

**Die Anordnung und Durchführung strafverfahrensrechtlicher Zwangsmaßnahmen
bei Gefahr im Verzug durch die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft -
dargestellt am Beispiel der neueren Rechtsprechung des
Bundesverfassungsgerichts zur Durchsuchung von Wohnungen**
(*BVerfG*, Urt. v. 20.2.2001 - 2 BvR 1444/00 = EuGRZ 2001, 136 = NJW 2001, 1121)¹⁾

1. Einführung in die Thematik

Um den staatlichen Strafanspruch im Strafverfahren feststellen und durchsetzen - und so den Rechtsfrieden wiederherstellen sowie Rechtssicherheit schaffen - zu können, bedarf es regelmäßig Eingriffen in die (grundrechtlich geschützte) Individualsphäre des Beschuldigten oder auch Dritter gegen deren Willen, weshalb wir von Zwangsmaßnahmen sprechen. Sie kommen im Erkenntnis- wie Vollstreckungsverfahren vor, wobei uns hier vor allem die Eingriffsbefugnisse im Rahmen der staatsanwaltlichen und polizeilichen Ermittlungstätigkeit, insbesondere jene zur Beweisgewinnung bzw. -sicherung interessieren.

Die Ermittlung der materiellen Wahrheit erfolgt dabei jedoch nicht um jeden Preis, etwa bis hin zur Anwendung der Folter²⁾, vielmehr ist im modernen Strafprozeß die Wahrheitsermittlung nicht nur durch die Justizförmigkeit des Verfahrens als solchem beschränkt, sondern vor allem durch die damit verbundene Gewährung rechtsstaatlicher Verfahrensgarantien (sog. Schutzfunktion des Verfahrens). Dies ist nicht zuletzt eine Folge der staatlichen Anerkennung individueller Menschenrechte und Grundfreiheiten bzw. Grundrechte, etwa des Grundgesetzes (GG) oder der (Europäischen) Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK).

Auch die hier zu behandelnden, durch die Strafprozeßordnung bzw. im Fall der Durchsuchung der Wohnung sogar durch das Grundgesetz selbst geregelten Eingriffsbefugnisse in grundrechtlich geschützte Rechtsgüter sind in dem Spannungsverhältnis der verfassungsrechtlichen Gewährleistungen einer wirksamen Strafverfolgung einerseits und individueller Freiheitsrechte andererseits zu sehen. Dabei läßt sich dieser Interessenkonflikt einmal normativ betrachten, also auf der Ebene der durch den Gesetzgeber erfolgten abstrakt-generellen Regelung, hier der rechtsstaatlichen Ausgestaltung des Strafverfahrens und der Eingriffsbefugnisse, und zum anderen (rechts-)tatsächlich, nämlich auf der Ebene der konkret-individuellen Anwendung dieser Normen auf den Einzelfall in der Praxis der Strafverfolgungsorgane.

Dabei ist hier bereits festzuhalten, daß für den Fall der zwangsweisen Durchsuchung von Wohnungen - zumindest bisher - allgemein eine erhebliche Diskrepanz gesehen wurde zwischen der gesetzlichen Regelung des Art. 13 Abs. 2 S. 1 GG, wonach Durchsuchungen "nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzuge [aber] auch durch die in den Gesetzen vorgesehenen anderen Organe" - nach § 105 Abs. 1 S. 1 StPO sind dies die Staatsanwaltschaft und ihre Hilfsbeamten (im Sinne des § 152 GVG) - angeordnet werden dürfen, und der Rechtspraxis, in der die richterlich angeordnete Wohnungsdurchsuchung nur zwischen 10 und 15 Prozent aller Fälle ausmacht³⁾. In der rechtswissenschaftlichen Literatur⁴⁾ war deshalb

¹ Der vorliegende Text geht auf einen Vortrag des Verfassers an der Fachhochschule für Polizei Sachsen in Rothenburg/Oberlausitz zurück und hat entsprechend vor allem die Praxis der Ermittlungsorgane im Blick.

² Zur Frage der ausnahmsweisen Anwendung der Folter unter dem Grundgesetz siehe *Brugger*, VBIBW 1995, 414, 446; *ders.*, *Der Staat*, 1996, 67; *ders.*, *JZ* 2000, 165.

³ Vgl. *Nelles*, Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozeßordnung, Diss. Münster 1979, S. 220.

⁴ Siehe zuletzt etwa *Lilie*, *ZStW* 111 (1999), 807 (814 ff.), der fragt, ob der Richtervorbehalt in der Praxis nicht zu "einem schlichten Feigenblatt ohne nennenswerte eingriffsbegrenzende Wirkung denaturiert".

- aufgrund eigener Kenntnis der Praxis der Strafverfolgungsorgane wie auch einiger (älterer) statistischer Untersuchungen⁵⁾ - von einer faktischen Umkehr von Regel und Ausnahme die Rede.⁶⁾ Ob der insoweit ausdrücklich vor allem gegen die Tätigkeit der Polizeibeamten in ihrer Eigenschaft als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft erhobene Vorwurf des Rechtsmißbrauchs⁷⁾ angehen kann oder bei näherer Betrachtung zurückzuweisen ist, muß hier nicht entschieden werden. Es sei nur angemerkt, daß die polizeiliche Praxis jedenfalls nicht ohne die zu ihr führende rechtliche Entwicklung und tatsächliche "Gegebenheiten" - um nicht zu sagen Mißstände - in der (Straf-)Justiz⁸⁾ beurteilt werden sollte.

2. Überblick über die strafverfahrensrechtlichen Zwangsmaßnahmen

Wenn hier von der Befugnis zur Anordnung strafverfahrensrechtlicher Zwangsmaßnahmen bei Gefahr im Verzug durch die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft die Rede sein soll, dann erscheint es angebracht, dem einen kurzen Überblick über die strafprozessualen (Zwangs-)Eingriffe im Erkenntnisverfahren voranzustellen und hier vor allem die Zuständigkeitsverteilung zwischen den verschiedenen Strafverfolgungsorganen, also dem Gericht (oder verkürzt: dem Richter), der Staatsanwaltschaft und den Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft⁹⁾ in den Blick zu nehmen.

Ein Augsburger Vorlesungsskript zum Strafprozeßrecht¹⁰⁾ führt in einer aktuellen Übersicht über die "Zwangsmittel im Strafverfahren" allein 40 verschiedene (teilweise dann noch weiter untergegliederte) Zwangsmaßnahmen von der Generalklausel des § 161 StPO bis hin zur Datenspeicherung im Rahmen der Schlepptnetzfangung auf, woraus sich ein weites Spektrum von Eingriffsbefugnissen ergibt. Beschränkt man sich auf jene Maßnahmen, die anzuordnen allein¹¹⁾ oder - neben dem Richter oder Staatsanwalt - auch den Beamten des Polizeivollzugsdienstes zusteht, so kommt man nach dieser Übersicht immerhin noch auf 18 Zwangsmaßnahmen, wovon 15 den (gleichzeitigen) Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft vorbehalten sind, durch diese jedoch nur bei "Gefahr im Verzug" bzw. bei "Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung", was dasselbe meint, ergriffen werden dürfen. Hierzu zählen immerhin so bedeutungsvolle Eingriffe wie die körperliche Untersuchung, die Beschlagnahme (zur Sicherstellung von Beweismitteln), der Einsatz technischer Mittel im Zuge des sog. "kleinen" Lauschangriffs oder die im Vordergrund

⁵⁾ Siehe etwa die Datenangaben bei *Nelles*, a.a.O. (Fn. 3), S. 196 f., 198, 206 ff., 264 f.; *Müller*, AnwBl. 1992, 349 (350); *Bandisch*, AnwBl. 1992, 355. - Auf laufende empirische Untersuchungen verweist *Asbrock*, StV 2001, 322 (323 Fn. 8).

⁶⁾ Vgl. etwa *Rüping*, Strafverfahren, ³1997, Rn. 304.

⁷⁾ *Amelung*, NStZ 2001, 337; *Asbrock*, StV 2001, 322 (323).

⁸⁾ Siehe hierzu auch die Angriffe *Sendlers* (NJW 2001, 1256 ff.) gegen eine "falsch" verstandene richterliche Unabhängigkeit sowie - zu dem hieraus abgeleiteten weiten Verständnis "organisatorischer Freiheit" der Richterschaft - das dortige Zitat einer kritischen Äußerung der früheren Berliner Justizsenatorin und jetzigen Präsidentin des BVerfG (zugleich Vorsitzende dessen 2. Senats) *Limbach* (NJ 1995, 285 Fn. 5).

⁹⁾ Nach der *Verordnung des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz über die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaften* vom 26. März 1996 sind bei der Kriminalpolizei entsprechend deren Hierarchie die Beamten- und Angestelltengruppen vom Kriminalmeister bis zum Ersten Kriminalhauptkommissar und bei der Schutz-, Wasserschutz- und Bereitschaftspolizei vom Polizeimeister bis zum Ersten Polizeihauptkommissar zu Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft bestellt.

¹⁰⁾ *Tenckhoff*, Strafprozeßrecht, Augsburg 2001.

¹¹⁾ Alle Beamten des Polizeivollzugsdienstes sind z.B. befugt, zur vorläufigen Festnahme gem. §§ 127 Abs. 1 S. 1, Abs. 2; 163b Abs. 1 S. 2 StPO, zur Vornahme erkennungsdienstlicher Maßnahmen (§§ 81b, 163b Abs. 1 S. 3 StPO), zur Identitätsfeststellung (§ 163b StPO), zur Herstellung von Lichtbildern, Bildaufzeichnungen und zum Einsatz sonstiger technischer Mittel (§ 100c Abs. 1 Nr. 1 StPO) und zur Vernehmung von erschienenen und aussagebereiten Beschuldigten, Zeugen und Sachverständigen (vgl. § 163a Abs. 1, 4, 5 StPO).

dieser Betrachtung stehende Durchsuchung des Wohnraums. Angesichts der Vielzahl möglicher polizeilicher Zwangsmaßnahmen im Strafverfahren erscheint vorliegend die Beschränkung dieser Darstellung auf die Durchsuchung des Wohnraums geboten, zumal diese zugleich verfassungsrechtlich geregelt ist. Doch soll am Ende der Untersuchung noch kurz darauf eingegangen werden, inwieweit die insoweit gefundenen Ergebnisse - sprich: die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - auch Auswirkungen auf die anderen Zwangsmaßnahmen hat, die ebenfalls nur bei Gefahr im Verzug durch die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft angeordnet werden dürfen.

3. Die Durchsuchung

Nach § 102 StPO können bei einem der Beteiligung an einer Straftat *Verdächtigen* dessen Wohnung oder andere Räume, seine Person sowie die in seinem (Mit-) ¹²⁾ Gewahrsam ¹³⁾ befindlichen Sachen zum Zweck seines Auffindens und Ergreifens (sog. Ergreifungsdurchsuchung) ¹⁴⁾ als auch zum Auffinden von Spuren und Beweismitteln (sog. Ermittlungsdurchsuchung) durchsucht werden. Voraussetzung ist neben einem bestehenden (Anfangs-)Verdacht ¹⁵⁾ zudem die Vermutung, durch die Durchsuchung deren Zweck auch erreichen zu können ¹⁶⁾; ferner ist - wie bei jeder Zwangsmaßnahme - der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten ¹⁷⁾. (Anders als bei der Durchsuchung bei dem bzw. des Verdächtigen ist bei *anderen Personen* eine [auch deren] Durchsuchung gemäß § 103 Abs. 1 S. 1 StPO nur eingeschränkt, nämlich zur Ergreifung des Verdächtigen sowie zum Auffinden bestimmter Gegenstände und Spuren zulässig, wobei es - statt der bloßen Vermutung - konkreter Tatsachen bedarf, daß diese aufgefunden werden können; für die Raumdurchsuchung bei Ergreifung oder Verfolgung des Beschuldigten gelten diese Voraussetzungen nach § 103 Abs. 2 StPO übrigens nicht.) ¹⁸⁾

Die Anordnung einer Durchsuchung nach §§ 102, 103 Abs. 1 S. 1 StPO darf - wie bereits erwähnt - "nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft und ihre Hilfsbeamten" ergehen (§ 105 Abs. 1 S. 1 StPO). Sie sollte regelmäßig schriftlich ergehen, doch reicht in Eilfällen auch eine andere (mündliche, fernmündliche oder telegrafische) Anordnung aus ¹⁹⁾; bei Gefahr im Verzug kann sie stillschweigend in der Vornahme durch den sie anordnenden Beamten enthalten sein, ist dann aber spätestens unverzüglich nach der erfolgten Durchsuchung in den Ermittlungsakten zu dokumentieren ²⁰⁾.

¹²⁾ So *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, StPO, ⁴⁵2001, § 102 Rn. 10; a.A. *Nack* in: KK-StPO, ⁴1999, § 102 Rn. 11.

¹³⁾ Soweit das Gesetz von den "ihm gehörenden" Sachen spricht, sind damit nicht die Eigentums-, sondern Besitzverhältnisse gemeint; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, StPO, ⁴⁵2001, § 102 Rn. 10.

¹⁴⁾ Keine Raumdurchsuchung ist die sog. bloße "Nachschau", bei der es nicht um das Auffinden einer sich verbergenden Person, sondern um das Betreten eines Raums gegen den Willen des sich - bekanntermaßen in dem Raum aufhaltenden - Verdächtigen zu dessen Festnahme geht; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, StPO, ⁴⁵2001, § 102 Rn. 8.

¹⁵⁾ Ob der hinreichende Tatverdacht sich auch gegen den Betroffenen zum Anfangsverdacht verdichtet haben muß (= Beschuldigter) oder weniger ausreicht ("Verdächtiger"), ist streitig; vgl. *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, StPO, ⁴⁵2001, § 102 Rn. 3.

¹⁶⁾ *Nack* in: KK-StPO, ⁴1999, § 102 Rn. 3.

¹⁷⁾ *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, StPO, ⁴⁵2001, § 102 Rn. 15.

¹⁸⁾ Zu weiteren Voraussetzungen der Durchsuchung zur Nachtzeit siehe § 104 StPO, zur Beiziehung des Inhabers der zu durchsuchenden Räume oder Gegenstände siehe § 106 StPO und zur Durchsicht von Papieren siehe § 110 StPO.

¹⁹⁾ Für die richterliche Anordnung ist dies umstritten, vgl. *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, StPO, ⁴⁵2001, § 105 Rn. 3 m.w.N.

²⁰⁾ *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, StPO, ⁴⁵2001, § 105 Rn. 3; zur Dokumentationspflicht näher *BVerfG*, NJW 2001, 1121 (1124) und unten 5.c).

Wenn auch die Staatsanwaltschaft von einer erwirkten richterlichen Durchsuchungsanordnung - die eigentlich keine Anordnung, sondern nur eine Gestattung darstellt - im Ermittlungsverfahren, anders als im Zwischen- und Hauptverfahren²¹⁾, keinen Gebrauch machen muß, so ist doch nach neuerer Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Vollstreckung (spätestens) nach Ablauf von sechs Monaten unzulässig, die Anordnung tritt dann außer Kraft²²⁾. Dies "Verfallsdatum" begrenzt also eine etwaige "Vorratshaltung" durch die Staatsanwaltschaft.

Da die Durchsuchung, insbesondere einer Wohnung, einen erheblichen Eingriff in die Privatsphäre des Betroffenen darstellt, ist darauf zu achten, daß durch die Anordnung der Grundrechtseingriff angemessen begrenzt wird sowie meßbar und kontrollierbar bleibt.²³⁾ Hierzu sind Rahmen, Grenzen und Ziel der Durchsuchung in der Durchsuchungsanordnung zu bezeichnen. Dazu gehören bei der Wohnungsdurchsuchung Angaben über

- den Inhalt des Tatvorwurfs (also nicht nur bei der Durchsuchung beim bzw. des Verdächtigen die Bezeichnung der Straftat, die für die nachträgliche Durchsuchungsbescheinigung nach § 107 StPO genügt),
- die zu suchenden Beweismittel, die - soweit möglich - näher, zumindest aber gattungsmäßig zu bestimmen sind, (dies auch, um so dem Verdächtigen eine Mitwirkung bzw. unter Umständen auch Abwendung durch die freiwillige Herausgabe - statt deren nachfolgenden förmlichen Beschlagnahme - zu ermöglichen)
- und gegebenenfalls die zu durchsuchenden Räume.²⁴⁾

Nicht nur eine schriftliche (richterliche) Durchsuchungsanordnung ist dem Betroffenen (gemäß §§ 35, 36 Abs. 2 S. 1 StPO) bekanntzugeben, sondern auch bei sonstiger Anordnung ist der Betroffene unmittelbar vor Beginn der Durchsuchung über die vorgenannten Punkte zu unterrichten²⁵⁾. Bei der Durchsuchung nach § 103 Abs. 1 StPO hat übrigens auch eine Kenntnisgabe des Durchsuchungszwecks an den Inhaber der zu durchsuchenden Räume oder Gegenstände bzw. der in seiner Abwesenheit hinzugezogenen Person gemäß § 106 StPO zu erfolgen (doch handelt es sich insoweit nach der Rechtsprechung um eine bloße Ordnungsvorschrift²⁶⁾).

Hinzuweisen ist in vorliegendem Zusammenhang einer Anordnung und Durchführung einer Durchsuchung der Wohnung, der Geschäftsräume oder befriedeten Besitztums durch Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft ferner darauf, daß in diesem Fall regelmäßig gemäß § 105 Abs. 2 StPO die Zuziehung eines Gemeindebeamten oder sonst zweier Einwohner der Gemeinde als Durchsuchungszeugen geboten ist, da dann wohl kein Richter oder Staats- bzw. Amtsanwalt der Durchsuchung beiwohnen wird. Die Beiziehung der Durchsuchungszeugen muß allerdings "möglich" sein, woran es fehlt, wenn dies zu einem den Durchsuchungserfolg vereitelnden Zeitverlust führen würde.²⁷⁾

Für die Frage der Verwertbarkeit von "Zufallsfunden" - nach denen selbstredend nicht gezielt gesucht werden darf - kann es hier mit einem Verweis auf § 108 StPO sein Bewenden haben. Auf die eng hiermit zusammenhängende allgemeine Problematik eines etwaigen Verwertungsverbots bei Verstoß gegen § 105 Abs. 1 S. 1 StPO wird weiter unten (siehe 5.d) noch näher einzugehen sein.

²¹ Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, ⁴⁵2001, § 105 Rn. 8 m.w.N.

²² BVerfGE 96, 44 (52 ff.) = NJW 1997, 2165.

²³ Beulke, Strafprozeßrecht, ⁵2001, Rn. 258.

²⁴ Vgl. Beulke, Strafprozeßrecht, ⁵2001, Rn. 258; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, ⁴⁵2001, § 105 Rn. 5; Nack in: KK-StPO, ⁴2001, § 105 Rn. 4, alle m.w.N.

²⁵ So ausdrücklich BVerfG, NJW 2001, 1121 (1124).

²⁶ Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, ⁴⁵2001, § 106 Rn. 1 m.w.N., auch zur Gegenansicht.

²⁷ Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, ⁴⁵2001, § 105 Rn. 11.

Was den früheren Streit hinsichtlich der Zulassung (nachträglichen) gerichtlichen Rechtsschutzes bei durch den Vollzug bereits erledigten Durchsuchungsanordnungen (bzw. Zwangsmaßnahmen) anbelangt, ist angesichts dessen Eröffnung durch die neuere Rechtsprechung²⁸⁾ hier nur darauf zu verweisen, daß nunmehr der Betroffene die Anordnung einer Durchsuchung durch die Staatsanwaltschaft oder deren Hilfsbeamte als solche wie auch die Art und Weise ihrer Durchführung einheitlich²⁹⁾ - ebenso wie vor Erledigung, dort ggf. aber direkt - analog § 98 Abs. 2 S. 2 StPO durch den Richter überprüfen lassen kann.³⁰⁾ Hingegen ist bei den von einem Richter angeordneten, aber bereits erledigten Zwangsmaßnahmen - ebenso wie vor Erledigung - zu unterscheiden zwischen einem Angreifen der Anordnung als solcher, wofür nach § 304 StPO die Beschwerde (zum Landgericht) gegeben ist, und der Überprüfung der Art und Weise der Durchführung³¹⁾, die nunmehr ebenfalls analog § 98 Abs. 2 S. 2 StPO erfolgen soll (bisher war nach h.M. gemäß §§ 23 ff. EGGVG der Rechtsweg zum Oberlandesgericht zu beschreiten).³²⁾ Eine Anordnung der Durchsuchung wegen Gefahr im Verzug durch die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft statt durch den Ermittlungsrichter führt somit (nurmehr) hinsichtlich der Anfechtung der Anordnung als solcher zu einem anderen Rechtsschutzverfahren.

4. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

a) Der Ausgangsfall

Anlaß für die hier zu besprechende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts war der folgende Fall. Einem Polizeibeamten (P) wurde vorgeworfen, er habe einem der Telefonüberwachung unterliegenden Beschuldigten (B) bei einem zufälligen Zusammentreffen in einer Gaststätte Kenntnis von der gegen diesen laufenden Zwangsmaßnahme gegeben. Jedenfalls hatte dies eben jener Beschuldigte später in dem gegen ihn wegen Betäubungsmitteldelikten geführten Ermittlungsverfahren bei seiner polizeilichen Vernehmung ausgesagt. Den späteren Urteilsausführungen läßt sich zudem entnehmen, daß seit dem fraglichen Zusammentreffen die Telefonüberwachung auch keine tatrelevanten Hinweise mehr ergeben hatte, was wohl schon damals den Ermittlungsbehörden bekannt war. In dem nun gegen den Polizeibeamten wegen Verdachts der Bestechlichkeit und der Verletzung eines Dienstgeheimnisses (§§ 332, 353b StGB) eingeleiteten Ermittlungsverfahren wurde obiger Beschuldigte auf Antrag der Staatsanwaltschaft durch den Ermittlungsrichter vernommen, diese Vernehmung war mittags um 12.15 Uhr beantragt und knapp eine Stunde später durchgeführt worden. Einen Tag später wurde morgens noch die Lebensgefährtin obigen Beschuldigten

²⁸⁾ Wegweisend war insofern die Entscheidung *BVerfGE* 96, 27 (= *NJW* 1997, 2163), in der das Gericht - in Abweichung zu *BVerfGE* 49, 239 - die Gewährung einer möglichst wirksamen gerichtlichen Kontrolle strafprozessualer Eingriffe auch bei prozessual überholten bzw. "erledigten" Zwangsmaßnahmen anmahnte (Art. 19 Abs. 4 GG, Gebot effektiven Rechtsschutzes); dem entsprach dann der BGH in *BGHSt* 44, 171 (174 f.); 265. Näher zum Rechtsschutzsystem gegen strafprozessuale Zwangswirkungen der Überblick über die neuere Rechtsprechung bei *Laser*, *NSStZ* 2001, 120; vgl. auch *Amelung* in: *Roxin/Widmaier* (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof - Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV, 2000, S. 910.

²⁹⁾ So seit der Entscheidung *BGHSt* 44, 265 (270), mit der die nach der bisherigen Rechtsprechung (siehe *BGHSt* 37, 79 [82]) gegebene "Rechtswegspaltung" beseitigt wurde.

³⁰⁾ *BGHSt* 28, 57 (58) [bevorstehende oder andauernde Zwangsmaßnahme]; 44, 265 (279) [nach deren Erledigung].

³¹⁾ Soweit diese allerdings unmittelbar durch die richterliche Anordnung mit geregelt wurde, wäre die Beschwerde nach § 304 StPO eigentlich der angemessene Rechtsbehelf (offengelassen in *BGHSt* 45, 183 [186 f.]). Deshalb wird teilweise gegen die Entscheidung nach § 98 Abs. 2 StPO analog nach § 304 StPO die Beschwerde zugelassen, so *Beulke*, *Strafprozeßrecht*, ⁵2001, Rn. 326a m.w.N.

³²⁾ *Beulke*, *Strafprozeßrecht*, ⁵2001, Rn. 323 ff.; *Kleinknecht/Meyer-Göfner*, *StPO*, ⁴⁵2001, § 105 Rn. 15 ff.

polizeilich vernommen, da sie nach dessen Aussage bei dem fraglichen Treffen in der Gaststätte zugegen gewesen sei. Im Anschluß hieran wurde um 11.00 Uhr die weitere Bearbeitung des Ermittlungsverfahrens gegen den Polizeibeamten "aus Gründen der Objektivität und Neutralität" an eine andere Polizeidienststelle abgegeben. Auf deren Anregung ordnete noch "am späten Vormittag" der Eildienststaatsanwalt telefonisch die Durchsuchung des Arbeitsplatzes und der Wohnung, des Fahrzeugs und der Person des Polizeibeamten wegen Gefahr im Verzug an, da er der Verletzung des Dienstgeheimnisses dringend verdächtig sei und auch eine Vorteilsannahme oder Bestechlichkeit nicht auszuschließen sei (schließlich habe in der Vergangenheit schon einmal ein entsprechender Verdacht gegen ihn bestanden, doch war das damalige Verfahren durch die Staatsanwaltschaft eingestellt worden). Die Durchsuchung des Dienstzimmers des Polizeibeamten erfolgte dann - nach mündlicher Mitteilung des Tatvorwurfs - von 13.00 bis 13.35 Uhr. Anschließend wurde von 14.00 bis 14.20 Uhr seine Wohnung durchsucht, dabei wurden einige Unterlagen beschlagnahmt (die allerdings keine neuen Erkenntnisse brachten).

Auf den sofortigen Widerspruch des Polizeibeamten sowie auf einen entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft hin erfolgte (knapp sieben Wochen später) gemäß § 98 Abs. 2 StPO eine Bestätigung der Durchsuchung und Beschlagnahme durch den Ermittlungsrichter am Amtsgericht, die hiergegen nach § 304 StPO eingelegte Beschwerde des Polizeibeamten - die beschlagnahmten Gegenstände waren nunmehr mangels Beweiserheblichkeit an ihn zurückgegeben worden -, wurde durch das Landgericht entsprechend dem Antrag der Staatsanwaltschaft als unbegründet verworfen, unter anderem mit der Begründung, ob Gefahr im Verzug gegeben sei, liege im "Beurteilungsermessen"³³⁾ der anordnenden Staatsanwaltschaft und dieses sei hier auch nicht fehlerhaft ausgeübt worden. Eine bewußte Ausschaltung des Richters sei hierin nicht zu sehen, zumal absehbar gewesen sei, daß der Beamte Widerspruch erheben und somit eine spätere richterliche Entscheidung herbeiführen werde.

b) Die rechtlichen Erwägungen

Daß jedenfalls die letzte Erwägung einer Gleichsetzung vorbeugenden und nachträglichen Rechtsschutzes bei einer verfassungsrechtlichen Betrachtung kaum Bestand haben konnte, dürfte sich von selbst verstehen. Aber auch die Annahme eines echten Beurteilungsermessens der Staatsanwaltschaft oder ihrer Hilfsbeamten bei der Prüfung des Vorliegens von Gefahr im Verzug (und damit ihrer [Eil-] Zuständigkeit), wurde durch das Bundesverfassungsgericht verworfen. Bisher³⁴⁾ war im Anschluß an eine frühe Entscheidung des Reichsgerichts meist vertreten worden, "die Entscheidung hierüber [stehe] denjenigen Organen zu, die der Staat zur Durchführung notwendiger Maßnahmen in Eilfällen bestellt [habe], und [hänge] so sehr von der Auffassung der konkreten Sachlage unter Berücksichtigung der gesamten, den verschiedensten Richtungen angehörigen Verhältnisse ab, daß nur derjenige, dem die Anordnung »bei Gefahr im Verzuge« anvertraut [sei], ermessen [könne], ob der durch Anrufung des Richters herbeigeführte Zeitverlust das Resultat der Maßregel beeinträchtigen könnte".³⁵⁾ Wenn auch das Bundesverfassungsgericht die besondere (Eil-)Entscheidungssituation der anordnenden Behörde anerkennt, so leitet es daraus aber

³³ Wenn in der strafrechtlichen Literatur und Rechtsprechung hier meist von einem "Ermessen" die Rede ist, so ist dies zumindest "sehr ungenau" (Küper, JZ 1980, 633 [635]), denn hinsichtlich der Eingriffsvoraussetzungen liegt schon begrifflich allenfalls ein *Beurteilungsspielraum* vor, jedenfalls aber kein *Handlungsermessen* (siehe Eser in: Schönke/Schröder, StGB, 26²⁰⁰¹, § 113 Rn. 22 m.w.N.).

³⁴ Anders allerdings der 1. u. 3. Strafsenat des BGH in ihrer Stellungnahme in vorliegendem Verfassungsbeschwerdeverfahren; vgl. *BVerfG*, EuGRZ 2001, 156 (157) - insoweit in der NJW nicht mit abgedruckt.

³⁵ *RGSt* 23, 334; vgl. auch *BGH JZ* 1962, 609 (610), m. abl. Anm. *Baumann* (a.a.O. S. 612).

keinen Beurteilungsspielraum derselben ab, sondern macht den unbestimmten Gesetzesbegriff "Gefahr im Verzug" der vollen richterlichen Überprüfung zugänglich. Damit beendet es zugleich die bisher faktisch gegebene Letztentscheidungskompetenz der Staatsanwaltschaft und ihrer Hilfsbeamten über ihre Zuständigkeit. Dies Ergebnis stützt das Gericht durch eine grammatische, systematische, teleologische sowie historische Auslegung: Zum einen sei auch sonst der Gefahrbegriff im Straf- und Polizeirecht gerichtlich voll überprüfbar³⁶, zum anderen werde so der grundgesetzlichen Grundrechtswertung, Zuständigkeitsverteilung und vorbeugenden Rechtsschutzgewährleistung - auch im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG und vor der historischen Entwicklung des Richtervorbehalts - am wirkungsvollsten Rechnung getragen. Ein Ergebnis, das der Exekutive die Letztentscheidungsbefugnis über die Zuständigkeit des Richters zuweise, sei im Hinblick auf das Schutzgut des Art. 13 Abs. 1 GG - die Unverletzlichkeit (!) der Wohnung - und die in Art. 13 Abs. 2 GG durch den Richtervorbehalt getroffene grundrechtliche Kompetenzverteilung wie auch die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG nicht hinnehmbar. Im einzelnen faßt das Bundesverfassungsgericht die wesentlichen (verfassungs-)rechtlichen Gesichtspunkte des Falls in folgenden Leitsätzen zusammen:

- "1.a) Der Begriff »Gefahr im Verzug« in Art. 13 Abs. 2 GG ist eng auszulegen; die richterliche Anordnung einer Durchsuchung ist die Regel, die nichtrichterliche die Ausnahme.
 - b) »Gefahr im Verzug« muß mit Tatsachen begründet werden, die auf den Einzelfall bezogen sind. Reine Spekulationen, hypothetische Erwägungen oder lediglich auf kriminalistische Alltagserfahrung gestützte, fallunabhängige Vermutungen reichen nicht aus.
2. Gerichte und Strafverfolgungsbehörden haben im Rahmen des Möglichen tatsächliche und rechtliche Vorkehrungen zu treffen, damit die in der Verfassung vorgesehene Regelzuständigkeit des Richters auch in der Masse der Alltagsfälle gewahrt bleibt.
3. a) Auslegung und Anwendung des Begriffs »Gefahr im Verzug« unterliegen einer unbeschränkten gerichtlichen Kontrolle. Die Gerichte sind allerdings gehalten, der besonderen Entscheidungssituation der nichtrichterlichen Organe mit ihren situationsbedingten Grenzen von Erkenntnismöglichkeiten Rechnung zu tragen.
 - b) Eine wirksame gerichtliche Nachprüfung der Annahme von »Gefahr im Verzug« setzt voraus, daß sowohl das Ergebnis als auch die Grundlagen der Entscheidung in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Durchsuchungsmaßnahme in den Ermittlungsakten dargelegt werden."

c) Erste Bewertungen

Auffallend an den Urteilsgründen ist angesichts eines *verfassungsrechtlich* eigentlich kaum überraschenden Ergebnisses³⁷ die gleichwohl recht eingehende Begründung, die sich zudem relativ ausführlich nebenbei³⁸ auch mit praktischen Fragen der Wohnungsdurchsuchung(sanordnung) und den Entscheidungsfolgen befaßt, so daß den Richtern kaum Praxisferne vorgeworfen werden kann³⁹. Hervorzuheben ist ferner, daß die Kritik des Bundesverfassungsgerichts weniger den Strafverfolgungsbehörden, sprich der anordnenden Staatsanwaltschaft bzw. deren Hilfsbeamten, denn der sog. Fachgerichtsbarkeit gilt und sich

³⁶ Näher etwa *Park*, *StraFo* 2001, 159 (160).

³⁷ So auch *Möllers*, *NJW* 2001, 1397 f.

³⁸ Auf deren Einordnung als obiter dicta weist *Bittmann* hin (*NJW* 2001 [H. 33], XXII), der im übrigen - vorbehaltlich näherer rechtstatsächlicher Untersuchungen - wenig Handlungsbedarf bezüglich der Einrichtung eines längeren ermittlungsrichterlichen Bereitschaftsdienstes an den Amtsgerichten sieht.

³⁹ Ebenso *Asbrock*, *StV* 2001, 322 (324).

vor allem mit der ermittelungsrichterlichen Praxis befaßt, die das Gericht offenbar für verbesserungswürdig hält. In diesem Sinne ist denn auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur die Entscheidung vor allem verstanden worden.⁴⁰⁾ Das Urteil wurde hier sogar zu einem "Meilenstein der Rechtsstaatlichkeit" apostrophiert, das gewissermaßen ein "Fanal" darstelle⁴¹⁾, durch die eine Vorgehensweise der Strafverfolgungsbehörden unterbunden werde, die man "ohne Übertreibung als einen mehr als 100 Jahre lang praktizierten Rechtsbruch bezeichnen" könne⁴²⁾, und zudem als ein weiterer - nämlich dritter - "Paukenschlag" bezeichnet, mit dem das Bundesverfassungsgericht seit 1997 "grundlegende Veränderungen bei Wohnungsdurchsuchungen qua Verfassungsauslegung herbeigeführt" habe⁴³⁾. Die Entscheidung erregte aber auch sonst Aufmerksamkeit, unter anderem gerade bei den Beamten des Polizeivollzugsdienstes. So bezeichnete der Vorsitzende der Gewerkschaft der Polizei in einer ersten Stellungnahme das Urteil als "lebensfremd" und die dadurch zukünftig bewirkte Vergrößerung des Aufwands für die Strafverfolgung als "unnötig"⁴⁴⁾ (ähnliche Bewertungen aus der Praxis hatten übrigens schon früher dem Richtervorbehalt gegolten⁴⁵⁾ und haben insofern Tradition).

Es ist daher angebracht, sich nun (unten 5.) näher mit den praktischen Auswirkungen und rechtlichen Folgen der Entscheidung zu befassen, bevor abschließend (unten 6.) noch kurz die Übertragbarkeit der gefundenen Ergebnisse auf andere Zwangsmaßnahmen untersucht sei, bei denen die Strafprozeßordnung den Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft ebenfalls bei Gefahr im Verzug eine sekundäre Zuständigkeit einräumt. Zuvor sei aber noch kurz die Entstehungsgeschichte des Richtervorbehalts aufgezeigt, die erhellt, warum das Bundesverfassungsgericht - nicht zuletzt angesichts der eingangs erwähnten, dem rechtlichen Regelungsmodell klar widersprechenden Rechtspraxis - kaum anders entscheiden konnte und die Rechtsprechungsänderung insofern "notwendig" war⁴⁶⁾.

d) Der rechtshistorische Hintergrund

Das Grundgesetz mißt der Wohnung als elementarem Lebensraum, in dem der einzelne seine Persönlichkeit frei entfalten kann, herausragende Bedeutung zu und anerkennt ein Recht des einzelnen, dort in Ruhe gelassen zu werden.⁴⁷⁾ Es steht damit in der Tradition des Liberalismus⁴⁸⁾ und frühen deutschen Konstitutionalismus, nach der das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung einen festen Bestandteil der deutschen Verfassungen⁴⁹⁾ seit der Mitte des 19. Jahrhunderts darstellt.⁵⁰⁾ Regelmäßig waren staatliche Ein

⁴⁰⁾ Vgl. *Amelung*, NStZ 2001, 337 (339 f.); *Asbrock*, StV 2001, 322 (324); *Einmahl*, NJW 2001, 1393; *Rabe von Kühlewein*, StraFo 2001, 193 (194 f.); *Sendler*, NJW 2001, 1256 (1257).

⁴¹⁾ So *Park*, StraFo 2001, 159.

⁴²⁾ So *Amelung*, NStZ 2001, 337.

⁴³⁾ So *Rabe von Kühlewein*, StraFo 2001, 193.

⁴⁴⁾ *Freiberg* in: *Der Spiegel*, H. 9/2001 v. 24.2.2001, S. 19, zitiert nach *Park*, StraFo 2001, 159 (160). Aus der Praxis berichtet *Asbrock* (StV 2001, 322 [324 Fn. 15]) von vermehrten telefonischen Rückfragen der "Hilfsbeamten" bei der Staatsanwaltschaft oder auch dem Ermittlungsrichter. Es bleibt abzuwarten, ob die von *Asbrock* genannten neuen empirischen Untersuchungen (a.a.O. S. 323 Fn. 8) bereits Daten über die Auswirkungen der neuen Rechtsprechung liefern.

⁴⁵⁾ Siehe dazu etwa *Rabe von Kühlewein*, StraFo 2001, 193 (194).

⁴⁶⁾ Vgl. hierzu auch *Park* (StraFo 2001, 159 [160]), der meint, Defizite im Rechtsstaats- und Grundrechtsverständnis der Ermittlungsbeamten feststellen zu können.

⁴⁷⁾ Vgl. *BVerfG*, NJW 2001, 1121 (1122) m.w.N.

⁴⁸⁾ *Anschütz* (Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, ⁶1927, Art. 115 Anm. 1) bezeichnet die entsprechende Regelung der sog. Weimarer Reichsverfassung als "altliberales Gedankengut".

⁴⁹⁾ Siehe etwa § 140 der sog. Frankfurter Reichs- oder Paulskirchenverfassung vom 28. März 1849 (abgedruckt bei *Huber*, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Bd. 1, ³1978, Nr. 108 [S. 375 ff.]), deren Grundrechtsteil bereits durch das *Reichsgesetz betreffend die Grundrechte des deutschen Volkes* vom 27. Dezember 1848 mit Einführungsgesetz vom gleichen Tag "im ganzen Umfange des deutschen Reichs" in Kraft gesetzt worden war und erst durch einen Bundes-

griffe in dies Grundrecht an besondere Voraussetzungen gebunden, wozu etwa gehörte, daß die Anordnung der Durchsuchung der Wohnung - ebenso wie die einer Verhaftung oder der Beschlagnahme von Briefen und Papieren⁵¹⁾ - dem Richter vorbehalten bleiben sollte und nur ausnahmsweise, bei Gefahr im Verzug, durch andere Strafverfolgungsorgane - insbesondere die Polizei - angeordnet werden durfte. Der (Straf-) Richter, der erst im Zuge des Liberalismus seine mit dem Absolutismus verlorengegangene richterliche Unabhängigkeit wieder erworben hatte⁵²⁾, wurde nun kraft dieser als ein Garant der bürgerlichen Freiheiten vor etwaiger staatlicher, vor allem polizeilicher Willkür⁵³⁾ angesehen und sollte das bei Zwangs-, hier: Durchsuchungsmaßnahmen - nicht zuletzt wegen des unvermeidbaren Überraschungseffekts oder deren Heimlichkeit - fehlende rechtliche Gehör des Betroffenen (sowie angesichts - zumindest früher - faktisch eingeschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten) durch die richterliche Präventivkontrolle "ersetzen"⁵⁴⁾. Etwa zeitgleich erfolgte damals der Übergang von dem inquisitorisch geprägten sog. "gemeinen deutschen Strafprozeß" zu dem - durch die Gedanken der Aufklärung vorbereiteten und maßgeblich durch die Napoleonische Gesetzgebung beeinflussten - modernen "reformierten Strafprozeß" in einzelnen deutschen Staaten und schließlich mit der (heute noch geltenden) Reichsstrafprozeßordnung vom 1. Februar 1877 im gesamten Deutschen Reich.⁵⁵⁾ Diese übernahm den Richtervorbehalt als eine besondere rechtsstaatliche Verfahrensgarantie und überließ die präventive Kontrolle des Freiheitseingriffs insoweit nicht der als eigenständiger Anklage- und Strafverfolgungsbehörde neu geschaffenen, im Gegensatz zum Richter aber weisungsabhängigen und nach §§ 160 Abs. 1, 2; 163 Abs. 1 StPO zur Erforschung des Sachverhalts verpflichteten Staatsanwaltschaft, obwohl diese als "Herrin des Ermittlungsverfahrens"⁵⁶⁾ wohl sachnäher entscheiden könnte⁵⁷⁾ und den kraft des "Rechts des ersten Zugriffs"⁵⁸⁾ ermittelnden Beamten des Polizeivollzugsdienstes auch Weisungen erteilen kann. Nicht zuletzt infolge der Erfahrungen mit der nationalsozialistischen Rechtsperversion ist es auch unter dem Grundgesetz dabei geblieben, daß der nunmehr - anders als

beschluß vom 23. August 1851 aufgehoben wurde; ausgeführt wurde die Verfassung insoweit durch das *Gesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit* vom 24. September 1848 (!) (abgedruckt bei *Huber*, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1, ³1978, Nr. 167 [S. 464 ff.], siehe dort §§ 6 f.). Siehe ferner Art. 6 der sog. oktroyierten preußischen Verfassung vom 5. Dezember 1848 (abgedruckt bei *Huber*, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1, ³1978, Nr. 188 [S. 484 ff.]) bzw. Art. 6 der sog. revidierten preußischen Verfassung vom 31. Januar 1851 (abgedruckt bei *Huber*, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1, ³1978, Nr. 194 [S. 501 ff.]), die beide durch das preußische *Gesetz zum Schutze der persönlichen Freiheit* vom 12. Februar 1850 näher ausgeführt wurden (abgedruckt bei *Huber*, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1, ³1978, Nr. 196 [S. 517 ff.], siehe dort §§ 7 ff.), das erst mit Inkrafttreten der Reichsstrafprozeßordnung weitgehend seine Geltung verlor, aber diese auch mit beeinflusste.

⁵⁰ Zur historischen Bedeutung siehe etwa *Kunig* in: v. *Münch/Kunig*, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, ⁴1992, Art. 13 Rn. 2.

⁵¹ Vgl. hierzu §§ 138, 141 der Frankfurter Reichs- oder Paulkirchenverfassung vom 28.3.1849 sowie des näheren die vorstehend genannten "Gesetze zum Schutz der persönlichen Freiheit".

⁵² Siehe dazu etwa *E. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, ³1964, §§ 295, 296 (S. 339 ff.), sowie *Küper*, Die Richteridee der Strafprozeßordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, Diss. Münster 1967.

⁵³ Damals entwickelte sich daher auch der strafrechtliche Schutz gegen Grundrechtseingriffe (vgl. etwa die Amtsdelikte); siehe dazu *Amelung*, ZRP 1991, 143, dort auch zum Richtervorbehalt und den Eilfällen als "dessen Achillesferse" (S. 146).

⁵⁴ Vgl. *Asbrock*, ZRP 1998, 17; *Geppert*, DRiZ 1990, 405 (406).

⁵⁵ Siehe hierzu die knappe Darstellung bei *Roxin*, Strafverfahrensrecht, ²³1993, § 69 Rn. 10 ff., § 70 Rn. 7 f.

⁵⁶ *Beulke*, Strafprozeßrecht, ⁵2001, Rn. 79.

⁵⁷ Hierauf verweist *Lilie*, ZStW 111 (1999), 807 (813, 817 ff.), der letztlich für eine Neuausgestaltung des (vorbeugenden) Rechtsschutzsystems eintritt, nämlich einen generellen präventiven Staatsanwaltschaftsvorbehalt mit nachträglicher richterlicher Kontrolle und der Rechtsfolge der Nichtverwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel; gegen derartige (neuere) Bestrebungen zur Abschaffung des präventiven Richtervorbehalts etwa *Hilger*, JR 1990, 485; *Geppert*, DRiZ 1992, 405.

⁵⁸ *Beulke*, Strafprozeßrecht, ⁵2001, Rn. 106.

in der sog. Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919⁵⁹⁾ - sogar unmittelbar in der Verfassung in Art. 13 Abs. 2 GG verankerte Richtervorbehalt als eine wesentliche verfahrensmäßige Garantie zum Schutz der räumlichen Privatsphäre angesehen wird. Indem er "auf eine vorbeugende Kontrolle der Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz" zielt, gewährleiste er - so das Bundesverfassungsgericht - am "besten und sichersten" die "Rechte des Betroffenen im Einzelfall", wobei der auf Antrag der Staatsanwaltschaft (oder ihrer Hilfsbeamten) tätig werdende Richter als unbeteiligter Dritter aufträte, der bei der Antragsprüfung für eine "gebührende Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten" Sorge.⁶⁰⁾

5. Die Auswirkungen für die Praxis der (Wohnungs-)Durchsuchung

Zu diesen Interessen zählt auch die verfassungsrechtliche Gewährleistung einer wirksamen Strafverfolgung, die - wie eingangs bereits erwähnt - mit der individuellen Freiheitsgewährleistung des Art. 13 GG in einem Spannungsverhältnis steht, das nicht nur auf der allgemeinen Gesetzesebene, sondern vor allem im Einzelfall einer sachgerechten Lösung zuzuführen ist. Wie dies in der polizeilichen, aber auch richterlichen Praxis geschehen soll, und was die Bundesverfassungsgerichtsentscheidung für diese bedeutet, ist nun aufzuzeigen.

a) Die Maßstäbe nachträglicher gerichtlicher Überprüfung

Nach dem Bundesverfassungsgericht soll praktischen Belangen auch dadurch Rechnung getragen werden, daß im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung des Vorliegens von "Gefahr im Verzug" der besonderen (Eil-)Entscheidungssituation der anordnenden Beamten Rechnung zu tragen ist, indem der Richter "diese zur Kenntnis nimmt und [verarbeitet]." Insbesondere darf nicht die "ohne zeitlichen Druck und unter Berücksichtigung der weiteren Entwicklung gewonnene nachträgliche Einschätzung der Lage an die Stelle der Einschätzung der handelnden Beamten" gesetzt werden, "vielmehr muß das konkrete Handlungsfeld der Beamten, das der Richter gegebenenfalls aufzuklären hat, Ausgangspunkt" der richterlichen Überprüfung sein.⁶¹⁾ "Er muß darauf Bedacht nehmen, unter welchen Bedingungen die Beamten über eine Durchsuchung ... entschieden haben und welcher zeitliche Rahmen ihnen gesteckt war. Er hat zu berücksichtigen, wie groß der Beurteilungs- und Handlungsdruck war oder ob ausreichend Zeit für Rücksprachen mit Kollegen und Vorgesetzten sowie zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft bestand. Er muß ferner die situationsbedingten Grenzen von Erkenntnismöglichkeiten in Rechnung stellen, deren mögliche Unvollständigkeit und vorläufige Natur."⁶²⁾ Maßgebend ist also neben der damaligen, dem handelnden Beamten aufgrund der bisherigen Ermittlungen verfügbaren und bekannten Tatsachengrundlage auch die damalige Entscheidungssituation hinsichtlich der Verfügbarkeit und noch bzw. nicht mehr rechtzeitigen Erreichbarkeit einer ermittelungsrichterlichen Anordnung. Was letzteres anbelangt, hat das Bundesverfassungsgericht der Strafjustiz, wie bereits erwähnt, deutliche Hinweise gegeben, daß und wie für die bessere Erreichbarkeit der

⁵⁹⁾ Dort lautete Art. 115 (abgedruckt bei *Huber*, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 4,³1992, Nr. 157 [S. 151 ff.]): "Die Wohnung jedes Deutschen ist für ihn eine Freistätte und unverletzlich. Ausnahmen sind nur auf Grund von Gesetzen zulässig."

⁶⁰⁾ Vgl. *BVerfG*, NJW 2001, 1121 (1122).

⁶¹⁾ *BVerfG*, NJW 2001, 1121 (1124).

⁶²⁾ *BVerfG*, NJW 2001, 1121 (1124).

gesetzlich zuständigen Ermittlungsrichter Sorge zu tragen ist, so etwa durch die Einrichtung eines (erweiterten) Bereitschaftsdienstes.⁶³⁾

b) Die Voraussetzungen einer Anordnung bei Gefahr im Verzug

Doch wenden wir uns konkret der Eilentscheidungssituation zu: Aufgrund seiner Tatsachenkenntnis und kriminalistischen Erfahrung gelangt der mit dem Fall befaßte Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft zu der Annahme (= Vermutung eines Durchsuchungserfolgs), bei dem hinreichend Verdächtigen (= bestehender [Anfangs-]Verdacht) seien durch eine Durchsuchung seiner Wohnung oder anderer Räume bzw. seiner Sachen oder auch seiner Person zur weiteren Aufklärung des Tatvorwurfs sachdienliche Spuren bzw. Be- oder auch Entlastungsbeweise zu erlangen bzw. vorhandene Spuren oder Beweismittel zu sichern (so bei der Ermittlungsdurchsuchung) oder es könne dort zu der Ergreifung des Verdächtigen kommen (so bei der Ergreifungsdurchsuchung). Da ihm die Angelegenheit eilbedürftig erscheint, prüft er sodann, ob Gefahr im Verzug gegeben ist, so daß er selbst die Durchsuchung anordnen kann (und wohl auch muß, um sich nicht selbst etwa dem Verdacht der Begünstigung oder der Strafvereitelung im Amt nach §§ 257, 258a StGB auszusetzen). *Gefahr im Verzug* ist nach der gängigen Definition dann anzunehmen, "wenn die vorherige Einholung der richterlichen Anordnung den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde"⁶⁴⁾ und betrifft hierbei nur die Gefährdung des Durchsuchungszwecks "durch die zeitliche Verzögerung, welche die Anrufung des Richters mit sich bringen würde"⁶⁵⁾. Dabei erinnert sich unser Polizeibeamte, daß nach der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung diese Voraussetzungen "eng" zu verstehen sind:

- Insbesondere sind "reine Spekulationen, hypothetische Erwägungen oder lediglich auf kriminalistische Alltagserfahrung gestützte, fallunabhängige Vermutungen als Grundlage einer Annahme von Gefahr im Verzug nicht hinreichend. Gefahr im Verzug muß mit Tatsachen begründet werden, die auf den Einzelfall bezogen sind. Die bloße Möglichkeit eines Beweismittelverlusts genügt nicht".⁶⁶⁾
- Da er keineswegs die tatsächlichen Voraussetzungen selbst herbeigeführt hat, indem er etwa so lange zugewartet hat, bis die Gefahr eines Beweismittelverlusts tatsächlich eingetreten ist, um dann - etwa bei zweifelhafter Sachlage⁶⁷⁾ - selbst entscheiden zu können, liegt auch keine rechtsmißbräuchliche Annahme der eigenen Zuständigkeit vor, die unter Umständen sogar die so erlangten Beweismittel in einem späteren Strafverfahren unverwertbar machte (dazu unten). Denn er weiß, daß sein an sich durchaus gegebener "Spielraum"⁶⁸⁾, das Ermittlungsverfahren nach kriminalistischen und taktischen Erwägungen frei zu gestalten", hier durch den Richtervorbehalt beschränkt ist.⁶⁹⁾ Denn wenn solch ein Zeitraum des Zuwartens eröffnet ist, etwa um den Überraschungsvorteil zu nutzen, dann kann und muß diese Zeitspanne zum Beantragen einer richterlichen Entscheidung genutzt werden. So wird unser Polizeibeamte

⁶³ Siehe BVerfG, NJW 2001, 1121 (1122). Zur praktischen Umsetzung etwa *Einmahl*, NJW 2001, 1393; kritisch dazu *Bittmann*, NJW 2001 (H. 33), S. XXII.

⁶⁴ BVerfG, NJW 2001, 1121 (1123).

⁶⁵ AG *Offenbach*, StV 1993, 406 (407), bestätigt durch LG *Darmstadt*, StV 1993, 573.

⁶⁶ BVerfG, NJW 2001, 1121 (1123).

⁶⁷ Entsprechende frühere Praktiken prangert *Park* (StraFo 2001, 159) an, wenn er ausführt, in Fällen, in denen die Tatsachengrundlage "dünn" war, "also der Erlaß eines richterlichen Durchsuchungsbeschlusses nicht gesichert schien, erweckten die Ermittler, insbesondere Polizeibeamte, mitunter den Anschein, die richterliche Zuständigkeit bewußt unterlaufen zu wollen getreu dem Motto: Wir durchsuchen erst einmal, dabei werden wir schon etwas Belastendes finden, und wenn wir dieses dem Richter anschließend präsentieren, wird er unsere nichtrichterliche Durchsuchungs- und Beschlagnahmeordnung schon bestätigen".

⁶⁸ Siehe dazu *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, StPO, 45.2001, § 161 Rn. 7 f., § 163 Rn. 47.

⁶⁹ BVerfG, NJW 2001, 1121 (1123).

bei zweifelhafter Ermittlungslage, in der etwa noch ausstehende andere Ermittlungsergebnisse abzuwarten sind⁷⁰⁾, die den gegebenen Tatverdacht entkräften oder stützen können, im letzten Fall aber umgehendes Handeln erfordern, sich vorsorglich zwecks Erwirkens eines Durchsuchungs- (und regelmäßig zugleich Beschlagnahme-)Beschlusses, gegebenenfalls nach Rücksprache mit oder über den zuständigen Staatsanwalt, an den zuständigen Ermittlungsrichter gewandt haben. Denn eine gewisse "Vorratshaltung" läßt das Gesetz zu⁷¹⁾, zumal der Ermittlungsrichter mit der Anordnung nicht nur die Art und Weise regeln, sondern auch weitere Durchführungsvoraussetzungen benennen kann.

So hätte auch in dem Ausgangsfall der verfassungsgerichtlichen Entscheidung bereits nach der richterlichen Zeugenvernehmung ein vorsorglicher Durchsuchungsantrag gestellt bzw. mit dem Ermittlungsrichter das weitere Vorgehen abgesprochen werden können.

- Läßt die (Eil-)Entscheidungssituation dies - wie wohl häufig⁷²⁾ - noch zu, so wird der Beamte versuchen, den zuständigen Ermittlungsrichter zumindest telegrafisch oder fermündlich zu erreichen - dessen Anruf geht gegebenenfalls auch der an sich gebotenen Rückfrage bei der Staatsanwaltschaft vor -, um so seinerseits eine mündliche oder telegrafische Entscheidung zu erhalten. Insofern muß die richterliche Anordnung ausnahmsweise keine schriftliche sein, wenn auch das schriftliche Verfahren den Regelfall darstellen sollte. Dies schon deshalb, damit der Ermittlungsrichter wirklich eine "eigenverantwortliche"⁷³⁾ Entscheidung treffen kann, wie dies das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich verlangt (und für die übrigens auch das bloße routinemäßige Abzeichnen eines vorformulierten Entwurfs kaum ausreicht). Denn beim mündlichen Verfahren ist die Entscheidungsgrundlage doch eine eingeschränkte gegenüber dem schriftlichen Verfahren mit seinen umfassenden Überprüfungsmöglichkeiten anhand der Ermittlungsakten, einmal ganz abgesehen von den bei einer knappen mündlichen Sachverhaltsschilderung gegebenen größeren Möglichkeiten maßgeblicher Beeinflussung des Prüfungsergebnisses.⁷⁴⁾
- Stellt sich die Lage als eine echte Ausnahmesituation dar, in welcher "schon die zeitliche Verzögerung wegen eines solchen Versuchs den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde", kann er "selbst die Anordnung wegen Gefahr im Verzug treffen, ohne sich zuvor um eine richterliche Entscheidung bemüht zu haben"⁷⁵⁾. Dabei kann "die Annahme von Gefahr im Verzug ... nicht allein mit dem abstrakten Hinweis begründet werden, eine richterliche Entscheidung sei gewöhnlicherweise zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb einer bestimmten Zeitspanne nicht zu erlangen"⁷⁶⁾. Im übrigen auch deshalb nicht, weil die Gerichte mittlerweile ihrer "verfassungsrechtliche[n] Verpflichtung, die Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters, auch durch die Einrichtung eines Eil- oder Notdienstes, zu sichern"⁷⁷⁾ nachgekommen sein werden.

Übrigens war in dem Ausgangsfall der verfassungsgerichtlichen Entscheidung nach den Erfahrungen vom Vortag - ungeachtet der Mittagspause - binnen einer guten Stunde durchaus mit einer noch rechtzeitigen Entscheidung des Ermittlungsrichters zu rechnen.

⁷⁰⁾ Ebenso wäre es, wenn die Auffindevermutung noch abgesichert werden soll.

⁷¹⁾ Ebenso *Rabe von Kühlewein*, StraFo 2001, 193 (194).

⁷²⁾ Ebenso *Asbrock*, StV 2001, 322 (323).

⁷³⁾ *BVerfG*, NJW 2001, 1121 (1122).

⁷⁴⁾ Ebenso *Einmahl*, NJW 2001, 1393 (1394, 1396).

⁷⁵⁾ *BVerfG*, NJW 2001, 1121 (1123).

⁷⁶⁾ *BVerfG*, NJW 2001, 1121 (1123).

⁷⁷⁾ *BVerfG*, NJW 2001, 1121 (1123).

c) Die Dokumentationspflicht

Bei eigener Anordnung der Wohnungsdurchsuchung versäumt unser Beamte nicht, sofern dies ihm nicht sogar noch vor der Durchsuchung möglich war, seiner Dokumentations- und Begründungspflicht zu genügen: Das heißt, er wird "seine für den Eingriff bedeutsamen Erkenntnisse und Annahmen in den Ermittlungsakten [dokumentieren]. Insbesondere muß er,

- unter Bezeichnung des Tatverdachts und der gesuchten Beweismittel, die Umstände darlegen, auf die er die Gefahr des Beweismittelverlusts [stützte]. Allgemeine Formulierungen, die etwa bloß die juristische Definition von »Gefahr im Verzug« wiedergeben, reichen nicht aus⁷⁸⁾, um der Darlegungspflicht der gesetzlichen Voraussetzungen der Durchsuchung nach §§ 102 ff. StPO zu genügen.
- Um das Gericht über die konkrete Sachlage zum Zeitpunkt der Eilentscheidung des handelnden Beamten zu informieren, muß zudem erkennbar sein,
 - "ob versucht wurde, den Ermittlungsrichter zu erreichen" bzw.
 - "warum eine richterliche Anordnung zu spät gekommen wäre, und warum von dem Versuch abgesehen wurde, eine richterliche Entscheidung zu erlangen".⁷⁹⁾

Das Bundesverfassungsgericht sieht in der Dokumentationspflicht, vor allem soweit sie vor der Durchführung erfolgt, die Möglichkeit einer selbständigen und gewissenhaften Rechtmäßigkeitskontrolle. Wenn es dazu ausführt, die Dokumentations- und Begründungspflicht diene (auch) dazu, "daß sich der anordnende Beamte in besonderem Maße der Rechtmäßigkeit seines Handelns vergewissert und daß er überdies im Falle einer Nachprüfung dieses Handelns auf dokumentierte Tatsachen wird verweisen können, die sein Handeln erklären"⁸⁰⁾, dann bedeutet dies selbstredend keine Aufforderung zu einer "manipulierten" umfassenden rechtlichen "Absicherung", sei es auf der Grundlage der erst durch die Durchsuchung gewonnenen Tatsachengrundlage oder hinsichtlich einer erweiterten Rechtfertigung der gebotenen Eile oder Nicht-mehr-Erreichbarkeit des zuständigen Ermittlungsrichters. Denn auch das Bundesverfassungsgericht hat nicht verkannt, daß die nachträgliche oder gar verspätete Dokumentation die "Gefahr von Ungenauigkeiten oder gar Umgehungen"⁸¹⁾ mit sich bringt.

Sicher wird die höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Ganzen weitere Kriterien entwickeln. Da die Dokumentation die maßgebliche Tatsachengrundlage für eine spätere richterliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Zwangsmaßnahme - und damit des polizeilichen Handelns - abgibt, liegt es im selbstverständlichen Interesse der Beamten⁸²⁾, hier mit besonderer Gewissenhaftigkeit und Umsicht ebenso sorgfältig wie zutreffend zu dokumentieren. Denn der Richter hat "die von den Strafverfolgungsbehörden getroffene Einschätzung der konkreten Situation nachzuvollziehen. Beruht diese Einschätzung auf den einschlägigen Tatsachen und ist sie nach der Sachlage, wie sie sich den handelnden Amtsträgern darstellte, naheliegend oder jedenfalls plausibel, so darf der Richter sie bei seiner Entscheidung als zutreffend zugrunde legen, wenn nicht konkrete Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, daß die getroffene Einschätzung mit der eines sachkundigen und pflichtgemäß handelnden Strafverfolgungsbeamten nicht in Einklang zu bringen ist."⁸³⁾

⁷⁸⁾ BVerfG, NJW 2001, 1121 (1124).

⁷⁹⁾ BVerfG, NJW 2001, 1121 (1124).

⁸⁰⁾ BVerfG, NJW 2001, 1121 (1124).

⁸¹⁾ BVerfG, NJW 2001, 1121 (1124).

⁸²⁾ Ebenso Asbrock, StV 2001, 322 (324).

⁸³⁾ BVerfG, NJW 2001, 1121 (1124).

d) Die Folgen eines "Rechtsmißbrauchs"

Gelangt das Gericht bei seiner - nunmehr uneingeschränkten - Überprüfung aufgrund seiner objektiv nachträglichen Prognoseentscheidung zu dem Ergebnis, daß keine "Gefahr im Verzug" gegeben war, so muß es die (formale) Rechtswidrigkeit der Zwangsmaßnahme infolge Unzuständigkeit des die Durchsichtung anordnenden Beamten feststellen.

Dabei stellt sich dann weiter die Frage, ob die durch die Durchsichtung gewonnenen Beweismittel einem *Verwertungsverbot* in dem Hauptverfahren unterfallen. Diese Frage hat das Bundesverfassungsgericht nicht behandelt, doch dürfte insoweit folgendes gelten: Schon nach der bisher ganz herrschenden Meinung ist ein Verwertungsverbot jedenfalls dann anzunehmen, wenn ein bewußter oder systematischer Verstoß gegen Art. 13 Abs. 2 GG (= § 105 Abs. 1 StPO) oder sonst objektiv willkürliches Handeln gegeben ist⁸⁴⁾ (was nunmehr bei rechtswidriger Annahme von Gefahr im Verzug womöglich eher als nach der früheren Praxis zu bejahen sein wird). In den übrigen Fällen, gerade auch bei irriger Annahme von Gefahr in Verzug durch den anordnenden Beamten, stellt sich die Frage, ob und wann darüber hinaus - weniger zwecks "Disziplinierung", denn vor allem im Hinblick auf die Justizförmigkeit des Verfahrens und dessen individualschützende Bedeutung - ein Verwertungsverbot hinsichtlich der so erlangten Beweismittel angebracht ist, etwa wenn der rechtswidrige Eingriff sich als solcher oder aber im konkreten Fall als ein besonders schwerwiegender, ernsthafter darstellt und insoweit das Interesse der Allgemeinheit an einer Strafverfolgung zurücktreten läßt, nicht zuletzt weil der Staat durch den Rechtsbruch seine Legitimation zum Strafen verloren hat.⁸⁵⁾ Nach der - nicht unumstrittenen⁸⁶⁾ - Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs soll darauf abzustellen sein, ob "dem Erlaß einer [richterlichen] Durchsuchungsanordnung rechtliche Hindernisse nicht entgegengestanden hätten und die tatsächlich sichergestellten Gegenstände als solche der Verwertung als Beweismittel rechtlich zugänglich waren"⁸⁷⁾. Solch eine Betrachtung unter dem Gesichtspunkt des "hypothetischen (rechtmäßigen) Ersatzeingriffs" wird jedoch in der Literatur im Hinblick auf die (verfassungsrechtliche) Bedeutung des präventiven richterlichen Rechtsschutzes kritisiert.⁸⁸⁾ Dabei wird teilweise - ganz zu Recht - verlangt, daß nicht nur *abstrakt* die hypothetische Erlangbarkeit einer richterlichen Anordnung geprüft wird⁸⁹⁾, sondern eine *konkrete* Betrachtung erfolgt, wobei eine für die richterliche Überzeugungsbildung hinreichende (nämlich "an Sicherheit grenzende"⁹⁰⁾) Wahrscheinlichkeit für die hypothetische Ersatzanordnung gefordert wird⁹¹⁾. Ob vorliegend, also bei prinzipiell gegebener (Ersatz-) Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft und ihrer Hilfsbeamten⁹²⁾, im Wege einer Abwägung (bei fehlenden weiteren, für eine Sanktionierung des Verfahrensverstößes sprechenden Umständen) eine Verwertbarkeit der rechtswidrig erlangten Beweismittel (eher) anzunehmen⁹³⁾ oder unter dem Gesichtspunkt des Schutz-

⁸⁴⁾ Vgl. *BVerfG*, NJW 1999, 273 (274); *Asbrock*, StV 2001, 322 (324); *Einmahl*, NJW 2001, 1393 (1396), beide m.w.N.

⁸⁵⁾ Vgl. *Amelung*, NStZ 2001, 337 (342).

⁸⁶⁾ Zur Kritik siehe etwa *Roxin*, NStZ 1989, 376 (378); *Fezer*, StV 1990, 290 (293 f.); *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657.

⁸⁷⁾ *BGH*, NJW 1989, 1741 (1744) - Fall Weimar; insoweit nicht abgedruckt in *BGHSt* 36, 119; zustimmend *Nack* in: *KK-StPO*, ⁴1999, § 105 Rn. 21 f. Befremdlicherweise verzichten der Senat und *Nack* auf eine nähere Begründung oder gar Auseinandersetzung mit der Literatur oder bisherigen (eigenen) Rechtsprechung zur Frage eines Beweisverwertungsverbots.

⁸⁸⁾ Vgl. etwa *Fezer*, StV 1989, 290 (294) m.w.N.

⁸⁹⁾ So der Ansatz des BGH im Fall Weimar (*BGH*, NJW 1989, 1741 [1744]).

⁹⁰⁾ So *Roxin*, NStZ 1989, 376 (379).

⁹¹⁾ Eingehend *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657 (670 f.) m.w.N.

⁹²⁾ Ist die Anordnung bzw. Durchführung der Zwangsmaßnahme dem Richter oder der Staatsanwaltschaft vorbehalten, so scheidet nach allgemeiner Ansicht ein Abstellen auf den hypothetischen Ermittlungsverlauf allerdings aus; vgl. *BGHSt* 31, 304 (306 ff.); *Roxin*, NStZ 1989, 376 (379).

⁹³⁾ So *Roxin*, NStZ 1989, 376 (379). Generell gegen ein Verwertungsverbot bei irrümlicher Annahme von Gefahr im Verzug *Nack* in: *KK-StPO*, ⁴1999, § 105 Rn. 22.

zwecks der einschlägigen strafverfahrensrechtlichen Regelung (eher) zu verneinen ist⁹⁴), ist noch ebenso ungeklärt wie die allgemeine Problematik eines Beweisverwertungsverbots bei rechtswidrigem Vorgehen von Ermittlungsorganen⁹⁵). Es wird abzuwarten sein, ob die bisher hinsichtlich eines Beweisverwertungsverbots zurückhaltende Rechtsprechung sich aufrechterhalten läßt oder die Gerichte nunmehr abweichende Beurteilungskriterien der Literatur aufgreifen. Auch im Hinblick auf die Verwertbarkeit der zu gewinnenden Beweismittel ist daher dem handelnden Beamten anzuraten, soweit möglich eine richterliche Durchsuchungsanordnung einzuholen.

Weiterhin ist noch auf eine materiellrechtliche Folgewirkung hinzuweisen: Wenn bisher im Rahmen des sog. *strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs* - der etwa beim Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, § 113 StGB, für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Diensthandlung herangezogen wird - darauf abgestellt wurde, ob "ein unbestimmter Gesetzesbegriff zu beurteilen oder dem Amtsträger ein Ermessen eingeräumt ist" und insoweit das "verantwortungsbewußte Bemühen um Wahrung des Beurteilungs- oder Ermessensspielraums" für die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung als ausreichend erachtet wurde⁹⁶), so paßt dieser strafrechtliche Rechtmäßigkeitsbegriff kaum (mehr) für jene Fälle, bei denen das Vorliegen von Gefahr im Verzug über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Zwangsmaßnahme entscheidet. Dies zum einen, da gerade kein Beurteilungsspielraum oder gar Ermessen (mehr) besteht, und zum anderen weil der (angesichts der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und dortigen Vorgaben einer "engen" Handhabung nunmehr keineswegs mehr so) unbestimmte Gesetzesbegriff "Gefahr im Verzug" auch im Hinblick auf die hierbei anzustellende Prognoseentscheidung keinerlei Entscheidungsspielräume eröffnet: Entweder es lag Gefahr im Verzug vor und der anordnende Beamte war damit sachlich zuständig, oder eben nicht - und die sachliche Zuständigkeit zählt allgemein zu den Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit einer Diensthandlung, auch im Strafrecht⁹⁷). Nach allem erscheint *jenseits* der - gerichtlich voll überprüfbaren, objektiv nachträglichen - Gefahrprognose die Erweiterung des Bereichs strafrechtlich rechtmäßigen Handelns durch das Einräumen eines sog. "Irrtumsprivilegs"⁹⁸) des Beamten unangebracht.⁹⁹) Im übrigen ist zu fragen, ob künftig - bei gegebener Umsetzung der verfassungsgerichtlichen Vorgaben im Falle einer fehlerhaften Prognoseentscheidung diese überhaupt noch als das Ergebnis einer verantwortungsbewußten, sprich: pflichtgemäßen Prüfung der eigenen (Eil-)Zuständigkeit denkbar ist. Neben die bisherigen "Ausnahmefälle" rechtswidrigen Handelns - nämlich bei Sorgfaltsmängeln bei der Abwägung, bei Willkür oder

⁹⁴ So *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657 (671 ff.), der (schon) mangels hinreichend eindeutiger Prognostizierbarkeit bei einer Richterentscheidung eine hypothetische Betrachtung für ausgeschlossen hält. Im Ergebnis ähnlich *Schäfer*, Die Praxis des Strafverfahrens, ⁶2000, Rn. 1238. Siehe aber auch *Fezer*, StV 1989, 290 (294 f.), der - trotz gleichen Ansatzes - vom Schutzzweck her bei einem bloßen Verstoß gegen die Zuständigkeitsregelung des § 105 Abs. 1 StPO noch kein Verwertungsverbot annehmen will.

⁹⁵ Dazu etwa *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657; *ders.*, Strafprozeßrecht, ⁵2001, Rn. 454 ff.

⁹⁶ *Lackner/Kühl*, StGB, ²³1999, § 113 Rn. 10; vgl. auch *Küper*, Strafrecht Besonderer Teil, ⁴2000, Stichwort "Vollstreckungshandlung, Rechtmäßigkeit", S. 397 (dort auch S. 399 f. zur Kritik). Kritisch zum strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff etwa *Horn* in: SK-StGB⁶, § 113 Rn. 9 ff; *Amelung*, ZRP 1991, 143 (144 f.).

⁹⁷ Vgl. etwa *Lackner/Kühl*, StGB, ²³1999, § 113 Rn. 8.

⁹⁸ Hervorzuheben ist, daß ein etwaiges Irrtumsprivileg, wie es nach wohl (noch) herrschender Meinung dem handelnden Beamten über die Figur des strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs eingeräumt werden soll, nur die tatsächlichen Voraussetzungen seiner Eingriffsbefugnis, nicht aber deren rechtliche Grenzen oder Existenz betrifft (derartige Rechtsirrtümer entlasten ihn nicht); vgl. etwa *Horn* in: SK-StGB⁶, § 113 Rn. 11a; *Eser* in: *Schönke/Schröder*, StGB, ²⁶2001, § 113 Rn. 28 f.

⁹⁹ Zu diesem Ergebnis dürfte auch *Küper* gelangen, der schon bisher nicht auf den strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff und hierbei angenommenes "Ermessen" abstellte, sondern allein an die Gefahrprognose und den insoweit bestehenden "kognitiven Beurteilungsspielraum" anknüpfte, den er offenbar ebenso eng wie das BVerfG versteht (vgl. JZ 1980, 633 [635 f.], hier zur Gefahrprognose bei § 105 Abs. 2 StPO).

bei Amtsmissbrauch - tritt nun die Fallgruppe rechtswidriger Annahme einer Eilzuständigkeit durch die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft, etwa mit der bedeutsamen Folge, daß in § 113 StGB nicht die Diensthandlung, wohl aber der gegen den Vollstreckungsbeamten geleistete Widerstand rechtmäßig ist. Im übrigen sind gerade bei einer aufgrund eigener Eilzuständigkeit oder nach (fern-)mündlicher Anordnung des Richters erfolgenden Durchsuchung die durch die Entscheidung herausgestellten "wesentlichen Förmlichkeiten" zu beachten, deren Fehlen bekanntlich nach dem strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff ebenfalls zur Rechtswidrigkeit der Diensthandlung führt¹⁰⁰. Insofern kann zwar eine unterlassene oder unzureichende nachträgliche Dokumentation die Diensthandlung nicht rückwirkend zu einer rechtswidrigen machen - und stellt also keinen wesentlichen Formfehler dar. Wohl aber ist ein Verstoß gegen die Pflicht zur näheren "Begründung" der Durchsuchungsanordnung, die wie erwähnt auch der Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft dem Betroffenen geben muß, solch ein wesentlicher Formfehler. Damit kommt der Mitteilung des Tatvorwurfs (nicht nur der Bezeichnung der Straftat), der zu suchenden Beweismittel sowie gegebenenfalls der zu durchsuchenden Räume für die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung erhebliche Bedeutung zu.

e) Die Einwilligung des Betroffenen in die Maßnahme

Manche Probleme der (Wohnungs-)Durchsuchung lassen sich wohl vermeiden, wenn diese nicht als Zwangsmaßnahme, sondern aufgrund der Einwilligung des Betroffenen erfolgt, womit sie keine Durchsuchung im technischen Sinne mehr ist. Während bei der Beschlagnahme schon wegen des Verhältnismäßigkeitsgebots die Möglichkeit ihrer Abwendung durch die freiwillige Herausgabe der gesuchten Gegenstände regelmäßig Aufnahme in den Beschlagnahmebeschluß findet und in der Praxis deshalb ein Großteil der "Beschlagnahmefälle" nicht als Beschlagnahme vollzogen wird, so ist dies bei der Durchsuchung (noch) anders. Wird der Betroffene aber - wie geboten - zuvor über den Tatverdacht, die zu suchenden Gegenstände und gegebenenfalls die betroffenen Räume in Kenntnis gesetzt, so dürfte die entsprechende Annahme eines Ermittlungsrichters nicht ganz realitätsfremd sein, daß dann "ein beträchtlicher Teil der Betroffenen zu einer freiwilligen Durchsuchung bereit wäre, wenn sie nur explizit gefragt würden"¹⁰¹. Allerdings ist solch ein Vorgehen ohne einen zuvor erwirkten richterlichen Durchsuchungs- (und Beschlagnahme-)befehl bzw. bei fehlender Gefahr im Verzug nicht ganz unproblematisch. Denn keineswegs darf so (erst) Gefahr im Verzug herbeigeführt werden¹⁰², dies stellte wohl einen Mißbrauchsfall dar.

Einmahl - dem es als Ermittlungsrichter ersichtlich auch darum geht, die zusätzliche Arbeitsbelastung des Ermittlungsrichters durch die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu begrenzen¹⁰³ - meint, in Fällen, in denen der Betroffene bereits bemerkt habe, daß ihm möglicherweise eine Durchsuchung droht, könne dieser zunächst um seine Einwilligung ersucht werden, und erst bei deren Verweigerung sei dann der Richter zu kontaktieren, während in der Zwischenzeit der Betroffene "in seiner Handlungsfreiheit eingeschränkt" sei, etwa der Ladendieb solange den Laden nicht verlassen oder ein Unternehmer die Anwesenheit der Ermittlungsbeamten dulden müsse und keinen freien Zugriff auf seine Geschäftsräume habe.¹⁰⁴ Solch ein Vorgehen dürfte aber nur in Ausnahmefällen sinnvoll sein, wird damit doch regelmäßig - und soweit der Betroffene hiermit nicht einverstanden ist sogar zwangsläufig - die Notwen-

¹⁰⁰ Vgl. Tröndle/Fischer, StGB, 50.2001, § 113 Rn. 11 f.; Lackner/Kühl, StGB, 73.1999, § 113 Rn. 9.

¹⁰¹ Einmahl, NJW 2001, 1393 (1395, s.a. Fn. 21).

¹⁰² Solch ein Vorgehen wurde früher bei zivilrechtlichen Vollstreckungsmaßnahmen allerdings von Behr (NJW 1992, 2125 [2126]) empfohlen.

¹⁰³ Vgl. Einmahl, NJW 2001, 1393 (1395, insb. auch Fn. 22; 1396).

¹⁰⁴ Einmahl, NJW 2001, 1393 (1395, s.a. Fn. 19, 20).

digkeit umgehenden Handelns begründet.¹⁰⁵⁾ Zudem ist über die "Wartezeit", soweit sie länger andauert oder sonst sich als erheblicher Grundrechtseingriff darstellt, als dann weitere Zwangsmaßnahme nachzudenken (eine Störung der "Zwangs-"Maßnahme, etwa im Sinne des § 164 StPO, liegt mit der verweiger- ten Zustimmung noch nicht vor). Und, wie oben gezeigt, ist auch das dann durchzuführende mündliche Entscheidungsverfahren als solches nicht unproblematisch. Ob es insoweit weiterhilft, den Betroffenen entscheiden zu lassen¹⁰⁶⁾, ob er auf einer - dann meist späteren - schriftlichen Entscheidung besteht oder sich mit einer - sofortigen - mündlichen Entscheidung begnügt, ist fraglich.

Im übrigen schneidet man dem Betroffenen, mag dieser auch freiwillig und ohne "Nötigung" der Maß- nahme zustimmen, bei Abstellen auf dessen Einwilligung weitgehend den nachträglichen Rechtsschutz (zwecks Feststellen der Rechtswidrigkeit der ["Zwangs-"]Maßnahme) ab.¹⁰⁷⁾

6. Übertragbarkeit der Ergebnisse auf andere Fälle einer Eilzuständigkeit bei Gefahr im Verzug

Die vorstehend gefundenen Ergebnisse lassen sich - auch wenn die übrigen der eingangs erwähnten Zwangsmaßnahmen keine unmittelbare verfassungsrechtliche Verstärkung durch eine entsprechende Grund- rechtsnorm gefunden haben - nicht nur weitgehend auf andere Fälle des Richtervorbehalts übertragen, son- dern sie *müssen* dort auch beachtet werden. (Und das nicht nur bei der Ausschreibung zur Öffentlichkeits- fahndung, § 131 Abs. 1, 3 StPO, bei deren Regelung der Gesetzgeber die vergebliche Erreichbarkeit aus- drücklich [zusätzlich] in den Gesetzestext aufnahm.) Denn mit der Einordnung des Begriffs "Gefahr im Verzug" als der uneingeschränkten richterlichen Überprüfung zugänglichem unbestimmtem Rechtsbegriff wird eigentlich nur für den strafverfahrensrechtlichen (bzw. verfassungsrechtlichen) Richtervorbehalt nachvollzogen, was im materiellen Strafrecht oder dem Verwaltungsrecht, insbesondere dem Polizeirecht, schon lange für den Gefahrbegriff bzw. den Rechtsbegriff "Gefahr im Verzug" galt. Ein "Beurteilungser- messen", richtiger: einen Beurteilungsspielraum gibt es insofern nicht (mehr). Da der gerichtliche Rechts- schutz nach Art. 19 Abs. 4 GG allgemein ein effektiver sein muß, sind auch sonst die Voraussetzungen der Inanspruchnahme einer Eilkompetenz wegen Gefahr im Verzug durch die Staatsanwaltschaft oder deren Hilfsbeamten eng zu verstehen, damit Regel- und Ausnahmefall in der Praxis besser dem gesetzlichen Leitbild entsprechen. Wie eng dies im Einzelfall zu sein hat, hängt dabei auch von der Grundrechtsrelevanz des Eingriffs ab. Ferner lassen sich die Begründungs- und Dokumentationspflichten als rechtsstaatliche Grundanforderungen (sofern sie nicht schon aus der allgemeinen Pflicht zur sorgfältigen Führung von Verfahrensakten folgen) wie auch aus Rechtsschutzgründen ohne weiteres auf die anderen Zwangsmaß- nahmen übertragen, mögen auch hier (dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechende) Abstufungen nach der Eingriffstiefe für einzelne Maßnahmen oder im Einzelfall zuzugestehen sind.¹⁰⁸⁾

¹⁰⁵⁾ Dies sieht *Einmahl* durchaus selbst, vgl. NJW 2001, 1393 (1395, s.a. Fn. 20).

¹⁰⁶⁾ So *Einmahl*, NJW 2001, 1393 (1396).

¹⁰⁷⁾ *Einmahl*, NJW 2001, 1393 (1396).

¹⁰⁸⁾ Zum Ganzen näher *Amelung*, NStZ 2001, 337 (342 f.).