

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

Verstoß gegen den Richtervorbehalt – Gewährleistung eines richterlichen Eildienstes zur Nachtzeit

1. Ein richterlicher Bereitschaftsdienst ist auch für die Nachtzeit i.S.d. § 104 Abs. 3 StPO einzurichten, wenn hierfür ein praktischer Bedarf besteht, der über den Ausnahmefall hinausgeht und andernfalls die Regelzuständigkeit des Richters nicht mehr gewahrt ist.

2. Verstößt die Landesjustizverwaltung gegen ihre Verpflichtung, die Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters auch in der Nachtzeit zu gewährleisten, so können die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug nicht angenommen werden. Ordnen die nichtrichterlichen Strafverfolgungsbehörden dennoch eine Durchsuchung unter Annahme von Gefahr im Verzug an, so liegt ein Verstoß gegen den Richtervorbehalt vor, der eine Nichtverwertbarkeit der dabei aufgefundenen Beweismittel nach sich ziehen kann. (Nichtamtliche Leitsätze)

GG Art. 13 Abs. 2; StPO §§ 104 Abs. 3, 105 Abs. 1 S. 1, 344 Abs. 2 S. 2

OLG Hamm, Urt. v. 18.8.2009 – 3 Ss 293/08

I. Sachverhalt

A ist mit einem Nachtsichtgerät auf dem Kopf und in Begleitung seiner Freundin C unterwegs. Um 1.01 Uhr wird er von Polizeibeamten der Kreispolizeibehörde kontrolliert. Bei der Überprüfung der Personalien stellen die Polizisten fest, dass A stark nach Cannabis riecht. Im Verlauf der sich daran anschließenden Durchsuchung seines Rucksacks finden die Polizeibeamten ein Etui mit Marihuana, zwei Klemmverschlusstüten mit Marihuana, 13 weitere Klemmtüten ohne Inhalt sowie zwei Tüten mit Hanfsamen. Daraufhin erfolgt eine Sicherstellung dieser Funde. Nach Rücksprache mit der Leitdienststelle, die Kontakt zum Eildienstdezernenten der Staatsanwaltschaft aufgenommen hat, ordnet Polizeikommissar T aufgrund „Gefahr im Verzug“ die Durchsuchung des in der elterlichen Wohnung gelegenen Zimmers des A an. Zu diesem Zeitpunkt ist der amtsgerichtliche Eildienst bereits beendet. Im Übrigen ist zur fraglichen Uhrzeit im betreffenden Landgerichtsbezirk auch kein richterlicher Eildienst eingerichtet. Im Rahmen der Durchsuchung werden eine Platte Haschisch, mehrere einzeln verpackte Haschischbrocken, drei Tüten mit Marihuana, eine größere Anzahl leerer Verpackungseinheiten mit Betäubungsmittelanhaftungen sowie eine Feinwaage aufgefunden und sichergestellt. Insgesamt werden im Rucksack und im Zimmer des A 90,77 g Haschisch sichergestellt. Nunmehr stellt sich die Frage, ob diese – während der Zimmerdurchsuchung – vorgefundenen Betäubungsmittel bei der Urteilsfindung verwertet werden dürfen.

II. Problemstellung

Ziel des Strafverfahrens ist es, eine auf der Wahrheit beruhende, gerechte gerichtliche Entscheidung herbeizuführen. Dies setzt voraus, dass der dem Strafverfahren zugrunde liegende Sachverhalt umfassend ermittelt und aufgeklärt wurde. Aus diesem Grund sieht die StPO zahlreiche strafprozessuale Grundrechtseingriffe vor, wie z.B. Durchsuchungen gem. §§ 102 ff. StPO oder die körperliche Untersuchung nach § 81a StPO. Allerdings darf die Sachverhaltsaufklärung in einem Rechtsstaat nicht grenzenlos erfolgen. Das bedeutet, die Wahrheit darf nicht um jeden Preis erforscht werden,¹ da eine vollständige Wahrheitsermittlung grundsätzlich in Konflikt mit dem Schutz individueller Rechte der von den strafprozessualen Grundrechtseingriffen betroffenen Personen geraten kann.

Richtervorbehalte, die eine vorbeugende Kontrolle der staatsanwaltlichen Ermittlungstätigkeit gewährleisten, gelten als ein Rechtsschutzmechanismus, um der Wahrheitsermittlung im Strafverfahren Grenzen zu setzen.

Als weitere wesentliche Grenzen der Wahrheitserforschung werden die Beweisverbote angesehen, die entweder die Beweiserhebung als solche verbieten oder die Verwendung bestimmter Informationen im und für das Strafverfahren untersagen.

Im vorliegenden Kontext stellt sich die Frage, ob eine rechtsfehlerhafte Beweiserhebung vorliegt, wenn die grundsätzlich erforderliche richterliche Anordnung mangels richterlichen Bereitschaftsdienstes zur Nachtzeit nicht eingeholt werden konnte und der Richtervorbehalt damit faktisch leerläuft. Im Anschluss daran ist die Frage aufzuwerfen, ob ein gegebenenfalls festzustellender Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot auch ein Beweisverwertungsverbot auslöst.

Bevor jedoch die aufgeworfenen Fragen zu den Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverboten näher erörtert werden, ist zunächst die Funktion des Richtervorbehaltes zu beleuchten.

1. Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren

Nach der Konzeption der StPO ist die Staatsanwaltschaft „Herrin des Ermittlungsverfahrens“. Das bedeutet, ihr obliegt in diesem Verfahrensabschnitt die eigenständige Durchführung und Gestaltung des Ermittlungsverfahrens. Gem. § 162 Abs. 1 StPO muss die Staatsanwaltschaft allerdings die Vornahme gewisser strafprozessualer Grundrechtseingriffe beim Ermittlungsrichter beantragen, der gem. § 162 Abs. 2 StPO dann überprüft, ob die gestellten Anträge gesetzlich zulässig, d.h. materiell und formell rechtmäßig sind. Der Ermittlungsrichter greift in diesen Fällen also kontrollierend in die Verfahrenshoheit der Staatsanwaltschaft ein.

Da der Ermittlungsrichter – im Gegensatz zu den Strafverfolgungsbehörden – nicht unter dem psychologischen

¹ BGHSt 14, 358 (365); 31, 304 (309); 51, 285 (290); *Senge*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 6. Aufl. 2008, Vor §§ 48-71 Rn. 20.

Druck steht, einen Täter präsentieren zu müssen² und er nicht in eigener Sache, sondern frei von Weisungen über einen von außen herangetragenen Sachverhalt entscheidet, kann von ihm am ehesten eine unvoreingenommene Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen des strafprozessualen Grundrechtseingriffs – etwa der Durchsuchung gem. § 102 StPO – erwartet werden. Der Richtervorbehalt hat damit eine tatbestands- bzw. gesetzeswahrende Funktion und stellt somit eine besondere Form des vorbeugenden Rechtsschutzes dar. Der Grund für diese Beschränkung der staatsanwaltschaftlichen Verfahrenshoheit durch den vorbeugenden richterlichen Rechtsschutz besteht darin, dass der Beschuldigte bei strafprozessualen Grundrechtseingriffen aufgrund einer sog. Doppelbelastung einer erhöhten Schutzbedürftigkeit ausgesetzt ist. Der Betroffene wird zum einen durch den Vollzug der Maßnahme in seinen Grundrechten „an sich“ strafprozessextern berührt, z.B. indem in sein Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung i.S.d. Art. 13 Abs. 1 GG durch eine Wohnungsdurchsuchung eingegriffen wird. Zum anderen können die durch diesen Grundrechtseingriff gewonnenen Informationen später im Strafverfahren prozessintern zu seinen Lasten verwendet werden.³ Das bedeutet, dass der prozessexterne Grundrechtseingriff zusätzlich zu prozessinternen Belastungen führt, wie etwa eine auf Beweismittel gestützte Verurteilung. Diese Doppelbelastung ergibt sich für alle beweissichernden strafprozessualen Grundrechtseingriffe, und zwar unabhängig davon, ob neben dem einfachgesetzlichen Richtervorbehalt bereits eine verfassungsrechtliche Verpflichtung zur vorbeugenden richterlichen Mitwirkung existiert, wie etwa bei der Hausdurchsuchung gem. Art. 13 Abs. 2 GG.

Die vorbeugende richterliche Mitwirkung im Ermittlungsverfahren kann jedoch wertvolle Zeit in Anspruch nehmen, so dass ein schnelles Agieren der Strafverfolgungsbehörden unmöglich und die Wirksamkeit der strafprozessualen Grundrechtseingriffe gefährdet werden. Aus diesem Grund sehen viele strafprozessuale Grundrechtseingriffe zwar grundsätzlich einen Richtervorbehalt vor, berechtigen aber *ausnahmsweise* auch nichtrichterliche Strafverfolgungsorgane zur Anordnung der entsprechenden Maßnahme, wenn „Gefahr im Verzug“ vorliegt. Gefahr im Verzug ist dabei anzunehmen, wenn die vorherige Einholung der richterlichen Anordnung den Erfolg des jeweiligen strafprozessualen Grundrechtseingriffs vereiteln könnte.⁴ Dies gilt indes nicht, wenn die nichtrichterlichen Strafverfolgungsorgane die tatsächlichen Voraussetzungen selbst herbeiführen, indem sie solange abwarten, bis die Gefahr eines Beweisverlustes gegeben ist und dann – ohne die Einschaltung eines Ermitt-

lungsrichters – in eigenem Namen den Grundrechtseingriff anordnen.⁵

Liegen die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug vor, so ist darauf zu achten, dass nicht alle Eingriffsbefugnisse eine Ausnahmekompetenz für nichtrichterliche Strafverfolgungsorgane vorsehen, sondern einige Eingriffsmaßnahmen unter einem ausschließlichen Richtervorbehalt stehen. Dies gilt etwa für die Pressebeschlagnahme gem. § 97 Abs. 5 S. 2 StPO sowie den großen Lauschangriff gem. §§ 100c, 100d Abs. 1 StPO. Daneben gibt es zahlreiche strafprozessuale Grundrechtseingriffe, die zwar bei Gefahr im Verzug eine nichtrichterliche Anordnungscompetenz gewähren. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass einige dieser Ermittlungsbefugnisse bei Gefahr im Verzug nur von der Staatsanwaltschaft angeordnet werden dürfen (z.B. die Telefonüberwachung gem. §§ 100a, 100b StPO). Andere strafprozessuale Grundrechtseingriffe sehen dagegen bei Gefahr im Verzug sowohl für die Staatsanwaltschaft als auch für ihre Ermittlungspersonen i.S.d. § 152 Abs. 2 GVG⁶ eine Anordnungscompetenz vor, etwa die Durchsuchung gem. §§ 102, 105 StPO oder die körperliche Untersuchung gem. § 81a StPO.

Die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug sind eng auszulegen, um sicherzustellen, dass eine nichtrichterliche Anordnung strafprozessualer Grundrechtseingriffe nur in Ausnahmefällen erfolgt. Reine Spekulationen, hypothetische Erwägungen oder lediglich auf kriminalistische Alltagserfahrungen gestützte, fallunabhängige Vermutungen reichen nicht aus, um die Gefahr eines Beweismittelverlustes zu begründen.⁷ Erforderlich sind vielmehr konkrete Anhaltspunkte dafür, dass bestimmte Beweismittel aufgrund der zeitlichen Verzögerung vernichtet werden könnten.

In der hier zu besprechenden Entscheidung stellt sich darüber hinaus die Frage, ob die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug angenommen werden können, wenn zwar ein Beweismittelverlust droht, dies aber nur deswegen der Fall ist, weil der betreffende Landgerichtsbezirk nicht über einen nächtlichen richterlichen Bereitschaftsdienst verfügt. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass das BVerfG mit seinem wegweisenden Urteil vom 20.2.2001⁸ klargestellt hat, dass die Landesjustizverwaltungen sicherzustellen haben, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam werden müsse und die Voraussetzungen für eine tatsächlich wirksame präventive richterliche Kontrolle zu schaffen seien, insbesondere durch die bedarfsabhängige Einrichtung von Bereitschaftsdiensten in der Nachtzeit.⁹ Dies

² Prechtel, Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter, 1995, S. 131; Brüning, Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2005, S. 113; vgl. auch Hüls, ZIS 2009, 160 (161).

³ Ostendorf/Brüning, JuS 2001, 1063 (1065); Brüning, ZIS 2006, 29 (30); vgl. auch Amelung, in: Roxin/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Bd. 4, S. 911 (930).

⁴ BVerfGE 51, 97 (111); Nack, in: Hannich (Fn. 1), § 98 Rn. 13.

⁵ BVerfGE 103, 142 (155); BVerfG NJW 2005, 1637 (1638); vgl. auch Nelles, Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung, 1980, S. 162 ff.

⁶ Dies sind regelmäßig alle Polizisten mit Ausnahme der untersten und obersten Dienstgrade.

⁷ BVerfGE 103, 142 (155); BayObLG NVZ 2003, 148 (149).

⁸ BVerfGE 103, 142 ff.

⁹ BVerfGE 103, 142 (152, 156); BVerfG NJW 2005, 1637 (1638); vgl. auch NJW 2004, 1442.

wurde in einem Kammerbeschluss vom 10.12.2003¹⁰ noch einmal deutlich herausgestrichen.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass das BVerfG in der bereits erwähnten Entscheidung aus dem Jahr 2001 betont hat, dass es sich bei dem Begriff „Gefahr im Verzug“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff ohne Beurteilungsspielraum handelt, der einer vollen gerichtlichen Kontrolle zugänglich ist. Daher sind die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen verpflichtet, vor oder zumindest unmittelbar nach der Anordnung ihre Erkenntnisse, die sie zur Annahme von Gefahr im Verzug veranlasst haben, in der Ermittlungsakte zu dokumentieren, um eine spätere gerichtliche Überprüfung gewährleisten zu können.¹¹

Problematisch ist allerdings, welche Konsequenzen eine rechtsfehlerhafte Annahme von Gefahr im Verzug auslöst. Insbesondere ist fraglich, ob die auf diese Weise erlangten Beweismittel einem Beweisverwertungsverbot unterliegen.

2. Beweisverbote

Die Beweisverbote gliedern sich in Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote.

Während die Beweiserhebungsverbote die Art und Weise einer Beweiserhebung oder die Beweiserhebung als solche verbieten, untersagen die Beweisverwertungsverbote die Verwendung einer bestimmten, durch die Beweiserhebung zuvor gewonnenen Information im Gerichtsprozess.

a) Beweiserhebungsverbote

Gemeinhin unterscheidet man folgende Beweiserhebungsverbote: Beweisthemen-, Beweismethoden- und Beweismittelverbote.¹²

Während Beweisthemenverbote die Aufklärung bestimmter Sachverhalte untersagen (z.B. dürfen gem. § 51 Abs. 1 BZRG getilgte Vorstrafen dem Betroffenen im Rechtsverkehr nicht mehr vorgehalten und nicht zu seinem Nachteil verwendet werden), verbieten die Beweismethodenverbote eine bestimmte Art und Weise der Wahrheitsermittlung, etwa die Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden gem. § 136a Abs. 1 StPO.

Die Beweismittelverbote schließen bestimmte sachliche wie auch persönliche Beweismittel von einer an sich zulässigen Beweiserhebung aus. Dies gilt etwa für Zeugen, die von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht gem. §§ 52, 53 StPO Gebrauch machen. Hierunter fällt aber auch die Gewinnung von Beweismitteln, deren Anordnung und Durchführung von der Einhaltung bestimmter Voraussetzungen abhängig ist, etwa der Einhaltung einer – hier virulenten – richterlichen Anordnung.

b) Beweisverwertungsverbote

Man unterscheidet zunächst zwischen selbständigen und unselbständigen Beweisverwertungsverböten.

Selbständige Beweisverwertungsverbote bestehen unabhängig von einem Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot. Dies gilt etwa für Zufallsfunde im Rahmen der Telefonüberwachung gem. § 100d Abs. 5 StPO, deren Informationsgewinnung zwar grundsätzlich rechtmäßig ist, die aber dennoch nicht verwertet werden dürfen, wenn es sich nicht um eine Katalogtat i.S.d. § 100a Abs. 1 StPO handelt.

Unselbständige Beweisverwertungsverbote setzen dagegen den Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot voraus. Allerdings löst nicht jeder Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot automatisch ein Beweisverwertungsverbot aus. Eine allgemeine Regel, wann die Verletzung eines Beweiserhebungsverbot zu einem Beweisverwertungsverbot führt, konnte bisher nicht entwickelt werden.¹³ Dies gilt insbesondere für die Missachtung des Richtervorbehalts bei einer rechtsfehlerhaften Annahme von Gefahr im Verzug.¹⁴

Die Rechtsprechung und die überwiegende Ansicht im Schrifttum beantworten die Frage, ob ein Beweisverwertungsverbot vorliegt, einzelfallabhängig auf Grundlage der sog. Abwägungslehre.¹⁵ Entscheidungsrelevante Kriterien sind das Interesse des Staates an der Tataufklärung einerseits und das rechtlich geschützte Interesse des Betroffenen an der Wahrung seiner Individualrechtsgüter andererseits. Im Rahmen der Abwägung ist vor allem die Schwere der zu erforschenden (mutmaßlichen) Tat und die Intensität bzw. das Gewicht des Verfahrensverstößes für die Persönlichkeitsphäre des Betroffenen zu berücksichtigen. Insbesondere die bewusste und zielgerichtete Umgehung des Richtervorbehalts bzw. die willkürliche Annahme von Gefahr im Verzug können danach ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen. Auch die besondere verfassungsrechtliche Bedeutung eines Richtervorbehalts kann im Rahmen der Abwägung von Bedeutung sein. Darüber hinaus kann in die Abwägung mit einfließen, ob das Beweismittel auch hätte rechtmäßig gewonnen werden können. Insoweit wird teilweise der sog. „hypothetische Ermittlungsverlauf“ berücksichtigt. Ein Beweisverwertungsverbot müsste hiernach – insbesondere im Zusammenhang mit der Missachtung von Richtervorbehalten – verneint werden, wenn die materiellen Eingriffsvoraussetzungen tatsächlich vorlagen, der Richter die Maßnahme also angeordnet hätte, wäre ihm der Sachverhalt zur Entscheidung vorgelegt worden.¹⁶

¹³ *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl. 2008, Rn. 457.

¹⁴ Zum Meinungsspektrum speziell dieser Konstellation vgl. dazu ausführlich *Brüning*, HRRS 2007, 250 (251 f.).

¹⁵ BGHSt 19, 325 (329); 31, 304 (307); 38, 214 (320); 51, 284 (290); *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (31).

¹⁶ Vgl. dazu *Brüning* (Fn. 2), S. 217; *dies.*, HRRS 2007, 250 (252 f.). Ferner ist zu beachten, dass nach der Rechtsprechung des BGH der verteidigte Angeklagte der verbotenen Beweisverwertung grundsätzlich durch seinen Verteidiger widersprechen muss, und zwar bis zum in § 257 Abs. 2 StPO bezeichneten Zeitpunkt, d.h. spätestens nach der konkreten Beweiserhebung, vgl. dazu BGHSt 42, 15 (22); OLG Hamburg NZV 2009, 90 (91).

¹⁰ BVerfG NJW 2004, 1442.

¹¹ BVerfGE 103, 142 (159 f.).

¹² Die Differenzierung zwischen den Fallgruppen dient dabei lediglich der Veranschaulichung. Rechtliche Erkenntnisse lassen sich daraus nicht gewinnen, vgl. dazu *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl. 2008, Rn. 337.

III. Die Entscheidung

Das OLG Hamm stellt zunächst fest, dass die Durchsuchung des Zimmers des Angeklagten unter Verstoß gegen den Richtervorbehalt gem. Art. 13 Abs. 2 GG, § 105 Abs. 1 StPO erfolgt und daher rechtswidrig sei. Aus der Regelzuständigkeit des Richters gem. Art. 13 Abs. 2 GG folge die verfassungsrechtliche Verpflichtung der Gerichte, die Erreichbarkeit des Ermittlungsrichters, auch durch die Einrichtung eines Not- oder Eildienstes zu gewährleisten.¹⁷ Ein nächtlicher Bereitschaftsdienst sei allerdings erst dann erforderlich, wenn hierfür ein praktischer Bedarf bestehe und anderenfalls die Regelzuständigkeit des Richters für die Anordnung von Maßnahmen, für die der Richtervorbehalt gilt, nicht mehr gewahrt sei.¹⁸ Zwar konnte das Gericht – mangels entsprechender Erhebungen – seine Entscheidung nicht auf Zahlenmaterial stützen, das die Anzahl der nächtlichen Durchsuchungen belegt. Stattdessen rekurrierte das OLG Hamm auf die aufgezeichneten nächtlichen Blutprobenanordnungen und stellte auf der Basis dieses Zahlenmaterials fest, dass die Regelzuständigkeit des Richters ohne die Einrichtung eines Bereitschaftsdienstes in der Nachtzeit von 21.00 Uhr bis 6.00 Uhr nicht mehr sichergestellt werden könne. „Der Umstand, dass sich das verwendete Zahlenmaterial nur auf angeordnete Blutentnahmen, nicht aber speziell auf Wohnungsdurchsuchungen bezieht, gibt keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung. Denn insoweit findet auch nach dem Gesetz in Bezug auf die Zuständigkeit des Ermittlungsrichters keine Differenzierung nach der Art der Maßnahme statt. Vielmehr ist dieser für sämtliche unter den Richtervorbehalt fallende Maßnahmen im Ermittlungsverfahren zuständig.“¹⁹

Schließlich stellt das Gericht fest, dass der Verstoß gegen den Richtervorbehalt gem. Art. 13 Abs. 1 GG, § 105 Abs. 1 StPO im vorliegenden Fall zu einem Verwertungsverbot führe.²⁰ Zu diesem Ergebnis gelangt der *Senat* auf der Grundlage der oben dargestellten Abwägungstheorie. Im Rahmen dieser Abwägung berücksichtigt das Gericht zugunsten der Strafverfolgungsbehörden, dass dem durch das Betäubungsmittelstrafrecht geschützten Rechtsgut ein erhebliches Gewicht zukomme, weil es die Gesundheit sowohl des Einzelnen als auch der Bevölkerung im Ganzen schütze. Ferner wäre eine richterliche Durchsuchungsanordnung bei Erreichen eines Eildienststrichters erwirkt worden. Schließlich sei der Polizeibeamte T als Ermittlungsperson der Staatsanwaltschaft grundsätzlich bei Gefahr im Verzug zur Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung befugt gewesen, mit der Folge, dass der Verstoß gegen den Richtervorbehalt etwas geringer wiege als es der Fall gewesen wäre, wenn ihm als Polizeibeamter gesetzlich keinerlei Anordnungscompetenz zugestanden hätte.²¹

Zu Lasten der Strafverfolgungsbehörden falle dagegen ins Gewicht, dass dem verfassungsrechtlichen Richtervorbehalt i.S.d. Art. 13 Abs. 2 GG besondere Bedeutung zukomme. Schließlich führt das OLG Hamm in aller Deutlichkeit aus, dass die Notwendigkeit der Einrichtung eines nächtlichen Bereitschaftsdienstes durch die Justizverwaltung unschwer hätte festgestellt werden können. Vor dem Hintergrund, dass das BVerfG im Jahre 2003 entschieden habe, dass ein nächtlicher richterlicher Bereitschaftsdienst einzurichten sei, sobald nächtliche Maßnahmen, für deren Anordnung der Richtervorbehalt gilt, nicht nur im Ausnahmefall anfallen, hätte die Justizverwaltung auf die Missstände reagieren und einen nächtlichen Bereitschaftsdienst einrichten müssen. „Angesichts dessen kann der oben geschilderte, sich nunmehr bereits über mehrere Jahre erstreckende Umgang der Justizverwaltung mit dem Richtervorbehalt nicht nur als ein einmaliges Versagen in der Organisation der Justizverwaltung eingestuft werden, sondern ist als eine grobe Fehlbeurteilung und nicht mehr vertretbare Missachtung der Bedeutung des Richtervorbehalts anzusehen, die zu der schwerwiegenden Folge führte, dass die zur Wahrung des Richtervorbehalts auf jeden Fall im Jahre 2007 objektiv erforderliche Einrichtung eines nächtlichen richterlichen Bereitschaftsdienstes unterblieb.“²²

IV. Die Bewertung der Entscheidung

Das Urteil stellt – mit den Worten *Fromms* – „eine besonders schmerzhaft Ohrfeige für die Justizverwaltung und die Strafverfolgungsorgane dar.“²³ Es bringt eine wichtige Präzisierung für die Frage, unter welchen Umständen die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug angenommen werden können. Das klare Bekenntnis des OLG Hamm zur faktischen Geltung des Richtervorbehalts ist dabei uneingeschränkt zu begrüßen.

Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die rechtsschützende Wirkung des Richtervorbehalts in der Praxis nicht selten bestritten wird. Aufgrund der zahlreichen nichtrichterlichen Ausnahmekompetenzen besteht die Gefahr, dass das zwischen Richter und nichtrichterlichen Strafverfolgungsbehörden normierte Regel-Ausnahme-Verhältnis faktisch umgekehrt wird,²⁴ indem die nichtrichterlichen Strafverfolgungsorgane von der Tatbestandsvoraussetzung „Gefahr im Verzug“ in großzügigem Umfang Gebrauch machen. Zwar haben das BVerfG sowie der BGH seit 2001 in mehreren Entscheidungen klare Grundsätze zur Stärkung des Richtervorbehalts aufgestellt.²⁵ Doch laufen diese Versuche, den Richtervorbehalt zu effektuieren leer, wenn in der Praxis sowohl die nichtrichterlichen Strafverfolgungsorgane als auch die Landes- und Oberlandesgerichte den höchsten deutschen Gerichten ihre Gefolgschaft verweigern.

¹⁷ OLG Hamm NJW 2009, 3109 (3110).

¹⁸ OLG Hamm NJW 2009, 3109 (3110).

¹⁹ OLG Hamm NJW 2009, 3109 (3111).

²⁰ OLG Hamm NJW 2009, 3109 (3111).

²¹ OLG Hamm NJW 2009, 3109 (3111).

²² OLG Hamm NJW 2009, 3109 (3112 f.).

²³ *Fromm*, NZV 2009, 514.

²⁴ *Nelles* (Fn. 5), S. 179 f.; *Amelung*, NStZ 2001, 337; *Brüning* (Fn. 2), S. 195 ff.; *Hüls*, ZIS 2009, 160 (161).

²⁵ BVerfGE 103, 142 ff.; BVerfG NJW 2003, 2303 ff.; 2005, 1637 ff.; BGHSt 51, 285 ff.

Diese Tendenz war in jüngster Zeit speziell bei der Anordnung sog. Blutentnahmen gem. § 81a Abs. 2 StPO zu beobachten. Der kontinuierlich fließende Strom veröffentlichter Entscheidungen vermittelte den Anschein, dass die restriktiven Vorgaben des BVerfG zum Richtervorbehalt, die regelmäßig Entscheidungen zu Durchsuchungen zum Gegenstand hatten, auf die Blutentnahmen schlicht nicht übertragen wurden. Einige Landgerichte haben in Fällen, in denen ein Polizist (eine Ermittlungsperson i.S.d. § 152 Abs. 2 GVG) die Blutentnahme gem. § 81a StPO anordnete, ohne zuvor den Versuch unternommen zu haben, eine richterliche Entscheidung herbeizuführen, dennoch die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug bejaht.²⁶ Andere Gerichte haben zwar eine rechtsfehlerhafte Annahme von Gefahr im Verzug angenommen, aber trotz eines festgestellten Verstoßes gegen den Richtervorbehalt, die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes abgelehnt.²⁷

Die Reaktionen auf diese Rechtsprechung sind geteilt. Während sie von Praktikern mit Bezug zur Strafverfolgung mit Wohlgefallen aufgenommen werden²⁸, beklagen Verteidiger und Vertreter der Wissenschaft die Missachtung des Richtervorbehalts.²⁹ Und das zu Recht. Der gängigen Praxis, dass Blutentnahmen grundsätzlich von nichtrichterlichen Strafverfolgungsorganen angeordnet werden, ist Einhalt zu gebieten. Obgleich der Blutentnahme aufgrund des kontinuierlichen Abbaus des Alkohols im Blut eine sog. „dynamische Beweissituation“³⁰ zugrunde liegt, verbietet sich eine generelle Annahme von Gefahr im Verzug schon deshalb, weil die Blutentnahme durch einen Arzt durchgeführt werden muss, dessen Eintreffen ohnehin mit einer zeitlichen Verzögerung verbunden ist. Diese Zeit kann von den Ermittlungspersonen vor Ort genutzt werden, um die Staatsanwaltschaft zu informieren, die daraufhin eine telefonische richterliche Anordnung erwirken kann.³¹ Dieser Befund ist so evident,

dass selbst die Befürworter der zitierten Rechtsprechung ihn kaum leugnen und stattdessen für eine Abschaffung des Richtervorbehalts bei der Blutentnahme votieren.³²

Gleichwohl ist es denkbar, dass die vorherige Einholung der richterlichen Anordnung den Erfolg der Blutentnahme vereiteln könnte und daher die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug ausnahmsweise vorliegen. Dabei stellt sich in Fällen der Blutentnahme dasselbe Problem wie im vorliegenden Fall, und zwar ob die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug auch dann angenommen werden können, wenn der Gerichtsbezirk über keinen Bereitschaftsdienst verfügt und die Regelzuständigkeit des Richters insbesondere zur Nachtzeit faktisch nie gewährleistet werden kann.

Diese Frage hat das OLG Hamm zu Recht verneint. Es besteht Einigkeit darüber, dass die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug nicht vorliegen, wenn die nichtrichterlichen Strafverfolgungsorgane diese tatsächlichen Voraussetzungen selbst herbeiführen, indem sie solange abwarten, bis die Gefahr eines Beweisverlustes gegeben ist und dann – ohne die Einschaltung eines Ermittlungsrichters – in eigenem Namen den Grundrechtseingriff anordnen. Richtet die Justizverwaltung keinen Bereitschaftsdienst ein, obgleich das Zahlenmaterial verdeutlicht, dass dies erforderlich ist, um die Regelzuständigkeit des Richters zu erhalten, so wird faktisch bewusst eine Situation herbeigeführt, in der die Gefahr eines Beweisverlustes entstehen kann. Die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug können dann nicht angenommen werden.

Dann aber stellt sich die Frage, ob diese rechtsfehlerhafte Annahme von Gefahr im Verzug auch ein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht. Mit der vorliegenden Entscheidung hat das OLG Hamm unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass es den Ungehorsam³³ der Strafverfolgungsorgane gegenüber den Entscheidungen des Gesetzgebers und des BVerfG nicht duldet und hat folgerichtig ein Beweisverwertungsverbot angenommen, um die Regelzuständigkeit des Richters zu wahren. Insoweit schreibt die Entscheidung des OLG Hamm die jüngste Rechtsprechung des BGH fort, in Fällen bewusster Missachtung des Richtervorbehalts ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen. Die grobe Fehleinschätzung in Bezug auf die Notwendigkeit, einen nächtlichen Bereitschaftsdienst einzurichten, ist ein objektiv willkürliches Verhalten und begründet folglich einen groben Verstoß gegen die Verfahrensanforderungen. Dies gilt umso mehr, wenn man berücksichtigt, dass das BVerfG bereits im Jahr 2001 zum ersten Mal angedeutet und im Jahr 2003 konkret gefordert hat, die richterliche Regelzuständigkeit durch die Einrichtung von Eil- und Notdiensten sicherzustellen und es sich damit „nicht mehr um eine ganz junge Entwicklung“³⁴ handelt.

Der Umstand, dass die Durchsuchung richterlich angeordnet worden wäre, hätte es einen nächtlichen Bereitschaftsdienst gegeben, muss dabei außer Acht gelassen werden.

²⁶ LG Hamburg NZV 2008, 213 (214); LG Braunschweig, Beschl. v. 4.1.2008 – 9 Qs 381/07.

²⁷ OLG Stuttgart NStZ 2008, 238 (239); OLG Bamberg NJW 2009, 2146 (2148); OLG Hamburg NJW 2008, 2597 (2600) mit Verweis auf die Widerspruchslösung; OLG Karlsruhe StV 2009, 516 (517); vgl. auch BVerfG NJW 2008, 3053 (3054); anders hingegen BVerfG NJW 2007, 1345 f.

²⁸ Götz, NStZ 2008, 238 f.; Ebner, SVR 2009, 37 (39); Blum, SVR 2008, 441 ff.; ders., SVR 2009, 172 ff.; Laschewski, NZV 2007, 582 f.; Krumm, ZRP 2009, 71 ff., der für eine Abschaffung des Richtervorbehalts bei der Blutentnahme plädiert; so auch Brocke/Herb, NStZ 2009, 671 ff.; dies., StraFo 2009, 46 ff.

²⁹ Prittwitz, StV 2008, 486 ff.; Fickenscher/Dingelstadt, NJW 2009, 3473 ff.; dies., NStZ 2009, 124 ff.; Zopfs, NJW 2009, 244 f.

³⁰ Brocke/Herb, NStZ 2009, 671 (672).

³¹ Vgl. Zopfs, NJW 2009, 244 (245). Zu beachten ist, dass die Polizisten nicht berechtigt sind, einen Antrag auf richterliche Entscheidung gem. § 162 StPO zu stellen. Ist kein Staatsanwalt, aber gleichwohl ein Ermittlungsrichter erreichbar, so kann der Ermittlungsrichter als sog. „Notstaatsanwalt“ gem. § 165 StPO tätig werden.

³² Blum, SVR 2009, 172 (173); vgl. auch Krumm, ZRP 2009, 71 ff.; Brocke/Herb, NStZ 2009, 671 ff.; dies., StraFo 2009, 46 ff.

³³ So Prittwitz, StV 2008, 486 (494).

³⁴ OLG Hamm NJW 2009, 3109 (3111).

Denn durch eine bewusste Missachtung des Richtervorbehalts wird in besonders krasser Weise gegen rechtsstaatliche Grundsätze verstoßen, mit der Folge, dass das Vertrauen der Bürger in die staatlichen Institutionen erschüttert wird. Soll das Strafrecht aber dazu beitragen, regellose Verhältnisse zu vermeiden sowie Willkür und Selbstjustiz zu verhindern, so würde sich der Staat in Widerspruch zu diesen Zielen setzen, wenn staatliche Organe in willkürlicher Weise ohne Konsequenzen gegen die Rechtsordnung verstoßen könnten. Der Staat verlöre unter diesen Umständen seine Glaubwürdigkeit als Hüter der Rechtsordnung, und zwar auch dann, wenn die Entscheidung materiell rechtmäßig war, weil die Maßnahme unter Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe hätte angeordnet werden können.³⁵

Zweifel bestehen allerdings bei der Annahme des Gerichts, dass insbesondere der Verstoß gegen einen verfassungsrechtlich angeordneten Richtervorbehalt i.S.d. Art. 13 Abs. 2 GG ein Verwertungsverbot auslöst. Dieses Argument erweckt den Anschein, als würde ein Verstoß gegen einen einfachgesetzlichen Richtervorbehalt etwa bei einer Blutentnahme i.S.d. § 81a StPO oder Telefonüberwachung gem. §§ 100a, 100b StPO möglicherweise kein Beweisverwertungsverbot auslösen.

Der Richtervorbehalt entfaltet – wie bereits dargelegt – eine gesetzeswahrende Funktion. Diese Schutzfunktion ist aber aufgrund der oben beschriebenen Doppelbelastung für alle beweissichernden strafprozessualen Grundrechtseingriffe von Relevanz. Darüber hinaus ist zu beachten, dass den Verfassern des Grundgesetzes aufgrund der historischen Erfahrung zwar der Missbrauch von Wohnungsdurchsuchungen bekannt war, Eingriffsbefugnisse in die körperliche Integrität i.S.d. Art. 2 Abs. 2 GG, wie z.B. die Blutentnahme gem. §§ 81a, 81c StPO, jedoch erst später an Bedeutung gewonnen haben. Dies gilt insbesondere auch für die DNA-Identitätsfeststellung, die erst aufgrund des medizinischen Fortschritts Eingang in die StPO gefunden hat. Auch der im Hinblick auf Art. 10 Abs. 2 GG relevante Einsatz technischer Überwachungsmaßnahmen und der daraus resultierende Missbrauch war den Mitgliedern des Parlamentarischen Rates im Jahr 1949 noch nicht bekannt. Diese Überlegungen verdeutlichen, dass strafprozessuale Grundrechtseingriffe in Art. 13 GG – nach heutiger Erkenntnis – nicht schwerwiegender bzw. schützenswerter sind als strafprozessuale Maßnahmen, die andere Grundrechte tangieren. Aus der Tatsache, dass andere Grundrechte keinen verfassungsrechtlichen Richtervorbehalt vorsehen, kann also kein Rückschluss für oder gegen die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes geschlossen werden.³⁶

V. Ausblick

Für die Praxis ist zu hoffen, dass die Strömungen, die den Richtervorbehalt stärken wollen, neuen Aufwind erhalten und die erodierenden willkürlichen Annahmen von Gefahr im

Verzug in Zukunft nachhaltige Konsequenzen in Form von Beweisverwertungsverboten auslösen werden.

Für die Ausbildung ist die Entscheidung in ihrer Eignung als Grundlage einer strafprozessualen Zusatzaufgabe von Bedeutung. Doch darin erschöpft sich ihr Potential nicht. Strafprozessuale Verfahrensverstöße lassen sich darüber hinaus in materiell-rechtliche Fragestellungen einkleiden, etwa indem nach der Strafbarkeit der Polizisten gefragt wird, die unter Verstoß gegen den Richtervorbehalt eine Wohnung durchsuchen oder eine Blutentnahme durchführen. Hier kommt eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung, Freiheitsberaubung oder Hausfriedensbruch in Betracht. Sollte sich der Beschuldigte gegen diese rechtswidrige Beweiserhebung wehren, so ist im Regelfall eine Körperverletzung zu prüfen, und dabei insbesondere das Notwehrrecht gegen Akte hoheitlicher Gewalt zu problematisieren.³⁷ Darüber hinaus ist eine Strafbarkeit des Beschuldigten wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte nach § 113 StGB zu untersuchen. Große Bedeutung erlangt sowohl im Zusammenhang mit § 113 StGB als auch mit dem Notwehrrecht der nicht ganz unumstrittene strafrechtliche Rechtmäßigkeitsbegriff, der indes jüngst vom BVerfG bestätigt wurde.³⁸

Wiss. Assistentin Dr. Janique Brüning, Hamburg

³⁵ Brüning, HRRS 2007, 250 (252).

³⁶ Brüning, HRRS 2007, 250 (254 f.).

³⁷ Vgl. dazu Rönna/Hohn, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 116 ff.

³⁸ BVerfG NVwZ 2007, 1180 ff.