Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 343

# Die Funktionen des Ermittlungsrichters im Strafverfahren

Von

Konrad Schmauder

Duncker & Humblot · Berlin

KONRAD SCHMAUDER

# Die Funktionen des Ermittlungsrichters im Strafverfahren

# Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Begründet von Dr. Eberhard Schmidhäuser (†)
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Hamburg

Fortgeführt durch
Dr. Dres. h. c. Friedrich-Christian Schroeder (†)
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Regensburg

Herausgegeben von
Dr. Andreas Hoyer
ord. Prof. der Rechte an der Universität Kiel

und

Dr. Ingke Goeckenjan
ord. Prof. der Rechte an der Ruhr-Universität Bochum

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

## Band 343

# Die Funktionen des Ermittlungsrichters im Strafverfahren

Von

Konrad Schmauder




Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Dr. h.c. Bernd Heinrich, Tübingen

Die Juristische Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen
hat diese Arbeit im Jahre 2025 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.

D 21

Alle Rechte vorbehalten
© 2026 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: rdz IMA GmbH, Bonn
Druck: Prime Rate Zrt., Budapest, Ungarn

ISSN 0720-7271
ISBN 978-3-428-19873-3 (Print)
ISBN 978-3-428-59873-1 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ♾

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: https://www.duncker-humblot.de

# Inhaltsverzeichnis

**§ 1 Problemstellung** . . . . . 19

*Teil I*

**Grundlagen** 23

**§ 2 Der Ablauf des Strafverfahrens** . . . . . 23
A. Das ordentliche Erkenntnisverfahren . . . . . 23
I. Ermittlungsverfahren . . . . . 23
II. Zwischenverfahren . . . . . 24
III. Hauptverfahren . . . . . 25
B. Das Verfahren nach Rechtskraft . . . . . 26
C. Besondere Verfahrensarten . . . . . 27
I. Privatklageverfahren . . . . . 27
II. Strafbefehlsverfahren . . . . . 28
III. Beschleunigtes Verfahren . . . . . 28
IV. Sicherungsverfahren . . . . . 28
V. Verfahren bei Einziehung . . . . . 29
D. Zusammenfassung . . . . . 29

**§ 3 Die Strafverfolgungsorgane im Ermittlungsverfahren** . . . . . 30
A. Die Staatsanwaltschaft . . . . . 30
B. Die Polizei . . . . . 31

**§ 4 Der „Ermittlungsrichter“ und das „Ermittlungsgericht“** . . . . . 34

**§ 5 Die Kompetenzen und Funktionen des Ermittlungsrichters im Ermittlungsverfahren** . . . . . 37
A. Ausschließliche oder primäre Kompetenzen des Ermittlungsrichters . . . . . 37
I. Anordnung strafprozessualer Eingriffsmaßnahmen . . . . . 38
1. Gesetzliche Regelungen . . . . . 39
2. Funktion des präventiven Richtervorbehalts . . . . . 42
a) Richtervorbehalt als Ausdruck der Gewaltenteilung . . . . . 44
b) Gesetzeswahrung und Selbstkontrolle . . . . . 46
c) Hilfsfunktion . . . . . 47

d) Präventiver Rechtsschutz und Sicherung der Grundrechte durch Verfahren . . . . . 47
aa) Defizit einer fehlenden vorherigen Anhörung . . . . . 49
bb) Defizit eines fehlenden effektiven Rechtsschutzes durch Geheimhaltung und Überraschungswirkung . . . . . 50
cc) Schwere des Eingriffs . . . . . 51
dd) Eingriff aufgrund eines bloßen Verdachts . . . . . 52
ee) Doppelbelastung . . . . . 53
ff) Qualifikation des Rechtsschutzes . . . . . 55
e) Zusammenfassung . . . . . 56
3. Verlängerung der Anordnung strafprozessualer Eingriffsmaßnahmen 58
a) Gesetzliche Regelungen . . . . . 58
b) Funktion . . . . . 59
II. Zustimmung zu strafprozessualen Maßnahmen . . . . . 60
1. Gesetzliche Regelungen . . . . . 60
2. Funktion des Zustimmungserfordernisses . . . . . 60
a) Qualifizierte Einsätze Verdeckter Ermittler . . . . . 60
b) Einsätze nach §§ 176e und 184b StGB zur Ermittlung von Straftaten 62
c) Zurückstellung oder Unterlassen einer Benachrichtigung . . . . . 63
III. Durchführung strafprozessualer Eingriffsmaßnahmen nach Anordnung . . . 65
1. Grundsatz: Vollstreckungsherrschaft der Staatsanwaltschaft . . . . . 65
2. Vollstreckungskompetenz bei der Durchsuchung . . . . . 66
3. Durchführung durch den Ermittlungsrichter . . . . . 67
a) Funktion des Richtervorbehalts nach § 100 Abs. 3 Satz 1 StPO . . . . 68
b) Funktion des Richtervorbehalts nach § 119 Abs. 2 Satz 1 StPO . . . . 69
c) Durchsicht von Papieren und elektronischen Speichermedien bei Durchsuchung . . . . . 70
d) Bewertung der richterlichen Durchführungskompetenzen . . . . . 71
IV. Bestätigung strafprozessualer Eingriffsmaßnahmen . . . . . 72
1. Gesetzliche Regelungen . . . . . 74
2. Funktion des Bestätigungserfordernisses . . . . . 76
a) Vor Beendigung der Maßnahme . . . . . 76
b) Nach Beendigung der Maßnahme . . . . . 79
aa) Wortlaut . . . . . 80
bb) Prüfungsumfang . . . . . 81
c) Zusammenfassung . . . . . 87
3. Keine entsprechende Anwendung bei § 111 StPO . . . . . 87
V. Feststellung der Rechtmäßigkeit nach § 161 Abs. 4 StPO . . . . . 89
VI. Gerichtliche Entscheidung auf Antrag einer betroffenen Person . . . . . 90
1. Maßnahmen der Ermittlungsorgane . . . . . 90

2. Gerichtlich oder behördlich angeordnete Maßnahmen ..... 92
3. Funktion ..... 93
VII. Beiordnung eines Beistands im Ermittlungsverfahren ..... 95
1. Bestellung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren ..... 95
a) Gesetzliche Regelungen ..... 95
b) Funktion der gerichtlichen Bestellung ..... 96
c) Bestellung ohne Antrag ..... 100
2. Bestellung eines Verletztenbeistands im Ermittlungsverfahren ..... 103
3. Beiordnung eines psychosozialen Prozessbegleiters im Ermittlungsverfahren ..... 104
VIII. Zusammenfassung ..... 104
B. Gleichrangige Kompetenzen des Ermittlungsrichters ..... 104
I. Unterstützung der Staatsanwaltschaft ..... 107
1. Im Gesetz angelegte Gründe für die Einschaltung des Ermittlungsrichters ..... 108
a) Allgemeine Unterschiede zwischen richterlicher und nichtrichterlicher Beweisgewinnung ..... 109
aa) Anwesenheitsrechte ..... 109
(1) Richterliche Ermittlungshandlung ..... 109
(2) Nichtrichterliche Ermittlungshandlung ..... 110
bb) Protokollierung ..... 111
(1) Richterliche Ermittlungshandlung ..... 111
(2) Nichtrichterliche Ermittlungshandlung ..... 111
cc) Neutralität und richterliche Unabhängigkeit ..... 112
dd) Zusammenfassung ..... 114
b) Tätigkeitsspezifische Unterschiede ..... 115
aa) Beschuldigtenvernehmung ..... 115
bb) Zeugenvernehmung ..... 116
(1) Pflicht zum Erscheinen ..... 116
(2) Pflicht zur Aussage ..... 117
(3) Aufzeichnung der Vernehmung in Bild und Ton ..... 118
(4) Vereidigung ..... 119
(5) Ordnungs- und Zwangsmittel ..... 120
(6) Strafbewehrte Wahrheitspflicht ..... 121
(7) Belehrung ..... 122
(8) Zuziehung eines Dolmetschers ..... 123
cc) Auswahl, Ernennung und Vernehmung von Sachverständigen 123
dd) Inaugenscheinnahmen und Besichtigungen ..... 126
c) Auswirkungen auf die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung .. 127
aa) Die Bedeutung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes ..... 127

bb) § 251 StPO . . . . . 127
cc) § 252 StPO . . . . . 131
dd) § 254 StPO . . . . . 133
ee) § 255a StPO . . . . . 134
ff) § 249 und § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO . . . . . 136
gg) Beweiswert . . . . . 138
hh) Wahrung des Konfrontationsrechts nach Art. 6 Abs. 3 Buchst. d EMRK . . . . . 139
ii) Zusammenfassung und Schlussfolgerung . . . . . 142
d) Verjährungsunterbrechung . . . . . 144
2. Tatsächliche Gründe . . . . . 150
a) Eignung des Ermittlungsrichters . . . . . 150
b) Fehlende Ausstattung, Arbeitsüberlastung oder Unwilligkeit . . . . . 152
c) Weitere Gründe für einen Antrag der Staatsanwaltschaft . . . . . 152
d) Zusammenfassung . . . . . 154
3. Fazit . . . . . 154
a) Wahrheitsermittlungsfunktion . . . . . 155
b) Beweiskonservierungsfunktion . . . . . 156
aa) Beweissicherung bei drohendem Verlust . . . . . 157
bb) Zeugenschonende Beweisaufnahme . . . . . 158
II. Rechtsschutz- und Kontrollfunktion . . . . . 158
1. Gerichtliche Zeugenvernehmung als Grundrechtseingriff . . . . . 160
2. Keine Rechtsschutzfunktion dieses Richtervorbehalts . . . . . 161
3. Fazit . . . . . 164
III. Fahndungsmaßnahmen nach § 131 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 StPO . . . . . 164
IV. Zusammenfassung . . . . . 167
C. Unklare Kompetenzverteilung bei § 95 Abs. 1 StPO . . . . . 167
D. Nachrangige Kompetenzen des Ermittlungsrichters . . . . . 170
**§ 6 Verfassungsrechtlicher Hintergrund** . . . . . 172
A. Gewaltenteilungsgrundsatz und Art. 92 GG . . . . . 172
I. Präventive Richtervorbehalte . . . . . 174
II. Rechtsschutzfunktion nach Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG . . . . . 178
III. Gleichrangige Kompetenzen . . . . . 178
1. Auffassung des Bundesverfassungsgerichts: Amtshilfe . . . . . 179
a) Darstellung . . . . . 179
b) Kritik . . . . . 180
2. Auffassung von Brüning und Wenske: Materielle Rechtsprechungstätigkeit . . . . . 183
a) Darstellung . . . . . 183
b) Kritik . . . . . 185

3. Andere Ansicht: Beiordnung ... 187
a) Darstellung ... 187
b) Kritik ... 188
4. Eigene Meinung ... 189
IV. Nachrangige Kompetenzen ... 195
B. Richterliche Unabhängigkeit nach Art. 97 GG ... 197
I. Anwendbarkeit in Bezug auf die Tätigkeit des Ermittlungsrichters ... 198
II. Rechtsfolgen in Bezug auf die Tätigkeit des Ermittlungsrichters ... 201
C. Garantie des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ... 202
D. Zusammenfassung ... 203

*Teil II*

**Folgerungen** 204

**§ 7 Die Grundnorm des § 162 StPO zur Mitwirkung des Ermittlungsrichters** ... 204
A. Der Begriff der „gerichtlichen Untersuchungshandlung“ ... 204
B. Antrag der Staatsanwaltschaft und Pflicht zur Begründung ... 207
C. Gerichtliche Prüfungskompetenz (§ 162 Abs. 2 StPO) ... 212
I. Wortlaut und Systematik ... 212
II. Entstehungsgeschichtlicher Hintergrund ... 214
III. Sinn und Zweck ... 215
IV. Prüfungsprogramm ... 216
V. Die gerichtliche Prüfung nach § 162 Abs. 2 StPO im Einzelnen ... 216
1. Zulässigkeit ... 216
a) Zuständigkeit des Gerichts ... 217
b) Antragsberechtigung der Strafverfolgungsbehörde ... 218
c) Antragsgegenstand ... 219
d) Antragsgrund ... 219
aa) Grammatische Auslegung ... 221
bb) Historische Auslegung ... 222
cc) Systematische Auslegung ... 224
(1) Rechts- und Amtshilfe ... 224
(2) Verfassungskonforme Auslegung ... 226
dd) Teleologische Auslegung ... 227
ee) Zusammenfassung ... 229
e) Verfahrensvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse ... 229
2. Begründetheit ... 230
a) Rechtsgrundlage ... 230

b) Verfahrensvoraussetzungen als Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einer Untersuchungshandlung . . . 231
c) Spezielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Untersuchungshandlung . . . 233
aa) Rechtsschutz- und Kontrollfunktion . . . 233
bb) Rechtshilfe . . . 236
D. Ausgestaltung der richterlichen Entscheidung . . . 237

**§ 8 Beweiserhebungsanspruch des Beschuldigten** . . . 242
A. Gesetzliche Regelungen . . . 242
I. § 166 Abs. 1 StPO . . . 242
II. § 168d Abs. 2 StPO . . . 244
III. § 165 StPO . . . 245
B. Menschenrechtliche und verfassungsrechtliche Gewährleistungen . . . 245
I. Recht auf ein faires Verfahren nach der EMRK . . . 245
II. Recht auf ein faires Verfahren nach dem Grundgesetz . . . 247
C. Folgerungen aufgrund der Bedeutung des Ermittlungsverfahrens . . . 249
I. Reformbedarf . . . 250
II. Reformvorschlag . . . 253
D. Schlothauers Ansicht zur Reichweite des Anspruchs aus § 166 Abs. 1 StPO . . . 256
E. Zusammenfassung . . . 257

**§ 9 Ausnahmekompetenzen und richterlicher Bereitschaftsdienst** . . . 258
A. Ermittlungsbehördliche Ausnahmekompetenzen bei Gefahr im Verzug . . . 258
I. Beginn der gerichtlichen Befassung . . . 262
II. Verweisung an die Ermittlungsbehörden . . . 263
III. Folgen der richterlichen Befassung und Entscheidung . . . 265
B. Staatsanwaltschaftliche Ausnahmekompetenz bei besonderer Eilbedürftigkeit 267
C. Ermittlungsrichterlicher Bereitschaftsdienst . . . 269
D. Ermittlungsrichterliche Ausnahmekompetenzen . . . 273
E. Zusammenfassung . . . 275

**§ 10 Defizite und Potentiale der präventiven ermittlungsrichterlichen Kontrolltätigkeit** . . . 275
A. Empirische Untersuchungen zur Wirksamkeit des Richtervorbehalts in der Praxis 276
B. Strukturelle Gründe . . . 279
C. Folgerungen . . . 282
D. Zusammenfassung . . . 289

**§ 11 Ermittlungsrichterliche Kompetenzen im Zwischen- und Hauptverfahren** . . . 290
A. Notkompetenz für Handlungen mit Richtervorbehalt . . . 290
B. Notkompetenz für schlichte Ermittlungshandlungen . . . 294
C. Zusammenfassung und Bewertung . . . 295

*Teil III*

**Fazit** 296

**§ 12 Zusammenfassung** . . . . . 296
**§ 13 Ausblick** . . . . . 300

**Literaturverzeichnis** . . . . . 305

**Sachverzeichnis** . . . . . 337

# Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---|---|
| a. A. | andere Ansicht |
| a. a. O. | am angegebenen Ort |
| ABl. | Amtsblatt der Europäischen Union |
| Abs. | Absatz |
| Abt. | Abteilung |
| AE | Alternativ-Entwurf |
| a. F. | alte Fassung |
| AG | Amtsgericht |
| AK-StPO | Alternativkommentar zur Strafprozessordnung |
| Alt. | Alternative |
| a. M. | [Frankfurt] am Main |
| Anm. | Anmerkung |
| AnwBl | Anwaltsblatt |
| AnwBl Online | Anwaltsblatt Online |
| AnwK-StPO | AnwaltKommentar StPO |
| AO | Abgabenordnung |
| AöR | Archiv des öffentlichen Rechts |
| ARP | Allgemeines Register für Staatsschutzstrafsachen |
| AR(s) | Allgemeine Register und Gerichtsstandsbestimmungen |
| Art. | Artikel |
| Aufl. | Auflage |
| BayObLG | Bayerisches Oberstes Landesgericht |
| Bearb. | Bearbeiter/-in |
| bearb. | bearbeitet |
| BeckOGK | Beck-online.GROSSKOMMENTAR |
| BeckOK | Beck'scher Online-Kommentar |
| BeckRS | Beck-Rechtsprechung |
| Beschl. | Beschluss |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBl. | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHSt | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen |
| BGleiG | Gesetz für die Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesverwaltung und in den Gerichten des Bundes (Bundesgleichstellungsgesetz) |
| BJagdG | Bundesjagdgesetz |
| BK-GG | Bonner Kommentar zum Grundgesetz |
| BKR | Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht |
| BPolG | Gesetz über die Bundespolizei (Bundespolizeigesetz) |
| bspw. | beispielsweise |

| | |
|---|---|
| BT-Drs. | Bundestagsdrucksache |
| Buchst. | Buchstabe |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGE | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts |
| BVerfGK | Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts |
| BVerwG | Bundesverwaltungsgericht |
| BVerwGE | Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts |
| BW | Baden-Württemberg |
| bzw. | beziehungsweise |
| CDU | Christlich Demokratische Union Deutschlands |
| CSU | Christlich-Soziale Union in Bayern |
| DAR | Deutsches Autorecht |
| ders. | derselbe |
| d. h. | das heißt |
| dies. | dieselbe/dieselben |
| Diss. | Dissertation |
| djt | Deutscher Juristentag |
| DÖV | Die Öffentliche Verwaltung |
| DRiG | Deutsches Richtergesetz |
| DRiZ | Deutsche Richterzeitung |
| Ed. | Edition |
| E-Evidence-VO | Verordnung (EU) 2023/1543 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. 7. 2023 über Europäische Herausgabeanordnungen und Europäische Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafverfahren und für die Vollstreckung von Freiheitsstrafen nach Strafverfahren (ABl. L 191, S. 118) |
| EGGVG | Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz |
| EGMR | Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte |
| Einl. | Einleitung |
| EMRK | Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention) |
| Erg.-Bd. | Ergänzungsband |
| ERV | Elektronischer Rechtsverkehr |
| etc. | et cetera |
| EU | Europäische Union |
| EuGH | Gerichtshof der Europäischen Union |
| EuGRZ | Europäische Grundrechte-Zeitschrift |
| EV | Ermittlungsverfahren |
| f. | folgende [Seite/Randnummer/…] |
| FamFG | Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit |
| FamRZ | Zeitschrift für das gesamte Familienrecht |
| ff. | folgende [Seiten/Randnummern/…] |
| FG | Festgabe |
| FGG | Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit |
| Fn. | Fußnote |
| FS | Festschrift |
| GA | Goltdammer’s Archiv für Strafrecht |

| | |
|---|---|
| gem. | gemäß |
| GG | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland |
| ggf. | gegebenenfalls |
| GK | Große Kammer |
| GKG | Gerichtskostengesetz |
| GS | Gedächtnisschrift |
| GVG | Gerichtsverfassungsgesetz |
| Halbs. | Halbsatz |
| HdB-GR | Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa |
| HdB-Kriminalistik | Handbuch der Kriminalistik |
| HdB-PolR | Handbuch des Polizeirechts |
| HdB-StR | Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland |
| HdB-StrafR | Handbuch des Strafrechts |
| HdB-StrafVf | Handbuch zum Strafverfahren |
| HdB-VerfR | Handbuch des Verfassungsrechts |
| HK-GS | Handkommentar Gesamtes Strafrecht |
| HK-StPO | Heidelberger Kommentar Strafprozessordnung |
| h. M. | herrschende Meinung |
| HRRS | Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht |
| Hrsg. | Herausgeber/-in |
| hrsg. | herausgegeben |
| i. Br. | [Freiburg] im Breisgau |
| IK-EMRK | Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention |
| insb. | insbesondere |
| IRG | Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen |
| i. S. | im Sinne |
| i. S. d. | im Sinne des/der |
| i. S. v. | im Sinne von |
| i. V. m. | in Verbindung mit |
| JA | Juristische Arbeitsblätter |
| JGG | Jugendgerichtsgesetz |
| JR | Juristische Rundschau |
| JURA | JURA – Juristische Ausbildung |
| jurisPK | juris PraxisKommentar |
| JuS | Juristische Schulung |
| JZ | Juristenzeitung |
| Kap. | Kapitel |
| KG | Kammergericht |
| KK-StPO | Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung |
| KMR-StPO | Kleinknecht/Müller/Reitberger, KMR – Kommentar zur Strafprozessordnung |
| KritV | Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft |
| KV | Kostenverzeichnis |
| Lfg. | Lieferung |
| LG | Landgericht |
| LK-StGB | Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch |
| LSG | Landessozialgericht |

| | |
|---|---|
| MDR | Monatsschrift für Deutsches Recht |
| MMR | MMR – Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung |
| MüKo-StGB/-StPO | Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch/zur Strafprozessordnung |
| m. w. N. | mit weiteren Nachweisen |
| n. F. | neue Fassung |
| NJ | Neue Justiz |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NJW-Spezial | Neue Juristische Wochenschrift Spezial |
| NK | Neue Kriminalpolitik |
| NK-StGB | NomosKommentar Strafgesetzbuch |
| NK-StPO | NomosKommentar Strafprozessordnung |
| Nr. | Nummer |
| NStZ | Neue Zeitschrift für Strafrecht |
| NStZ-RR | NStZ-Rechtsprechungs-Report Strafrecht |
| NVwZ | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht |
| NVwZ-RR | NVwZ-Rechtsprechungs-Report Verwaltungsrecht |
| NZV | Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht |
| NZWiSt | Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht |
| OLG | Oberlandesgericht |
| OWiG | Gesetz über Ordnungswidrigkeiten |
| PEBB$Y | Personalbedarfsberechnungssystem |
| PKH-Richtlinie | Richtlinie (EU) 2016/1919 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 10. 2016 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls (ABl. L 297, S. 1, ber. ABl. 2017 L 91, S. 40) |
| PolG | Polizeigesetz |
| RegE | Entwurf der Bundesregierung, Regierungsentwurf |
| RGBl. | Reichsgesetzblatt |
| RGSt | Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen |
| RiStBV | Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren |
| Rn. | Randnummer |
| Rspr. | Rechtsprechung |
| RStPO | Reichsstrafprozeßordnung |
| S. | Seite |
| SchlHA | Schleswig-Holsteinische Anzeigen |
| SGB | Sozialgesetzbuch |
| SK-StGB/-StPO | Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch/zur Strafprozessordnung |
| sog. | sogenannte |
| SozR | Sozialrecht |
| SSW-StPO | Satzger/Schluckebier/Werner, Strafprozessordnung |
| StaatsR | Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland |
| StGB | Strafgesetzbuch |
| StPO | Strafprozeßordnung |
| StPO-E | Strafprozeßordnung in der Fassung des jeweiligen Entwurfs |
| StraFo | Strafverteidiger Forum |
| st. Rspr. | ständige Rechtsprechung |

| | |
|---|---|
| StV | Der Strafverteidiger |
| 1. StVRG | Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts |
| StV-S | Strafverteidiger-Spezial |
| TK-StGB | Tübinger Kommentar Strafgesetzbuch |
| u. | und |
| u. a. | und andere |
| Urt. | Urteil |
| v. | von/vom |
| VereinsG | Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts |
| VerfGH | Verfassungsgerichtshof |
| VGH | Verwaltungsgerichtshof |
| vgl. | vergleiche |
| VRS | Verkehrsrechts-Sammlung |
| VwGO | Verwaltungsgerichtsordnung |
| VwR | Verwaltungsrecht |
| VwVfG | Verwaltungsverfahrensgesetz |
| wistra | Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht |
| z. B. | zum Beispiel |
| ZIS | Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik |
| zit. | zitiert |
| ZJJ | Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe |
| ZJS | Zeitschrift für das Juristische Studium |
| ZPO | Zivilprozeßordnung |
| ZRP | Zeitschrift für Rechtspolitik |
| ZStW | Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft |
| zust. Anm. | zustimmende Anmerkung |
| ZuVOJu BW | Verordnung des Justizministeriums über Zuständigkeiten in der Justiz (Zuständigkeitsverordnung Justiz) vom 20. 11. 1998 (GBl. S. 680) |
| ZVR | Zeugnisverweigerungsrechte |

# § 1 Problemstellung

Das Strafverfahren verfolgt mehrere Ziele, die sich nicht zwingend gegenseitig ergänzen, sondern auch miteinander in Konflikt treten können. Dann sind sie gegeneinander abzuwägen.[1] Nach dieser Maßgabe dient das Strafverfahren der Verwirklichung des materiellen Strafrechts durch Feststellung der Schuld oder Unschuld des Verdächtigen in einem geordneten Verfahren und (damit[2]) der Herstellung von Rechtsfrieden.[3] Durch das Verfahren soll eine auf der Wahrheit beruhende und gerechte Entscheidung herbeigeführt und anschließend durchgesetzt werden.[4] Das Strafverfahren wird dabei von unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Ansprüchen überformt, die durch die Verfahrensordnung und eine entsprechende Auslegung und Anwendung derselben in Ausgleich zu bringen sind. Von Verfassungsrang sind das öffentliche Interesse an einer effektiven und funktionstüchtigen Strafrechtspflege als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips,[5] aber auch die Grundrechte der Betroffenen und das Interesse an einem justizförmigen Verfahren.[6] Dies verbietet eine Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs „um jeden Preis“ und verpflichtet zu einer fairen Verfahrensführung.[7] Eine Folge dieser Anforderungen kommt im Beschleunigungsgebot zum Ausdruck, das eine zügige Durchführung des Strafverfahrens verlangt.[8] In dieses Spannungsverhältnis reiht sich das Institut des

---

[1] Vgl. *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 7; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 1 Rn. 3.

[2] Die Herstellung von Rechtsfrieden ist nach *Schmidhäuser*, in: FS Schmidt, 1961, S. 511 (516 ff.), das oberste Ziel des Strafverfahrens; so auch *Rieß*, JR 2006, 269 (270).

[3] Vgl. zum Überblick *Kudlich*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, HdB-StrafR VII, § 1 Rn. 5 ff.; *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 1 ff.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 1 Rn. 3. Verbreitet ist auch die schlagwortartige Beschreibung dieser Verfahrensziele mit „Wahrheit“, „Gerechtigkeit“ und „Rechtsfrieden“; vgl. *Ostendorf/Brüning*, Strafprozessrecht, § 2 Rn. 3; *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, § 3 Rn. 1.

[4] *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 8; *Krey/Heinrich*, Strafverfahrensrecht, Rn. 20; *Peters*, Strafprozeß, § 13 I.

[5] Vgl. BVerfGE 33, 367 (383); BVerfGE 46, 214 (222); BVerfGE 51, 324 (343); BVerfGE 122, 248 (272); BVerfGE 130, 1 (26); BVerfGE 133, 168 (199 Rn. 57); BVerfGE 166, 359 (398 Rn. 104).

[6] Vgl. BVerfGE 77, 65 (76); BVerfGE 133, 168 (199 Rn. 55 f.); BVerfGE 166, 359 (398 Rn. 104).

[7] Vgl. BVerfGE 63, 45 (61); BVerfGE 133, 168 (200 Rn. 59); BVerfGE 166, 359 (398 Rn. 104); BVerfGK 18, 193 (203); BGHSt 14, 358 (365); BGHSt 31, 304 (309).

[8] Vgl. BVerfGE 63, 45 (68 f.); BVerfGE 122, 248 (273); BVerfGE 130, 1 (26 f.); BVerfGE 133, 168 (201 Rn. 59); BVerfG NStZ 2006, 680 (681 Rn. 4 f.).

Ermittlungsrichters ein. Einerseits wird der Ermittlungsrichter als „Kontrollorgan“[9] der Staatsanwaltschaft beschrieben, andererseits wird er deren „Hilfsorgan“[10] genannt.[11] Nach der Strafprozessordnung soll er im Stadium der staatsanwaltschaftlichen Verfahrensherrschaft die richterlichen Geschäfte erledigen (vgl. § 162 StPO). Da die Sachleitung im Ermittlungsverfahren nach §§ 152, 160 Abs. 1, 170 StPO der Staatsanwaltschaft überantwortet ist,[12] gehört diese Aufgabe ebenso wenig zu den gerichtlichen Geschäften im Ermittlungsverfahren wie spruchrichterliches Handeln zur Verfahrensbeendigung. Damit ist fraglich, inwieweit die Einrichtung des Ermittlungsrichters erforderlich und sinnvoll ist. Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass das Bundesverfassungsgericht zu zahlreichen, auch grundlegenden Entscheidungen zur Bedeutung des Ermittlungsrichters aufgefordert war. Bis in die jüngere Vergangenheit ergingen wesentliche Leitentscheidungen des Zweiten Senats[13] und auch nach wie vor zeigt die nicht zu verachtende Anzahl an verfassungsgerichtlichen Kammerbeschlüssen[14] und fachgerichtlichen Beschwerdeentscheidungen[15], dass in der Praxis keine Klarheit zur Funktion des Ermittlungsrichters besteht. Nichtsdestoweniger setzt der Gesetzgeber traditionell, ohne dass er an dem Institut als solchem zu zweifeln scheint, auf die Beteiligung des Ermittlungsrichters. Mit der Änderung des § 58a StPO im Jahr 2019[16] schuf er etwa für bestimmte Fälle die Pflicht zu einer richterlichen Zeugenvernehmung im Ermittlungsverfahren (vgl. § 58a Abs. 1 Satz 3 StPO). Die Anordnung einer längerfristigen Observation nach § 163f StPO wurde zum 1. 1. 2008 anstelle der Staatsanwaltschaft dem Ermittlungsrichter aufgegeben[17] und auch der Regierungsentwurf aus dem Jahr 2024 zur Regelung des Einsatzes von Vertrauenspersonen (V-Leuten) sah eine Anordnungszuständigkeit des Ermittlungsrichters vor (vgl. § 110b Abs. 3

---

[9] BVerfGE 42, 212 (220); BVerfGE 103, 142 (151); BVerfG NStZ 2000, 601; *Kruis/Wehowsky*, NJW 1999, 682.

[10] *Geppert*, DRiZ 1992, 405 (406); *Heghmanns*, in: NK-StPO, § 162 Rn. 1; *Nehm*, in: FS Meyer-Goßner, 2001, S. 277 (279); *Schlüchter*, Strafverfahren, Rn. 76.

[11] *Martin*, NJW 1969, 713 (715), wählt kombinierend die Beschreibung „Ergänzungsorgan (‚Partner und Gegenspieler‘) der Staatsanwaltschaft“, was erst recht keine klare Vorstellung vermittelt.

[12] Vgl. ausführlich unten § 3 A.

[13] Vgl. BVerfGE 96, 44; BVerfGE 103, 142; BVerfGE 139, 245; BVerfGE 151, 67.

[14] Vgl. nur BVerfGK 10, 270; BVerfGK 17, 340; BVerfG BeckRS 2006, 25345; BVerfG NJW 2015, 851; BVerfG NJW 2020, 384; BVerfG NStZ-RR 2023, 216; BVerfG NJW 2024, 575; BVerfG NJW 2024, 2901.

[15] Strittig ist insbesondere der Umfang der ermittlungsrichterlichen Prüfungskompetenz nach § 162 Abs. 2 StPO; vgl. LG Köln BeckRS 2007, 4571; LG Kaiserslautern BeckRS 2007, 12496; LG Stuttgart NStZ-RR 2011, 279; LG Aurich NStZ-RR 2011, 212; siehe ferner *Brüning/Wenske*, ZIS 2008, 340; *Ebsen*, NStZ 2007, 501.

[16] Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens vom 10. 12. 2019 (BGBl. I S. 2121).

[17] Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21. 12. 2007 (BGBl. I S. 3198).

StPO-RegE)[18]. Lediglich in dem begrenzten Fall einer Blutprobenentnahme beim Verdacht eines Verkehrsdelikts wurde dem Ermittlungsrichter durch § 81a Abs. 2 Satz 2 StPO[19] in jüngerer Zeit eine Aufgabe entzogen, wobei jedoch auch hier vom grundsätzlichen Erfordernis der ermittlungsrichterlichen Anordnung einer körperlichen Untersuchung des Beschuldigten nicht abgewichen worden ist (vgl. § 81a Abs. 2 Satz 1 StPO). Damit ist festzuhalten, dass die Funktion ermittlungsrichterlicher Mitwirkung im Strafverfahren unklar ist. Folglich bedürfen die Stellung und die Aufgaben des Ermittlungsrichters sowie seine Funktion einer Klärung.

In dieser Arbeit wird deshalb untersucht, inwieweit die Mitwirkung des Ermittlungsrichters zu einem rechtsstaatlichen und effektiven Strafverfahren beitragen kann. Dazu wird die ermittlungsrichterliche Tätigkeit zuerst in den Ablauf des Strafverfahrens eingeordnet (§ 2) und in das Verhältnis zu den Aufgaben der Strafverfolgungsorgane gesetzt (§ 3). Zudem sind die Begriffe „Ermittlungsrichter" und „Ermittlungsgericht" zu bestimmen (§ 4). Im Anschluss an diese Hinführung soll die Funktion des Ermittlungsrichters im Ermittlungsverfahren untersucht werden (§ 5). Dazu ist, ausgehend von einer typologischen Zusammenstellung der einzelnen Tätigkeiten, zu fragen, warum diese Tätigkeiten in den Kompetenzbereich des Gerichts fallen, obwohl die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren leitet. Darauf folgt eine Auseinandersetzung mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben und Erklärungsansätzen für die ermittlungsrichterliche Tätigkeit (§ 6). Nach dieser Grundlegung kann sich in einem zweiten Teil der Arbeit der Blick auf die Folgen und die praktische Umsetzung der zuvor festgestellten ermittlungsrichterlichen Funktionen richten. Normativ ist die ermittlungsrichterliche Beteiligung in § 162 StPO geregelt. Diese organisations- und verfahrensrechtliche Grundnorm bedarf deshalb unter Berücksichtigung der Erkenntnisse aus dem ersten Teil einer näheren Betrachtung (§ 7). Wurde zuvor festgestellt, dass die Konservierung von Beweisen eine wesentliche Funktion des Ermittlungsrichters bildet, wird sodann der Frage nachgegangen, inwieweit der Beschuldigte zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens das Recht haben muss, richterliche Beweiserhebungen zu beanspruchen (§ 8). Wurde daneben als zentrale Funktion des Ermittlungsrichters die Gewährleistung von Rechtsschutz und gerichtlicher Kontrolle ausgemacht, ist im Anschluss zu beleuchten, wie die Zusammenarbeit zwischen den Strafverfolgungsbehörden und dem Ermittlungsrichter rechtlich und organisatorisch auszugestalten ist, um dieser Funktion Wirksamkeit zu verschaffen (§ 9). Daran anschließend werden anhand einer Analyse der Rechtstatsachenforschung die Defizite in der praktischen Umsetzung und Möglichkeiten zur Effektivierung der richterlichen Rechtsschutz- und Kontrollfunktion aufgezeigt (§ 10). Aus der funktionalen Betrachtung lassen sich zudem Schlüsse zu der Frage ziehen, ob der Ermittlungsrichter in dieser Rolle auch über das Ermittlungsverfahren hinaus am Strafverfahren mitwirken kann (§ 11). Im

[18] Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Einsatzes von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen sowie zur Tatprovokation, BT-Drs. 20/11312.

[19] Angefügt durch das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17. 8. 2017 (BGBl. I S. 3202).

dritten Teil der Arbeit werden die gewonnenen Erkenntnisse zu einer Bestimmung der Funktionen des Ermittlungsrichters zusammengeführt (§ 12) und es wird ein abschließender Ausblick gegeben (§ 13).