

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	15
I. Themenbegrenzung.....	15
II. Terminologie: Zwangsmaßnahmen - Grundrechtseingriff.....	17
1. Meinungsstreit in der Strafprozeßrechtswissenschaft.....	17
2. Zur Terminologie in dieser Arbeit.....	18
III. Gang der Arbeit	23
 § 2 Das Ermittlungsverfahren	25
I. Zweck des Ermittlungsverfahrens.....	25
II. Beteiligte des Ermittlungsverfahrens.....	26
1. Staatsanwaltschaft	26
2. Polizei.....	28
3. Der Ermittlungsrichter.....	29
4. Beschuldigter	30
5. Verteidiger.....	31
III. Prinzipien des Ermittlungsverfahrens.....	32
1. Prozessuale Prinzipien.....	32
2. Verfassungsrechtliche Prinzipien	35
3. Grundsatz der freien Gestaltung des Ermittlungsverfahrens?.....	37
4. Effektiver Rechtsschutz contra effektive Strafrechtspflege?	39
IV. Ablauf des Ermittlungsverfahrens.....	44
1. Beginn	44
2. Ende des Ermittlungsverfahrens	48
V. Bedeutungswandel des Ermittlungsverfahrens.....	49
VI. Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren - Begriff und Formen	50
1. Begriff des Rechtsschutzes.....	50
2. Formen des Rechtsschutzes im Ermittlungsverfahren - Übersicht	53
a) Rechtsschutz im formellen Sinn	53
aa) Repressiver Rechtsschutz durch Rechtsbehelfe.....	53
(1) Rechtsmittel	53
(2) Sonstige ordentliche Rechtsbehelfe.....	54
(3) Verfassungsbeschwerde	55
(4) Formlose Rechtsbehelfe	55
bb) Präventiver Rechtsschutz durch Richtervorbehalte.....	56
b) Materieller Rechtsschutz durch Beweisverwertungsverbote.....	56

aa) Verwertungsverbote auch im Ermittlungsverfahren?	57
bb) Unverwertbarkeit "tatsächlicher Anhaltspunkte" i.S. des § 152 Abs. 2 StPO?	58
§ 3 Der Richtervorbehalt	64
I. Erscheinungsformen des Richtervorbehaltes im Ermittlungsverfahren	64
1. Ausschließlicher Richtervorbehalt	64
2. Richtervorbehalt mit staatsanwaltschaftlicher Eilkompetenz	67
3. Richtervorbehalt mit Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft und ihrer Hilfsbeamten.....	68
4. Zwangsmaßnahmen ohne Richtervorbehalt.....	68
II. Funktion des Richtervorbehaltes	69
1. "Schweretheorie"	70
2. Gewaltenteilungsansatz	71
3. Richtervorbehalt als präventiver Rechtsschutz.....	72
4. Stellungnahme.....	74
III. De lege lata strittige Fälle	77
1. Vorläufige Beschlagnahme von Zufallsfunden in Presseräumen.....	77
2. Das Herausgabeverlangen gem. § 95 Abs. 1 StPO	81
a) Problem und Meinungsstand	81
b) Lösung.....	83
IV. Zwangsmaßnahmen, die keinem Richtervorbehalt unterliegen.....	90
1. Staatsanwaltschaftliche Vorführung gem. §§ 161a Abs. 2, 163a Abs. 3 StPO.....	90
2. Erkennungsdienstliche Maßnahmen gem. § 81b 1. Alt. StPO.....	90
3. Öffnung von Postsendungen (§ 100 StPO), Überwachung des Fernmeldeverkehrs (§ 100a StPO), Durchsicht von Papieren (§ 110 StPO)	92
4. Funktionale Eil- oder Vollzugsmaßnahmen	96
5. Weitere Maßnahmen aufgrund originärer staatsanwaltschaftlicher bzw. polizeilicher Kompetenz	99
a) Maßnahmen ohne Wissen des Betroffenen gem. § 100c Abs. 1 Nr. 1 StPO....	99
b) Der Einsatz eines verdeckten Ermittlers gem. §§ 110a, 110b Abs. 1 StPO	99
c) Fahndung	100
d) Die Störerfestnahme gem. § 164 StPO	100
5. Richtervorbehalte in den Polizei- und Sicherheitsgesetzen der Länder	101
V. Nachträgliche richterliche Bestätigung	102
1. Bestandsaufnahme	103
a) Maßnahmen ohne nachgängige richterliche Entscheidung.....	103
b) Maßnahmen mit Anrufungsmöglichkeit des Richters	103
c) Maßnahmen mit richterlichem Bestätigungs vorbehalt	103
2. Systematik der Regelungen	106

§ 4 Die gerichtliche Überprüfbarkeit staatsanwaltschaftlicher Grundrechtseingriffe durch repressive Rechtsbehelfe	110
I. Grundsätzliche Anfechtbarkeit strafprozessualer Zwangsmaßnahmen	110
II. Grundsätzliche Unanfechtbarkeit sonstiger Ermittlungshandlungen	111
1. Ergebnis	111
2. Begründung	112
a) Prozeßhandlungen	113
b) Rollenverhältnis Staatsanwaltschaft - Richter im Ermittlungsverfahren	116
c) Rechtsschutzsystem der StPO als abschließende Regelung	118
d) Fehlende Rechtsverletzung	118
e) Fehlen einer "Regelung" i.S. des § 23 Abs. 1 EGGVG	123
f) Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis bei der Anfechtung isolierter Verfahrenshandlungen	127
III. Streitfälle	132
1. Nachträglicher Rechtsschutz im Rahmen des § 161a Abs. 3 StPO?	132
2. Nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit einer vorläufigen Festnahme?	133
3. Unanfechtbarkeit der staatsanwaltschaftlichen Anordnung von Postbeschlagnahmen?	136
4. Anfechtbarkeit der staatsanwaltschaftlichen Anordnung der Zeugenuntersuchung, § 81c StPO und des staatsanwaltschaftlichen Herausgabeverlangens, § 95 Abs. 1 StPO	137
a) Problem und Meinungsstand	137
b) Stellungnahme	138
aa) Zeugenuntersuchung	140
bb) Herausgabeverlangen	143
5. Die Anfechtbarkeit der Ladung zur staatsanwaltschaftlichen Vernehmung	144
6. Anfechtbarkeit der Zurückweisung von Vernehmungsbeanstandungen	148
IV. Ausnahmen von der grundsätzlichen Unanfechtbarkeit einfacher Ermittlungshandlungen - die Bedeutung des Willkürkriteriums	151
§ 5 Die Rechtswegproblematik bei der Anfechtung staatsanwaltschaftlicher und polizeilicher Ermittlungsmaßnahmen.....	155
I. Problemstellung und Meinungsstand	155
1. Problemstellung	155
2. Meinungsstand	155
a) Noch nicht erledigte Maßnahmen	155
aa) aufgrund Eilkompetenz	155
bb) aufgrund originärer Kompetenz	156
b) Erledigte Maßnahmen	157
aa) Anordnung	157
bb) Art und Weise	158
II. Lösungsversuch	159

1. Ziel: einheitliche Zuständigkeit des Ermittlungsrichters	159
2. Vorhandene Lösungsansätze	160
a) Schlüchter	160
b) Paulus	161
3. Der Einfluß allgemeiner Grundsätze auf die Rechtswegfrage	162
a) Der Grundsatz des gesetzlichen Richters, Art. 101 S. 2 GG und das Gebot klarer Rechtswegzuweisungen.....	162
b) Das Verbot der unzumutbaren Erschwerung des Zuganges zum Gericht und die Auslegung nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten.....	165
c) Das Gebot effektiven Rechtsschutzes, Art. 19 Abs. 4 GG	172
4. Das Verhältnis von Subsidiarität und Analogie.....	173
a) Problemstellung	173
b) Meinungsstand	174
aa) Vorrang der subsidiär geltenden Norm.....	174
bb) Vorrang der Analogie.....	174
c) Lösung	175
aa) Aussagen in der Methodenlehre	176
(1) Logik.....	176
(2) "singularia non sunt extendenda"	177
(3) Analogieverbote	178
bb) Blick auf andere Rechtsgebiete	182
(1) Strafrecht.....	182
(2) Verwaltungsprozeßrecht.....	183
cc) Auslegung des § 23 Abs. 3 EGGVG	184
(1) Wortlaut	185
(2) Regelungszusammenhang	186
(3) Gesetzgeberische Intention.....	187
(4) Sinn und Zweck	188
dd) Ergebnis	188
5. § 98 Abs. 2 S. 2 StPO als Rechtmäßigkeitskontrolle?	188
a) Problem.....	189
b) Meinungsstand	189
aa) Die herrschende Meinung	189
(1) Wortlaut	190
(2) Systematik.....	191
(3) Gesetzgeberische Intention.....	193
(4) Zwischenergebnis	194
bb) Die Mindermeinung	194
(1) Die Rechtsprechung	194
(2) Peters.....	196
(3) Amelung.....	197
(4) Nelles	198

Inhaltsverzeichnis 13

(5) Fezer	200
(6) Rudolphi	201
(7) Schlüchter	202
(8) Rieß und Thym	202
(9) Zusammenfassung	205
cc) Zwischenergebnis	205
c) Eigener Lösungsversuch	205
aa) Methodische Vorüberlegung	205
(1) "Rechtsfortbildung contra legem"	205
(2) Subjektive und objektive Auslegung	206
bb) § 98 Abs. 2 S. 2 StPO als Rechtsbehelf zur Rechtmäßigkeitsskontrolle staatsanwaltschaftlichen Tätigwerdens	207
(1) Umfang der Prüfungskompetenz des Ermittlungsrichters	208
(2) Mögliche Einwände	209
(3) Telos des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO	210
(4) Mögliche Einwände	212
d) Ergebnis	214
6. Rechtsbehelf gegen die Art und Weise der Durchführung einer Zwangsmaßnahme	214
a) Problem	214
b) Lösung	216
aa) Vollstreckung und Vollzug	216
bb) § 36 Abs. 2 S. 1 StPO als Anknüpfungspunkt	217
cc) Vollstreckungskompetenz und Vollstreckungskontrolle	219
dd) Ergebnis	226
7. Rechtsbehelf gegen Zwangsmaßnahmen aufgrund originärer Kompetenz	226
a) Problem	226
b) Lösung	227
aa) Ausgangspunkt	227
bb) Funktionale Eil-/Vollzugsmaßnahmen	229
cc) Zwangsmaßnahmen ohne richterliche Einflußmöglichkeit	232
dd) Ergebnis	235
III. Der Anwendungsbereich der §§ 161a Abs. 3 , 163a Abs. 3 S. 3 StPO	236
 § 6 Das Feststellungsinteresse als Sachentscheidungsvoraussetzung für die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Ermittlungseingriffes 238	
I. Problem	238
II. Der Meinungsstand	240
1. Abzulehnende Mindermeinungen im Schrifttum	240
a) Die Ansicht von Bettermann	240
b) Die Ansicht von Geiger	241
c) Die Ansicht von Lisken	242

2. Der Diskriminierungsansatz	244
a) Diskriminierung durch Äußerung eines Tatverdachtes	246
b) Diskriminierung "aus sich selbst heraus"	246
c) Diskriminierung bei Folgewirkungen von besonderem Gewicht	247
3. Bestimmung des berechtigten Interesses abweichend von den herkömmlichen Fallgruppen	248
a) Grundrechtseingriff	248
b) Rechtsschutzeffektivität	248
c) "Verwertungsgefahr"	248
4. Die Entscheidung BGHSt 37, 79	249
III. Die Behandlung des Problems in anderen Verfahrensordnungen	250
1. Verwaltungsprozeßrecht	250
2. Zivilprozeßrecht	253
3. Verfassungsprozeßrecht	257
4. Strafvollzugsrecht	263
IV. Stellungnahme	265
1. Begriffliche Überlegungen	265
2. Kritik der strafprozessualen Ansätze zur Bestimmung des Feststellungsinteresses	269
3. Kritische Überlegungen zum "Rehabilitierungsansatz"	276
4. Feststellungsinteresse wegen "Verwertungsgefahr"?	282
§ 7 Zusammenfassung	288
Literatur- und Zitierverzeichnis	291

§ 1 Einleitung

I. Themenbegrenzung

Das "juristische Labyrinth"¹ des Rechtsschutzes gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren wird seit langem sowohl von Praktikern² als auch von Dogmatikern³ als unbefriedigend empfunden. Ein einschlägiger Referentenentwurf des BMJ aus dem Jahre 1981, der eine Neuordnung dieses Rechtsschutzes vorsah, blieb im Entwurfsstadium stecken⁴. Angesichts der vom Gesetzgeber gegenwärtig offenbar als dringlicher empfundenen Probleme - Bekämpfung der organisierten Kriminalität, Entlastung der Strafrechtspflege - ist mit einer entsprechenden Reform in absehbarer Zeit nicht zu rechnen⁵. Gefordert sind daher weiterhin Rechtsprechung und Lehre, im Rahmen des de lege lata Möglichen einen erträglichen Rechtszustand zu schaffen. Trotz zahlreicher einschlägiger Bemühungen vor allem von Seiten des Schrifttums⁶ ist es aber bisher nicht gelungen, einen in dogmatischer wie pragmatischer Hinsicht zufriedenstellenden Weg aus dem "Labyrinth" zu weisen. Auch die vorliegende Arbeit tritt nicht mit dem Anspruch an, den erlösenden "Ariadnefaden" zu finden, denn - damit wird nichts vorweggenommen - eine wirklich befriedigende Lösung der Rechtsschutzproblematik im Ermittlungsverfahren kann letztlich nur der Gesetzgeber schaffen. Gleichwohl soll im folgenden der Versuch unternommen werden, zumindest für einige Teilbereiche der Problematik sachgerechte und dogmatisch tragfähige Lösungen zu erarbeiten. Da es sich bei dem Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren aber nicht nur um ein äußerst strittiges, sondern auch um ein außerordentlich weites Feld

¹ Schnarr, NStZ 1991, 209, 215.

² Vgl. nur Malek/Rüping, Rn. 65: "diffus und unbefriedigend, weitgehend noch im Fluß".

³ Vgl. nur Amelung, ZRP 1991, 143, 147: "noch immer unbewältigtes Wirrwarr".

⁴ Vgl. zu diesem Entwurf Rieß, ZRP 1981, 101 ff. Zur Kritik des Entwurfes Lisken, ZRP 1981, 235 f.; Franzheim, DRiZ 1981, 300 f.; Dürr und Lisken, DRiZ 1981, 387 f.; Dellmans, DRiZ 1981, 176.

⁵ Diese Sicht teilt jüngst Geppert, DRiZ 1992, 405, 413.

⁶ Immer noch grundlegend: Amelung, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtsein- griffe, 1976.

handelt, ist es nötig, thematische Eingrenzungen vorzunehmen. Folgende Problemkreise des Rechtsschutzes im Ermittlungsverfahren sollen daher in der anschließenden Darstellung außer Betracht bleiben:

Unberücksichtigt bleibt zunächst der Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe des Ermittlungsrichters. Hier steht mit der Beschwerde ein umfassender und zugleich relativ detailliert geregelter Rechtsbehelf zur Verfügung. Problematisch ist in diesem Zusammenhang im wesentlichen nur die Frage, ob die Beschwerde auch gegen erledigte Anordnungen des Ermittlungsrichters zulässig ist. Da diese Frage jüngst von Köster einer umfangreichen Untersuchung⁷ unterzogen wurde, und da die von ihm gefundene Antwort in den entscheidenden Punkten Zustimmung verdient, erscheint es gerechtfertigt, dieses Problem hier nicht erneut aufzurollen.

Weiterhin außer Betracht bleiben soll die in Einzelfällen problematische Abgrenzung des Verwaltungsrechtswegs (§ 40 VwGO) von dem durch § 23 EGGVG eröffneten Rechtsweg zu den Oberlandesgerichten. Hier besteht Einigkeit darüber, daß sich die Frage der jeweiligen Zuständigkeit alleine danach bestimmt, ob es sich bei der betreffenden staatlichen Maßnahme um eine solche der Strafrechtpflege handelt oder nicht, wobei nach allgemeiner Ansicht eine funktionale Betrachtungsweise anzustellen ist⁸. Strittig ist in diesem Zusammenhang vor allem der Rechtsweg zur Anfechtung von Sperrerklärun- gen gem. § 96 StPO und zur Anfechtung staatsanwaltschaftlicher Presseerklä- rungen. Daß ein gewisser Bezug zur Strafrechtpflege in beiden Fällen vorhan- den ist, wird von niemandem bestritten. Wie stark dieser Bezug allerdings sein muß, um den Rechtsweg nach § 23 EGGVG zu eröffnen, ist eine Frage, über die man trefflich streiten kann, ohne daß sich eine eindeutige Zuordnung vor- nehmen läßt. Vorliegend soll dieser Streit nicht thematisiert werden⁹.

Schließlich bleiben ausgeklammert Probleme des Klageerzwingungsverfah- rens, der Anfechtbarkeit einer das öffentliche Interesse gem. §§ 232 StGB, 376 StPO bejahenden staatsanwaltschaftlichen Entscheidung, des Rechtsschutzes

⁷ Köster, Der Rechtsschutz gegen die vom Ermittlungsrichter angeordneten und erledigten straf- prozessuellen Grundrechtseingriffe, 1992.

⁸ Vgl. nur BVerwGE 47, 255 ff., VG München NStZ 1991, 452.

⁹ Nach Ansicht des BVerwG muß es sich um eine "spezifische" Maßnahme auf dem Gebiet der Strafrechtpflege handeln, während nach anderer Ansicht ein "unmittelbarer" Zusammenhang aus- reichen soll (vgl. BVerwGE 69, 192, 195 einerseits, VG München NStZ 1991, 452, andererseits).

gegen Maßnahmen nach §§ 153 StPO sowie des Rechtschutzes gegen die Versagung von Akteneinsicht¹⁰.

Zentrales Thema der Arbeit soll der Rechtsschutz gegen solche von Staatsanwaltschaft oder Polizei angeordneten strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen sein, die im Strafprozeßrecht als "Zwangsmäßignahmen" oder "Grundrechtseingriffe" bezeichnet werden. Damit ist ein terminologischer Streit angesprochen, den es vorweg zu klären gilt:

II. Terminologie: Zwangsmäßignahme - Grundrechtseingriff

1. Meinungsstreit in der Strafprozeßrechtswissenschaft

Prozeßhandlungen, mit denen zum Zwecke der Strafverfolgung gegen oder ohne den Willen des Betroffenen in dessen Individualrechte eingegriffen wird, werden herkömmlicherweise als Zwangsmäßignahmen oder Zwangsmittel bezeichnet¹¹. Gegen diesen Sprachgebrauch hat sich namentlich Amelung gewandt, der als Alternative den Terminus "Grundrechtseingriff" vorschlägt¹². Amelung hält der Bezeichnung "Zwangsmäßignahme" entgegen, daß sie zum einen irreführend sei, weil sie auch Maßnahmen umfasse, bei denen Zwang im Sinne einer physisch wirkenden Beinträchtigung gar nicht ausgeübt werde (wie etwa bei der Fernmeldeüberwachung), und daß sie zum anderen dazu verleite, den Zwang für das Entscheidende zu halten und rechtsstaatliche Grundsätze, die bei allen Grundrechtseingriffen gälten, bei strafprozessualen Grundrechtseingriffen ohne Zwangswirkung einzuschränken¹³. Amelungs Terminologie, die sich im strafprozessualen Schrifttum bisher nicht allgemein hat durchsetzen können¹⁴, ist widersprochen worden. Insbesondere Schroeder mo-

¹⁰ Vgl. zu diesen Problemkreisen jüngst Feiter, Die Bedeutung des Rechtsschutzes nach den §§ 23 ff. EGGVG für den Bereich der Strafrechtspflege, 1992.

¹¹ Vgl. K/M, Vor § 94, Rn. 1; Eb. Schmidt, Lehrkommentar I, Rn. 31; Peters, Lehrbuch, § 46.

¹² Amelung, Rechtsschutz, S. 14 ff.; ders., JZ 1987, 737.

¹³ Amelung, Rechtsschutz, S. 15 f.

¹⁴ Amelungs Terminologie folgen: Roxin, Lehrbuch, § 29; Rudolphi in: SK-StPO, Vor § 94, Rn. 1 ff.; Kühne, Rn. 163; Benfer, Grundrechtseingriffe, *passim*; Aulehner, BayVBl. 1988, 709; Ellersiek, S. 48, Fn. 33; Köster, S. 17 f. Den Begriff Zwangsmäßignahme verwenden hingegen neben den bereits in Fn. 11 genannten Schlüchter, Rn. 165; G. Schäfer in: LR, Vor § 94, Rn. 1 und § 98, Rn. 49; K. Schäfer in: LR, Einl. 10/10; ders. in: LR, § 23 EGGVG, Rn. 62; Rieß in: LR, Vor § 158, Rn. 49; Labe, *passim*; Rieß/Thym, GA 1981, 189 ff.; Fezer I, 8/152; ders., Jura 1982, 18 ff; König, *passim*.