzbarkeit, vgl. Abschnitt D.I.3.b.bb.

des Verfahrens zu den Zielen des Verfahrens außer Verhältnis stehen. Dieses Recht richtet sich zwar gegen den Staat als Gesamtrechtsordnung, wird aber ausschließlich durch das Organ realisiert, dem gerade von dieser Rechtsordnung die spezifische Entscheidungskompetenz zugeschrieben wird. So kann ein *kontrollierendes* Gericht nicht einfach selbst ein staatsanwaltschaftliches Verfahren einstellen, sondern muss die Staatsanwaltschaft hierzu verpflichten. Genauso kann die Staatsanwaltschaft aber nicht durch ihre Entscheidung, etwa eine Zustimmungserklärung zu einer Verfahrenseinstellung gemäß § 153 Abs. 2 StPO zu verweigern, die Entscheidungskompetenz des Gerichts negieren. Schreibt § 153 Abs. 2 StPO aber allein dem Gericht die Entscheidungskompetenz über die Verfahrensbeendigung zu, so ändert sich an der Wirksamkeit dieser Entscheidung prinzipiell auch dann nichts, wenn die Entscheidung durch das Gericht rechtswidrig war.

Steht die Entscheidungskompetenz zur Einstellung zwar allein dem Gericht zu, ist die Staatsanwaltschaft in ihrer Zustimmungserklärung jedoch dennoch auch ihrerseits grundrechtlich gebunden, so stellt sich die Frage, welche Auswirkungen eine rechtswidrig verweigte Zustimmungserklärung der Staatsanwaltschaft auf das weitere Verfahren und die Rechtsstellung des Beschuldigten hat.¹¹⁰⁷

a. *Folgenlosigkeit*

Möglich wäre zunächst anzunehmen, dass eine verweigte Zustimmungserklärung durch die Staatsanwaltschaft diejenige Folge nach sich zieht, die § 153 Abs. 2 StPO – vom alleinigen Wortlaut her betrachtet – vorzusehen scheint: Da ein Gericht gemäß § 153 Abs. 2 StPO nur dann einstellen kann, wenn eine Zustimmung der Staatsanwaltschaft vorliegt, darf ohne Zustimmung der Staatsanwaltschaft keine Einstellung vorgenommen werden und das Verfahren läuft weiter. Nichts Anderes wird zum Ausdruck gebracht, wenn man die Zustimmungserklärung der Staatsanwaltschaft als

¹¹⁰⁷ Die Thematik wurde – soweit ersichtlich – zuerst von *Terbach*, NSZ 1998, 172 angesprochen.

schlichtweg unkontrollierbare Entscheidung versteht, die gerichtlicherseits nicht zu ersetzen oder abzuändern ist.¹¹⁰⁸ Eine solche Argumentation muss allerdings mit der Tatsache umgehen, dass eine nicht vertretbare Weiterführung des Verfahrens die Rechte des Angeklagten verletzen würde. Unabhängig von den Zustimmungsbefugnissen und Kontrollrechten hat ein Beschuldigter aber ein Recht darauf, dass er nicht mit einem unverhältnismäßigen und/oder gleichheitswidrigen Verfahren belastet wird.¹¹⁰⁹ Dem lässt sich auch nicht dadurch entgehen, dass eine grundrechtliche Rechtfertigungspflicht mit dem Hinweis auf das notwendige Zustimmungserfordernis abgelehnt. Diese Behauptung wäre gleichbedeutend damit, dass die Staatsanwaltschaft bei ihrer Zustimmungserteilung an die Grundrechte des Beschuldigten nicht gebunden wäre – was schlicht im Gegensatz zu Art. 1 Abs. 3 GG stünde. Eine Zustimmungsverweigerung der Staatsanwaltschaft kann also rechtswidrig sein, was wegen der Geltungsfunktion der Grundrechte bedeutet, dass eine rechtswidrige Zustimmungsverweigerung jedenfalls nicht gänzlich folgenlos bleiben kann.

b. Zustimmungserzwingungsverfahren

Denkbar wäre, die Zustimmung der Staatsanwaltschaft als eigenständigen Justizverwaltungsakt einzuordnen, der gemäß § 23 Abs. 2 EGGVG selbstständig erzwungen werden

¹¹⁰⁸ Dies entspricht der ganz herrschenden Auffassung, vgl. *Peters*, in: MüKo-StPO, § 153 Rn. 48; *Beulke*, in: LR-StPO, § 153 Rn. 68 mit je zahlreichen Nachweisen.

¹¹⁰⁹ In diesem Zusammenhang ist BGHSt. 35, 137 (142) interessant: Der *Bundesgerichtshof* stellt hier ein Revisionsverfahren gem. § 260 Abs. 3 StPO ein, weil das vorinstanzliche Landgericht unter Duldung der Staatsanwaltschaft willkürlich die Revisionsakten nicht weitergeleitet habe. Begründet wird das Urteil damit, dass das gegebene öffentliche Interesse an der Strafverfolgung und die mögliche Schuld des Angeklagten keine weitere Verfahrensbelastung wegen *Unverhältnismäßigkeit* erlaube. Weil das weitere Verfahren aber unverhältnismäßig sei, könne der *Bundesgerichtshof* das Verfahren selbst und ohne Zustimmung der Staatsanwaltschaft einstellen. Diese Entscheidung kann man so lesen, als würde auch der *Bundesgerichtshof* davon ausgehen, dass es keinen kategorischen Unterschied zwischen Einstellungen nach § 153 Abs. 2 StPO und solchen nach § 260 Abs. 3 StPO gibt. Vgl. zu dieser Entscheidung auch den Abschnitt E.I.2.d.

kann.¹¹¹⁰ Dagegen spricht allerdings, dass von der Zustimmung der Staatsanwaltschaft keine Regelungswirkung in dem Verhältnis zwischen Staat und Angeklagtem ausgeht. Die Zustimmung hat keine unmittelbare rechtsgestaltende Wirkung gegenüber dem Angeklagten, sondern allenfalls Einfluss darauf, ob das Gericht durch seine *gerichtliche* Verfahrenseinstellung das Verhältnis Staat – Bürger in bestimmter Art regeln darf.¹¹¹¹ Durch die fehlende Zustimmung wird ein Gericht rechtlich nicht *gehindert*, ein Verfahren einzustellen: Man kann zwar der Ansicht sein, dass das Gericht eine Einstellung in diesem Fall nicht vornehmen darf; trifft das Gericht dennoch einen Einstellungsbeschluss, so ist dieser Beschluss gleichwohl *wirksam* und muss durch einen Beschwerdebeschluss erst wieder beseitigt werden.¹¹¹² Ist die Zustimmung der Staatsanwaltschaft für die Wirksamkeit des gerichtlichen Einstellungsbeschlusses aber unerheblich, so kann der Zustimmungserklärung durch die Staatsanwaltschaft auch keine Regelungswirkung in Bezug auf den Beschuldigten zugeschrieben werden.

c. *Ersetzungspflicht des Gerichts*

Geht das Gericht von einer rechtswidrigen Zustimmungsverweigerung aus – wovon auszugehen sein dürfte, wenn das Gericht sich selbst zur Einstellung verpflichtet ansieht – dann könnte auch erwogen werden, trotz verweigerter Zustimmung das Verfahren gerichtlicherseits einzustellen. Problematisch ist ein solches Verständnis des § 153 Abs. 2 StPO allerdings dann, wenn man der Staatsanwaltschaft dennoch die Beschwerdekompetenz gemäß

¹¹¹⁰ So der Vorschlag von *Terbach*, NStZ 1998, 172.

¹¹¹¹ Die Problematik ist in dieser grundsätzlichen Konstellation keine strafprozessual spezifische. Vgl. etwa die baurechtliche Problematik, ob das verweigerte gemeindliche Einvernehmen nach § 36 BauGB eigenständig eingefordert werden kann, oder in notwendigem Zusammenhang mit der erstrebten (oder zu verhindernden) Baugenehmigung steht. Vgl. aus jüngerer Zeit hierzu *VGH-Mannheim*, KommJur 2017, 151. Zum Rechtsschutz des Bauantragsstellers vgl. *Hofmeister*, in: BeckOK BauGB, § 36 Rn. 43 f.

¹¹¹² Vgl. *OLG-Hamm*, NStZ-RR 2004, 144; *LG Krefeld*, NJW 1976, 815; *Beulke*, in: LR-StPO, § 153 Rn. 82; *B. Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 153 Rn. 57.

§ 153 Abs. 2 Satz 4 StPO abspricht – was in Anbetracht der rigorosen Formulierung naheliegend ist. So wäre die Entscheidung des Gerichts seitens der Staatsanwaltschaft nicht mehr kontrollierbar, was wiederum das Zustimmungserfordernis selbst entwerten würde: Wenn die gerichtliche Ersetzung des staatsanwaltschaftlichen Zustimmungserfordernisses nicht anfechtbar ist, so wäre die Begründung einer Ersetzung nicht kontrollierbar, was zwar die Gefahr einer willkürlichen Zustimmungsverweigerung ausschließen, diese aber durch die Gefahr einer willkürlichen Übergehung der staatsanwaltschaftlichen Zustimmung ersetzen würde.¹¹¹³ In Anbetracht des grundsätzlich *zwingend* vorgesehenen Zustimmungserfordernisses ein wenig überzeugender Ausweg.

d. Zustimmung oder Beschwerdemöglichkeit

Eine sachgerechte Lösung lässt sich jenseits des § 153 Abs. 2 StPO finden: Versteht man die gerichtliche Einstellung des Verfahrens zunächst von seiner regelnden Wirkung her – dass nämlich der Angeklagte gerichtliche Eingriffe durch die Verfahrenswirkung nicht mehr dulden muss – so zeigt sich, dass es nicht „die Einstellung gemäß § 153 Abs. 2 StPO“ und „die Einstellung gemäß § 260 Abs. 3“ und „die Einstellung gemäß § 206a“, sondern schlicht *eine* Möglichkeit der Verfahrenseinstellung gibt, die in der Kontrollinstanz mit *verschiedenen* Begründungen angefochten werden kann.¹¹¹⁴ Die rechtliche Wirkung aller Verfahrenseinstellungen¹¹¹⁵ ist zunächst gleich – stets wird das Verfahren schlicht nicht weiterbetrieben. Wenn aber

¹¹¹³ Weshalb in derartigen Konstellationen von einem „aufleben“ der staatsanwaltschaftlichen Beschwerdebefugnis ausgegangen wird. Vgl. *OLG-Hamm*, NStZ-RR 2004, 144; *LG Krefeld*, NJW 1976, 815; *Beulke*, in: LR-StPO, § 153 Rn. 82; *B. Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 153 Rn. 57.

¹¹¹⁴ Die gleiche Aussage trifft, wer alle Einstellungen des Gerichts als Unterfälle von §§ 206a, 261 StPO ansieht. Vgl. hierzu auch die parallele Argumentation hinsichtlich des § 153 Abs. 1 als Unterfall zu § 170 Abs. 2 StPO die Darstellung bei *Graalman-Scherer*, in: LR-StPO, § 170 Rn. 33, die diese Frage als „praktisch bedeutungslos“ ansieht.

¹¹¹⁵ Gemeint ist die Wirkung in Bezug auf das laufende Verfahren. Dass unterschiedliche Einstellungsgründe die Zulässigkeit künftiger Verfahren betreffen können (§ 153a Abs. 1 Satz 5 StPO) sei nicht bestritten.

die Verfahrenswirkung unabhängig davon eintritt, auf welche gesetzliche Vorschrift sich das Gericht beruft, dann verwundert es, dass die Zulässigkeit von Beschwerdemöglichkeiten genau hiervon abhängen soll.

Zwingend jedenfalls, ist die Lesart der herrschenden Ansicht nicht. So kann § 153 Abs. 2 Satz 4 StPO auch als Regelung gelesen werden, die die Beschwerdemöglichkeit der Staatsanwaltschaft gerade deshalb ausschließt, weil die Staatsanwaltschaft durch ihren erklärten Konsens mit der Entscheidung des Gerichts zum Ausdruck gebracht hat, die Entscheidung des Gerichts gerade nicht mehr anfechten zu wollen. So schließt § 153 Abs. 2 Satz 4 StPO nicht die Beschwerde gegen eine gerichtliche Einstellung aus, die vom Gericht (fälschlich) auf § 153 Abs. 2 StPO gestützt wird, sondern schließt die Beschwerdebefugnis der Staatsanwaltschaft dann aus, wenn und soweit die Staatsanwaltschaft zuvor einer Einstellung zugestimmt hat. Genauso, wie Rechtsmittel nach allgemeiner Lesart ausgeschlossen sind, wenn auf sie verzichtet wird, so stellt § 153 Abs. 2 Satz 4 StPO klar, dass ein Recht zur Beschwerde dann nicht mehr zusteht, wenn auf dieses Recht wirksam durch Zustimmung zu der Maßnahme verzichtet wurde, die später prinzipiell angefochten werden könnte.

So gesehen besteht dann aber auch kein Bedürfnis, eine nicht abgegebene Zustimmung der Staatsanwaltschaft i.R.d. § 153 Abs. 2 StPO gerichtlich zu *ersetzen*: Hält das Gericht eine Weiterführung des Verfahrens für unverhältnismäßig, so *muss* es das Verfahren einstellen, weil grundrechtsverletzende Verfahren nicht geführt werden dürfen.

Wie ein Blick auf die Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* im Zusammenhang mit der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerungen zeigt, kann ein laufendes Verfahren in eine Unverhältnismäßigkeit hineinwachsen und sich hieraus ein zwingendes Verfahrenshindernis ergeben.¹¹¹⁶ Ähnliches nimmt auch der *Bun-*

¹¹¹⁶ Etwa BVerfG, Beschluss vom 21. Juni 2006 – 2 BvR 750/06 u. a. - , juris, Rn. 15; BVerfG, NJW 1984, 967; BVerfG, NStZ-RR 2005, 346

desgerichtshof im Zusammenhang mit rechtsstaatswidrigen Tatprovokationen an: Auch hier soll sich die Rechtsstaatswidrigkeit aus einer Abwägung der „Provokationsintensität“ mit dem vorher schon vorhandenen Tatverdacht ergeben.¹¹¹⁷ Verdacht und zulässige Verfahrenshandlungen werden auch hier in ein Verhältnis zueinander gesetzt und versucht daraus auf die Zulässigkeit eines weiteren Verfahrens zu schließen. Schließlich findet sich auch eine Entscheidung, in der der *Bundesgerichtshof* eigenmächtig eine Einstellung auf § 260 Abs. 3 StPO stützt, weil die Weiterführung des Verfahrens mit Blick auf die zu erwartende Schuld und das gegebene öffentliche Interesse an der Strafverfolgung unverhältnismäßig wäre.¹¹¹⁸ Die Besonderheit dieser Entscheidung liegt darin, dass der *Bundesgerichtshof* die Einstellung inhaltlich auf Gründe des § 153 Abs. 2 StPO gestützt hat, gleichwohl eine Zustimmung der Staatsanwaltschaft nicht für notwendig hielt. *Begründet* wird dies damit, dass die Weiterführung des Verfahrens gerade deshalb unverhältnismäßig wäre, weil auch die Staatsanwaltschaft zugelassen habe, dass das vorinstanzliche Landgericht die Revisionsakten nicht rechtzeitig an den *Bundesgerichtshof* weitergeleitet habe. Weil dieses Verhalten (auch) der Staatsanwaltschaft *willkürlich* sei, könne es auf die Zustimmung der Staatsanwaltschaft zur Einstellung nicht mehr ankommen. Auch der *Bundesgerichtshof* geht in dieser Entscheidung also nicht davon aus, dass zwischen den jeweiligen Einstellungsarten kategorische Unterschiede bestünden, die unter allen Umständen eine Einstellung nach anderen Vorschriften ausschließt. Der *Bundesgerichtshof* übergeht nicht einfach die Zustimmungspflichtigkeit der Staatsanwaltschaft, die für eine Einstellung nach § 153 Abs. 2 StPO notwendig wäre, sondern stützt die inhaltlich für zwingend befundene Entscheidung *wegen* der fehlenden Zustimmung schlicht auf eine andere gesetzliche Ermächtigungsnorm.

Die fehlende staatsanwaltschaftliche Zustimmung verhindert also nicht die Einstellungsbefugnis des Gerichts, sie bewirkt nur, dass der Staatsanwaltschaft grundsätzlich das Beschwerderecht gegen die

(347); vgl. auch BGH, Urteil vom 13. März 2008 – 4 StR 511/07 –, Rn. 20, juris.

¹¹¹⁷ BGHSt. 60, 276 (284 f.); dort auch mit Verweis auf BGH, NSTZ 2014, 277 (279); BGHSt. 32, 345 (346 f.).

¹¹¹⁸ BGHSt. 35, 137 (142).

gerichtliche Entscheidung erhalten bleibt. Im Beispielsfall des *Bundesgerichtshofs* war dies nur deshalb ausgeschlossen, weil es sich um ein Einstellungsurteil der höchsten Instanz handelte.

Bei all dem bleibt der Staatsanwaltschaft gleichwohl die Möglichkeit, den gerichtlichen Einstellungsbeschluss (§ 206a StPO) oder das Einstellungsurteil (§ 260 Abs. 3 StPO) inhaltlich kontrollieren zu lassen. Das jeweilige Kontrollgericht prüft in einem solchen Fall nicht etwa, ob die Staatsanwaltschaft ihre Zustimmung rechtswidrig verweigert hat, sondern allein, ob die Einstellungsentscheidung des Ausgangsgerichts fehlerhaft war. Wichtig ist diese Differenzierung, weil das Kontrollgericht das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft etwa nicht mit der Begründung verwerfen kann, dass die Zustimmung willkürlich verweigert wurde, sondern allein deshalb, weil die Entscheidung des Ausgangsgerichts rechtmäßig war.

Mit diesem Verständnis ließe sich schließlich auch die Notwendigkeit der Zustimmung des Angeklagten erklären: Durch die Verfahrenseinstellung wird *nicht* letztverbindlich über den Tatvorwurf entschieden, womit weder festgestellt wird, dass der Angeklagte verboten, noch, dass er *nicht*-verboten gehandelt hat.¹¹¹⁹ Der Angeklagte steht damit aus grundrechtlicher Perspektive bei einer Verfahrenseinstellung *schlechter* als im Falle eines Freispruchs. Ist die Weiterführung des Verfahrens dem Angeklagten gegenüber unverhältnismäßig, so gilt dies selbstverständlich nur, wenn der Angeklagte nicht selbst die Verpflichtungen durch das weitere Verfahren eingehen *will*. Durch § 153 Abs. 2 StPO und das Zustimmungserfordernis des Beschuldigten wird damit gesichert, dass das Verfahren gegen den Angeklagten nicht *gegen dessen Willen* aufgrund einer Unverhältnismäßigkeit *ihm gegenüber* eingestellt wird. Übergeht das Gericht den Angeklagten, so kann sich dieser trotz dessen, dass das Gericht

¹¹¹⁹ B. Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 153 Rn. 34 stellt daher richtig fest, dass durch die Einstellung der Angeklagte nicht *beschwert* wird. Dies betrifft allerdings nur die abwehrrechtliche Grundrechtsposition, denn das Zustimmungsrecht des Angeklagten, sowie § 156 StPO stellen insofern klar, dass es nach Eröffnung des Hauptverfahrens ein grundsätzliches Recht des Beschuldigten auf Sachentscheidung gibt. Entsprechendes ist über alle Prozessordnungen vergleichbar geregelt, vgl. § 92 VwGO und § 269 ZPO für die Unzulässigkeit einer einseitigen Klagerücknahme.

die Einstellung auf § 153 Abs. 2 StPO gestützt hat, mit der Beschwerde gegen den Einstellungsbeschluss wenden.¹¹²⁰ Ein Zustimmungserzwingungsrecht des Angeklagten zu einer Einstellung gemäß § 153 Abs. 2 StPO ist danach solange nicht erforderlich, wie man anerkennt, dass auch eine gleichheitswidrige Verfahrensführung eine unverhältnismäßige Verfahrensführung darstellen kann. Kann eine Verfahrensführung nicht gerechtfertigt werden, so besteht ein Verfahrenshindernis, dem ein Gericht notfalls mit einer „eigenmächtigen“ Einstellung nach § 206a StPO oder § 260 Abs. 3 StPO begegnen muss. Der Bundesgerichtshof hat in einem krassen Fall rechtsstaatswidriger Verfahrensführung genau diese Lösung gewählt. Die Begründung in BGHSt. 35, 137 (142) im Wortlaut: „Es kam (...) lediglich eine Einstellung nach § 153 StPO ohne zusätzliche Auflagen in Betracht. Denn das öffentliche Interesse an der Wahrnehmung der ohnehin nur geringen Wahrscheinlichkeit, den Sachverhalt im Sinne einer Verurteilungsreife aufklären zu können, ist weggefallen, weil (...) jahrelange Verfahrensverzögerung im Ergebnis darauf hinauslief[en], die Überprüfung des Urteils durch das Revisionsgericht innerhalb zumutbarer Zeit zu verhindern. Die Schuld der Angeklagten wäre, falls sie überhaupt in einem neuen Verfahren zu beweisen wäre, gering im Sinne des § 153 StPO. Eine Strafe in der bisher verhängten Höhe käme schon deswegen nicht in Betracht, weil das Landgericht bei der Strafzumessung wegen Untreue nicht zugunsten der Angeklagten berücksichtigt hat, daß die Angeklagten (...) jahrelang unter dem - zeitweise mit dem Vollzug von Untersuchungshaft verbundenen - Druck des Verfahrens gestanden haben und die zuständigen Justizorgane trotzdem die Revisionsentscheidung des Bundesgerichtshofs innerhalb einer rechtsstaatlich noch hinnehmbaren Frist ohne sachlichen Grund verhindert haben. **Dieser Beurteilung hat sich jedoch die Staatsanwaltschaft verschlossen und die in § 153 StPO vorgesehene Zustimmung verweigert. Die aufgezeigten verfahrensrechtlichen und materiellrechtlichen Besonderheiten des Falls ließen daher als rechtsstaatlich gebotene Folgerung aus dem - nach Verweigerung der Zustimmung zur Einstellung nach § 153 StPO - irreparablen**

¹¹²⁰ Vgl. *OLG-Frankfurt*, NStZ-RR 1998, 52.

Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot bei der Zuleitung der Akten vom Landgericht an den Bundesgerichtshof **nur den gerichtlich anzuordnenden Abbruch des Verfahrens zu.**¹¹²¹

II. Rechtsschutzmöglichkeiten des Verletzten

Für den Verletzten gilt es zu prüfen, inwiefern das Recht auf Feststellung einer Rechtsverletzung durch den Beschuldigten sich auf das Klageerzwingungsverfahren auswirkt. Schließt man sich dabei der hier vertretenen Auffassung an, dass im derzeitigen Prozesssystem einzig das Strafverfahren in solchen Fällen die Möglichkeit der grundrechtlichen Justizgewährleistung bietet, so sind daraus für die Durchführung des Klageerzwingungsverfahrens folgende Konsequenzen zu ziehen:

1. Kontrolldichte im Klageerzwingungsverfahren

Das Klageerzwingungsverfahren dient dem Recht auf Justizgewährleistung und setzt als solches auch eine verfassungsrechtliche Systematisierung der §§ 172 ff. StPO voraus. Dies führt dazu, dass nicht weiter an der These von der gerichtlich nicht kontrollierbaren Verdachtsbeurteilung der Staatsanwaltschaft festgehalten werden kann.¹¹²² Lehnt die Staatsanwaltschaft eine Anklageerhebung ab, so bleibt (Privatklageverfahren unberücksichtigt) dem Verletzten *keine* Möglichkeit mehr, über die behauptete Rechtsverletzung gerichtlich entscheiden zu lassen. Da aber nicht die Staatsanwaltschaft letztverbindlich über die Geltung des Justizgewährleistungsrechts eines Verletzten entscheiden kann, setzt dies wiederum voraus, dass die rechtlichen Voraussetzungen der Verfahrenseinstellungen als Ausschluss des Justizgewährleistungsrechts durch ein Gericht vollständig rechtlich überprüft werden können müssen. Dies impliziert eine Kontrolle dessen, ob die Staatsanwaltschaft die Beweislage zulasten des Beschuldigten grundsätzlich richtig eingeschätzt *und* den Umfang der Grundrechtsgeltung des Verletzten bei Auslegung der jeweiligen Strafrechtsnorm richtig bewertet hat.¹¹²³

2. Erstreckung auf Opportunitätseinstellungen

Da einem Verletzten ein grundsätzliches Recht auf Justizgewährleistung zusteht, ist ihm gegenüber *jede* Einstellung zu rechtfertigen. Da

¹¹²¹ BGHSt. 35, 137 (142) – Hervorhebungen nur hier.

¹¹²² C.II.3.b.aa.

¹¹²³ Ausführlich hierzu und zum Folgenden D.II.3.c.ff.ccc.

(jenseits der Privatklagedelikte) das Recht auf Justizgewährleistung nur durch eine staatsanwaltschaftliche Anklage gewährt werden kann, verletzt die Staatsanwaltschaft durch nicht hinreichend begründbare Verfahrenseinstellungen das Recht des Verletzten auf gerichtliche Entscheidung. Weder steht der Staatsanwaltschaft hinsichtlich der Verfahrenseinstellungen ein unkontrollierbarer Beurteilungsspielraum zu,¹¹²⁴ noch darf die Staatsanwaltschaft allein dadurch, dass sie die Einstellung auf § 153 Abs. 1 StPO stützt, ein Klageerzwingungsverfahren undurchführbar machen. § 172 Abs. 2 Satz 3 StPO ist mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben so auszulegen, dass ein Klageerzwingungsverfahren zwar nicht darauf gestützt werden kann, dass trotz geringer Schuld das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung hätte angenommen werden müssen. Ein Klageerzwingungsverfahren muss aber immer darauf gestützt werden können, dass die Staatsanwaltschaft die Rechte des Verletzten – und zwar bei *jeder* Einstellungsentscheidung – nicht hinreichend berücksichtigt habe. Bei näherer Betrachtung lässt sich so aber etwa auch die Frage der Beurteilung der „geringen Schuld“ (§ 153 StPO) durch die Staatsanwaltschaft kaum von der Frage nach einem „hinreichenden Tatverdacht“ (§§ 203, 170 StPO) lösen: Gibt es einen Verletzten, so ist die Staatsanwaltschaft stets zur Herbeiführung der Voraussetzungen eines Gerichtsurteils verpflichtet, wenn die Durchführung des gerichtlichen Verfahrens – *insbesondere* auch mit Blick auf den Umfang der möglicherweise festzustellenden Verantwortlichkeit (Schuld) des Beschuldigten gegenüber dem Verletzten – nicht unverhältnismäßig wäre. Diese Voraussetzungen müssen gerichtlich letztverbindlich geprüft und entschieden werden können, weshalb kein Raum für rechtlich letztverbindliche Verfahrensentscheidungen der Staatsanwaltschaft gegenüber dem Verletzten bleibt.

Ist dies hinsichtlich einer Einstellung gem. § 153 StPO durch die Staatsanwaltschaft noch verhältnismäßig unproblematisch, erscheint dieser Lösungsansatz mit der gesetzlich vorgesehenen Ein-

¹¹²⁴ Zur Kontrolle staatsanwaltschaftlicher Schlüsselentscheidungen, vgl. Abschnitt C.II.3.

stellungswirkung des § 153a Abs. 1 Satz 5 StPO in Konflikt zu geraten.¹¹²⁵ Angenommen ein Beschuldigter erfüllt seine staatsanwaltschaftlich auferlegten Auflagen und nach Aufлагenerfüllung verpflichtet das OLG die Staatsanwaltschaft dazu, wegen eines Vergehens¹¹²⁶ Anklage zu erheben. Betrachtet man in einem solchen Fall den Wortlaut des § 153a Abs. 1 Satz 5 StPO isoliert, so dürfte das OLG diese Verpflichtung nicht aussprechen, weil ein Verfahrenshindernis eingetreten ist.¹¹²⁷ Würde man daran festhalten, dann hätte es die Staatsanwaltschaft in der Hand, auch über die Grundrechtsgeltung der Verletzten¹¹²⁸ letztverbindlich – rechtskräftig – entscheiden zu können, da eine letztverbindliche gerichtliche Entscheidung im Vergehensbereich gesperrt wäre – eine Konsequenz, die im Widerspruch zu den gefundenen Grundsätzen der Justizgewährleistung stünde.¹¹²⁹ Daraus kann man folgern, dass die Regelung des § 153a Abs. 1 StPO, insoweit sie verletztenbezogene Vergehen betrifft, verfassungswidrig ist. Vorzugswürdig erscheint es aber, § 153a Abs. 1 Satz 5 StPO so zu verstehen, dass lediglich eine solche Einstellungsentscheidung ein Verfahrenshindernis für die Verfolgung einer Vergehenstat auslöst, die die Rechte des Verletzten hinreichend berücksichtigt hat. Nur eine staatsanwaltschaftliche Einstellung, die die „Schwere der Schuld“ nicht fehlerhaft beurteilt hat, kann demnach ein Verfahrenshindernis darstellen. Sieht die Staatsanwaltschaft demgegenüber eine Auflagenleistung als geeignet an, das öffentliche Verfolgungsinteresse zu beseitigen, so steht ihr die letztverbindliche Beurteilung dieser Frage zu und auch ein Gericht muss sich an dieser Entscheidung festhalten lassen. Auch hier kann also keine Klageerzwingung mit der Begründung erfolgreich sein,

¹¹²⁵ So *Diemer*, in: KK-StPO, § 153a Rn. 48 m.w.N. Der dortige Hinweis auf BVerfG NJW 2002, 815 geht allerdings ins Leere: Zu der Frage, ob gerade § 153a Abs. 1 Satz 5 die Durchführung eines Klageerzwingungsverfahrens verhindert, verhält sich die Kammerentscheidung nicht.

¹¹²⁶ § 153a Abs. 1 Satz 5 StPO enthält nur eine vergehensbezogene Verfahrenssperre. Vgl. auch *OLG Bamberg* NStZ 2011, 535.

¹¹²⁷ Die h.M. scheint hinsichtlich der Einstellung gem. § 153a StPO und der damit verbundenen Sperrwirkung für weitere Verfahren nicht danach differenzieren zu wollen, ob die Einstellung durch ein Gericht oder die Staatsanwaltschaft vorgenommen wurde, vgl. *Weßlau/Deiters*, in: SK-StPO, § 153a Rn. 68 ff.

¹¹²⁸ Zum „grundrechtlichen Strafverfolgungsanspruch“ ausführlich D.II.

¹¹²⁹ Siehe Abschnitt C.

dass eine Auflage nicht geeignet gewesen wäre, das Verfolgungsinteresse zu beseitigen. Nicht festhalten lassen muss sich aber ein Verletzter, der meint, eine Einstellung nach § 153a StPO habe nicht hinreichend die Schwere der Schuld ihm gegenüber berücksichtigt. Für den Anwendungsbereich des Klageerzwingungsverfahrens kann die Entscheidung der Staatsanwaltschaft hinsichtlich der verletztenbezogenen „Schwere der Schuld“ keine Bindungswirkung entfalten, sodass § 153a Abs. 1 Satz 5 StPO insoweit kein Verfahrenshindernis für solche Verfahren begründet, die auf eine Anklageverpflichtung durch das OLG im Klageerzwingungsverfahren zurückzuführen sind. Für den Anwendungsbereich der Privatklage bedeutet dies, dass allein die Einstellung gem. § 153a StPO durch die Staatsanwaltschaft eine Privatklage nicht unzulässig machen kann und § 153a Abs. 1 Satz StPO insofern auch kein Verfahrenshindernis für eine Privatklage darstellt. Dem Vertrauen des Beschuldigten, dass die Einstellung der Staatsanwaltschaft endgültig war, ließe sich dadurch hinreichend Rechnung tragen, dass die Abgeltung des öffentlichen Verfolgungsinteresses durch Auflagenleistung (erheblich)¹¹³⁰ in der etwaigen Strafzumessung berücksichtigt wird.¹¹³¹

III. Rechtsschutzmöglichkeiten von Drittbetroffenen

Die Untersuchung des Eingriffsbegriffs und der grundrechtlichen Rechtfertigungspflicht der Staatsanwaltschaft lassen an der grundsätzliche Möglichkeit des Rechtsschutzes von Dritten gegen staatsanwaltschaftliche Maßnahmen keinen prinzipiellen Zweifel aufkommen.¹¹³² Auch nicht explizit adressierte Dritte haben ein Recht darauf, dass ihre Belange von Ermittlungsbehörden berücksichtigt werden. Weil ihnen dieses Recht materiell zusteht und eine Beeinträchtigung der Selbstbestimmung auch nicht durch eine quantitative Ba-

¹¹³⁰ Steht man dann auf dem Standpunkt, dass die Strafe nur dem öffentlichen Interesse dient, dann müsste zwingend von der Strafverhängung abgesehen werden.

¹¹³¹ Für den Fall, dass die Tat als ein Verbrechen weiterverfolgt wird, entspricht dies dem Vorschlag von *Weßlau/Deiters*, in: SK-StPO, § 153 Rn. 72.

¹¹³² Hierzu Abschnitt D.I.2.; vgl. jüngst auch *BVerfG*, NJW 2017, 3141 (3142).

gatellgrenze nach unten aufgelöst wird, *müssen* diese Rechte gerichtlich geprüft werden können.¹¹³³ Soweit das Selbstbestimmungsrecht des jeweilig Drittbetroffenen reicht, kann daher grundsätzlich *jede* auch nur mitbetroffene Person als Dritter die Geltung dieses Selbstbestimmungsrechts gerichtlich einfordern.¹¹³⁴

Unbegrenzt wird dadurch das Klagerecht Dritter nicht ausgeweitet. Auch eine verdeckte Popularklage gegen jegliche Art von Ermittlungshandlung steht nicht zu befürchten. Die hier vorgesehene Klagengrenze bezieht sich dabei nicht auf *quantitative* Belastungsintensitäten, sondern ist allein *qualitativ* anhand der eingeklagten Grundrechtsposition zu bestimmen: Da auch im Wege richterlicher Rechtssetzung nur eigene Rechte festgestellt werden können, ist dies jedoch weder eine prozessuale Einschränkung *an-sich* garantierter materieller Rechtspositionen, sondern allein eine Frage grundrechtlicher Geltungsreichweite. Anders gewendet: Da ein Gericht nur diejenigen Rechte verbindlich herstellen kann, die *materiell* bestehen *sollen*, muss ein Prätendent immer zeigen können, dass gerade die Geltung der eigenen Selbstbestimmung (und nicht etwa die einer anderen Person) gerichtlich zur Wirksamkeit gebracht werden soll.¹¹³⁵ Dies soll anhand zweier Beispiele, illustriert werden:

Beispiel 1:

Eine Unternehmerin hat ein Recht darauf, dass die Staatsanwaltschaft bei einer Zeugenvorladung eines Arbeitnehmers auch berücksichtigt, dass durch die Vorladung das Leistungsrecht der Unternehmerin gegenüber ihrem Arbeitnehmer gemäß § 275 Abs. 1 BGB (absolute Fixschuld) untergeht. Wird das zugeschriebene Recht auf Leistungsforderung durch staatliche Rechtssetzung (hier Vorladung) beeinträchtigt,

¹¹³³ Zur Eingriffsdogmatik, D. I.1.

¹¹³⁴ Zum Eingriff und rechtfertigungsbedürftiger Drittbeeinträchtigung, D.I.2.

¹¹³⁵ *Buchheim*, Actio, Anspruch, subjektives Recht, S. 71 f. hat jüngst im Anschluss an *Bühler*, Subjektive Rechte, S. 224 das subjektive Recht als Abgrenzungstechnik zum Allgemeinbelang bezeichnet. Ähnlich auch *Sheplyakova*, DZPhil 2016, 46 (55 ff. und 61 ff.), die eine damit verbundene Klagemöglichkeit demokratietheoretisch als „Gegen-Politik“ in den Prozess eingliedert, den *Möllers*, Die drei Gewalten, S. 57 ff. als organisierte Selbstbestimmung legitimierungstheoretisch für die strukturierte Rechtssetzung im Staat rekonstruierte.

Schlussfolgerungen

so ist dies der Person gegenüber zu rechtfertigen, die hierdurch ihr Recht verliert. Dies ist im Beispielsfall auch die Unternehmerin. Weil die Unternehmerin gegenüber dem Staat ein Recht darauf hat, dass ihre Rechtsposition nicht grundlos eingeschränkt wird, hat sie ein Recht auf Justizgewährleistung gegenüber dem Gericht darauf, dass über die Rechtmäßigkeit der eigenen Grundrechtsbeeinträchtigung rechtsverbindlich entschieden wird. Ausgeschlossen ist allerdings, dass die Unternehmerin damit gehört wird, dass die Vorladung des Arbeitnehmers dessen Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigt habe. Dieser Aspekt ist von den Rechten der Unternehmerin gegen den Staat unabhängig und betrifft nicht die eigene Selbstbestimmung.

Beispiel 2:

Der Nachbar hat ein Grundrecht gegen den Staat darauf, dass er Geräuschmissionen grundsätzlich nicht dulden muss. Wird durch eine nächtliche Durchsuchung dieser Nachbar dennoch verpflichtet, Geräuschmissionen zu dulden, so setzt sein Recht auf Justizgewährleistung voraus, dass er gerichtlich eine nicht hinreichende Berücksichtigung seines Rechts auf körperliche Unversehrtheit bei der Durchsuchung geltend machen kann. Ausgeschlossen ist hingegen, dass der Nachbar gerichtlich feststellen lässt, dass die Rechte des von der Durchsuchung Betroffenen verletzt wurden.

Die StPO selbst ist diesen notwendigen Klagerechten gegenüber Dritten nicht blind. So nehmen beispielsweise §§ 305 a.E., 101 Abs. 7 StPO, 98 Abs. 2 Satz 2 StPO explizit Bezug auf die materiellrechtlich „Betroffenen“ und nicht etwa nur auf Zeugen oder Beschuldigte. Dass die Einbeziehung der „Dritten“ unter den Auspizien der Justizgewährleistung dennoch neue Perspektiven eröffnen kann, sei an der behördlichen Benachrichtigungspflicht im Anschluss an heimliche Überwachungsmaßnahmen verdeutlicht:

Prinzipiell sind die Behörden gemäß § 101 Abs. 4 StPO verpflichtet, allen betroffenen Personen heimlicher Überwachungsmaßnahmen nachträglich Mitteilung über den Überwachungsvorgang zu machen. Diese Benachrichtigungspflicht erfährt in derselben Regelung zahlreiche Ausnahmen, die unter dem Aspekt der Gefährdung anderer oder einer Gefährdung des Untersuchungserfolges nicht prinzipiell problematisch erscheinen.¹¹³⁶ § 101 Abs. 4 Satz 4 StPO erlaubt

¹¹³⁶ C.III.2.c.bb.

weiterführend aber auch, eine Mitteilung an Betroffene zu unterlassen, wenn diese nur „unerheblich betroffen“ sind oder sonst kein Mitteilungsinteresse dieser Personen anzunehmen ist.

Die Ausnahmeregelung geht dabei zurück auf eine Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichts*, in der dieses ausdrücklich zugelassen hat, dass Dritte nicht in gleichem Maße über heimliche Überwachungsmaßnahmen unterrichtet werden wie etwa Beschuldigte.¹¹³⁷ In einer späteren Entscheidung erläutert das *Bundesverfassungsgericht* diesen Standpunkt wie folgt:

*„In Bezug auf diese Personengruppe bedarf es von Verfassung wegen keiner richterlichen Bestätigung der Abwägungsentscheidung über einen Ausschluss der Benachrichtigung nach § 101 Abs. 4 Satz 3 StPO. Die Abwägung zwischen den Interessen des Beschuldigten und des Nichtbeschuldigten bei der Entscheidung über dessen Benachrichtigung darf im Hinblick auf die vergleichsweise geringe Eingriffsintensität diesem gegenüber von Verfassung wegen der Staatsanwaltschaft überlassen bleiben.“*¹¹³⁸

Das zentrale Argument dafür, dass die Staatsanwaltschaft *selbst* und *abschließend* darüber befinden darf, ob eine Mitteilung an eine drittbetroffene Person stattfinden soll, ist demnach, dass die Rechte Dritter regelmäßig vergleichsweise wenig stark beeinträchtigt *sein* dürften. Dies mag forensisch zutreffen, sagt aber über die Notwendigkeit einer eigenständigen gerichtlichen Kontrollnotwendigkeit *nichts* aus:

Im Verlauf dieser Untersuchung wurde gezeigt, dass im Falle heimlicher Ermittlungsmaßnahmen nachträgliche Benachrichtigungspflichten *deshalb* zwingend sind, weil *ohne* eine behördliche Information Rechtsschutz von vornherein nicht in Anspruch genommen werden *kann*.¹¹³⁹ Das Recht auf Information über heimliche Eingriffsmaßnahmen ist somit zwingende Voraussetzung für das Recht auf Justizgewährleistung und unterliegt allein *deshalb* grundsätzlich keinem Bagatellvorbehalt, weil der Bagatelldarakter als Rechtsfrage seinerseits letztverbindlich *nur* durch ein Gericht festgestellt

¹¹³⁷ BVerfGE 125, 260 (337).

¹¹³⁸ BVerfGE 129, 208 (253).

¹¹³⁹ Abschnitt C.III.2.

werden kann.¹¹⁴⁰ Geht man aber grundsätzlich davon aus, dass Rechtsschutz gegen heimliche Überwachungsmaßnahmen *kein besonderes* Rechtsschutzinteresse voraussetzt,¹¹⁴¹ so kann auch eine Informationspflicht, die gerade dem Recht auf effektiven Rechtsschutz dient, nicht ausgeschlossen sein, wenn ein später allein vom Prätendenten zu beurteilendes Rechtsschutzinteresse aus der Perspektive der Überwachungsbehörde als *gering* angesehen wird. Es kann sein, dass die betroffenen Dritten später kein Interesse zeigen, das ihnen definitiv zustehende gerichtliche Kontrollrecht auszuüben. Wenn man aber die Informationspflicht, die eine solche eigenverantwortliche Entscheidung erst ermöglicht, bereits unter einen Bagatellvorbehalt stellt, dann nimmt man *de facto und de jure* einem Drittbetroffenen sein grundrechtlich erforderliches und *definitives* Recht auf gerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit seiner Rechtsbeeinträchtigung. Nimmt man dem Drittbetroffenen aber dieses Recht, so steht ihm auch keine Möglichkeit mehr zur Seite den tatsächlichen Bagatellcharakter der Rechtsbeeinträchtigung gerichtlich überprüfen zu lassen.

Problematisch ist die Ausnahmeregelung unter diesem Blickwinkel also nicht in erster Linie, weil dadurch eine *tatsächliche* Möglichkeit eröffnet wird, dass notwendige Mitteilungen unterbleiben – es ist nicht so sehr das *faktische Missbrauchspotential* dieses Informationszurückbehaltungsrechts der Ermittlungsbehörden, das diese Regelungstechnik problematisch erscheinen lässt, sondern die logische Widersprüchlichkeit der Regelung selbst: Besteht ein materiellrechtliches Recht darauf, dass ohne zureichenden sachlichen Grund auch einem Drittbetroffenen gegenüber *keine* heimliche Überwachungsmaßnahme erlaubt ist, so folgt daraus ein zwingendes Recht darauf, dass über die Suffizienz der Überwachungsgründe ein Gericht letztverbindlich entscheiden können muss. *Ohne* dieses Entscheidungsrecht hat der Betroffene keine Möglichkeit, sein Recht innerhalb der Rechtsordnung letztverbindlich zur Geltung zu bringen – was letztlich gleichbedeutend damit ist, dass das Recht eben *nicht gilt*. Kann aber nicht sinnvoll gesagt werden, dass dieses Recht nicht

¹¹⁴⁰ Vgl. zu den Einschränkungen, die Mitteilungspflichten unterliegen können Abschnitt C.III.2.c.

¹¹⁴¹ Vgl. etwa *Hauck*, in: LR-StPO, § 101 Rn. 44.

gilt, dann kann es auch nicht in der Entscheidungsmacht der zu kontrollierenden Behörden liegen, die Voraussetzungen *nicht* zu schaffen, unter denen die eigenen Maßnahmen gerichtlich überprüft werden können,¹¹⁴² weil dadurch der überwachenden Behörde die *rechtliche* Möglichkeit eingeräumt wird, dass das Recht des Betroffenen nicht zur Geltung gebracht werden kann.

Nach alledem zeigt sich, dass das *Bundesverfassungsgericht* fälschlich danach fragt, ob eine rechtmäßige Entscheidung gegenüber dem Beschuldigten rechtswidrig sein kann. Darauf kann es nicht ankommen, denn, wenn man davon ausgeht, dass einem Drittbetroffenen ein eigenständiges gerichtliches Kontrollrecht *unabhängig* von den Kontrollrechten des Beschuldigten zusteht, so muss auch für jeden Drittbetroffenen *unabhängig* vom Beschuldigten die Möglichkeit geschaffen werden, das gerichtliche Kontrollrecht auszuüben.

Unter dieser Prämisse erscheint die gesetzlich vorgesehene Ausnahme von der Benachrichtigungspflicht aufgrund eines Bagatellvorbehalts nicht nur *restriktiv*, sondern überhaupt nicht zu handhaben. Sie verstößt gegen die Grund-Geltungsbedingung der Grundrechte des Betroffenen: Sie verletzt das Grund-Grundrecht auf Justizgewährleistung, weil einem Betroffenen die Möglichkeit genommen wird, selbst über das Einklagen der eigenen Rechtsposition zu entscheiden. Es verwundert ein wenig, dass das *Bundesverfassungsgericht*, dem ansonsten an einer Effektivierung des gerichtlichen Rechtsschutzes als prozessuales Sicherungsmittel gelegen ist,¹¹⁴³ gerade die eigenständige verfahrensrechtliche Notwendigkeit möglicher Grundrechtsverletzungen mit einem begründungsfreien Brückenschlag zu dem (ohnein nur vermuteten) regelmäßigen Ergebnis einer solchen gerichtlichen Prüfung verwirft. Es bleibt festzuhalten: Wurde einem Betroffenen keine Mitteilung gemacht, wird sich unter Beteiligung des Betroffenen gerichtlich nicht prüfen lassen, ob und inwiefern die Betroffenheit tatsächlich eine reine Bagatelle war,

¹¹⁴² Auch das *Bundesverfassungsgericht* geht schließlich davon aus, dass Gerichte *nicht* an die Rechtseinschätzung von Behörden gebunden sein können, vgl. etwa jüngst BVerfGE 129, 1 (28 ff.).

¹¹⁴³ Vgl. etwa jüngst der apodiktisch und sehr grundsätzlich formulierte fünfte Leitsatz in BVerfGE 129, 1. Aber nicht zuletzt auch die prinzipiellen Erwägungen auch in BVerfGE 96, 27 (42 ff.).

die an der ursprünglichen Abwägungsentscheidung des anordnenden Gerichts *nichts* ändert. Problematisch ist daher nicht nur, dass die Staatsanwaltschaft überhaupt eigenständig beurteilen darf, ob die Rechte der Betroffenen für-sich *hinreichend* beeinträchtigt wurden, um eine Mitteilung zu machen – problematisch ist, dass die Mitteilungspflicht jenseits der funktionalen Ermittlungseffektivität (Maßnahme ist bei Mitteilung nicht mehr tauglich ihren Zweck zu erfüllen) und der überwiegenden Rechte Dritter *schlichtweg* und für-sich zur behördlichen Disposition gestellt wird. Etwas – dies wurde im Verlauf der Untersuchung gezeigt –, was *sowohl* mit dem Postulat effektiver Justizgewährleistung als auch mit der üblichen Rechtsprechungslinie des *Bundesverfassungsgerichts* bricht, dass das *Ob* gerichtlichen Rechtsschutzes von der zwingenden und daher *faktisch* bindenden Entscheidung der vollziehenden Gewalt abhängt.

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Rechte der „Dritten“ im Strafprozess zu dogmatischer Stringenz zwingen und insofern für die Theoriebildung strafprozessualer Rechtsbeziehungen fruchtbar gemacht werden können – mit aller Liebe zur Theorie, jedoch nicht um der Theorie willen allein. Eine strafprozessuale Lehre, die sich dem Schutz der subjektiven Rechte aller Betroffenen verschrieben hat, kann sich nicht von den notwendig Mitbetroffenen abwenden und auf eine regelmäßige Rechtmäßigkeit *auch* diesen Personen gegenüber zurückziehen. Gesteht man Dritten ihre effektive Grundrechtsposition *eigentlich* zu, dann ist man gezwungen, auch dieses *Eigentliche* durch richterliche Einwirkungsmöglichkeiten dieser Dritten *wirksam* werden zu lassen. Gerade *weil* strafprozessuale Maßnahmen hierdurch regelmäßig inhaltlich nicht anders zu beurteilen wären, steht eine Umwälzung des Strafprozesses nicht zu befürchten.

IV. Informationsrechte aller Betroffenen im Verfahren

Aus dem Recht auf Justizgewährleistung ergeben sich Informationsrechte der Betroffenen in folgenden – zwei wesentlich unterschiedlichen – Hinsichten: Einmal als Auskunftsrecht über gespeicherte Informationen (1) und daneben als Recht auf Information über künftiger Rechtsbeeinträchtigungen (2).

1. Recht auf Auskunft und Akteneinsicht¹¹⁴⁴

Hat jeder, dessen Grundrechte durch eine staatliche Maßnahme beeinträchtigt sind, ein prozessuales Recht auf gerichtliche Kontrolle dieser Maßnahmen, so setzt dies voraus, dass diese Maßnahmen staatlicherseits dokumentiert werden. Darüber hinaus muss über beeinträchtigende Maßnahmen spätestens nachträglich informiert werden, damit diese Maßnahmen ggf. nachträglich (und unter Beteiligung des Betroffenen) gerichtlich überprüft werden können. Auch ein Richtervorbehalt und eine originäre richterliche Anordnungs-kompetenz ändern an dieser grundsätzlichen Informationspflicht nichts, weil in diesem Anordnungsverfahren das Recht auf richterliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG typischerweise nicht zur Geltung gebracht werden kann.¹¹⁴⁵ Dieses Informationsrecht wird von dem Recht auf Justizgewährleistung vorausgesetzt und ist trotz seines Verfahrensbezuges eigenständig einklagbar.¹¹⁴⁶ Die Ausprägung des prozessualen Informationsrechts ist im Strafprozessrecht das Institut der Akteneinsicht.

Das Recht auf Justizgewährleistung setzt damit voraus, dass mögliche Informationsrechte gegenüber der Staatsanwaltschaft gerichtlich geltend gemacht werden können. Für den Beschuldigten und dessen Akteneinsichtsrecht ist dies ausweislich § 147 Abs. 5 Satz 2 StPO nicht ohne weiteres der Fall. Ein Akteneinsichtsrecht ist hier nur dann einklagbar, wenn sich die Akteneinsicht gerade auf solche Aktenteile bezieht, die Ermittlungshandlung mit Verteidigeranwesenheitsrecht dokumentieren, der Beschuldigte inhaftiert ist oder aber der Abschluss der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen in den Akten vermerkt ist. Weil ein allgemeines Akteneinsichtsrecht im Ermittlungsverfahren damit gerichtlich nicht letztverbindlich durchgesetzt werden kann, kann auch begrifflich kaum sinnvoll von einem bestehenden allgemeinen Akteneinsichtsrecht des Beschuldigten *im laufenden* Ermittlungsverfahren gesprochen werden. Gleichwohl ist eindeutig, dass bereits im Ermittlungsverfahren *Grundrechtseingriffe* gegenüber dem Beschuldigten stattfinden,

¹¹⁴⁴ Zum folgenden Abschnitt C.III.2.

¹¹⁴⁵ C.III.3.b.aa.

¹¹⁴⁶ D.I.3.b.cc.

die dieser auch nach der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* bereits im Ermittlungsverfahren mit eigenständigen richterlichen Kontrollrechten anfechten können muss.¹¹⁴⁷ Rechtsschutz gegen diese Ermittlungseingriffe kann dem Beschuldigten aber nur dann möglich sein, wenn er gerade aus den dokumentierten Verfahrensunterlagen der Staatsanwaltschaft sich ein grundsätzlich eigenständiges Bild darüber machen kann, wie die Ermittlungen bisher verlaufen sind. Ein annähernd vollständiges Bild über die Verteidigungsposition des Beschuldigten ist *ohne* ein umfassendes Recht auf Akteneinsicht auch im Ermittlungsverfahren nicht möglich und wird daher vom Recht auf Justizgewährleistung vorausgesetzt. Dies freilich nicht grenzenlos, aber zumindest im Rahmensein dessen, den § 147 Abs. 2 StPO explizit vorgibt. Effektiv einklagbar wird das durch § 147 Abs. 2 StPO *und* vom Grundrecht auf effektive Justizgewährleistung vorausgesetzte Akteneinsichtsrecht allerdings erst dann, wenn die gerichtliche Entscheidung sich auch auf die vollständigen materiellen Voraussetzungen beziehen kann – und zwar in jeder Situation und nicht lediglich in den von § 145 Abs. 5 StPO genannten Ausnahmekonstellationen.

Im einfachen Recht lässt sich ein solcher Rechtsbehelf nicht ohne Schwierigkeiten verankern. Ein Antrag nach § 23 EGGVG mit der Rechtssetzungskompetenz des Oberlandesgerichts erscheint systemwidrig, wenn der Gesetzgeber in besonders drängenden Situationen des § 147 Abs. 5 StPO schon auf die allgemeine richterliche Ermittlungskontrollnorm des § 162 StPO ausweicht. Eine analoge Anwendung des § 147 Abs. 5 StPO ist mit Blick auf die gesetzgeberische Tatbestandsbeschränkung wiederum mit Blick auf die richterliche Rechtsfortbildungskompetenz fragwürdig: Wie bereits erwähnt reicht allein der Hinweis, dass das Recht auf effektive Justizgewährleistung ein solches Klagerecht voraussetze, nicht aus, um zur Umsetzung dieses Kontrollrechts konkrete richterliche Zuständigkeiten zu erfinden – die richterliche Gesetzesbindung gemäß

¹¹⁴⁷ So letztlich auch *Wohlens*, in: SK-StPO, § 147 Rn. 112.

Art. 20 Abs. 3 GG steht im Rang nicht *hinter* dem Recht auf Justizgewährleistung.¹¹⁴⁸

Befriedigend auflösen lässt sich diese Aporie nicht. Sie drückt an ungewöhnlicher Stelle den Finger vielmehr sehr tief in die Wunde gesetzlich nicht zureichender Rechtsschutzkonzeptionen im Strafprozessrecht. Eine Wunde, die primär durch gesetzliche Regelungen und nicht richterrechtliche Schöpfung durch dem Euphemismus der *extensiven Auslegung* zu schließen ist.¹¹⁴⁹ Mit Blick allerdings auf die vom *Bundesverfassungsgericht* gebilligte *analoge* Erstreckung des § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO auch auf weitere Ermittlungszwangmaßnahmen, deutet sich zumindest an, dass auch eine analoge Anwendung des § 147 Abs. 5 StPO auf weitere Anwendungsfälle auf der praktizierten Rechtsprechungslinie liegen würde. Methodisch legitimieren ließe sich die Analogiebildung im Rahmen des § 147 Abs. 5 StPO zudem mit den auch im Gesetzgebungsverfahren geäußerten Zweifeln, ob die derzeitige Regelung den verfassungsrechtlichen Anforderungen genüge. Die einzig sonst verbleibende Alternative mutet Beschuldigten einiges zu: Lässt man einen Rechtsbehelf im einfachen Recht nicht zu, so bleibt allein der Weg der Verfassungsbeschwerde gegen die ablehnende Entscheidung der Staatsanwaltschaft. Unabhängig davon also, wie weit man die richterrechtliche Rechtsschöpfungskompetenz reichen lassen möchte, *sollte* diese Situation durch den Gesetzgeber bereinigt werden. Dieser sollte *seine* Rechtssetzungskompetenz nutzen und eine einheitliche Beschwerdenorm gegen versagte Akteneinsichten durch die Staatsanwaltschaft schaffen.

Großzügiger ist demgegenüber die Regelung des Akteneinsichtsrechts des Verletzten und das hiermit verbundene Recht auf gerichtliche Entscheidung gemäß § 406e Abs. 4 StPO. In Anbetracht dessen, dass ein Verletzter gegenüber der Staatsanwaltschaft ein Recht

¹¹⁴⁸ Damit ist die Zuständigkeitsfrage aber auch kein zu vernachlässigendes „technisches Detail“, sondern ebenfalls von grundlegender *verfassungsrechtlicher* Natur. Das Problem wird angesprochen in den Abschnitten C.I.4.a.aa.ccc. und C.I.4.a.bb.

¹¹⁴⁹ Zur Ehrlichkeit der „Lückenfüllung“ mahntend *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, Rn. 913 ff.

auf Justizgewährleistung hat, ist das „berechtigte Interesse“ der Akteneinsicht gemäß § 406e Abs. 1 Satz 1 StPO im Lichte einer möglichen Einflussnahme auf das Verfahren auszulegen. Verneint die Staatsanwaltschaft das berechtigte Akteneinsichtsinteresse¹¹⁵⁰ des Verletzten, so kann dieser sich mit der Behauptung an das Gericht wenden (vgl. § 406e Abs. 4 Satz 2 StPO), die Staatsanwaltschaft hätte das eigene Justizgewährleistungsrecht des Verletzten verkannt. Das gleiche trifft selbstverständlich auf die Ablehnung des Akteneinsichtsrechts gegenüber dem Nebenkläger (§ 406e Abs. 1 Satz 2 StPO) und dem Privatkläger (§ 385 Abs. 3 StPO) zu, denn auch als Nebenkläger und Privatkläger verlieren sie ihre Eigenschaft als „Verletzte“ im Sinne des § 406e StPO nicht.

2. Recht auf Vorabinformation

Das Recht auf effektive Justizgewährleistung setzt grundsätzlich voraus, dass gerichtliche Entscheidungen über staatliche Rechtsbeeinträchtigungen ergehen können, *bevor* der beeinträchtigende Sachverhalt abgeschlossen ist. Das Erfordernis gerichtlicher Vorabentscheidung verbietet es daher prinzipiell, dass jemand in seinen Rechten beeinträchtigt wird, ohne dass zumindest die Möglichkeit bestand, eine gerichtliche Entscheidung über die Legalität der Beeinträchtigung einzuholen.¹¹⁵¹ Ausnahmen von diesem Erfordernis können sich dort ergeben, wo die Durchführung eines gerichtlichen Kontrollverfahrens entweder zu nicht zu rechtfertigenden Belastungen gegenüber Dritten führen würde¹¹⁵² oder aber der Sinn der Maßnahme gerade in der Überraschung des Betroffenen liegt.¹¹⁵³ In letzteren Konstellationen werden die Maßnahmen typischerweise mit einer richterlichen Anordnungscompetenz versehen.

Entscheidend ist das grundsätzliche Recht auf Vorabinformation, vor allem für das Informationshandeln der Staatsanwaltschaft, wie es sich etwa in Gestalt von Presseerklärungen zeigt. Geht es bei

¹¹⁵⁰ Hierzu ausführlich D.II.c.ff.ddd.

¹¹⁵¹ Allgemein zum effektiven Rechtsschutz C.I.4.a.bb. Zum daraus abgeleiteten Gebot vorläufigen und vorbeugenden Rechtsschutz zuzulassen, C.III.3. Zum daraus folgenden Informationsanspruch C.III.2.

¹¹⁵² C.III.2.c.bb.

¹¹⁵³ C.III.2.c.aa.

diesem Informationshandeln nicht um öffentliche Fahndungsmaßnahmen, wird es regelmäßig erforderlich sein, dass die Staatsanwaltschaft über geplante Veröffentlichungsmaßnahmen und anderes Informationshandeln alle Betroffenen informiert,¹¹⁵⁴ damit diese die Möglichkeit haben, nötigenfalls im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die geplante Veröffentlichung bestimmter Informationen vorzugehen.¹¹⁵⁵ Unterlässt die Staatsanwaltschaft diese Vorabinformation, so verletzt sie die Betroffenen in ihrem Recht auf effektive Justizgewährleistung. Da ohne staatsanwaltschaftliche Vorabinformation gerichtlicher Rechtsschutz effektiv nicht zu erlangen ist, muss dieses Recht trotz seines Charakters als Verfahrensrecht selbstständig gerichtlich festgestellt werden können.¹¹⁵⁶

Unabhängig davon besteht allerdings auch in der Sache grundsätzlich ein Recht jedes Betroffenen, dass die Staatsanwaltschaft *keine* sachlich gerechtfertigten Presseerklärungen tätigt. Auch dieses Recht muss gerichtlich einklagbar sein. Die Form der richterlichen Geltendmachung wird durch das Justizgewährleistungsrecht allerdings nicht vorgegeben, sodass sowohl ein Antrag entsprechend § 478 Abs. 3 StPO als auch nach § 23 EGGVG sowie die verwaltungsgerichtliche Unterlassungsklage in Betracht käme. Da allerdings der Anordnungskatalog des § 23 EGGVG nur Anfechtung und Verpflichtung (sowie Fortsetzungsfeststellung gemäß § 28 Abs. 1 Satz 4 EGGVG), aber *keinen* Unterlassungsantrag vorsieht, wird von der strafrechtlichen Rechtsprechung eine Zulässigkeit entsprechend § 23 EGGVG abgelehnt.¹¹⁵⁷

Für sich genommen folgt aus der gesetzlichen Beschränkung auf Anfechtungs- und Verpflichtungsklage jedoch wenig, weil bezüglich einer anspruchsbasierten Klage auch im Zivilprozessrecht sowie Verwaltungsprozess keine expliziten Regelungen getroffen wurden

¹¹⁵⁴ Ebenso, allerdings ohne die verfassungsrechtliche Notwendigkeit zu explizieren, *E.Müller*, GA 2016, 702 (711).

¹¹⁵⁵ C.III.3.b.cc.

¹¹⁵⁶ D.I.3.b.cc.

¹¹⁵⁷ *OLG-Hamm*, NSTZ 2017 663 (664); vgl. auch *OLG-Karlsruhe*, NSTZ 1997, 407; *B.Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 23 EGGVG Rn. 2.

(„ungeschriebene Leistungsklage“)¹¹⁵⁸. Verständlich wird die Rechtsprechung hingegen, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die §§ 23 ff. EGGVG gegenüber § 40 VwGO eine abdrängende Sonderzuweisung darstellen.¹¹⁵⁹ Erklärt man danach grundsätzlich auch im Bereich der Justizverwaltungsakte die Verwaltungsgerichte und nur *ausnahmsweise* und *insoweit* die Oberlandesgerichte für zuständig, als dies explizit vorgesehen ist, dann kann man in den §§ 23 ff. EGGVG auch keine allumfassende Sonderzuweisung erblicken. Deutlich wird dies, wenn man sich die generelle Vollstreckungsbedürftigkeit von Leistungs- und Unterlassungsurteilen vergegenwärtigt. Die §§ 23 ff. EGGVG enthalten keine den §§ 167 ff. VwGO vergleichbaren Regelungen und auch keinen Verweis auf eine *entsprechende* Anwendung. Man unterschätzt die Ausgestaltungsbedürftigkeit prozessualer Rechtssetzungsakte durch Unterlassungsurteile, wenn man die Frage der Einschlägigkeit der §§ 23 ff. EGGVG darauf reduziert, *wie* strafverfahrensspezifisch etwa eine staatsanwaltschaftliche Presseerklärung ist.¹¹⁶⁰ Die Vollstreckungsbedürftigkeit eines entsprechenden Unterlassungsurteils wird nicht dadurch beseitigt, dass man einer Presseerklärung ermittlungstaktischen Charakter zuschreibt – gerade an einer solchen Vollstreckungsfähigkeit eines *entsprechend* auf §§ 23 ff. EGGVG gestützten Rechtsbehelfs fehlt es aber eindeutig: Möchte man dennoch eine *ungeschriebene* Rechtssetzungskompetenz der Oberlandesgerichte in Bezug auf öffentlich-rechtliche Leistungs- und/oder Unterlassungsansprüche begründen, dann müsste man ebenfalls eine Anordnungscompetenz der Oberlandesgerichte für das weitere Vollstreckungsverfahren *contra legem* begründen können. Eine derart weitgehende Rechtschöpfung *ohne* Gesetzesbindung ist schwerlich mit Art. 20 Abs. 3 GG zu vereinbaren. Allein der Hinweis auf das Gebot der Rechtswegklarheit kann nicht dazu ermächtigen, anderweitig

¹¹⁵⁸ Vgl. etwa *Pietzcker*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 42 Abs. 1 Rn. 150.

¹¹⁵⁹ Für eine nicht nur kompetenzbegründende Sonderzuweisung, sondern eine aus der partiellen Sonderzuweisung der §§ 23 ff. EGGVG abgeleiteten Rechtsbehelfsschöpfungskompetenz vgl. sehr weitgehend *Böttcher*, in: LR-StPO, § 23 EGGVG Rn. 29 f.

¹¹⁶⁰ So aber *E.Müller*, GA 2016, 702 (710 f.).

vorgesehene Rechtsschutzmöglichkeiten nicht anzuwenden. Jedenfalls ein Rückgriff auf die §§ 23 ff. EGGVG scheint unter diesen Aspekten nicht gangbar.

Ebenfalls nicht zu folgen ist dem teilweise vorgetragenen Vorschlag, ein Vorgehen gegen eine Presseerklärung auf § 478 Abs. 3 StPO zu stützen.¹¹⁶¹ Diese Norm kennzeichnet, dass die Gerichte ein sehr beschränkt zweckgebundenes Akteneinsichtsrecht gemäß § 475 StPO an Private zusprechen können.¹¹⁶² § 475 StPO ermächtigt Gerichte aber nicht dazu, Privatpersonen *die Veröffentlichung von Aktenbestandteilen* zu gestatten. Der Rechtsbehelf des § 478 Abs. 3 StPO hat demnach nicht die regelnde Wirkung, die mit einer Verhinderung einer Veröffentlichung verbunden ist – er ist auf einen anderen Gegenstand gerichtet.

Nach all dem ist der Rechtsprechungslinie zuzustimmen und für Anträge gegen die Veröffentlichung von Informationen durch die Staatsanwaltschaft der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Damit kann der Rechtsschutz (jedenfalls regelungstechnisch) zwanglos über die in der VwGO vorgesehenen Institute des einstweiligen und vorbeugenden Rechtsschutzes effektiviert werden. Insbesondere stünde für eine einstweilige Untersagung einer Informationsweitergabe § 123 VwGO als Regelungsbefugnisnorm der Verwaltungsgerichte zur Verfügung.¹¹⁶³ Bei dieser vorläufigen Regelung, handelt es sich freilich um eine Konstellation einer *de facto* Vorwegnahme der Hauptsache, die eine entsprechende Kontrollintensität des Gerichts schon im vorläufigen Verfahren verlangt.¹¹⁶⁴

Hat die Staatsanwaltschaft *keine* Vorabinformation vorgenommen, so kann dieses Unterlassen selbstständig gerichtlich festgestellt werden. Da den §§ 23 ff. EGGVG auch kein dem § 43 VwGO entsprechender selbstständiger Feststellungsrechtsbehelf zur Seite steht, wird auch insoweit die Rechtsprechungskompetenz bei den Verwaltungsgerichten zu finden sein. Der Antrag muss dann darauf gerichtet sein, dass festgestellt wird, dass die Staatsanwaltschaft

¹¹⁶¹ Vgl. *OVG Münster*, NJW 2001, 3803; *Lindner*, StV 2008, 210 (211).

¹¹⁶² Zu diesem Argument auch *Weßlau*, in: SK-StPO [4], § 475 Rn. 9.

¹¹⁶³ Vgl. *OVG Münster*, Beschluss vom 17. Oktober 2017 – 4 B 786/17 –, Rn. 7, juris.

¹¹⁶⁴ Zu diesem Phänomen vertieft Abschnitt C.III.3.b.cc.

Schlussfolgerungen

pflichtwidrig den Betroffenen nicht vor Veröffentlichung bestimmter
Tatsachen über ihre Veröffentlichungsabsicht informiert hat.

F. Thesen

- I. Verfassungsrechtliche Justizgewährleistung
 1. Die Geltungsfunktion der Grundrechte verlangt, dass die einfache Rechtsordnung formelle Verfahren vorsieht, in denen die Grundrechte formell zur Geltung kommen.
 2. Die Gewaltenteilung des Grundgesetzes verlangt, dass das letzte Wort über die Geltung oder Nichtgeltung von Grundrechten den Gerichten zusteht.
 3. Eine Rechtskraftwirkung darf nur richterlichen Entscheidungen zukommen.
 4. Das Gewaltmonopol des Staates ist ein Regelungsmonopol und besagt, dass alle Konflikte im Staat rechtlich eindeutig geregelt werden müssen. Ausgeschlossen sind sowohl eine staatliche Nichtregelung als auch eine widersprüchliche Regelung. Ein Verhalten eines Bürgers muss eindeutig entweder erlaubt oder verboten sein.
 5. Ein Grundrechtseingriff liegt vor, wenn eine Anordnung des einfachen Rechts vor dem Hintergrund der Grundrechte rechtfertigungsbedürftig ist.
 6. Über die Rechtmäßigkeit sämtlicher Grundrechtseingriffe muss vom Grundrechtsträger ein Gericht zur Entscheidung angerufen werden können.
 - a. Hinsichtlich der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit von eingreifenden hoheitlichen Maßnahmen ergibt sich dies aus Art. 19 Abs. 4 GG (Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz, **spezieller Justizgewährleistungsanspruch**).
 - b. Hinsichtlich der Geltung der Grundrechte in der einfachen – die Bürger untereinander verpflichtenden – Rechtsordnung folgt dies aus der Geltungsfunktion der Grundrechte in Verbindung mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung (Garantie des „letzten Wortes“ der Gerichtsbarkeit) und dem Gewaltmonopol (die Rechtsordnung muss in einem Konflikt der Bürger untereinander eindeutig regeln, welches Verhalten

erlaubt und welches Verboten ist bzw. war). Daraus ergibt sich der **allgemeine Justizgewährleistungsanspruch**, der sich aus den Grundrechten i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG ableiten lässt.

- c. Grund sowohl des speziellen als auch des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs ist die Geltungsfunktion der Grundrechte im gewaltenteilten Rechtsstaat. Eine Einschränkung beider Ansprüche dergestalt, dass eine richterliche Entscheidung über die Geltung der Grundrechte im Einzelfall ausgeschlossen wäre, kommt nicht in Betracht.
- d. Jedes Justizgewährleistungsrecht bedarf der einfachgesetzlichen Umsetzung. Insbesondere Spruchkörperzuständigkeiten und konkrete Spruchfolgen einer richterlichen Entscheidung lassen sich weder den Grundrechten noch der generellen Zuweisung der Rechtskraftwirkung an „die Gerichtsbarkeit“ entnehmen. Effektiver Rechtsschutz kann damit nur innerhalb vorhandener einfachrechtlicher Regelungen wirken und keine Rechtsbehelfe schöpfen. Die Gesetzesbindung verbietet zudem der Gerichtsbarkeit, sich selbst Kompetenztitel zur Rechtssetzung zu verschaffen.

II. Rechtsschutz gegen das Ermittlungsverfahren

- 1. Die Führung jedes Ermittlungsverfahrens als solches ist vor dem Hintergrund des allgemeinen Freiheitsrechts rechtfertigungsbedürftig. Ohne dass die Staatsanwaltschaft Gründe hierfür vorweisen könnte, darf gegen Beschuldigte nicht ermittelt werden. Deshalb stellt die Führung des Ermittlungsverfahrens unabhängig von konkreten Zwangsmittelanwendungen einen Grundrechtseingriff dar.
- 2. Weil das Ermittlungsverfahren als solches in die Grundrechte der Beschuldigten eingreift, bedarf es eines förmlichen Rechtsbehelfs zur gerichtlichen Kontrolle des Ermittlungsverfahrens.

- a. Der hierfür einzig in Betracht kommende Rechtsbehelf ist die Verpflichtungsklage nach §§ 23, 28 Abs. 2 EGGVG. Für eine analoge Anwendung des § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO fehlt es an einer vergleichbaren Regelung, da – anders als bei Führung des Ermittlungsverfahrens – für die Beschlagnahme eine originäre richterliche Anordnungscompetenz vorgesehen ist.
 - b. Die funktionale Selbstständigkeit der Staatsanwaltschaft ist dadurch zu wahren, dass die Entscheidung über das Führen der Ermittlungen „im ersten Zugriff“ der Staatsanwaltschaft vorbehalten bleibt. Auch ein vorläufiger Rechtsschutz gegen das Ermittlungsverfahren darf nicht dazu führen, dass die Entscheidung über die Ermittlungen auf das Gericht übergeht. Das Gericht ist im Rechtsschutz gegen das Ermittlungsverfahren darauf beschränkt, die Rechtswidrigkeit bestimmter Verfahren festzustellen und die Staatsanwaltschaft zur Verfahrenseinstellung zu verpflichten.
3. Weil (erst recht) das Strafverfahren als solches in die Grundrechte des Beschuldigten eingreift, sind sämtliche Entscheidungen der Staatsanwaltschaft, die sich auf eine Betreibung des Strafverfahrens beziehen, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen.
- a. Ist die Weiterbetreibung des Ermittlungsverfahrens unverhältnismäßig, stehen der Staatsanwaltschaft aber noch Ermittlungsmöglichkeiten offen, dann muss die Staatsanwaltschaft das Verfahren gem. § 153 StPO einstellen.
 - b. Stehen der Staatsanwaltschaft keine Ermittlungsmöglichkeiten mehr offen und wären andere Entscheidungen unverhältnismäßig, so muss die Staatsanwaltschaft das Verfahren gem. § 170 Abs. 2 StPO einstellen.
 - c. Der hinreichende Tatverdacht zur Anklageerhebung gem. § 170 Abs. 1 StPO ist ausgeschlossen, wenn

mildere Mittel zur Verfügung stehen, um das Verfahren zu erledigen. Solche milderer Mittel können sowohl Einstellungen gem. §§ 153, 153a StPO als auch die Beantragung eines Strafbefehls sein. Daraus folgt:

- aa. Es gibt einen Rechtsanspruch auf Verfahrenseinstellung oder Beantragung eines Strafbefehls, wenn die Durchführung eines Hauptverfahrens unverhältnismäßig wäre.
 - bb. Die Frage, ob ein Tatverdacht für die Durchführung eines Hauptverfahrens „hinreichend“ ist, ist keine Frage der Verurteilungswahrscheinlichkeit, sondern der Verhältnismäßigkeit der Verfahrensbelastung.
4. Jeder Beschuldigte hat nicht nur ein Recht darauf, dass nur verhältnismäßige Strafverfahrensmaßnahmen getroffen werden, sondern auch, dass die Entscheidungen im Strafverfahren mit Entscheidungen in anderen Strafverfahren vergleichbar sind (Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 Abs. 1 GG).
- a. Nur rechtmäßige Entscheidungen aus anderen Verfahren können eine gleichheitsrechtliche Bindung der Staatsgewalt auslösen. Es gibt kein Recht darauf, dass eine rechtswidrige Entscheidung wiederholt wird (keine Gleichheit im Unrecht).
 - b. Entschließt sich die Staatsanwaltschaft dazu, bestimmte Fälle pauschalisiert nach internen Richtlinien einzustellen, dann erzeugt diese Einstellungspraxis eine Bindungswirkung für solche Fälle, die unter die Richtlinien fallen.
 - c. Eine im Übrigen verhältnismäßige Anklageentscheidung kann gleichheitswidrig sein, wenn vergleichbare Fälle eingestellt wurden und keine zureichenden Gründe für eine Regelabweichung oder Regeländerung vorliegen.
 - d. Die Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaft kann einen Rechtsanspruch auf Verfahrenseinstellung

vermitteln. Da die gleichheitsrechtliche Bindung eine echte Rechtsbindung erzeugt, sind auch die Gerichte verpflichtet, die Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaft eigenständig zu prüfen.

- e. Das Recht auf effektiven Rechtsschutz strahlt dergestalt auf das staatsanwaltschaftliche Verfahren aus, dass ein Beschuldigter ein Recht auf Mitteilung bestehender Einstellungsrichtlinien hat.

III. Rechtsschutz gegen die Form der Verfahrenseinstellung

1. Eine Verfahrenseinstellung greift nicht in Rechte des Beschuldigten ein. Der Regelungsgegenstand jeder Verfahrenseinstellung ist in Bezug auf das beendete Verfahren gleich: Das belastende Verfahren wird nicht weiterbetrieben. Dass unterschiedliche Einstellungen für künftige Verfahren unterschiedliche Wirkungen entfalten können, ändert an dieser Regelungswirkung nichts.
2. Mögliche belastende mittelbare Folgen einer bestimmten Einstellungsentscheidung müssen als solche angefochten werden.
 - a. Wahrheitsgemäße Behauptungen Dritter müssen hingenommen werden. Wahrheitswidrige Behauptungen Dritter müssen auf dem Zivilrechtsweg mit der Unterlassungsklage angefochten werden.
 - b. Richtige Registereinträge müssen hingenommen werden. Falsche Registereinträge müssen als solche angefochten werden.
3. Ist ein Beschuldigter der Ansicht, dass eine Einstellung gem. § 153 StPO rechtswidrig sei, weil bereits kein Anfangsverdacht vorgelegen habe, muss er die Führung des Ermittlungsverfahrens gem. §§ 23, 28 Abs. 2 EGGVG anfechten. Nicht die Einstellung greift in diesem Fall in die Rechte des Beschuldigten ein, sondern die Ermittlungsführung selbst. Eine fehlerhafte Registereintragung kann dann im Wege der Vollzugsfolgenbeseitigung gem. § 28 Abs. 1 Satz 2 StPO angegriffen werden.

4. Eine Auflagenerteilung gem. § 153a StPO greift als solche mangels Verpflichtungswirkung nicht in die Grundrechte des Beschuldigten ein.
 - a. Besteht bereits kein Verdacht, der die Ermittlungen rechtfertigen könnte, dann muss der Beschuldigte das Ermittlungsverfahren als solches angreifen.
 - b. Diese Anfechtung kann auch nachträglich (nach Aufлагenerfüllung) stattfinden.
 - c. Besteht wegen Unverhältnismäßigkeit oder Gleichheitswidrigkeit, ein Recht des Beschuldigten darauf, dass eine Einstellung ohne Auflagen gem. § 153 StPO oder § 170 Abs. 2 StPO vorgenommen wird, dann kann der Beschuldigte entweder
 - aa. seine Zustimmung verweigern und die Auflage nicht erfüllen und im Zwischenverfahren darauf hinwirken, dass das Verfahren wegen einer rechtsstaatswidrigen (unverhältnismäßigen oder gleichheitswidrigen) Belastung eingestellt wird, oder
 - bb. seine Zustimmung erklären, die Auflage erfüllen und entweder
 - aaa. die Verpflichtung zur Einstellung auch ohne Auflagen gem. §§ 23, 28 Abs. 2 Satz 2 StPO beantragen (Verfahren noch nicht endgültig eingestellt), oder
 - bbb. feststellen lassen, dass die Staatsanwaltschaft zur Einstellung auch ohne Auflagen verpflichtet gewesen wäre (Verfahren schon endgültig eingestellt).
5. Die Zustimmung der Staatsanwaltschaft zu einer gerichtlichen Einstellung hat keine regelnde Wirkung im Verhältnis zum Beschuldigten.
6. Hält das Gericht eine Weiterführung des Verfahrens für unverhältnismäßig oder gleichheitswidrig, so muss das Gericht das Verfahren auch ohne Zustimmung der Staatsanwaltschaft einstellen.

- a. Hat die Staatsanwaltschaft ihre Zustimmung hingegen erteilt, dann ist ihr die Beschwerdebefugnis gegen den Einstellungsbeschluss genommen.
- b. Hat die Staatsanwaltschaft ihre Zustimmung nicht erteilt, das Gericht gleichwohl eingestellt, dann kann die Staatsanwaltschaft gegen die Einstellungsentscheidung entweder Beschwerde (Einstellungsbeschluss) oder Revision (Einstellungsurteil) einlegen.

IV. Rechtsschutz des Verletzten gegen Opportunitätseinstellungen

1. Der Verletzte einer Straftat kann aus den Grundrechten ein Recht auf effektive Justizgewährleistung durch Strafverfolgung ableiten, soweit die Nichtfeststellung einer verbotswidrigen Handlung ihn in seinen Grundrechten verletzen würde.
2. Die Staatsanwaltschaft ist bei der Entscheidung, ob die potentielle Schuld des Täters die Durchführung eines Strafverfahrens gegen den Beschuldigten rechtfertigt, auch dem Verletzten gegenüber verpflichtet.
3. Verletzte haben ein gerichtliches Kontrollrecht darauf, ob die Staatsanwaltschaft bei ihrer Einstellungsentscheidung die Schuld des Täters vor dem Hintergrund der Grundrechte des Verletzten, richtig beurteilt hat. Dieses Kontrollrecht darf als Ausprägung des verfassungsrechtlichen Justizgewährleistungsrechts nicht kategorisch ausgeschlossen sein.
 - a. Angesichts dessen ist § 172 Abs. 2 Satz 3 StPO so zu verstehen, dass ein Klageerzwingungsverfahren unabhängig davon zulässig ist, wie die Staatsanwaltschaft ihre Einstellungsentscheidung äußerlich bezeichnet hat.
 - b. Ein Klageerzwingungsverfahren auch gegen Opportunitätseinstellungen muss zulässig sein, solange ein Verletzter die Nichtbeachtung eigener Rechte durch die staatsanwaltschaftliche Einstellungsverfügung geltend macht.

- c. In den Vorschriften der Opportunitätseinstellungen werden die Rechte von Verletzten über die Maßgeblichkeit der Schuld erfasst. Ein Klageerzwingungsverfahren gegen Opportunitätseinstellungen kann also mit der Behauptung beantragt werden, dass die Schuld gegenüber dem jeweiligen Verletzten nicht hinreichend berücksichtigt wurde.
4. Das Klageerzwingungsverfahren ist kein objektives Kontrollverfahren. Eine fälschliche Ablehnung des öffentlichen Verfolgungsinteresses kann daher auch im Rahmen des § 172 StPO nicht geltend gemacht werden.
5. Bei staatsanwaltschaftlichen Einstellungsverfügungen mit Auflagen kommt § 153a Abs. 1 Satz 5 StPO keine (echte) Rechtskraftwirkung zu. Eine Auflagenerfüllung steht einem Klageerzwingungsverfahren daher nicht entgegen. Dem Vertrauen des Beschuldigten in die Wirkung der Aufgaberleistung kann hinreichend durch Berücksichtigung der Aufgaberleistung bei der Strafzumessung Rechnung getragen werden.

V. Rechtsschutz zur Herausgabe von Verfahrensinformationen

1. Ein Informationsrecht folgt dann aus dem Recht auf effektive Justizgewährleistung, wenn ohne die Information gerichtlicher Rechtsschutz nicht in Anspruch genommen werden kann.
2. Da ein Beschuldigter ein Recht auf gleiche Behandlung durch die Staatsanwaltschaft hat und sich daher auf eine Behandlung entsprechend einer praktizierten Einstellungspraxis berufen kann, steht dem Beschuldigten auch ein Auskunftsrecht bezogen auf eine geübte Einstellungspraxis zu.
3. Das Recht auf effektiven Rechtsschutz gegen das Ermittlungsverfahren und einzelne Ermittlungshandlungen erfordert ein Recht auf Akteneinsicht während des gesamten Verfahrens. Dieses Recht muss gerichtlich überprüft werden können, sodass § 147 Abs. 5 StPO in seiner gegenwärtigen Form verfassungswidrig ist.

VI. Rechtsschutz zur Verhinderung von Informationsweitergaben

1. Alle Verfahrensbeteiligten haben ein grundsätzliches Recht darauf, dass personenbezogene Informationen nicht an Dritte weitergegeben werden.
2. Eine Informationsweitergabe greift in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Betroffenen ein. Es bedarf daher einer Rechtsschutzmöglichkeit gegen eine Informationsweitergabe.
3. Das Recht auf effektiven Rechtsschutz verbietet es grundsätzlich, vor vollendete Tatsachen gestellt zu werden, ohne dass zumindest die Möglichkeit bestand, gegen eine Eingriffshandlung gerichtlich vorzugehen.
4. Daraus ergibt sich die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, im Falle einer geplanten Informationshandlung den Betroffenen vorab zu informieren.
5. Dieses Vorabinformationsrecht stellt ein selbstständiges Recht dar. Die Verletzung dieses Rechts kann isoliert gerichtlich festgestellt werden.
6. Der richtige Rechtsbehelf zur Anfechtung von staatsanwaltschaftlichen Presseerklärungen ist die öffentlich-rechtliche Unterlassungsklage vor dem Verwaltungsgericht. Zwar steht die staatsanwaltschaftliche Pressearbeit in einem inneren Zusammenhang mit der strafrechtlichen Verfahrensführung, gerichtliche Entscheidungen der Oberlandesgerichte gem. § 28 EGGVG sind aber nicht entsprechend § 167 VwGO vollstreckungsfähig und damit nicht hinreichend effektiv.

G. Bibliographie

- Achenbach, Hans*, Alternativ-Kommentar zur Strafprozessordnung, 1996 (zitiert als *Bearbeiter*, in: AltK-StPO)
- Achenbach, Hans*, Anfechtbarkeit der erledigten richterlichen Anordnung einer Durchsuchung bei Presse und Rundfunk, Juristische Schulung (JuS) 2000, 27
- Alexy, Robert*, Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 2. Auflage, 1991
- Alexy, Robert*, Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie, 1995
- Alexy, Robert*, Theorie der Grundrechte, Nachdruck zur 1. Auflage, 2011
- Amelung, Knut*, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, (zitiert als: Rechtsschutz) 1976
- Amelung, Knut*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess: Dogmatische Grundlagen individualrechtlicher Beweisverbote, 1990
- Amelung, Knut*, Anmerkung zu Beschluß des BVerfG vom 30. 4. 1997 - 2 BvR 817/90, 2 BvR 728/92, 2 BvR 802/95, 2 BvR 1065/95., Juristische Rundschau (JR) 1997, 384
- Amelung, Knut*, Entwicklungen, gegenwärtiger Stand und zukunftsweisende Tendenzen der Rechtsprechung zum Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, in: Roxin, Claus/Widmaier, Gunter, 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft – Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrech (zitiert als: FS-BGH), 2000, 911
- Amelung, Knut*, Der Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe und die neue Rechtsprechung zur Ausweitung des Eingriffsbegriffs bei staatlichen Ermittlungsmaßnahmen, Strafverteidiger (StV) 2001, 131

- Arndt, Adolf*, Strafgewalt der Finanzämter, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1959, 605
- Arndt, Adolf*, Umstrittene Staatsanwaltschaft, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1961, 1615
- Asholt, Martin/Kuhli, Milan/Ziemann, Sascha/Basak, Denis/Reiß, Marc/Beck, Susanne/Nestler, Nina*, Grundlagen und Grenzen des Strafens: 3. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler, 2015 (zitiert als *Bearbeiter*, in: Grundlagen und Grenzen)
- Aulehner, Josef*, Polizeiliche Gefahren- und Informationsvorsorge: Grundlagen, Rechts- und Vollzugsstrukturen, dargestellt auch im Hinblick auf die deutsche Beteiligung an einem Europäischen Polizeiamt (EUROPOL), 1998
- Bachof, Otto*, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JuristenZeitung (JZ) 1955, 97
- Bachof, Otto*, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerfGE Band 1-4), JuristenZeitung (JZ) 1962, 663
- Bader, Karl S.*, Zur Stellung des Staatsanwalts in der heutigen Strafrechtspflege, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1949, 737
- Bader, Karl S.*, Staatsanwaltschaft und Rechtspflege, JuristenZeitung (JZ) 1956, 4
- Bandilla, Wolfgang*, Kontextabhängige Informationsverarbeitung in bundesdeutschen Strafverfahren: Ergebnisse zweier experimenteller Studien, 1986
- Bartlspenger, Richard*, Das subjektive öffentliche Recht als Apriori des Verfassungsstaates, in: Baumeister, Peter/Roth, Wolfgang/Ruthig, Josef (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz, Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag (zitiert als: FS-Schenke), 2012, 17
- Barton, Stephan/Flotho, Christian*, Opferanwälte im Strafverfahren, 2010
- Baurmann, Michael C./Mitscherlich, Margarete*, Das Opfer nach der Straftat – seine Erwartungen und Perspektiven, 1991

- Bayer, Bastian*, Stigmatisierungen des Beschuldigten durch Verfahrenseinstellungen der Staatsanwaltschaft aus Opportunitätsgründen: Eine Rechtsschutzanalyse de lege lata, 2016
- Becker-Toussaint, Hildegard*, Schmerzensgeldansprüche Beschuldiger bei Medieninformationen der Staatsanwaltschaften, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2004, 414
- Behrend, Jürge*, Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's und Hans Kelsens (zitiert als: Stufenbaulehre), 1977
- Beulke, Werner*, Strafprozessrecht, 13. Auflage 2016
- Blum, Barbara*, Mögliche Auswirkungen der Ermittlungsakte auf die Informationsverarbeitung und die Entscheidungsbildung im Strafverfahren, in: Abschied von der Wahrheitssuche?, 2012, S. 237 ff.
- Jahn, Matthias*, Die Ermittlungsverfahrensanfechtungs-"Klage". Der Rechtsschutz des Beschuldigten gegen die Einleitung und Fortführung eines Ermittlungsverfahrens nach geltendem Strafprozessrecht, in: Beulke, Werner/Widmaier, Gunter (Hrsg.), Festschrift zu Ehren des Strafrechtausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer anlässlich des Ausscheidens seines Vorsitzenden Gunter Widmaier und der Mitglieder Egon Müller, Eberhard Wahle und Matthias Weihrauch sowie der ständigen Gäste Herbert Bölter, Herbert Landau, Georg Linden und Lothar Senge . bei der 196. Tagung vom 13.-15. Oktober 2006 in Münster (zitiert als: Strauda-FS), 2006, S. 335 ff.
- Bickenbach, Christian*, Grundfälle zu Art. 19 IV GG, Juristische Schulung (JuS) 2017, 813
- Bietau, Wolfram*, Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zu anderen Hoheitsträgern, 1989
- Bittmann, Folker*, Wider ein Strafrecht als alltäglicher Begleiter, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ) 2016, 249
- Blankenburg, Erhard/Sessar, Klaus/Steffen, Wiebke*, Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1978
- Bloy, René*, Zur Systematik der Einstellungsgründe im Strafverfahren, Goldammers Archiv für Strafrecht (GA) 1980, 161

- Böckenförde, Ernst Wolfgang*, Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. Auflage, 1992
- Bohnert, Joachim*, Die Abschlußentscheidung des Staatsanwalts, 1992
- Borbe, Jasmin/Lichtner, Claudia*, Das Opfer im Strafverfahren, 2002
- Bornkamm, Joachim*, Die Berichterstattung über schwebende Strafverfahren und das Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 1983, 102
- Borowski, Martin*, Grundrechtliche Leistungsrechte, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (JöR) 2002, 301
- Brandom, Robert B.*, Between Saying and Doing – Towards an analytical pragmatism, 2008
- Brangsch, Heinz*, Die Stellung des Staatsanwalts, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1951, 59
- Buchheim, Johannes*, Fehlerkalkül als Ermächtigung - Kelsens Theorie des Rechts letzterbindlicher Entscheidungen vor dem Hintergrund von H.L.A. Harts Rechtsstheorie, Rechtsstheorie 45 (2014), 59
- Buchheim, Johannes*, Das Vorrecht des Ersten Zugriffs auf das Verwaltungsrechtsverhältnis. Das französische „privilège du préalable“ als leistungsfähiger Begriff deutscher Verwaltungsrechtsdogmatik?, Die Verwaltung 49 (2016), 55
- Buchheim, Johannes*, Actio, Anspruch, subjektives Recht: Eine aktionenrechtliche Rekonstruktion des Verwaltungsrechts, 2017
- Buchmann, Knud Eike*, Trauma - Opfer oder Helden?: Internat. Tagung an d. Fachhochschule Villingen-Schwenningen - Hochschule für Polizei in Zusammenarbeit mit d. Koordinierungsstelle Konflikt-handhabung/Krisenintervention u. d. Koordinierungsstelle Eschede-Einsatznachsorge im Sept. 1999, 2000
- Bühler, Ottmar*, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914
- Carsten, Ernst S./Rautenberg, Erardo C.*, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart, 3. Auflage 2015

- Christonakis, Giorgos*, Das verwaltungsprozessuale Rechtsschutzinteresse, 2004
- Claus, Susanne*, Neue Gesetze in letzter Minute: Die künftigen Regelungen zum Fahrverbot und zur Anordnungscompetenz bei der Entnahme von Blutproben, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (NZV)* 2017, 449
- Dahm, Markus/Brückner, Aaron*, *Lean Management im Unternehmensalltag*, 2017
- Dahs, Hans*, Anmerkung zu LG Hamburg, *Beschl. v. 15.2.1982*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 1983, 183
- Deiters, Mark*, *Legalitätsprinzip und Normgeltung*, 2006
- Deutscher Richterbund*, *Denkschrift des Deutschen Richterbundes zur Frage der Einbeziehung der Staatsanwälte in das Richtergesetz*, *Deutsche Richter Zeitung (DRiZ)* 1955, 254
- Deutscher Richterbund*, *Begrenzung der Weisungsgebundenheit der Staatsanwälte*, *Deutsche Richter Zeitung (DRiZ)* 1962, 292
- Deutscher Richterbund*, *Der Staatsanwalt in der Dritten Gewalt, Kommission für die Angelegenheiten der Staatsanwälte im Deutschen Richterbund*, *Deutsche Richter Zeitung (DRiZ)* 1968, 357
- Di Fabio, Udo*, *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*, 2001
- Dietlein, Johannes*, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 2. Auflage 2005
- Dölling, Dieter/Baier, Dirk*, *Täter, Taten, Opfer: Grundlagenfragen und aktuelle Probleme der Kriminalität und ihrer Kontrolle*, 2013
- Dörr, Dieter*, *Rechtsschutz gegen vollzogene Durchsuchungen und Beschlagnahmen im Strafermittlungsverfahren*, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1984, 2258
- Dreier, Horst*, *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat : Genese, aktuelle Bedeutung und funktionelle Grenzen eines Bauprinzips der Exekutive*, 1991
- Dreier, Horst*, *Der freiheitliche Verfassungsstaat als riskante Ordnung*, *Rechtswissenschaft (RW)* 2010, 11

- Dreier, Horst*, Kommentar zum Grundgesetz, 3. Auflage 2013 (zitiert als: Dreier-GG)
- Dreier, Horst/Fischer, Veronika/Spiecker gen. Döhmman, Indra/Raay, Anne van*, Informationen der öffentlichen Hand, 2016
- Dünnebier, Hanns*, Die Grenzen der Dienstaufsicht gegenüber der Staatsanwaltschaft, JuristenZeitung (JZ) 1958, 417
- Dünnebier, Hanns*, Die Bindung des Staatsanwalts ans Gesetz, JuristenZeitung (JZ) 1961, 312
- Dürig, Günter*, Der Grundrechtsschutz der Menschenwürde, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 81 (1956), 117
- Eckhoff, Rolf*, Der Grundrechtseingriff, 1992
- Eckstein, Frank*, Die Einstellung des Verfahrens gem. § 154 I StPO im Rahmen einer Verständigung gem. § 257 c StPO, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ), 2017, 609
- Eckstein, Ken*, Ermittlungen zu Lasten Dritter, 2013
- Ehlers, Dirk/Pünder, Hermann/Burgi, Martin*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Auflage 2016
- Eidam, Gerd/Eidam, Harriet/Stang, Kirsten/Weyand, Raimung*, Unternehmen und Strafe: Vorsorge und Krisenmanagement, 4. Auflage 2014
- Eisenberg, Ulrich/Conen, Stefan*, Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum?, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1998, 2241
- Enders, Christoph/Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band III: Personal, Finanzen, Kontrolle, Sanktionen, staatliche Einstandspflichten, 2009 (zitiert als: GdVwR III)
- Engländer, Armin/Volk, Klaus*, Grundkurs StPO, 8. Auflage 2013
- Erb, Volker*, Legalität und Opportunität: Gegensätzliche Prinzipien der Anwendung von Strafrechtsnormen im Spiegel rechtstheoretischer, rechtsstaatlicher und rechtspolitischer Überlegungen, 1999

- Erb, Volker/Esser, Robert/Franke, Ulrich/Graalman-Scheerer, Kirsten/Hilger, Hans/Ignor, Alexander, Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 26. Auflage, 2006-2014 (zitiert als *Bearbeiter*, in: LR-StPO)*
- Esser, Robert/Lubrich, Felix, Anspruch des Verletzten auf Strafverfolgung Dritter: Der Kunduz-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, Strafverteidiger (StV) 2017, 418*
- Fezer, Gerhard, Anmerkung zu LG Neuruppin, Beschluss v. 11.7.1997 – 14 Qs 59 Js 31596, JuristenZeitung (JZ) 1997, 1062*
- Fichte, Johann Gottlieb, Reden an die deutsche Nation, 5. Auflage nach dem Erstdruck von 1808, 1978*
- Fichte, Johann Gottlieb, Rechtslehre, 2. Auflage nach der Ausgabe von 1920, 1980*
- Flieger, Hans, Nachträglicher Rechtsschutz gegen Maßnahmen der öffentlichen Gewalt, Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR) 1981, 17*
- Forst, Rainer, Das Recht auf Rechtfertigung: Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit, 2007*
- Forst, Rainer, Kritik und Antwort. Zu: Peter Stemmer: Normativität. Die Reise nach Phantasia, Deutsche Zeitschrift für Philosophie (DZPhil) 2010, 157*
- Forst, Rainer, Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse: Perspektiven einer kritischen Theorie der Politik, 2011*
- Forst, Rainer, Normativität und Macht: Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, 2015*
- Freund, Georg, Der Zweckgedanke im Strafrecht, Goltdammers Archiv für Strafrecht (GA) 1995, 4*
- Frisch, Wolfgang, Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafs, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2016, 16*
- Frisch, Wolfgang, Strafwürdigkeit, Strafbedürftigkeit und Straftatsystem, Goltdammers Archiv für Strafrecht (GA) 2017, 364*

- Froese, Judith*, Die Grenze des Rechts als Herausforderung der Auslegung, oder: Interpretation als Flexibilitätsreserve der Rechtsordnung, *Rechtstheorie* 2015, 481
- Funke, Andreas*, Perspektiven subjektiv-rechtlicher Analyse im öffentlichen Recht, *JuristenZeitung (JZ)* 2015, 369
- Gaier, Reinhard*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Zulassung der Berufung im Verwaltungsstreitverfahren, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2011, 385
- Gallwas, Hans-Ullrich*, Faktische Beeinträchtigungen, 1970
- Gärditz, Klaus Ferdinand*, Strafprozeß und Prävention: Entwurf einer verfassungsrechtlichen Zuständigkeits- und Funktionenordnung, 2003
- Gärditz, Klaus Ferdinand*, Staat und Strafrechtspflege: Braucht die Verfassungstheorie einen Begriff von Strafe?, 2015
- Gärtner, Reinhard*, Die Stellung der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren, 1964
- Gercke, Björn/Julius, Karl-Peter/Temming, Dieter/Zöller, Mark A.*, Heidelberger Kommentar Strafprozessrecht (zitiert als HK-StPO), 5. Auflage 2012
- Göbel, Oswald*, Anklagezwang und Gewaltentrennung, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1961, 856
- Görcke, Hans Helmuth*, Weisungsgebundenheit und Grundgesetz, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 73 (1961), 561
- Görg, Hans-Jürgen*, Die Entstehung des strafprozessualen Anklageerzwingungsverfahrens als historische Konsequenz aus dem Wandel von der privaten zur staatlich monopolisierten Strafverfolgung (zitiert als: Anklageerzwingungsverfahren), 1995
- Gounalakis, Georgios*, Verdachtsberichterstattung durch den Staatsanwalt, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2012, 1473
- Gounalakis, Georgios*, Geldentschädigung bei vorverurteilenden Äußerungen durch Medien oder Justiz, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2016, 737

- Graf, Jürgen Peter/Bartel, Louisa*, Richtlinien für das Strafverfahren und das Bussgeldverfahren (RiStBV) und Anordnung über Mitteilungen in Strafsachen (MiStra), Kommentar, 2015 (zitiert als: Graf/Bartel-RiStBV)
- Greco, Luís*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft: Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht, 2015
- Grunst, Bettina*, Prozeßhandlungen im Strafprozeß, 2002
- Grzeszick, Bernd*, Rechte und Ansprüche: Eine Rekonstruktion des Staatshaftungsrechts aus den subjektiven öffentlichen Rechten, 2002
- Güde, Max*, Die Stellung des Staatsanwalts im heutigen Recht, Die Justiz (Justiz) 1957, 301
- Günther*, Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe – Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?, in: Prittwit, Cornelius/Baurmann, Michael/Günther, Klaus/Kuhlen, Lothar/Merkel, Reinhard (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002 (zitiert als: FS-Lüderssen), 2002, S. 205 ff.
- Gutmann, Thomas*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, 2001
- Haas, Günter*, Vorermittlungen und Anfangsverdacht, 2003
- Habersack, Mathias/Papier, Hans-Jürgen/Schäfer, Carsten/Schmidt, Karsten/Shirvani, Foroud/Schwab, Martin/Wagner, Gerhard*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Auflage 2017 (zitiert als *Bearbeiter*, in: MüKo-BGB)
- Haffke, Bernhard*, Zum Rechtsschutz bei bevorstehender richterlicher Durchsicht beschlagnahmefreier Papiere, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1974, 1983
- Hamm, Rainer*, Rechtsschutz gegen die Ablehnung einer audio-visuellen Zeugenvernehmung, Strafverteidiger (StV) 2015, 137

- Hanloser, Marlene*, Das Recht des Opfers auf Gehör im Strafverfahren: Ein Vorschlag zur Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses über die Stellung des Opfers im Strafverfahren auf der Grundlage einer Betrachtung des Victim Impact Statement im US-amerikanischen Recht, 2010
- Hannich, Rolf*, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Auflage 2013 (zitiert als *Bearbeiter*, in: *Hannich*, KK-StPO)
- Hart, Herbert L.A.*, Bentham on Legal Rights, in: *Essays on Bentham – Studies in Jurisprudence and Political Theory*, 1982
- Hart, Herbert L.A.*, *The Concept of Law*, Second Edition 1994
- Hassemer, Winfried*, Die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ – ein neuer Rechtsbegriff?, *Strafverteidiger (StV)* 1982, 275
- Hassemer, Winfried*, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Auflage 1990
- Hassemer, Winfried/Matussek, Karin*, *Das Opfer als Verfolger: Ermittlungen des Verletzten im Strafverfahren*, 1996
- Hassemer, Winfried/Reemtsma, Jan Philipp*, *Verbrechensopfer: Gesetz und Gerechtigkeit*, 2002
- Hattenhauer, Christian*, Person und Rechtsträgerschaft: Gemeinschaftsbezogene Freiheit, in: Klein, Eckart/Menke, Christoph (Hrsg.), *Der Mensch als Person und Rechtsperson* (zitiert als: *Mensch als Person*), 2011, S. 39 ff.
- Hawickhorst, Katrin*, „Wo Rauch ist, da ist auch Feuer“- Über die Ohnmacht des Beschuldigten bei Opportunitätseinstellungen durch die Staatsanwaltschaft, *Strafverteidiger Forum (StraFo)* 2016, 141
- Heck, Philipp*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* 112 (1914), 1
- Hefendehl, Roland*, Der Begriff des Verletzten im Klageerzwingungsverfahren bei modernen Rechtsguts- und Deiliktstrukturen, *Golt-dammers Archiv für Strafrecht (GA)* 1999, 584
- Hefendehl, Roland*, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002

- Hefendehl, Roland*, Der fragmentarische Charakter des Strafrechts, Juristische Arbeitsblätter (JA) 2011, 401
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse: mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen (zitiert als: Grundlinien), 14. Auflage 2015
- Heinrich, Bernd*, Die gerichtliche Nachprüfbarkeit von Entscheidungen der Staatsanwaltschaft im Zusammenhang mit der Anklageerhebung, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 1996, 110
- Heintschel-Heinegg, Bernd/Stöckel, Heinz*, KMR Kommentar zur Strafprozeßordnung, 2012 (zitiert als *Bearbeiter*, in: KMR-StPO)
- Hellebrand, Johannes*, Die Staatsanwaltschaft: Arbeitsgebiet und Arbeitspraxis; eine Einführung für angehende Staatsanwälte und für Referendare bei Eintritt in die staatsanwaltschaftliche Ausbildung, 1999
- Herdegen, Matthias*, Beurteilungsspielraum und Ermessen im strukturellen Vergleich, JuristenZeitung (JZ) 1991, 747
- Hertle, Dirk*, Schadenswiedergutmachung als opfernahe Sanktionsstrategie: Eine dogmatisch-empirische Untersuchung, 1994
- Hesse, Konrad*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (zitiert als: Grundzüge), 15. Auflage 1985
- Hesse, Konrad*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (zitiert als: Grundzüge), 26. Auflage 1995
- Hiéramente, Mayeul*, Begründungsdefizite bei Richterentscheidung im Ermittlungsverfahren, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2017, 50
- Hilgartner, Christian*, Chancen und Risiken strafrechtlicher Wiedergutmachung für die Verteidigung (zitiert als: Wiedergutmachung), 2008
- Hilger, Hans*, Über die Pflicht der Staatsanwaltschaft zur unverzögerten Einstellung gemäß §170 Abs. 2 StPO, Juristische Rundschau (JR) 1985, 93

- Hillgruber, Christian*, Grundrechtsschutz im Vertragsrecht, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 191 (1991), 69
- von Hirsch, Andreas/Neumann, Ulfried/Seelmann, Kurt*, Strafe – warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrecht (zitiert als: *Bearbeiter*, Strafbegründung), 2011
- von Hirsch, Andrew*, Censure and sanctions, 1993
- von Hirsch, Andrew*, Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen, 2005
- Hoffmann, Thomas*, Beurteilungsspielräume der Staatsanwaltschaft als prozessuales Prinzip, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2002, 566
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas*, Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I: Methoden - Maßstäbe - Aufgaben - Organisation, 2. Auflage 2012 (zitiert als *Bearbeiter*, in: GdVwR I)
- Hofmann, Hasso*, Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung, 1998
- Hofmeister, Werner*, Über die Stellung des Staatsanwalts, Niedersächsische Rechtspflege (NdsRPflege) 1958, 61
- von Holtzendorff, Franz*, Handbuch Strafprozessrecht Band 1, Nachdruck der Ausgabe Berlin 1879, 1997
- Holz, Wilfried*, Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers, 2007
- Honneth, Axel*, Kampf um Anerkennung – zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte, 9. Auflage der Ausgabe Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 2016
- Hörnle, Tatjana/Gärditz, Ferdinand*, Anmerkung zu 2 BvR 987/11, JuristenZeitung (JZ) 2015, 890
- Hörnle, Tatjana*, Die Rolle des Opfers in der Strafrechtstheorie und im materiellen Strafrecht, JuristenZeitung (JZ) 2006, 950
- Hörnle, Tatjana*, "Justice as Fairness" – Ein Modell auch für das Strafverfahren?, Rechtslehre 35 (2004), 175

- Horstmann, Markus*, Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen (zitiert als: Opportunitätseinstellungen), 2002
- Houellebecq, Michel*, Ausweitung der Kampfzone, 2012
- Höynck, Theresia*, Das Opfer zwischen Parteirechten und Zeugenpflichten: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Rolle des Opfers im Strafverfahren in Deutschland, der Schweiz und England, 2005
- Hufen, Friedhelm*, Staatsrecht II: Grunrechte, 2007
- Hume, David*, A Treatise of Human Nature, 2008
- Hund, Horst*, Brauchen wir die „unabhängige Staatsanwaltschaft“?, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1994, 470
- Husserl, Gerhart*, Recht und Zeit: Fünf rechtsphilosophische Essays, 1955
- Isensee, Josef*, Das Grundrecht auf Sicherheit: Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Vortrag vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 24. November 1982, erw. Fassung v. 1983
- Isensee, Josef*, Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte, in: Franßen, Everhardt/Redeker, Konrad/Schlichter, Otto (Hrsg.), Bürger - Richter - Staat: Festschrift für Horst Sandler (zitiert als: FS-Sandler), 1991, S. 39 ff.
- Isensee, Josef*, Die verdrängten Grundpflichten des Bürgers – Ein grundgesetzliches Interpretationsvakuum, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 1982, 616
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage 2004-2013 (zitiert als *Bearbeiter*, in: HStR Band)
- Jahn, Matthias/Kirsch, Stephan*, Anmerkung zu LG Mannheim, 3. 7. 2012 - 24 Qs 1, 2/12 - Beurteilung der Beschlagnahmefreiheit von Unterlagen im Gewahrsam eines Zeugen, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ) 2012, 713

- Jakobs, Günther*, Rezension zu *Logodny, Otto*: Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 110 (1998), 716
- Jakobs, Günther*, Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 3. Auflage 2008
- Janke, Manon*, Der Täter-Opfer-Ausgleich im Strafverfahren: Zugleich ein Beitrag zu einer kritischen Strafverfahrensrechtstheorie, 2005
- Jans, Sigrid*, Die Aushöhlung des Klageerzwingungsverfahrens, 1990
- Jarass, Hans/Pieroth, Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar, 14. Auflage 2016 (zitiert als *Bearbeiter*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz)
- Jestaedt, Matthias*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz – Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, 1999
- Jerouschek, Günter*, Straftat und Traumatisierung – Überlegungen zu Unrecht, Schuld und Rehabilitierung der Strafe aus viktimologischer Perspektive, JuristenZeitung (JZ) 2000, 185
- Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus*, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Auflage 2017 (zitiert als *Bearbeiter*, in: MüKo-StGB)
- Kalsbach, Till*, Die gerichtliche Nachprüfung von Maßnahmen der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren, 1967
- Kammann, Nicola*, Der Anfangsverdacht, 2003
- Kant, Immanuel*, Die Metaphysik der Sitten : erläuternde Anmerkungen zu den metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre, Nachdruck der Ausgabe Königsberg, Nicolovius, 1797, Fischer Verlag, Erlangen, 1990
- Keller, Rainer*, Zur gerichtlichen Kontrolle prozessualer Ermittlungsentscheidungen der Staatsanwaltschaft, Goldammers Archiv für Strafrecht (GA) 1983, 497

- Kelsen, Hans*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre : entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 2. Neudruck der 2. Auflage, Tübingen, 1923, Scientia-Verlag, Aalen, 1984
- Kelsen, Hans*, Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 2. Auflage, 1960: mit einem Anhang: das Problem der Gerechtigkeit / Hans Kelsen ; unter Berücksichtigung von Kelsens Änderungen anlässlich der Übersetzung ins Italienische 1966, herausgegeben und eingeleitet von Matthias Jestaedt, 2017
- Kern, Eduard*, Die beamtenrechtliche Stellung der Staatsanwälte, Deutsche Richter Zeitung (DRiZ) 1951, 119
- Kindhäuser, Urs*, Strafprozessrecht, 3. Auflage 2013 (zitiert als Strafprozessrecht 3. Aufl)
- Kindhäuser, Urs*, Strafprozessrecht, 4. Auflage 2017 (zitiert als Strafprozessrecht 4. Aufl)
- Kirchhof, Paul*, Gleichheit und Übermaß, in: Badura, Peter/Scholz, Rupert (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens: Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag (zitiert als: FS-Lerche), 1993, S. 133 ff.
- Kischel, Uwe*, Die Begründung: Zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger, 2003
- Kischel, Uwe*, Folgen von Begründungsfehlern: Verwaltungsprozeß, Zivilprozeß, Verwaltungsverfahren, 2004
- Kloepfer, Michael*, Verfassungsrecht II, 2010
- Knauer, Christoph/Kudlich, Hans/Schneider, Hartmut*, Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, 1. Auflage 2014 (zitiert als *Bearbeiter*, in: MüKo-StPO)
- Koch, Thorsten*, Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen: Zur Rekonstruktion der Grundrechte als Abwehrrechte (zitiert als: Drittbetroffene), 2000
- Köhler, Helmut*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997
- Kohlhaas, Max*, Die Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechenden Gewalt (zitiert als: Staatsanwaltschaft als rechtsprechende Gewalt), 1963

- Köbel, Ralf*, (Vorbeugender) Rechtsschutz gegen Ermittlungsverfahren?, *Juristische Rundschau (JR)* 2006, 322
- Koller, Christoph*, Die Staatsanwaltschaft – Organ der Judikative oder Exekutivbehörde?: Die Stellung der Anklagebehörde und die Gewaltenteilung des Grundgesetzes (zitiert als: Staatsanwaltschaft als Organ), 1997
- Koppenhöfer, Brigitte*, Wie unabhängig von den Medien kann, darf, muß die Justiz sein?, *Strafverteidiger (StV)* 2005, 172
- Köstlin, Christian Reinhold*, Geschichte des deutschen Strafrechts, Nachdruck der Ausgabe Tübingen, H. Laupp, 1859, 1996
- Krekeler, Wilhelm/Löffelmann, Markus/Sommer, Ulrich*, AnwaltKommentar StPO, 2. Auflage 2010 (zitiert als *Bearbeiter*, in: AnwKO-StPO)
- Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas*, Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Auflage 2016 (zitiert als *Bearbeiter*, in: MüKo-ZPO)
- Kubiciel, Michael*, BVerfG untersagt einstweilig die Auswertung der in einer Rechtsanwaltskanzlei sichergestellten Unterlagen einer unternehmensinternen Untersuchung, *jurisPR-StrafR* 2017, 16
- Kudlich, Hans*, Erfordert das Beschleunigungsgebot eine Umgestaltung des Strafverfahrens? Verständigung im Strafverfahren – Fristsetzung für Beweisanträge – Beschränkung der Geltendmachung von Verfahrensgarantien, *Neue Juristische Wochenschrift - Beilage zu Heft 28/2012 (NJW-Beilage)* 2012, 86
- Kühne, Hans-Heiner*, Strafprozessrecht: Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 8. Auflage 2010
- Kunig, Philip*, Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986
- Kurzrock, Julia*, Die Zulässigkeit politischer Einflußnahme auf Strafverfahren: Zur verfassungsrechtlichen Einordnung der Staatsanwaltschaft (zitiert als: Politische Einflußnahme), 2003

- Lagodny, Otto*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik, 1996
- Larenz, Karl*, Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik, 1979
- Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage 1991
- Laser, Andrea*, Das Rechtsschutzsystem gegen strafprozessuale Zwangsmaßnahmen, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2001, 120
- Lehr, Gernot*, Pressefreiheit und Persönlichkeitsrechte – Ein Spannungsverhältnis für die Öffentlichkeitsarbeit der Justiz, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2013, 728
- Leidinger, Tobias*, Hoheitliche Warnungen, Empfehlungen und Hinweise, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 1993, 925
- Lepsius, Oliver/Augsberg, Ino*, Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, 2016
- Lilie, Hans*, Staatsanwaltschaft als Verwaltungsbehörde, als Organ der Rechtspflege, als Teil der Justiz - Zuordnung zur 3. Gewalt?, in: Hiebl, Stefan/Kassebohm, Nils/Lilie, Hans (Hrsg.), Festschrift für Volkmar Mehle zum 65. Geburtstag am 11.11.2009 (zitiert als: FS-Mehle) 2009, S. 359 ff.
- Lindemann, Michael*, Voraussetzungen und Grenzen legitimen Wirtschaftsstrafrechts: Eine Untersuchung zu den materiell- und prozessrechtlichen Problemen der strafrechtlichen Aufarbeitung von Wirtschaftskriminalität (zitiert als: Wirtschaftsstrafrecht), 2012
- Lindner*, Der Schutz des Persönlichkeitsrechts des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren: Zum Verhältnis von Justiz und Medien aus grundrechtlicher Sicht, Strafverteidiger (StV) 2008, 210
- Locke, John*, Zwei Abhandlungen über die Regierung, Ausgabe Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, Herausgegeben von Walter Euchner, 1977

- Löffelmann, Markus*, Der Rechtsschutz gegen Ermittlungsmaßnahmen - Zugleich Besprechung von BGH, Beschl. v. 08. 10. 2008 - StB 12- 15/08 -, StV 2009, 3, Strafverteidiger (StV) 2009, 379
- Löhnig, Martin*, Nachschieben von Gründen, Juristische Arbeitsblätter (JA) 1998, 700
- Loick, Daniel*, Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts, 2017
- Loock, Alexandra*, Persönlichkeitsrecht versus Medienfreiheit, Neue Justiz (NJ) 2005, 157
- Lorenz, Dieter*, Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Gentechnologie, JuristenZeitung (JZ) 2005, 1121
- Lorz, Ralph Alexander*, Neue Vorgaben für die Öffentlichkeitsarbeit der Justiz?, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2005, 2657
- Lüderssen, Klaus*, Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs, 1989
- Luhmann, Niklas*, Zweckbegriff und Systemrationalität, 6. Auflage, 1999
- Luhmann, Niklas*, Das Recht der Gesellschaft, Nachdruck zur 1. Auflage, 2002
- Luhmann, Niklas*, Legitimation durch Verfahren, 9. Auflage, 2013
- Lurf, Isabelle*, Opferschutz im Strafverfahren auf internationaler und nationaler Ebene (zitiert als: Internationaler Opferschutz), 2012
- von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian*, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Auflage 2010 (zitiert als *Bearbeiter*, in: Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz)
- Mansdörfer, Marco*, Das Recht des Beschuldigten auf ein unverzügliches Ermittlungsverfahren, Goltdammers Archiv für Strafrecht (GA) 2010, 153
- Marauhn, Thilo*, Person und Rechtsträgerschaft: Gemeinschaftsbezogene Freiheit, Der Mensch als Person und Rechtsperson: Grundlage der Freiheit (Mensch als Person) 2011, 89

- Masing, Johannes*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts: Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht, 1997
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Badura, Peter*, Kommentar zum Grundgesetz, 1958 (zitiert als *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar)
- Maurer, Hartmut*, Staatsrecht I, 5. Auflage, 2007
- Menke, Christoph*, Kritik der Rechte, 2015
- Merkl, Adolf*, Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff, 1923
- Merkl, Adolf*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung – Recht und Wissenschaft vom Recht, Gesammelte Schriften I/1, 1993, S. 85 ff.
- Merten, Detlef*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, 1975
- Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen*, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa: Band V: Grundrechte in Deutschland – Einzelgrundrechte II, 2004 (zitiert als *Bearbeiter*, in: HdGR V)
- Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen*, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa: Band III: Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren II, 2009 (zitiert als *Bearbeiter*, in: HdGR III)
- Meyer-Goßner, Lutz/Schmitt, Betram*, Kommentar zur Strafprozessordnung, 60. Auflage 2017 (zitiert als *Bearbeiter*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO)
- Michael, Lothar/Morlok, Martin*, Grundrechte, 3. Auflage 2012
- Milde, Oliver*, LG Mannheim, 3. 7. 2012 - 24 Qs 1/12: Zur Beschlagnahmefähigkeit von Unterlagen im Gewahrsam eines Zeugen, Corporate Compliance Zeitschrift (CCZ) 2012, 78
- Möllers, Christoph*, Staat als Argument, 2000
- Möllers, Christoph*, Polizeikontrollen ohne Gefahrverdacht Ratio und rechtliche Grenzen der neuen Vorsorgebefugnisse, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2000, 382

- Möllers, Christoph*, Gefahr im Verzug, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2001, 1397
- Möllers, Christoph*, Gewaltengliederung: Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, 2005
- Möllers, Christoph*, Die drei Gewalten: Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, europäischer Integration und Internationalisierung, 2008
- Möllers, Christoph*, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 3. Auflage 2012
- Möllers, Christoph*, Die Möglichkeit der Normen: Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität, 2015
- de Montesquieu, Charles*, Vom Geist der Gesetze, Band 1, Herausgegeben von Ernst Forsthoff, Ausgabe Laupp-Verlag, Tübingen, 1951
- de Montesquieu, Charles*, Vom Geist der Gesetze, Band 2, Herausgegeben von Ernst Forsthoff, Ausgabe Laupp-Verlag, Tübingen, 1951
- Morlok, Michael/Kölbl, Ralf*, Zur Herstellung von Recht: Forschungsstand und rechtstheoretische, Zeitschrift für Rechtssoziologie (ZfRSoz) Band 21, 2000, 387
- Implikationen ethnomethodologischer (Straf-)Rechtssoziologie
- Möstl, Markus*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung: Sicherheitsgewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union (zitiert als: Sicherheit und Ordnung), 2002
- Müller, Egon*, Einige Bemerkungen zu Presseerklärungen der Staatsanwaltschaft, Goldammers Archiv für Strafrecht (GA) 2016, 702
- von Münch, Ingo/Kunig, Philip*, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Auflage 2012 (zitiert als Münch/Kunig, Grundgesetz)
- Murmann, Uwe*, Über den Zweck des Strafprozesses, Goldammers Archiv für Strafrecht (GA) 2004, 65

- Murmann, Uwe*, Die Selbstverantwortung des Opfers, 2005
- Murswiek, Dietrich*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik : verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionschutzrechtliche Ausformung (zitiert als: Verantwortung für Technik), 1985
- Murswiek, Dietrich*, Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe: Zu der Glykol- und der Osho-Entscheidung vom 26. 6. 2002, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), 1
- Nagel, Michael*, Rechtsschutz gegen verfahrenseinleitende und -fortführende Maßnahmen der Strafverfolgungsbehörden im Ermittlungsverfahren?, Strafverteidiger (StV) 2001, 185
- Neuling, Christian-Alexander*, Rechtsschutz des Beschuldigten bei amtspflichtwidrigen Medienauskünften von Justizbediensteten – Die »Affäre Mannesmann«, Strafverteidiger (StV) 2006, 332
- Neuling, Christian-Alexander*, Unterlassung und Widerruf vorverurteilender Medienauskünfte der Ermittlungsbehörden, Strafverteidiger (StV) 2008, 387
- Niedling, Dirk*, Strafprozessualer Opferschutz am Beispiel der Nebenklage: Bestandsaufnahme und Ausblick nach sechzehn Jahren Opferschutzgesetz, 2005
- Niemz, Susanne*, Rationalisierung und Partizipation im Strafrechtssystem: Urteilsabsprachen und Operinteressen in Verfahren mit Nebenklagebeteiligung, 2016
- Odersky, Walter*, Aktuelle Überlegungen zur Stellung der Staatsanwaltschaft, in: Eyrich, Heinz/Odersky, Walter/Säcker, Franz, Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag (zitiert als: FS-Rebmann), 1989, S. 343 ff.
- Osterloh, Lerke*, Gesetzesbindung und Typisierungsspielräume bei der Anwendung der Steuergesetze (zitiert als: Typisierungsspielräume), 1992

- Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum: Zur Einheitlichkeit administrativer Entscheidungsfreiräume und zu deren Konsequenzen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren – Versuch einer Modernisierung (zitiert als: Beurteilungsspielraum), 2001
- Paeffgen, Hans-Ullrich*, Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts (zitiert als: Untersuchungshaft), 1986
- Park, Tido*, Der Anwendungsbereich des § 110 StPO bei Durchsuchungen in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (wistra) 2000, 453
- Pašukanis, Evgenij*, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus: Versuch einer Kritik der juristischen Grundbegriffe, 2003
- Pawlik, Michael*, Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts: Ein kritischer Vergleich, 1993
- Pawlik, Michael*, Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe, 2004
- Pawlik, Michael*, „Der wichtigste Fortschritt der letzten Menschenalter“? – Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht, in: Dannecker, Gerhard (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto (zitiert als: FS-Otto), 2007, S. 133 ff.
- Pawlik, Michael*, Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der allgemeinen Verbrechenslehre, 2012
- Peat, Daniel/Windsor, Matthew*, An Interpretive Turn to Practice?, Cambridge Journal of International and Comparative Law (3)2: 444-449 (2014)
- Perron, Walter*, Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht (zitiert als: Rechtfertigung), 1987
- Perron, Walter*, Überlegungen zum Verhältnis von Strafrecht und Strafprozeßrecht, in: Ebert, Udo/Roxin, Claus/Rieß, Peter/Wahle, Eberhard (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30.8.1999 (zitiert als: FS-Hanack) 1999, S. 473 ff.

- Pestalozza, Christian*, Art. 19 IV GG – Nur eine Garantie des Fachgerichtsweges gegen die Verletzung von Bundesgrundrechten i.S. der Art. 1-17 GG, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 1999, 140
- Peter, Frank K.*, *Verbesserung der Stellung des Opfers im Strafverfahren*, 2014
- Peters, Hans*, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in: Constantopoulos, Dimitri S./Wehberg, Hans (Hrsg.), *Gegenwartsprobleme des internationalen Rechtes und der Rechtsphilosophie – Festschrift für Rudolf Laun zu seinem 70. Geburtstag* (zitiert als: FS-Laun), 1953, S. 669 ff.
- Petersen, Jens*, *Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz: Dargestellt an Beispielen aus dem deutschen Privatrecht* (zitiert als: Wertungsjurisprudenz), 2001
- Pitamic, Leonidas*, Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (ÖZÖR)* 1917, 339
- Pollähne, Helmut*, *Opfer im Blickpunkt – Angeklagte im Abseits?: Probleme und Chancen zunehmender Orientierung auf die Verletzten in Prozess, Therapie und Vollzug*, 2012
- Pollmann, Arnd / Menke, Christoph*, *Philosophie der Menschenrechte zur Einführung*, 2007
- Popper, Karl Raimund*, *Vermutungen und Widerlegungen, Teilband 2* (zitiert als: *Widerlegungen*), 1997
- Poscher, Ralf*, *Verwaltungsakt und Verwaltungsrecht in der Vollstreckung*, *Verwaltungsarchiv (VerwArch.)* 89 (1998), 111
- Poscher, Ralf*, *Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit* (zitiert als: *Abwehrrechte*), 2003
- Poscher, Ralf*, *Geteilte Missverständnisse – Theorien der Rechtsanwendung und des Beurteilungsspielraums der Verwaltung – zugleich eine Kritik der normativen Ermächtigungslehre*, in: Appel, Ivo/Hermes, Georg/Schönberger, Christian (Hrsg.), *Öffentliches Recht im offenen Staat: Festschrift für Rainer Wahl zum 70. Geburtstag* (zitiert als: *FS-Wahl*), 2011, S. 527 ff.

- Prechtel, Günter*, Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter: Eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO (zitiert als Staatsanwaltschaft und Ermittlungsrichter), 1995
- Puschke, Jens*, Die kumulative Anordnung von Informationsbeschaffungsmaßnahmen im Rahmen der Strafverfolgung: Eine Untersuchung unter rechtlichen, rechtstatsächlichen und kriminologischen Aspekten, 2006
- Quabeck, Christian*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung (zitiert als Dienende Funktion), 2010
- Radtke, Henning*, BGH v. 22. 3. 2002 4 StR 485/01 – Verwertung einer dienstlichen Äußerung eines Richters, Juristische Rundschau (JR) 2003, 125
- Radtke, Henning/Hohmann, Olaf*, Kommentar zur Strafprozessordnung, 2011 (zitiert als *Bearbeiter*, in: Radtke/Hohmann, StPO)
- Rautenberg, Erardo C.*, Die deutsche Staatsanwaltschaft: „Objektivste Behörde“ mit viel Macht, aber geringem Ansehen - Was ist zu tun?“, Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 2014, 214
- Rautenberg, Erardo C.*, Deutscher Widerstand gegen weisungsunabhängige Staatsanwaltschaft, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2016, 38
- Rautenberg, Erardo C.*, Die Abhängigkeit der deutschen Staatsanwaltschaft, Goldammers Archiv für Strafrecht (GA) 2006, 356
- Remmert, Barbara*, Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV 1 GG, Juristische Ausbildung (JURA) 2014, 906
- Reuss, Hermann*, Der unbestimmte Rechtsbegriff, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 1953, 585
- Ricker, Reinhart*, Rechte und Pflichten der Medien unter Berücksichtigung des Rechtsschutzes des einzelnen, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1990, 2097
- Riepl, Frank*, Informationelle Selbstbestimmung im Strafverfahren, 1998

- Rieß, Peter*, Die Zukunft des Legalitätsprinzips, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 1981, 2
- Rieß, Peter*, Neuordnung des Rechtsschutzes gegen strafprozessuale Zwangsmaßnahmen, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1981, 101
- Rieß, Peter*, Anmerkung zu OLG Karlsruhe, 30.04.1982 - 4 VAs 22/82, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 1982, 435
- Rieß, Peter*, Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren: Gutachten C für den 55. Deutschen Juristentag, 1984
- Rieß, Peter*, Über das Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit vom 12. September 1950, in: Letzgus, Klaus u.a. (Hrsg.), Für Recht und Staat – Festschrift für Herbert Helmrich zum 60. Geburtstag (zitiert als: FS - Helmrich), 1994, S. 127 ff.
- Rieß, Peter*, Über den schleichenden Tod der Privatklage, Schiedsamts-Zeitung (SchAZtg) 2000, 306
- Rieß, Löwe-Rosenberg*, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 25. Auflage, 1999-2005 (zitiert als *Bearbeiter*, in: LR-StPO [25])
- Rieß, Peter*, Plädoyer für ein Einstellungserzwingungsverfahren, in: Schünemann, Bernd/Achenbach, Hans/Bottke, Wilfried/Haffke, Bernhard/Rudolphi, Hans-Joachim (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag (zitiert als: FS-Roxin I), 2001, S. 1319 ff.
- Rieß, Peter*, Entwicklungstendenzen in der deutschen Strafprozessgesetzgebung seit 1950, ZIS 2009, 466
- Rieß, Peter*, Die Entwicklung der gesetzlichen Aufgabenverteilung im Ermittlungsverfahren im deutschen Strafprozess, in: Hassemer, Winfried/Kempf, Eberhard/Moccia, Sergio (Hrsg.), IN DU-BIO PRO LIBERTATE – Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag (zitiert als: FS - Volk), 2009, S. 559 ff.
- Robbers, Gerhard*, Sicherheit als Menschenrecht: Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion, 1987

- Rogall, Klaus*, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozessrecht, 1992
- Rose, Ralf*, Der Rechtsschutz des Beschuldigten gegen die Einstellung des Strafverfahrens nach den Opportunitätsvorschriften der Strafprozessordnung, 2006
- Rousseau, Jean-Jacques*, Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts (zitiert als: Gesellschaftsvertrag), 2011
- Roxin, Claus*, Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft, Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1969, 385
- Roxin, Claus*, Zur richterlichen Kontrolle von Durchsuchungen und Berschlagnahmen, Strafverteidiger (StV) 1997, 654
- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd*, Strafverfahrensrecht, 28. Auflage, 2014
- Rusteberg, Benjamin*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt: Eine veränderte Perspektive auf die Grundrechtsdogmatik durch eine präzise Schutzbereichsbestimmung (zitiert als: Gewährleistungsgehalt), 2009
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel*, Rechtstheorie, 7. Auflage, 2013
- Sachs, Michael*, Grundgesetz, 7. Auflage, 2014 (zitiert als *Bearbeiter*, in: Sachs, Grundgesetz)
- Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Widmaier, Gunter*, Kommentar zur Strafprozessordnung, 2014 (zitiert als *Bearbeiter*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO)
- Sautner, Lyane*, Viktimologie : die Lehre von Verbrechenopfern; Lehrbuch (zitiert als: Viktimologie), 2014
- Schenke, Ralf Peter*, Das Nachschieben von Gründen nach dem 6. VwGO-Änderungsgesetz, Verwaltungsarchiv (VerwArch) 1999, 232
- Schenke, Ralf Peter*, Das Nachschieben von Ermessenserwägungen – BVerwGE 106, 351, Juristische Schulung (JuS) 2000, 230

- Schenke, Ralf Peter*, Die Rechtsnatur einer erkennungsdienstlichen Maßnahme gem. § 81 b Alt. 2 StPO, JuristenZeitung (JZ) 2006, 707
- Schlink, Bernhard*, Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1984, 457
- Schlink, Bernhard/Pieroth, Bodo/Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf*, Staatsrecht II, 30. Auflage, 2014
- Schnoor, Christian/Giesen, Lina/Addicks, Thomas*, Mitteilungen der Staatsanwaltschaften an die Presse ohne Datenschutz?, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2016, 256
- Schmidt, Eberhard*, Die Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft, Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR) 1951, 1
- Schmidt, Eberhard* Der Vorführungsbefehl des Ermittlungsrichters - Androhung und Vollzug, JuristenZeitung (JZ) 1968, 354
- Schmidt, Eberhard*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 2. Nachdruck der 3. Auflage, 1995
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Auflage, 2004
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik: Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben, 2013
- Schmitt, Carl*, Verfassungslehre, 11. Auflage, 2017
- Schoch, Friedrich*, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, 1988
- Schoch, Friedrich*, Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil II) - Das gerichtliche Aussetzungsverfahren, Juristische Ausbildung (JURA) 2002, 37
- Schoch, Friedrich*, Der unbestimmte Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, Juristische Ausbildung (JURA) 2004, 612

- Schoch, Friedrich*, Konkurrenzschutz im kommunalen Wirtschaftsrecht, in: Appel, Ivo/Hermes, Georg/Schönberger, Christian (Hrsg.), Öffentliches Recht im offenen Staat: Festschrift für Rainer Wahl zum 70. Geburtstag (zitiert als: FS-Wahl), 2011, 573
- Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter/Bier, Wolfgang*, Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 32. EL., 2016 (zitiert als *Be-
arbeiter*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO)
- Schöch, Heinz*, Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 1984, 385
- Scholz, Rupert*, Rechtsfrieden im Rechtsstaat Verfassungsrechtliche Grundlagen, aktuelle Gefahren und rechtspolitische Folgen, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1983, 705
- Schroers, Jochen*, Versteckte Probleme bei der Zusammenarbeit zwischen Staatsanwaltschaften und Medien, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1996, 969
- Schulte, Jan Markus*, Materielle Wiedergutmachung, 2006
- Schulz, Lorenz*, Normiertes Misstrauen: Der Verdacht im Strafverfahren, 2001
- Schumann, Karl F.*, Der Handel mit Gerechtigkeit: Funktionsprobleme der Strafjustiz und ihre Lösungen, am Beispiel des amerikanischen plea bargaining, 1977
- Schünemann, Bernd*, Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, NStZ 1986, 193
- Schünemann, Bernd*, Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz- und Schulterschlußeffekt, Strafverteidiger (StV) 2000, 159
- Schütz, Johann*, Staatsanwaltschaft und Dritte Gewalt, in: Recht und Staat : Festschrift für Günther Küchenhoff zum 65. Geburtstag am 21.8.1972, zweiter Halbband, (zitiert als: FS-Küchenhoff) 1972, S. 985 ff.
- Schwabe, Jürgen*, Grundrechtsdogmatik, 2. Auflage, 1997

- Schwarze, Jürgen*, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974
- Sheplyakova, Tatjana*, Das Recht der Klage aus demokratietheoretischer Perspektive, Deutsche Zeitschrift für Philosophie (DZPhil) 2016, 46
- Siegel, Thorsten*, Effektiver Rechtsschutz und der Vorrang des Primärrechtsschutzes, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 2007, 237
- Singelstein, Tobias*, Confirmation Bias - Die Bestätigungsneigung als kognitive Verzerrung bei polizeilichen Ermittlungen im Strafverfahren, Strafverteidiger (StV) 2016, 830
- Sommermeier, Jörg*, Neuralgische Aspekte der Betroffenenrechte und ihres Rechtsschutzes bei strafprozessualen Hausdurchsuchungen, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 1991, 257
- Spannowsky, Willy/Uechtritz, Michael*, Beck'scher Online-Kommentar zum Baugesetzbuch, 39. Edition, 2017 (zitiert als *Bearbeiter*, in: BeckOK BauGB)
- Staiger-Allroggen, Peony*, Auswirkungen des Opferschutzgesetzes auf die Stellung des Verletzten im Strafverfahren, 1992
- Starck, Christian*, Das Verwaltungsermessen und dessen gerichtliche Kontrolle, in: Franßen, Everhardt/Redeker, Konrad/Schlichter, Otto (Hrsg.), Bürger - Richter - Staat: Festschrift für Horst Sendler (zitiert als: FS-Sendler), 1991, S. 167 ff.
- Steinberg, Georg*, Verdacht als quantifizierbare Prognose?, Juristen-Zeitung (JZ) 2006, 1045
- Stemmer, Peter*, Normativität: Eine ontologische Untersuchung, 2008
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael*, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Auflage, 2014 (zitiert als *Bearbeiter*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl.)
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael*, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Auflage, 2018 (zitiert als *Bearbeiter*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl.)

- Stern, Klaus/Sachs, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Band III – Allgemeine Lehre der Grundrechte, 1994 (zitiert als *Bearbeiter*, in: Stern III/2)
- Störmer, Rainer*, Beurteilungsspielräume im Strafverfahren, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 108 (1996), 494
- Strate, Gerhard*, Contra Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2014, 94
- Strunck, Wolfgang*, Der Sitz des Staatsanwalts, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1949, 416
- Stuckenberg, Carl-Friedrich*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998
- Sturm, Jan Felix*, Der grundrechtliche Anspruch auf effektive Strafverfolgung, Goldammers Archiv für Strafrecht (GA) 2017, 398
- Suhr, Dieter*, Entfaltung der Menschen durch die Menschen: Zur Grundrechtsdogmatik der Persönlichkeitsentfaltung, der Ausübungsgemeinschaften und des Eigentums, 1976
- Terbach, Matthias*, Rechtsschutz gegen die staatsanwaltschaftliche Zustimmungsverweigerung zur Verfahrenseinstellung, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ) 1998, 172
- Tezner, Friedrich*, Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden: Kritisch-systematisch erörtert auf Grund der österreichischen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, 1924
- Thesmar, Friedrich Hadrian Josef*, Die Staatsanwaltschaft: Ihr Werth im Civil- und Criminal-Rechte, 1842
- Tilmann, Job*, Prozeßführung der Staatsanwaltschaft und Medien, Strafverteidiger (StV) 2005, 175
- Troper, Michel*, Le monopole de la contrainte légitime – Légitimité et légalité dans l'État moderne, in: Haller, Herbert/Kopetzki, Christian/Novak, Richard/Paulson, Stanley L./Raschauer, Bernhard/Ress, Georg/Wiederin, Ewald (Hrsg.), Staat und Recht: Festschrift für Günther Winkler, FS-Winkler 1997, S. 1195 ff.

- Trüg, Gerson*, Quo curris, Strafverfahren? - Zum Verhältnis der objektiven Dimension der Beschleunigungsmaxime zur Wahrheitsfindung, *Strafverteidiger (StV)* 2010, 528
- Ule, Carl Herman*, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in: *Bachof, Otto (Hrsg.), Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek (zitiert als: GS-Jellinek)*, 1955, 309
- Vargha, Julius*, Die Verteidigung in Strafsachen: Historisch und dogmatisch dargestellt, Neudruck der Ausgabe Wien, 1879, 1994
- Vordermayer, Helmut/Heintschel-Heinegg, Bernd*, Handbuch für den Staatsanwalt, 5. Auflage, 2016
- Vormbaum, Thomas*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2009
- Voßkuhle, Andreas*, Rechtsschutz gegen den Richter : Zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG, 1993
- Voßkuhle, Andreas*, Bruch mit einem Dogma: Die Verfassung garantiert Rechtsschutz gegen den Richter, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2003, 2193
- Voßkuhle, Andreas*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Entscheidungsspielräume der Verwaltung (Ermessen, Beurteilungsspielraum, planerische Gestaltungsfreiheit), *Juristische Schulung (JuS)* 2008, 117
- Voßkuhle, Andreas/Kaiser, Anna-Bettina*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundrechtseingriff, *Juristische Schulung (JuS)* 2009, 313
- Voßkuhle, Andreas/Sydow, Gernod*, Die demokratische Legitimation des Richters, *JuristenZeitung (JZ)* 2002, 673
- Wagner*, Zur Weisungsgebundenheit der Staatsanwälte, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1963, 8
- Wahl*, Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht in europäischer Sicht, *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.)* 2003, 1285

- Wahl/Masing*, Schutz durch Eingriff, JuristenZeitung (JZ) 1990, 553
- Walischewski*, Das Recht auf Akteneinsicht bei strafprozessualen Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren, Strafverteidiger (StV) 2001, 243
- Walter*, Gibt es einen Ausschluss aus der Rechtsgemeinschaft?, in: Klein, Eckart/Menke, Christoph (Hrsg.), Der Mensch als Person und Rechtsperson (zitiert als: Mensch als Person), S. 203 ff.
- Walther*, Was soll „Strafe“? – Grundzüge eines zeitgemäßen Sanktionensystems, Weisungsgebundenheit und Grundgesetz, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 111 (1999), 123
- Walther*, Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt, 2000
- Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 3. Auflage (2005)
- Wasmuth*, Bemerkungen zum Rechtsschutz bei Klagen gegen Pressemitteilungen von Ermittlungsbehörden, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1988, 1705
- Weber*, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 7. Auflage, Herausgegeben von Johannes Winckelmann, 1988
- Weigend*, Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren, Weisungsgebundenheit und Grundgesetz, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 96 (1984), 761
- Weigend*, Deliktsoffer und Strafverfahren, 1989
- Weigend*, Das „Opportunitätsprinzip“ zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Systemeffizienz, Weisungsgebundenheit und Grundgesetz, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 109 (1997), 103
- Weigend*, „Die Strafe für das Opfer“? – Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht, Rechtswissenschaft (RW) 2010, 39
- Welp*, „Vereinfachter“ Geheimschutz im Strafverfahren?, JuristenZeitung (JZ) 1972, 423

- Welp*, Rechtsschutz gegen verweigerte Akteneinsicht. Bemerkungen zu OLG Hamburg, B. v. 01.11.1985 - VAs 13/85 -, Strafverteidiger (StV) 1998, 446
- Werner*, Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren bei staatsanwaltlichen Verfahrenseinstellungen aus Opportunitätsgründen, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 1984, 401
- Windthorst*, Der verwaltungsgerichtliche einstweilige Rechtsschutz: zugleich eine Untersuchung des Erkenntnis- und Steuerungspotenzials der Rechtsdogmatik (zitiert als: Einstweiliger Rechtsschutz), 2009
- Wittgenstein*, Bemerkungen über die Grundlagen der Mathematik, 4. Auflage, Suhrkamp Wekausgabe Band 6, Herausgegeben von G.E.M. Ascombe, 1991
- Wittgenstein*, Tractatus logico-philosophicus, Tagebücher, Philosophische Untersuchungen, 21. Auflage, Suhrkamp Werkausgabe Band 1, 2014
- Wohlens*, Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft – ein Beitrag zu den rechtshistorischen und strukturellen Grundlagen des reformierten Strafverfahrens, 1994
- Wolf, Manfred*, Richter und Rechtspfleger im Zivilverfahren, Zeitschrift für Zivilprozeß (ZZP) 99 (1986), 361
- Wolff*, Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, Weisungsgebundenheit und Grundgesetz, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 97 (1985), 786
- Wolfgang Wohlens*, Anmerkung zu OLG Schleswig, 19.12.1988 - 2 Ws 598/88 – Anforderungen an Antrag im Klageerzwingungsverfahren, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 1988, 98
- Wollenschläger*, Effektiver Rechtsschutz bei informationellen Maßnahmen der öffentlichen Hand am Beispiel des § 40 LFGB, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 2013, 7

- Wollmann*, Mehr Opferschutz ohne Abbau liberaler Strukturen im Verständnis der Prinzipien der Strafprozessordnung : dargestellt am Beispiel des verbesserten Zeugenschutzes in § 255a Abs. 2 StPO, 2009
- Wolter, Jürgen*, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung: mit GVG und EMRK, 4. Auflage, 2010-2014 (zitiert als *Be- arbeiter*, SK-StPO [4])
- Wolter, Jürgen*, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung: mit GVG und EMRK, 5. Auflage, 2015-2016 (zitiert als *Be- arbeiter*, SK-StPO)
- Wu*, Die Rechtsstellung des Verbrechensopfers im staatlichen Straf- verfahren am Beispiel der Nebenklage, 2007
- Zabel*, Dogmatik und Funktionswandel des Tatverdachts, Zeitschrift für internationales Strafrecht (ZIS) 2014, 340
- Zachariä, Heinrich Albert*, Die Gebrechen und die Reform des deut- schen Strafverfahrens : dargestellt auf der Basis einer conse- quenten Entwicklung des inquisitorischen und des accusatori- schen Prinzips, Nachdruck der Ausgabe Göttingen, 1846, 1996
- Zaczyk*, Prozeßsubjekte oder Störer? Die Strafprozessordnung nach dem OrgKG – dargestellt an der Regelung des Verdeckten Er- mittlers, Strafverteidiger (StV) 1993, 490
- Zimmer*, Funktion, Kompetenz, Legitimation – Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes: Staatsfunktionen als gegliederte Wirk- und Verantwortungsbereiche, 1979
- Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl (2012)
- Zuck, Rüdiger*, Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes im Zi- vilprozess, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2013, 1132