

Schriften zum Strafrechtsvergleich

Band 19

Der richterliche Rechtsschutz bei Grundrechtseingriffen

Eine rechtsvergleichende Analyse

Von

John Zuluaga



Duncker & Humblot · Berlin

JOHN ZULUAGA

Der richterliche Rechtsschutz bei Grundrechtseingriffen

Schriften zum Strafrechtsvergleich

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg und
Prof. Dr. Brian Valerius, Passau

Band 19

Der richterliche Rechtsschutz bei Grundrechtseingriffen

Eine rechtsvergleichende Analyse

Von

John Zuluaga



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen hat diese Arbeit
im Jahre 2016 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar
Druck: CPI Books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2364-8155
ISBN 978-3-428-18852-9 (Print)
ISBN 978-3-428-58852-7 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Meiner Familie

Vorwort

Bei der vorliegenden Studie handelt es sich um die leicht überarbeitete Fassung meiner Göttinger Dissertation mit dem Titel: „Der richterliche Rechtsschutz im Rahmen der Rechtmäßigkeitskontrolle bei Grundrechtseingriffen. Eine rechtsvergleichende Analyse des kolumbianischen Falls“, eingereicht im Wintersemester 2016/2017.

Herrn Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf (Würzburg) möchte ich meinen aufrichtigen Dank für die Unterstützung bei der Veröffentlichung dieser Studie und ihre Aufnahme in die renommierte Reihe zum Strafrechtsvergleich aussprechen. Mein herzlicher Dank gilt auch Herrn Professor Dr. Brian Valerius (Passau) als Mitherausgeber der Reihe. Sehr zu danken habe ich schließlich auch Herrn Johannes Ketzer für die sprachliche Durchsicht des Textes.

Diese Forschung wäre ohne die Unterstützung vieler Menschen nicht möglich gewesen. Ein besonderer Dank gilt Herrn Dr. Manfredo Koessl für seine ständige akademische Beratung. Auch Herrn Jörn Halling (Mag. iur.) möchte ich danken, seine beeindruckenden rechtsvergleichenden Kenntnisse haben mir einen wesentlichen Teil der Arbeit ermöglicht. Herrn Dr. Szymon Swiderski, der meinen Fragen zum deutschen Straf- und Strafprozessrecht geduldig Rede und Antwort stand, gebührt ebenfalls mein Dank sowie auch Frau Dr. Dr. María Laura Böhm für ihre unermüdliche Unterstützung und fortwährende Motivation.

Zu danken habe ich ferner dem Deutschen Akademischen Austauschdienst (DAAD) für die Förderung meiner Forschungstätigkeit in Deutschland und den beiden Gutachtern meiner Arbeit Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos und Dr. Stefan König für ihre Kritik und ihre wertvollen Anregungen. Außerdem gebührt mein Dank vielen weiteren Freunden, die mir in ganz unterschiedlicher Weise geholfen haben.

Mein abschließender Dank gilt meiner Familie, die mich während meines Aufenthalts in Deutschland mit unendlicher Liebe aus weiter Ferne unterstützte.

Medellín, im April 2023

John E. Zuluaga Tabora

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung: Der richterliche Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren	21
A. Begriff des richterlichen Rechtsschutzes	21
I. Vorbemerkung	21
II. Begriff	23
1. Allgemeines Verständnis	23
2. Differenzierte Begriffsbestimmungen	25
B. Überblick über die Erscheinungsformen des Rechtsschutzes	29
I. Rechtsschutz im formellen Sinn	29
1. Der präventive Rechtsschutz durch Richtervorbehalte	29
2. Der repressive Rechtsschutz durch Rechtsbehelfe	31
a) Rechtsmittel	31
b) Sonstige Rechtsbehelfe	32
3. Das Bestätigungsverfahren	34
II. Rechtsschutz im materiellen Sinn	35
1. Verfahrensrechtliche Kautelen und Schutzvorkehrungen	35
2. Beweisverwertungsverbote	35
III. Der Richtervorbehalt als Rechtsschutzstandard	36
1. Der Richtervorbehalt im engeren Sinn	36
2. Richtervorbehalt mit Ausnahmekompetenz	37
3. Originäre Anordnungs-kompetenz der nichtrichterlichen Ermittlungsbe- hörden	39
C. Der nachträgliche Rechtsschutz	39
I. Das Modell „auf Antrag“	39
II. Das Modell „von Amts wegen“	40
D. Überblick über das richterliche Rechtsschutzsystem in Kolumbien	42
I. Rechtsschutz durch den JCG	43
II. Überblick des Kontrollverfahrens	46
E. Zu dieser Arbeit	47
I. Untersuchungseingrenzung	47
II. Zu dem Vorgehen der Arbeit – Ziele und Gang der Forschung	51

1. Teil

Das Rechtsschutzsystem im kolumbianischen, strafrechtlichen Ermittlungsverfahren		54
§ 2	Strafprozessrechtliche Vorgeschichte	54
	A. Hintergrund der Strafverfahrensentwicklung	54
	B. Strafprozessrechtliche Reaktionen auf die Gewalt	57
	I. Sicherheitsstatut (Dekret 1923 vom 06.09.1978)	58
	II. Die Verfahrensgesetze gegen den Drogenhandel	60
	III. Statut zur Verteidigung der Demokratie	61
	IV. Statut zur Verteidigung der Justiz	63
	C. Die neue Verfassung von 1991	65
	I. Die folgende strafprozessuale Entwicklung	67
	1. Dekret 2700 von 1991	67
	2. Gesetz 81 von 1993	69
	II. Die Strafprozessordnung von 2000	71
	1. Das Verfahren	71
	2. Kritik und Diagnose	72
	3. Politischer Kontext der Strafprozessrechtsreform von 2002	74
	D. Zusammenfassung	76
§ 3	Das strafrechtliche Ermittlungsverfahren in Kolumbien	77
	A. Charakterisierung des „neuen“ Ermittlungsverfahrens	77
	I. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Ermittlungsverfahrens	78
	1. Gesetzesakt 03 von 2002	79
	a) Ziele	80
	aa) Institutionelle Zwecke	80
	bb) Strafprozessuale Zwecke	81
	b) Auswirkungen der Verfassungsreform auf die Auslegung strafprozessrechtlicher Normen	82
	c) Rechte der Beteiligten	83
	aa) Einleitung des Ermittlungsverfahrens	83
	bb) Erhebung der Anklage und Beibringung von Beweisen	83
	cc) Ermächtigung zur Anordnung von Zwangsmitteln	84
	dd) Dispositionsbefugnis über das Verfahren	85
	2. Die Art des Strafprozesssystems	85
	a) Trennung von Ermittlungs- und Hauptverfahren	86
	b) Die richterliche Kontrolle	86
	3. Struktur des Strafprozesses	87
	a) Das Ermittlungsverfahren	87
	b) Das Zwischenverfahren	88

c) Das Hauptverfahren	89
II. Das Ermittlungsverfahren	90
1. Grundzüge des Ermittlungsverfahrens	90
a) Unterwerfung unter das Legalitätsprinzip	90
b) Unterwerfung unter die richterliche Kontrolle	91
c) Unterwerfung unter das Geheimhaltungsgebot	91
2. Ablauf des Ermittlungsverfahrens	92
a) Vorermittlungsphase	92
b) Die Beschuldigung (<i>Formulación de imputación</i>)	93
c) Ermittlungen im engeren Sinn	94
B. Beteiligte des Ermittlungsverfahrens	96
I. Staatsanwaltschaft	97
1. Organische Beschaffenheit	97
2. Der Staatsanwalt als Partei des Strafverfahrens	99
II. Kriminalpolizei	100
III. Disziplinarstaatsanwaltschaft	102
IV. Beschuldigter	104
V. Verteidiger	104
1. Konzept	104
2. Aufgaben der Strafverteidigung	106
VI. Opfer	107
1. Opferrechte	107
2. Beteiligungsrecht	108
C. Zusammenfassung	109
§ 4 Der Richter zur Kontrolle der Garantien (<i>Juez de Control de Garantías</i>)	110
A. Begriff und Organisation	110
B. Funktion und Aufgaben des Richters zur Kontrolle der Garantien	112
I. Annahme von Maßnahmen	114
II. Anordnungen und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	115
III. Bestätigungen	117
IV. Der Aushilfsrichter zur Kontrolle der Garantien	118
C. Grundrechtseingriffe mit nachträglicher Überprüfung	119
I. Anhörungen zur nachträglichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit	119
II. Nachträgliche Kontrolle („ <i>Controles posteriores</i> “) der Ermittlungshandlungen	122
III. Ablauf des Kontrollverfahrens	124
D. Zusammenfassung	126
§ 5 Nachträglicher Rechtsschutz gegen Maßnahmen zur Beschränkung der Intimität	127
A. Die Hausdurchsuchungen (Art. 219–232 CPP)	127
I. Gründe der Maßnahmen und Relevanzüberprüfung	128

II. Überprüfung der Achtung der Grundrechte	129
1. Angemessenheit der Maßnahme	130
2. Die Anordnung	130
3. Ausnahmen des Anordnungserfordernisses	132
a) Das Einverständnis des Rechtsinhabers des beeinträchtigten Guts oder desjenigen, der ein durch die Durchführung der Maßnahme beeinträchtigt Interesse hat (Art. 230 Nr. 1 CPP)	132
b) Die vernünftige Erwartung eines Eingriffs in die Intimsphäre (Art. 230 Nr. 2 CPP)	133
c) Notfallsituationen (Art. 230 Nr. 3 CPP)	135
III. Begründung der Anordnung	136
IV. Ortsbestimmung	138
V. Nachträgliche gerichtliche Überprüfungsanhörung	139
1. Ablauf der Überprüfungsanhörung	140
2. Hauptproblem der materiellen und formellen Überprüfung (Art. 237 CPP)	141
B. Die Personenüberwachung (Art. 239 CPP)	142
I. Rechtliche Voraussetzungen	142
1. Anordnung des Staatsanwalts aufgrund von fundierten Anhaltspunkten	142
2. Zielperson der Überwachung	143
II. Gerichtliche Überprüfungsanhörung	144
III. Die Überwachungsmaßnahmen an Sachen (Art. 240 CPP)	145
C. Verdeckte Ermittlungen (Art. 241–243 CPP)	145
I. Analyse und Infiltrierung einer kriminellen Organisation (Art. 241 CPP)	146
II. Einsatz verdeckter Ermittler (Art. 242 CPP)	147
1. Fundierte Anhaltspunkte	148
2. Person des verdeckten Ermittlers	148
III. Überwachung von Übergaben/Lieferungen (<i>entrega vigilada</i>) (Art. 243 CPP)	150
IV. Überprüfungsanhörung	151
D. Zusammenfassung	152
§ 6 Nachträglicher Rechtsschutz gegen Maßnahmen zur Beschränkung der Unverletz- lichkeit der Kommunikation und der Freiheit	153
A. Eingriff in die postalische Kommunikation (Art. 233 CPP)	153
I. Grundlagen	153
1. Rechtmäßigkeit des Gegenstandes der Maßnahme	154
2. Gegenstand des Eingriffs in die postalische Kommunikation (Art. 233 CPP)	155
II. Ausführung des Eingriffs in die postalische Kommunikation	156
B. Telefonüberwachung	157
I. Verfassungsproblematik	157
II. Voraussetzungen	158
1. Zweck und Gegenstand der Überwachung	158

2. Subjektiver Anwendungsbereich der Maßnahme 159

III. Dekret 1704 von 2012 160

IV. Nachträgliche gerichtliche Überprüfungsanhörung 160

C. Nachträglicher Rechtsschutz gegen Maßnahmen zur Beschränkung der Freiheit 162

 I. Festnahme mit Ausnahmekompetenzen 162

 1. Das erste Urteil des KVerfG 163

 2. Rechtliche Wiedereinführung der Ausnahmekompetenz zur Festnahme 164

 3. Das zweite Urteil des KVerfG 166

 II. Rechtsgrundlage 169

 III. Freilassungsgründe 172

 IV. Das Gesetz über die öffentliche Sicherheit 177

D. Zusammenfassung 178

2. Teil

Probleme bei der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Ermittlungseingriffes 180

§ 7 Die sog. „*motivos fundados*“ als Voraussetzung von Ermittlungsmaßnahmen 180

A. Der Begriff „*motivos fundados*“ 180

 I. Verfassungsrechtliche Bedeutung 180

 II. Systematische Lage im aktuellen CPP 184

 1. Fundament, um Präventivmaßnahmen anzuordnen (Art. 83 Abs. 2, 91 Abs. 1 und 101 Abs. 1 CPP) 185

 2. Grundlage für weitere Ermittlungsmaßnahmen (Art. 213–250, 383 Abs. 2 CPP) 187

 3. Begründung der Freiheitsbeschränkung (Art. 297, 308–311 CPP) 190

 4. Grundlage für die Beweissicherung (Art. 284 Nr. 3 CPP) 192

B. Auslegung des Begriffes „*motivos fundados*“ in der Rechtsprechung 193

 I. Entscheidung C-673 von 2005 KVerfG 194

 1. Reichweite des Art. 221 CPP 194

 2. Rechtmäßigkeitskontrolle seitens des JCG 196

 3. Vertraulichkeit der Anhörungen 197

 4. Anmerkung zur Entscheidung 198

 II. Entscheidung C-822 von 2005 KVerfG 200

 1. Grundlage für die vorausgehende richterliche Anordnung 201

 2. Zweck der „*motivos fundados*“ 203

 3. „*Motivos fundados*“ vs. Unschuldsvermutung 204

 4. Anmerkung zur Entscheidung 205

III. Entscheidung C-336 von 2007 KVerfG	207
1. Grundlage für die Ausnahme von der vorausgehenden richterlichen Anordnung	208
2. Anmerkung zur Entscheidung	209
IV. Entscheidung C-185 von 2008 KVerfG	210
1. Forderung nach Konkretisierung der „ <i>motivos fundados</i> “	211
2. Anmerkung zur Entscheidung	212
C. Systematischer Überblick der ausgewählten Rechtsprechung	214
I. Grundlage des richterlichen Vorbehalts	215
II. Zweck der „ <i>motivos fundados</i> “	216
III. Beweisunterstützung für „ <i>motivos fundados</i> “	216
IV. Vertraulichkeit der Anhörungen zur Legalitätskontrolle	217
D. Zusammenfassung	217
§ 8 Die Lehre des Tatverdachts als rechtsvergleichender Parameter	219
A. Vorbemerkung	219
B. Der Tatverdacht in der StPO	222
I. Voraussetzung eines Verdachtsverständnisses	224
II. Bestimmungsansätze eines Begriffes	227
C. Verdachtsgrade	232
I. Anfangsverdacht	235
1. Die Bedeutung des Anfangsverdachts	235
2. Anfangsverdacht und Vorermittlung	240
3. Fazit	242
II. Dringender Tatverdacht	242
III. Hinreichender Tatverdacht	245
D. Zusammenfassung	248
§ 9 Die sog. „ <i>motivos fundados</i> “ im Vergleich mit dem Tatverdacht	249
A. Vorbemerkung	250
B. Tatbezogene „ <i>Motivos fundados</i> “	254
I. „ <i>Motivo fundado inicial</i> “ (Erste Qualifikation)	254
1. Funktion in dem Verfahrensabschnitt	254
2. Wahrscheinlichkeitsgrad	256
II. Bewertung der einleitenden Ermittlungsergebnisse	257
1. Das sog. „ <i>programa metodológico</i> “ (Art. 207 CPP)	257
2. Maßnahmen im Rahmen der Vorermittlung	259
C. Die täterbezogenen „ <i>motivos fundados</i> “	262
I. Begründungsgrad für die Anordnung von Grundrechtseingriffen: die sog. „ <i>motivos razonablemente fundados</i> “ (Zweite Qualifikation)	262
1. Vorbemerkung	262
2. Inkulpatationsgrad	266

3. Wahrscheinlichkeitsgrad	267
II. „ <i>Motivos fundados</i> “ für die Erhebung der Anklage (Dritte Qualifikation) ..	269
1. Täter- und Tatbezogenheit	270
2. Wahrscheinlichkeitsgrad	271
D. Zusammenfassung	273
§ 10 Probleme der Kontrolle von „ <i>motivos fundados</i> “ durch den JCG	274
A. Beweisgrundlage der „ <i>motivos fundados</i> “	274
I. Problemstellung	274
II. Die Beweisgrundlageproblematik gemäß Art. 221 CPP	275
1. Meinungsstand zum Art. 221 CPP	275
a) Ansatz des KVerfG	277
b) Auslegung i. V.m. Art. 207 CPP	280
2. Kritische Überlegung zu Beweismitteln gem. Art. 221 CPP	281
a) Die eidesstattliche Erklärung von Zeugen oder Informanten	283
b) Bericht der Kriminalpolizei	285
III. Lösungsversuch	287
1. Vorbemerkung	287
2. Zum Verständnis von Art. 221 CPP	288
a) Diskussionsbasis eines restriktiven Ansatzes	288
b) Zur Beweisbegründung von „ <i>motivos fundados</i> “	291
IV. Ergebnis	294
B. Ziele der zumutbaren Schlussfolgerungen	295
I. Problemstellung	295
II. Streitfälle	297
1. Zumutbare Schlussfolgerungen bzgl. der Begehung von Straftaten	298
2. Zumutbare Schlussfolgerungen über das Vorhandensein von tauglicher Information	302
3. Kritische Überlegung zu Schlussfolgerungen im CPP	305
III. Lösungsversuch	308
1. Inculpationsgrad als Ausgangspunkt	309
2. Bestimmbarkeit der Tauglichkeit von Informationen	310
3. Anwesenheitsrecht der Verteidigung	313
IV. Ergebnis	314
C. Effektive richterliche Kontrolle der „ <i>motivos fundados</i> “?	315
I. Polizeiliche Vormachtstellung in der Bestimmung der „ <i>motivos fundados</i> “ ..	315
II. Die unzureichende Überprüfung von Ermittlungen	318
D. Zusammenfassung	320
Zusammenfassender Ausblick	322
Anlage 1: Der Gang des Strafverfahrens (Gesetz 906 v. 2004)	327

Anlage 2: Übersicht über die Ermittlungsmaßnahmen im kolumbianischen Strafverfahren	328
Rechtsprechungsverzeichnis	330
Literatur- und Quellenverzeichnis	334
Stichwortverzeichnis	356

Abkürzungsverzeichnis

Die im Rahmen dieser Arbeit verwendeten Abkürzungen orientieren sich grundsätzlich an den Vorgaben von *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 7. Aufl., Berlin u. a., De Gruyter, 2013. Die im Literaturverzeichnis aufgeführten kolumbianischen Zeitschriften sowie Organisationen und Einrichtungen sind in der Arbeit durch die Angabe der Anfangsbuchstaben der Namen zitiert. Auf folgende Abkürzungen wird besonders hingewiesen:

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abb.	Abbildung
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
a. E.	am Ende
a. F.	alte(r) Fassung; alte Folge
ähnl.	ähnlich
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
a. M.	anderer Meinung/am Main
Anl.	Anlage
Anm.	Anmerkung
arg.	argumentum
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
Beil.	Beilage
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BKA	Bundeskriminalamt
Bl.	Blatt
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CEJ	Corporación Excelencia en la Justicia (Körperschaft Exzellenz in der Gerichtsbarkeit)
CN	Constitución Nacional (kolumbianisches Grundgesetz)
CPP	Código Procesal Penal (kolumbianische StPO)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DPC	Derecho penal contemporáneo (Kolumbien)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
Entsch.	Entscheidung

EuR	Europarecht
Eur. Ct. H.R.	European Court of Human Rights
E+Z	Entwicklung und Zusammenarbeit
ff.	folgende Seiten
FG	Festgabe
FGN	Fiscalía General de la Nación (Generalstaatsanwaltschaft)
FKG	Funktion für die Kontrolle der Garantien
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
G.	Gesetz
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GAOML.	Grupos armados organizados al margen de la ley (die außerhalb des Gesetzes stehenden organisierten bewaffneten Gruppen)
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GIZ	Deutsche Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit GmbH
GMH	Grupo de Memoria Histórica (Forschungsgruppe für das historische Gedächtnis)
GS	Gedächtnisschrift
H.	Heft
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i. A. a.	im Anschluss an
IACHR	Inter-American Commission of Human Rights (siehe auch IAMRK)
IAGMR	Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte
IAMRK	Interamerikanische Menschenrechtskommission
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. d. S.	in diesem Sinne
i. E.	im Ergebnis/Einzeln
i. E. s.	im Einzelnen siehe
i. e. S.	im engeren Sinne
IPBPR	Internationalen Pakts über Bürgerliche und politische Rechte
INPEC	Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Nationales Institut für den Strafvollzug)
insb.	insbesondere
i. S. d.	im Sinne des/der
IStGH	Internationaler Strafgerichtshof
i. S. v.	im Sinne von
i. Ü.	im Übrigen
i. V. m.	in Verbindung mit/in Vergleich mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
J.	Jahr
JA	Juristische Arbeitsblätter
JCG	Juez de control de garantías (Richter zur Kontrolle der Garantien)
Jg.	Jahrgang
Jh.	Jahrhundert
JICJ	Journal of International Criminal Justice (international)
JR	Juristische Rundschau

Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KK	Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz
KrimJ	Kriminologische Journal
krit.	kritisch
KritV	Die Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KverfG	Kolumbianisches Verfassungsgericht
Lit.	Literatur
LR	Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Großkommentar
m. a. W.	mit anderen Worten
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
nachf.	nachfolgend
Nachw.	Nachweise
N.F.	Neue Folge
NFP	Nuevo Foro Penal (Kolumbien)
NGO	Non-Governmental Organization
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OEA	Organización de Estados Americanos
o. O.	ohne Ort
o. O. J.	ohne Ort und Jahr
Para.	Paragraph
PGN	Procuraduría General de la Nación (Disziplinarstaatsanwaltschaft)
RKG	Richter für die Kontrolle der Garantien (Juez de control de garantías, siehe auch JCG)
Rn.	Randnummer
s.	siehe
S.	Seite
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
StPO	(Deutsche) Strafprozessordnung
StraFo	Strafverteidiger Forum
StV	Strafverteidiger
T.	Teil
TKG	Telekommunikationsgesetz
u. a.	unter anderen
U-Haft	Untersuchungshaft
USA	United States of America
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
Verf.	Verfasser; Verfahren
VerfG	Verfassungsgericht
vgl.	vergleiche

VN	Vereinte Nationen
VwGO	Verwaltungsgerichtordnung i. d. F. v. 16.08.2001
z. B.	zum Beispiel
ZIS	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZRP	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z. T.	zum Teil
Zust.	Zustimmung
zutr.	zutreffend
zw.	zweifelnd; zweifelhaft

§ 1 Einleitung: Der richterliche Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren

A. Begriff des richterlichen Rechtsschutzes

I. Vorbemerkung

Das strafrechtliche Ermittlungsverfahren lässt sich als ein Szenario beschreiben, in dem sich die Spannung zwischen den Grundrechten des Strafverdächtigen und dem Interesse an der Durchführung einer effektiven Strafverfolgung bzw. das *Verhältnis von Staat und Individuum* widerspiegelt, da die Beweiserhebung im Rahmen der staatlichen Wahrheitssuche durch die Ermittlungshandlungen intensive Grundrechtseingriffe auslöst.¹ Aus diesem Grund ist die Mitwirkung eines unabhängigen Dritten, eines Richters, an dem Anordnungsverfahren entscheidend, um das staatliche Übergewicht zu beschränken. Die *Kontrollbefugnis*, die dem Richter zugewiesen ist, *konkretisiert das Rechtsstaatsprinzip* und stellt eine Basis für die Ausbalancierung des Macht systems dar. Bzgl. der Ausführung des *ius puniendi* ist nicht nur die Unabhängigkeit des Richters zur Lösung eines Falls charakteristisch. Es ist auch entscheidend, dass die Gerichtsbarkeit die Beachtung der Grundrechte des Strafverdächtigen gewährleistet, weil sich hierdurch ihre Legitimation bestimmt. Eine weitere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips ist dadurch gegeben, dass die Gerichtsbarkeit an Gesetz und an die Wahrheitsforschung bei der Entscheidung eines konkreten Falls gebunden ist.²

Der Wirkungsbereich *der richterlichen Kontrolle von staatlichen Grundrechtseingriffen* stellt jedoch ein Diskussionsfeld dar, in welchem die Intensität des Einschreitens des Richters in die Ermittlungshandlungen schwerpunktmäßig erörtert

¹ Dazu ausführlich Eser (Hrsg.), 2004, S. 10 ff.; als „ewige Spannung“ Sax/Grundrechte III/2, S. 909 f.; zur klassischen Polarität „effektive Strafrechtspflege und Schutz des Einzelnen“ vgl. Schoreit, DRiZ 1987, S. 464 ff.; Schwarz, Jura 2007, S. 334 ff.; s. auch Glaser, 2008, S. 1 f.; Warntjen, KJ 2006, S. 276 f.; Gärditz, 2003, S. 83 ff.; dazu noch Roxin/Schünemann, 2014, § 2 Rn. 4; Hassemer, 2009, S. 15 f.; Hassemer, StV 1990, S. 328 ff.; zu den unterschiedlichen Begriffsbestimmungen der Wahrheit vgl. Stübinger, 2008, S. 392 ff.; Löffelmann, 2008, S. 23 f., 98 f.; zu den wesentlichen Entwicklungslinien vom Strafrecht und der Kriminalpolitik an der Jahrtausendwende s. Hassemer, Jahrtausendwende 2000, S. 17 ff.

² Vgl. u. a. Jung, 2001, S. 18; Gössel, 2007, S. 21; bzgl. des Legalitätsprinzips im Strafverfahren vgl. Deiters, 2006, S. 113 ff.; Döhring, 1999, S. 78 ff.; den verfassungstheoretischen Grundlagen entsprechen andere im Strafverfahren verbindliche Grundsätze wie das Fairnessprinzip, das Officialprinzip, das Akkusationsprinzip, das Legalitätsprinzip und der Ermittlungsgrundsatz, die die Durchführung der Strafverfolgung in der Ermittlungsphase bestimmen, dazu Roxin/Schünemann, 2014, § 2 Rn. 9; ausführlich Ferrajoli, 2004, S. 537 ff.

wird und gegenteilige Ansichten vertreten werden. Einerseits gibt es Auffassungen, die kein oder nur ein minimales richterliches Einschreiten unterstützen. Diese Ansichten beschreiben eine weniger liberale, dafür eine effektivitätsorientiertere Strafverfahreणाuffassung, nach welcher der Richter – wenn überhaupt – eine *Abwägungsfunktion hinsichtlich der Nützlichkeit von Grundrechtseingriffen* hat oder auch als ein dem Ermittlungsverfahren fremdes Subjekt bezeichnet wird.³ Dieser Ansicht steht die h.M. gegenüber, die eine solche Kontrolle als eine notwendige Überwachungsfunktion, als Ausdruck des modernen demokratischen Verfassungsparadigmas versteht, in dem der Richter den staatlichen Handlungsräumen Grenzen setzt und als *Beschützer der Rechte des Individuums* fungiert.⁴

Die letztgenannte Auffassung bezeichnet den richterlichen Rechtsschutz als eine Unerlässlichkeit zur Gewährleistung einer rechtsstaatlich geeigneten Ermittlungstätigkeit, welche die Überprüfung der Rechtsbeeinträchtigungen erfordert. Die richterliche Kontrolle stellt i. d. S. *eine zum Rechtsschutz gegen ermittelungsstaatliche Rechtsüberschreitungen dienende besondere Garantie* dar. Aus dieser Perspektive ist die richterliche Kontrolle ein besonderes Merkmal der modernen Strafverfahrenssysteme, welches die Wahrung der Grundrechte des Betroffenen und damit die Rechtmäßigkeit der Strafverfolgung gewährleisten soll.⁵

Als Rechtmäßigkeitsparameter lässt sich gerade an der richterlichen Ermittlungskontrolle deutlich *das Leistungsvermögen der Strafverfolgungsbehörden bzgl. des Schutzes der Grundrechte* bemessen.⁶ Darüber hinaus wird das Rechtskulturniveau eines bestimmten Strafverfolgungssystems bzgl. des Schutzes der Verfassung als Barriere gegen die Exzesse der Staatsmacht widerspiegelt.⁷ Durch diese Begrenzungsleistung kommt die klassische Funktion des Richters als Schützer der Grundfreiheiten zum Ausdruck. Die vorbehaltene richterliche Mitwirkung bestimmt zugleich die Unterordnung des staatlichen Machtapparats unter den Richter hinsichtlich der Durchsetzung von Ermittlungsmaßnahmen.

³ Zu der Problematik der Abwägung zwischen Effektivität der Strafrechtspflege und Beschuldigtenrechte vgl. *Patz*, 2009, S. 106 ff.; dazu *Orozco Abad/Gómez Albarello*, 1999, S. 54 ff.; i. d. S. und bzgl. der Verdachtsdogmatik *Zabel*, ZIS 7-8/2014, S. 341, 346. Für das Problem der Güterabwägung *Löffelmann*, 2008, S. 110 ff.; zu den Entwicklungslinien der Marginalisierung der Unabhängigkeit der dritten Gewalt im System des Strafrechts vgl. *Fornauf*, 2010, S. 99 ff.

⁴ Vgl. *Roxin/Schünemann*, 2014, § 6 Rn. 1; *Sachs/Degenhart*, 2014, Art. 101 GG Rn. 5 ff.; zu den historischen Grundlagen des gesetzlichen Richters in europäischen Staaten s. *Bohn*, 2011, S. 19 ff.; *Seif*, 2003, S. 81 ff.; dazu ausführlich *Ferrajoli*, 2010, S. 11 f.; auch *Guerrero Peralta*, 2006, S. 21 f.; *Aponte Cardona*, 2006, S. 23.

⁵ Vgl. ausführlich *Ferrajoli*, 2004, S. 537 ff.; s. auch *Glaser*, 2008, S. 6 f.; *Hassemer*, 1997, S. 63 ff.; *Gössel*, 2007, S. 21 ff.

⁶ Vgl. *Ferrajoli*, 2004, S. 574–603; *Zuluaga*, Co-Herencia Vol. 4 Nr. 6, S. 135.

⁷ I. d. S. *Roxin/Schünemann*, 2014, § 2 Rn. 1 („Das Strafverfahrensrecht ist der Seismograph der Staatsverfassung.“); hierzu vgl. *Noltenius*, ZStW 122 (2010), S. 604 ff.; *Sax/Grundrechte III/2*, S. 909 ff.; BVerfGE 32, 373 [383].

II. Begriff

1. Allgemeines Verständnis

Obwohl die richterliche Mitwirkung zum Schutz von Grundrechten gegen Zwangsmaßnahmen eine zentrale Bedeutung für die Rechtsstaatlichkeit der Strafverfolgung hat, beinhaltet diese Kennzeichnung kein umfassendes konzeptionelles Verständnis unter Zugrundelegung von verfassungs- und strafverfahrensrechtlichen Verankerungen. Die Versuche einer Begriffsbestimmung, die mit *allgemeiner Gültigkeit* die Bedeutung und die Verwendung des Begriffes des Rechtsschutzes im Ermittlungsverfahren umfasst, liefern kaum weiterführende Aufschlüsse.⁸ Die Bildung einer allgemeinen begrifflichen Erläuterung trifft sich auf dogmatischem Wege mit normativen Einschränkungen. Die verfassungsrechtlichen Stellungen der Rechtsschutzgarantie und der richterlichen Instanz, die die Erscheinungsform und Wirkungsweise der Ermittlungsverfolgung bestimmen, zeigen ebenso Unterschiede im Vergleich zwischen den *Rechtssystemen*.⁹

Vergeblich ist auch die Suche nach einer umfassenden Regelung in den verschiedenen Strafprozessordnungen, aus denen sich eine begriffliche Umschreibung herleiten lässt. In *der deutschen StPO* sind die Regelungen des Rechtsschutzes gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe während des Ermittlungsverfahrens unübersichtlich.¹⁰ Darüber hinaus finden sich geregelte Rechtsmittel, die nach dem EGGVG und nach der VwGO die Möglichkeit einräumen, den Betroffenen vor strafprozessualen Grundrechtseingriffen zu schützen.¹¹ Diese Lage wurde durch die Rechtsprechung entsprechend der Vorgaben des BVerfG behoben, um die Lückenhaftigkeit der gesetzlich differenzierten Regelungen zu beseitigen.¹² Dadurch wurde mithilfe der Rechtsprechung eine Vereinheitlichung des verteilten Rechtsmittelsystems nicht nur gegen bevorstehende und noch andauernde Ermittlungsmaßnahmen, sondern auch gegen bereits erledigte Anordnungen geschaffen.¹³ Obwohl die

⁸ Bachmann, 1994, S. 50; i. d. S. Prechtel, 1995, S. 1 bzgl. des Begriffs des Ermittlungsrichters.

⁹ Für die verfassungsrechtlichen Verankerungen in den Mitgliedstaaten der EU siehe Tonne, 1997, S. 47 ff.; Haratsch, 2007, S. 15 ff.; auch aus einer rechtsvergleichenden Perspektive Nijboer, in: Doran/Jackson (Hrsg.), 2000, S. 24–26; dazu auch Guerrero Peralta, 2007, S. 177–187.

¹⁰ I. d. S. Hartmann/Schmidt, 2016, S. 266; Roxin/Schünemann, 2014, § 29 Rn. 11; Volk/Engländer, 2013, § 10 Rn. 75 (ebd. in der span. Fassung, s. Volk, 2015); Kühne, 2015, § 32 Rn. 553; Kindhäuser, 2016, § 29 Rn. 2; Krey, 2006, S. 496; zu den Entwicklungsstufen des Rechtsschutzes gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe in Deutschland s. Amelung, BGH-FS (2000), Bd. IV, S. 911 ff.

¹¹ Deshalb kann die deutsche Regelung des Rechtsschutzes gegen Eingriffe im Ermittlungsverfahren als lückenhaft bezeichnet werden. Vgl. Laser, NStZ 2001 S. 124; zugleich Volk/Engländer, 2013, § 10 Rn. 75 (ebd. in der span. Fassung, s. Volk, 2015).

¹² Vgl. BVerfGE 96, 27 = NJW 1997, 2165 ff.; dazu Laser, NStZ 2001, S. 121.

¹³ Vgl. BVerfGE 96, 44 ff. = NJW 1997, 2165 ff.; BVerfG NJW 1998, 2131 f.; BVerfG Beschl. v. 5.5.2000 – 2 BvR 2212/99 <juris>; s. auch Krack, Jura 2001, S. 737 ff.; Jozik/