



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

### Stellungnahme Nr. 22/2017 April 2017

#### Zur Verfassungsbeschwerde des Herrn K. J. 2 BvR 675/14

##### Mitglieder des Strafrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Vorsitzender

RA Prof. Dr. Jan Bockemühl

RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm

RA Thomas C. Knierim

RA Dr. Daniel M. Krause

RA Prof. Dr. Holger Matt

RAin Anke Müller-Jacobsen

RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus

RA Prof. Dr. Tido Park (Berichterstatter)

RA Dr. Jens Schmidt

RAin Dr. Anne Wehnert

RAin Dr. Annette von Stetten

RA Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

##### Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
[www.brak.de](http://www.brak.de)

##### Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9    Tel. +49.30.28 49 39 - 0  
10179 Berlin    Fax +49.30.28 49 39 -11  
Deutschland    Mail [zentrale@brak.de](mailto:zentrale@brak.de)

##### Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9    Tel. +32.2.743 86 46  
1040 Brüssel    Fax +32.2.743 86 56  
Belgien    Mail [brak.bxl@brak.eu](mailto:brak.bxl@brak.eu)

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Die Bundesrechtsanwaltskammer hält die Verfassungsbeschwerde vor dem Hintergrund der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Anordnungsvoraussetzungen von Durchsuchungsmaßnahmen bei Gefahr im Verzug für begründet, da die Durchsuchung bei dem Beschwerdeführer am 14.09.2013 um 04:40 Uhr nicht unter Einhaltung des verfassungsrechtlich verankerten Richtervorbehalts erfolgte. Legitime Gründe für eine Anordnung der Durchsuchung durch die Bereitschaftsstaatsanwältin ohne Anrufung eines Ermittlungsrichters liegen nicht vor (dazu A.).

Gleichwohl sollte der vorliegende Fall Veranlassung geben, die bisherige Rechtsprechung zu den Erfordernissen an die zeitliche Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters zu überdenken, weil zweifelhaft erscheint, dass die Grundsätze der bisherigen Rechtsprechung, insbesondere die bisherige Art der Inbezugnahme des § 104 Abs. 3 StPO zur Abgrenzung von Tages- und Nachtzeit, dem Schutzbedürfnis des von einer Durchsuchungsmaßnahme Betroffenen hinreichend Rechnung tragen (dazu B.). Dabei ist auch in den Blick zu nehmen, ob und inwieweit die Vorschrift des Art. 104 Abs. 3 StPO überhaupt als geeigneter Maßstab für eine etwaig gebotene Konkretisierung des Verfassungsrechts fruchtbar gemacht werden kann (dazu C.).

## **A. Geltende Rechtslage**

### **I. Die Funktion des Richtervorbehalts gem. Art. 13 Abs. 2 GG**

Für Wohnungsdurchsuchungen sieht das Grundgesetz in Art. 13 Abs. 2 einen präventiven Richtervorbehalt vor. Durchsuchungen dürfen danach grundsätzlich nur durch den Richter und lediglich im Fall der Gefahr im Verzug auch durch die in den Gesetzen vorgesehenen anderen Organe angeordnet werden.

Dass der Richtervorbehalt sogar verfassungsrechtlich verankert ist, verdeutlicht zum einen, welches Gewicht der Gesetzgeber Eingriffen in das Wohnungsgrundrecht beimisst, zum anderen, in welchem hohem Maß die Unverletzlichkeit der Wohnung seiner Auffassung nach schützenswert ist. Wird ein Richtervorbehalt verfassungsrechtlich garantiert, verstärkt dies seine Wirkung und macht Verstöße gegen ihn gravierender.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Voßkuhle, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 131 Rn. 16.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht dient das Instrument des Richtervorbehalts für Durchsuchungsanordnungen als Korrektiv für besonders intensive Eingriffe in das Recht aus Art. 13 Abs. 1 GG.<sup>2</sup>

Zu berücksichtigen ist dabei auch ein in der Natur der Sache liegendes Defizit für den von einer Durchsuchungsmaßnahme Betroffenen, das sich daraus ergibt, dass Durchsuchungsmaßnahmen in aller Regel überraschend und ohne vorherige Anhörung des Betroffenen erfolgen, um das mit ihnen verfolgte Ziel erreichen zu können. Dadurch kann der Betroffene vor Durchführung der Maßnahmen keine Einwendungen geltend machen und sich dagegen nicht wirksam verteidigen. Dieses strukturelle Defizit lässt sich angesichts der Schwere des Grundrechtseingriffs rechtsstaatlich nur dadurch hinnehmen, dass der Betroffene trotz des unzureichenden rechtlichen Gehörs grundsätzlich einen effektiven präventiven Grundrechtsschutz durch einen unabhängigen Richter erlangt. Der Gesichtspunkt der Grundrechtssicherung durch Verfahren dient somit als Kompensation der immanenten Rechtsschutzdefizite.<sup>3</sup>

Diese mit der Regelzuständigkeit des Richters verbundene präventive Kontrollfunktion ist zentrales Wesenselement des Richtervorbehalts als Voraussetzung für die Anordnung einer Durchsuchungsmaßnahme. Der effektive präventive Grundrechtsschutz gelingt vor allem dadurch, dass der Ermittlungsrichter bei der Formulierung des Durchsuchungsbeschlusses im Vorhinein sicherstellt, dass die Dimension des staatlichen Eingriffs gemessen und kontrolliert wird.<sup>4</sup>

Durch das Erfordernis einer präventiven Prüfung durch einen unabhängigen Richter legt das Grundgesetz den Schutz der Grundrechte in die Hände eines unabhängigen Richters.<sup>5</sup>

Daraus folgt, dass der Richter die Durchsuchung nur anordnen darf, wenn er sich auf-grund unabhängiger, eigenverantwortlicher Prüfung des gesamten vorliegenden Ermittlungsmaterials davon überzeugt hat, dass in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht ein Tatverdacht vorliegt und sämtliche Voraussetzungen einschließlich der Verhältnismäßigkeit für die Anordnung der Maßnahme gegeben sind. Seine Unabhängigkeit zeigt sich insbesondere auch daran, dass er nicht an die Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft gebunden ist. Soweit das bisherige Ermittlungsergebnis wegen nicht ausreichender Unterlagen die Anordnung der Zwangsmaßnahme nicht rechtfertigt, muss der Richter einen entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft zurückweisen.<sup>6</sup>

Der Ermittlungsrichter hat folglich die Funktion eines Grundrechtswächters.

Damit ist der präventive Richtervorbehalt zugleich Ausdruck des Grundsatzes der Gewaltenteilung, weil die Anordnung schwerer Grundrechtseingriffe nicht allein der weisungsabhängigen und in der Sache selbst engagierten Exekutive überlassen, sondern im Sinne eines Vier-Augen-Prinzips zusätzlich eine neutrale Instanz in Form eines persönlich und sachlich unabhängigen Richters beteiligt wird.<sup>7</sup>

---

<sup>2</sup> Radtke, in: BeckOK-GG, 31. Edition 2015, Art. 104 GG Rn. 10.

<sup>3</sup> Voßkuhle, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 131 Rn. 3.

<sup>4</sup> Wohlers/Jäger, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 105 Rn. 16.

<sup>5</sup> Voßkuhle, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 131 Rn. 1.

<sup>6</sup> OLG Düsseldorf NSTz 1990, 145 (146); Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, 3. Aufl. 2015, Rn. 69.

<sup>7</sup> Voßkuhle, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 131 Rn. 2 m.w.N.; ebenso Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, 78. EL 2016, Art. 20 Rn. 75.

Zutreffend bezeichnet Voßkuhle den präventiven Richtervorbehalt als

*„unverzichtbares Kernelement der rechtsstaatlichen Grundstruktur der Bundesrepublik Deutschland“.*<sup>8</sup>

Dabei ist es Aufgabe der staatlichen Organe, eine effektive Durchsetzung des grundrechtssichernden Richtervorbehalts zu gewährleisten.<sup>9</sup>

## II. Ausnahmekompetenz für Durchsuchungsanordnungen bei Gefahr im Verzug

Art. 13 Abs. 2 GG bestimmt, dass bei Gefahr im Verzug Durchsuchungen auch durch gesetzlich bestimmte andere Organe als Richter angeordnet werden dürfen. Gefahr im Verzug liegt nach herrschender Ansicht vor, wenn die durch die vorherige Einholung der richterlichen Anordnung bedingte zeitliche Verzögerung den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde.<sup>10</sup>

Die Vorgaben des Grundgesetzes aufgreifend, regelt auf der einfachgesetzlichen Ebene § 105 Abs. 1 S. 1 StPO für strafprozessuale Durchsuchungsmaßnahmen, dass diese bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft bzw. ihre Ermittlungspersonen angeordnet werden dürfen. Das Grundgesetz und die Strafprozessordnung konzipieren die Anordnungscompetenz für Durchsuchungen somit als Regel-Ausnahmeverhältnis, das die Anordnungsbefugnis in der Regel beim Richter verortet und nur in bestimmten – besonderer Eilbedürftigkeit geschuldeten – Situationen bestimmten anderen Organen zubilligt.

Mit der Regelungsarchitektur der grundsätzlichen richterlichen Anordnungszuständigkeit und der Ausnahmekompetenz für bestimmte Ermittlungsorgane in besonders eilbedürftigen Situationen schafft der Gesetzgeber einen angemessenen Interessenausgleich: Dem Anspruch des Bürgers auf hinreichenden – und damit möglichst präventiven – Rechtsschutz gegen schwerwiegende Grundrechtsbeeinträchtigungen einerseits wird durch die richterliche Regelzuständigkeit Rechnung getragen. Dem Interesse der staatlichen Strafverfolgungsbehörden, in Konstellationen, in denen nicht genügend Zeit für die Einholung einer richterlichen Entscheidung zur Verfügung steht, gleichwohl handlungsfähig zu sein, um beispielsweise der Gefahr eines Beweismittelverlusts wirksam zu begegnen, trägt er durch die Zubilligung der Ausnahme-Eilkompetenz Rechnung.

Zu beachten ist dabei stets, dass die Annahme von Gefahr im Verzug nach der gesetzlichen Systematik explizit die Ausnahme darstellen soll.<sup>11</sup>

Gerade weil die richterliche Anordnung nach den ausdrücklichen Vorgaben des Grundgesetzes grundsätzlich den Regelfall bildet, ist es so wichtig, die gesetzliche Regel-Ausnahmekonstruktion auch in der Rechtsanwendungspraxis ernst zu nehmen und streng darauf zu achten, dass die nichtrichterliche Anordnung lediglich im Ausnahmefall zur Anwendung kommt.

---

<sup>8</sup> Voßkuhle, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 131 Rn. 1.

<sup>9</sup> BVerfG, Beschl. v. 16.06.2015, Az. 2 BvR 2718/10, 2 BvR 1849/11, 2 BvR 2808/11, Rn. 62.

<sup>10</sup> BVerfGE 51, 97, 111 = NJW 1979, 1539, 1540; BGH JZ 1962, 610; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl. 2016, § 98 Rn. 6; Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, 3. Aufl. 2015, Rn. 92.

<sup>11</sup> Amelung, NSTZ 2001, 337; Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, 3. Aufl. 2015, Rn. 96.

Dies bedeutet, dass die Voraussetzungen behördlicher Ausnahmekompetenz bei primärer richterlicher Anordnungsbefugnis im Lichte der grundrechtssichernden Funktion des Richtervorbehalts eng auszulegen sind.<sup>12</sup>

Nur eine konkrete Gefahr, den Durchsuchungszweck wegen der mit der Einholung einer richterlichen Anordnung verbundenen zeitlichen Verzögerung nicht erreichen zu können, kann rechtfertigen, dass auf die richterliche Anordnung verzichtet wird.<sup>13</sup>

### III. Defizite in der Rechtsanwendungspraxis

Immer wieder wurde und wird beklagt, dass dieses Regel-Ausnahmeverhältnis in der Praxis nicht genügend beachtet, vielmehr sogar ins Gegenteil verkehrt werde.<sup>14</sup>

Besonders gravierend waren die Missstände bis zur grundlegenden Entscheidung des BVerfG am 20.02.2001 (dazu sogleich).

Auch wenn kein valides empirisches Datenmaterial vorhanden ist, scheinen die Verhältnisse sich zwar seither durchaus gebessert zu haben.<sup>15</sup>

Gleichwohl ist nach wie vor zu beklagen, dass der präventive Richtervorbehalt in der Praxis nicht ausreichend ernst genommen wird. In immer noch zu vielen Fällen werden die Vorgaben der Verfassung bzw. der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht genügend beachtet. Dies zeigen auch die seit 2001 ergangenen einschlägigen Entscheidungen, in denen das BVerfG korrigierend eingreifen musste.<sup>16</sup>

## IV. Vorgaben der Rechtsprechung

### 1. Bundesverfassungsgericht

Dabei hat das Bundesverfassungsgericht in der jüngeren Vergangenheit in verschiedenen Entscheidungen ausdrücklich die Beachtung des Richtervorbehalts sowie des gesetzlichen Regel-Ausnahmeverhältnisses zwischen richterlicher Durchsuchungsanordnung und nichtrichterlicher Eilanordnung angemahnt und strenge Vorgaben an die Rechtsanwendungspraxis gerichtet.

---

<sup>12</sup> BVerfGE, Urt. v. 20.02.2001, Az. 2 BvR 1444/00, Rn. 32 (Hervorhebung nicht im Original).

<sup>13</sup> Voßkuhle, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 131 Rn. 91 (Hervorhebung nicht im Original).

<sup>14</sup> Amelung, ZRP 1991, 143 (146); Beichel/Kieninger, NSTZ 2003, 10 (13); Benfer, Die Hausdurchsuchung im Strafprozeß, 1980, S. 217 ff.; Burhoff, StraFo 2005, 140 (141); Janssen, Rechtliche Grundlagen und Grenzen der Beschlagnahme, 1995, 31f.; E. Müller, AnwBl. 1992, 349 (351); Nelles, Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung, 1980, S. 181, 215; Neuhaus, ZAP Fach 22, 77 (98); Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, 3. Aufl. 2015, Rn. 96; Weber, DRiZ 1991, 116; Voßkuhle, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 131 Rn. 47.

<sup>15</sup> vgl. Voßkuhle, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 131 Rn. 96 u. Fn. 417f. m.w.N.; Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, 3. Aufl. 2015, Rn. 102.

<sup>16</sup> u.a. BVerfG, Beschl. v. 12.02.2004 – 2 BvR 1687/02; Beschl. v. 03.12.2002 – 2 BvR 1845/00; Beschl. v. 28.09.2006 – 2 BvR 876/06; wie hier Gusy, NSTZ 2010, 353 (362).

- a) In seiner grundlegenden Entscheidung vom 20.02.2001 (Az. 2 BvR 144/2000) stellte das Bundesverfassungsgericht klar, dass der Begriff „Gefahr im Verzug“ in Art. 13 Abs. 2 GG eng auszulegen ist. Dies ergebe sich nicht nur aus dem Ausnahmecharakter der nichtrichterlichen Anordnung, der durch Wortlaut und Systematik von Art. 13 Abs. 2 GG aufgezeigt werde, sondern vor allem aus der grundrechtssichernden Schutzfunktion des Richtervorbehalts. Die richterliche Anordnung einer Durchsuchung sei die Regel, die nichtrichterliche die Ausnahme. Art. 13 GG verpflichte alle staatlichen Organe, dafür Sorge zu tragen, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam werde und zeige, dass es den Müttern und Vätern des Grundgesetzes darum ging, die richterliche Regelzuständigkeit verfassungsrechtlich abzusichern. Gericht und Strafverfolgungsbehörden hätten dementsprechend im Rahmen des Möglichen tatsächliche und rechtliche Vorkehrungen zu treffen, damit die in der Verfassung vorgesehene „Verteilung der Gewichte“, nämlich die Regelzuständigkeit des Richters, auch in der Masse der Alltagsfälle gewahrt bleibe. Die Auslegung und Anwendung des Begriffs „Gefahr im Verzug“ unterlägen einer unbeschränkten gerichtlichen Kontrolle. Eine wirksame gerichtliche Nachprüfung der Annahme von Gefahr im Verzug setze voraus, dass sowohl das Ergebnis als auch die Grundlagen der Entscheidungen in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Durchsuchungsmaßnahme in den Ermittlungsakten dargelegt würden. Die Strafverfolgungsbehörden müssten darüber hinaus regelmäßig versuchen, eine Anordnung den instanziiell und funktionell zuständigen Richters zu erlangen, bevor sie eine Durchsuchung beginnen.<sup>17</sup>
- b) In einer weiteren Entscheidung im Jahr 2003 setze sich das Bundesverfassungsgericht sodann mit der Verpflichtung zur Errichtung nächtlicher Bereitschaftsdienste des Ermittlungsrichters auseinander. In dem Beschluss vom 10.12.2003 (2 BvR 1481/02) führte das Bundesverfassungsgericht aus, dass ein nächtlicher Bereitschaftsdienst des Ermittlungsrichters von Verfassungs wegen erst dann gefordert sei, wenn hierfür ein praktischer Bedarf bestehe, der über den Ausnahmefall hinausgehe. Komme es allerdings nur ganz vereinzelt zur nächtlichen Durchsuchungsanordnung, so gefährde das Fehlen eines richterlichen Nachtdienstes die Regelzuständigkeit des Art. 13 Abs. 2 GG nicht. Der Richtervorbehalt aus Art. 13 Abs. 2 GG verpflichte die Länder jedoch dazu, bei Tage sowohl innerhalb als auch außerhalb der üblichen Dienstzeiten für die Erreichbarkeit des Ermittlungsrichters zu sorgen.<sup>18</sup>
- c) Ein gutes Jahr später, in dem Beschluss vom 04.02.2005 (2 BvR 308/04), befasste sich das Bundesverfassungsgericht erneut mit den an einen richterlichen Bereitschaftsdienst zu stellenden Anforderungen. Soweit ersichtlich, zog das Gericht in dieser Entscheidung bzgl. der zu gewährleistenden Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters im Rahmen der Anordnung strafprozessualer Wohnungsdurchsuchungen zum ersten Mal § 104 Abs. 3 StPO für eine Differenzierung zwischen Tag- und Nachtzeit heran.

Erneut verwies das Bundesverfassungsgericht darauf, dass die Landesjustiz- und Gerichtsverwaltungen sowie die Ermittlungsrichter sicherstellen müssten, dass der Richtervorbehalt des Art. 13 Abs. 2 GG als Grundrechtssicherung praktisch wirksam werde. Sie müssten die Voraussetzungen für eine tatsächlich wirksame präventive richterliche Kontrolle der Wohnungsdurchsuchungen schaffen. Dazu gehöre die Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters – bei Tage, auch außerhalb der üblichen Dienststunden, uneingeschränkt und während der

---

<sup>17</sup> BVerfG, Urt. v. 20.02.2001, Az. 2 BvR 1444/00.

<sup>18</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.12.2003, Az. 2 BvR 1481/02, Rn. 14.

Nachtzeit (§ 104 Abs. 3 StPO) jedenfalls bei einem praktischen, nicht auf Ausnahmefälle beschränkten Bedarf.<sup>19</sup>

- d) Diese aufgezeigte Entwicklung und Auffassung wurden durch verschiedene Entscheidungen in den darauffolgenden Jahren bekräftigt,<sup>20</sup> so dass mittlerweile eine ausdifferenzierte Rechtsprechung zu dieser Thematik vorliegt.<sup>21</sup>

## 2. Bundesgerichtshof

In einer aktuellen Entscheidung vom 16.10.2016 hat auch der Bundesgerichtshof noch einmal betont, dass Gefahr im Verzug nicht vorschnell angenommen werden dürfe, damit die bei Wohnungsdurchsuchungen auch aus Art. 13 Abs. 2 GG fließende Regelzuständigkeit des Richters nicht unterlaufen werde. Regelmäßig sei daher auch der Versuch zu unternehmen, eine richterliche Entscheidung herbeizuführen.

Da dies im dortigen Fall unterblieben war, bejahte der Bundesgerichtshof einen Verstoß gegen den Richtervorbehalt und stellte fest, dass die aus einer Missachtung des Richtervorbehalts resultierende Rechtswidrigkeit der Durchsuchung zur Unverwertbarkeit der auf diesem Wege sichergestellten Sachbeweise führe.<sup>22</sup>

## 3. OLG Hamm

Das OLG Hamm befasste sich in einer Entscheidung vom 18.08.2009 (Az. 3 Ss 293/08) mit einer nächtlichen Durchsuchungsanordnung wegen Gefahr im Verzug bei einem nicht eingerichteten richterlichen Bereitschaftsdienst in Bielefeld.

Es betonte darin sowohl die Schwere des mit einer Durchsuchung verbundenen Grundrechtseingriffs als auch die verfassungsrechtliche Bedeutung des Schutzes der räumlichen Privatsphäre. Aus Art. 13 GG folge die verfassungsrechtliche Verpflichtung nicht nur der Gerichte, sondern aller staatlichen Organe, durch die entsprechende Gerichtsorganisation sicherzustellen, dass der Richtervorbehalt auch praktisch wirksam werde und die Erreichbarkeit des Ermittlungsrichters gewährleistet sei. Diers gelte grundsätzlich auch für die Nachtzeit i.S.d. § 104 Abs. 3 StPO, wenn dies zur Wahrung der Regelzuständigkeit erforderlich sei. Ausdrücklich schloss sich das OLG Hamm insoweit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an und bemerkte, dass die Einrichtung eines nächtlichen richterlichen Eildienstes erst bei einem praktischen Bedarf notwendig sei, der über den Ausnahmefall hinausgehe. Als notwendig in diesem Sinne sei die Einrichtung eines nächtlichen richterlichen Eildienstes jedenfalls dann anzusehen, wenn andernfalls die Regelzuständigkeit des Richters für die Anordnung von dem Richtervorbehalt unterworfenen Maßnahmen nicht mehr gewährleistet sei.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> BVerfG, Beschl. v. 04.02.2005, Az. 2 BvR 308/04, Rn. 12.

<sup>20</sup> vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 24.03.2006, Az. 2 BvR 876/06; vom 02.07.2009, Az. 2 BvR 2225/08; v. 16.06.2015, Az. 2 BvR 2718/10, 2 BvR 1849/11, 2 BvR 2808/11.

<sup>21</sup> so auch Gusy, NSTZ 2010, 353 (362).

<sup>22</sup> BGH, Urt. vom 06.10.2016 – 2 StR 46/15, BeckRS 2016, 116025.

<sup>23</sup> OLG Hamm, NJW 2009, 3109 (3110).

Ausgehend von der bedarfsorientierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bejahte das OLG Hamm einen entsprechenden Bedarf, nachdem es Zahlenmaterial verschiedener Polizeibehörden innerhalb des Gerichtsbezirks eingeholt, hochgerechnet und bewertet hatte.

Sodann widmete es sich der Frage, welche Konsequenzen die Nichteinrichtung eines bereitzustellenden richterlichen Eildienstes habe. Es kam zu dem Ergebnis, dass dies einen organisatorischen Mangel darstelle, der zur Rechtswidrigkeit einer erfolgten Durchsuchung führe, da dadurch gegen den in § 105 Abs. 1 StPO normierten Richtervorbehalt verstoßen werde. Aus dem Verstoß gegen den Richtervorbehalt resultiere ein Verwertungsverbot.<sup>24</sup>

## V. Würdigung des vorliegenden Sachverhalts

Vor dem Hintergrund der vorstehend geschilderten Rechtsgrundsätze, insbesondere der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts, stellen sich die angefochtenen Entscheidungen als verfassungswidrig dar, weil die am 14.09.2013 um 04:40 Uhr vorgenommene Anordnung der Durchsuchung durch die Bereitschaftsstaatsanwältin ohne Einschaltung eines Ermittlungsrichters den Richtervorbehalt in mehrfacher Hinsicht verletzt hat: Bereits der unterbliebene Versuch der Einschaltung eines Ermittlungsrichters bzw. dessen organisatorisch bedingte Nichterreichbarkeit stellt einen Verfassungsverstoß dar (1.). Ferner wurden die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug zu Unrecht angenommen (2.). Schließlich wurden die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zu Dokumentationspflichten verletzt (3.).

### 1. Verstoß gegen den Richtervorbehalt durch fehlende Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters zur Tageszeit

Bei der am 14.09.2013 um 4.40 Uhr angeordneten Durchsuchung handelte es sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das für die Abgrenzung von Tages- und Nachtzeit in verschiedenen Entscheidungen ausdrücklich die Vorschrift des § 104 Abs. 3 StPO in Bezug genommen hat, um eine Durchsuchung zur Tageszeit. § 104 Abs. 3 StPO bestimmt, dass die Nachtzeit vom ersten April bis dreißigsten September die Stunden von neun Uhr abends bis vier Uhr morgens und in dem Zeitraum vom ersten Oktober bis einunddreißigsten März die Stunden von neun Uhr abends bis sechs Uhr morgens umfasst.

Angesichts der klaren Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts, wonach bei Durchsuchungen zur Tageszeit auch außerhalb üblicher Dienstzeiten und unabhängig von einem praktischen Bedarf die Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters uneingeschränkt gewährleistet sein muss – das Bundesverfassungsgericht bezeichnet es *expressis verbis* als

*„verfassungsrechtliche Verpflichtung der Gerichte, die Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters, auch durch die Einrichtung eines Eil- und Notdienstes, zu sichern“*,<sup>25</sup>

<sup>24</sup> OLG Hamm NJW 2009, 3109 (3111).

<sup>25</sup> BVerfG, Urt. v. 20.02.2001, Az. 2 BvR 1444/00, Rn. 40, nachfolgend bestätigt durch BVerfG, Beschl. v. 04.02.2005, Az. 2 BvR 308/04.



stellt bereits die fehlende Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters um 04.40 Uhr, also nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zur Tageszeit, einen schwerwiegenden organisatorischen Mangel dar, der als verfassungswidrige Missachtung des Richtervorbehalts zu werten ist.

Aufgrund dessen hätten weder die Staatsanwältin noch das Landgericht Rostock davon ausgehen dürfen, dass die Einholung einer richterlichen Entscheidung zu Recht unterbleiben durfte, um den Durchsuchungserfolg aufgrund des Abwartens bis zum Dienstbeginn am ggfs. darauffolgenden Werktag nicht zu gefährden.

Zwar führt das Landgericht Rostock zutreffend aus, dass der Versuch einer fernmündlichen Anrufung des Ermittlungsrichters nur dann gefordert werden kann, wenn dieser auch Erfolg verspricht, es also praktisch überhaupt möglich ist, den Richter zu erreichen. Unzutreffend ist allerdings die Auffassung des Landgerichts Rostock, dass es in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung sei, ob das Amtsgericht Rostock dazu verpflichtet gewesen ist, einen richterlichen Eildienst für den vorliegend relevanten Zeitpunkt einzurichten. Denn die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit einer Durchsuchungsanordnung bei Gefahr im Verzug kann sich nicht danach richten, ob die Einholung einer fernmündlichen richterlichen Anordnung tatsächlich möglich war. Sonst würde die Praxis das Recht vorgeben und nicht umgekehrt. Entscheidend ist vielmehr, ob ein solcher Eildienst nach den Grundsätzen der Verfassungsrechtsprechung hätte eingerichtet sein müssen.

Andernfalls könnte bei einem nicht eingerichteten richterlichen Notdienst stets damit argumentiert werden, dass die Anordnung durch den zuständigen Staatsanwalt aufgrund der fehlenden tatsächlichen Möglichkeit der Einholung einer richterlichen Anordnung rechtmäßig sei, da die Staatsanwaltschaft auf die Einrichtung eines richterlichen Bereitschaftsdienstes keinen Einfluss habe. Art. 13 GG verpflichtet jedoch alle staatlichen Organe – auch die Landesjustiz- und Gerichtsverwaltungen – dafür Sorge zu tragen, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird.<sup>26</sup>

Daher kann es für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Maßnahme insoweit nur darauf ankommen, ob die zuständigen staatlichen Organe tatsächlich für die Erreichbarkeit des Ermittlungsrichters Sorge getragen haben. Da dies nicht der Fall ist, stellt die Nichteinrichtung eines richterlichen Eildienstes einen durchgreifenden organisatorischen Mangel dar, der bereits für sich einen Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Richtervorbehalt des Art. 13 Abs. 2 GG bedeutet.

## **2. Fehlerhafte Annahme von Gefahr im Verzug**

Der angefochtene Beschluss des LG Rostock v. 26.2.2014 verstößt auch deshalb gegen den Richtervorbehalt aus Art. 13 Abs. 2 GG, weil darin die Voraussetzungen des Vorliegens von Gefahr im Verzug zu Unrecht angenommen wurden.

Mit deutlichen Worten hat das Bundesverfassungsgericht in der grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 2001 vorgegeben, welche Anforderungen an die Bejahung eines Falles von Gefahr im Verzug zu stellen sind:

*„Im Konkreten sind reine Spekulationen, hypothetische Erwägungen oder lediglich auf kriminalistische Alltagserfahrung gestützte, fallunabhängige Vermutungen als Grundlage einer*

---

<sup>26</sup> BVerfG, Beschl. v. 04.02.2005, Az. 2 BvR 308/04, Rn. 12; ebenso OLG Hamm NJW 2009, 3109 (3119).

*Annahme von Gefahr im Verzug nicht hinreichend. Gefahr im Verzug muss mit Tatsachen begründet werden. Die bloße Möglichkeit eines Beweismittelverlusts genügt nicht.*<sup>27</sup>

Ausdrücklich weist das Bundesverfassungsgericht in derselben Entscheidung ferner darauf hin, dass die Annahme von Gefahr im Verzug nicht allein mit dem abstrakten Hinweis begründet werden könne, eine richterliche Entscheidung sei gewöhnlicherweise zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb einer bestimmten Zeitspanne nicht zu erlangen.<sup>28</sup>

Nach diesen Maßstäben bestand vorliegend kein Raum für die Annahme von Gefahr im Verzug.

Das Beschwerdegericht hat in seiner Entscheidung vom 26.2.2014 das Vorliegen von Gefahr im Verzug damit begründet, dass die Bereitschaftsstaatsanwältin vom Zeitpunkt ihrer Befassung um 4.40 Uhr über sechs Stunden benötigt hätte, um die Entscheidung des richterlichen Bereitschaftsdienstes am Samstagvormittag einzuholen. In der Zwischenzeit, so das Beschwerdegericht, wäre es aber für Dritte, die möglicherweise Zugang zur Wohnung hatten, ohne weiteres möglich gewesen, erwartete Beweismittel wegzuschaffen oder zu vernichten. Zudem sei zu besorgen gewesen, dass der Beschuldigte, sobald ihm dies möglich sein würde, Bekannte über das Geschehen informieren würde.<sup>29</sup>

Auf welche Tatsachen das LG Rostock diese Annahmen stützt, bleibt völlig unklar. Damit handelt es sich letztlich um nichts anderes als reine Spekulationen, Vermutungen und Behauptungen. Eine tatsachenbasierte, konkrete Gefahr eines Beweismittelverlusts ist hingegen nicht ersichtlich.

Auslegung und Anwendungsbereich des Begriffs der Gefahr im Verzug unterliegen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einer unbeschränkten gerichtlichen Kontrolle.<sup>30</sup>

Insofern sei auch noch einmal in Erinnerung gerufen, dass der Umstand, dass der Richtervorbehalt des Art. 13 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich verankert ist, sich insoweit auf den Kontrollmaßstab für das Bundesverfassungsgericht auswirkt, als dieses die Einhaltung des Richtervorbehalts umfassend nachprüft.<sup>31</sup>

Nach alledem ist vorliegend auch ein Verstoß gegen den Richtervorbehalt anzunehmen, weil die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug zu Unrecht bejaht wurden.

### **3. Keine andere Beurteilung im Hinblick auf § 59 Abs. 5 S. 1 SOG M-V**

Eine fehlerhafte Würdigung des Begriffes Gefahr im Verzug hat das Landgericht Rostock insbesondere auch bzgl. der Beurteilung des Vorgehens der Ermittlungsbeamten nach dem Gefahrenabwehrrecht vorgenommen. Es sei offensichtlich gewesen, dass die Gefahr für Leib und Leben das Betreten der Wohnung auf Grundlage der Eilkompetenz der Polizeibeamten gerechtfertigt habe, ohne vorher eine richterliche Entscheidung nach § 59 Abs. 5 S. 1 SOG M-V zu beantragen,

---

<sup>27</sup> BVerfG, Urt. v. 20.02.2001, Az. 2 BvR 1444/00, Rn. 38.

<sup>28</sup> BVerfG, Urt. v. 20.02.2001, Az. 2 BvR 1444/00, Rn. 40.

<sup>29</sup> LG Rostock, Beschl. v. 26.2.2014, S. 7.

<sup>30</sup> BVerfG, Urt. v. 20.02.2001, Az. 2 BvR 1444/00, Rn. 44.

<sup>31</sup> Voßkuhle, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 131 Rn. 16 (Unterstr. nicht im Original).

zumal die Polizeibeamten nicht haben erwarten können, dass sie in der Zeit um 5.00 Uhr morgens einen zuständigen Richter beim Amtsgericht erreichen.<sup>32</sup>

Die vorherigen Ausführungen zeigen jedoch, dass dies gerade nicht der Fall hätte sein dürfen, insbesondere da die Durchsuchung auch i.S.d. der gefahrenabwehrrechtlichen Vorschrift nach § 59 Abs. 4 SOG M-V im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (unter Verweis auf § 104 Abs. 3 StPO) zur Tageszeit stattfand. Das Landgericht hat verkannt, dass Wohnungsdurchsuchungen nach dem Polizeirecht in gleicher Weise dem verfassungsrechtlichen Richtervorbehalt unterliegen und mit denselben strengen verfassungsrechtlichen Maßstäben zu messen sind wie strafprozessuale Wohnungsdurchsuchungen. Eine Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs unter Bezugnahme auf das SOG M-V scheidet offenkundig aus.

#### 4. Missachtung der Dokumentationspflichten

Die Durchsuchungsanordnung wegen Gefahr im Verzug war schließlich auch verfassungswidrig, weil die Staatsanwältin die ihr obliegenden Pflichten zur Begründung und Dokumentation für die Voraussetzung der Annahme von Gefahr im Verzug gänzlich missachtet hat.

- a) Das BVerfG bereits in seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 2001 den Ermittlungsbeamten bei Annahme des Eilfalles folgende Dokumentationsanforderungen auferlegt:

*„Eine wirksame gerichtliche Nachprüfung einer nichtrichterlichen Durchsuchungsanordnung wegen Gefahr im Verzug setzt voraus, dass der handelnde Beamte vor oder jedenfalls unmittelbar nach der Durchsuchung seine für den Eingriff bedeutsamen Erkenntnisse und Annahmen in den Ermittlungsakten dokumentiert. Insbesondere muss er, unter Bezeichnung des Tatverdachts und der gesuchten Beweismittel, die Umstände darlegen, auf die er die Gefahr des Beweismittelverlusts stützt. Allgemeine Formulierungen, die etwa bloß die juristische Definition von ‚Gefahr im Verzug‘ wiedergeben, reichen nicht aus. Das Gericht muss über die konkrete Sachlage zum Zeitpunkt der Entscheidung des handelnden Beamten informiert sein. Insbesondere muss erkennbar sein, ob der Beamte den Versuch unternommen hat, den Ermittlungsrichter zu erreichen. Eine verspätete Dokumentation des zeitlichen Ablaufs birgt die Gefahr von Ungenauigkeiten oder Umgehungen mit der Folge, dass eine Behauptung der Strafverfolgungsbehörden, die Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung erfolglos versucht zu haben, nicht mehr nachprüfbar ist. Zudem führt die Pflicht zur Dokumentation vor oder jedenfalls unmittelbar nach dem Eingriff dazu, dass sich der anordnende Beamte in besonderem Maße der Rechtmäßigkeit seines Handelns vergewissert und dass er überdies im Falle der Nachprüfung dieses Handelns auf dokumentierte Tatsachen wird verweisen können, die sein Handeln erklären.“<sup>33</sup>*

Wie überragend wichtig die Einhaltung dieser Dokumentationspflichten in Ansehung des Rechtsschutzbedürfnisses des von einer Durchsuchungsmaßnahme Betroffenen ist, lässt sich instruktiv an folgenden Ausführungen von Voßkuhle ablesen:

*„Sind die Ermittlungsbehörden dafür verantwortlich, dass sich im Nachhinein nicht mehr klären lässt, ob die Maßnahme dem Richtervorbehalt überhaupt unterlag, darf diese Ungewissheit nicht zu Lasten des Betroffenen gehen. Dementsprechend sind bei unzureichender*

<sup>32</sup> LG Rostock, Beschl. v. 26.2.2014, S. 6.

<sup>33</sup> BVerfG, Urf. v. 20.02.2001, Az. 2 BvR 1444/00, Rn. 54.

*Dokumentation die Fachgerichte im Rechtsschutzverfahren gehalten, zu Gunsten des Betroffenen anzunehmen, dass die Maßnahme vom Richter anzuordnen war, und haben ihrer Entscheidungsfindung einen Verstoß gegen den Richtervorbehalt zugrunde zu legen“.*<sup>34</sup>

- b) Ausweislich des in der Verfassungsbeschwerde mitgeteilten Sachverhalts lässt sich der Ermittlungsakte nicht entnehmen, dass die Polizeibeamten oder die Bereitschaftsstaatsanwältin vor Anordnung der Durchsuchung den Versuch unternahmen, den zuständigen Ermittlungsrichter des Amtsgerichts Rostock telefonisch zu erreichen.<sup>35</sup>

Der (einfachen) Beschwerde vom 11. Oktober 2013 ist zu entnehmen, dass darüber hinaus auch nicht aktenmäßig dokumentiert ist, aus welchen Gründen die Bereitschaftsstaatsanwältin zu der Einschätzung kam, es liege Gefahr im Verzug vor.<sup>36</sup>

Damit hat die Bereitschaftsstaatsanwältin eklatant gegen die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Dokumentationspflichten verstoßen.

Aufgrund dieser Dokumentationsmängel kann ein später zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vorgehens der Ermittlungsbehörden angerufenes Gericht nicht hinreichend über die konkrete Sachlage zum Zeitpunkt der Entscheidung des handelnden Beamten informiert sein.

Außerdem hat das Bundesverfassungsgericht die Dokumentationspflichten u.a. ausdrücklich damit begründet, dass sie auch die Funktion hätten, dass sich der anordnende Beamte in besonderem Maße der Rechtmäßigkeit seines Handelns vergewissere.<sup>37</sup>

Dieser Zweck konnte angesichts der vollständig unterbliebenen Dokumentation ebenfalls nicht erreicht werden.

Die Verletzung der vom Bundesverfassungsgericht postulierten Dokumentationspflichten führt im vorliegenden Fall ebenfalls zur Verfassungswidrigkeit der Durchsuchungsanordnung wegen Gefahr im Verzug.

Auch wenn sich die Verfassungsbeschwerde bereits auf der Basis der geltenden Verfassungsrechtsprechung als begründet darstellt, gibt der vorliegende Fall jedoch Anlass zu folgenden grundsätzlichen Anmerkungen:

---

<sup>34</sup> Voßkuhle, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 131 Rn. 117f.

<sup>35</sup> Verfassungsbeschwerde v. 27.03.2014, S. 2.

<sup>36</sup> so ausdrücklich die Beschwerdebegründung v. 11.10.2013, S. 4.

<sup>37</sup> BVerfG, Urt. v. 20.02.2001, Az. 2 BvR 1444/00, Rn. 54.

## **B. Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters und Abgrenzung von Tages- und Nachtzeit**

### **I. Übertragung des bedarfsorientierten Ansatzes auf den vorliegenden Fall**

Wie vorstehend ausgeführt, hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt die Forderung aufgestellt, dass während der Tageszeit die uneingeschränkte Erreichbarkeit des Ermittlungsrichters auch außerhalb der üblichen Dienstzeiten gewährleistet sein müsse. Für die Nachtzeit i.S.d. § 104 Abs. 3 StPO gelte dies nur bei einem praktischen Bedarf, der über absolute Ausnahmefälle hinausgehe.

Überträgt man diesen bedarfsorientierten Ansatz auf den vorliegenden Fall, spricht vieles dafür, einen hinreichenden praktischen Bedarf an einem richterlichen Eildienst auch zur Nachtzeit anzunehmen.

Denn die Hansestadt Rostock hat mehr als 200.000 Einwohner. Damit ist es die größte Stadt in Mecklenburg-Vorpommern mit mehr als doppelt so vielen Einwohnern wie die zweitgrößte Stadt (Schwerin). Es handelt sich somit keineswegs um eine ländliche oder kleinstädtische Umgebung, sondern um eine großstädtische Oberzentrum-Urbanisation. Demnach dürfte es sich nicht um eine Region handeln, in der sich die Notwendigkeit der Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters nur auf einen auf Ausnahmefälle beschränkten Bedarf reduziert. Erfahrungsgemäß dürfte vielmehr davon auszugehen sein, dass in einer Großstadt mit mehr als 200.000 Einwohnern ein hinreichender Bedarf besteht, so dass ein praktischer Bedarf an einem richterlichen Bereitschaftsdienst auch zur Nachtzeit zu bejahen sein dürfte.

Dabei ist allerdings nicht zu verkennen, dass es sich bei dieser Annahme eher um eine „gefühlsmäßige“ Einschätzung handelt, die aus der Größe der Stadt abgeleitet, aber nicht mit sonstigen validen Fakten unterlegt ist. Dies liegt daran, dass das Bundesverfassungsgericht mit dem „praktischen, nicht auf Ausnahmefälle beschränkten Bedarf“ ein sehr unscharfes Kriterium gewählt hat, ohne dass bislang deutlich geworden wäre, unter welchen Voraussetzungen ein hinreichender praktischer Bedarf anzunehmen wäre. So bleibt zum einen unklar, wo die Schwelle anzusiedeln ist, die einen „praktischen, nicht auf Ausnahmefälle beschränkten Bedarf“ von solchen Ausnahmefällen abgrenzt, die noch keinen hinreichenden praktischen Bedarf rechtfertigen. Zum anderen bleibt unklar, ob sich ein solcher praktischer Bedarf nach tatsächlichen Häufigkeiten, nach deliktsspezifischen Fallgruppen bzw. Erfahrungswerten oder nach Art der jeweiligen unter einem Richtervorbehalt stehenden Eingriffsmaßnahme (also z.B. Blutprobenentnahmen nach § 81a StPO, Durchsuchungsanordnungen nach § 105 StPO, Beschlagnahmeanordnungen nach § 98 Abs. 1 StPO oder Anordnungen einer Telekommunikationsüberwachung nach § 110b Abs. 1 StPO) richten soll.

Insofern erscheint zweifelhaft, dass das Kriterium des praktischen Bedarfs unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten überhaupt geeignet ist zu gewährleisten, dass dem – mit unmittelbarem Verfassungsrang versehenen – Richtervorbehalt hinreichend Rechnung getragen wird.

Unter dem Aspekt des Justizgewährungsanspruchs erscheint überdies fraglich, ob überhaupt eine Unterscheidung zwischen Tages- und Nachtzeit geboten ist. Aufgrund der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Richtervorbehalts könnte vielmehr eine Verpflichtung anzunehmen sein, die uneingeschränkte Erreichbarkeit des Ermittlungsrichters auch zur Nachtzeit zu gewährleisten und eine diesbezüglich vorgenommene Abgrenzung nach einer zeitlichen Komponente bzw. nach Tages- und Nachtzeiten für mit der Verfassung unvereinbar zu halten.

## II. Besonderer Schutz der Nachtruhe durch § 104 StPO

Dies gilt zum einen vor dem Hintergrund des besonderen Schutzes der Nachtruhe durch die Vorschrift des § 104 StPO, der die Wahrung des Richtervorbehalts zur Nachtzeit umso erforderlicher macht.

### 1. Differenzierung von Durchsuchung zur Tages- und zur Nachtzeit

Das Gesetz trifft in § 104 StPO eine Unterscheidung zwischen Durchsuchungen zur Tages- und solchen zur Nachtzeit. Die Zulässigkeit von Wohnungsdurchsuchungen zur Nachtzeit wird insofern deutlich eingeschränkt, als § 104 Abs. 1 StPO dafür sogar ein grundsätzliches Durchsuchungsverbot postuliert. Ausnahmen gelten gem. § 104 Abs. 2 StPO nur bei Verfolgung auf frischer Tat, bei Gefahr im Verzug oder in Bezug auf die Wiederergreifung eines entwichenen Gefangenen. Zur Abgrenzung von Tages- und Nachtzeit enthält § 104 Abs. 3 StPO eine Legaldefinition.

Von großer praktischer Relevanz ist dabei der Ausnahmetatbestand der Gefahr im Verzug.<sup>38</sup>

Nach herrschender Auffassung liegt Gefahr im Verzug i.S.v. § 104 Abs. 1 StPO vor, wenn die durch Tatsachen begründete naheliegende Möglichkeit besteht, dass die beabsichtigte Ergreifung des Verdächtigen oder Beschuldigten ohne die nächtliche Durchsuchung vereitelt oder der gesuchte Gegenstand bzw. die gesuchte Spur ansonsten beiseite geschafft, vernichtet oder auf andere Weise dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden entzogen werden könnte.<sup>39</sup>

Die Gefährdung des Erfolges der Durchsuchung durch ihre Aufschiebung bis zum Tagesbeginn muss wahrscheinlich sein.<sup>40</sup>

Auch im Rahmen des § 104 Abs. 1 StPO handelt es sich bei dem Merkmal der Gefahr im Verzug um einen gerichtlich uneingeschränkt überprüfbaren Rechtsbegriff.<sup>41</sup>

### 2. Auslegung des Merkmals Gefahr im Verzug gem. § 104 Abs. 3 StPO

Während bei Annahme von Gefahr im Verzug i.S.d. § 105 Abs. 1 StPO maßgeblicher Bezugspunkt allein der mit der Einholung der richterlichen Anordnung verbundene Zeitverlust ist, geht es im Falle nächtlicher Durchsuchungen wegen Gefahr im Verzug auch um das Abwarten bis zum Tagesbeginn. Zu prüfen ist also nicht allein, ob die zeitliche Verzögerung bei Anrufung eines Richters die konkrete Gefahr eines Beweismittelverlusts birgt, sondern auch, ob eine Aufschiebung der Durchsuchung bis zum Tagesbeginn i.S.d. § 104 Abs. 3 StPO den Erfolg der Maßnahme gefährden würde. Gerade darin liegt zur Nachtzeit die besondere Schutzfunktion des Richtervorbehalts. Diese kann aber nur entfaltet werden, wenn auch zur Nachtzeit i. S. d. § 104 Abs. 3 StPO die Erreichbarkeit des zuständigen Ermittlungsrichters gewährleistet ist.

---

<sup>38</sup> vgl. Jahn, JuS 2010, 83, 84.

<sup>39</sup> Tsambikakis, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2014, § 104, Rn. 6.

<sup>40</sup> Gercke, in: HK-StPO, 5. Aufl. 2012, § 104, Rn. 4; Hauschild, in: MK-StPO, 2014, § 104 Rn. 7; Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, 3. Aufl. 2015, Rn. 187.

<sup>41</sup> Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, 3. Aufl. 2015, Rn. 188.

Zu berücksichtigen ist insoweit, dass der Grundrechtseingriff einer nächtlichen Durchsuchung – auch nach der durch die Vorschrift des § 104 StPO zum Ausdruck kommenden gesetzlichen Wertung – intensiver ist. Deshalb sind Wohnungsdurchsuchungen zur Nachtzeit grundsätzlich verboten, während sie während des Tages zulässig sind. Der Grund für diese Einschränkung liegt primär in dem Schutz der Nachtruhe des Betroffenen. Denn eine Durchsuchung während dieser Zeit greift erheblich stärker in die Rechtssphäre des Betroffenen ein als zur Tageszeit, da während der Tageszeit zwar in gleicher Weise in das Hausrecht, nicht jedoch zusätzlich in die Nachtruhe und die damit verbundene besondere Privatsphäre des Betroffenen eingegriffen wird.<sup>42</sup>

Die Vorschrift hat hingegen nicht den Sinn und Zweck, die Nachtruhe des Richters zu schützen.<sup>43</sup>

### 3. Argumentum a fortiori: richterlicher Eildienst zur Nachtzeit

Wenn das Gesetz den von einer Durchsuchung Betroffenen zur Nachtzeit bei einem Eingriff in den grundgesetzlich besonders geschützten Wohnraum für besonders schutzbedürftig hält, erscheint es widersprüchlich, an die Wahrung des – verfassungsrechtlich verbürgten – Richtervorbehalts gerade zur Nachtzeit geringere Anforderungen zu statuieren, indem eine richterliche Kontrolle für diesen Zeitraum nicht zwingend vorausgesetzt wird. Nur durch die Gewährleistung der Regelzuständigkeit des Richters auch bei Nacht kann garantiert werden, dass durch dessen vorherige Überprüfung der staatsanwaltschaftlichen Grundrechtseingriffe ein präventiver Grundrechtsschutz in vollem Umfang gewährleistet ist. Insoweit kommt hier der verfassungsrechtlichen Funktion des Ermittlungsrichters besondere Relevanz zu.

Diese Ausführungen zeigen, dass zur Nachtzeit erst recht ein richterlicher Eildienst eingerichtet werden sollte, um dem intensiveren Eingriff strengeren Anforderungen zu unterwerfen.

### III. Praktischer Bedarf als ungeeignetes verfassungsrechtliches Abgrenzungskriterium

Das von der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung für die Erforderlichkeit der nächtlichen Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters herangezogene Kriterium des

*„praktischen, nicht auf Ausnahmefälle beschränkten Bedarfs“<sup>44</sup>*

erscheint dabei angesichts der

*„verfassungsrechtlichen Verpflichtung der Gerichte, die Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters, auch durch die Einrichtung eines Eil- und Notdienstes, zu sichern“<sup>45</sup>*,

als äußerst fragwürdig.

---

<sup>42</sup> Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, 3. Aufl. 2015, Rn. 179.

<sup>43</sup> Benfer/Bialon, Rechtseingriffe durch Polizei und Staatsanwaltschaft, 4. Aufl. 2010, Rn. 416.

<sup>44</sup> vgl. BVerfG, Beschl. v. 04.02.2005, Az. 2 BvR 308/04, Rn. 12.

<sup>45</sup> BVerfG, Ur. v. 20.02.2001, Az. 2 BvR 1444/00, Rn. 40.

## 1. Unbestimmter Rechtsbegriff

Zum einen wurde vorstehend bereits ausgeführt, dass das Kriterium des praktischen Bedarfs ohne nähere Auslegungsparameter zu unbestimmt und damit ungeeignet erscheint, um in der Rechtsanwendungspraxis eine verlässliche, verfassungsrechtlichen Ansprüchen genügende Handhabung zu ermöglichen.

## 2. Keine hinreichenden Gründe für eine Ungleichbehandlung

Zum anderen stellt sich die Frage, ob das Grundgesetz einem Bürger, der in einer ländlichen Region von einer Durchsuchung zur Nachtzeit betroffen ist, weniger Schutz einräumt als einem Bürger, der einer vergleichbaren Maßnahme etwa in einer Großstadt, in der ein größerer praktischer Bedarf anzunehmen ist, ausgesetzt ist. Verdient der Betroffene in einem der Ausnahmefälle, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts noch nicht ausreichen sollen, um einen hinreichenden praktischen Bedarf zu begründen, einen geringeren Grundrechtsschutz? Von der Intensität des Grundrechtseingriffs unterscheiden sich die jeweiligen Konstellationen in keiner Weise. Hinsichtlich des verfassungsrechtlich garantierten Richtervorbehalts hier eine Unterscheidung aufgrund eines unterschiedlichen praktischen Bedarfs vorzunehmen, erscheint gerade bei einem derart schwerwiegenden Grundrechtseingriff wie einer Durchsuchung zur Nachtzeit sowohl unter Verhältnismäßigkeits- als auch unter Gleichheitsgesichtspunkten bedenklich. Dies gilt umso mehr, als ein zwingender Sachgrund zur Differenzierung dieser Sachverhalte nicht ersichtlich ist.

Insbesondere ist insoweit auf die Zumutbarkeit der Einrichtung eines flächendeckenden richterlichen Eildienstes abzustellen. Ein sachlicher Grund für die bedarfsorientierte Ungleichbehandlung könnte – allenfalls – vorliegen, wenn es ersichtlich unverhältnismäßig und unzumutbar wäre, unabhängig von jeglichem Bedarf einen ermittelungsrichterlichen Eildienst einzurichten bzw. vorzuhalten. Davon kann gerade in der heutigen Zeit jedoch keine Rede sein. Der mittlerweile extrem hohe Verbreitungsgrad von Mobiltelefonen ermöglicht ohne größeren technischen, finanziellen oder organisatorischen Aufwand die Sicherstellung der jederzeitigen kurzfristigen Erreichbarkeit eines Richters. Insofern dürfte sich der vorliegende Fall auch von demjenigen unterscheiden, der der grundlegenden Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 2001 zugrunde lag, weil damals der Verbreitungsgrad von Mobiltelefonen noch deutlich geringer war. Im vorliegenden Fall fällt auf, dass die Bereitschaftsstaatsanwältin auch außerhalb der normalen Dienstzeit, und zwar (wenn auch nicht im Rechtssinne) „mitten in der Nacht“ kurzfristig erreichbar war. Ein sachlicher Grund dafür, dass die Gewährleistung eines entsprechenden Bereitschafts-dienstes für die Staatsanwaltschaft möglich und zumutbar war, nicht jedoch für das Gericht, ist nicht ersichtlich. Dies zeigt auch ein Vergleich mit anderen Berufsgruppen, die zumindest teilweise unabhängig vom praktischen Bedarf rund um die Uhr Not- und Bereitschaftsdienste einrichten wie beispielsweise ärztliche Notdienste, technische Notdienste, seelsorgerische Notdienste, Kfz-Notdienste und auch Strafverteidiger-Notdienste. Derartige Notdienste verbreiten sich angesichts des dafür erforderlichen geringen technischen, finanziellen und organisatorischen Aufwandes immer mehr auch in Bereichen, die nicht grundrechtsrelevant sind. Weshalb für die Gewährleistung des vom Grundgesetz vorgeschriebenen präventiven Grundrechtsschutzes bei extrem eingriffsinvasiven Maßnahmen wie einer Wohnungsdurchsuchung zur Nachtzeit etwas anderes gelten soll, ist nicht ersichtlich.



### **3. Gleichmäßige Verteilung der Bereitschaftsdienste gem. § 22c GVG**

Grundsätzlich kann der Richterschaft innerhalb eines Gerichtsbezirks zugemutet werden, in periodisch wiederkehrenden Abständen einen nächtlichen Bereitschaftsdienst zu übernehmen, da es möglich erscheint, die zusätzlich anfallenden Tätigkeiten durch Freistellungen während der üblichen Dienstzeit des Richters auszugleichen. Insofern ist es Aufgabe der Justizverwaltungen, organisatorisch und personell entsprechende Ressourcen sicherzustellen.

Ob dies gleichermaßen für sehr kleine Amtsgerichte mit nur sehr wenigen Richtern gilt oder ob die in derartigen Fällen aufgrund der geringen Richterzahl notwendige häufige Rotation und die damit verbundene Häufigkeit des Eildienstes für den einzelnen Richter unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten unvertretbar erscheint, braucht im vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden. Insofern ist allerdings die Regelung des § 22c GVG in den Blick zu nehmen, die eigens geschaffen wurde, um eine gleichmäßige Belastung der Amtsgerichte mit Bereitschaftsdiensten sicherzustellen und ausdrücklich auch die Einbeziehung von Richtern an Landgerichten ermöglicht. Diese Bestimmung und die in ihre enthaltene Verordnungsermächtigung versetzt die Landesregierungen bzw. die Landesjustizverwaltungen ohne weiteres in die Lage, entsprechende Strukturen zu schaffen.

Unabhängig davon ist festzuhalten, dass durch die hohe Verbreitung von Mobiltelefonen in der Gesellschaft auch die Einrichtung eines nächtlichen Eildienstes durch Ermittlungsrichter erheblich erleichtert wird. Dieser muss sich, um erreichbar zu sein, nicht mehr zwingend an einem bestimmten Ort aufhalten wie etwa seinem Arbeitsplatz bei Gericht oder zuhause in Reichweite des Festnetztelefons.

Nach alledem spricht vieles dafür, die verfassungsrechtliche Verpflichtung der Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters „rund um die Uhr“ unabhängig von dem – in seinem Anwendungsbereich vollkommen unklaren – Kriterium des praktischen Bedarfs anzuerkennen. In diesem Fall wäre auch kein Raum mehr für eine Unterscheidung zwischen Tages- und Nachtzeit und für eine diesbezügliche Inbezugnahme des § 104 Abs. 3 StPO.

## **C. Zur Frage der Übertragbarkeit der Legaldefinition nach § 104 Abs. 3 StPO**

Wenn das Bundesverfassungsgericht weiterhin an seiner bedarfsorientierten Unterscheidung zwischen Durchsuchungen zur Tages- und zur Nachtzeit festhalten wollte, stellte sich die Frage, ob § 104 Abs. 3 StPO die geeignete Bezugsnorm für die Begrenzung von Tages- und zur Nachtzeit darstellt.

### **I. Heranziehung des § 104 Abs. 3 StPO zur Unterscheidung von Tages- und Nachtzeiten**

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass der in § 104 Abs. 3 StPO vom Gesetzgeber vorgenommenen Abgrenzung von Tages- und Nachtzeit die Funktion zukommt, die Zulässigkeit von Durchsuchungen in zeitlicher Hinsicht einzuschränken. Daraus folgt zugleich, dass der Regelungszweck der Vorschrift nicht darin besteht, die Regelzuständigkeit des Richters von der Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden abzugrenzen.

Das Bundesverfassungsgericht selbst hat in seinen Entscheidungen, in denen es die Notwendigkeit der Einrichtung eines ermittlungsrichterlichen Bereitschaftsdienstes zur Tageszeit auch außerhalb üblicher Dienstzeiten und zur Nachtzeit jedenfalls bei über Ausnahmefälle hinausgehendem praktischem Bedarf die Bestimmung des § 104 Abs. 3 StPO zur Abgrenzung von Tages- und Nachtzeit in Bezug genommen.

Damit hat es sich an einer gesetzlichen Bestimmung orientiert, die zwar ein anderes Regelungsziel verfolgt, aber immerhin insofern einschlägig erscheint, als sie für den Bereich der Durchsuchung eine klare Unterscheidung von Tages- und Nachtzeit enthält.

## II. Überholte Zeitvorgaben

Ob die Heranziehung der Vorschrift des § 104 Abs. 3 StPO für die vom Bundesverfassungsgericht bezweckte Abgrenzung tauglich ist, erscheint aber gleichwohl fraglich. Dies gilt nicht nur wegen des anderen Regelungszwecks der Vorschrift, sondern auch und insbesondere wegen der veränderten Lebensgewohnheiten seit dem Entstehen der Vorschrift.

Denn die Bestimmung, die ihre Wurzeln in der weitgehend an landwirtschaftlichen Bedürfnissen orientierten Entstehungszeit der StPO hat, hat die mit der Zeit unübersehbare Veränderung der soziokulturellen Bedingungen völlig außer Acht gelassen.<sup>46</sup>

Deswegen wird dem Nachtzeitbegriff des § 104 Abs. 3 StPO völlig zu Recht entgegengehalten wird, dass dieser

*„die Lebensgewohnheiten der modernen Angestelltengesellschaft (...) in grotesker Weise missachtet“<sup>47</sup>*

Für den weit überwiegenden Teil der Bevölkerung beginnt die Nachtzeit in der heutigen Zeit nicht bereits um 21:00 Uhr und endet auch nicht bereits um 04.00 Uhr bzw. um 06:00 Uhr. Zu berücksichtigen ist insoweit, dass sich die besondere Schutzbedürftigkeit der Nachtzeit nicht auf die reine Schlafenszeit beschränkt, sondern auch auf die mit der Nachtruhe verbundene besondere Privatsphäre erstreckt, zu der etwa die Morgentoilette gehört. So dürfte es den meisten von einer Durchsuchung Betroffenen ebenso unlieb sein, unter der Dusche hervorgeholt wie aus dem Schlaf gerissen zu werden.<sup>48</sup>

Aufgrund dessen erscheint eine Neudefinierung der Nachtzeit geboten. Im Zivilrecht hat der Gesetzgeber eine derartige Neudefinierung im Jahr 2002 durch die Vorschrift des § 758a Abs. 4 S. 2 ZPO vorgenommen, indem er die Nachtzeit für das ganze Jahr einheitlich von 21 bis 6 Uhr festgelegt hat. Dementsprechend hat die Schleswig-Holsteinische Arbeitsgruppe zu Fragen des richterlichen Eildienstes de lege ferenda vorgeschlagen, strafprozessual dasselbe Verständnis anzulegen und den Bereitschaftsdienst einheitlich um sechs Uhr morgens beginnen zu lassen.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, 3. Aufl. 2015, Rn. 184.

<sup>47</sup> Amelung, in: AK StPO, 1986, § 104, Rn. 18; vgl. auch Janssen, Rechtliche Grundlagen und Grenzen der Beschlagnahme, 1995, S. 127.

<sup>48</sup> Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, 3. Aufl. 2015, Rn. 184.

<sup>49</sup> Bericht der Schleswig-Holsteinischen Arbeitsgruppe zu Fragen des richterlichen Eildienstes, April 2010, S. 15, <http://www.richterverband-sh.de/service/ag-eil.pdf>.

Unter dem zuvor erwähnten Gesichtspunkt, dass nicht nur die reine Schlafenszeit geschützt wird, sondern die mit der Nachtruhe verbundene besondere Privatsphäre, erscheint allerdings eine jahreszeitunabhängige Neudefinierung des Nachtzeitraums von 22:00 Uhr bis 07:00 Uhr eher sachgerecht.<sup>50</sup>

Festzuhalten bleibt damit, dass die in § 104 Abs. 3 StPO vorgenommene jahreszeitbedingte Abgrenzung zwischen Tages- und Nachtzeit und die insoweit konkret festgelegten Uhrzeiten nicht (mehr) sinnvoll erscheinen. Sollte also das Bundesverfassungsgericht an seiner Unterscheidung zwischen Tages- und Nachtzeit festhalten wollen, erschiene eine zeitliche Neujustierung sinnvoll, wobei eine Loslösung von den Vorgaben des § 104 Abs. 3 StPO schon deshalb unproblematisch sein dürfte, weil diese Vorschrift – wie ausgeführt – einen gänzlichen anderen Regelungszweck verfolgt.

#### **D. Fazit**

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet.

Die Regelzuständigkeit des Ermittlungsrichters muss aufgrund des intensiven, mit einer Durchsuchung verbundenen Eingriffs in das Grundrecht aus Art. 13 Abs. 2 GG generell, also zu jeder Uhrzeit gewährleistet sein, und zwar unabhängig von praktischen Bedarfsüberlegungen. Wegen der besonderen Eingriffsintensität nächtlicher Durchsuchungen muss insbesondere zur Nachtzeit die Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters gewährleistet sein.

- - -

---

<sup>50</sup> So bereits der Vorschlag de lege ferenda von Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, 3. Aufl. 2015, Rn. 184.