

StA b. BGH Dr. Gerwin Moldenhauer und RiOLG Marc Wenske*

Aktuelle Entwicklungen der Rechtsprechung zur Gefahr in Verzug

Der folgende Beitrag stellt aktuelle, examensrelevante Entscheidungen zur Gefahr in Verzug vor. In der gebotenen Kürze werden deren strafprozessualer Kontext skizziert, eine Lösungsstruktur vorgeschlagen und prüfungsrelevante sowie – namentlich mit Blick auf die mündliche Prüfung – rechtspraktische Anschlussfragen dargestellt. Aus Gründen der Übersichtlichkeit beschränkt sich der Beitrag weitgehend auf Nachweise der im Examen zugelassenen Kommentare und einzelne Hinweise auf Vertiefungsmöglichkeiten in der Ausbildungsliteratur.

A. ALLGEMEINES PRÜFUNGSWISSEN ZUR „GEFAHR IN VERZUG“

Seitdem das BVerfG den Richtervorbehalt aus Art. 13 II GG, § 105 I StPO im Jahre 2001 gestärkt und die Anforderungen an die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden („Gefahr in Verzug“) betreffend sämtliche strafprozessuale Zwangsmaßnahmen (vgl. etwa § 105 I, § 81 a II, § 100 b StPO) klar konturiert hat,¹ gelten hiermit verbundene Klausurfragestellungen als „Klassiker“.² Zum **unentbehrlichen Prüfungswissen** zählt seither:

- „Gefahr in Verzug“ (Art. 13 II GG, § 105 I StPO) liegt grundsätzlich dann vor, wenn das mit einer vorherigen Einholung der richterlichen Anordnung verbundene Zuwarten den Erfolg der Ermittlungsmaßnahme gefährden würde.
- Der Begriff der „Gefahr in Verzug“ ist sowohl Tatbestandsmerkmal als auch verfassungsrechtlicher Begriff und unterliegt der umfassenden – auch verfassungsgerichtlichen – Überprüfung.
- Das Tatbestandsmerkmal ist eng auszulegen, die – nicht an eine bestimmte Form gebundene³ – richterliche Anordnung einer Durchsuchung ist die Regel, die nichtrichterliche die Ausnahme.
- Die ausnahmsweise Annahme von „Gefahr im Verzug“ muss mit Tatsachen begründet werden, die auf den Einzelfall bezogen sind. Reine Spekulationen, hypothetische Erwägungen oder lediglich auf kriminalistische Alltagserfahrung gestützte, fallunabhängige Vermutungen reichen nicht aus.⁴
- Ob ein angemessener Zeitraum zur Verfügung steht, innerhalb dessen eine Entscheidung des zuständigen Richters erwartet werden kann, oder ob bereits eine zeitliche Verzögerung wegen des Versuchs der Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde und daher eine nichtrichterliche Durchsuchungsanordnung ergehen darf, haben die Ermittlungsbehörden nach der Konzeption des Art. 13 II GG zunächst selbst zu prüfen. Dabei haben sie die von der Verfassung vorgesehene „Verteilung der Gewichte“, nämlich die Regelzuständigkeit des Richters, zu beachten.
- Hiermit unvereinbar ist es, mit dem Antrag auf Erlass einer Durchsuchungsanordnung derart lange zuzuwarten, bis die Gefahr eines Beweismittelverlusts eingetreten ist.

Durch die Ermittlungsbehörden herbeigeführte tatsächliche Voraussetzungen können ihre Eilkompetenz nicht begründen.

- Gerichte und Strafverfolgungsbehörden haben im Rahmen des Möglichen tatsächliche und rechtliche Vorkehrungen zu treffen, damit die in der Verfassung vorgesehene Regelzuständigkeit des Richters auch in der Masse der Alltagsfälle gewahrt bleibt (etwa Einrichtung eines staatsanwalt-schaftlichen und amtsgerichtlichen Eildienstes auch zur Nachtzeit).⁵
- Auslegung und Anwendung des Begriffs „Gefahr im Verzug“ unterliegen einer unbeschränkten gerichtlichen Kontrolle.⁶ Die Gerichte sind allerdings gehalten, der besonderen Entscheidungssituation der nichtrichterlichen Organe mit ihren situationsbedingten Grenzen von Erkenntnis-möglichkeiten Rechnung zu tragen.
- Eine wirksame gerichtliche Nachprüfung der Annahme von „Gefahr im Verzug“ setzt voraus, dass sowohl das Ergebnis als auch die Grundlagen der Entscheidung im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Durchsuchungsmaßnahme in den Ermittlungsakten dokumentiert werden.

B. AKTUELLE VERFASSUNGSGERICHTLICHE FORTENTWICKLUNG

Diese verfassungsgerichtlichen Maßgaben wurden seitdem weiterentwickelt und ausdifferenziert.⁷ Einen erkennbar nur vorläufigen Schlusspunkt setzte der für das Strafprozessrecht zuständige Zweite Senat des BVerfG mit seinem Beschluss aus dem Juni 2015.⁸

I. Verfahrenskonstellation

Zugrunde lagen dem Senatsbeschluss mehrere – verbundene⁹ und hier freilich nur abstrahiert beschriebene – Verfassungsbeschwerden gegen Wohnungsdurchsuchungen, die auf die Annahme von „Gefahr in Verzug“ – also die ermittelungsbehördliche Eilkompetenz – gestützt waren. Die Staatsanwaltschaft hatte jeweils die zuständigen Ermittlungsrichter telefonisch kontaktiert und jeweils einen Antrag auf Erlass

* Der Verfasser *Moldenhauer* ist StA beim BGH und Lehrbeauftragter der Freien Universität Berlin; der Verfasser *Wenske* ist Mitglied des 1. Strafsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg und zugleich Ermittlungsrichter dieses Gerichts. Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung der Verf. wieder.

1 BVerfGE 103, 142 = JuS 2001, 701; Besprechung bei *Dalemann/Heuchemer* JA 2003, 430 sowie *Brüning/Ostendorf* JuS 2001, 1063; ferner *Kaiser/Bracker*, Die Staatsanwaltsklausur im Assessorexamen, 5. Aufl. 2016, Rn. 119.
 2 Vgl. hierzu etwa *Jäger* JA 2016, 710.
 3 Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, StPO, 59. Aufl. 2016, StPO § 105 Rn. 3.
 4 Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt (Fn. 3) StPO § 105 Rn. 5 a.
 5 BVerfG NJW 2005, 1637; Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt (Fn. 3) StPO § 105 Rn. 2 a.
 6 Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt (Fn. 3) StPO § 105 Rn. 16.
 7 Vgl. nur die Nachweise bei Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt (Fn. 3) StPO § 105 Rn. 2 ff. und zuletzt BVerfG BeckRS 2016, 50709 zur Begründung eines Tatverdachts durch anonyme Hinweise sowie BVerfG NJW 2016, 1645 zur Auffindungsvermutung im Rahmen von § 103 StPO.
 8 BVerfGE 139, 245 = NJW 2015, 2787 = JuS 2015, 1135 mit zust. Anm. *Jahn; Grube* NStZ 2015, 534; *Rabe v. Kühlewein* NStZ 2015, 618.
 9 Vgl. hierzu *Jahn* JuS 2015, 1135.

eines Durchsuchungsbeschlusses gestellt. Diese hatten indes in jedem Fall erklärt, „ohne Vorlage einer Ermittlungsakte keine Entscheidung über die beantragte Durchsuchungsanordnung treffen zu können.“¹⁰ Diese Begründung für eine verweigerte richterliche Entscheidung über den Antrag der Staatsanwaltschaft begegnete in sämtlichen anhängigen Fällen aus verfassungsgerichtlicher Sicht durchgreifenden Bedenken.

II. Würdigung durch das BVerfG

Im **Ausgangspunkt** rief der Senat die vorstehend dargestellten verfassungsgerichtlichen Maßgaben in Erinnerung (vgl. A.) und führte abermals aus, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen der „Gefahr in Verzug“ nur dann gegeben seien, wenn eine richterliche Anordnung nicht mehr eingeholt werden könne, ohne dass durch das hiermit verbundene Zuwarten der Zweck der Zwangsmaßnahme gefährdet werde. Ob dies der Fall sei, hätten die Ermittlungsbehörden unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zunächst eigenverantwortlich selbst zu prüfen. Weiter rief der Senat die verfassungsgerichtliche Lesart in Erinnerung, der zufolge die Vorlage schriftlicher Unterlagen durch die Staatsanwaltschaft zur Herbeiführung einer richterlichen Anordnung nicht ausnahmslos erforderlich sei.¹¹ Jedenfalls in „einfach gelagerten Fällen, in denen allein aufgrund der mündlichen Darstellung des Sachverhalts eine sachangemessene Entscheidung möglich ist, würde ein solches Erfordernis weder der gesetzlichen Intention noch der Bedeutung des Richtervorbehalts für den Grundrechtsschutz des Einzelnen gerecht“.¹² Diese bereits eingeführten Maßgaben wurden durch das BVerfG nunmehr in **rechtspraktisch besonders bedeutsamer Weise ergäntzt**.¹³

- Wird der zuständige Richter mit einem Durchsuchungsantrag **befasst**, ist er – auch mit Blick auf das staatliche Strafverfolgungsinteresse (Rn. 94) – verpflichtet, den Antrag unter allen relevanten Gesichtspunkten **umgehend** zu prüfen und eine eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen. Diese Prüfungs- und Entscheidungszuständigkeit beschränkt sich nicht auf die Feststellung eines abschließenden Ergebnisses in Form der Anordnung der beantragten ermittelungsrichterlichen Maßnahme oder deren Ablehnung. Vielmehr hat der zuständige Richter auch darüber zu befinden, wie lange er den Antrag prüft, ob es vor seiner Entscheidung weiterer Sachaufklärung bedarf und in welcher Form ihm die Entscheidungsgrundlagen vermittelt werden sollen (Rn. 87).
- Mit der Befassung des zuständigen Ermittlungsrichters durch die Stellung eines Antrags auf Erlass einer Durchsuchungsanordnung und der dadurch eröffneten Möglichkeit präventiven Grundrechtsschutzes durch den Richter **endet die Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft und ihrer Ermittlungspersonen** (Rn. 87).
- Die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden kann nur dann **neu begründet** werden, wenn nach der Befassung des Richters tatsächliche Umstände eintreten oder bekannt werden (**nova**), die sich nicht aus dem Prozess der Prüfung und Entscheidung über diesen Antrag ergeben, und hierdurch die Gefahr eines Beweismittelverlusts in einer Weise begründet wird, die der Möglichkeit einer rechtzeitigen richterlichen Entscheidung entgegensteht (**überholende Kausalität**; Rn. 95).

III. Rechtspraktische Konsequenzen

Die vorstehend dargestellten – vom Schrifttum wohl über-

wiegend geteilten¹⁴ – verfassungsgerichtlichen Maßgaben haben rechtspraktisch zu einer erheblichen Verunsicherung der Strafverfolgungsbehörden geführt. Im Zentrum steht die Frage, ab wann und wodurch ein die Eilzuständigkeit grundsätzlich ausschließendes „**Befassen**“ des Ermittlungsrichters vorliegt. Reicht hierzu etwa bereits die Anfrage, ob dieser zeitnah über einen Antrag entscheiden kann, ohne dass dieser Antrag bereits ausdrücklich gestellt wird? Was sind neue Umstände, die ein Wiederaufleben der Eilkompetenz begründen können? Und: Wie können die bemerkenswert weitreichenden Konsequenzen der Senatsentscheidung vermieden werden? Denn wird der Ermittlungsrichter erst einmal „befasst“ und entscheidet er gleichwohl nicht in der von der Staatsanwaltschaft erwarteten Zeitspanne, so vermag nach den vorstehenden verfassungsgerichtlichen Maßgaben allein der durch seine Befassung eingetretene Zeitablauf nicht zu einem Wiederaufleben der ermittelungsbehördlichen Eilkompetenz führen. Im Äußersten steht in diesen Fällen daher – vom BVerfG gesehen und ausdrücklich gebilligt¹⁵ – ein Verfahrensstillstand oder gar die Gefährdung eines Tatnachweises insgesamt für den Fall eines eintretenden Beweisverlustes zu besorgen, da die Staatsanwaltschaft hierdurch gezwungen ist, einen Beweismittelverlust „sehenden Auges“ hinzunehmen. Bereits heute ist daher absehbar, dass die Auslegung des „Befassens“ im Lichte der Entscheidung des BVerfG die Fachgerichte beschäftigen und Stoff für Diskussionen in Gerichtskantinen oder mündlichen Prüfungen bieten wird.

C. ANWENDUNG AM BEISPIEL DER ENTSCHEIDUNG DES OLG OLDENBURG BECKRS 2016, 13296

Die aufgeworfenen Fragestellungen sollen exemplarisch anhand einer Entscheidung des OLG Oldenburg vorgeführt werden.

I. Verfahrensgeschehen¹⁶

Dem Beschuldigten sollte am Nachmittag des 15.2.2015 eine Blutprobe nach § 81 a StPO wegen des Verdachts der Trunkenheit im Straßenverkehr (§ 316 StGB) entnommen werden. Hierin willigte er nach polizeilicher Belehrung über die Entnahme nicht ein.¹⁷ Der eingeschaltete Staatsanwalt versuchte sodann, einen richterlichen Beschluss über die Blutprobenentnahme zu erwirken. Zu diesem Zweck rief er zunächst beim Bereitschaftsrichter am AG M. an. Dort wurde er unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des LG O., wonach das AG O. für die Anordnung der Blutprobenentnahme zuständig sei, an das AG O. verwiesen. Der dortige Bereitschaftsrichter teilte ihm mit, dass er sich selbst nicht für zuständig halte, sondern dass vielmehr das AG M. zuständig sei und er sich daher der Sache nicht annehmen werde. Nachdem beide Richter die Anordnung der Blutentnahme abgelehnt hatten und seit der ersten Kontrolle bereits etwa eine Stunde verstrichen war, ordnete der

¹⁰ BVerfG 2016, 2787 (2788).

¹¹ Hierzu bereits BVerfG NJW 2010, 2664 (2666).

¹² BVerfG NJW 2015, 2787 (2790).

¹³ Vgl. hierzu auch die Hinweise bei Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt (Fn. 3) StPO § 105 Rn. 2 b.

¹⁴ Vgl. nur Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt (Fn. 3) StPO § 105 Rn. 2 b; Beck-OK StPO/Hegemann, Beck'scher Online-Kommentar StPO, 25. Ed. 1.7.2016, StPO § 105 Rn. 6.

¹⁵ BVerfG NJW 2015, 2887 (2792) Rn. 94; *Bittmann* NJW 2015, 2794; *Grube* NStZ 2015, 529 (532); *Rabe v. Kühlewein* NStZ 2015, 618.

¹⁶ Hier aus didaktischen Gründen abgewandelt und stark gekürzt.

¹⁷ Zum Wegfall der Anordnungsnotwendigkeit nach § 81 a II StPO im Falle des Einverständnisses vgl. nur Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt (Fn. 3) StPO § 81 a Rn. 3.

Staatsanwalt die Blutentnahme selbst an, welche durchgeführt und der Verurteilung des späteren Angeklagten zugrunde gelegt wurde (§ 261 StPO).

II. Lösung des Oberlandesgerichts

Nach Ansicht des OLG Oldenburg unterliegen die Erkenntnisse aus der im Wege von „Gefahr in Verzug“ durchgeführten Blutprobenentnahme einem Beweisverwertungsverbot. „Nachdem er ... die Richter, die für die Entscheidung in Frage kamen ... erreicht hatte“, endete seine (staatsanwaltschaftliche) Eilkompetenz. „Sie lebte auch nach der Weigerung der angerufenen Richter, sich mit der Sache zu befassen, nicht wieder auf.“ Vor diesem Hintergrund sei die Zwangsmaßnahme willkürlich ohne richterliche Anordnung und damit unter „bewusstem Ignorieren des Richtervorbehalts oder gleichwertiger gröblicher Missachtung“ durchgeführt worden.¹⁸

III. Lösungsvorschlag

Die Entscheidung macht durch den ihr zugrunde liegenden negativen Kompetenzkonflikt auf besonders plakative Weise deutlich, welche Schwierigkeiten im Einzelfall mit der verfassungsgerichtlichen Maßgabe eines „Befassens“ des Ermittlungsrichters verbunden sind. Vorweg: Die Entscheidung des OLG Oldenburg überzeugt weder im Ergebnis noch in ihrer Begründung. Hierzu bieten sich – auch für die Klausur – folgende Prüfschritte an:

1. Rechtmäßigkeit der Zwangsmaßnahme

Außer Frage stehen hier – wie oftmals in Klausurkonstellationen – die **materiellen Voraussetzungen** der Zwangsmaßnahme nach § 81 a I StPO. Daher bietet es sich an, zum notwendigen Tatverdacht (Anfangsverdacht) sowie zur Frage der Verhältnismäßigkeit der konkret in Rede stehenden körperlichen Untersuchung im Urteilsstil knapp auszuführen, um eine umfassende Prüfung der Voraussetzungen der Zwangsmaßnahme bei gleichzeitiger fallbezogener Schwerpunktsetzung zu gewährleisten.

Als schwierig erweist sich hier erkennbar – wie oftmals in Klausursituationen – erst die **formelle Rechtmäßigkeit**. Zwar ist die Anordnung nicht an eine bestimmte Form gebunden; auch ist dem Beschuldigten vor Ort rechtliches Gehör zum bevorstehenden Eingriff gewährt worden (§ 33 StPO). Da hier aber keine richterliche Anordnung erging, ist fraglich, ob die Voraussetzungen für die staatsanwaltschaftliche Eilkompetenz – „Gefahr in Verzug“ – vorlagen. Dies ist nur dann anzunehmen, wenn die richterliche Anordnung nicht mehr eingeholt werden kann, ohne dass der Zweck der Maßnahme gefährdet wird. Hier ist vor dem Hintergrund der vorstehend dargelegten verfassungsrechtlichen Maßgaben allein zu prüfen, ob die Gerichte durch die Staatsanwaltschaft in einer zuständigkeitsbegründenden und die Eilkompetenz beendenden Weise „befasst“ wurden. Dabei ist zu konstatieren, dass das BVerfG selbst keine Deutung des Befassens vorgenommen hat, sondern in den von ihm behandelten Konstellationen davon ausgegangen ist, dass jedenfalls der Antrag auf Erlass einer richterlichen Anordnung zu einem Befassen führt.¹⁹ Da in dem vom OLG Oldenburg mitgeteilten Verfahrensgeschehen ein Antrag indes nicht ausdrücklich erwähnt wird, ist die Frage zu beantworten, ab wann bereits durch den bloßen *Versuch*, eine richterliche Anordnung „zu erlangen“ – ein ausdrücklicher Antrag aber noch nicht gestellt ist – von einem „Befassen“ auszugehen ist. Hierbei liegt es, namentlich mit Blick auf das vom BVerfG erstrebte Regel-

Ausnahme-Verhältnis zwischen richterlicher Anordnung und ermittelungsbehördlicher Eilkompetenz sowie der besonders herorgehobenen „verfassungsrechtlich vorgesehenen Verteilung der Gewichte“, zur Zeit nahe, *jede* Kontaktaufnahme zum Ermittlungsrichter ausreichen zu lassen, mit dem die Anordnung einer Zwangsmaßnahme in einem konkreten Verfahren erstrebt wird; im Einklang mit diesem – klausurtaktischen – Vorgehen steht auch die derzeit äußerst zurückhaltende Praxis der Staatsanwaltschaften (vgl. aber auch die nachstehende Bewertung, D). Das Befassen des Ermittlungsrichters führt dann grundsätzlich zum Wegfall staatsanwaltschaftlicher Eilkompetenz. Neue Tatsachen haben sich seit der letzten ermittelungsrichterlichen Entscheidung erkennbar nicht ergeben, sodass die Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft nicht wieder auflebte und sich die gleichwohl erfolgte Anordnung daher als rechtswidrig erweist.

2. Fehlerfolge einer rechtswidrigen Beweiserhebung

Der Strafprozessordnung sind Beweisverwertungsverbote als Reaktion auf einen rechtswidrigen Beweiserhebungsakt grundsätzlich fremd.²⁰ Mit Recht führt das OLG Oldenburg daher im Ausgangspunkt aus, dass „nicht jeder Verstoß gegen eine Beweiserhebungsvorschrift ein Verwertungsverbot zur Folge hat. Vielmehr ist diese Frage jeweils nach den Umständen des Einzelfalles, insbesondere nach der Art des Verbotes und seines Gewichtes sowie nach der Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden. Dabei bedeutet ein Beweiserhebungsverbot die Ausnahme von dem Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die von Bedeutung sind, die nur aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist.“²¹

Gemessen hieran ist für die vom Beschuldigten möglicherweise **begangene Straftat** festzuhalten, dass sie nicht unerhebliche Bedeutung hat, was durch den Strafrahmen und die Möglichkeit, eine Freiheitsstrafe zu verhängen, sowie durch § 69 II StGB – die regelhaft in Betracht kommende Maßregel einer Fahrerlaubnisentziehung – belegt wird. Das **Gewicht des Verfahrensverstößes** ist differenziert zu betrachten („Erfolgsunrecht“). Zunächst ist zu prüfen, welches Gewicht den durch den Verfahrensverstoß betroffenen rechtlich verbürgten Positionen des Beschuldigten zukommt. Hierbei ist zu beachten, dass die hier fehlende richterliche Anordnung nicht grundgesetzlich abgesichert ist; es handelt sich allein um eine in § 81 a II StPO einfach-gesetzlich gewährleistete Verfahrensgarantie.²² Weiterhin ist das **Handlungsunrecht** des anordnenden Beamten zu bestimmen. Dieser hat sich nicht etwa – gar von Beginn an – grob fahrlässig oder gar bewusst über den Richtervorbehalt hinweggesetzt, sondern hat diesen zunächst pflichtbewusst anerkannt und zwei Richter mit dem Fall befasst. Dass er trotz seiner hierdurch entfallenen Eilzuständigkeit die Maßnahme gleichwohl selbst angeordnet hat, verleiht seinem Handeln jedenfalls nicht den Charakter einer bewussten Umgehung. Ihm konnte die erst etwa ein Jahr später ergangene Verfassungsgerichtsentscheidung nicht bekannt sein. Etwaige Dokumentations-

18 OLG Oldenburg BeckRS 2016, 13296.

19 Vgl. BVerfG NJW 2015, 2887 Rn. 82, 83, 87, 92, 94.

20 Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt (Fn. 3) StPO Einl. Rn. 55 a.

21 OLG Oldenburg BeckRS 2016, 13296; ferner hierzu Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt (Fn. 3) StPO Einl. Rn. 55 a.

22 So auch BVerfG NJW 2015, 2887 Rn. 66.

mängel sind ebenfalls nicht erkennbar.²³ Vor dem Hintergrund dieser Abwägung²⁴ erzwingt der Rechtsfehler nach Ansicht der *Verf.* – entgegen dem OLG Oldenburg und bei entsprechender Argumentation in der Prüfung – nicht die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes,²⁵ sodass sich die hieran etwa anknüpfende Frage, ob ein Angeklagter der Verwertung der rechtswidrigen erlangten Erkenntnisse bis zum Zeitpunkt des § 257 StPO widersprechen muss, hier nicht stellt.²⁶

D. BEWERTUNG UND AUSBLICK

Die exemplarisch dargestellte Entscheidung des OLG Oldenburg zeigt auf, welche Unsicherheiten in der Rechtspraxis derzeit vor dem Hintergrund der jüngsten Senatsentscheidung des BVerfG bestehen.

I. Beweisverwertungsverbot als Ausnahmefehlerfolge

Zunächst wird deutlich, dass der Abwägung der im Einzelfall bei der Prüfung eines Beweisverwertungsverbots widerstreitenden Interessen erhebliche Bedeutung zukommt. Sie darf nicht schematisch vorgenommen werden; der vorschnelle Schluss auf ein objektiv willkürliches Verhalten der Ermittlungsbehörden kann den Blick auf wichtige Umstände des Einzelfalles verstellen. Ein willkürliches Verhalten der Ermittlungsbehörden liegt nach Ansicht der *Verf.* insbesondere dann fern – und wird auch nicht etwa vom BVerfG in seiner Entscheidung aus dem Juli 2015 dekretiert –, wenn die Ermittlungsbehörden ihre Sensibilität für den Richtervorbehalt durch eine Kontaktaufnahme zum Richter erkennen lassen, weiter ihren Dokumentationspflichten²⁷ nachkommen und hierbei sogar ein Staatsanwalt handelt.

II. Das „Befassen“ als Aufgabe der Fachgerichte

Das OLG Oldenburg hat aber überdies die Gelegenheit versäumt, dem vom BVerfG in die Regelungssystematik ermittelungsbehördlicher Eilkompetenz eingeführten – nunmehr zentralen – Begriff des „Befassens“ näher zu konturieren. Anlass hierzu hätte schon die von den Gerichten zu gewährleistende Rechtssicherheit für die Ermittlungsbehörden gegeben; hier ist derzeit eine nahezu ängstliche Unsicherheit zu beobachten. Erst recht aber lassen sich den Entscheidungsgründen des BVerfG selbst Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass die Fachgerichte diese Frage – freilich im Lichte der verfassungsgerichtlichen Entscheidungsgründe – auszudeuten haben. Wie aber könnte ein Begriffsverständnis aussehen, welches einerseits die verfassungsgerichtlichen Maßgaben wirkmächtig umsetzt, und andererseits die notwendige Rechtsklarheit für eine effektive, nicht zu Strafverfolgungslücken führende und am verfassungsrechtlichen Abwägungstypus der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege orientierten Rechtsanwendung bietet? In der hier gebotenen Kürze nur soviel:

1. „Befassen“ als Prozesshandlung

Die Entscheidungsgründe des BVerfG selbst geben zunächst einen Fingerzeig für eine rechtspraktisch mögliche und verfassungsrechtlich dem Vorrang des Ermittlungsrichters Rechnung tragende Lösung. Denn sämtlichen verbundenen Verfassungsbeschwerden gingen jeweils Prozesserkklärungen der Staatsanwaltschaft voraus (Anträge auf Erlass von Durchsuchungsbeschlüssen), mit denen sie jeweils die richterliche Prüfung der Anordnungsvoraussetzungen **erwirkte**.²⁸ Schon vor diesem Hintergrund ist es nicht etwa fernliegend anzunehmen, dass für das BVerfG der Antrag als **prozessuale**

Erwirkungshandlung²⁹ der Staatsanwaltschaft für das „Befassen“ des Ermittlungsrichters konstitutiv gewesen ist. Hierfür spricht überdies, dass sich der Senat einer strafprozessualen Begrifflichkeit bedient, die etwa im **Strafvollstreckungsrecht** für die örtliche Zuständigkeit maßgeblich ist. So ist nach § 462 a I 1 StPO die Strafvollstreckungskammer zuständig, in deren Bezirk die Strafanstalt liegt, in die der Verurteilte zu dem Zeitpunkt aufgenommen ist, in dem das Gericht mit der Sache befasst ist. Das „Befassen“ des Vollstreckungsgerichts beginnt nach allgemeiner strafvollstreckungsrechtlicher Ansicht in den Fällen, in denen keine Entscheidung von Amts wegen veranlasst ist³⁰, mit dem Eingang eines entsprechenden Antrags bei Gericht.³¹ Angesichts dessen erscheint der begriffliche Anknüpfungspunkt des BVerfG gerade nicht zufällig und es drängt sich auf, die hierzu ergangene und gefestigte fachgerichtliche Rechtsprechung im Lichte der verfassungsgerichtlichen Maßgaben zum Richtervorbehalt fruchtbar zu machen. Dies gilt erst recht mit Blick auf die moderne Lehre von den Prozessvoraussetzungen.³² Dieser ist der Begriff eines **Befassungsverbots** bekannt. Danach ist einem Gericht, etwa im Falle fehlender Zuständigkeit,³³ eine inhaltliche Befassung mit der Sache wegen einer dauerhaft fehlenden Verfahrensvoraussetzung schlicht verboten.

2. Rechtssicherheit und Handlungsfähigkeit

Diese rechtlichen Anknüpfungspunkte eröffnen auch für die vom OLG Oldenburg entschiedene Verfahrenskonstellation einen die notwendige Rechtssicherheit für die beteiligten Behörden vermittelnden Lösungsweg. Denn selbst wenn man in der – vom OLG Oldenburg nicht präziser ausgeführten – ersten Kontaktaufnahme zwischen Ermittlungsorgan und dem Ermittlungsrichter des AG M. einen Antrag auf Erlass einer richterlichen Anordnung nach § 105 StPO erblickte, könnte dieser nicht den Wegfall ermittelungsbehördlicher Eilkompetenz bewirken. Wäre dieser Ermittlungsrichter nämlich tatsächlich sachlich unzuständig gewesen, wäre ihm mit Blick auf das dann bestehende Befassungsverbot jede Entscheidung in dieser Sache verboten gewesen. Dann aber hätten die Ermittlungsbehörden weder ihre Eilkompetenz noch ihre Befugnis, einen weiteren Richter mit der nämlichen Sache zu „befassen“, verloren. Die gegenteilige Ansicht müsste den Ermittlungsbehörden – in einer mit dem Gebot einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege nicht zu vereinbarenden Weise – auch im Falle einer Antragsstellung beim unzuständigen Gericht jede weitere Handlungsbefugnis versagen. Dies würde namentlich die besonders praxisrelevanten Fälle erfassen, in denen der Bereitschaftsstaatsanwalt etwa eine veraltete Liste des richterlichen Bereitschaftsdienstes vorliegen hat und – nachts – den sachlich unzuständigen Richter „befasst“. Da im Fall des OLG Oldenburg aber beide Ermittlungs-

23 Hierzu BVerfG NJW 2015, 2887 (2792).

24 Anders als in der Konstellation des OLG Oldenburg mag im hier gebildeten Fall noch berücksichtigt werden, dass die Anordnung hier ein Staatsanwalt getroffen hat und die Eingriffstiefe daher nicht so schwer wiegt, als wenn ein juristisch nicht umfassend geschulter Polizeibeamter die Anordnung getroffen hätte.

25 So auch *Ventzke* NSTZ 2016, 747 (751).

26 Vgl. hierzu Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt (Fn. 3) StPO § 81 a Rn. 34.

27 Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt (Fn. 3) StPO § 105 Rn. 3.

28 BVerfG NJW 2015, 2887 Rn. 82, 83, 87, 92, 94.

29 Vgl. hierzu nur Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt (Fn. 3) StPO Einl. Rn. 95.

30 Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt (Fn. 3) StPO § 462 a Rn. 10; LR/Graalmann-Scheerer, StPO, 26. Aufl. 2006 ff., StPO § 462 a Rn. 15.

31 LR/Graalmann-Scheerer (Fn. 29) StPO § 462 a Rn. 16; KK-StPO/AppI, Karlsruher Kommentar zur StPO, 7. Aufl. 2013, StPO § 462 a Rn. 18.

32 Vgl. auch hierzu nur Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt (Fn. 3) StPO Einl. Rn. 143.

33 Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt (Fn. 3) StPO Vor § 7 Rn. 7.

richter ein Befassungsverbot angenommen und jede Entscheidung in der Sache abgelehnt hatten, ging den Ermittlungsbehörden – entgegen der Ansicht des OLG Oldenburg – ihre Eilkompetenz zu keiner Zeit an einen „befassten“ Richter verloren.³⁴

3. Umgehungsgefahren?

Diesem Begriffsverständnis kann nicht mit Erfolg entgegen gehalten werden, dass es den Ermittlungsrichtern faktisch die Möglichkeit belässt, auch bei „einfachen Sachverhalten“ auf eine Aktenübersendung zu bestehen und dieserart – vorgeblich – den Richtervorbehalt zu desavouieren. Zunächst hat es die Staatsanwaltschaft in der Hand, den vorgeblich „unwilligen“ Richter durch einen Antrag zu befassen und auch weiterhin nicht zu schonen; mag dies auch wegen einer im Einzelfall verweigerten mündlichen Entscheidung den Beweismittelverlust besorgen lassen. Freilich: Das hier vertretene Rechtsverständnis könnte dazu führen, dass die Anklagebehörde – ohne einen ausdrücklichen Antrag an den Ermittlungsrichter zu stellen – vorab aufklärt, ob dieser zureichend Zeit hat, um die Voraussetzungen der begehrten Zwangsmaßnahme zu prüfen; verneint dieser – etwa wegen vordringlicherer (Haft-)Sachen – und steht auch ein Vertreter in der von der Staatsanwaltschaft als geboten angesehenen Zeitspanne nicht bereit, ist diese – wegen des ihr durch das Legalitätsprinzip zugeschriebenen Wächteramts³⁵ – verantwortlich und verpflichtet, die Maßnahme selbst anzuordnen und hierbei sämtlichen Dokumentationspflichten zum Zwecke nachträglicher Überprüfbarkeit der Annahme ihrer Zuständigkeit zu entsprechen. Anhaltspunkte für eine Umgehung oder Entwertung des Richtervorbehalts vermittelt dieses, den Vorrang der richterlichen Anordnungskompetenz gerade anerkennende und durch die notwendige Rechtsklarheit einem Stillstand der Strafrechtspflege im Einzelfall gerade vorbeugende Vorgehen nicht.³⁶

4. Nicht zuletzt: effektive richterliche Kontrolle ohne Aktenvorlage?

Schließlich: Das BVerfG hebt aktuell abermals die besondere rechtsstaatliche Bedeutung des Richtervorbehalts hervor. Es betont mit Recht, dass insbesondere das bestehende Rechtsschutzbedürfnis des über eine drohende Zwangsmaßnahme in Unkenntnis belassenen Beschuldigten (§ 33 IV StPO)³⁷ eine eigenverantwortliche richterliche Überprüfung der Er-

mittlungen erfordert,³⁸ die gerade auf eine **vorbeugende Kontrolle** der Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz abzielt.³⁹ Wie diese präventive Kontrolle aber – selbst bei vermeintlich einfach gelagerten Sachverhalten – ohne objektivierbare und dokumentierte Ermittlungsergebnisse gelingen soll, bleibt weiterhin verfassungsgerichtlich unbeantwortet. Das BVerfG scheint davon auszugehen, dass sich der Richter schlicht auf die Angaben der Ermittlungsbehörden verlassen muss. Kann solches aber wirklich den zugleich hochgehaltenen **eigenverantwortlichen** richterlichen Rechtsschutz meinen? Liegt die Annahme einer solchen Vertrauensbeziehung im Verhältnis zwischen der Staatsanwaltschaft und ihren exekutivischen Ermittlungspersonen nicht viel näher (§ 152 GVG)? Und nicht zuletzt: Wenn das BVerfG wirklich einen Schwenk – weg vom Rechtsschutzrichter⁴⁰, hin zum „ermittelnden“ Richter⁴¹ – vorgenommen haben sollte, was hätte das für die – bisher neutrale – Stellung des Ermittlungsrichters insgesamt, etwa bei Zeugenvernehmungen und bei der Belehrung zeugnisverweigerungsberechtigter Zeugen sowie für Fragen der Verwertbarkeit richterlicher Vernehmungen trotz § 252 StPO, zur Folge? Darf er – ja muss er im Sinne einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege – diesen Zeugen fortan den Sinn eines Verzichts auf § 52 StPO nahelegen? Es bleibt vieles durch die Fachgerichte zu klären.⁴²

34 Soweit im Strafvollstreckungsrecht als mit der Sache befasstes Gericht auch ein möglicherweise zuständiger Spruchkörper verstanden wird, ist diese Auslegung durch die Besonderheiten des Strafvollstreckungsrechts und der durch § 462 a I StPO auch abgesicherten grundrechtsgleichen Garantie auf den gesetzlichen Richter zu erklären (vgl. nur LR/*Graalmann-Scheerer* [Fn. 29] StPO § 462 a Rn. 17 ff.); im Rahmen des Richtervorbehalts sind vergleichbare Erwägungen nicht geboten.

35 Vgl. BVerfGE 133, 168 Rn. 91 ff.; Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt (Fn. 3) StPO Einl. Rn. 87.

36 Vgl. in diesem Sinne jüngst auch OLG Köln BeckRS 2016, 20547.

37 BVerfG NJW 2015, 2887 Rn. 59.

38 BVerfGE 96, 44 (51).

39 BVerfG NJW 2005, 1637; ferner nur SK-StPO/*Wohlers/Jäger*, Systematischer Kommentar StPO, 5. Aufl. 2016, StPO § 105 Rn. 17 mwN; NK-GG/*Hörnig*, Nomos Kommentar GG, 11. Aufl. 2016, GG Art. 13 Rn. 12.

40 Vgl. hierzu SK-StPO/*Wohlers/Jäger* (Fn. 37) StPO § 105 Rn. 16 mwN.

41 So *Rabe v. Kühlewein* NStZ 2015, 618 (623).

42 So waren erst jüngst besonders examensrelevante Fragen der ermittlungsbehördlichen Eilkompetenz wieder Gegenstand auch höchstrichterlicher Rspr. Hingewiesen werden soll daher ergänzend an dieser Stelle auf BGH BeckRS 2016, 11272, hierzu *Jäger* JA 2016, 710 (grobe Verkennung des Richtervorbehalts); BGH NStZ 2016, 551 mAnm *Schneider*; OLG Düsseldorf BeckRS 2016, 13617 (gröbliche Missachtung des Richtervorbehalts); vgl. ferner den Beitrag zum Themenkreis von *Mosbacher* in JuS 2016, 706.