

## Nächtlicher Bereitschaftsdienst?

Jetzt müssen Richter auch nachts arbeiten, so hieß es in der Presse nach Bekanntwerden des Urteils des dritten Strafsenats des OLG Hamm vom 13.08.2009 (3 Ss 298/08).

[http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2009/3\\_Ss\\_293\\_08urteil20090818.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2009/3_Ss_293_08urteil20090818.html)

Trifft das zu? Die Tatsache für sich, dass der dritte Strafsenat diese Auffassung vertreten hat, ist für den Juristen nicht von maßgeblicher Bedeutung. Was zählt, sind allein die Argumente. Tragen diese die Schlussfolgerung des dritten Senats? Um das zu überprüfen, soll die Argumentation des Senats zunächst kurz zitiert und anschließend analysiert werden:

Der Senat argumentiert wie folgt:

1. Ob ein praktischer Bedarf für einen nächtlichen Bereitschaftsdienst besteht, richtet sich nach der Zahl der nachts zu erwartenden Fälle. Dabei ist auf alle Richtervorbehalte abzustellen, nicht allein auf die verfassungsrechtlichen. Einzubeziehen sind daher auch die Fälle des § 81a StPO.
2. Im Landgerichtsbezirk Bielefeld ist mit 900 bis 1000 Fällen im Jahr zu rechnen.
3. Deshalb hätte die Justizverwaltung einen nächtlichen Bereitschaftsdienst einrichten müssen.
4. Dass dies nicht geschehen ist, stellt sich als grobe Fehlbeurteilung und nicht mehr vertretbare Missachtung des Richtervorbehalts dar.
5. Diese Willkür führt zu einem Verwertungsverbot, und zwar obwohl ein Richter die Durchsuchung im vorliegenden Fall voraussichtlich genehmigt hätte.

Die Analyse der Argumente ergibt Folgendes:

1. *Feststellung des praktischen Bedarfs:* Auf die Zahl der Fälle abzustellen, dürfte grundsätzlich der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entsprechen, das den praktischen Bedarf für einen nächtlichen Bereitschaftsdienst mit der Begründung verneint hat, im Land Brandenburg komme es nur ganz vereinzelt zu nächtlichen Durchsuchungsanordnungen (NJW 2004, Seite 1442). Die Auffassung des Senats, dabei dürfe nicht nach der Art des Gesetzesvorbehalts differenziert werden, trifft allerdings nicht zu. Der Senat begründet dies mit nur einem einzigen Satz: insoweit

finde „auch nach dem Gesetz in Bezug auf die Zuständigkeit des Ermittlungsrichters keine Differenzierung nach der Art der Maßnahme statt“. Sollen die verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Richtervorbehalte also deswegen gleich behandelt werden, weil für beides der Ermittlungsrichter zuständig ist? Die Notwendigkeit einer nächtlichen Bereitschaft an der Zuständigkeit festzumachen, ist methodisch fragwürdig und kann nicht überzeugen. Fragt man nach inhaltlichen Unterschieden, dann kommt man zu einem anderen Ergebnis. Anders als die verfassungsrechtlichen Richtervorbehalte in Art. 13 und Art. 104 GG gehört der einfachgesetzliche Richtervorbehalt des § 81a StPO, um mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts zu sprechen, nämlich nicht zum „rechtsstaatlichen Mindeststandard“ (NJW 2008, Seite 3053). Es liegt auf der Hand, dass, wenn es um den rechtsstaatlichen Mindeststandard geht, ein anderer Maßstab gilt als außerhalb dieses Bereichs. Nicht ohne Grund hat das Bundesverfassungsgericht in der oben zitierten Entscheidung nur auf die Häufigkeit von *Durchsuchungen* abgestellt. Hätte es auch Blutentnahmen einbeziehen wollen, dann wäre es zu anderen, viel höheren Zahlen gekommen. Es ist nämlich kaum anzunehmen, dass Blutentnahmen in Brandenburg seltener vorkommen als in Ostwestfalen.

**2. 900 bis 1000 Fälle im Jahr:** Die Zahl als solche mag stimmen. Weshalb das OLG aber auch die Fälle einbezieht, in denen der Beschuldigte in die Blutentnahme (wirksam) eingewilligt hat, ist nicht recht nachzuvollziehen. Ein Richter muss nach § 81a StPO nur dann hinzugezogen werden, wenn es an einer Einwilligung fehlt. Für die Erforderlichkeit eines Bereitschaftsdienstes kommt es ausschließlich auf die Fälle an, die den Einsatz eines Richters erfordern. Diese Fälle dürften nicht allzu häufig sein. Die Mehrheit der Beschuldigten stimmt nach Auskunft der Polizei einer Blutentnahme zu. Die Begründung, der Beschuldigte könne seine Einwilligung widerrufen, erscheint konstruiert. Mir ist nicht bekannt, dass so etwas in nennenswerter Zahl vorkommt. Auch das OLG hat das nicht festgestellt.

**3. Einrichtung durch die Justizverwaltung:** Diese These ist falsch. Die Einrichtung eines Bereitschaftsdienstes ist gemäß § 21e GVG ausschließlich Sache der Präsidien der Gerichte, nicht der Justizverwaltung (BGH, NJW 1987, Seite 1198). Die (zudem in der Wortwahl unangemessenen) Vorwürfe, die der Senat gegen das Ministerium erhebt, gehen daher ins Leere.

4. *Willkür*: Die Behauptung, das Absehen von einem nächtlichen Eildienst sei „nicht mehr vertretbar“, ist auch vom Standpunkt des dritten Senats aus nicht richtig. Vielmehr gab und gibt es gute, zumindest aber nachvollziehbare Gründe, keinen nächtlichen Bereitschaftsdienst einzurichten. Schon nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Land Brandenburg und wegen des bereits dargelegten unterschiedlichen Gewichts der verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Richtervorbehalte liegt es nahe, bei der Ermittlung des praktischen Bedarfs die Fälle des § 81a StPO außer Betracht zu lassen. So unterscheiden andere Gerichte, so auch der zweite (Beschluss vom 28.04.09, 2 Ss 117/09 und der vierte Strafsenat des OLG Hamm (NStZ-RR 2009, Seite 185, 186, Beschluss vom 10.09.09, 4 Ss 316/09,

[http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2009/4\\_Ss\\_316\\_09beschluss20090910.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2009/4_Ss_316_09beschluss20090910.html))

durchaus zwischen verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Richtervorbehalten. Ferner darf nicht übersehen werden, dass in den Fällen des § 81a StPO aufgrund des Alkoholabbaus und des damit drohenden Beweismittelverlustes zumeist allein eine telefonische Unterrichtung des Richters in Betracht kommen wird. Wenn dann der Polizeibeamte mündlich Tatsachen vorträgt, aus denen sich ausreichende Anhaltspunkte für strafrechtlich relevanten Alkohol- oder Drogenkonsum ergeben, hat der Richter keine andere Wahl, als sich auf diese Angaben zu verlassen. Eine wirkliche Kontrolle findet nicht statt.

Dass die Zahl der nächtlichen Durchsuchungen und Freiheitsentziehungen für sich so groß ist, dass sie einen nächtlichen Bereitschaftsdienst erfordert, hat der dritte Senat nicht festgestellt.

Schließlich verwundert, dass der Senat an keiner Stelle seines Beschlusses die unzureichende personelle Ausstattung der Gerichte erwähnt. Zwar dürfte es verfassungswidrig sein, den rechtsstaatlichen Mindeststandard mit der Begründung zu unterschreiten, für die Gerichte sei nicht genügend Geld vorhanden. Der einfachgesetzliche Richtervorbehalt des § 81a StPO zählt aber, wie oben dargelegt, nicht zum rechtsstaatlichen Mindeststandard. Außerdem müssen die Präsidien die vorhandene Personalausstattung als Faktum hinnehmen. Wenn der Haushaltsgesetzgeber, aus welchen Gründen auch immer, keine ausreichenden Mittel für die Einstellung zusätzlicher Richter zur Verfügung stellt, können die

Präsidien (und auch das Ministerium) nicht so tun, als sei Personal im Überfluss vorhanden. Da sich kein Richter zusätzlich zu seiner Tagesarbeit nachts bereit halten kann, führt die Einrichtung eines nächtlichen Bereitschaftsdienstes zwangsläufig dazu, dass andere Aufgaben zurückstehen müssen. Dass das der nächtliche Bereitschaftsdienst mit seinem in den Fällen des § 81a StPO allenfalls begrenzten Nutzen für die Betroffenen wert ist, darf bezweifelt werden.

**5. Verwertungsverbot:** Da es an einer groben Missachtung des Richtervorbehalts fehlt, erweist sich die Annahme eines (absoluten) Verwertungsverbots als falsch. Das Verwertungsverbot ist aber auch vom Standpunkt des Senats aus nicht folgerichtig begründet. Es ist widersprüchlich, wenn der Senat die Erforderlichkeit eines nächtlichen Bereitschaftsdienstes nur deshalb bejaht, weil er die Blutentnahmen einbezieht, bei der anschließenden Bewertung des Absehens von einem nächtlichen Bereitschaftsdienst aber ausschließlich auf die „besondere Bedeutung des verfassungsrechtlichen Richtervorbehalts bei Wohnungsdurchsuchungen“ abstellt.

Als Ergebnis lässt sich festhalten: Die Begründung des Beschlusses überzeugt nicht. Die wortreiche Kritik am Justizministerium ist verfehlt. Das Urteil des dritten Strafsenats gibt keinen Anlass, einen nächtlichen Bereitschaftsdienst einzurichten.

07.10.2009

RiAG Kirchhoff