

# Der Richtervorbehalt – seine Bedeutung für das Strafverfahren und die Folgen von Verstößen

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. **Silke Hüls**, Bielefeld

## I. Einleitung

Der Richtervorbehalt wird immer wieder zum Diskussions-  
thema in Politik, Rechtsprechung und Literatur. Mehrere  
Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts seit 2001  
rückten die Bedeutung des Richtervorbehalts im strafrechtli-  
chen Ermittlungsverfahren wieder stärker in den Blickpunkt.<sup>1</sup>  
Jüngst betonte der BGH in einer Entscheidung zur Verwert-  
barkeit von Ergebnissen einer Durchsuchung die Bedeutung  
des Richtervorbehalts als vorweggenommener Rechtsschutz  
des Beschuldigten und als Sicherung der Grundrechte im  
Ermittlungsverfahren.<sup>2</sup> Das BVerfG regte etliche in der Pra-  
xis zu ergreifende Maßnahmen an, die dem Richtervorbehalt  
auch zu größerer tatsächlicher Wirksamkeit verhelfen soll-  
ten.<sup>3</sup> Gleichzeitig nutzt die Politik Richtervorbehalte als Mit-  
tel zur Gestaltung im Rahmen der Gesetzgebung. Die Erwei-  
terung von Eingriffsbefugnissen der Ermittlungsbehörden  
wird in der Regel durch die Verknüpfung mit dem Richter-  
vorbehalt abgesichert. Neue Eingriffsrechte für Polizei und  
BKA sollen unter den Vorbehalt der Genehmigung durch  
einen Richter gestellt werden; diskutiert wird z.B. für das  
BKA die Möglichkeit zu eröffnen, mittels sog. Trojaner On-  
line-Durchsuchungen von Computern durchzuführen.<sup>4</sup>

Andererseits wird jedoch seit Jahren die praktische Wir-  
kungslosigkeit des Richtervorbehalts beklagt. Welche Kon-  
sequenzen sind zu ziehen? Sollte man die praktische Ineffek-  
tivität zum Anlass nehmen, sich von dem bloßen „Palliati-  
vum“ Richtervorbehalt konsequent zu verabschieden, Rich-  
tervorbehalte abzuschaffen und andere Formen der Kontrolle  
der Ermittlungstätigkeit zu etablieren oder sollte der Rich-  
tervorbehalt in der Praxis so gestärkt und durch spezielle Maß-  
nahmen flankiert werden, die ihm zu tatsächlicher Durchset-  
zungskraft verhelfen könnten? Eine solche Maßnahme könnte  
die umfassende Annahme eines Beweisverwertungsverbotes  
bei Verstößen gegen den Richtervorbehalt sein. Während  
zumindest die Literatur das Eingreifen des Verwertungsver-  
botes bei völligem Fehlen einer richterlichen Anordnung  
mehrheitlich befürwortet, steht nach herrschender Ansicht in  
Rechtsprechung und Literatur eine fehlerhafte richterliche  
Anordnung der Verwertung nicht entgegen. Sollte aber eine  
mangelhafte richterliche Anordnung nicht dieselben Konse-  
quenzen nach sich ziehen wie eine fehlende?

## II. Die theoretische Bedeutung der Richtervorbehalte

Richtervorbehalte sind das Mittel des Gesetzgebers, um in  
bestimmten, gesetzlich festgelegten Fällen eine vorbeugende  
Kontrolle der Ermittlungstätigkeit von Staatsanwaltschaft  
und Polizei zu gewährleisten und gelten als „Königsweg des

Grundrechtsschutzes im Strafverfahren“.<sup>5</sup> Der Betroffene ist  
in der Regel nicht – zumindest nicht rechtzeitig – in der Lage,  
Rechtsschutz gegen die Ermittlungsmaßnahmen zu beantra-  
gen, da er aufgrund der Heimlichkeit, die oftmals Vorausset-  
zung für den Erfolg der Ermittlungen ist, häufig gar nicht  
rechtzeitig Kenntnis erlangt. Die effektive Durchführung der  
Zwangsmaßnahmen erfordert zumeist ein verdecktes Vorge-  
hen der Strafverfolgungsbehörden, denn Sachverhaltsermit-  
tlung und Beweissicherung können nur sachgerecht durchge-  
führt werden, wenn der Betroffene zuvor nicht gewarnt wur-  
de. Um zu verhindern, dass belastendes Beweismaterial be-  
seitigt werden kann, müssen die Strafverfolgungsbehörden  
schnell und überraschend einschreiten. Entweder hindert  
deshalb das Überraschungsmoment den Betroffenen, eine  
richterliche Überprüfung rechtzeitig zu veranlassen, so z.B.  
bei der Durchsuchung. Oder dem Beschuldigten bleibt selbst  
die Durchführung der Maßnahme verborgen, wie z.B. bei der  
Telefonüberwachung. Da zudem in die Rechte der Betroffe-  
nen ohne ausreichende Aufklärung des Sachverhalts und  
unter Umständen aufgrund einseitiger Sachdarstellung der  
Ermittlungsbehörden eingegriffen werden muss, erhöht sich  
dadurch die Gefahr einer Rechtsverletzung.<sup>6</sup> Die von einer  
Zwangsmaßnahme Betroffenen haben nur die Möglichkeit,  
gegen die Fortdauer oder nach Abschluss der Maßnahme zur  
Überprüfung ihrer Rechtmäßigkeit eine richterliche Entschei-  
dung zu beantragen oder Beschwerde einzulegen, sofern sie  
überhaupt Kenntnis von der gegen sie gerichteten Maßnahme  
erlangen. Den Eingriff als solchen können sie keinesfalls  
mehr verhindern. Dem nachträglich angerufenen Richter  
verbleibt nur, die Illegalität der Maßnahme festzustellen.<sup>7</sup>  
Dieses Rechtsschutzdefizit, das der Effektivität der Ermitt-  
lungen Rechnung trägt, soll durch die Einschaltung eines  
Richters vor Anordnung und Durchführung einer Zwangs-  
maßnahme ausgeglichen werden.<sup>8</sup>

Ein wesentlicher Grund, die Aufgabe der Kontrolle der  
Strafverfolgungsorgane dem Richter zu übertragen, liegt in  
der richterlichen Unabhängigkeit. Staatsanwaltschaft und  
Polizei sind zwar ebenso wie der Richter an das Gesetz ge-  
bunden (Art. 20 Abs. 3 GG), der Richter entscheidet jedoch  
frei von äußeren Weisungsmöglichkeiten als neutrale Instanz

<sup>1</sup> Grundlegend BVerfGE 103, 142; BVerfG NJW 2002, 1333.

<sup>2</sup> BGHSt 51, 285 (292).

<sup>3</sup> BVerfGE 103, 142 (152 f.).

<sup>4</sup> Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der sog. Online-Durchsuchung s. BVerfG NJW 2008, 822.

<sup>5</sup> Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2007, Rn. 409; grund-  
sätzlich zum Richtervorbehalt: Rabe von Kühlewein, Der  
Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozessrecht, 2001;  
Brüning, Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermitt-  
lungsverfahren, 2005.

<sup>6</sup> Eppinger, Die gerichtliche Überprüfbarkeit strafprozessua-  
ler Zwangsmaßnahmen, S. 9.

<sup>7</sup> Amelung, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grund-  
rechtseingriffe, S. 13, 32; Hilger, in: Geppert (Hrsg.), Ge-  
dächtnisschrift für Karlheinz Meyer, S. 209, 221.

<sup>8</sup> Ausführlich zur Entwicklung des Richtervorbehalts Hüls,  
Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit,  
S. 282 ff.

über einen von außen an ihn herangetragenem Sachverhalt, d.h. der Richter darf grundsätzlich nicht aus eigener Initiative tätig werden. Dieses Initiativverbot soll die Unparteilichkeit und Neutralität des Richters sicherstellen.<sup>9</sup> Insbesondere im strafprozessualen Ermittlungsverfahren ist anzunehmen, dass die Polizei und Staatsanwaltschaft – trotz ihrer strikten Bindung an das Gesetz – aufgrund des psychologischen Drucks, einen Täter präsentieren zu müssen, dazu verleitet werden, eher belastendes als entlastendes Material zu suchen.<sup>10</sup> Schon aufgrund ihres Antrags, eine Maßnahme gegen einen Verdächtigen durchzuführen, wird der Anschein der Parteilichkeit erweckt. Von den ermittlungsführenden Organen kann daher keine strikte Neutralität erwartet werden.<sup>11</sup> Auch praktisch erscheint es schwer vorstellbar, als Polizeibeamter oder Staatsanwalt den selbst erarbeiteten eigenen Tatverdacht auch selbst wieder in Frage zu stellen. Im Gegensatz dazu ist der Ermittlungsrichter nicht unmittelbar an der Aufklärung des Falles interessiert und kann daher neutral über einen Antrag entscheiden. Eine vorbeugende Kontrolle, um der „Gefahr eines selbstherrlichen Machtmissbrauchs der Ermittlungsbehörden“<sup>12</sup> zu begegnen, ist mithin am besten durch den unabhängigen Richter gewährleistet.

Auch nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts stellt der Richtervorbehalt eine Form vorweggenommenen Rechtsschutzes dar: „Der Richtervorbehalt zielt auf Kontrolle durch eine unabhängige und neutrale Instanz, der das Grundgesetz aufgrund ihrer persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit und strikter Unterwerfung unter das Gesetz zuschreibt, die Rechte des Betroffenen am besten wahren zu können.“<sup>13</sup> Deutlich betonte das Gericht diese Bedeutung des Richtervorbehalts auch im Urteil vom 8.4.2004 und führte ergänzend aus: „Das Grundgesetz geht davon aus, dass Richter aufgrund ihrer persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit und ihrer strikten Unterwerfung unter das Gesetz die Rechte der Betroffenen im Einzelfall am besten und sichersten wahren können. Wird die Durchsuchung regelmäßig ohne vorherige Anhörung des Betroffenen angeordnet, so soll die Einschaltung des Richters auch dafür sorgen, dass die Interessen des Betroffenen angemessen berücksichtigt werden (vgl. BVerfGE 103, 142 [151]). Dies setzt eine eigenverantwortliche richterliche Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen voraus. Die richterliche Durchsuchungsanordnung ist keine bloße Formsache (vgl. BVerfGE 57, 346 [355]).“<sup>14</sup>

Nicht zu verkennen ist aber auch, wie der Gesetzgeber das Instrument „Richtervorbehalt“ im Rahmen der Gesetzgebung einsetzt. Hier gewinnt der Richtervorbehalt noch eine spezielle weitere Bedeutung. Der effektivste Schutz des Betroffenen läge nämlich gewiss darin, den geplanten staatlichen Eingriff in seine Rechte zu unterlassen. Deshalb erhöht der Richter-

vorbehalt nicht nur die Effektivität des Schutzes der Bürgerrechte, sondern zugleich die Effektivität des staatlichen Eingriffsinstrumentariums: Maßnahmen, die andernfalls möglicherweise unzulässig wären, können mit der „Sicherung“ durch einen Richtervorbehalt dennoch vorgenommen werden.<sup>15</sup>

### III. Richtervorbehalte in der Praxis

Im krassen Widerspruch zu dieser dem Richtervorbehalt auch von der Rechtsprechung zugewiesenen Bedeutung steht seine praktische Wirkungslosigkeit, die bereits seit Jahrzehnten beklagt wird. Eine wesentliche, seit Jahren in der Literatur gerügte Schwachstelle ist die extensive Nutzung der sog. Eilkompetenzen durch Staatsanwaltschaft und Polizei; insbesondere bei der Anordnung von Durchsuchungen. Eine effektive Strafverfolgung erfordert in bestimmten Fällen schnelle Entscheidungen, bei denen der Staatsanwaltschaft nicht ausreichend Zeit bleibt, die Eingriffserlaubnis eines Ermittlungsrichters einzuholen. Diesem Problem wird dadurch Rechnung getragen, dass Staatsanwaltschaft und zum Teil die Polizei auch bei dem Richter vorbehaltenen Zwangsmaßnahmen ermächtigt sind, bei Gefahr im Verzug ohne richterliche Anordnung einzugreifen. Die Voraussetzungen dieser Ausnahmekompetenz sind dann erfüllt, wenn die durch eine vorherige Richtereinschaltung bedingte Verzögerung den Zweck der Eingriffsmaßnahme vereiteln könnte.<sup>16</sup> Systembedingt entscheiden dabei die Strafverfolgungsbehörden selbst über ihre eigene Zuständigkeit und mithin über die Durchbrechung der primären Anordnungscompetenz des Richters. Anders gesagt: Das zu kontrollierende Organ entscheidet über das Eingreifen der Kontrollinstanz.<sup>17</sup> Konsequenz einer Inanspruchnahme der Eilkompetenz durch die Strafverfolgungsorgane ist, dass die Prüfung durch einen unabhängigen Richter vor Anordnung der Maßnahme und damit die Kontrolle der Staatsanwaltschaft und Polizei entfällt.<sup>18</sup> Eine erste rechtstatsächliche Untersuchung kam in den 1970er Jahren zu dem Ergebnis, dass Durchsuchungen zum überwiegenden Teil durch Staatsanwaltschaft und Polizei aufgrund ihrer Eilkompetenz angeordnet wurden und so das gesetzlich vorgesehene Regel-Ausnahme-Verhältnis in der Praxis ins Gegenteil verkehrt wird. Weitere Untersuchungen bestätigten dieses Resultat ebenso wie Berichte aus der Praxis. Die Einräumung einer Eilkompetenz für Staatsanwaltschaft und Polizei erweist sich daher als Achillesferse des Grundrechtsschutzes.

Unter Betonung der Bedeutung des Richtervorbehalts mahnte das BVerfG im Jahre 2001 an, die Einhaltung des gesetzlich vorgesehenen Regelfalles der richterlichen Anordnung auch in der Praxis zu gewährleisten. Mit seiner grund-

<sup>9</sup> Volk, Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2008, § 6 Rn. 7.

<sup>10</sup> Prechtel, Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter, S. 131.

<sup>11</sup> BVerfGE 103, 142 (154).

<sup>12</sup> Amelung, zitiert bei Asbrock, KritV 1997, 255 (256).

<sup>13</sup> BVerfG NJW 2002, 1333; BVerfGE 103, 142 (151) (zum Richtervorbehalt bei der Durchsuchung).

<sup>14</sup> BVerfG StV 2005, 643 (643 f.).

<sup>15</sup> Gusy, JZ 1998, 167 (169).

<sup>16</sup> Vgl. BVerfGE 51, 97 (111); BVerwGE 28, 285 (291); Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 13 Rn. 9; Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 53. Aufl. 2009, Art 13 Rn. 14.

<sup>17</sup> Hüls (Fn. 8), S. 267.

<sup>18</sup> Hüls (Fn. 8), S. 267.

legenden Entscheidung 2001 wandte sich das BVerfG gegen die Ausschaltung des Richters als Kontrollinstanz im Ermittlungsverfahren.<sup>19</sup> Es mahnt eine Umkehr der bereits seit den 1970er Jahren in der Literatur beklagten Tendenz an, durch extensiven Gebrauch der Ausnahmekompetenzen den Richtervorbehalt zu untergraben. Die Überprüfung, ob die Voraussetzungen für eine Durchsuchung gegeben sind, beschränkt sich bei Annahme von Gefahr im Verzug auf die Kontrolle durch die Polizei, eventuell auch durch die Staatsanwaltschaft. Polizei und Staatsanwaltschaft genießen aber keine richterliche Unabhängigkeit, und von ihnen kann – im Hinblick auf ihre Aufgabe, beim Verdacht von Straftaten den Sachverhalt zu erforschen – auch nicht, wie bereits erläutert, strikte Neutralität erwartet werden.<sup>20</sup> Wortlaut und Systematik des Art. 13 Abs. 2 GG, der Prüfungsmaßstab der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts war, belegen, so das Gericht, dass die richterliche Durchsuchungsanordnung die Regel und die nichtrichterliche die Ausnahme sein soll.<sup>21</sup>

Damit auch in der Masse der Alltagsfälle sichergestellt ist, dass die „Verteilung der Gewichte“<sup>22</sup>, nämlich die Regelzuständigkeit des Richters, gewahrt bleibt, sind nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts besondere tatsächliche Vorkehrungen notwendig. Kernpunkt der Entscheidung ist, dass das Bundesverfassungsgericht 2001 einen Schlussstrich unter die über 100jährige herrschende Annahme der Rechtsprechung zog, die Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Eilkompetenz, die Gefahr im Verzug, sei nachträglich nicht zu überprüfen, da den anordnenden Strafverfolgungsbehörden ein Beurteilungsspielraum zustünde.<sup>23</sup> Ein unüberprüfbarer Beurteilungsspielraum<sup>24</sup> widerspricht nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts dem Sinn des Richtervorbehalts als präventives Rechtsschutz- und Kontrollinstrument. Ist trotz organisatorischer Vorkehrungen die Einschaltung des Richters vor der Durchsuchungsanordnung nicht möglich, so obliegt es dem eingreifenden Organ, durch ausreichende Dokumentation in den Akten eine nachträgliche Überprüfbarkeit sicherzustellen.<sup>25</sup> Diese Entscheidung hat die Praxis der Staatsanwaltschaften und Amtsgerichte hinsichtlich Organisation und Durchführung von Bereitschaftsdiensten tiefgreifend verändert.

In der Folge wurden Eildienste an Gerichten verstärkt eingerichtet und insgesamt die organisatorische Situation verbessert. Allerdings entstand in der Folgezeit ein neues Problem: das Problem des „unwilligen Richters“. Z.T. erklärten Richter vor Beginn gegenüber dem diensthabenden Staatsanwalt, er solle im Falle einer Ermittlungsmaßnahme seine Eilkompetenz nutzen und ihn nicht vorher kontaktieren,

da er sich außer Stande sähe, ohne Akten und ohne Sekretärin einen ordnungsgemäßen Beschluss zu erlassen.<sup>26</sup>

Aber auch in den Fällen, in denen Richter vor Anordnung und Durchführung der Ermittlungsmaßnahmen eingeschaltet wurden, erwies sich der theoretisch vorgesehene Grundrechtsschutz als defizitär.<sup>27</sup>

#### IV. Das Beweisverwertungsverbot als Konsequenz fehlender richterlicher Beteiligung vor der Durchsuchung

Offen blieb auch nach der wegweisenden Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 2001, welche Konsequenzen ein Verstoß gegen die Vorgaben des Richtervorbehalts haben sollte. In der Literatur haben sich zu der allgemeinen Frage, ob prozessuale Fehler bei der Beweisgewinnung und -erhebung zu einem Verwertungsverbot für die aufgefundenen Beweismittel führen, verschiedene Lehren entwickelt. Die Vertreter der sog. Schutzzwecklehren entscheiden nach der ratio legis der verletzten Norm; bei einer Verletzung von Vorschriften gerade zum Schutz des Beschuldigten bestehe ein Verwertungsverbot.<sup>28</sup> Nach Ansicht der Vertreter der modernen Abwägungslehren, insbesondere in der Ausprägung der „normativen Fehlerfolgenlehre“<sup>29</sup>, müssen für verschiedene Fallgruppen Abwägungskriterien entwickelt werden.<sup>30</sup> Dabei soll nach der normativen Fehlerfolgenlehre das Eingreifen eines Verwertungsverbot im Wesentlichen von der Folgeschwere, von der durch den Fehler verursachten Interessenverletzung und der Notwendigkeit einer prozessualen Fehlerkorrektur in Gestalt gerade eines Verwertungsverbot abhängen.<sup>31</sup>

Die Rechtsprechung geht prinzipiell davon aus, dass dem Strafverfahrensrecht ein allgemein geltender Grundsatz, dass jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht, fremd ist. Vielmehr sei die Frage jeweils nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes, unter Abwägung der widerstreiten-

<sup>19</sup> BVerfGE 103, 142.

<sup>20</sup> BVerfGE 103, 142 (154).

<sup>21</sup> BVerfGE 103, 142 (151).

<sup>22</sup> BVerfGE 95, 1 (15).

<sup>23</sup> So grundlegend RGSt 33, 334.

<sup>24</sup> Vgl. auch BVerfG NSTZ 2003, 319.

<sup>25</sup> So auch BGH NSTZ 2003, 273.

<sup>26</sup> Zum Streit ausführlich *Beichel/Kieninger*, NSTZ 2003, 10; *Krehl*, NSTZ 2003, 461; *Hofmann*, NSTZ 2003, 230.

<sup>27</sup> Zwei rechtstatsächliche Untersuchungen der letzten Jahre zeigten erhebliche Mängel der richterlichen Beschlüsse, die auf eine unzureichende richterliche Kontrolle schließen lassen: *Backes/Gusy*, Wer kontrolliert die Telefonüberwachung?, 2003; *Albrecht/Dorsch/Krüpe*, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation, 2003. Ausführlicher hierzu unter V.2.

<sup>28</sup> Vgl. die Übersicht bei *Jahn*, Gutachten C für den 67. Deutschen Juristentag, C 54 ff.; *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657 (663 f.).

<sup>29</sup> *Rogall*, JZ 1996, 944; sowie klarstellend zu *Jahn*, Gutachten C für den 67. Deutschen Juristentag; *Rogall*, JZ 2008, 818 (820 f., 824).

<sup>30</sup> Vgl. die Übersicht bei *Jahn*, Gutachten C für den 67. Deutschen Juristentag, C 58 ff.

<sup>31</sup> *Rogall*, JZ 2008, 818 (824).

den Interessen zu entscheiden.<sup>32</sup> Dieser von *Jahn* als „Viel-faktorenmodell“<sup>33</sup> bezeichneter Ansatz, der sich mittlerweile unabhängig von den in Literatur vertretenen Abwägungslehren entwickelt,<sup>34</sup> birgt die Gefahr, dass einzelne Abwägungsgesichtspunkte „in zum Teil willkürlich anmutender Weise“ ein- und ausgeblendet werden können.<sup>35</sup> Nach *Amelung* bietet dieses Modell „eine Lizenz für den Richter, in freiem Umgang mit dem Gesetz nach seinen [...] Überzeugungen zu entscheiden, wessen Nutzen und wie viel davon maßgeblich sein soll“.<sup>36</sup>

Als Reaktion auf dieses von ihm kritisierte Vorgehen der Rechtsprechung schlägt *Jahn* in seinem Gutachten für den 67. Deutschen Juristentag vor, die allgemein für Fragen der Beweisverwertung von der Rechtsprechung genutzte Abwägung der Interessen zu systematisieren und von der Grundannahme auszugehen, dass nicht die Unverwertbarkeit eines Beweismittels begründungsbedürftig sei.<sup>37</sup> Seiner Ansicht nach zwingt vielmehr der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts dazu, für die Beweisverwertung eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage vorzuweisen. Nur wenn eine solche existiere und die Verwertung im konkreten Fall von der Norm gedeckt sei, sei eine Verwertung zulässig. Als Ermächtigungsgrundlage sieht *Jahn* § 244 Abs. 2 StPO; die Frage der Verwertbarkeit soll auf der Rechtsfolgenseite des § 244 Abs. 2 StPO im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung gelöst werden.<sup>38</sup>

Verdient sein Ansatz, nicht die Unverwertbarkeit, sondern die Verwertbarkeit eines Beweismittels bedürfe der Rechtfertigung, auch grundsätzlich Zustimmung,<sup>39</sup> so bleibt die Abwägung der Interessen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bestehen; er verlagert letztendlich die Probleme der Abwägung nur auf die Rechtsfolgenseite. Allein die stärkere Systematisierung vermag aber das Grundproblem des Abwägungserfordernisses nicht zu lösen.<sup>40</sup> Denn jegliche Interessenabwägung als Voraussetzung des Verwertungsverbots führt nämlich dazu, die Entscheidung des Gesetzgebers, der als Ergebnis einer abstrakten Abwägung der gegenläufigen Interessen die gesetzlichen Voraussetzungen der Eingriffsrechte festgelegt hat, zu einem „bloßen Verhaltensvorschlag“ zurückzustufen.<sup>41</sup>

Hinsichtlich der Folgen von Verstößen gegen den Richtervorbehalt bei der Durchsuchung stellte die ursprünglich herrschende Ansicht der Rechtsprechung allein die materiellen Voraussetzungen der Durchsuchung in den Vordergrund

und fragte danach, ob der Richter bei rechtzeitiger Einschaltung die Durchsuchung angeordnet hätte – in diesem Fall käme ein Verwertungsverbot für die im Rahmen der Durchsuchung erlangten Beweise nicht in Betracht, da lediglich ein unbeachtlicher Formfehler vorläge.<sup>42</sup> Die fehlende richterliche Anordnung führe jedenfalls dann nicht zu einem Beweisverwertungsverbot, „wenn dem Erlass der Durchsuchungsanordnung rechtliche Hindernisse nicht entgegengestanden hätten und die tatsächlich sichergestellten Gegenstände als solche der Verwertung als Beweismittel zugänglich waren“.<sup>43</sup> Dieses Abstellen auf den hypothetischen Ermittlungsverlauf führt jedoch in jedem Fall dazu, dass der Richtervorbehalt generell zu einer – unerheblichen – Formalie herabsinkt und seine Nichtbeachtung nicht sanktionierbar ist. Ausnahmen wollte die Rechtsprechung nur dann anerkennen, wenn der Richter vor Anordnung der Durchsuchung bewusst und gezielt umgangen wurde; so stellte der BGH 2003 fest, dass ein Verwertungsverbot jedenfalls dann nicht in Betracht komme, wenn nicht willkürlich gehandelt worden sei.<sup>44</sup>

In der Literatur sind sowohl die Notwendigkeit eines Beweisverwertungsverbots bei Verstößen gegen den Richtervorbehalt als auch Umfang und theoretische Grundlage eines solchen Verbots umstritten. Traditionell Ablehnung erfährt die Ansicht, die das Beweisverwertungsverbot aus Gründen der Disziplinierung fordert (sog. Disziplinierungstheorie). Diese Theorie sieht in einem Verwertungsverbot ein angemessenes Mittel, einen Angehörigen des Strafverfolgungsapparats zu bestrafen, wenn er bei den Ermittlungen schuldhaft eine Verfahrensnorm verletzt.<sup>45</sup> Nach vorherrschender Ansicht widerspricht diese Theorie deutscher Rechtstradition. Kritik ruft besonders hervor, dass Fehler der Strafverfolgungsbehörden im Ermittlungsverfahren hinsichtlich des konkreten Einzelfalles zu Lasten der Allgemeinheit gingen, wenn aufgrund eines Verwertungsverbots ein Schuldiger freizusprechen wäre. Profitieren von diesem Verwertungsverbot würden also letztendlich nur Schuldige – ein Wertungswiderspruch.<sup>46</sup>

Nach Ansicht von *Amelung/Mittag* ist die „Alles-oder-nichts“-Lösung eines Beweisverwertungsverbots der Situation bei Verstößen gegen den Richtervorbehalt nicht angemessen. Sinnvoller wäre es ihrer Ansicht nach, das Risiko der Verwertung nach Beweislastregeln zu verteilen.<sup>47</sup> Ausgehend

<sup>32</sup> BVerfG NJW 2006, 2684 (2686); BVerfG NStZ 2006, 46 (47); BGHSt 51, 285; BGHSt 243, 249; OLG Hamburg NJW 2008, 2597 (2599).

<sup>33</sup> *Jahn*, Gutachten C für den 67. Deutschen Juristentag, C 45.

<sup>34</sup> *Trüg/Habetha*, NStZ 2008, 481 (486).

<sup>35</sup> *Jahn*, Gutachten C für den 67. Deutschen Juristentag, C 14.

<sup>36</sup> *Amelung*, in: Schulz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag, 1997, S. 522.

<sup>37</sup> *Jahn*, Gutachten C für den 67. Deutschen Juristentag, C 66.

<sup>38</sup> *Jahn*, Gutachten C für den 67. Deutschen Juristentag, C 71.

<sup>39</sup> So auch *König/Harrendorf*, AnwBl. 2008, 566 (568).

<sup>40</sup> *König/Harrendorf*, AnwBl. 2008, 566 (568).

<sup>41</sup> *Wohlers*, StV 2008, 434 (435); *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, S. 21, 30 f.

<sup>42</sup> Vgl. BGH NJW 1989, 1741 (1744). Dies galt zumindest für diejenigen Ermittlungsmaßen, die eine Eilzuständigkeit der Polizei vorsahen; nicht z.B. für §§ 100a, 100b Abs. 1 StPO.

<sup>43</sup> BGH NStZ 1989, 375 (376).

<sup>44</sup> BGHR StPO § 105 Abs. 1 Durchsuchung 4.

<sup>45</sup> Dazu *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 52 ff.; *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß, S. 17 ff.; zum amerikanischen Recht *Herrmann*, in: Vogler u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Bd. 2, 1985, S. 1291 (1297 ff.); *Schmid*, Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten, S. 119.

<sup>46</sup> Zur Kritik an der Disziplinierungstheorie *Dencker* (Fn. 45), S. 52 ff.

<sup>47</sup> *Amelung/Mittag*, NStZ 2005, 614 (616 f.). Diese Konzeption sollte die Lücke im Schutzbereich, die bei Missachtung

von der Prämisse, dass die Strafverfolgungsbehörden vor Durchführung der Durchsuchung einem Ermittlungsrichter alle Fakten vortragen müssen, die die Ermächtigungstatbestände der §§ 102, 103 StPO verlangen und sie somit die Beweislast für das Vorliegen dieser Tatsachen tragen, könne die Tatsache, dass sie ohne vorherige richterliche Genehmigung die Wohnung eines Bürgers durchsuchten, sie nicht von der Pflicht entbinden, das Vorliegen der materiellen Durchsuchungsvoraussetzungen zu beweisen. Wendet sich also ein Angeklagter in der Hauptverhandlung gegen die Verwertung der ohne richterliche Genehmigung gewonnenen Beweismittel, müsse nun die Staatsanwaltschaft beweisen, dass die Durchsuchung den materiellen Anforderungen entsprach.<sup>48</sup>

Mehrheitlich wird jedoch in der Literatur das Fehlen einer erforderlichen richterlichen Anordnung als schwerwiegender Verstoß eingestuft, der ein striktes Verwertungsverbot nach sich ziehen muss.<sup>49</sup>

Einen überzeugenden Begründungsansatz für die Konsequenz des Verwertungsverbots bei rechtswidriger Nichteinschaltung des Richters vor der Durchsuchung wählte nun der BGH im April 2007. Die Verwertung von Beweismitteln, die durch eine ohne richterliche Anordnung rechtswidrig durchgeführte Durchsuchung gewonnen worden waren, ist deshalb untersagt, weil der Staat aus rechtswidrigem Handeln seiner Organe keine Vorteile ziehen darf.<sup>50</sup> Ein auf den Schutz des Rechts verpflichtetes Gemeinwesen widerspricht sich selbst, wenn seine Repräsentanten auf einen Rechtsbruch mit einem Rechtsbruch reagieren und es sich ein derartiges Vorgehen seiner Amtswalter nutzbar macht.<sup>51</sup> Zwar beschränkt der BGH dieses Verwertungsverbot explizit auf „Sonderfälle schwerwiegender Rechtsverletzungen“<sup>52</sup>, diese Einschränkung kann aber keine Bedeutung gewinnen.<sup>53</sup> Entscheidend ist ausschließlich, dass die Rechtsgrundlagen der Beweiserhebung nicht eingehalten wurden, die Beweisgewinnung also ein rechtswidriges Verhalten der Ermittlungsorgane darstellt – ob der Verstoß gegen die Rechtsgrundlage schwerwiegend ist oder nicht, hat keinen Einfluss auf die Rechtswidrigkeit als solche.

Folge dieser Begründung ist dann aber auch, dass ein Beweisverwertungsverbot nicht auf Fälle der willkürlichen Umgehung bzw. sonstiger besonders schwerer Verstöße gegen die Einschaltung des Richters beschränkt sein kann,

---

des Richtervorbehalts bei der von *Amelung* begründeten Lehre von den Informationsrechten (Fn. 45) bestand, schließen; *Amelung*, JR 2008, 327.

<sup>48</sup> *Amelung/Mittag*, NStZ 2005, 614 (616).

<sup>49</sup> *Wohlens*, StV 2008, 434 (436); *Fezer*, StV 1989, 290 (295); *Jahn/Dallmeyer*, NStZ 2005, 297 (303); *Ransiek*, StV 2002, 565 (567 ff.); *Krehl*, JR 2001, 491 (494); *Asbrock*, StV 2001, 322 (324); *Krekeler*, NStZ 1993, 263 (264); *Nelles*, Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung, 1980, S. 260.

<sup>50</sup> BGHSt 51, 285 (291).

<sup>51</sup> So schon *Amelung* (Fn. 45), S. 20 ff. Vgl. auch *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 24 Rn. 46.

<sup>52</sup> BGHSt 51, 285 (291).

<sup>53</sup> So zutreffend *Ransiek*, JR 2007, 436 (437 f.).

sondern jeden Verstoß gegen diese formale Voraussetzung erfassen muss. Denn für jeden Verstoß gegen die Anforderungen des Richtervorbehalts gilt, dass sich die staatliche Strafverfolgung andernfalls auf rechtswidriges Handeln ihrer Amtswalter stützte.<sup>54</sup> Diese Konsequenz ziehen dem Urteil folgende gerichtliche Entscheidungen jedoch nicht. Obwohl, wie *Prittwitz* hervorhebt, besonders bemerkenswert an dieser Entscheidung des BGH ist, dass der BGH ein gängiger Praxis durchaus entsprechendes Verhalten der Strafverfolger als „bewusste Missachtung des Richtervorbehalts“ subsumiert<sup>55</sup> und damit die Grenzen des Beweisverwertungsverbots weit steckt, zeigen die in der Folge ergangenen Entscheidungen die Tendenz, deutlich zwischen Rechtswidrigkeit der Beweisgewinnung und der Frage der Verwertbarkeit dieser Beweise zu differenzieren und für die Entscheidung über die Verwertbarkeit am Kriterium der Abwägung bei nicht offensichtlich grober Missachtung des Richtervorbehalts festzuhalten.<sup>56</sup>

Dem Gedanken, aus rechtswidrigen Handlungen – soweit sie die Rechte der Informationsbeherrschung im Rahmen der Beweiserhebung betreffen<sup>57</sup> – dürften im Strafverfahren keine nachteiligen Konsequenzen für den Angeklagten folgen, wird dann aber auch die von *Amelung/Mittag* favorisierte Lösung über eine Beweislastverteilung<sup>58</sup> nicht gerecht. Steht fest, dass der Richter hätte eingeschaltet werden müssen, kann es gar nicht mehr auf die materiellen Voraussetzungen – und damit auch nicht auf ihre Beweisbarkeit ankommen – da ansonsten die Ausschaltung des Richters wiederum durch Vorliegen der materiellen Voraussetzungen „geheilt“ und so zu einer bloßen Formalie degradiert würde.

Die vom BGH (in BGHSt 51, 285) gewählte Begründung steht auch mit der von Gesetzgeber und Rechtsprechung dem Richtervorbehalt zugemessenen Bedeutung in Einklang. Betont man die herausragende Rolle des Richtervorbehalts als vorbeugenden Rechtsschutz zur Grundrechtssicherung im Ermittlungsverfahren, so ist es nur konsequent, Verstöße durch den Verlust des Beweismittels zu sanktionieren. Dabei zielt die Sanktionierung nicht auf eine Bestrafung oder Disziplinierung der ermittelnden Beamten – dafür könnten disziplinarrechtliche, aber auch strafrechtliche oder zivilrechtliche Sanktionen eher geeignet sein<sup>59</sup> – sondern auf die Sicherung des in GG und StPO verankerten Aufgaben- und Kontrollsystems, auf dessen Interessenabwägung die Legitimation des Strafverfahrens gründet.<sup>60</sup>

---

<sup>54</sup> Ausführlich *Ransiek*, JR 2007, 436 (437 f.).

<sup>55</sup> *Prittwitz*, StV 2008, 486 (491).

<sup>56</sup> BGH StV 2008, 121 (123); OLG Hamburg, StraFo 2008, 158 (161). Überblick zur Rechtsprechung bei Nichtbeachtung des Richtervorbehalts bei *Wohlens*, StV 2008, 434 (436 ff.).

<sup>57</sup> Dies gilt daher z.B. nicht für § 81a StPO bei Eingriffsvornahme durch einen Nichtarzt.

<sup>58</sup> *Amelung/Mittag*, NStZ 2005, 614.

<sup>59</sup> Vgl. *Ransiek*, StV 2002, 565 (567 f.).

<sup>60</sup> Ausführlich zum Legitimationszusammenhang von Strafrechtstheorie und Strafverfahren *Müssig*, GA 1999, 119, insbes. 121 ff.

Die in GG und StPO aufgestellten formellen und materiellen Anforderungen an die Beweiserhebung im Strafverfahren grenzen den Untersuchungsgrundsatz ein und sichern die verfahrensrechtliche Stellung der Prozessbeteiligten, indem sie ihnen Informationsverfügungsrechte gewähren.<sup>61</sup> Werden Beweismittel unter Verstoß gegen diese Anforderungen gewonnen, verletzt dies das Informationsverfügungsrecht des Betroffenen. Ausschlaggebend für die Annahme eines Beweisverwertungsverbots ist die auf das Verfahren bezogene Kontrollfunktion des Richtervorbehalts. Der Richtervorbehalt dient dem Schutz des Beschuldigten in seinem verfahrensrechtlichen Status, denn „Aufgabe gerade der strafprozessualen Richtervorbehalte ist es, der generellen Gefahr vorzubeugen, dass – insbesondere bei ‚Überraschungsangriffen‘ – Grundrechtspositionen durch verspäteten Schutz entwertet werden. Der Richter wird hier – im Rahmen seiner Anordnungskompetenz – zum Garanten der verfahrensrechtlichen Stellung des Betroffenen: es geht um präventiven Rechtsschutz – der auch durch nachträgliche Verlaufshypothesen nicht ersetzt werden kann.“<sup>62</sup> Aufgrund dieser besonderen Funktion des Richtervorbehalts lässt auch ein Verstoß gegen diese Formvorschrift eine rechtswidrige Lage entstehen, die das Recht des Beschuldigten auf Beseitigung der Folgen begründet.

#### V. Erweiterung des Beweisverwertungsverbots auf sonstige Verstöße gegen die gesetzlichen Voraussetzungen des Richtervorbehalts – fehlende richterliche Prüfung und fehlerhafte Beschlüsse

Die Umgehung des Richters durch Staatsanwaltschaft und Polizei vor der Durchführung der Durchsuchung stellt, wie bereits unter III. angedeutet, nicht die einzige Schwachstelle des Systems „Richtervorbehalt“ dar. Weitere Problempunkte sind die unzureichende richterliche Prüfung vor Erlass des Beschlusses sowie mangelhafte Begründungen desselben. Anders als die fehlende, aber notwendige richterliche Anordnung soll nach h.M. aber die „nur“ fehlerhafte kein Verwertungsverbot auslösen.<sup>63</sup> Diese Differenzierung überzeugt nicht.

Zwei empirische Studien aus dem Jahr 2003 zur Telefonüberwachung lassen vermuten, dass auch bei vorheriger Beteiligung eines Richters der Richtervorbehalt tatsächlich die ihm zugeordnete Kontrollfunktion nicht erfüllt. Fehlerhafte und unvollständige Beschlüsse sind die Indizien, die auf eine nicht erfolgte Kontrolle hinweisen.<sup>64</sup>

Die Studie des Max Planck Instituts (*Albrecht* u.a.) kommt zu dem Ergebnis, dass die Begründungen der richterlichen Anordnungsbeschlüsse abhängig von der inhaltlichen Qualität der vorhergegangenen Entscheidung sind. Diese Abhängigkeit war „im Guten wie im Schlechten“ festzustellen. Ein Beschluss wurde besonders dann entsprechend dem

Antrag ausgefertigt, wenn die Staatsanwaltschaft ihren Antrag substantiell begründet hatte.<sup>65</sup> Die *Verf.* dieser Studie weisen deutlich darauf hin, dass der Inhalt einer Begründung keine Aussage über die Vornahme und Tiefe einer tatsächlichen Kontrolle treffen kann. Jedoch entfalteten diese Erkenntnisse eine gewisse Indizwirkung, wenn man auch Äußerungen befragter Ermittlungsrichter zugrunde lege, die nahezu einstimmig auf ihre Arbeitsbelastung verwiesen und eine Prioritätensetzung zugunsten „schwerwiegenderer Eingriffe“ erläuterten.<sup>66</sup>

Auch *Backes* und *Gusy* (Universität Bielefeld) stellen in ihrer Untersuchung fest, dass Richter unvollständige Antragsbegründungen der Staatsanwaltschaft in ihre Beschlüsse übernehmen, anstatt sie zu vervollständigen. In den meisten Fällen, in denen die Antragsbegründungen zum Beispiel unzureichende Ausführungen zum Tatverdacht enthielten, wiesen auch die richterlichen Beschlüsse dieses Defizit auf.<sup>67</sup> Legte die Staatsanwaltschaft ihrem Antrag einen Beschlussentwurf bei, wurde dieser lediglich unterzeichnet. Von 65 Fällen, in denen der Staatsanwalt einen Beschlussentwurf seinem Antrag beigefügt hat, hat der Richter in 60 Fällen den Antrag ohne Änderung unterschrieben. Dies sehen *Backes* und *Gusy* vor allem deshalb als Indiz für eine mangelhafte Kontrolle durch den Richter, weil diese Beschlussentwürfe überdurchschnittlich fehlerhaft waren. Nur 11,8 % waren vollständig, enthielten also Ausführungen zu allen gesetzlich vorgeschriebenen Tatbestandsmerkmalen.<sup>68</sup> Werden in der üblichen Form gefasste staatsanwaltliche Anträge auch weit weniger häufig vom Richter wörtlich übernommen, so zeigte sich aber auch hier eine Abhängigkeit der Qualität des richterlichen Beschlusses von der Vollständigkeit des staatsanwaltlichen Antrags.<sup>69</sup>

Grundsätzlich ist in diesen Fällen die Form gewahrt, der Richter wurde rechtzeitig eingeschaltet. Fände aber tatsächlich keine inhaltliche Prüfung durch den Richter statt, würde der Richter zum bloßen „Staatsnotar“, der lediglich die Anträge der Staatsanwaltschaft „ausfertigt“ oder die praktischer Weise schon in Beschlussform formulierten Eingaben unterschreibt. Dem Sinn und Zweck des Richtervorbehalts als vorbeugender Rechtsschutz durch ein unabhängiges Organ wird ein solches Vorgehen dann ebenso wenig gerecht wie die komplette Ausschaltung des Richters. Deshalb ist es entscheidend, dass das BVerfG zusätzlich besondere Anforderungen an richterliche Durchsuchungsbeschlüsse formuliert hat, die sicherstellen sollen, dass der Beschluss seine Begrenzungsfunktion im Rahmen der Durchsuchung erfüllen kann, die aber auch die eigene Auseinandersetzung des Richters mit den zugrunde liegenden Tatsachen erkennen lassen müssen.<sup>70</sup>

<sup>65</sup> *Albrecht/Dorsch/Krüpe* (Fn. 27), S. 244 f.

<sup>66</sup> *Albrecht/Dorsch/Krüpe* (Fn. 27), S. 446.

<sup>67</sup> *Backes/Gusy* (Fn. 27), S. 123 ff.

<sup>68</sup> *Backes/Gusy* (Fn. 27), S. 47 f.

<sup>69</sup> *Backes/Gusy* (Fn. 27), S. 49.

<sup>70</sup> BVerfGE 103, 142; BVerfG, Beschl. v. 5.5.2008 – 2 BvR 1801/06, Rn. 16. Ausführlich zu den Anforderungen an den richterlichen Beschluss *Schäfer*, in: Erb/Esser/Franke/Graalmann-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die

<sup>61</sup> *Müssig*, GA 1999, 119 (130 f.).

<sup>62</sup> *Müssig*, GA 1999, 119 (134).

<sup>63</sup> BGH wistra 1997, 107 (108); *Amelung*, NJW 1991, 2533 (2537); *Schoreit*, NStZ 1999, 173 (174 f.).

<sup>64</sup> Vgl. hierzu die rechtstatsächlichen Untersuchungen von *Albrecht/Dorsch/Krüpe* (Fn. 27) und *Backes/Gusy* (Fn. 27).

Bislang geht die h.M. in Rechtsprechung und Literatur aber dennoch davon aus, dass Beweismittel, die bei Durchsuchungen aufgefunden wurden, denen ein unvollständiger oder fehlerhafter Durchsuchungsbeschluss zugrunde lag, verwertbar sind.<sup>71</sup>

Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu rechtswidrigen Durchsuchungsbeschlüssen beantworten ausschließlich Fragen der Grundrechtsverstöße; etwaige sonstige Folgen – wie insbesondere das Eingreifen eines Verwertungsverbots – bleiben grundsätzlich offen, da sie nicht in den Aufgabenbereich des Bundesverfassungsgerichts fallen. Am Rande hat das BVerfG allerdings festgestellt, der Beschlagnahme stehe regelmäßig nicht entgegen, dass der Gegenstand aufgrund einer rechtsfehlerhaften Durchsuchung erlangt worden sei, außer bei einem „besonders schwer wiegenden Verstoß“.<sup>72</sup>

Wie auch in Fällen fehlender Einschaltung des Richters vor der Durchsuchung prüft der BGH grundsätzlich hypothetisch, ob der Durchsuchungsanordnung rechtliche Hindernisse entgegengestanden hätten. Zudem geht der BGH davon aus, dass Formfehler der Durchsuchungsanordnung im Beschwerdeverfahren dadurch kompensiert werden können, dass die Durchsuchungsanordnung im Wege der Abhilfe aufgehoben wird und den rechtlich selbständigen Entscheidungen über die Beschlagnahme ein neuer, vollständiger Beschluss zugrunde gelegt wird.<sup>73</sup>

Auf „völliges Unverständnis“ – so *Schoreit* – müssten Forderungen stoßen, bei anscheinend unvollständig formulierten bzw. begründeten Durchsuchungsanordnungen Beweisverwertungsverbote hinsichtlich der aufgefundenen Beweismittel anzunehmen.<sup>74</sup> Erweise sich die Maßnahme im Ergebnis als berechtigt, weil nämlich Beweismittel gefunden wurden, und liegen ordentliche Beschlagnahmebeschlüsse vor, sei der Fehler geheilt.<sup>75</sup> Man müsse sich vergegenwärtigen, dass Fälle unberechtigter Annahme von Verwertungsverböten das allgemeine Rechtsempfinden zutiefst verunsicherten, zumal sie mit dem Gebot der Gleichbehandlung vergleichbarer Fälle nicht vereinbar seien.<sup>76</sup>

Jedoch ist ein Richter, der den Sachverhalt nicht eigenständig prüft, genauso ineffektiv für den Grundrechtsschutz wie ein Richter, der von Staatsanwaltschaft und Polizei durch Nutzung ihrer Eilkompetenz gar nicht beteiligt wird. Deshalb ist eine fehlende inhaltliche Prüfung ebenso rechtswidrig wie eine gänzlich entfallende. Nur durch eine richterliche Begründung des Beschlusses kann die richterliche Prüfung selbst dokumentiert und überprüfbar werden. Mängel der Begründung und einfache Abzeichnung staatsanwaltlicher Anträge müssen daher ebenso zu einem Beweisverwertungs-

verbot führen wie die komplette Ausschaltung des Richters. Zutreffend betont daher *Krekeler*, dass ein schwerwiegender Grundrechtsverstoß in Form fehlender Bestimmtheit des Durchsuchungsbeschlusses nicht durch die weitere Verwertung der infolge des fehlerhaften Beschlusses erlangten Beweismittel aufrechterhalten werden darf.<sup>77</sup>

Insbesondere die Feststellung des Tatverdachts verlangt eine Begründung, der zu entnehmen ist, warum der Richter die Grenze des Anfangsverdachts als überschritten ansah, da feststehende allgemeingültige Kriterien für die Annahme des Verdachts nicht existieren. Denn der für die Anordnung einer Durchsuchung erforderliche Tatverdacht lässt sich zu bloßen Vermutungen nicht scharf abgrenzen.<sup>78</sup> Es liegt gerade in der Natur eines Verdachts, dass die Umstände, die ihn begründen, ihn nach Abschluss des Verfahrens möglicherweise nicht mehr bestätigen. Eine Entscheidung über den Tatverdacht nach abstrakten, exakten Kriterien ist daher kaum möglich; die Verdachtsgewinnung kann sich immer nur auf eine Beurteilung im Einzelfall stützen.<sup>79</sup>

Diese Beurteilung der Verdachtsvoraussetzungen durch ein unabhängiges Organ erlangt deshalb entscheidende Bedeutung für den präventiven Grundrechtsschutz. Da aber auch dem Richter als unabhängigem Organ exakte Kriterien zur Abgrenzung des Tatverdachts von unverdächtigem Verhalten fehlen, kann allein seine Begründung ausschlaggebend sein; sie verleiht seiner Beurteilung Plausibilität. Die richterliche Entscheidung muss durch Abwägung aller für und wider einen Verdacht sprechenden Gründe nachvollziehbar werden. Deshalb ist die Begründung eben keine bloße Formalie, denn nur durch sie kann sichergestellt werden, dass eine Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen des Ermittlungseingriffs stattgefunden hat und der Eingriff durch die Festlegungen im Beschluss begrenzt wird.<sup>80</sup>

Eine eigenständige Bewertung und Begründung durch den Richter erfordert auch das Kriterium der Verhältnismäßigkeit. Die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit setzt voraus, dass der Richter besondere Kenntnisse von und die notwendige Erfahrung mit der Ermittlungstätigkeit hat, um eigenverantwortlich Alternativen prüfen zu können.

Da nur durch die richterliche Begründung dokumentiert werden kann, dass der Richter seiner Kontrollfunktion durch Abwägung aller Gesichtspunkte gerecht geworden ist, ist diese Begründung auch nicht in der Abhilfeentscheidung oder der Entscheidung des Beschwerdegerichts nachholbar; dies würde dem Sinn der präventiven Kontrolle widersprechen.<sup>81</sup>

<sup>77</sup> *Krekeler*, NStZ 1993, 263 (263, 265).

<sup>78</sup> BGHSt 41, 30.

<sup>79</sup> Ausführlich *Ransiek*, StV 2002, 565 (569).

<sup>80</sup> *Ransiek*, StV 2002, 565 (570). Vgl. jetzt auch BVerfG, Beschl. v. 5.5.2008 – 2 BvR 1801/06, Absatz-Nr. 16: „Dass der Ermittlungsrichter diese Eingriffsvoraussetzungen eigenverantwortlich [...] geprüft hat, muss in dem Beschluss zum Ausdruck kommen. Es ist zu verlangen, dass ein dem Beschuldigten angelastetes Verhalten geschildert wird, das den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt.“

<sup>81</sup> BVerfG NJW 2004, 3171; BVerfG StV 2000, 465; LG Halle wistra 2008, 280; LG Magdeburg, Urt. v. 2.8.2007 –

Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3, 25. Aufl. 2004, § 105 Rn. 37 ff.

<sup>71</sup> BGH wistra 1997, 107 (108); *Amelung*, NJW 1991, 2533 (2537); *Schoreit*, NStZ 1999, 173 (174 f.).

<sup>72</sup> BVerfG, Beschl. v. 15.7.1998 – 2 BvR 446/98.

<sup>73</sup> BGH StV 2002, 113.

<sup>74</sup> *Schoreit*, NStZ 1999, 173 (176).

<sup>75</sup> *Schoreit*, NStZ 1999, 173 (176).

<sup>76</sup> *Schoreit*, NStZ 1999, 173 (176).

Aufgrund dieser entscheidenden Bedeutung der richterlichen Begründung ist die Ausdehnung des Verwertungsverbots auf Fälle fehlender oder fehlerhafter Beschlussbegründung konsequent und geboten. Die Überwindung der Vorstellung von der richterlichen Begründung als bloßer Formalie und die Flankierung mittels Beweisverwertungsverbots als Folge der beschriebenen Verstöße bietet eine Möglichkeit, die Effektivität des Richtervorbehalts in der Praxis zu vergrößern, was angesichts seiner theoretischen Bedeutung dringend geboten ist – zumal echte Alternativen bislang nicht existieren.

#### VI. Erweiterung des Beweisverwertungsverbots auf sonstige Richtervorbehalte

Greift ein Beweisverwertungsverbot daher bei allen – nicht gänzlich unerheblichen – Fehlern des Durchsuchungsbeschlusses ein, so stellt sich darüber hinaus die Frage, ob die Konsequenz des Beweisverwertungsverbots nur für den verfassungsrechtlich geregelten Richtervorbehalt im Rahmen der Durchsuchung (Art. 13 Abs. 2 GG) gilt, oder ob diese Grundsätze auch auf sonstige, einfach gesetzlich geregelte Richtervorbehalte übertragen werden können. Dass nur die Richtervorbehalte vor Anordnung einer Durchsuchung und einer Freiheitsentziehung (Art. 104 Abs. 2 GG) in die Verfassung aufgenommen worden sind, hat historische Gründe. Aufgrund der Erfahrungen insbesondere während der NS-Zeit haben die Väter des Grundgesetzes Richtervorbehalte für die Durchsuchung und die Freiheitsentziehung festgeschrieben.<sup>82</sup> Später geschaffene oder erst später an praktischer Relevanz gewonnene Eingriffsrechte, die unter Richtervorbehalt stehen, wurden einfachgesetzlich in der StPO geregelt. Diesen kommt aber keine geringere Bedeutung zu; die durch diese Richtervorbehalte abgesicherten Eingriffsrechte können mitunter schwerwiegendere Eingriffe in Grundrechte darstellen als die zwar i.d.R. überraschende, aber doch offene Hausdurchsuchung. Zu denken ist z.B. an die heimliche Telefonüberwachung, Datenspeicherungen, DNA-Untersuchungen. Die Möglichkeiten des Einsatzes technischer Überwachungsmaßnahmen sowie des Missbrauchs dieser Maßnahmen waren zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der Verfassung noch nicht abzusehen. Ein qualitativer Unterschied hinsichtlich der Schwere des Grundrechtseingriffs besteht

---

24 Qs 19/07; LG Berlin wistra 2004, 319; vgl. auch *Ransiek*, StV 2002, 565 (570). Vgl. auch BVerfG, Ur. v. 31.10.2007 – 2 BvR 1346/07, Rn. 15 zur Dokumentation von Gefahr im Verzug: „Auch die fehlende Dokumentation der Gründe für die Annahme der Gefährdung des Untersuchungszwecks bei der Anordnung von Zwangsmitteln durch Polizei oder Staatsanwaltschaft darf nicht durch das zur Überprüfung berufene Gericht durch Verwendung einer ihm erst nachträglich zugänglich gemachten Stellungnahme der Ermittlungsbehörden ersetzt werden, da dies eine Nachbesserung der zu kontrollierenden hoheitlichen Akte darstellte, welche die präventive Funktion des Richtervorbehalts leerlaufen ließe.“

<sup>82</sup> *Ostendorf/Brüning*, JuS 2001, 1063 (1065).

daher zwischen diesen einzelnen Richtervorbehalten nicht.<sup>83</sup> Auch den einfachgesetzlich geregelten Richtervorbehalten kommt dieselbe grundrechtssichernde Kontrollaufgabe zu wie den Richtervorbehalten des Art. 13 Abs. 2 GG und Art. 104 Abs. 2 GG. Dienen diese Richtervorbehalte also demselben Zweck wie die verfassungsrechtlich normierten, muss auch für sie derselbe Maßstab gelten.<sup>84</sup> Die Erwägung, dass der Staat aus rechtswidrigem Handeln seiner Organe keinen Nutzen ziehen darf,<sup>85</sup> trifft auf die einfachgesetzlich geregelten Richtervorbehalte ebenso zu. Deshalb muss auch in diesen Fällen ein Verstoß gegen die Vorschriften des Richtervorbehalts ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen.

#### VII. Zur Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots

Die Begründung des Beweisverwertungsverbots, der Staat dürfe aus rechtswidrigem Verhalten von Staatsanwaltschaft und Polizei keinen Nutzen ziehen, hat aber noch weitere Konsequenzen. Denn mit dieser Begründung muss eine Missachtung des Richtervorbehalts oder ein sonstiger Verstoß gegen dessen gesetzliche Voraussetzungen dazu führen, dass die im Rahmen der rechtswidrigen Durchsuchung gewonnenen Informationen in gar keiner Weise im Strafverfahren genutzt werden dürfen.<sup>86</sup> Dies schließt dann auch z.B. solche Beweismittel ein, die erst aufgrund von Hinweisen im Rahmen der Durchsuchung gefunden wurden. Das Beweisverwertungsverbot entfaltet also eine Fernwirkung.<sup>87</sup>

Die Anerkennung einer Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten ist in Deutschland seit jeher umstritten.<sup>88</sup> Diejenigen, die eine Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten ablehnen, verweisen vor allem auf die kriminalpolitischen Folgen. Es liege ihrer Ansicht nach im öffentlichen Interesse, eine möglichst vollständige Wahrheitserforschung im Strafprozess zu gewährleisten.<sup>89</sup> Die Effektivität der Strafrechts-

---

<sup>83</sup> *Brüning*, HRRS 2007, 250 (255); *Amelung*, NStZ 2001, 337 (342).

<sup>84</sup> *Talaska*, Der Richtervorbehalt, S. 134. Das BVerfG geht in seinem Ur. v. 28.7.2008 – 2 BvR 784/08, Rn 10, von der Gleichwertigkeit des Richtervorbehalts in § 81a StPO mit dem verfassungsrechtlich geregelten Richtervorbehalt bei der Durchsuchung aus; vgl. auch OLG Stuttgart NStZ 2008, 238. Ausführlich zum Richtervorbehalt bei § 81a StPO *Prittowitz*, StV 2008, 486 sowie speziell zur Frage der Eilkompetenz bei Blutentnahmen nach Trunkenheitsfahrten *Heß*, NJW-Spezial 2008, 297; *Fickenscher/Dingelstadt*, NStZ 2009, 124; dagegen Gefahr im Verzug grds. in diesen Fällen bejahend *Brocke/Herb*, StraFo 2009, 46.

<sup>85</sup> BGHSt. 51, 285 (291).

<sup>86</sup> *Ransiek*, JR 2007, 436 (438).

<sup>87</sup> *Ransiek*, JR 2007, 436 (438).

<sup>88</sup> Ausführlich zum Problem der Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten im Strafverfahren *Mergner*, Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten, 2005; *Neuhaus*, NJW 1990, 1221 f.; *Reineke*, Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten, 1990.

<sup>89</sup> Überblick bei *Jahn*, Gutachten C für den 67. Deutschen Juristentag, C 92 ff; *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 51 Aufl. 2009, Einl. Rn. 57 m.w.N.

pflege würde zudem über Gebühr eingeschränkt.<sup>90</sup> Auch sieht man den allgemeinen Rechtsgüterschutz in Gefahr, denn sowohl unter spezial- als auch unter generalpräventiven Aspekten erschiene eine Nichtverurteilung aufgrund eines Verfahrensfehlers als verfehlt. Außerdem sei es praktisch nahezu unmöglich, tatsächlich vorhandenes Wissen nicht zu nutzen.<sup>91</sup> Überdies sei die Überprüfung der Kausalität, wenn festgestellt werden müsste, ob das mittelbar erlangte Beweismittel wirklich aufgrund des Hinweises gefunden worden sei, der aus der unzulässigen Beweiserhebung resultierte, schwierig.<sup>92</sup> Stützte man die Fernwirkung zudem auf den Gedanken der Disziplinierung der Ermittlungsbehörden, so wird dagegen – wie auch schon bei der Frage der Entstehung eines Beweisverwertungsverbots – eingewandt, dass diese Disziplinierungsform nicht dem deutschen Recht entspreche; im Übrigen bestehe auch kein innerer Zusammenhang zwischen dem Unrecht des Beschuldigten und dem Unrecht der Verfolgungsbehörden. Das Beamtenrecht enthalte zur Disziplinierung genügend Rechtsbehelfe.<sup>93</sup>

Der BGH hat bislang eine Fernwirkung abgelehnt, da es zum einen nicht hinnehmbar sei, dass durch einen Verfahrensfehler „das gesamte Strafverfahren lahm gelegt wird“; zum anderen sei „eine solche Begrenzung der Auswirkung eines Verfahrensfehlers [...] zu einer wirksamen Verbrechensbekämpfung auch deshalb erforderlich, weil sich kaum jemals feststellen lässt, ob die Polizei den Zeugen ohne den Verstoß nicht auch gefunden hätte.“<sup>94</sup>

Für die Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots spricht aber, dass ansonsten der Zweck des Beweisverwertungsverbots, im Widerspruch zur StPO erlangte Informationen nicht in den Strafprozess einzuführen, vereitelt würde. Urteilssprüche dürfen nach zutreffender Ansicht nicht mit dem Makel belastet sein, die Überführung des Beschuldigten sei nur durch rechtswidrige Maßnahmen möglich gewesen.<sup>95</sup> Nichts stellt ein Staatswesen stärker in Frage als eine Pflichtverletzung bei der Befolgung der eigenen Gesetze.<sup>96</sup> Letztlich könnten Verfahrensvorschriften, deren Verletzung aufgrund der möglichen mittelbaren Verwertung der gewonnenen Informationen keine Folgen nach sich zögen, konsequenterweise gestrichen werden. Damit im Einklang steht die Forderung des BGH, der Staat dürfe seine Urteile nicht auf rechtswidrig gewonnene Informationen stützen. Dies kann sich dann aber nicht nur auf das unmittelbar gewonnene Beweismittel beschränken, sondern muss alle in diesem Zusammenhang gewonnenen Informationen betreffen.

Für eine Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots bei Umgehung des Richtervorbehalts spricht auch die Einordnung der Beweisverwertungsverbote als Sicherung der Informationsverfügungsrechte der Prozessbeteiligten. In jeder

prozessualen Nutzung des unrechtmäßig erlangten Beweismittels realisiert sich die Beeinträchtigung des Informationsverfügungsrechts.<sup>97</sup> Beruhen die Verwertungsverbote auf dem Prinzip der Folgenbeseitigung, ergibt sich eine Fernwirkung, weil der Beschuldigte so zu stellen ist, wie er stünde, wenn nicht rechtswidrig in sein Informationsbeherrschungsrecht eingegriffen worden wäre.<sup>98</sup> Die Grenzen des Beweisverwertungsverbots lassen sich nach *Müssig* nach den Kriterien der objektiven Zurechnung bestimmen: „Entscheidend ist, ob sich in der prozessualen Verwertung des mittelbaren Beweismittels dasjenige für die Verfahrensstellung des Betroffenen relevante – unerlaubte Risiko – verwirklicht, das durch die unmittelbare Beweiserhebung bzw. -verwertung geschaffen wurde, [...] also der Weg zum mittelbaren Beweismittel sich auf Informationen stützte, die sämtlich dem Verwertungsverbot unterfielen.“<sup>99</sup>

Schließlich ist den bisher nicht quantifizierbaren kriminalpolitischen Bedenken entgegenzuhalten, dass Verwertungsverbote lediglich zum Ausschluss einzelner Beweis(ketten) und nicht zu einem allgemeinen Verfahrenshindernis führen.<sup>100</sup>

#### VIII. Konsequenzen für das Strafverfahren und Einschränkungen des Beweisverwertungsverbots

Wesentliche Befürchtung bei Anerkennung eines Beweisverwertungsverbots als Konsequenz des Verstoßes gegen die Vorgaben des Richtervorbehalts und insbesondere bei weitergehender Anerkennung der Fernwirkung dieses Verstoßes ist das Risiko, einen Schuldigen freisprechen zu müssen, weil aufgrund eines Fehlers zu Beginn des Ermittlungsverfahrens keine verwertbaren Beweise existieren. Dieses Risiko besteht. Häufig wird es allerdings nicht so sein, dass allein die z.B. im Rahmen einer rechtswidrigen Durchsuchung gewonnenen Beweise ausschließlich prozessentscheidend sind. Zukünftig mag die Rechtsfolge des Beweisverwertungsverbotes zudem tatsächlich disziplinierend auf die beteiligten Ermittlungsorgane wirken und die Rechtsstaatlichkeit im Ermittlungsverfahren stärken. Und schließlich folgt die Einschränkung der Ermittlungsmöglichkeiten bereits aus der Entscheidung des Gesetzgebers, Ermittlungseingriffe durch strikte Formalien zu begrenzen. Letztendlich ist dies eine Folge und Notwendigkeit der Stärkung freiheitssichernder Kontrollmechanismen im Ermittlungsverfahren.<sup>101</sup>

Dennoch sind gewisse Ausnahmen vom Beweisverwertungsverbot und seiner Fernwirkung zu machen. Eine Ausnahme sollte z.B. für den Fall gelten, dass sicher feststeht, dass die Ermittlungsbeamten das Beweismittel völlig unabhängig von dem Verfahrensfehler auf jeden Fall gewonnen hätten.<sup>102</sup> Zu diesem Ergebnis gelangt man auch über die

<sup>90</sup> *Kramer*, Jura 1988, 520 (524).

<sup>91</sup> *Baumann*, Diskussionsbeitrag, Diskussion des 46. DJT – Bd. 2, Sitzungsberichte, 1966, F 108-F 112.

<sup>92</sup> *Neuhaus*, NJW 1990, 1221 (1222).

<sup>93</sup> Zusammenfassend m.w.N. *Mergner* (Fn. 88), S. 51 f.

<sup>94</sup> BGHSt 34, 365; vgl. auch BGHSt 51, 1 (8).

<sup>95</sup> *Amelung*, NJW 1991, 2533 (2538 f.).

<sup>96</sup> *Nüse*, JR 1966, 281 (284).

<sup>97</sup> *Müssig*, GA 1999, 119 (137).

<sup>98</sup> *Amelung*, NJW 1991, 2533 (2538).

<sup>99</sup> *Müssig*, GA 1999, 119 (137).

<sup>100</sup> *Müssig*, GA 1999, 119 (137), Fn. 65.

<sup>101</sup> Ausführlich zur Kontrolle der Ermittlungstätigkeit *Hüls* (Fn. 8).

<sup>102</sup> Beispiel zum Fall „Weimar“ bei *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657 (675).

Kriterien der objektiven Zurechnung, da sich in einer solchen Verwertung gerade nicht das durch die fehlerhafte Beweisgewinnung geschaffene Risiko verwirklicht.<sup>103</sup> Ferner ist eine erneute richterliche Kontrolle entbehrlich, wenn bereits eine richterliche Entscheidung vorliegt und sich die tatsächlichen Gegebenheiten nicht geändert haben. Eine Verwertung ist also z.B. möglich, wenn eine richterlich angeordnete Durchsuchung unterbrochen und ohne erneuten richterlichen Beschluss fortgesetzt wurde, sofern zwischenzeitlich keine Änderung der Sachlage eingetreten ist.<sup>104</sup> Eine weitere Ausnahme gilt für den Fall, dass die einzige rechtmäßige Entscheidung des Richters der Erlass des Beschlusses gewesen wäre, sein Entscheidungsspielraum also auf Null reduziert war. Nur in diesem Fall ist die richterliche Prüfungscompetenz bedeutungslos, daher sind ausnahmsweise allein die materiellen Anforderungen ausschlaggebend.<sup>105</sup>

### IX. Fazit

Die Bedeutung des Richtervorbehalts als vorweggenommener Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren verbietet es, Verstöße gegen diese formale Voraussetzung vieler Ermittlungsmaßnahmen folgenlos zu lassen. Daher ist der Entscheidung des BGH vom 18.4.2007 uneingeschränkt zuzustimmen, in der ein Beweisverwertungsverbot für den Fall eines schwerwiegenden Verstoßes gegen die Vorschriften des Richtervorbehalts bei der Durchsuchung angenommen wird. Darüber hinaus muss aber grundsätzlich jeder Verstoß gegen die Voraussetzungen des Richtervorbehalts ein Beweisverwertungsverbot auslösen, weil das Urteil ansonsten immer auf rechtswidrigem Handeln staatlicher Organe fußte.<sup>106</sup> Eine Abwägung ist nicht mehr durchzuführen, da diese Abwägung bereits durch den Gesetzgeber erfolgt ist, der das Eingriffsrecht an bestimmte formale Voraussetzungen geknüpft hat. Eine Abwägung, die an die Schwere des Deliktvorwurfs anknüpfte, führte zudem zu dem Ergebnis, dass im Bereich der Schwerstkriminalität Verstöße gegen die Anforderungen an die Beweiserhebung immer folgenlos blieben – für diesen Bereich könnten daher faktisch die Grenzen der Beweiserhebungsrechte der StPO außer Kraft gesetzt werden.<sup>107</sup>

Wünschenswert wäre aber eine Systematisierung der Eingriffsrechte der StPO und ihrer formalen Anforderungen, die auch der Praxis eine rechtmäßige Anwendung erleichterte. Eingriffsrechte und dazugehörige Richtervorbehalte sollten einer kritischen Überprüfung durch den Gesetzgeber unterzo-

gen werden, insbesondere bevor über neue – unter Richtervorbehalt zu stellende – Eingriffsrechte nachgedacht wird.

---

<sup>103</sup> Vgl. oben VII.

<sup>104</sup> *Ransiek*, StV 2002, 565 (570).

<sup>105</sup> *Ransiek*, StV 2002, 565 (570).

<sup>106</sup> Zu den wenigen Ausnahmen s.o. unter VIII. Anders jedoch die Rechtsprechung, die an der Differenzierung zwischen Rechtswidrigkeit der Beweisgewinnung und der Frage des Verwertungsverbots bei Verstößen gegen den Richtervorbehalt festhält, vgl. BVerfG, Beschl. v. 28.7.2008 – 2 BvR 784/08 m.w.N.

<sup>107</sup> So auch *Müssig*, GA 1999, 119 (142). Vgl. auch *Amelung* (Fn. 45), S. 9; *Amelung* (Fn. 36), S. 522. A.A. *Rogall*, JZ 2008, 818 (820).