

Janique Brüning, Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen [NF], Bd. 49). Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2005, 260 S., €49.-.

In ihrer von *Ostendorf* betreuten Kieler Dissertation greift *Brüning* ein Thema auf, das in den letzten Jahren erneut Bedeutung gewonnen hat. Denn einerseits hat das BVerfG in mehreren Entscheidungen, insbesondere zum Richtervorbehalt bei der Wohnungsdurchsuchung,¹ die Notwendigkeit eines vorbeugenden Rechtsschutzes gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe betont. Auf der anderen Seite steht *Lilies* auf der Strafrechtslehrtagung 1999 in Halle geäußerte Kritik an der Effizienz richterlicher Eingriffskontrollen, die in die Überlegung einmündet, ob nicht eine staatsanwaltliche Anordnungs-kompetenz den wirksameren Grundrechtsschutz verspreche.² Vor diesem Hintergrund geht es *Brüning* darum, die dogmatischen Grundstrukturen des Richtervorbehaltes im strafprozessualen Ermittlungsverfahren herauszuarbeiten (S. 24), um Aussagen über die Erforderlichkeit einer richterlichen Beteiligung und ihre Ersetzbarkeit in Eilsituationen zu gewinnen. Die Untersuchung ist überwiegend theoretischer Natur. *Brüning* hat zwar zusätzlich eigene Aktenanalysen durchgeführt, die aber ihre Erkenntnisse lediglich durch punktuelle praktische Eindrücke ergänzen.

Die Arbeit ist klar gegliedert und gut geschrieben. Der erste wichtigere Teil, das 2. Kapitel (S. 30-80), unternimmt eine Sichtung und den Versuch einer Systematisierung der strafprozessualen Eingriffsbefugnisse. Dass letzteres nur theoretisch gelingen kann, sich aber auf die positive Rechtslage kaum abbilden lässt, liegt daran, dass die strafprozessualen Grundrechtseingriffe vom Gesetzgeber schlicht unübersichtlich und unstrukturiert ausgestaltet wurden (S. 80). *Brüning* unterscheidet zunächst drei Typen von Maßnahmen: Die Mehrzahl dient (wie die Wohnungsdurchsuchung nach § 102 StPO) der Beweisgewinnung und -sicherung. Daneben existieren präventive Eingriffe, die eher der Gefahrenabwehr zuzuordnen wären (z.B. die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis gemäß § 111a StPO oder die Untersuchungshaft mit dem Haftgrund der Wiederholungsgefahr, 112a StPO). Die dritte Gruppe bilden vollstreckungssichernde Eingriffe (wie die Beschlagnahme nach § 111b StPO zur Sicherung von Verfall, Einziehung oder Zurückgewinnungshilfe). Hinsichtlich der Eingriffsvoraussetzungen lassen sich vier Parameter ausmachen: Verdachtsgrad, Art der verfahrensgegenständlichen Straftat, Erforderlichkeit und Eingriffsschwere (einschließlich des Aspektes der Betroffenheit weiterer Personen). Immerhin ergibt sich, dass mit steigender Eingriffsqualität die Eingriffsvoraussetzungen insgesamt strenger werden (S. 71 f.).

Auch hinsichtlich der Anordnungs-kompetenzen kann man vier Typen unterscheiden (S. 73 ff.): Erstens den ausschließlichen Richtervorbehalt (z.B. bei U-Haft oder Pressebeschlagnahme), zweitens den Richtervorbehalt mit – verschie-

denen – Ausnahmekompetenzen (z.B. §§ 100 Abs. 1 [Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft], 105 StPO [der Staatsanwaltschaft und der Ermittlungspersonen]) und/oder Bestätigungsvorbehalten (z.B. § 98 Abs. 2 S. 1 StPO). Die dritte Gruppe bilden konkurrierende Kompetenzen (wie bei der Ausschreibung zur Festnahme nach § 131 Abs. 1 StPO [Richter neben Staatsanwaltschaft]) und die vierte schließlich originäre Anordnungs-kompetenzen von Staatsanwaltschaft oder Polizei (z.B. nach § 81b StPO für erkennungsdienstliche Maßnahmen). Insgesamt ergibt sich ein unübersichtliches und unsystematisches Bild (S. 75), in dem nur vereinzelt klare Muster zu Tage treten. Beweis- und vollstreckungssichernde Eingriffe unterliegen fast immer einem Richtervorbehalt. Ebenso korrespondiert ein Eingriff in Art. 5 GG stets mit einer Richterzuständigkeit (S. 76). Komplettiert wird das Bild eines Flickenteppichs durch das ebenfalls uneinheitliche System des Rechtsschutzes, insbesondere gegen erledigte Grundrechtseingriffe. Verantwortlich erscheint hierfür vor allem der Umstand, dass das Rechtsschutzsystem der StPO in seinem Kern historisch überkommen ist und aus einer Zeit stammt, der ein Gedanke nachträglichen Rechtsschutzes fremd war und systemwidrig erschien (S. 79).

Nach dieser gründlichen Bestandsaufnahme analysiert *Brüning* im 3. Kapitel (S. 81-165) den rechtlichen Charakter der richterlichen Anordnung von Grundrechtseingriffen im Ermittlungsverfahren: Handelt es sich um einen Akt der Rechtsprechung, der womöglich dem Richtervorbehalt in Art. 92 GG unterliegt? Und welche Folgen ergeben sich für die Zulässigkeit nichtrichterlicher Eilkompetenzen? Nach gründlicher Auseinandersetzung mit tradierten und neueren Ansätzen, den Begriff der Rechtsprechung zu bestimmen, folgt sie einem strukturell-funktionalen Verständnis der Gewaltenteilung (S. 97 ff.), wonach der Richter dann rechtsprechende Gewalt ausübt, sobald er in Neutralität und Unabhängigkeit eine von außen an ihn herangetragene Frage entscheidet (S. 107). Daraus folgt zum einen, dass Initiativbefugnisse des Richters schlicht verfassungswidrig sind. Das gilt für den berühmten Notstaatsanwalt (§ 165 StPO), in Zeiten moderner Kommunikationsmittel ohnehin überflüssig geworden, ebenso wie für die antragsunabhängigen Richterbefugnisse in den §§ 125 Abs. 1, 128 Abs. 2 S. 2 und 131 Abs. 1 StPO (S. 110 f.). Zum anderen übt die Staatsanwaltschaft keine rechtsprechende Tätigkeit aus, sobald sie ihre Eilkompetenz wahrnimmt, denn hierbei handelt sie initiativ. Die Anordnung von Zwangsmitteln ist danach auch nicht per se dem Richter bzw. der Rechtsprechung vorbehalten, sondern ein Akt vorbeugenden Rechtsschutzes.

Folgerichtig bedarf es einer Begründung, warum dieser vorbeugende Rechtsschutz zu gewähren sein sollte. Wenn *Brüning* dazu in erster Linie eine Doppelbelastung durch einerseits den Grundrechtseingriff und andererseits die prozessuale Verwertbarkeit der durch den Eingriff erlangten Erkenntnisse anführt (S. 119 f.), so überzeugt mich das allerdings nicht so sehr. Dass im Rahmen der Strafverfolgung Beweise zusammengetragen werden, ist nichts, was auch nur im Ansatz nach vorbeugendem Rechtsschutz verlangen könnte; andernfalls bedürfte – zu Ende gedacht – jede Einleitung eines Verfahrens richterlicher Genehmigung. Hier scheint es

¹ BVerfGE 103, 142 = NJW 2001, 1121; BVerfG NJW 2003, 2303.

² *Lilie*, ZStW 111 (1999), 807-826 (insbes. S. 818 ff.).

mir näher zu liegen, allein den Grundrechtseingriff und sein jeweiliges Ausmaß als materiellen Grund der richterlichen Befassung anzusehen. Wenn der Gesetzgeber das nicht immer konsequent durchgehalten hat, wie Brüning im Vergleich von Strafprozessrecht und Polizeirecht darlegt (S. 117), so spricht das nicht gegen diese Sichtweise. Zum einen muss nicht alles richtig und systematisch stringent sein, was der Gesetzgeber normiert hat. Zum anderen wird man sicherlich auch bei der Abgrenzung von dem Richter vorzubehaltenden und richterfreien Grundrechtseingriffen keine bis ins Detail klaren Grundsätze aufstellen können. Vielmehr wird man zwischen den eindeutigen Fällen schwerer bzw. sehr leichter, kaum spürbarer Eingriffe eine Übergangszone annehmen dürfen, in welcher es dem Gesetzgeber freisteht, ob er eine richterliche Anordnung verlangt oder sich mit staatsanwaltschaftlicher oder gar polizeilicher Entscheidung begnügt. Bei der Beschlagnahme beispielsweise verdient der Richtervorbehalt in § 98 StPO sicherlich Beifall; ob er von Verfassungs wegen unabdingbar ist, darf man aber bezweifeln.

Als weiteren Grund für die Notwendigkeit des Richtervorbehalts macht Brüning bei beweisichernden Grundrechtseingriffen das Fairnessprinzip aus (S. 137 ff.). Denn die Machtüberlegenheit der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren verlange im Hinblick auf die Chancengleichheit im späteren Hauptverfahren nach einer Kompensation durch die Einschaltung des Richters, damit zumindest die Gefahr rechtswidriger Beweisgewinnung beseitigt werde (S. 144 ff.). Deshalb sei es bedenklich, etwa die längerfristige Beobachtung (§ 163f StPO) ohne Richtervorbehalt zu belassen (S. 150). Bei vollstreckungssichernden Maßnahmen verlange es das Schuldprinzip, sie dem Richter anzuvertrauen, weil sie Bestrafung vorweg nehmen (S. 147 f.). Ihre Zuweisung an den Richter gewährleistet die StPO allerdings auch (S. 150).

Das 4. Kapitel widmet sich den Eilkompetenzen (S. 166-183), die Brüning als Ausdruck eines im Wege praktischer Konkordanz gelösten Zielkonfliktes zwischen zwei verfassungsrechtlichen Prinzipien deutet: dem (notwendigen) Richtervorbehalt einerseits und der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege andererseits (S. 167). Bekanntlich billigt die h.M. den Ermittlungspersonen in diesem Zusammenhang eine Gleichrangigkeit mit der Staatsanwaltschaft zu, sofern beide bei Gefahr im Verzug tätig werden können. Wenn die Ermittlungspersonen also einen Richter nicht erreichen, dürfen sie eine Maßnahme (z.B. nach § 102 StPO) selbst anordnen, ohne zuvor den Versuch zu unternehmen, einen Staatsanwalt zu kontaktieren. Brüning hält dem überzeugend entgegen, die Entscheidung über das Ob eines Grundrechtseingriffs sei der Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens anvertraut. Es bedürfe daher prinzipiell eines Aktes der Kompetenzübertragung auf die Polizei (§ 161 Abs. 1 StPO), bevor sie diese Entscheidung zu treffen vermögen. Dieser Übertragungsakt aber fehle im Verhältnis zur Staatsanwaltschaft, denn Vorschriften wie § 105 StPO übertragen lediglich die richterliche Entscheidungszuständigkeit auf die Ermittlungspersonen, nicht aber die Verfahrensleitung. Folgerichtig sind Ermittlungspersonen allein dann anordnungsbefugt, wenn weder Richter noch Staatsanwalt erreicht werden können (S. 176). Das entspricht im Übrigen der Aufga-

benzuweisung in § 163 StPO, wonach der Polizei im Verhältnis zur Staatsanwaltschaft ebenfalls nur das an Maßnahmen zugewiesen ist, was wegen Gefahr im Verzug keinen Aufschub duldet.

Eine weitere Ungereimtheit stellt das Verhältnis der Ermittlungspersonen zum (erreichbaren) Richter dar, wenn der nach § 162 StPO zur Antragstellung berufene Staatsanwalt unerreichbar bleibt. Denn de lege lata vermag die Ermittlungsperson mangels eigenen Antragsrechts den Richter nicht zu befassen, weshalb sie bei Gefahr im Verzug trotz des bereit stehenden Richters den Grundrechtseingriff selbst anordnen muss – ein jedenfalls missliches Resultat, das nur de lege ferenda durch ein eigenes Antragsrecht der Ermittlungspersonen bzw. der Polizei beseitigt werden könnte (S. 178 f.).

Nach einem kurzen Überblick über die richterliche Bestätigung vollzogener Grundrechtseingriffe (z.B. nach § 98 Abs. 2 S. 1 StPO) im 5. Kapitel (S. 184-194) widmet sich das 6. Kapitel vorwiegend den Ergebnissen einer eigenen Aktenauswertung der Autorin (S. 195-227). Wegen des – von Brüning selbst erkannten – unglücklichen Designs ihrer Untersuchung bleiben die Erkenntnisse freilich ohne rechte Aussagekraft. Da vorrangig Akten aus OK-, Wirtschafts- und BtM-Dezernaten ausgewählt wurden, entsteht kein repräsentativer Eindruck von der Praxis der Zwangsmaßnahmen (S. 199). Wer beispielsweise Wirtschaftsstrafsachen in der prozessualen Realität erlebt hat, weiß, dass hier höchst selten Gefahr im Verzug angenommen werden kann und vielmehr Grundrechtseingriffe wie z.B. Durchsuchungen regelmäßig von langer Hand und daher unter richterlicher Beteiligung vorbereitet und durchgeführt werden. Hinzu kommt, dass sich die Aktenauswertung auf Zeiträume vor der Entscheidung BVerfGE 103, 142 bezieht und daher ein mittlerweile wohl überholtes Bild zeichnet. Das Ergebnis einer Quote von rund 37 % nichtrichterlicher (und darunter überwiegend polizeilicher) Durchsuchungsanordnungen (S. 200, 213 f.) ist von daher kaum zu bewerten. Brüning ist jedoch beizupflichten, dass sich der Anteil richterlicher Anordnungen sicherlich noch steigern ließe. Sie erwägt dazu eine Reihe von Maßnahmen, unter anderem einen regeren Informationsaustausch zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft (S. 221), ein eingeschränktes Beweisverwertungsverbot, sofern allein die rechtswidrige Gefahrenannahme das Beweismittel hat gewinnen lassen (S. 219), und schließlich – je nach Bedarf – die Einrichtung richterlicher Notdienste (S. 222).

Den Abschluss bilden Überlegungen, wie sich die richterliche Entscheidungsfindung strukturell verbessern ließe. Auf ihre Mängel hatte schon *Lilie* in seinem erwähnten Referat hingewiesen: Kaum operationalisierbare weil unbestimmte Verdachtsstufen und Subsidiaritätsklauseln als Eingriffsvoraussetzungen, punktuelle Befassung des Richters mit einer Sache, die ihn neben seinen Dezernatsgeschäften wenig berührt und die er auch noch unter Zeitdruck zu entscheiden hat.³ Brüning schlägt dazu einerseits Fortbildungsmaßnahmen vor (S. 224), andererseits Spezialzuständigkeiten, also die Abkehr von der – jedenfalls bei kleineren Amtsgerichten

³ *Lilie*, ZStW 111 (1999), 816 ff.

üblichen – Personalunion von Ermittlungs- und Strafrichtern (S. 227). Wer die Praxis kennt, wird beidem skeptisch gegenüber stehen: Richterfortbildung war noch nie etwas, das Justizverwaltungen mit übermäßigem Engagement betrieben hätten, kostet sie doch Geld und Arbeitszeit. Beides ist in der Justiz notorisch knapp. Der Spezial-Ermittlungsrichter hingegen bearbeitet ein Dezernat, das zum ersten höchst unattraktiv ist, weil es von hektischer, wenig befriedigender Tätigkeit ohne echte Gestaltungsmöglichkeiten geprägt wird. Zum zweiten ist zu bezweifeln, ob ein Richter, der nur noch über Durchsuchungs-, Beschlagnahme- und ähnliche Anträge entscheidet, den Einzelfall am Ende tatsächlich sorgfältiger prüft. Immerhin bearbeitet er solche Sachen nach kurzer Zeit hoch routiniert, was immer die Gefahr birgt, Abweichungen der singulären Fallgestaltung zu übersehen und tendenziell die (oft weniger arbeitsintensive) Routineentscheidung vorzuziehen, die im Zweifel darin besteht, ein von der Staatsanwaltschaft bereits mitgeliefertes Beschlussformular zu unterzeichnen. Die „gesunde Mischung“ einer erkenntnis- und ermittlungsrichterlichen Tätigkeit erscheint mir demgegenüber besser geeignet, vorbeugenden Grundrechtsschutz zu gewährleisten, weil die nur gelegentliche ermittlungsrichterliche Tätigkeit den Richter immer wieder vor neue Situationen stellt, die ihn zum Nachdenken anregen und daher eher auf Ungereimtheiten einzelner staatsanwaltschaftlicher Anträge stoßen lassen.

Zu besagtem Nachdenken regt auch Brüning's Buch an, weil es die Regelungen zur Anordnungszuständigkeit für Grundrechtseingriffe gründlich aufarbeitet, systematisiert und ihre strukturellen Defizite treffsicher benennt. Auf der Basis der von ihr herausgearbeiteten dogmatischen Strukturen ließe sich ein stringenteres und obendrein viel einfacheres gesetzliches System der Zwangsbefugnisse erdenken. Der Gesetzgeber täte gut daran, das bei künftigen Justizmodernisierungsgesetzen (von denen ja offenbar noch weitere bevorstehen) zu beherzigen. Brüning's Untersuchung liest sich zudem gut, weil sie gedanklich klar und sprachlich gelungen ist. Ihre Lektüre ist daher jedem am Prozessrecht Interessierten nachdrücklich zu empfehlen.

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Frankfurt (Oder)

Helmut Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2005, 245 S., br., 24.- €

Satzger hat ein Lehrbuch zu einem der Top-Themen schlechthin der deutschen Strafrechtswissenschaft vorgelegt: der Internationalisierung und insbesondere der Europäisierung des Strafrechtes. Gewannen europarechtliche Bezüge in Forschung und Lehre schon seit geraumer Zeit an Bedeutung, ist inzwischen auch das Strafrecht von Europa „infiziert“ und in entsprechend europäischen Dimensionen zu denken. Es war nur eine Frage der Zeit, bis sich diese Entwicklung in den Universitäten niederschlagen würde. An zahlreichen Standorten findet sich ein strafrechtlicher Schwerpunkt mit internationalen und europarechtlichen Bezügen, und zahlrei-

che Fakultäten schmücken sich inzwischen mit einem Lehrstuhl für Europäisches oder Internationales Strafrecht.

Es ist daher nur konsequent, dass für diese modernen Rechtsgebiete Lehrbücher geschrieben werden. Neben dem hier vorzustellenden Werk von Satzger sind etwa in kurzem Abstand ein Lehrbuch zum Europäischem Strafrecht von Hecker und ein Lehrbuch zum Internationalen Strafrecht von Ambos erschienen. Das Buch von Satzger ist dabei von allen drei das umfangmäßig kürzeste; es lässt sich als Kurzlehrbuch einordnen.

Satzger beginnt mit einer Klarstellung der Begrifflichkeiten, die sich um das schillernde Etikett des Internationalen Strafrechts ranken. Denn dieses geht über das Strafanwendungsrecht, das der kontinental-europäische Strafrichter mit diesem Begriff verbindet, hinaus und kann je nach Verständnis das Völkerstrafrecht und supranationale Strafrecht wie ein etwaiges „Europäisches Strafrecht“ einschließen.

Satzger beginnt aber traditionell und erläutert im ersten Abschnitt seines Buches die Regelungen des Internationalen Strafrechtes, die im Zuge der Globalisierung, welche auch das Strafrecht erfasst hat, aus ihrem langjährigen Schattendasein herausgetreten sind. Viel beachtete Probleme sind damit heute verbunden. Darf etwa ein deutscher Embryonenforscher mit ausländischen Wissenschaftskollegen kooperieren, oder muss er eine Teilnahmestrafbarkeit für eine beispielsweise in Israel vorsatzlose und nicht rechtswidrige Haupttat befürchten (§ 9 Abs. 2 S. 2 StGB)? Geht das deutsche Strafrecht die Auswüchse eines Australiers auf einer australischen Website etwas an, oder führt der weite Tatortbegriff, welchen der BGH vertritt (BGHSt 46, 212), – und den Satzger zutreffend in Frage stellt (S. 57) – nicht zu einer Strafanwendung ultra vires mit völkerrechtlichen Komplikationen?

Zu diesen Fragen finden sich nach der Beleuchtung der verschiedenen denkbaren und im StGB umgesetzten Anknüpfungsmuster die Antworten. Um beim Beispiel der Teilnahmeproblematik zu bleiben: Satzger verteidigt die Regelung des § 9 Abs. 2 S. 2 StGB de lege lata, weil mit der Teilnahmehandlung ein hinreichender genuine link zur deutschen Rechtsordnung bestehe (S. 52 ff.). Eine für alle befriedigende Antwort auf den systematischen Einwand, dass das Prinzip der strengen Akzessorietät der Teilnahme faktisch durchbrochen ist, weiß allerdings auch Satzger nicht zu geben. Denn die konkret zu beurteilende Teilnahmehandlung bezieht sich auf eine Haupttat, die straflos ist, mag sie auch nach dem deutschen Strafrecht grundsätzlich mit Strafe bedroht sein. Die Praxis-Lösung über eine Opportunitätseinstellung nach § 153c Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StPO mag zwar die unbefriedigende Situation entschärfen (S. 54), verstärkt aber den Zweifel an der Weisheit des Gesetzgebers. Immerhin hat dieser im Rahmen des Stammzellgesetzes gesehen, dass die Regelung des § 9 Abs. 2 S. 2 StGB überprüfungswürdig ist.

Der zweite große Abschnitt betrifft das Europäische Strafrecht. Hier zeigt sich, dass Satzger einer der führenden Strafrechtswissenschaftler dieses Bereiches ist. Die derzeit diskutierten Fragen werden kundig und mit dem Blick auf das Wesentliche – den studentischen Leser im Blick – genau aufbereitet. Gleichwohl geht die wissenschaftliche Tiefe nicht