

Der Ermittlungsrichter – Ein Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft?

Eine kritische Würdigung der dogmatischen Einordnung ermittelungsrichterlicher Tätigkeit und Prüfungskompetenz bei sog. Ermittlungshandlungen

Von Wiss. Assistentin Dr. Janique Brüning, RiLG Marc Wenske, Hamburg*

Beantragt die Staatsanwaltschaft beim Ermittlungsrichter die Durchführung einer richterlichen Untersuchungshandlung, so hat dieser zu prüfen, ob die beantragte Handlung nach den Umständen des Falles gesetzlich zulässig ist (§ 162 Abs. 2 StPO). Angesichts erheblicher rechtspraktischer Unsicherheiten im Umgang mit § 162 StPO und den Grenzen dieser richterlichen Prüfungskompetenz unternimmt der Beitrag eine kritische Bestandsaufnahme und stellt einen eigenen Lösungsvorschlag vor.

I. Einleitung

Der Ermittlungsrichter fungiert als „Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft“. Diese nüchterne Bestandsaufnahme richterlicher Tätigkeit im Ermittlungsverfahren findet sich in einem Festschriftbeitrag des früheren Generalbundesanwaltes *Nehm* aus dem Jahre 2001.¹ Gegenstand seiner Analyse sind dabei nicht die unter einem Richtervorbehalt stehenden strafprozessualen Grundrechtseingriffe, wie beispielsweise Durchsuchungen und Beschlagnahmen. Thema seines Beitrages sind vielmehr die ebenfalls in § 162 Abs. 1 StPO geregelten sog. richterlichen Ermittlungshandlungen, wie namentlich Vernehmungen von Zeugen und Beschuldigten, Inaugenscheinnahmen und die Teilnahme an Leichenöffnungen. *Nehm* geht mit der h.M. davon aus, dass dem Ermittlungsrichter bei staatsanwaltschaftlichen Anträgen auf Durchführung einer Ermittlungshandlung – anders als bei Anordnungen strafprozessualer Grundrechtseingriffe – kein Entscheidungsspielraum eingeräumt wird. Angesichts dieser weitreichenden Befugnis der Staatsanwaltschaft und der damit verbundenen Missbrauchsgefahr appelliert die Kommentarliteratur an die staatsanwaltschaftlichen Dezernenten, ihr Antragsrecht nur in unabweisbar gebotenen Fällen zu gebrauchen.² Ein Aufruf, der seine Wir-

kung seither verfehlt. Dies sei am Beispiel der massenweise bei den Amtsgerichten eingehenden Vernehmungersuchen skizziert:

In der Hamburger ermittelungsrichterlichen Praxis sind wöchentlich staatsanwaltschaftliche Anträge zu bescheiden, in denen Zeugen auf polizeiliche Vorladungen nicht reagieren oder nur schleppend Angaben machen. In diesen Fällen soll der Ermittlungsrichter mit seiner angeblich weiteren Handhabe, insbesondere mit der Möglichkeit, die Zeugenaussage beidene zu lassen, weiterhelfen. Lehnt der Ermittlungsrichter diesen Antrag unter Hinweis auf vorhandene staatsanwaltschaftliche Vernehmungsmöglichkeiten als unzulässig ab, so ist die Entscheidungspraxis der Hamburger Beschwerdekammern jeweils nicht zu prognostizieren: In einigen der vorgenannten Konstellationen wird die ablehnende amtsgerichtliche Entscheidung gehalten und auf Rechtsmissbrauch der Staatsanwaltschaft erkannt.³ Andere Kammern⁴ weisen das Amtsgericht in gleichgelagerten Fällen zur Durchführung der Vernehmung an.⁵ Nicht anders scheint die Lage in Berlin zu sein.⁶

Angesichts dieser *in praxi* auch nach der Neufassung des § 162 StPO⁷ bestehenden Rechtsunsicherheit⁸ und der zukünftig zu erwartenden steigenden Zahl staatsanwaltschaftli-

317 (324 f.), der bereits zu Beginn des letzten Jahrhunderts eine daraus resultierende missbräuchliche Verlagerung einfachster Ermittlungstätigkeit von den Polizeibehörden auf die Gerichte ausgemacht hat; ähnlich *Fuhrmann*, JR 1965, 253 (255).

³ LG Hamburg, Beschl. v. 10.9.2004 – 606 Qs 52/04; v. 15.8.2002 – 618 Qs 66/02; v. 28.1.2000 – 612 Qs 6/00; v. 1.8.2000 – 608 Qs 39/00; v. 14.8.1998 – 603 Qs 524/98; die ermittelungsrichterliche Vernehmung sehen als ultima ratio nach Ausschöpfung aller staatsanwaltschaftlichen Befugnisse an: LG Hamburg, Beschl. v. 15.6.2004 – 632 Qs 41/04 und LG Köln NSTZ 1989, 41 (42).

⁴ LG Hamburg, Beschl. v. 27.9.2005 – 616 Qs 38/05; vgl. auch LG Essen DRiZ 1975, 376; LG Verden NJW 1976, 1280; LG Wuppertal NJW 1977, 116 (117); LG Freiburg NSTZ 1993, 146 (147).

⁵ Diese Kontroverse treibt ihre Blüten unterdessen so weit, dass Ermittlungsrichter trotz anordnender beschwerdegerichtlicher Entscheidungen unter Hinweis auf § 309 Abs. 2 StPO die Durchführung der Vernehmung ablehnen und die Beschwerdekammer für gehalten ansehen, die Vernehmungen ihrerseits durchzuführen; abgelehnt durch HansOLG Hamburg v. 21.7.2003 – 2 Ws 191/03 und v. 23.7.2004 – 3 Ws 83/04.

⁶ Vgl. *Ebsen*, NSTZ 2007, 501.

⁷ Durch Gesetz zur Änderung der StPO v. 20.12.2007, BGBl. I, S. 3879, mit dem in § 162 Abs. 1 StPO eine Zuständigkeitskonzentration auf den Ermittlungsrichter des Amtsgerichts am Sitz der Staatsanwaltschaft getroffen und § 162 Abs. 2 StPO a.F. gestrichen wurde.

⁸ Anders noch die Einschätzung von *Rieß*, NSTZ 1991, 513 (516).

* Die Autorin *Brüning* ist Wissenschaftliche Assistentin an der Bucerius Law School am Lehrstuhl für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht von Prof. Dr. *Erich Samson*. Der Autor *Wenske* ist Richter in Hamburg.

¹ *Nehm*, in: Eser u.a. (Hrsg.), Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, 2001, S. 277 ff. (279); einen ähnlichen gegenüber einer Tageszeitung geäußerten Befund von *Nehm* kommentieren kritisch *Boetticher/Landau*, in: Roxin/Widmair (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, S. 555 ff. (557); von einem de lege lata „blind funktionierendem Exekutivorgang der Staatsanwaltschaft“ spricht *Geilen*, in: Amelung u.a. (Hrsg.), Strafrecht – Biorecht – Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, 2003, S. 89 ff. (101).

² *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 51. Aufl. 2007, § 162 Rn. 3; *Wache*, in: Pfeiffer (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, 5. Aufl. 2003, § 162 Rn. 7; vgl. die Bestandsaufnahme von *Kronecker*, GA 1929,

cher Vernehmungersuchen verbunden mit einer Videodokumentation soll im Folgenden die herrschende Ansicht von einer Bindungswirkung staatsanwaltschaftlicher Anträge auf den Prüfstand gestellt werden. Dazu wird zunächst der gegenwärtige Meinungsstand dargestellt (II.) und sodann kritisch gewürdigt (III.). Als praktisch bedeutsamste Ermittlungshandlung⁹ soll dabei die richterliche Vernehmung im Mittelpunkt stehen.

II. Meinungsstand zur Dogmatik der richterlichen Ermittlungshandlungen

1. Ermittlungshandlung als Amtshilfe

Während in Literatur und Rechtsprechung weitgehend anerkannt ist, dass die ermittelrichterliche Anordnung einer strafprozessualen Zwangsmaßnahme einen Akt der Rechtsprechung darstellt¹⁰, wird über die dogmatische Einordnung der richterlichen Ermittlungshandlung im Sinne des § 162 Abs. 1 StPO gestritten. Die weit überwiegende Ansicht in Literatur und Rechtsprechung bewertet diese Tätigkeit des Ermittlungsrichters im Verhältnis zur Staatsanwaltschaft als Amtshilfe i.S.d. Art. 35 GG.¹¹ Der Ermittlungsrichter wird danach nicht als Organ der Rechtsprechung tätig, sondern führt selbst Aufgaben der vollziehenden Gewalt aus.¹² Demgegenüber gehen soweit ersichtlich allein *Prechtel* und *Katholnigg* davon aus, dass die Vornahme der richterlichen Ermittlungshandlung im Verhältnis zur Staatsanwaltschaft ein Rechtsverhältnis eigenständiger prozessualer Art darstellt.¹³

⁹ Die Teilnahme an Leichenöffnungen spielt in der ermittelrichterlichen Praxis heute keine Rolle mehr.

¹⁰ BVerfGE 49, 329 (341); *Koller*, Die Staatsanwaltschaft – Organ der Judikative oder Exekutive, 1997, S. 361; *Rieß*, NStZ 1983, 521 (522); *Wache* (Fn. 2), § 162 Rn. 1.

¹¹ *Boll*, in: *Rieß* (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg*, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 25. Aufl. 2005, Vor § 156 Rn. 14, 18; *Meyer-Goßner* (Fn. 2), § 162 Rn. 1; *Plöd*, in: von Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), *KMR*, Kommentar zur Strafprozeßordnung, Stand: September 2001, § 162 Rn. 1; *Erb*, in: *Erb* u.a. (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg*, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 26. Aufl. 2008, § 162 Rn. 2; *Rieß*, in: *ders.* (a.a.O.), 25. Aufl. 2003, § 162 Rn. 2; *ders.*, NStZ 1983, 520 (521); *ders.*, NStZ 1991, 513 (516); *Krehl*, in: *Lemke* u.a. (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung*, 3. Aufl. 2001, § 162 Rn. 1; *Achenbach*, in: *Wassermann* (Hrsg.), *Alternativkommentare, Kommentar zur Strafprozeßordnung*, Bd. II/1, 1992, § 162 Rn. 4; *Wache* (Fn. 2), § 162 Rn. 1; *Kubick*, DRiZ 1976, 114; *Nehm* (Fn. 1), S. 279; *Schellenberg*, NStZ 1991, 72 (73); *Schnarr*, NStZ 1991, 209 (211); BVerfGE 31, 43 (45); OLG Düsseldorf NStZ 1990, 144 (145); LG Freiburg NStZ 1993, 146; LG Köln NStZ 1989, 41; LG Verden NJW 1976, 1280.

¹² *Geppert*, DRiZ 1992, 405 (406); *Nehm* (Fn. 1), S. 277 (279); vgl. auch *Nelles*, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozeßordnung*, 1980, S. 33.

¹³ *Prechtel*, *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter*, 1995, S. 195; *Katholnigg*, *Strafgerichtsverfassungsrecht*, 2. Aufl. 1995, § 156 GVG Rn. 2.

2. Prüfungsumfang des Ermittlungsrichters

Des Weiteren herrscht Uneinigkeit über die Frage, in welchem Umfang der Ermittlungsrichter den von der Staatsanwaltschaft gestellten Antrag überprüfen darf. Nach § 162 Abs. 2 StPO hat der Ermittlungsrichter zu prüfen, „ob die beantragte Handlung nach den Umständen des Falls gesetzlich zulässig ist“. Hier differenzieren Literatur und Rechtsprechung zwischen der Prüfung der Zulässigkeit des Antrags auf Vornahme einer Ermittlungshandlung (sog. formelles Prüfungsrecht) und der Zulässigkeit der Ermittlungshandlung selbst (sog. materielles Prüfungsrecht).¹⁴

a) Formelles Prüfungsrecht

Stellt die Staatsanwaltschaft einen Antrag auf Vornahme einer Ermittlungshandlung, so herrscht noch Einigkeit darüber, dass der Richter seine sachliche und örtliche Zuständigkeit überprüfen darf.¹⁵ Gestritten wird jedoch über die Frage, ob bzw. in welchem Umfang das Entschließungsermessen der Staatsanwaltschaft, einen Antrag auf Vornahme einer richterlichen Ermittlungshandlung zu stellen, der richterlichen Prüfung unterliegt. Im Schrifttum wird eine Überprüfbarkeit mit unterschiedlichen Begründungsansätzen angenommen: *Kubick* und *Schellenberg* greifen auf die allgemeinen Amtshilfegrundsätze zurück, die neben § 162 Abs. 2 StPO anzuwenden seien.¹⁶ *Prechtel* nimmt an, dass die Antragsstellung zwar im Ermessen der Staatsanwaltschaft stehe, dieses aber nur dann fehlerfrei ausgeübt werde, wenn besondere Gründe die Vornahme der richterlichen Ermittlungshandlung rechtfertigten.¹⁷ Eine weitere Ansicht stützt die Überprüfung des staatsanwaltlichen Entschließungsermessens auf Verhältnismäßigkeitserwägungen.¹⁸ Demgegenüber billigt die überwiegende Ansicht in Literatur und Rechtsprechung der Staatsanwaltschaft ein uneingeschränktes Antragsrecht zu und lehnt damit eine Überprüfung durch den Ermittlungsrichter ab.¹⁹

b) Materielles Prüfungsrecht

Geht es um die Zulässigkeit einer Ermittlungshandlung als solcher, so ist der Ermittlungsrichter nach allgemeiner Auffassung lediglich befugt, ein staatsanwaltschaftliches Ersuchen dahin zu überprüfen, ob die deutsche Gerichtsbarkeit gegeben ist oder ob der Ermittlungshandlung eine parlamentarische Immunität entgegen steht.²⁰ Ein weitergehendes inhaltliches

¹⁴ LG Freiburg NStZ 1993, 146; *Wache* (Fn. 2), § 162 Rn. 15 f.; *Rieß* nimmt eine solche Unterscheidung nicht vor, vgl. *ders.* (Fn. 11), § 162 Rn. 36 ff.

¹⁵ *Wache* (Fn. 2), § 162 Rn. 15; *Nehm* (Fn. 1), S. 284.

¹⁶ *Kubick*, DRiZ 1976, 114; *Schellenberg*, NStZ 1991, 72 (73).

¹⁷ *Prechtel* (Fn. 13), S. 256; in diesem Sinne auch *Els/Hinkel*, NJW 1977, 85 (87).

¹⁸ OLG Düsseldorf NStZ 1990, 144 (145); *Wache* (Fn. 2), § 162 Rn. 18; *Geppert*, DRiZ 1992, 405 (407).

¹⁹ LG Freiburg NStZ 1993, 146; LG Tübingen MDR 1989, 1015; *Rieß*, NStZ 1991, 513 (516 f.); *Nehm* (Fn. 1), S. 281 jeweils m.w.N.

²⁰ *Rieß*, NStZ 1991, 513 (514); *Wache* (Fn. 2), § 162 Rn. 15.

Überprüfungsrecht besteht nach überwiegender Auffassung nicht. Ursache hierfür dürfte die von namhaften Autoren vertretene Prämisse der vorherrschenden Meinung sein, nach der die Vornahme richterlicher Ermittlungshandlungen – anders als die Anordnung strafprozessualer Grundrechtseingriffe – nicht an besondere Voraussetzungen geknüpft ist.²¹ Infolgedessen soll der Ermittlungsrichter im Falle der Entscheidung über die Vornahme einer Ermittlungshandlung – anders als bei der Entscheidung über die Anordnung einer Zwangsmaßnahme – nicht befugt sein, die allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen, z.B. das Vorliegen eines Strafantrags oder das Vorliegen von Verfahrenshindernissen, zu überprüfen.²² Ferner stehe ihm eine Prüfung der spezifischen Voraussetzungen des Ermittlungsverfahrens, insbesondere das Vorliegen eines Anfangsverdachts i.S.d. § 152 Abs. 2 StPO, nicht zu.²³ Schließlich wird vertreten, dass der Ermittlungsrichter an die Entscheidung der Staatsanwaltschaft, eine Person als Beschuldigten und nicht als Zeugen zu vernehmen, gebunden sei.²⁴ Nach – soweit ersichtlich – einhelliger Ansicht, steht dem Ermittlungsrichter auch keine Zweckmäßigkeitskontrolle zu.²⁵ Er ist daher nicht befugt, die Untersuchungshandlung mit dem Hinweis darauf abzulehnen, dass eine Vernehmung durch einen Spezialisten des LKA oder gar eine Durchsuchung zweckmäßiger sei.

III. Kritische Würdigung der herrschenden Meinung

Die der Staatsanwaltschaft von der h.M. eingeräumte Kompetenz, den Ermittlungsrichter nach § 162 StPO pauschal und bindend für Ermittlungshandlungen nach eigenem nicht justiziablem Ermessen in Anspruch nehmen zu können, begegnet durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Sie führt zu einer unkontrollierten und regelmäßig unzulässigen Vermengung exekutiver und judikativer Funktionen in der Person des Ermittlungsrichters in denselben Verfahren (1.). Dies kann durch eine verfassungskonforme Auslegung des § 162 StPO dahin vermieden werden, dass der Ermittlungsrichter nur solche Ermittlungshandlungen vornehmen darf, die selbst Rechtsprechungsqualität aufweisen (2.). Anknüpfend daran ist der Ermittlungsrichter auch befugt, den entsprechend begründeten Antrag der Staatsanwaltschaft zu überprüfen (3.).

1. Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung

Der *Nehmsche* Befund, nach dem der Ermittlungsrichter als Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft im Falle der Vornahme von Ermittlungshandlungen Amtshilfe leistet und damit exekuti-

visch tätig wird, hält einer Überprüfung am verfassungsrechtlich garantierten Gewaltenteilungsgrundsatz nicht stand.

a) Zum Prinzip der Gewaltenschränkung

Ausgehend von dem im Verfassungsrecht überwiegend vertretenen materiellen Gewaltenteilungsverständnis werden die drei Staatsgewalten nach bestimmten Kernbereichen eingeteilt und besonderen Staatsorganen zugeordnet. Dabei können sich die den Staatsorganen zugewiesenen Kompetenzbereiche überschneiden.²⁶ Dies ist die Konsequenz des auch im Grundgesetz angelegten modifizierten Gewaltenteilungsprinzips, nach dem es keine strikte Trennung der Gewalten gibt. Insoweit ist der Gesetzgeber nach h.M. auch nicht durch den Grundsatz der Gewaltenteilung in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG gehindert, den Richtern neben der ihnen zugewiesenen Rechtsprechungsfunktion (Art. 92 GG) Aufgaben zu übertragen, die nicht zu den typischen und regelmäßigen Funktionen der Gerichte gehören.²⁷ Grundsätzlich ist danach auch eine Gewaltenschränkung von Verwaltung und Rechtsprechung im Sinne eines exekutivischen Handelns der Gerichte zulässig.²⁸

Unabhängig davon, ob diese Auffassung mit Art. 92 GG zu vereinbaren ist oder ob sich die Funktion der Gerichte nicht ausschließlich auf rechtsprechende Tätigkeiten zu beschränken hat,²⁹ gibt es jedenfalls keine unbegrenzte Gewaltenschränkung und keine uferlose Erweiterung des richterlichen Tätigkeitsfeldes auf Exekutivaufgaben. In keinem Fall dürfen nach der herrschenden Kernbereichslehre Gewaltenschränkungen so weit gehen, dass wesensbestimmende Merkmale des betroffenen Funktionsbereichs angetastet werden.³⁰ Der Kern richterlicher Tätigkeit wird beispielsweise verletzt, wenn eine Vermengung von weisungsgebundener und weisungs-

²⁶ Als Grundvoraussetzung des Systems von „Checks-and-Balances“ *Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kichhoff (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1987, S. 1015 Rn. 55; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 541 f.; BVerfGE 7, 183 (188); vgl. dazu auch *Jarass*, in: ders./Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 9. Aufl. 2007, Art. 20 Rn. 24; *Vofßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 141.

²⁷ Ausgehend vom materiellen Rechtsprechungsbegriff: BVerfGE 25, 336 (346); *Leibholz/Rinck*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. II, 47. Lieferung, Stand: Dezember 2007, Art. 20 Rn. 522; *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 51. Lieferung, 2007, Art. 92 Rn. 58; *Vofßkuhle* (Fn. 26), S. 56.

²⁸ *Leibholz/Rinck* (Fn. 27), 22. Lieferung, Stand: April 1992, Art. 92 Rn. 522; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. III, 2000, Art. 92 Rn. 41; *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 92 Rn. 13.

²⁹ So *Koller* (Fn. 10), S. 276 ff.; *Brüning*, Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2005, S. 107.

³⁰ *Schmidt-Aßmann* (Fn. 26), S. 1015 Rn. 56; *Schulze-Fielitz* (Fn. 28), Bd. I, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 71 und 75; *Herzog*, in: Maunz/Dürig (Fn. 27), 18. Lieferung, 1980, Art. 20 (Abschnitt V, Gewaltenteilung) Rn. 115.

²¹ *Rieß*, NStZ 1991, 513 (515).

²² *Rieß* (Fn. 11), § 162 Rn. 41; *Erb* (Fn. 11), § 162 Rn. 41; *Geppert*, DRiZ 1992, 405 (406), der davon ausgeht, dass dies nur die Zulässigkeit des Ermittlungsverfahrens berühre, nicht aber die der konkreten Ermittlungshandlung; a.A. *Prechtel* (Fn. 13), S. 278.

²³ *Wache* (Fn. 2), § 162 Rn. 16; *Rieß* (Fn. 11), § 162 Rn. 41; *Erb* (Fn. 11), § 162 Rn. 41; a.A. *Prechtel* (Fn. 13), S. 276.

²⁴ *Rieß*, NStZ 1991, 513 (515); a.A. *Prechtel* (Fn. 13), S. 268.

²⁵ Vgl. nur LG Köln MDR 1989, 1252; *Wache* (Fn. 2), § 162 Rn. 17; *Rieß* (Fn. 11), § 162 Rn. 41; *Erb* (Fn. 11), § 162 Rn. 41.

freier Tätigkeit im selben Verfahren vom Richter verlangt wird. Ein dadurch veranlasster oder drohender ständiger Rollenwechsel eines Richters im *selben* Verfahren stellt die psychologische Voraussetzung der richterlichen Unabhängigkeit nachhaltig in Frage³¹ und greift damit in den Kernbereich richterlicher Tätigkeit ein.

b) Die Gewaltenverschränkung und ihre Folgen für § 162 Abs. 1 StPO

Die von der h.M. vertretene Auslegung des § 162 StPO überschreitet diese Grenzen zulässiger Gewaltenverschränkung. Denn der Ermittlungsrichter hat danach einen funktionellen Rollentausch zwischen (exekutiver) Strafverfolgungstätigkeit und (judikativer) gerichtlicher Kontrollinstanz in denselben Ermittlungsverfahren vorzunehmen. Einerseits fungiert er als Rechtsschutzrichter bzw. rechtsprechendes Kontrollorgan in dem von der Staatsanwaltschaft beherrschten Ermittlungsverfahren, soweit er unter Richtervorbehalt stehende Zwangsmaßnahmen anordnet. Andererseits leistet er nach h.M. Amtshilfe für die Staatsanwaltschaft, indem er an ihn gerichtete Ersuchen auf Vornahme von Ermittlungshandlungen zu erledigen hat und in diesem Rahmen eine Exekutivfunktion wahrnimmt. Gerade im Rahmen des besonders grundrechtssensiblen Bereichs der strafprozessualen Ermittlungen werden damit innerhalb desselben Verfahrens vom Richter eine unabhängige Kontrolle und ein gebundenes Tun zugleich verlangt.³² Dabei ist zu berücksichtigen, dass insbesondere Vernehmungsersuchen der Staatsanwaltschaft regelmäßig ohne Fragenkatalog oder Eingrenzung des Vernehmungsgegenstandes übersandt werden. Hier obliegt es nach den Erfahrungen der Praxis dem Richter, ob er sich auf einen engen Vernehmungsgegenstand beschränkt oder jedem Anhalt der Vernehmungsperson zur Nachfrage auch bzgl. anderer prozessualer Taten nachgeht und insoweit tatsächlich ermittelnd tätig wird. Dieser Rollentausch ist die Regel in großen komplexen Ermittlungsverfahren. Aber auch durchschnittliche und einfache Verfahren fordern oftmals beide Funktionen der ermittelungsrichterlichen Tätigkeit ein. Regelmäßig werden im Zeitpunkt einer richterlichen Vernehmung oder Anordnung einer Zwangsmaßnahme weder der weitere Ablauf des Ermittlungsverfahrens noch weitere staatsanwaltschaftliche Anträge auf Anordnung von Zwangsmaßnahmen absehbar sein. Ob aber ein solcher Rollentausch tatsächlich erfolgt, ist irrelevant, denn schon dessen *Möglichkeit* stellt einen nachhaltigen Eingriff in den Kern richterlicher Tätigkeit dar.

³¹ So zutreffend schon *Herzog* (Fn. 30), Vorauf. 1976, Art. 92 Rn. 55.

³² Diese Folge gibt § 162 StPO zwar nicht zwingend vor, sodass eine andere Regelung im Geschäftsverteilungsplan grundsätzlich getroffen werden kann. In der Praxis wird davon schon auf Grund der hohen Arbeitsbelastung und gebotenen besonders zügigen Bearbeitung der Ermittlungssachen nicht Gebrauch gemacht, damit sich nicht mehrere Richter in ein und dieselbe Sache einarbeiten müssen.

2. Folgen für den Anwendungsbereich des § 162 StPO

Vor diesem Hintergrund des durch die h.M. ausgelösten praktischen Verstoßes gegen Art. 20 Abs. 2 GG stellt sich die Frage, ob die Vorschrift verfassungskonform zur Vermeidung unzulässiger Gewaltenverschränkungen ausgelegt werden kann. Dies könnte dadurch erreicht werden, dass lediglich die Vornahme solcher Ermittlungshandlungen im Rahmen des § 162 StPO für zulässig erachtet wird, die ihrerseits Rechtsprechungsqualität aufweisen und damit einen möglichen Rollentausch in demselben Verfahren vermeiden.

a) Ermittlungshandlungen mit Rechtsprechungsqualität

Dies setzt voraus, dass die von der Staatsanwaltschaft beantragten Ermittlungshandlungen die Qualitätsmerkmale rechtsprechender Tätigkeit aufweisen. Nach dem vorherrschenden materiellen Rechtsprechungs begriff hängt die Einordnung einer Aufgabenerfüllung als Rechtsprechung wesentlich von der verfassungsrechtlichen, traditionellen oder durch den Gesetzgeber vorgenommenen Qualifizierung ab.³³ Unstrittig ist, dass der Verfassungsgeber insbesondere den traditionellen Kernbereich der Strafgerichtsbarkeit der rechtsprechenden Gewalt zugerechnet hat. Nach der Rechtsprechung des BVerfG umfasst die rechtsprechende Gewalt weiter alle Tätigkeiten, die auf Entscheidungen angelegt sind.³⁴ Darüber hinaus ist anerkannt, dass alle gerichtlichen Handlungen, die diese Entscheidung vorbereiten sollen, unter den Begriff der Rechtsprechung fallen.³⁵ Erfasst wird danach die gesamte richterliche Beweiserhebung³⁶ und zwar unabhängig davon, in welchem Verfahrens stadium sie durchgeführt wird.³⁷ Ermittlungshandlungen, die der Beweissicherung dienen, bereiten also potentiell eine gerichtliche Entscheidung vor und könnten danach grundsätzlich Rechtsprechungsqualität aufweisen.

Problematisch erscheint jedoch der Umstand, dass der Ermittlungsrichter mit der Vornahme von Ermittlungsmaßnahmen zunächst eine staatsanwaltschaftliche Entschließung unterstützt und damit – auf den ersten Blick – vermeintlich keine eigene Entscheidung vorbereitet, sondern vielmehr eine solche der Staatsanwaltschaft.³⁸ Diese Betrachtung lässt jedoch unberücksichtigt, dass das Ergebnis insbesondere der

³³ *Leibholz/Rinck* (Fn. 28), Art. 92 Rn. 1; *Hillgruber* (Fn. 27), Art. 92 Rn. 31; *Vofßkuhle* (Fn. 26), S. 56; grundlegend BVerfGE 22, 49 (73 und 76 ff.).

³⁴ BVerfGE 7, 183 (188 f.).

³⁵ *Schulze-Fielitz* (Fn. 28), Art. 92 Rn. 35; *Clasen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. III, 5. Aufl. 2005, Art. 92 Rn. 19.

³⁶ *Hillgruber* (Fn. 27), Art. 92 Rn. 50; *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 11. Aufl. 2008, Art. 92 Rn. 5; in diesem Sinne wohl auch BVerfGE 25, 336 (345 ff.), sowie BGHZ 50, 14 (17).

³⁷ Auch im selbständigen Beweisverfahren nach §§ 485 ff. ZPO ist ein späterer Zuständigkeitswechsel möglich, vgl. §§ 486 Abs. 2, 493 Abs. 1 ZPO.

³⁸ Vgl. BVerfGE 31, 43 (46), wobei sich das Gericht bemerkenswerter Weise nicht mit der eine andere Tendenz erkennen lassenden Entscheidung BVerfGE 25, 336 auseinandersetzt.

ermittlungsrichterlichen Vernehmung *unmittelbar* zur strengbeweislichen Grundlage einer tatrichterlichen Entscheidung in der Hauptverhandlung werden kann. Steht nämlich beispielsweise zu erwarten, dass ein Zeuge für den Tatrichter in der Hauptverhandlung *tatsächlich*³⁹ nicht (mehr) erreichbar sein bzw. sich auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufen wird⁴⁰ oder steht im Zeitpunkt der Ermittlungshandlung ein gleichbedeutender Beweismittelverlust zu besorgen, so wird durch die richterliche Vernehmung im Ermittlungsverfahren gerade dem erwarteten Beweisnotstand im Hauptsacheverfahren vorgebeugt. Zur Beweisführung steht dem Tatrichter in der Hauptverhandlung unter Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes i.S.d. § 250 StPO als Beweissurrogat die Vernehmung aus dem Ermittlungsverfahren zur Verfügung, die beispielsweise durch Vernehmung des mitwirkenden Ermittlungsrichters in die Hauptverhandlung eingeführt werden kann. Gleiches gilt für die richterliche Videovernehmung nach § 58a StPO und ihre Verwendung nach § 255a StPO.⁴¹

Der Ermittlungsrichter nimmt in diesen Fällen Teile der Hauptverhandlung vorweg, indem er an Stelle des Tatrichters agiert, eine antizipierte Beweisaufnahme durchführt und damit gerade (auch) eine *richterliche* Hauptsacheentscheidung vorbereitet.⁴² Mithin unterstützt er neben der staatsanwaltschaftlichen Entschließung maßgeblich die später im Zwischen- und Hauptverfahren anstehenden gerichtlichen Entscheidungen.⁴³ Nach alledem lassen sich unter den Rechtsprechungsbegriff auch solche Ermittlungshandlungen fassen, die darauf gerichtet sind, für spätere Verfahrensabschnitte ein Beweissurrogat zu schaffen und so späteren richterlichen Entscheidungen unmittelbar zugrunde liegen.⁴⁴

³⁹ Wie beispielsweise beim Ableben eines schwerkranken Zeugen oder beim Auslandszeugen ohne festen Wohnsitz und Bindungen im Inland.

⁴⁰ An dieser Stelle soll ausdrücklich unerörtert bleiben, ob der in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung von der Durchbrechung der Regelung des § 252 StPO für den Fall einer richterlichen Vernehmung zuzustimmen ist, vgl. dazu *Meyer-Gößner* (Fn. 2), § 252 Rn. 13 m.w.N.

⁴¹ Das lege artis durch die Videoaufzeichnung konservierte Beweissurrogat kann im Rahmen der Hauptverhandlung die Vernehmung des Zeugen ersetzen und stellt auf Grund gesetzgeberischer Entscheidung zugunsten eines erweiterten Opferschutzes ebenfalls eine zulässige Ermittlungshandlung dar. Ob dies mit Blick auf den erheblich beeinträchtigten Unmittelbarkeitsgrundsatz und die sensiblen Berührungspunkte mit dem Konfrontationsrecht des Angeklagten uneingeschränkt zu begrüßen ist, mag hier dahin stehen. Auf die Ermittlungsrichter kommen aber insbesondere mit Blick auf die Vernehmung von kindlichen Zeugen nicht nur arbeitsintensive, sondern auch inhaltlich anspruchsvolle und erhebliche Vernehmungskompetenz einfordernde Aufgabenbereiche zu.

⁴² Vgl. *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl. 2008, Rn. 81.

⁴³ Oder die Anwendung der Diversionsvorschriften nach §§ 153, 153a StPO bzw. §§ 45, 47 JGG.

⁴⁴ So auch *Koller* (Fn. 10), S. 361, allerdings unter Rückgriff auf ein strukturell-funktionales Gewaltenteilungsverständnis.

b) Verfassungskonforme Auslegung

Diese mit dem *Wortlaut* der Norm korrelierende Lesart entspricht auch dem gegenwärtigen Verständnis der StPO, der – im Gegensatz zur RStPO – eine kontrollierende Funktion des Ermittlungsrichters zugrunde liegt. Der Blick in die Gesetzesgenese zeigt auf, dass in der RStPO der sog. Untersuchungsrichter noch selbst in die Sachverhaltsaufklärung eingebunden war.⁴⁵ Im Rahmen der sog. Voruntersuchungen oblag ihm sogar die Verfahrensführung.⁴⁶ Er war – anders als die Staatsanwaltschaft – mit weiten Zwangsmitteln⁴⁷ ausgestattet. Dahinter stand die Überlegung, die Staatsanwaltschaft nicht nur auf die Polizei und damit ein „nur unzulängliche[s] Institut“ zur Verbrechensaufklärung zu verweisen⁴⁸, sondern ihr die Inanspruchnahme richterlicher Kompetenz zu eröffnen. Diese Konzeption wurde von der StPO zunächst übernommen. Erst mit dem 1. StVRG von 1974⁴⁹ wurde die Staatsanwaltschaft als alleinige Ermittlungsbehörde mit den notwendigen Zwangsmittelbefugnissen ausgestattet.⁵⁰ Gleichzeitig sollte die richterliche Tätigkeit im Ermittlungsverfahren auf eine kontrollierende Funktion beschränkt werden.⁵¹ Grund dafür dürfte auch die Entwicklung hin zu einer technisch wie personell hochqualifizierten Polizeiarbeit gewesen sein, welche richterliche Unterstützung bei der Sachverhaltsaufklärung zunehmend entbehrlich machte. Dieser Entwicklung trägt der Gesetzgeber auch gegenwärtig mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Effektivierung des Strafverfahrens Rechnung, wonach nunmehr Zeugen auch verpflichtet sein sollen, vor der Polizei zu erscheinen.⁵²

Das durch die Gesetzesgenese bestätigte Ergebnis – Zulässigkeit richterlicher Ermittlungshandlungen nur im Falle des prognostizierten Beweisnotstandes – ist nicht nur mit Art. 20 und 92 GG vereinbar. Es lässt sich auch mit der von der h.M. vertretenen Ansicht, die richterliche Ermittlungshandlung sei Amtshilfe i.S.d. Art. 35 GG, in Einklang bringen. Allein zugunsten größtmöglicher funktionaler Effizienz im föderalen Rechtsstaat durchbricht Art. 35 GG den Grundsatz strikter Kompetenzverteilung durch die Verpflichtung jeder Behör-

⁴⁵ Er war zur „selbstständigen Tätigkeit berechtigt und verpflichtet“, vgl. *Schwarze*, StPO, Kommentar, 1878, Vor § 176, sowie *Hilger*, in: Geppert/Dehnicke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, 1990, S. 209 ff. (213 f.) und *Prechtel* (Fn. 13), S. 78 f.

⁴⁶ *Wohlers*, Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft, 1994, S. 185; die Funktion der Staatsanwaltschaft war danach beschränkt auf anregende und kontrollierende Beobachtung ohne direkten Einfluss auf den Ermittlungsverlauf (ebd., S. 186).

⁴⁷ Vgl. *Thilo*, StPO für das Deutsche Reich, 1878, § 160 Rn. 1; *Löwe*, StPO für das Deutsche Reich, 1879, § 160 Rn. 2a.

⁴⁸ So ausdrücklich der Abgeordnete *Buttfamer*, abgdr. in: Hahn (Hrsg.), Die gesammelten Materialien zur Strafprozessordnung, Protokolle der Kommission, Erste Lesung, S. 724 ff., Ziff. 214.

⁴⁹ BGBl. I, S. 3393.

⁵⁰ BT-Drs. 7/551, S. 37 und 39; *Els/Hinkel*, NJW 1977, 85.

⁵¹ Vgl. dazu *Els/Hinkel*, NJW 1977, 85.

⁵² Vgl. BT-Drs. 16/3659, S. 9.

de⁵³ zur gegenseitigen Hilfe. Dadurch soll entweder eine rechtliche oder eine tatsächliche Unmöglichkeit eigener Vornahme durch die berufene Behörde überwunden werden. Diese Voraussetzungen sind aber ausschließlich in den vorstehend benannten Fallgruppen des prognostischen Beweisnotstandes gegeben. Denn in allen übrigen Fällen verfügt die Staatsanwaltschaft als alleinige Ermittlungsbehörde über effektive Befugnisse, die denen des Gerichts nicht nachstehen. Das gilt insbesondere für allgemeine Zeugenvernehmungen,⁵⁴ auch wenn diese mit dem Antrag versehen werden, den Zeugen zu vereidigen.⁵⁵

In Literatur und Rechtsprechung wird einer konsequenten Anwendung amtshilferechtlicher Grundsätze im Rahmen des § 162 StPO entgegengetreten.⁵⁶ Zur Begründung wird geltend gemacht, dass die Ermittlungshandlungen zwar „von ihrer Struktur her als Amtshilfe i.S.d. Art. 35 Abs. 1 GG“ einzuordnen seien, § 162 StPO aber gleichzeitig eine die Rechtsangelegenheiten zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht abschließend bestimmende Sonderregelung darstelle. Der Gesetzgeber habe abweichend von den amtshilferechtlichen Grundsätzen die Prüfungskompetenz auf eine reine Rechtsprüfungskompetenz beschränkt.⁵⁷ Eine Begründung für diese Behauptung bleibt dieser Ansatz schuldig und vermag auch deswegen nicht zu überzeugen.

Selbst wenn man – mit der h.M. – die Vornahme der richterlichen Ermittlungshandlung dogmatisch als Amtshilfe

einordnet, so lässt sich aus dem Wortlaut des § 162 StPO für eine solche Einschränkung des Prüfungsrechts nichts herleiten. Vielmehr belegt auch eine systematische, rechtsgebietsübergreifende Betrachtung, dass die allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätze des Art. 35 GG⁵⁸ Anwendung finden müssten. An dieser Stelle seien exemplarisch nur § 65 Abs. 2 S. 1 VwVfG und § 22 Abs. 1 SGB X⁵⁹ hervorgehoben. Dort ist unter Anwendung amtshilferechtlicher Grundsätze unbestritten, dass die Behörden erst um gerichtliche Unterstützung ersuchen können, wenn sie selbst zuvor in gerichtlich nachprüfbarer Weise⁶⁰ alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen haben. Warum aber im Verwaltungs- und Sozialprozessrecht den Grundsätzen des Art. 35 GG entsprochen wird, im repressiven Strafprozessrecht die nahezu wortgleiche Vorschrift des § 162 StPO eine strikte Anwendung amtshilferechtlicher Grundsätze verbieten soll, bleibt dunkel.

Damit ist festzuhalten, dass die Vornahme einer richterlichen Ermittlungshandlung auch dann auf Fälle des Beweisnotstandes reduziert werden muss, wenn man diese nicht – wie hier – als Akt der Rechtsprechung, sondern mit der h.M. als Amtshilfe qualifiziert. Neben den für die hier vertretene Auslegung streitenden dogmatischen Gründen vermag die verfassungskonforme Reduzierung des Anwendungsbereichs des § 162 StPO auf Fälle der Beweissicherung zudem eine praktikable Handhabe der Norm und damit Rechtssicherheit für die Rechtsanwender zu bieten.

3. Prüfungskompetenz des Ermittlungsrichters

Ist nunmehr dargelegt, unter welchen Voraussetzungen der Ermittlungsrichter befugt ist, eine Ermittlungshandlung – insbesondere eine Vernehmung – im strafrechtlichen Ermitt-

⁵³ Vom grundgesetzlichen Behördenbegriff werden auch die Gerichte erfasst: *Erbguth*, in: Sachs (Fn. 28), 4. Aufl. 2007, Art. 35 Rn. 6; *Maunz*, in: ders./Dürig (Fn. 27), 1973, Art. 35 Ziff. 3; *Kissel*, GVG, Kommentar, 5. Aufl. 2008, § 156 Rn. 2; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 26), Art. 35 Rn. 1.

⁵⁴ Auch die Staatsanwaltschaft kann gegen den pflichtwidrig handelnden Zeugen die zwangsweise Vorführung anordnen, ein Ordnungsgeld gegen ihn festsetzen (§§ 163a Abs. 3, 161a Abs. 1, 51, 60 Abs. 1 StPO) und beim zuständigen Amtsgericht im Falle nicht beizutreibenden Ordnungsgeldes (§ 70 Abs. 1 StPO) oder unberechtigter Zeugnisverweigerung (§ 70 Abs. 2 StPO) auf Ersatzordnungs- bzw. Erzwingungshaft antragen.

⁵⁵ Seit der Neufassung der §§ 59, 62 StPO durch das Justizmodernisierungsgesetz aus dem Jahre 2004 (BGBl. I, S. 2198) ist kein Fall mehr denkbar, in dem eine von den vorstehend benannten Fallgruppen der Beweissicherung losgelöste Konstellation die Vereidigung einforderte bzw. das richterliche Ermessen dahin auf Null reduzierte. Nach §§ 59, 62 StPO ist im vorbereitenden Verfahren die Vereidigung (nur noch) „zulässig, wenn Gefahr im Verzug vorliegt oder der Zeuge voraussichtlich am Erscheinen in der Hauptverhandlung verhindert sein wird und die Voraussetzungen des § 59 Abs. 1 StPO vorliegen“. Zentral für das Ersuchen muss daher auch in diesem Fall der drohende Beweisnotstand sein. In welchen Fällen Gefahr im Verzug die Vereidigung gebieten könnte, ist nicht ersichtlich und wird vom Gesetzgeber nicht näher ausgeführt, vgl. BT-Drs. 15/3482. Zur früheren Rechtslage *Prechtel* (Fn. 13), S. 248 f.

⁵⁶ *Rieß*, NStZ 1991, 513 (516); LG Freiburg NStZ 1993, 146.

⁵⁷ *Rieß*, NStZ 1991, 513 (516).

⁵⁸ So *Kissel* (Fn. 53), § 156 Rn. 2.

⁵⁹ § 22 Abs. 1 SGB X: „Verweigern Zeugen oder Sachverständige in den Fällen des § 21 Abs. 3 ohne Vorliegen eines der in den §§ 376, 383 bis 385 und 408 der Zivilprozessordnung bezeichneten Gründe die Aussage oder die Erstattung eines Gutachtens, kann die Behörde [...] das für den Wohnsitz oder Aufenthaltsort des Zeugen oder Sachverständigen zuständige Sozial- oder Verwaltungsgericht um die Vernehmung ersuchen.“

⁶⁰ *Von Wulffen*, SGB X, Kommentar, 6. Aufl. 2008, § 22 Rn. 3; *Krasney*, in: Niesel u.a. (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 42. Lieferung, Stand: Dezember 2003, § 22 Rn. 3; LSG Baden-Württemberg, Beschl. v. 8.4.2003 – L 6 SB 552/03 B – zitiert nach juris, dort Rn. 11, sowie zuvor Beschl. v. 11.3.1996 – L 2 U 298/96 – zitiert nach juris (LS); Hessisches LSG, Beschl. v. 13.6.2004 – L 4 B 61/04 SB – zitiert nach juris, dort Rn. 7, das ausdrücklich von den Beschlüssen des LSG Baden-Württemberg abweicht, in seinen Entscheidungsgründen gleichwohl eine Prüfung eigener Bemühungen der Verwaltungsbehörde vornimmt; anderes folgt auch nicht aus dem Beschl. des Bayerischen LSG v. 19.3.1999, NZS 1999, 574 (575), denn auch dort wird dem Gericht diese Prüfung nicht abgesprochen, sondern werden allein zur Bindung an das behördliche Begehren der Durchführung einer beeideten Aussage Ausführungen gemacht.

lungsverfahren durchzuführen, so ist im Folgenden zu erörtern, in welchem Umfang der Ermittlungsrichter den staatsanwaltschaftlichen Antrag auf Vornahme einer solchen Ermittlungshandlung i.S.d. § 162 Abs. 2 StPO prüfen darf. Dabei ist anerkannt, dass der Ermittlungsrichter keine Zweckmäßigkeitprüfung vornehmen darf, sondern ausschließlich auf eine Zulässigkeits-, d.h. Rechtmäßigkeitprüfung, beschränkt ist.⁶¹ Fraglich ist indes, was genau von der Rechtsprüfungskompetenz umfasst ist.

a) Fall des prognostizierten Beweisnotstands

Die vorstehenden Ausführungen haben deutlich gemacht, dass der Richter nur unter der Voraussetzung befugt ist, eine Ermittlungshandlung durchzuführen, wenn ein Fall des Beweisnotstandes gegeben bzw. absehbar ist. Andernfalls wäre die Vornahme der Ermittlungshandlung als unzulässige exekutivische Betätigung des Richters rechtswidrig und damit unzulässig i.S.d. § 162 Abs. 2 StPO.

Die positive prognostische Feststellung eines drohenden Beweisnotstandes stellt danach nicht lediglich eine Zweckmäßigkeitserwägung dar, sondern ist vielmehr die Zulässigkeitsvoraussetzung und Durchführungslegitimation. Mit Rücksicht auf Art. 92 GG und die von einer unzulässigen Gewaltverschränkung ausgehenden Gefahr für richterlich unabhängiges Handeln und Entscheiden, wird diese Prognose auch nicht von einer staatsanwaltschaftlichen Einschätzungsprärogative erfasst. Die Staatsanwaltschaft hat vielmehr mit ihrer Antragschrift diese Voraussetzungen darzulegen, sofern die Umstände eines überschaubaren Falles sie nicht bereits an sich nahe legen. Die durch den Ermittlungsrichter zu treffende Prognose muss auf bestimmten, plausiblen und nachvollziehbaren Tatsachen beruhen. Die Vermutung, das Ableben eines Zeugen oder seine dauerhafte Ausreise stehe bevor, reicht freilich nicht. Anhaltspunkte können beispielsweise zeitlich befristete Aufenthaltstitel, ein besonders hohes Lebensalter oder die Ankündigung sein, in der Hauptverhandlung das Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht geltend zu machen.⁶²

Diese Beschränkung der Ermittlungshandlungen auf Fälle des Beweisnotstands stellt schließlich den von *Rieß*⁶³ vermissteten Rechtssatz dar, aus dem sich ergibt, unter welchen Voraussetzungen sich die Staatsanwaltschaft an den Ermittlungsrichter wenden kann. Dagegen kann aus der Formulierung des § 162 Abs. 1 StPO („Erachtet die Staatsanwaltschaft die Vornahme einer richterlichen Untersuchungshandlung für erforderlich, [...]“) kein Argument für eine unüberprüfbare Einschätzungsprärogative der Staatsanwaltschaft hinsichtlich der Notwendigkeit des ermittelrichterlichen Einsatzes hergeleitet werden.⁶⁴ Neben den bereits dargelegten grammatikalischen und systematischen Gründen spricht gegen eine solche Argumentation auch, dass aus der Erforderlichkeit eines Antrages aus Sicht der Staatsanwaltschaft nicht stets dessen Zulässigkeit i.S.d. § 162 Abs. 2 StPO folgt. Dies bestreitet

auch *Rieß* für die von der Staatsanwaltschaft beantragten strafprozessualen Grundrechtseingriffe nicht. Denn wäre jeder erforderliche Antrag gleichsam zulässig, so wäre § 162 Abs. 2 StPO überflüssig. Wenn dies aber für die Prüfung der beantragten strafprozessualen Grundrechtseingriffe gilt, so muss es ungeachtet der verfassungsrechtlichen Gebotenheit aus grammatikalischen und teleologischen Erwägungen auch für Ermittlungshandlungen gelten. Wäre der Richter in dieser Situation nicht befugt, die beantragte Maßnahme zu prüfen und ihre Rechtswidrigkeit festzustellen, so würde dies die ermittelrichterliche Kontrollfunktion im Ermittlungsverfahren ad absurdum führen. Der Ermittlungsrichter könnte dann „sehenden Auges“ von der Staatsanwaltschaft verpflichtet werden, eine rechtswidrige – sogar verfassungswidrige – Maßnahme durchzuführen. Festzuhalten bleibt somit, dass der Ermittlungsrichter zu überprüfen befugt ist, ob ein Fall drohenden Beweisnotstandes vorliegt.

b) Voraussetzungen der Ermittlungshandlung

Darüber hinaus stellt sich die Frage, in welchem Umfang der Ermittlungsrichter die (weiteren) Voraussetzungen der von der Staatsanwaltschaft beantragten Ermittlungshandlung überprüfen darf. Dabei ist auch die Frage aufzuwerfen, ob die Vornahme einer richterlichen Ermittlungshandlung neben dem Vorliegen eines Beweisnotstandes an weitere Voraussetzungen geknüpft ist, die Gegenstand der ermittelrichterlichen Überprüfung nach § 162 Abs. 2 StPO sein könnten.

aa) Anfangsverdacht

Voraussetzung für die Durchführung jeder Ermittlungshandlung ist das Vorliegen eines Tatverdachts im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO. Ohne diesen Anfangsverdacht darf kein Ermittlungsverfahren eingeleitet und ohne rechtmäßig eingeleitetes Ermittlungsverfahren darf keine Ermittlungshandlung i.S.d. § 162 Abs. 1 StPO vorgenommen werden. Allerdings ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Staatsanwaltschaft bei der Feststellung, ob ein Anfangsverdacht vorliegt, ein Beurteilungsspielraum zusteht.⁶⁵ Der Ermittlungsrichter ist daher nur befugt zu prüfen, ob die Staatsanwaltschaft diesen Spielraum überschritten hat. Dies dürfte regelmäßig erst bei willkürlichem Vorgehen der Staatsanwaltschaft der Fall sein.⁶⁶

bb) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Allgemein anerkannt ist, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung jeder Handlung im Ermittlungsverfahren ist und folglich dessen Einhaltung bezüglich der beantragten Ermittlungshandlung vom Ermittlungsrichter überprüft werden kann. Dabei ist jedoch anzumerken, dass die Vornahme einer richterlichen Ermittlungshandlung eher selten an Verhältnismäßigkeitserwägungen scheitern wird.⁶⁷

⁶¹ Vgl. statt vieler *Meyer-Göfner* (Fn. 2), § 162 Rn. 14 m.w.N.

⁶² Vgl. Hinweis in Fn. 40.

⁶³ *Rieß*, NSTZ 1991, 513 (516).

⁶⁴ Anders *Rieß*, NSTZ 1991, 513 (516).

⁶⁵ Vgl. statt vieler *Meyer-Göfner* (Fn. 2), § 152 Rn. 4.

⁶⁶ So auch *Prechtel* (Fn. 13), S. 276.

⁶⁷ *Wohlers*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungs-

cc) Weitere Verfahrensfragen, insbesondere Prozessvoraussetzungen

Ist zum Zeitpunkt der Durchführung der Ermittlungshandlung ein Verfahrenshindernis, beispielsweise Verjährung, erkennbar, so ist die Vornahme der Ermittlungsmaßnahme rechtswidrig. Bezüglich der Prozessvoraussetzungen muss dem Ermittlungsrichter deshalb eine Überprüfungsmöglichkeit im Rahmen des § 162 Abs. 2 StPO zuerkannt werden. Denn die Frage, ob ein Verfahrenshindernis gegeben ist, steht nicht im Ermessen der Staatsanwaltschaft, sondern ist Zulässigkeitsvoraussetzung i.S.d. § 162 Abs. 2 StPO. Überdies vermag es nicht zu überzeugen, wenn die h.M. dem Ermittlungsrichter zwar ein Prüfungsrecht hinsichtlich des Vorliegens der deutschen Gerichtsbarkeit zugesteht, während dies bei Verfahrenshindernissen nicht gelten soll. Für eine solche Differenzierung ist kein Grund ersichtlich.

Ferner unterliegt der prozessuale Status der Vernehmungsperson einer generellen Überprüfbarkeit durch den Ermittlungsrichter. Zwar steht der Staatsanwaltschaft auch insoweit ein Beurteilungsspielraum zu. Der Ermittlungsrichter hat jedoch auch hier einen Verstoß gegen das Willkürverbot zu überprüfen. Dementsprechend muss er eine Zeugenvernehmung abbrechen, wenn die Vernehmungsperson tatsächlich, insbesondere aus den Umständen des Verfahrens und der Vernehmung⁶⁸, Beschuldigtenstatus hat.⁶⁹ Auch ist es unzulässig, wenn der Ermittlungsrichter eine Person als (Mit-)Beschuldigten einvernehmen muss, obgleich sich seine Zeugenstellung verbunden mit einem entsprechenden Zeugnisverweigerungsrecht aufdrängt. Dies gilt unabhängig davon, ob die Vernehmung eines Zeugen oder eines Beschuldigten von der Staatsanwaltschaft beantragt wurde.

IV. Ausblick

Die gegenwärtige, an der h.M. orientierte Handhabung des § 162 StPO in Bezug auf sog. Ermittlungshandlungen ist von erheblichen praktischen Unsicherheiten geprägt, die zu unnötigen, ressourcenbindenden Beschwerdeverfahren und Zeitverzögerungen führen; sie begegnet aus den dargestellten Gründen einer unzulässigen Gewaltenschränkung zudem durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.

Der Anwendungsbereich des § 162 StPO kann allerdings in der aufgezeigten Weise geltungserhaltend reduziert werden. Zulässig ist danach eine Ermittlungshandlung nur, sofern eine auf bestimmten Tatsachen beruhende Prognose die Annahme eines drohenden Beweisnotstands insbesondere in der Hauptverhandlung trägt.

Mit dieser Auslegung wird nicht nur die verfassungsrechtlich bedenkliche Gewaltenschränkung vermieden. Der Praxis wird darüber hinaus eine verlässliche Arbeits- und Entscheidungsgrundlage angeboten. Auf diesem Weg werden zudem Ressourcen geschont sowie insbesondere die rechtsstaatlich gebotene Kompetenzverteilung von Gericht und

Staatsanwaltschaft im strafprozessualen Ermittlungsverfahren nachhaltig unterstrichen.

gesetz, 57. Lieferung, Stand: Mai 2008, § 162 Rn. 30; Rieß, NSStZ 1991, 513 (515); Prechtel (Fn. 13), S. 298.

⁶⁸ Vgl. dazu jüngst BGH NSStZ 2007, 653 (654).

⁶⁹ Wohlers (Fn. 67), Rn. 27.