

Stellungnahme zu dem Gutachten des 1. Strafsenats des Oberlandesgerichts Rostock vom 23.08.2001

von RiAG Dr. Daniel Wache, Bergen / Rügen

1. Gutachten des 1. Strafsenats

Das Gutachten des 1. Strafsenats gelangt zu dem Ergebnis, daß der Ermittlungsrichter rund um die Uhr erreichbar sein müsse. Dies wird wie folgt begründet: Eine Ermittlungsmaßnahme müsse in der Regel durch den Richter angeordnet werden. Dabei handle es sich nicht um ein normatives Regel-Ausnahme-Verhältnis; vielmehr solle im Rahmen des Möglichen sichergestellt werden, daß es in der Masse der Alltagsfälle bei der Regelzuständigkeit des Richters bleibe. Durch die Strafverfolgungsbehörden müsse regelmäßig versucht werden, eine Anordnung des zuständigen Richters zu erlangen. Eine Ausnahme hiervon könne es nur dann geben, wenn schon die zeitliche Verzögerung wegen eines solchen Versuchs den Erfolg der Maßnahme gefährden würde. Dagegen dürfe eine Maßnahme nicht schon deshalb ohne richterliche Anordnung erfolgen, weil zu einem bestimmten Zeitpunkt eine richterliche Entscheidung nicht zu erlangen sei. Der Ermittlungsrichter müsse aus diesen Gründen rund um die Uhr erreichbar sein.

Mit dieser Begründung lehnt das Gutachten sich an ein Urteil des BVerfG vom 20.02.01 (NJW 01,1121) an. Es dehnt die in dieser Entscheidung für Durchsuchungen entwickelten Grundsätze jedoch auf alle Ermittlungsmaßnahmen aus, die - außer bei Gefahr im Verzug - der richterlichen Anordnung bedürfen.

Die vom 1. Strafsenat gegebene Begründung ist insofern Einwänden ausgesetzt, als sie keine Auslegungsalternativen erwähnt. Wenn man nur das Gutachten liest, erscheint die Auffassung des 1. Strafsenats als die zweifelsfrei allein richtige; andere Standpunkte scheinen weder vertreten zu werden noch vertretbar zu sein. Dies überrascht deshalb, weil im Gutachten des 1. Strafsenats im Ergebnis die Änderung eine jahrzehntelang (aus welchen Gründen?) für richtig gehaltenen Praxis gefordert wird. Ein Bereitschaftsdienst rund um die Uhr findet sich bei den Amtsgerichten bisher in der Regel nicht.

Im folgenden sollen Alternativen zu dem vom 1. Strafsenat vertretenen Standpunkt aufgezeigt und diskutiert werden. Eine abschließende Klärung ist nicht beabsichtigt.

2. normativer Ausgangspunkt

Das Grundgesetz äußert sich an zwei Stellen ausdrücklich dazu, wann Ermittlungsmaßnahmen der richterlichen Anordnung bedürfen. In Art.13 II GG heißt es: "Durchsuchungen dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzuge auch durch die in den Gesetzen vorgesehenen anderen Organe angeordnet und nur in der dort vorgeschriebenen Form durchgeführt werden." Ähnliche Regelungen finden sich in Art.13 III bis V GG für die Überwachung von Wohnungen durch "technische Mittel". Ferner ist in Art.104 II GG bestimmt, daß über Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung nur der Richter zu entscheiden hat. Ist zunächst jemandem ohne richterliche Anordnung die Freiheit entzogen worden, dann ist "unverzüglich eine richterliche Entscheidung herbeizuführen." Nach Art.104 III GG ist jeder wegen des Verdachts einer Straftat Festgenommene spätestens am Tag nach der Festnahme dem Richter vorzuführen.

In der StPO finden sich zahlreiche Vorschriften, nach denen bei „Gefahr im Verzug“ oder einer „Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung“ eine Maßnahme zunächst ohne richterliche Anordnung erfolgen darf (§§ 81a II; 98 I; 100 I; 100b I; 100d I; II StPO).

Für die Frage, wann der Richter entscheiden muß, ist also die Auslegung des Begriffs "Gefahr im Verzug" maßgeblich, welcher sowohl in der Verfassung als auch im einfachen Recht verwendet wird.

3. mögliche Definitionen der "Gefahr im Verzug"

Gefahr im Verzug liegt dann vor, wenn die richterliche Entscheidung nicht eingeholt werden kann, ohne daß der Zweck der Maßnahme gefährdet wird. Dies ist die allgemein anerkannte und im Ausgangspunkt unstrittige Definition (vgl. BVerfG NJW 79, 1539, 1540; Kleinknecht-Meyer/Goßner, StPO, 43. Aufl. § 98 Rn.6 m.w.N.).

Zweifelhaft und für die hier erörterte Problematik entscheidend ist jedoch, welche Zeit benötigt wird, um eine richterliche Entscheidung einzuholen. Ist dies nur diejenige Zeit, die benötigt wird, um den Ermittlungsrichter zu erreichen, ihn also ans Telefon zu bekommen, und ihn fernmündlich um eine Entscheidung zu bitten? Oder ist auch diejenige Zeit einzubeziehen, die der Richter für die Entscheidungsfindung benötigt? Im zuerst genannten Fall geht es nur um wenige Minuten, wenn der

Ermittlungsrichter stets telefonisch erreichbar ist. Im zweiten Fall dagegen kommt es darauf an, was zur Entscheidungsfindung gehört. Kann der Richter geltend machen, er benötige den Vorgang schriftlich; er könne nur von seinem Büro aus nach Lektüre des schriftlichen Vorgangs entscheiden und benötige die in seinem Büro vorhandenen Gesetzestexte sowie Kommentare und weitere Literatur? Wenn diese Argumente durchgreifen, verlängert sich die zu veranschlagende Zeit ganz erheblich, nämlich möglicherweise auf mehrere Stunden. Für manche Ermittlungsmaßnahmen ist es bereits nach einigen Stunden zu spät; für die Entnahme einer Blutprobe zur Bestimmung der Blutalkoholkonzentration wird dies in aller Regel gelten.

Die zuerst dargestellte Auslegungsmöglichkeit entspricht dem Standpunkt des BVerfG und wird im Gutachten des 1. Strafsenats vertreten, dies jedoch ohne erkennbares Problembewußtsein. Die Frage, welcher der beiden dargestellten Auslegungsmöglichkeiten der Vorzug zu geben ist, wird in dem Gutachten des 1. Strafsenats nicht erörtert. Wenn der Richter mündlich entscheiden darf (Gutachten S. 8 f.), so trägt dies nichts aus; denn maßgeblich ist, ob und in welchen Fällen der Richter mündlich entscheiden muß.

4. Konsequenzen der vom 1. Strafsenat vertretenen Definition

Aus dem Standpunkt des 1. Strafsenats ergibt sich, daß über die Entnahme einer Blutprobe wegen des Verdachts einer Trunkenheitsfahrt wie folgt zu entscheiden ist: Der Polizist, der den Kraftfahrer angehalten und den Verdacht einer Trunkenheitsfahrt festgestellt hat, ruft den Staatsanwalt an. Dieser läßt sich den Sachverhalt berichten und ruft seinerseits den Richter an, um ihm den Sachverhalt zu schildern und die Anordnung der Blutprobenentnahme zu beantragen (§ 162 I 1 StPO). Der Richter nimmt den Sachverhalt zur Kenntnis und ruft seinerseits den Polizisten an. Von ihm läßt er sich den Tatverdächtigen ans Telefon geben, um ihm rechtliches Gehör zu gewähren (§ 33 III StPO). Eine Gefährdung des Zwecks der Anordnung (§ 33 IV StPO) liegt darin konsequenterweise nicht. Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs entscheidet der Richter und teilt seine Entscheidung telefonisch mit, entweder dem Staatsanwalt oder dem Polizeibeamten. Den Hergang dokumentiert er schriftlich.

Eine weitere Konsequenz der vom 1. Strafsenat vertretenen Auffassung besteht darin, daß mit einer Entscheidung nicht mehr gewartet werden darf, wenn der Richter erst einmal erreicht worden ist. Wenn also

beispielsweise ein Beschuldigter, bei dem nach Auffassung der Staatsanwaltschaft die Voraussetzungen eines Haftbefehls vorliegen, um 23 Uhr festgenommen wird und der Richter um 23 Uhr 15 erreicht werden kann, dann darf die nach Art.104 GG erforderliche Vernehmung nicht bis zum nächsten Tag aufgeschoben werden. Denn ein Eingriff ohne richterliche Anordnung (hier: die vorläufige Freiheitsentziehung) ist ja nur zulässig, solange schon der Versuch, den Richter zu erreichen, den Erfolg der Maßnahme gefährdet. Die Vernehmung hat zwar nach Art.104 GG spätestens am folgenden Tag stattzufinden. Zusätzlich und kumulativ verlangt das Gesetz jedoch, dass „unverzüglich“ eine richterliche Entscheidung herbeizuführen ist. Und für die Auslegung des Merkmals „unverzüglich“ ist nach dem Standpunkt des 1. Strafsenats kein Raum für das Argument, daß der Richter sich Zeit nehmen müsse und nicht mitten in der Nacht unter Zeitdruck zu entscheiden habe. Der Richter in unserem Beispielsfall wird also sofort Termin zur Vernehmung bestimmen müssen. Wenn alle Beteiligten binnen einer Stunde im Gericht sein können, wird die Vernehmung um 00.15 Uhr stattzufinden haben.

Die geschilderten Verfahrensweisen sind nach der vom 1. Strafsenat vertretenen Auffassung geboten; sie erscheinen jedoch auf den ersten Blick als umständlich und wenig praktikabel. Ob sie sich dennoch überzeugend begründen lassen, ist im Folgenden zu erörtern.

4. Hat das BVerfG hierzu mit bindender Wirkung entschieden?

Die Entscheidungen des BVerfG binden alle Staatsorgane als unmittelbar geltendes Recht (§ 32 BVerfGG). Die oben zitierten Ausführungen zu einem Bereitschaftsdienst rund um die Uhr entfalten jedoch in der hier diskutierten Frage keine solche Bindungswirkung. Das BVerfG hatte nicht über einen Fall zu entscheiden, in dem der Ermittlungsrichter nicht erreichbar gewesen wäre oder die Anordnung der Durchsuchung damit begründet worden wäre. Die Maßnahme, über deren Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz das BVerfG zu entscheiden hatte, wurde am Vormittag angeordnet und durchgeführt.

Außerdem läßt sich den Gründen der verfassungsgerichtlichen Entscheidung gerade nicht entnehmen, in welchem Umfang im richterlichen Verfahren begründete Verzögerungen hinzunehmen sind. Das BVerfG hat hierzu ausgeführt, "Gefahr im Verzug" dürfe nicht mit

der abstrakten Behauptung begründet werden, daß der Richter zu einer bestimmten Uhrzeit generell nicht erreichbar sei (BVerfG NJW 01,1121,1123). Dies läßt ohne weiteres Raum für eine konkrete Begründung, die sich nicht an abstrakten Behauptungen, sondern am konkreten Fall orientiert. Hierzu müßte dargelegt werden, daß im konkreten Fall eine mündliche Entscheidung nicht angebracht war und eine schriftliche Entscheidung zu lange gedauert hätte.

In einer weiteren Entscheidung führt das BVerfG (NJW 02,3161,3162) aus, die fehlende Möglichkeit, einen Richter zu erreichen, sei nicht ohne weiteres ein unvermeidbares Hindernis für eine unverzügliche Entscheidung. In den Leitsätzen derselben Entscheidung heißt es dann, jedenfalls zur Tageszeit müsse jederzeit ein Richter erreichbar sein.

Die bisherigen Entscheidungen des BVerfG beantworten daher die oben aufgeworfene Frage nicht. Aus ihnen ergibt sich nur, daß jede Verzögerung anhand der konkreten Umstände des Falles ausführlich begründet werden muß, und daß die Berufung auf generelle feste Dienstzeiten des Richters allein nicht ausreicht, um Gefahr im Verzug zu begründen. Die vom BVerfG aufgestellten Anforderungen schließen jedoch gerade nicht aus, daß eine solche Begründung gegeben werden kann, sondern lassen ihr gerade Raum. (Die fehlende Möglichkeit, einen Richter zu erreichen, genügt "nicht ohne weiteres", also nicht ohne eine weitere Begründung.) Wie eine solche Begründung auszusehen hat und wann sie im einzelnen den Anforderungen genügt, ist durch die Rechtsprechung des BVerfG nicht abschließend vorgegeben, da das Gericht in den bisher entschiedenen und veröffentlichten Fällen dazu keinen Anlaß hatte.

5. Welche Argumente sprechen für die verschiedenen oben unter dargestellten Definitionen der "Gefahr im Verzug"?

a) Aus dem Wortlaut des Gesetzes lassen sich keine Argumente für die eine oder andere Definition der "Gefahr im Verzug" ableiten. Allenfalls läßt sich gegen die vom 1. Strafsenat vertretene Auffassung anführen, daß das Gesetz überhaupt die Möglichkeit vorsieht, bei Gefahr im Verzug zunächst keine richterliche Entscheidung einzuholen. Nach der Auffassung des 1. Strafsenats würde diese Möglichkeit so gut wie jede praktische Bedeutung verlieren: Es sind kaum Fälle denkbar, in denen nicht einmal wenige Minuten abgewartet werden kann, und in denen sich deshalb eine telefonische Entscheidung des Ermittlungsrichters nicht einholen läßt. Das Grundgesetz und die StPO gehen nach ihrem Wortlaut

davon aus, daß es Eilfälle gibt, in denen Durchsuchungen und andere Ermittlungsmaßnahmen zunächst ohne richterliche Anordnung stattfinden dürfen. Durchsuchungen zur Nachtzeit dürfen ohnehin nur bei Gefahr im Verzug stattfinden (§ 104 StPO).

Dadurch wird die hier erörterte Streitfrage jedoch nicht abschließend entschieden: Es erscheint durchaus als denkbar, daß eine in der Verfassung und im einfachen Recht vorgesehene und geregelte Fallkonstellation in der Praxis nicht vorkommt. Daher muß nach weiteren, über den Gesetzeswortlaut hinausgehenden Argumenten gesucht werden. Maßgeblich ist danach zunächst der Sinn des Gesetzes.

b) Hier läßt sich zunächst aus verfassungsrechtlicher Sicht argumentieren: Maßgeblich sei der Gesichtspunkt einer Optimierung des Grundrechtsschutzes. Daher sei derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben, die zu dem bestmöglichen Schutz der betroffenen Grundrechte führe.

Wenn der Richter sofort und telefonisch entscheiden muß, dann wird der Grundrechtsschutz insofern verbessert, als vor praktisch jeden Eingriff eine weitere Kontrollinstanz vorgeschaltet wird. Der Sachverhalt wird nicht nur vom Staatsanwalt überprüft, sondern auch vom Richter. Der Staatsanwalt darf auch Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit berücksichtigen; er ist jedoch an Gesetz und Recht gebunden und hat selbstverständlich die rechtliche Zulässigkeit des beabsichtigten Eingriffs zu prüfen. Diese Prüfung wird durch den Richter wiederholt (§ 162 111 StPO) - damit tut der Richter sowohl inhaltlich als auch vom Verfahren her dasselbe, was der Staatsanwalt bereits getan hat. Der Grundrechtsschutz wird nach diesem Modell dadurch verbessert, daß zwei in jeder Hinsicht identische Kontrollinstanzen hintereinandergeschaltet werden.

Umgekehrt läßt sich auch dann eine Verbesserung des Grundrechtsschutzes feststellen, wenn der Richter nicht sofort entscheidet: Der Richter bekommt den Vorgang dann in schriftlicher Form auf den Tisch, prüft in Ruhe und trifft dann seine Entscheidung. Er befindet sich damit in einer völlig anderen Situation als der Staatsanwalt, der in schwierigen Fällen von dem Polizeibeamten angerufen wird und sofort am Telefon entscheidet. Der Grundrechtsschutz wird hier insofern verbessert, als eine Kontrollinstanz vorhanden ist, die zwar nicht vorab und sofort entscheidet, die aber qualitativ anders arbeitet, die sich die Zeit nimmt, um kritische Distanz zu gewinnen und den Vorgang in Ruhe auf

der Grundlage schriftlicher Unterlagen zu prüfen, und um anhand von Rechtsprechung und Literatur die Rechtslage zu überprüfen.

Nur mit diesem Argument läßt sich auch die - soweit ersichtlich bisher einhellige - Praxis rechtfertigen, nach der der Beschuldigte stets am Tage zu dem Antrag auf Erlass eines Haftbefehls angehört wird, und dann erst über den Antrag entschieden wird. Darin liegt allerdings ein Grundrechtseingriff, wenn der Beschuldigte nachts festgenommen wurde und bis zu 12 Stunden auf die Vorführung vor den Richter warten muß. Dies ist bisher - soweit ersichtlich - nicht problematisiert worden, wäre aber nach dem Standpunkt des 1. Strafsenats verfassungswidrig. Rechtfertigen läßt es sich nur mit dem hier herangezogenen Argument, daß der Anspruch auf richterliche Prüfung sich nicht auf irgendeine wie auch immer durchgeführte Prüfung bezieht, sondern auf eine Prüfung, die in Ruhe und ohne Zeitdruck vollzogen wird.

Die beiden hier diskutierten Modelle weisen auch Nachteile auf: Aufgrund der vom 1. Strafsenat für richtig gehaltenen Verfahrensweise ist zu erwarten, daß der Richter so gut wie immer die beantragte Entscheidung trifft. Denn für den Polizeibeamten gibt es zahlreiche Möglichkeiten, den Sachverhalt am Telefon selektiv oder mit Tendenz darzustellen, und der (gerade im Fall einer Blutprobe in der Regel alkoholisierte) Tatverdächtige wird vielfach überfordert sein. Dem Richter selbst bleibt keine Zeit, um kritische Distanz zu gewinnen und die Rechtslage zu überprüfen. Weiter hat die vom 1. Strafsenat vertretene Verfahrensweise den Nachteil, daß sie die Gefahr von sprachlichen Mißverständnissen begründet; denn der Sachverhalt muß zweimal telefonisch übermittelt werden. Auch die richterliche Entscheidung wird zunächst telefonisch mitgeteilt und kann daher mißverstanden werden.

Aus der Sicht des Betroffenen liegt dann zum Zeitpunkt des Eingriffs keine schriftliche Gerichtsentscheidung vor, die die Zulässigkeit und die Reichweite des Eingriffs dokumentiert. Er muß sich mündlich sagen lassen, daß der Richter diese oder jene Entscheidung soeben mündlich getroffen habe. ob dies aus der Sicht des Betroffenen zur Legitimierung des Eingriffs beiträgt, läßt sich bezweifeln; eher liegt hier der Gedanke nahe: "Das kann mir ja jeder erzählen." Die nachträgliche Dokumentation nutzt in diesem Zusammenhang nichts, da ja auch nach der Gegenmeinung nachträglich eine schriftliche Entscheidung erlassen wird bzw. auf Antrag erlassen werden kann.

Weiter führt der vom 1. Strafsenat vertretene Standpunkt zu gravierenden Problemen für die Funktionsfähigkeit der Justiz insgesamt: Es wird

nämlich danach nicht möglich sein, bei der "Rufbereitschaft" des Richters stehenzubleiben. Wenn stets sofort entschieden werden muß, und wenn der Staat gehalten ist, die entsprechenden personellen und organisatorischen Voraussetzungen zu schaffen, dann wird auch über den Erlaß eines Haftbefehls erforderlichenfalls mitten in der Nacht entschieden werden müssen. Das ist am Telefon nicht möglich; vielmehr muß der Beschuldigte persönlich angehört werden. Der Personalbedarf der Justiz wird dadurch ganz erheblich erhöht werden.

Eine gewisse Parallele läßt sich hier zu den Anforderungen an die Terminbestimmung in Haftsachen ziehen: Der Termin zur Hauptverhandlung ist in solchen Fällen unverzüglich anzuberaumen; Haftsachen haben Vorrang vor anderen Verfahren. Grundsätzlich kann auch auf einen Sonntag oder Feiertag terminiert werden. Dennoch entspricht es allgemeiner Praxis, daß auch Haftsachen nur an Wochentagen terminiert und verhandelt werden. Theoretisch könnte die Justiz auch mit dem Personal ausgestattet werden, das an sieben Tagen der Woche Hauptverhandlungen durchführen könnte. Haftzeiten könnten dadurch ohne Zweifel verkürzt werden. Dies wird jedoch nicht verlangt. Begründen läßt sich diese allgemeine Praxis nur damit, daß das Gebot der Beschleunigung in Haftsachen im einzelnen am Maßstab der praktischen Vernunft auszulegen ist und der Justiz insgesamt einen Spielraum läßt: Die Termine sind so zu bestimmen, wie es eine zweckmäßige Erledigung der Geschäfte nach dem Ermessen des zuständigen Richters erfordert (vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 43. Aufl. § 213 Rn.6 m.w.N.).

Es drängt sich auf, diesen Maßstab auf das hier erörterte Problem zu übertragen und eine Beschleunigung nur in demjenigen Rahmen zu fordern, der durch Anforderungen der praktischen Vernunft vorgegeben wird. Hier läßt sich beispielsweise argumentieren: Eine Anhörung des Beschuldigten zur Nachtzeit sei zwar möglich; den gegen eine solche Anhörung sprechenden Argumenten sei jedoch stärkeres Gewicht beizumessen. Einmal sei zu vermuten, daß der Beschuldigte selbst zuerst ausschlafen und dann seine Rechte vor dem Richter wahrnehmen wolle. Außerdem werde die richterliche Arbeit unangemessen eingeschränkt, wenn die Anhörung zeitlich nicht in die übrigen Dienstgeschäfte eingeordnet werde. Es sollte offenkundig sein, daß die hier erwogenen nächtlichen Arbeiten die Erledigung der am Tage anfallenden Dienstgeschäfte beeinträchtigen werden.

Es ist nicht ersichtlich, warum eine in diese Richtung gehende Begründung der verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht standhalten

sollte. Mit dem Begründungsansatz des 1. Strafsenats ist sie indessen nicht vereinbar.

Dagegen bringt der entgegengesetzte Standpunkt den Nachteil mit sich, daß die richterliche Kontrolle in den Eilfällen stets nachträglich stattfinden wird, den Eingriff selbst also nicht mehr verhindern kann (was allerdings durch den Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen gedeckt ist).

Unter dem Gesichtspunkt einer Optimierung des Grundrechtsschutzes sprechen damit keine durchgreifenden Argumente dafür, daß der Richter stets mündlich entscheiden muß. Dem Vorteil (Überprüfung in jedem Fall vorab durch zwei Volljuristen) stehen mehrere Nachteile gegenüber: Es besteht die Gefahr von Mißverständnissen, da der Sachverhalt mehrfach telefonisch übermittelt wird; es bestehen eingeschränkte Überprüfungsöglichkeiten (der Sachverhalt kann am Telefon leichter mit Tendenz oder mit Auslassungen dargestellt werden); und die Rechtslage kann nicht durch Nachschlagen überprüft werden. Außerdem wird die Reichweite des Eingriffs auch dann nicht für alle Beteiligten sichtbar vorab schriftlich dokumentiert. Und schließlich wird die Funktionsfähigkeit der Justiz beeinträchtigt, ohne daß dieser Aspekt in die Begründung der jeweils gewählten Vorgehensweise einfließen kann.

Nur in einem Fall greifen diese Gegenargumente nicht: Wenn der Richter eine Entscheidung bereits getroffen hat und nunmehr eine Ergänzung oder geringfügige Änderung beantragt werden soll, dann kann der Richter telefonisch entscheiden, da er die Sache kennt und geprüft hat. Er benötigt weder Zeit zur Entscheidung, noch muß ihm der Vorgang erneut schriftlich vorliegen.

c) Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist weiter der Grundsatz der Gewaltenteilung maßgeblich: Aus welchen Gründen wird die Entscheidung in bestimmten Fällen gerade dem Richter überlassen? Hier läßt sich nun anführen, daß eine unabhängige Instanz die Rechtmäßigkeit des Eingriffs überprüfen soll. Diese Unabhängigkeit besteht aber nicht im Bereich der Rechtsanwendung; denn der Richter ist - wie alle Staatsorgane - an Recht und Gesetz gebunden. In diesem Zusammenhang kann auch nicht maßgeblich sein, daß der Richter - anders als der Staatsanwalt - nicht die Rolle eines "Verfolgers" hat. Denn der Staatsanwalt hat auch die entlastenden Umstände zu ermitteln (§ 160 II StPO); und auch der Richter hat von Amts wegen den Sachverhalt zu erforschen, und zwar ebenso wie der Staatsanwalt nicht einseitig, sondern in alle Richtungen.

Wenn die richterliche Unabhängigkeit als Argument herangezogen werden soll, kann folglich nur die Unabhängigkeit von Weisungen höherer Stellen gemeint sein; und diese Unabhängigkeit bezieht sich sowohl auf die Anwendung des sachlichen Rechts als auch auf die Gestaltung des Verfahrens (vgl. BGH NJW 91,412,423). Für das hier erörterte Problem ergibt sich daraus ein Argument gegen die Auffassung, daß der Richter sofort zu entscheiden habe: Wenn eine unabhängige Instanz entscheiden soll, dann muß diese Instanz sich auch Zeit nehmen können und dürfen. Sie darf dann insbesondere nicht angewiesen werden, sofort am Telefon zu entscheiden - unter Zeitdruck und unter dem unmittelbaren Eindruck der Sachverhaltsschilderung eines Beamten, der die in Frage stehende Ermittlungsmaßnahme angeordnet haben möchte.

d) Der Richter ist danach nicht generell verpflichtet, über Anträge in Eilsachen sofort mündlich zu entscheiden; denn dies läßt sich weder aus dem Wortlaut des Gesetzes, noch aus dem Prinzip der Optimierung des Grundrechtsschutzes oder aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung überzeugend begründen. Eine Ausnahme gilt dann, wenn nur beantragt wird, eine bereits erlassene richterliche Entscheidung abzuändern oder zu ergänzen, also wenn beispielsweise ein Durchsuchungsbeschluß abzuändern ist, weil sich die Anschrift des Beschuldigten geändert hat. In einem solchen Fall ist der Richter bereits mit der Sach- und Rechtslage vertraut, da er schon einmal eine Entscheidung gefällt hat; und der Gegenstand der jetzt noch zu treffenden Entscheidung ist so eng begrenzt, daß die Gefahr von Mißverständnissen vernachlässigt werden kann. Dann sprechen alle Argumente für und keine Argumente gegen eine mündlich zu treffende Entscheidung. In allen anderen Fällen sprechen starke Argumente für eine schriftliche Entscheidung. Insbesondere wird nur dann der Inhalt der richterlichen Entscheidung nachvollziehbar definiert; und nur dann findet ein Verfahren statt, daß qualitativ als "richterliche Überprüfung" bezeichnet werden darf und sich erkennbar von dem Verfahren des mündlich entscheidenden Ermittlungsbeamten oder Staatsanwalts unterscheidet. Dagegen läßt sich nicht recht begründen, warum überhaupt ein Richter als unabhängige Instanz entscheiden soll, wenn er seine Entscheidung sofort und am Telefon unter dem unmittelbaren Eindruck der Sachverhaltsschilderung eines Ermittlungsbeamten zu treffen hat. Anschaulich wird dies im oben unter 4. zuerst gegebenen Beispiel: Der Richter tut in jeder Hinsicht das, was zuvor schon der über dieselben Fachkenntnisse verfügende Staatsanwalt getan hat; und dem unbefangenen Betrachter vermag nicht recht einzuleuchten, warum er dann überhaupt eingeschaltet werden muß.

6. Konsequenzen der hier vertretenen Auffassung

a) Aus der hier vertretenen Auffassung ergibt sich, daß von Fall zu Fall entschieden werden muß, ob eine Ermittlungsmaßnahme sofort und telefonisch anzuordnen ist. In der Regel wird dies jedoch nicht der Fall sein. Dies bedeutet für die Ausgestaltung des richterlichen Bereitschaftsdienstes Folgendes: Ein Bereitschaftsdienst rund um die Uhr darf wohl angeordnet werden, denn eine solche Anordnung würde nicht den Kernbereich der richterlichen Entscheidungsfindung betreffen, sondern nur die äußere Form der Erledigung der Amtsgeschäfte (vgl. dazu BGH NJW 91,421,423 und NJW 91,1103 f.). Der Richter darf jedoch nicht angewiesen werden, sofort und telefonisch zu entscheiden; denn diese Frage betrifft den Kernbereich der Entscheidungsfindung und wird von Verfassung und Gesetz nicht eindeutig beantwortet. Sie ist daher vom Richter in eigener Verantwortung von Fall zu Fall zu entscheiden.

Der Richter kann danach wohl angewiesen werden, rund um die Uhr ein eingeschaltetes Handy mit sich zu tragen. ob dies auch sinnvoll ist, beantwortet sich einmal aus seiner hierzu vertretenen Rechtsauffassung und kann auch durch Absprache mit der Ermittlungsbehörde geklärt werden: Wenn die hier vertretene Auffassung zutrifft, dann benötigt der Richter ein Handy für fernmündlich zu treffende Entscheidungen nur dann, wenn die Ermittlungsbehörden beabsichtigen, außerhalb der Dienstzeiten bereits richterlich angeordnete Ermittlungsmaßnahmen durchzuführen. Nur dann kann es erforderlich werden, über Änderungs- oder Ergänzungsanträge am Telefon zu entscheiden. Dies kann jedoch vorher mit dem Richter abgesprochen werden, und er wird dann ein Handy bei sich tragen, während diese Ermittlungsmaßnahmen laufen.

Weiter erscheint es als denkbar, den Bereitschaftsdienst so auszugestalten, daß ständig die Möglichkeit besteht, schriftlich zu entscheiden. Dazu müßten sich zu jeder Uhrzeit ein Richter und ein Geschäftsstellenbeamter schreibbereit im Gericht aufhalten. Diese - angesichts der personellen Ausstattung der Justiz eher theoretische - Variante würde in der Regel zu einem Zeitverlust von einigen Stunden führen. Der ermittelnde Beamte müßte den Vorgang zunächst schriftlich fassen, nachdem er die hierzu erforderlichen Ermittlungen durchgeführt hat. Der schriftliche Vorgang müßte dann - per Faxschreiben oder anders - der Staatsanwaltschaft und dem Gericht zur Kenntnis gebracht werden, und die Staatsanwaltschaft müßte einen Antrag stellen. Im Regelfall der Blutentnahme zur Bestimmung der Blutalkoholkonzentration wird dies bereits zu lange dauern. Das Beweismittel würde selbst dann seinen Wert verlieren, wenn der Beschuldigte festgehalten werden würde, bis der

Richter entschieden hat (wofür eine Rechtsgrundlage im übrigen fehlt). In der Regel würde also Gefahr im Verzug vorliegen, und der Ermittlungsbeamte könnte zunächst selbst die Blutprobe anordnen. Die "Schreibbereitschaft rund um die Uhr" wäre sinnlos. Eine Maßnahme, mit der einige Stunden abgewartet werden kann, kann auch noch bis zum nächsten Morgen warten und dann am Tage durchgeführt werden.

Es erscheint daher nach hier vertretener Auffassung als ausreichend, wenn der Ermittlungsrichter während laufender Ermittlungsmaßnahmen nach Absprache mit den zuständigen Behörden ein Handy bei sich trägt und damit stets erreichbar ist. Abgesehen davon kann es dabei bleiben, daß gerichtliche Entscheidungen schriftlich und am Tage getroffen werden. Am Tage sollte der Richter allerdings telefonisch stets erreichbar sein, um in Eilsachen zwar nicht unbedingt zu entscheiden, aber die erforderlichen Maßnahmen sofort absprechen zu können (dazu BVerfG NJW 02, 3161). Wann genau der Tag beginnt und endet, ist verfassungsrechtlich nicht vorgegeben und am Maßstab praktischer Vernunft zu entscheiden.

b) Den Anforderungen des BVerfG würde damit genügt werden; insbesondere wäre auch dann "in der Masse der Alltagsfälle" die Regelzuständigkeit des Richters gewahrt. Die unvorhergesehene Notwendigkeit, binnen Minuten zu handeln, ergibt sich für die Ermittlungsbehörden nur selten, wenn es nicht gerade um die Änderung oder Ergänzung während einer laufenden Maßnahme geht. Durch die schriftliche Entscheidung am Tage werden auch bisher schon die meisten Ermittlungsmaßnahmen vorab angeordnet. In den nicht erfaßten Fällen wird der Verzicht auf eine richterliche Vorabentscheidung nicht damit begründet, daß der Richter zu einer bestimmten Uhrzeit generell nicht erreichbar sei, sondern damit, daß wegen Gefahr im Verzug die Zeit nicht ausreicht, um eine richterliche Überprüfung durchzuführen, die diesen Namen verdient.

c) Es trifft allerdings zu, daß die Blutprobe zur Bestimmung der Blutalkoholkonzentration dann in der Regel nur nachträglich durch den Richter überprüft würde. Dieses Ergebnis ist jedoch sowohl in der Verfassung als auch im einfachen Recht angelegt: Das Grundgesetz unterscheidet zwischen den verschiedenen Ermittlungsmaßnahmen und stellt nur bei Durchsuchungen und bei der Freiheitsentziehung besondere - strenge - Anforderungen an eine vorläufige Anordnung ohne Entscheidung des Richters. Im übrigen gelten die allgemeinen Voraussetzungen des Art.19 IV GG. Diese Unterscheidung, die sich bereits aus dem Wortlaut des Grundgesetzes ergibt, kann nicht durch einen Hinweis darauf eingeebnet werden, daß es keine Rangordnung der

Grundrechte gibt. Dieses Argument, daß es keine Rangordnung der Grundrechte gebe, stammt aus einem völlig anderen Zusammenhang: Mit diesem Argument begründet das BVerfG, daß bei der Abwägung im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes keinem Grundrecht generell der Vorrang zukomme, daß vielmehr im Einzelfall zu entscheiden sei und die Grundrechte in ein Verhältnis "praktischer Konkordanz" zu bringen seien. Dagegen kann das Argument nicht herangezogen werden, um allen grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten denselben Inhalt zuzuschreiben, obwohl diese aus gutem Grund unterschiedlich formuliert sind. Auch aus dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs läßt sich eine solche Nivellierung nicht begründen: Es trifft zwar zu, daß die Ermittlungsmaßnahme den Beschuldigten unvorbereitet trifft, und daß die Vorabentscheidung des Richters ein Gegengewicht bilden soll. Im Fall der Blutprobe wird die Situation des Beschuldigten jedoch nicht erkennbar verbessert, wenn er sich - wie oben unter 4. geschildert - in alkoholisiertem und unvorbereitetem Zustand telefonisch mit dem Richter besprechen kann, der im übrigen nur die telefonischen Angaben des Ermittlungsbeamten als Entscheidungsgrundlage hat. Damit läßt sich aus der Verfassung nicht begründen, daß der Richtervorbehalt für die Entnahme einer Blutprobe denselben Inhalt haben soll, den er für Durchsuchungen hat. Die StPO nimmt die nach dem Grundgesetz mögliche Unterscheidung auf und formuliert den Richtervorbehalt anders: Für die Entnahme einer Blutprobe ohne richterliche Vorabentscheidung genügt nicht erst Gefahr im Verzug, sondern bereits eine "Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung" (§ 81a II StPO). Es ist nicht erkennbar, warum der Gesetzgeber hier eine andere, weichere Formulierung gewählt hat, wenn er dasselbe sagen wollte.

Es bleibt daher dabei, daß auch die hier vertretene Auffassung den Anforderungen des BVerfG genügt: Es läßt sich nicht begründen, daß es allein auf die Entnahme von Blutproben zur Bestimmung der Blutalkoholkonzentration bezogen in der Masse der Alltagsfälle bei der Regelzuständigkeit des Richters zu verbleiben hat. Vielmehr gilt diese Anforderung für die Gesamtheit der Ermittlungsmaßnahmen und ist auch dann erfüllt, wenn ein Bereitschaftsdienst rund um die Uhr nicht eingerichtet wird.