

## Öffentliches Recht

### Problem: Verfassungsrechtliche Anforderungen an das Merkmal „Gefahr im Verzug“ i.S.v. Art. 13 II GG

BVERFG, BESCHLUSS VOM 16.6.2015  
2 BVR 2718/10, 2 BVR 1849/11, 2 BVR 2808/11  
(BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### EINLEITUNG:

Ermittlungsrichter ist der im Ermittlungsverfahren auf Antrag der Staatsanwaltschaft tätige Richter, der die dem Richter vorbehaltenen Amtshandlungen im Ermittlungsverfahren durchführt. Der in der Praxis häufigste Fall seiner Tätigkeit ist die Durchsuchungsanordnung. Für eine solche verlangt Art. 13 II GG eine richterliche Anordnung. Allerdings kam es zuletzt immer wieder vor, dass die Staatsanwaltschaft für einen Durchsuchungsantrag einen Ermittlungsrichter nicht erreichte oder dieser mangels Vorlage einer Akte keine Entscheidung traf. Das BVerfG hat nun nochmals klargestellt, dass für die Annahme von Gefahr im Verzug im Sinne des Art 13 II GG und eine eigene Anordnung der Staatsanwaltschaft strenge Voraussetzungen gelten.

#### SACHVERHALT:

Im Ausgangsverfahren 1 teilte ein Anzeigerstatter der Polizei am 10. Mai 2010 gegen 16:30 Uhr mit, der Beschwerdeführer sei im Besitz einer Pistole und dessen Mutter habe gedroht, den Anzeigerstatter umbringen zu lassen. Der gegen 17:25 Uhr telefonisch erreichte Ermittlungsrichter erklärte, ohne Vorlage einer Ermittlungsakte keine Entscheidung über eine Durchsuchungsanordnung treffen zu können. Daraufhin ordnete die Staatsanwaltschaft die Durchsuchung aufgrund der akuten Bedrohungslage um 17:30 Uhr selbst an. Im Ausgangsverfahren 2 wurde die Polizei am 25. August 2009 um 13:43 Uhr informiert, dass die Beschwerdeführerin in einem Internetcafé ein Selbstbeziehungsschreiben für einen geplanten Brandanschlag auf Kraftfahrzeuge der Post verfasst habe. Der Ermittlungsrichter konnte nicht erreicht werden; sein Vertreter erklärte um 16:42 Uhr telefonisch, er könne ohne Vorlage der Ermittlungsakte keine Entscheidung treffen. Die Staatsanwaltschaft ordnete um 16:50 Uhr die Durchsuchung selbst an, da die Erstellung und Übersendung der angeforderten Akte etwa zweieinhalb Stunden gedauert hätte, die Beschwerdeführerin in der Zwischenzeit aber die Gelegenheit gehabt hätte, in ihre Wohnung zurückzukehren.

Im Ausgangsverfahren 3 leitete die Staatsanwaltschaft im Februar 2008 ein Ermittlungsverfahren gegen den Beschwerdeführer ein, weil dieser verdächtig war, gegen das Verbot des Inverkehrbringens nicht zugelassener Arzneimittel verstoßen zu haben. Aufgrund eines Zeitungsartikels, durch den der Beschwerdeführer von dem Ermittlungsverfahren hätte erfahren können, beantragte die Staatsanwaltschaft am 21. Juli 2008 eine Durchsuchungsanordnung, die auch die Betriebs- und Geschäftsräume umfassen sollte. Der zuständige Ermittlungsrichter erklärte, dass er ohne Ermittlungsakte nicht entscheiden könne und zudem gleich in eine Haftvorführung müsse; daher liege ein Fall von „Gefahr im Verzug“ vor. Daraufhin ordnete die Staatsanwaltschaft die Durchsuchung selbst an. Alle drei Beschwerdeführer wenden sich mit zulässigen Verfassungsbeschwerden an

#### Leitsätze:

1. Aus Art. 13 GG ergibt sich die Verpflichtung des Staates, eine effektive Durchsetzung des grundrechtssichernden Richtervorbehalts zu gewährleisten.
2. Mit der Befassung des zuständigen Ermittlungs- oder Eilrichters durch die Stellung eines Antrags auf Erlass einer Durchsuchungsanordnung und der dadurch eröffneten Möglichkeit präventiven Grundrechtsschutzes durch den Richter endet die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden.
3. Die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden kann nur dann neu begründet werden, wenn nach der Befassung des Richters tatsächliche Umstände eintreten oder bekannt werden, die sich nicht aus dem Prozess der Prüfung und Entscheidung über diesen Antrag ergeben, und hierdurch die Gefahr eines Beweismittelverlusts in einer Weise begründet wird, die der Möglichkeit einer rechtzeitigen richterlichen Entscheidung entgegensteht.
4. Auf die Ausgestaltung der justizinternen Organisation kann die Eilzuständigkeit der Ermittlungsbehörden nicht gestützt werden.

das BVerfG, welches die drei Verfahren verbindet. Sind die Verfassungsbeschwerden begründet?

**LÖSUNG:**

Obersatz

Die Verfassungsbeschwerden sind begründet, soweit ein Eingriff in die Grundrechte der Beschwerdeführer oder ihre grundrechtsgleichen Rechte vorliegt, der verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist. Konkret in Betracht kommt ein nicht gerechtfertigter Eingriff in das Grundrecht aus Art. 13 I GG.

**I. Eingriff in den Schutzbereich**

Das BVerfG hat diesem Problem keine Aufmerksamkeit geschenkt, sondern den Schutzbereich ohne Weiteres für eröffnet gehalten. In einer Klausur müsste hingegen eine Streitdarstellung erfolgen. Zum Streitstand vgl. Schoch, JURA 2010, 22, 23

Es muss ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 13 I GG vorliegen. Eine **Wohnung i.S.v. Art. 13 I GG** sind zumindest alle Räume, die der allgemeinen Zugänglichkeit entzogen und zur Stätte privaten Lebens und Wirkens gemacht sind. Fraglich ist, ob auch die im Ausgangsverfahren 3 betroffenen **Betriebs- und Geschäftsräume** dem Schutz des Wohnungsgrundrechts unterfallen. Dafür spricht die Beziehung des Art. 13 I GG zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I 1 GG. Das Wohnungsgrundrecht schützt gleichsam die freie Entfaltung der Persönlichkeit in räumlicher Hinsicht. Die Persönlichkeitsentfaltung findet aber in starkem Maße am Arbeitsplatz statt. Daher schützt Art. 13 I GG nach h.M. auch Betriebs- und Geschäftsräume. Folglich ist der Schutzbereich des Art. 13 I GG eröffnet.

Das ist so unproblematisch, dass es keiner Definition des Merkmals „Durchsuchung“ bedarf.

Durch die Anordnung und Durchführung der Durchsuchungen erfolgte auch ein **Eingriff i.S.v. Art. 13 II GG**. Somit liegt ein Eingriff in den Schutzbereich vor.

**II. Rechtfertigung des Eingriffs**

Der Eingriff ist gerechtfertigt, soweit er durch die Schranken des Grundrechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung gedeckt ist.

Divergierende Schrankensystematik in Art. 13 GG:  
Art. 13 II, III-V, VII 2. Hs. GG: qualifizierter Gesetzesvorbehalt  
Art. 13 VII 1. Hs. GG: verfassungsunmittelbare Schranke

**1. Festlegung der Schranke**

Die Rechtfertigung von Eingriffen in das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 GG stellt sich unterschiedlich dar, je nachdem, um welche Art von Eingriff es sich handelt. Für Durchsuchungen enthält **Art. 13 II GG** einen **qualifizierten Gesetzesvorbehalt**: Durchsuchungen bedürfen einer gesetzlichen Ermächtigung. Überdies behält Art. 13 II 1. Hs. GG die Anordnung einer Durchsuchung **grundsätzlich dem Richter** vor.

„[57] [...] Der **präventive Richtervorbehalt**, der der verstärkten Sicherung des Grundrechts des Art. 13 Abs. 1 GG dient, zielt auf eine **vorbeugende Kontrolle** der Maßnahme **durch eine unabhängige und neutrale Instanz**.“

Einfachgesetzliche Regelungen: §§ 102, 105 I 1 StPO

§ 102 StPO enthält die einfachgesetzliche Ermächtigungsgrundlage für eine Durchsuchung im Ermittlungsverfahren. Nach § 105 I 1 1. Hs. StPO dürfen diese nur durch den Richter, gem. § 105 I 2. Hs. StPO bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen angeordnet werden. Diese Vorschriften genügen somit abstrakt den Anforderungen des Art. 13 II GG.

**2. Schranken-Schranken**

**a) Verfassungsmäßigkeit des eingreifenden Gesetzes**

Unproblematisch, wird vom BVerfG gar nicht geprüft.

Die beschränkenden Regelungen der §§ 102, 105 I 1 StPO sind formell und materiell verfassungskonform.

## b) Verfassungsmäßigkeit des Einzelakts

Fraglich ist, ob die drei Einzelakte - Anordnungen der Durchsuchungen durch die Staatsanwaltschaft - verfassungsgemäß waren.

Da Art. 13 II GG einen **verfassungsrechtlichen Richtervorbehalt** enthält und Durchsuchungen ohne richterliche Anordnung nur bei Gefahr im Verzug erlaubt sind, waren die Einzelakte nur dann verfassungsgemäß, **wenn Gefahr im Verzug i.S. des Art. 13 II 2. Hs GG** vorlag. **Daher erfolgt eine vollständige Kontrolle des verfassungsrechtlichen Tatbestandsmerkmals „Gefahr im Verzug“ und nicht nur die Prüfung einer Verletzung spezifischen Verfassungsrechts.**

„[66] Verfassungsrechtliche Richtervorbehalte überwölben und determinieren das einfache Recht. Auch der Kontrollmaßstab des BVerfG richtet sich danach, **ob ein einfachgesetzlicher oder ein verfassungsrechtlicher Richtervorbehalt** betroffen ist. **Während im ersten Fall nur eine Willkürkontrolle nach allgemeinen Grundsätzen stattfindet, prüft das Bundesverfassungsgericht die Einhaltung verfassungsrechtlicher Richtervorbehalte umfassend nach.**“

Bei der Prüfung der Frage, ob „Gefahr im Verzug“ i.S.d. Art. 13 II 2. Hs. GG vorliegt, ist insbesondere der **Zweck** des in Art. 13 II 1. Hs GG vorgesehenen verfassungsrechtlichen Richtervorbehalts maßgeblich.

„[58] Zentraler Ausgangspunkt für das Verständnis des Richtervorbehalts ist der **Grundsatz der Gewaltenteilung** als tragendes Organisationsprinzip des Grundgesetzes [...]. Zwar ist die Staatsanwaltschaft als zur Objektivität verpflichtetes Rechtspflegeorgan (§ 160 Abs. 2 StPO) Garant für Rechtsstaatlichkeit und gesetzmäßige Verfahrensabläufe [...]. Dennoch lag es für den Verfassungsgeber in Anbetracht der Kontrollfunktion des Grundsatzes der Gewaltenteilung nahe, mit der Anordnung des schwerwiegenden Grundrechtseingriffs, der mit einer Wohnungsdurchsuchung verbunden ist, den **Richter als unabhängige Instanz** zu befassen.

[59] Hinzu tritt der Gedanke effektiven **Grundrechtsschutzes durch eine Verfahrensgestaltung**, die darauf abzielt, **strukturelle Rechtsschutzdefizite zumindest teilweise zu kompensieren. Bei Wohnungsdurchsuchungen**, die ihren Zweck nicht erfüllen könnten, wenn der potentielle Betroffene vorher davon erführe und sich darauf einstellen könnte, **werden vollendete Tatsachen geschaffen, ohne dass der betroffene Grundrechtsträger sich gerichtlich rechtzeitig zur Wehr setzen kann.** Dieser Situation hat der Verfassungsgeber durch die Normierung des präventiven Richtervorbehalts in Art. 13 Abs. 2 GG Rechnung getragen.

[60] **Das Grundgesetz geht davon aus, dass der Richter in Anbetracht seiner persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit und seiner strikten Unterwerfung unter das Gesetz (Art. 97 GG) die Rechte des Betroffenen im Einzelfall am besten und sichersten wahren kann.** Im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, das die Staatsanwaltschaft in eigener Verantwortung führt (§§ 158 ff. StPO), ist er unbeteiligter Dritter, der nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft tätig wird (§ 162 StPO). Durch seine Einschaltung soll von vornherein, nicht erst nach geschehener Durchsuchung, sichergestellt werden, dass die Interessen des Betroffenen angemessen berücksichtigt werden und in den Rechtskreis des Einzelnen nicht in weiterem Umfang eingegriffen wird, als es der Zweck der Durchsuchung erfordert.“

Ganz wichtig! Da das BVerfG keine „Superrevisionsinstanz“ ist, prüft es nicht am Maßstab des einfachen Rechts, sondern nur des Verfassungsrechts. Folglich definiert und subsumiert es grundsätzlich nicht den aus dem POR und der StPO bekannten Begriff „Gefahr im Verzug“. Anders ist das bei Art. 13 II GG, weil „Gefahr im Verzug“ hier ein **verfassungsrechtlicher** Begriff ist, der mithin der vollen Kontrolle durch das BVerfG unterliegt.

Sinn und Zweck des Richtervorbehalts: Schutz des ahnungslosen Betroffenen durch Beteiligung des Richters als unabhängiger Instanz.

Daher ist der Begriff „Gefahr im Verzug“ i.S.d. Art. 13 II GG **eng auszulegen**.

Definition „Gefahr im Verzug“

„[69] [...] **Gefahr im Verzug ist nur anzunehmen, wenn die richterliche Anordnung nicht mehr eingeholt werden kann, ohne dass der Zweck der Maßnahme (regelmäßig die Sicherstellung von Beweismitteln) gefährdet wird. Kann hingegen der Richter mit dem Durchsuchungsbegehren befasst werden und über dieses entscheiden, ohne dass damit ein Risiko des Verlusts von Beweismitteln verbunden ist, ist für einen Rückgriff auf die Eilkompetenz der Strafverfolgungsbehörden kein Raum.** Vielmehr hat dann allein der zuständige Richter über den Eingriff in das Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG zu entscheiden und dabei auch dem aus dem Rechtsstaatsprinzip fließenden Verfassungsgebot effektiver Strafverfolgung Rechnung zu tragen.

[70] Ob ein angemessener Zeitraum zur Verfügung steht, innerhalb dessen eine Entscheidung des zuständigen Richters erwartet werden kann, oder ob bereits eine zeitliche Verzögerung wegen des Versuchs der Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde und daher eine nicht-richterliche Durchsuchungsanordnung ergehen darf, haben die Ermittlungsbehörden nach der Konzeption des Art. 13 Abs. 2 GG zunächst selbst zu prüfen. Dabei haben sie die von der Verfassung vorgesehene „Verteilung der Gewichte“, nämlich die Regelzuständigkeit des Richters, zu beachten. **Die daraus folgende Pflicht der Ermittlungsbehörden, sich regelmäßig um eine Durchsuchungsanordnung des zuständigen Richters zu bemühen, wird nicht durch den abstrakten Hinweis verzichtbar, eine richterliche Entscheidung sei zur maßgeblichen Zeit üblicherweise nicht mehr zu erreichen. Reine Spekulationen, hypothetische Erwägungen oder lediglich auf kriminalistische Alltagserfahrungen gestützte, fallunabhängige Vermutungen reichen ebenfalls nicht aus, um die Annahme von Gefahr im Verzug zu begründen. [...] Selbst herbeigeführte tatsächliche Voraussetzungen können die Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft und ihrer Ermittlungspersonen nicht begründen.**“

Nicht ausreichend: kriminalistische Erfahrung (= Handeln nach dem Motto „polizeiliches Bauchgefühl“)

Komplett verboten: Gefahr im Verzug selbst herbeiführen, indem man mit dem Durchsuchungsantrag so lange wartet, dass die Entscheidung des Richters ganz sicher zu spät kommt.

Aus diesem Grund besteht für den Fall, dass die Ermittlungsbehörden Gefahr im Verzug i.S.v. Art. 13 II GG annehmen, eine **Dokumentationspflicht**.

Strafverfolgungsbehörden müssen dokumentieren, warum eine Durchsuchung ohne Einschaltung des Richters angeordnet wurde. Andernfalls kann diese Entscheidung im Nachhinein nicht effektiv gerichtlich kontrolliert werden.

„[75] Die verfassungsrechtlich gebotene gerichtliche Kontrolle der Annahme von Gefahr im Verzug ist nur möglich, wenn nicht nur das Ergebnis, sondern auch die Grundlagen der Entscheidung der Behörde und ihr Zustandekommen zuverlässig erkennbar werden. Aus **Art. 19 Abs. 4 GG** ergeben sich daher bei Inanspruchnahme der Eilkompetenz für die **Strafverfolgungsbehörden Dokumentations- und Begründungspflichten, die den wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz erst möglich machen.** Eine wirksame gerichtliche Nachprüfung einer nicht-richterlichen Durchsuchungsanordnung wegen Gefahr im Verzug setzt voraus, dass die handelnden Beamten, möglichst der - vorrangig verantwortliche - Staatsanwalt, vor oder jedenfalls unmittelbar nach der Durchsuchung ihre für den Eingriff bedeutsamen Erkenntnisse und Annahmen in den Ermittlungsakten dokumentieren.

Sehr strenge Dokumentationspflicht, um jeden Missbrauch der Eilzuständigkeit zu verhindern

[85] Die sich aus Art. 19 Abs. 4 GG ergebenden **Dokumentationspflichten erfassen** in diesem Fall **auch die Darlegung der durchgeführten Kontaktversuche mit dem zuständigen Ermittlungs- oder Eilrichter und dessen Vertreter. Fehlt es an einem**

**ernsthaften Versuch der Kontaktaufnahme, liegt ein Fall der selbst herbeigeführten Voraussetzungen von Gefahr im Verzug vor, der die Eilzuständigkeit der Strafverfolgungsbehörden ausschließt. [...]**

Jedenfalls endet **grundsätzlich** mit der **Befassung des Gerichts** und der dadurch eröffneten Möglichkeit präventiven Grundrechtsschutzes durch den Richter die **Eilzuständigkeit der Ermittlungsbehörden**.

„[79] Entscheidend ist dabei nicht der Zeitpunkt, zu dem die Staatsanwaltschaft den Entschluss fasst, eine richterliche Durchsuchungsanordnung zu beantragen, sondern der Zeitpunkt, in dem das Gericht mit dem Antrag auf Erlass einer Durchsuchungsanordnung befasst wird. **Dies ist der Fall, wenn die Staatsanwaltschaft dem zuständigen Richter den Antrag tatsächlich unterbreitet hat, so dass dieser in eine erste Sachprüfung eintreten kann. Erst ab diesem Zeitpunkt kann der Richter die Aufgabe präventiven Grundrechtsschutzes gemäß Art. 13 Abs. 2 GG erfüllen. Damit entfällt das Bedürfnis für eine Eilanordnung der Strafverfolgungsbehörden, da es nunmehr Sache des zuständigen Richters ist, über die Voraussetzungen und die Eilbedürftigkeit eines Eingriffs in das Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG im Lichte des verfassungsrechtlichen Gebots effektiver Strafverfolgung zu entscheiden.**

[80] **Nicht entscheidend für den Zeitpunkt des Entfallens der Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft ist dagegen der tatsächliche Beginn der sachlichen Prüfung durch das Gericht oder gar die endgültige gerichtliche Entscheidung. Mit der Bedeutung des Richtervorbehalts und dessen grundrechtssichernder Schutzfunktion ist es nicht vereinbar, den zuständigen Ermittlungs- oder Eilrichter durch die Bestimmung des Zeitpunkts des Eintritts in die Sachprüfung letztendlich über seine Zuständigkeit disponieren zu lassen.**

[81] Eine entsprechende Dispositionsbefugnis des Ermittlungs- oder Eilrichters ergibt sich insbesondere nicht aus der grundgesetzlich garantierten Unabhängigkeit des Richters (Art. 97 Abs. 1 GG). Als Ausdruck der Gewaltenteilung und als elementare Voraussetzung für die Gewährung effektiven Rechtsschutzes im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet Art. 97 Abs. 1 GG, dass der Richter seine Entscheidungen frei von Weisungen fällen kann und dass jede vermeidbare, auch mittelbare, subtile oder psychologische Einflussnahme der Exekutive auf die Rechtsstellung des Richters unterbleibt. **Durch Art. 97 Abs. 1 GG wird aber allein die sachliche Unabhängigkeit des Richters nach Begründung seiner Entscheidungszuständigkeit gewährleistet, nicht hingegen die Unabhängigkeit dahingehend, bereits über die Entscheidungszuständigkeit selbst zu disponieren.**

[82] **Auch soweit während des durch den Richter in Anspruch genommenen Entscheidungszeitraums nach dessen Befassung die Gefahr eines Beweismittelverlusts eintritt, etwa weil dieser auf ein mündlich gestelltes Durchsuchungsbegehren hin die Vorlage schriftlicher Antragsunterlagen oder einer Ermittlungsakte fordert, Nachermittlungen anordnet oder schlicht bis zum Eintritt der Gefahr eines Beweismittelverlusts noch nicht entschieden hat, lebt die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden nicht wieder auf. Dies gilt unabhängig davon, aus welchen Gründen die richterliche Entscheidung über den Durchsu-**

Mit der Befassung des Gerichts endet grundsätzlich die Eilzuständigkeit der Ermittlungsbehörden.

Befassung des Gerichts tritt ein mit Antragstellung, nicht erst mit Bearbeitung des Antrags

Auch kein anderes Ergebnis wegen Art. 97 I GG

Ab Antragstellung bei Gericht ist es ausschließlich Sache des Richters, die konfligierenden Interessen (effektive Strafverfolgung ./ Schutz des Betroffenen) in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.

Entscheidet der Richter nicht schnell genug, so dass ein Beweismittelverlust droht: „Pech gehabt“. Eilzuständigkeit der Strafverfolgungsbehörden lebt nicht wieder auf.

Ausnahme: Richter nicht erreichbar.

Aber: strenge Dokumentationspflicht (s.o.).

Vgl. BGH, Beschluss vom 11.8.2005, 5 StR 200/05, NSStZ 2006, 114, 115; Urteil vom 28.6.2001, 1 StR 198/01, NSStZ 2001, 604, 605

Vgl. Meyer-Goßner, StPO, § 105 Rn 2; Löwe-Rosenberg, StPO, Bd. 3, § 105 Rn 94 f.; Brocke/Herb, NSStZ 2009, 671

Differenzierung zwischen nicht erreichtem und nicht entscheidendem Richter

BVerfG hält sein Auslegungsergebnis für vereinbar mit dem Gebot effektiver Strafverfolgung.  
A.A.: BGH, Beschluss vom 11.8.2005, 5 StR 200/05, NSStZ 2006, 114, 115

chungsantrag unterbleibt. Mit seiner Befassung ist es Aufgabe des Richters, den durch Art. 13 Abs. 2 GG geforderten präventiven Grundrechtsschutz unter Beachtung des Verfassungsgebots effektiver Strafverfolgung zu gewähren.

[93] [...] Ab dem Zeitpunkt seiner Befassung trägt grundsätzlich allein der Richter die Verantwortung für die Anordnung der Durchsuchung, **so dass ihm auch die Abwägung und Entscheidung obliegt, ob und inwieweit durch den von ihm zu verantwortenden Prüfungsvorgang der Ermittlungserfolg gegebenenfalls gefährdet wird. Wie er diesen Prozess ausgestaltet, ist Ausfluss seiner ihm durch Art. 97 GG garantierten Unabhängigkeit. Daraus sich ergebende nachteilige Konsequenzen** für die Durchsetzung des staatlichen Strafverfolgungsanspruchs **sind** sowohl zur Sicherung dieser Unabhängigkeit als auch im Interesse der Effektivität präventiven Grundrechtsschutzes **hinzunehmen**.

[83] **Scheitert hingegen der Versuch der Befassung des Gerichts mit dem Antrag auf Erlass einer Durchsuchungsanordnung, weil der zuständige Richter nicht erreicht werden kann und infolgedessen ein Beweismittelverlust droht, kommt ein Rückgriff auf die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden gemäß Art. 13 Abs. 2, 2. Halbsatz GG in Betracht.**

Das BVerfG lehnt in diesem Zusammenhang ausdrücklich die Rechtsprechung des BGH ab, wonach der Zweck der Durchsuchungsmaßnahme auch gefährdet würde, wenn der Ermittlungsrichter meint, ohne Aktenkenntnis nicht, auch nicht mündlich entscheiden zu können, und der Verlust der Betäubungsmittel als Beweismittel zeitnah droht.

„[85] [...] **Soweit** abweichend hiervon in der **Rechtsprechung** von einem Fortbestehen oder „**Wiederaufleben**“ **der Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft** und ihrer Ermittlungspersonen im Fall der nicht rechtzeitigen Entscheidung durch den zuständigen Ermittlungs- oder Eilrichter ausgegangen wird **und im Schrifttum auf der Grundlage einer Unterscheidung zwischen dem „mutwillig“ nicht entscheidenden und dem „umfassend prüfenden“ Ermittlungs- oder Eilrichter differenzierende Lösungen vertreten werden, tragen diese Auffassungen weder der Bedeutung des Richtervorbehalts in Art. 13 Abs. 2, 1. Halbsatz GG hinreichend Rechnung noch beachten sie die Verfassungsgarantie der richterlichen Unabhängigkeit in dem gebotenen Umfang.**

[88] Soweit der nicht erreichte Richter mit dem Richter gleichgesetzt wird, der - berechtigt oder unberechtigt - (noch) nicht entschieden hat, wird verkannt, dass im Fall des Nichterreichens die Möglichkeit der Gewährung **präventiven Grundrechtsschutzes durch den Richter überhaupt nicht besteht, während im Falle des Erreichens der präventive Richtervorbehalt wirksam wird, so dass für einen Rückgriff auf die nachrangige Zuständigkeit der Ermittlungsbehörden kein Raum mehr ist.**

[91] Der Wegfall der Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden gemäß Art. 13 Abs. 2, 2. Halbsatz GG ab dem Zeitpunkt der Befassung des Gerichts mit einem Durchsuchungsantrag ist auch mit der verfassungsrechtlichen Gewährleistung einer rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege, die sich, bei nachhaltiger Sicherung der Rechte des Beschuldigten, zugleich auf eine wirksame Strafverfolgung erstreckt, vereinbar.“

**Eine - enge - Ausnahme vom Grundsatz, dass ein Wiederaufleben der Anordnungscompetenz der Ermittlungsbehörden nach Befassung des Ermittlungsrichters nicht möglich ist, gilt dann, wenn aufgrund nachträglicher Umstände gleichsam eine „neue“ Gefahr im Verzug eintritt.**

„[94] Jedoch kann die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden neu begründet werden, wenn nach der Befassung des Richters tatsächliche Umstände eintreten oder bekannt werden, die sich nicht aus dem Prozess der Prüfung und Entscheidung über diesen Antrag ergeben, und hierdurch die Gefahr eines Beweismittelverlusts in einer Weise begründet wird, die der Möglichkeit einer rechtzeitigen richterlichen Entscheidung entgegensteht (überholende Kausalität). [...]

[95] In solchen Fällen ist nach dem Konzept des Art. 13 Abs. 2 GG im Interesse effektiver Strafverfolgung die Eilzuständigkeit der Ermittlungsbehörden gegeben, weil ein Geschehensablauf vorliegt, der nicht Gegenstand der laufenden richterlichen Prüfung und daher geeignet ist, das Vorliegen von Gefahr im Verzug eigenständig (neu) zu begründen. Die bereits erfolgte Befassung des zuständigen Richters mit einem Durchsuchungsantrag steht der Eilzuständigkeit der Staatsanwaltschaft schon deswegen nicht entgegen, da sie auf einer anderen tatsächlichen Grundlage beruht.

[96] Die sich aus Art. 19 Abs. 4 GG ergebenden Dokumentations- und Begründungspflichten erfordern allerdings, dass in einem solchen Fall die Umstände, die zur Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden geführt und das Abwarten der Entscheidung des befassten Richters ausgeschlossen haben, in einer Weise dokumentiert werden, die eine gerichtliche Überprüfung des Vorliegens eines Eilfalles ermöglichen.

[97] Auf die Ausgestaltung der justizinternen Organisation kann die Eilzuständigkeit der Ermittlungsbehörden nicht gestützt werden. Der gleichzeitigen Befassung des zuständigen Ermittlungs- oder Eilrichters mit einem Antrag der Ermittlungsbehörden auf Erlass einer Durchsuchungsanordnung und anderweitigen Dienstgeschäften ist gegebenenfalls durch Geschäftsordnungs- und Vertretungsregelungen Rechnung zu tragen, die eine rechtzeitige Entscheidung über den Durchsuchungsantrag regelmäßig gewährleisten. [...] Defizite insoweit rechtfertigen eine Einschränkung des durch Art. 13 Abs. 2 GG angestrebten präventiven richterlichen Grundrechtsschutzes nicht. Ansonsten würde die Praxis das Recht und nicht das Recht die Praxis bestimmen. Dies ist dem Rechtsstaat fremd.

In Anwendung dieser Grundsätze hat in allen drei der Verfassungsbeschwerde zugrunde liegenden Verfahren eine Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft für die Anordnung der Durchsuchung der Wohn- und Nebenräume der Beschwerdeführers gem. §§ 102, § 105 I 1 2. Hs. StPO nicht mehr bestanden. Mit Befassung des zuständigen Richters ist in allen drei Ausgangsverfahren die Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft entfallen. Neu eingetretene Umstände, welche die Eilkompetenz erneut begründen (überholende Kausalität), liegen nicht vor.

Somit fehlt es an der von Art. 13 II GG geforderten Gefahr im Verzug, so dass die Anforderungen des qualifizierten Gesetzesvorbehalts nicht erfüllt sind. Mithin ist der Eingriff in das Wohnungsgrundrecht

Weitere Ausnahme: Umstände, die nach Befassung des Richters neu eintreten, begründen eine „neue“ Gefahr im Verzug.

Überholende Kausalität

Auch hier wiederum: strenge Dokumentationspflicht

Zu wenige, daher überlastete Richter, die nicht schnell genug entscheiden können: nochmals „Pech gehabt“. Dann muss der Staat halt für eine ausreichende Anzahl an Richterstellen sorgen.

nicht gerechtfertigt, so dass die Verfassungsbeschwerden begründet sind.

**Fazit:**

BVerfG, RA 2006, 556

Das BVerfG knüpft mit seinem Beschluss an eine frühere Entscheidung an, in der es bereits strenge Anforderungen an das Merkmal Gefahr im Verzug formulierte und insbesondere die Dokumentationspflichten begründete. In seiner aktuellen Entscheidung bleibt das Gericht seiner rigorosen Linie treu. Danach ist die Annahme von Gefahr im Verzug die Ausnahme, die einer überzeugenden, detailliert dokumentierten Begründung durch die Ermittlungsbehörden bedarf. Mit Beantragung eines richterlichen Durchsuchungsbeschlusses endet grundsätzlich die Gefahr im Verzug. Ausnahmen gelten nur, wenn der Richter nicht erreichbar ist (was genau zu dokumentieren ist) oder nach Befassung des Richters neue Umstände eintreten, die eine „neue“ Gefahr im Verzug begründen, sog. überholende Kausalität (die ebenfalls genau zu dokumentieren).

Diese Überlegungen dürften im Übrigen nicht nur für den konkret entschiedenen Fall einer strafprozessualen Durchsuchung gelten, sondern auch für (präventive) Durchsuchungen aufgrund des Polizeirechts.

Brisant an dem Beschluss des BVerfG ist, dass sich das Gericht deutlich gegen die Rechtsprechung des BGH stellt und insbesondere Missstände in der Praxis (überforderte Richter) nicht ausreichen lässt, um eine Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden wieder aufleben zu lassen. Das BVerfG nimmt damit in Kauf, dass eine effektive Strafverfolgung leidet, wenn ein Richter nicht rechtzeitig über einen Durchsuchungsantrag entscheidet, entweder weil er (objektiv) überfordert oder (subjektiv) unwillig ist. Diese Kernaussage ist dem BVerfG so wichtig, dass sie sogar als Leitsatz formuliert wurde (4. Leitsatz). Die Entscheidung kann insoweit auch als Aufforderung an den Gesetzgeber verstanden werden, für eine ausreichende personelle und sachliche Ausstattung der Justiz zu sorgen.