DeutscherAnwaltVerein

Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Verfassungsrechtsausschuss und den Strafrechtsausschuss

zu der Verfassungsbeschwerde des Herrn J. – 2 BvR 675/14 –

Stellungnahme Nr.: 37/2017 Berlin, im Mai 2017

Mitglieder des Ausschusses Verfassungsrecht

- Rechtsanwalt Prof. Dr. Thomas Mayen, Bonn (Vorsitzender)
- Rechtsanwältin und Notarin Mechtild Düsing, Münster
- Rechtsanwalt Dr. Rainard Menke, Stuttgart
- Rechtsanwalt Dr. Thomas Schröer, Frankfurt am Main
- Rechtsanwalt Dr. Sebastian Schmuck. Leipzig (Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Dr. Inga Schwertner, Köln
- Rechtsanwalt Stefan von Raumer, Berlin
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff, Hamburg
- Rechtsanwältin Dr. Antje Wittmann, Münster

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwalt Dr. Nicolas Lührig, Berlin

Mitglieder des Ausschusses Strafrecht

- Rechtsanwalt Dr. Rainer Spatscheck, München (Vorsitzender)
- Rechtsanwalt Stefan Conen, Berlin
- Rechtsanwalt Dr. h. c. Rüdiger Deckers, Düsseldorf
- Rechtsanwältin Dr. Margarete Gräfin von Galen, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Gina Greeve, Frankfurt am Main
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt am Main
- Rechtsanwalt Eberhard Kempf, Frankfurt am Main
- Rechtsanwalt Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt am Main (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Stefan König, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Jenny Lederer, Essen
- Rechtsanwalt Dr. Ali B. Norouzi, Berlin
- Rechtsanwältin Gül Pinar, Hamburg
- Rechtsanwalt Michael Rosenthal, Karlsruhe
- Rechtsanwalt Martin Rubbert, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Gerson Trüg, Freiburg im Breisgau

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Tanja Brexl, Berlin

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Verteiler

- Bundesverfassungsgericht
- An die Mitglieder des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- An die Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesministerium des Innern
- Vorsitzenden des Innenausschusses des Deutschen Bundestages
- Landesjustizministerien
- Rechts- und Innenausschüsse der Landtage
- Bundesgerichtshof
- Bundesanwaltschaft
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende des Strafrechtsausschusses des KAV, BAV
- Deutscher Strafverteidiger e. V.
- Regionale Strafverteidigervereinigungen
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und –initiativen
- Arbeitskreise Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Kriminalbeamter
- Strafverteidiger-Forum (StraFo)
- Neue Zeitschrift für Strafrecht, NStZ
- Strafverteidiger
- Prof. Dr. Jürgen Wolter, Universität Mannheim
- ver.di, Bereich Recht und Rechtspolitik
- Deutscher Juristentag (Präsident und Generalsekretär)
- Deutscher Juristinnenbund e. V.
- Prof. Dr. Schöch, LMU München
- Juris
- KriPoZ Kriminalpolitische Zeitschrift
- An die Mitglieder des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins
- An die Mitglieder der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- An die Vorsitzenden der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- FORUM Junge Anwaltschaft des DAV
- Redaktion NJW

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit rund 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

I. Zusammenfassung

Der Deutsche Anwaltverein hält die Verfassungsbeschwerde für begründet. Der Beschwerdeführer wurde in seinem Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 Abs. 1, 2 GG und in seinen Justizgewährungsanspruch aus 19 Abs. 4 GG verletzt, indem die Durchsuchung seiner Wohnung allein aufgrund einer staatsanwaltschaftlichen Anordnung erfolgte, weil im Bezirk des Landgerichts Rostock zur Zeit der Durchsuchungsmaßnahme an einem Sonnabend um 4:40 Uhr – und damit zur Tageszeit im Sinne von § 104 Abs. 3 StPO – ein richterlicher Bereitschaftsdienst nicht eingerichtet war und deshalb die Staatsanwaltschaft noch nicht einmal den Versuch unternommen hat, einen von Verfassungs wegen eigentlich zuständigen Richter zu erreichen. Dabei kann offen bleiben, ob § 104 Abs. 3 StPO den verfassungsrechtlichen Maßstab der Abgrenzung von Tages- und Nachtzeit bei der Gewährleistung des Richtervorbehalts aus Art. 13 Abs. 2 GG abbildet. Selbst wenn die Zeit um 4:40 Uhr noch der Nachtzeit zugerechnet werden sollte, verstoßen die angefochtenen Entscheidungen gegen Art. 13 Abs. 1 GG. Die Justizverwaltungen sind aufgrund der verfassungsrechtlich geregelten Zuständigkeit des Richters für Durchsuchungsanordnungen nämlich zur regelmäßigen Überprüfung verpflichtet, für welche Zeiten ein konkreter Bedarf für einen richterlichen Eildienst besteht. Ist ein richterlicher Eildienst für eine bestimmte Zeit nicht eingerichtet, müssen die Justizverwaltungen anhand konkreter Zahlen nachweisen, dass ein praktischer Bedarf für einen nächtlichen richterlichen Bereitschaftsdienst nicht besteht. Der pauschale Hinweis des Landgerichts Rostock in der angefochtenen Entscheidung, dass für den Zeitraum der Durchsuchungsanordnung bekanntermaßen kein richterlicher Eildienst eingerichtet ist, genügt verfassungsrechtlich somit nicht.

II. Sachverhalt

Mit seiner Verfassungsbeschwerde wendet sich der Beschwerdeführer gegen Beschlüsse des Landgerichts Rostock und des Amtsgerichts Rostock.

Am Sonnabend, den 14. September 2013 gegen 3:30 Uhr wurde der Beschwerdeführer von Rettungskräften in hilfloser Lage aufgrund eines akuten Rauschzustandes aufgefunden. Von den Rettungskräften hinzugerufene Polizeibeamte betraten daraufhin die Wohnung des Beschwerdeführers, um nach Hinweisen zu suchen, was der Beschwerdeführer zu sich genommen haben könnte und fanden dort Cannabisprodukte, eine Feinwaage sowie eine Haschischpfeife und stellten in der gesamten Wohnung einen starken Cannabisgeruch fest. Die Polizeibeamten sahen darin tatsächliche Anhaltspunkte für den Vorwurf des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln gegen den noch nicht identifizierten Beschuldigten und hielten telefonisch Rücksprache mit der zuständigen Bereitschaftsstaatsanwältin, die die Durchsuchung der Wohnung des Beschuldigten zur Sicherung von Beweismitteln gegen 4:40 Uhr anordnete. Ob die Polizeibeamten oder die Bereitschaftsstaatsanwältin vorher den Versuch unternommen hatten, den zuständigen Ermittlungsrichter des Amtsgerichts Rostock telefonisch zu erreichen, lässt sich der Ermittlungsakte nicht entnehmen. Bei der zwischen 4:40 Uhr und 7:00 Uhr durchgeführten Durchsuchung der Wohnung wurden mehrere Beweismittel beschlagnahmt bzw. vorläufig sichergestellt.

Die Beschwerde gegen die in den frühen Morgenstunden des 14. September 2013 vorgenommenen Durchsuchungsmaßnahmen der Polizei und der Staatsanwaltschaft, denen keine richterliche Anordnung zu Grunde lag, hat das Landgericht Rostock mit Beschluss vom 21. November 2013 als unzulässig verworfen. Der Beschwerdeführer beantragte daraufhin mit Schriftsatz vom 3. Dezember 2013, im Wege der richterlichen Entscheidung gemäß § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO analog die in den frühen Morgenstunden des 14. September 2013 in der Wohnung des Beschuldigten vorgenommenen Durchsuchungsmaßnahmen der Polizei und der Staatsanwaltschaft für rechtswidrig zu erklären. Diesen Antrag wies das Amtsgericht Rostock durch den mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Beschluss vom 30. Januar 2014 als unbegründet zurück. Die hiergegen erhobene Beschwerde wies das Landgericht Rostock mit dem im Verfassungsbeschwerdeverfahren ebenfalls angegriffenen

Beschluss vom 26. Februar 2014 als unbegründet zurück. Die fernmündliche Anordnung der Durchsuchung durch die Bereitschaftsstaatsanwältin gemäß §§ 102, 105 Abs. 1 Satz 1 StPO sei zulässig gewesen, da der Inhaber der von der Polizei betretenen Wohnung spätestens ab dem Zeitpunkt, als die Polizeibeamten die dort vorgefundenen Cannabisprodukte sahen und den erheblichen Cannabisgeruch wahrnahmen, aufgrund dieser tatsächlichen Anhaltspunkte des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln verdächtig gewesen sei. Die Bereitschaftsstaatsanwältin habe auch zu Recht angenommen, dass Gefahr im Verzug vorgelegen habe. Für die Überprüfung dieser Annahme komme es maßgeblich darauf an, ob diese davon ausgehen durfte, bei Einholung der Entscheidung eines Richters sei zu befürchten, dass der Zweck der Durchsuchung vereitelt würde. Hingegen sei es nicht von Bedeutung, ob das Amtsgericht verpflichtet gewesen wäre, einen richterlichen Eildienst für die betreffende Zeit einzurichten. Maßgeblich seien allein die tatsächlichen Möglichkeiten der mit der Sache befassten Staatsanwältin, rechtzeitig im Sinne der Verhinderung weiterer Gefahren für den Durchsuchungserfolg eine richterliche Entscheidung herbeizuführen. Es sei sowohl bei der Staatsanwaltschaft Rostock als auch beim Beschwerdegericht bekannt, dass das Amtsgericht Rostock weder an Werktagen noch an Sonn- und Feiertagen in der Zeit ab 21:00 Uhr bis zum normalen Dienstbeginn am darauffolgenden Werktag oder bis zur Eilrichterzeit zwischen 11:00 Uhr und 12:00 Uhr am darauffolgenden Sonnabend oder Sonntag einen richterlichen Bereitschaftsdienst eingerichtet hat. Die Staatsanwältin durfte daher davon ausgehen, dass sie vom Zeitpunkt ihrer Befassung am Sonnabend, den 14. September 2013 gegen 4:40 Uhr, über 6 Stunden bis ca. 11:00 Uhr benötigen würde, um eine richterliche Entscheidung einzuholen. In der Zwischenzeit wäre es aber für Dritte möglich gewesen, die erwarteten Beweismittel wegzuschaffen oder zu vernichten.

Mit seiner Verfassungsbeschwerde macht der Beschwerdeführer eine Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 13 Abs. 1, 2 GG und Art. 19 Abs. 4 GG geltend. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hätten die Landesjustiz- und Gerichtsverwaltungen sowie die Ermittlungsrichter sicherzustellen, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird. Dazu gehöre die uneingeschränkte Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters bei Tage im Sinne von § 104 Abs. 3 StPO auch außerhalb der üblichen Dienststunden. Dies sei aufgrund der heutigen Telekommunikationsmöglichkeiten ohne weiteres möglich. Deshalb seien die

angefochtenen Entscheidungen verfassungswidrig, wonach der fehlende richterliche Bereitschaftsdienst die Anordnung der Durchsuchung einer Wohnung durch den Staatsanwalt ohne den vorhergehenden Versuch, einen Beschluss des Ermittlungsrichters zu erwirken, rechtfertige. Dadurch werde die im Grundgesetz verankerte Regelzuständigkeit des Ermittlungsrichters unterlaufen.

Mit Urteil vom 08. Juli 2014 wurde der Beschwerdeführer wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten auf Bewährung verurteilt. Das Urteil ist rechtskräftig.

III. Stellungnahme

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig und begründet. Die Beschlüsse des Amtsgerichts Rostock vom 30. Januar 2014 und des Landgerichts Rostock vom 26. Februar 2014 verletzen den Beschwerdeführer in seinen Grundrechten aus Art. 13 Abs. 1 und 2 GG.

1. Gemäß Art. 13 Abs. 1 GG ist die Wohnung unverletzlich. Durchsuchungen dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzuge auch durch die in den Gesetzen vorgesehenen anderen Organe angeordnet und nur in der dort vorgeschriebenen Form durchgeführt werden, Art. 13 Abs. 2 GG.

   a) Der präventive Richtervorbehalt des Art. 13 Abs. 2, 1. Halbsatz GG dient der Gewährung effektiven Grundrechtsschutzes in den Fällen des mit einer Durchsuchung verbundenen schwerwiegenden Eingriffs in das durch Art. 13 Abs. 1 GG garantierte Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung. Damit wird dem Einzelnen im Hinblick auf seine Menschenwürde und im Interesse der freien Entfaltung der Persönlichkeit ein elementarer Lebensraum gewährleistet (vgl. BVerfGE 42, 212 (219); 103, 142 (150); 139, 245 (265)). In seinen Wohnräumen hat er das Recht, in Ruhe gelassen zu werden (vgl. BVerfGE 27, 1 (6); 51, 97 (107); 103, 142 (150); 139, 245 (265)). In diese grundrechtlich geschützte Lebenssphäre greift eine Durchsuchung schwerwiegend ein (BVerfGE 51, 97 (107); 59, 95 (97); 96, 27 (40); 103, 142 (151); 139, 245 (264)).

Dem Gewicht dieses Eingriffs und der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Schutzes der räumlichen Privatsphäre entspricht es, dass Art. 13 Abs. 2, 1. Halbsatz GG die Anordnung einer Durchsuchung grundsätzlich dem Richter vorbehält (vgl. BVerfGE 103, 142 (151); 139, 245 (265)). Der präventive Richtervorbehalt, der der verstärkten Sicherung des Grundrechts aus Artikel 13 Abs. 1 GG dient (vgl. BVerfGE 57, 346 (355); 103, 142 (152); 139, 245 (265)), zielt auf eine vorbeugende Kontrolle der Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz (vgl. BVerfGE 20, 162 (223); 57, 346 (355 f.); 76, 83 (91); 103, 142 (151); 139, 245 (265)).

Zentraler Ausgangspunkt für das Verständnis des Richtervorbehalts ist der Grundsatz der Gewaltenteilung als tragendes Organisationsprinzip des Grundgesetzes, dessen Bedeutung in der politischen Machtverteilung, dem Ineinandergreifen der drei Gewalten und der daraus resultierenden Mäßigung der Staatsherrschaft liegt. Zwar ist auch die Staatsanwaltschaft als zur Objektivität verpflichtetes Rechtspflegeorgan (§ 160 Abs. 2 StPO) Garantin für Rechtsstaatlichkeit und gesetzmäßige Verfahrensabläufe und als „Wächter des Gesetzes“ dazu berufen, bei Grundrechtseingriffen im Ermittlungs- und Strafverfahren die Rechte aller Betroffenen zu wahren und die strikte Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu garantieren (vgl. BVerfGE 133, 168 (200, 219 f.); 139, 245 (265)). Dennoch hat der Verfassungsgeber in Anbetracht der Kontrollfunktion des Grundsatzes der Gewaltenteilung bewusst den Richter als – im Unterschied zur Staatsanwaltschaft unabhängige und weisungsfreie Instanz – mit der Anordnung des schwerwiegenden Grundrechtseingriffs, der mit einer Wohnungsdurchsuchung verbunden ist, befasst. 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 (vgl. BVerfGE 139, 245 (265 f.)).

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 der Zweck der Durchsuchung erfordert (vgl. BVerfGE 103, 142 (151); 139, 245 (266 f.)).

Demgemäß ergibt sich aus Art. 13 GG auch die Verpflichtung der staatlichen Organe, dafür Sorge zu tragen, dass die effektive Durchsetzung des grundrechtssichernden Richtervorbehalts gewährleistet ist. Daher haben die für die Organisation der Gerichte und die Rechtsstellung der dort tätigen Ermittlungsrichter zuständigen Organe der Länder und des Bundes für eine sachliche und personelle Ausstattung der Gerichte zu sorgen, die eine wirksame präventive richterliche Kontrolle von Wohnungsdurchsuchungen sicherstellt (vgl. BVerfGE 103, 142 (152); 139, 245 (266 f.)). Zu den Anforderungen an einen dem Gebot der praktischen Wirksamkeit des Richtervorbehalts entsprechenden richterlichen Bereitschaftsdienst gehört die uneingeschränkte Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters bei Tage, auch außerhalb der üblichen Dienststunden (vgl. BVerfGE 103, 142 (156); 105, 239 (248); 139, 245 (267)), sowie während der Nachtzeit (§ 104 Abs. 3 StPO), jedenfalls bei einem Bedarf, der über den Ausnahmefall hinausgeht (vgl. BVerfGK 2, 176 (178); 5, 74 (78); BVerfGE 139, 245 (268)). Das OLG Brandenburg (Beschl. v. 25. März 2009 - 1 Ss 15/09 - NStZ-RR 2009, 247) nimmt sogar eine verfassungsrechtliche Verpflichtung der Gerichte an, die Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters stets zu gewährleisten.

b) Die Eilzuständigkeit der Ermittlungsbehörden gemäß Art. 13 Abs. 2, 2. Halbsatz GG ist demgegenüber nachrangig. Der Zweck der verfassungsrechtlich vorgesehenen Eilkompetenz besteht in der Ermöglichung eines schnellen und situationsgerechten Handelns durch die Ermittlungsbehörden. Sie trägt der verfassungsrechtlichen Gewährleistung einer rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege Rechnung, die sich, bei nachhaltiger Sicherung der Rechte des Beschuldigten, zugleich auf eine effektive und funktionstüchtige Strafverfolgung erstreckt. Dementsprechend soll den Ermittlungsbehörden durch Art. 13 Abs. 2, 2. Halbsatz GG im Interesse effektiver Strafverfolgung die Möglichkeit der Anordnung einer Durchsuchung von Wohnräumen eröffnet werden, wenn dies notwendig ist, um dem drohenden Verlust von Beweismitteln entgegenzuwirken (BVerfGE 103, 142 (154); 139, 245 (268 f.)).

Wortlaut und Systematik des Art. 13 Abs. 2 GG belegen jedoch, dass zwischen richterlicher und nichtrichterlicher Durchsuchungsanordnung ein Regel-Ausnahme-Verhältnis besteht. Dieses entspricht der dargelegten Bedeutung des verfassungsrechtlichen Richtervorbehalts und trägt dem Grundsatz Rechnung, dass derjenigen Auslegung einer Grundrechtsnorm der Vorzug zu geben ist, die ihre Wirkungskraft am stärksten entfaltet. Ordnen die Strafverfolgungsbehörden eine Durchsuchung an, fällt die präventive Kontrolle durch den unabhängigen und neutralen Richter weg. Die verbleibende nachträgliche Kontrolle kann den erfolgten Grundrechtseingriff nicht mehr rückgängig machen und genügt dem Anspruch präventiven richterlichen Grundrechtsschutzes nicht. Der Richter genießt anders als Polizei und Staatsanwaltschaft Unabhängigkeit und von ihm kann – anders als von Polizei und Staatsanwaltschaft – strikte Neutralität erwartet werden. Demgemäß ist der Begriff „Gefahr im Verzug“ im Sinne des Art. 13 Abs. 2 GG eng auszulegen und ist nur anzunehmen, wenn die richterliche Anordnung nicht mehr eingeholt werden kann, ohne dass der Zweck der Maßnahme gefährdet wird (BVerfGE 103, 142 (153 f.); BVerfG, 16. Juni 2015 - 2 BvR 2718/10). Kann hingegen der Richter mit dem Durchsuchungsbegehren befasst werden und überdies entscheiden, ohne dass damit ein Risiko des Verlusts von Beweismitteln verbunden ist, ist für einen Rückgriff auf die Eilkompetenz der Strafverfolgungsbehörden kein Raum (BVerfGE 139, 245 (269)).

Die Strafverfolgungsbehörden müssen regelmäßig versuchen, eine Anordnung des zuständigen Richters zu erlangen, bevor sie eine Durchsuchung beginnen. Nur in Ausnahmesituationen, wenn schon die zeitliche Verzögerung wegen eines solchen Versuchs den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde, dürfen sie selbst die Anordnung wegen Gefahr im Verzug treffen, ohne sich zuvor um eine richterliche Entscheidung bemüht zu haben. Die Annahme von Gefahr im Verzug kann 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. Dem korrespondiert die verfassungsrechtliche Verpflichtung der Gerichte, die Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters, auch durch die Einrichtung eines Eil- oder Notdienstes, zu sichern (BVerfGE 103, 142 (156)).

2. Zu diesen Voraussetzungen einer tatsächlich wirksamen präventiven richterlichen Kontrolle der Wohnungsdurchsuchungen gehört die uneingeschränkte Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters zumindest bei Tage (vgl. § 104 Abs. 3 StPO) auch außerhalb der üblichen Dienststunden (BVerfG, 8. März 2006 - 2 BvR 1114/05).

   Im Kammerbeschluss vom 28. September 2006 hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, es könne nicht hingenommen werden, dass in einer Stadt der Größe Münchens am frühen Abend gegen 18:00 Uhr eine Wohnung allein aufgrund der Anordnung von Polizeibeamten ohne Gefahr im Verzug und ohne den Versuch, einen richterlichen Durchsuchungsbeschluss zu erwirken, durchsucht wird. Sowohl die Strafverfolgungsbehörden als auch die Ermittlungsrichter und die Gerichtsorganisation hätten im Rahmen des Möglichen sicherzustellen, dass auch in der Masse der Alltagsfälle die in der Verfassung vorgesehene Regelzuständigkeit des Richters gewahrt bleibt. Die Strafverfolgungsbehörden müssen regelmäßig versuchen, eine Anordnung des instanziell und funktionell zuständigen Richters zu erlangen, bevor sie eine Durchsuchung beginnen. Die Annahme von Gefahr im Verzug könne nicht allein mit dem abstrakten Hinweis begründet werden, eine richterliche Entscheidung sei in einer Großstadt gewöhnlicherweise am späten Nachmittag oder frühen Abend nicht zu erlangen. Bei Tage (vgl. § 104 Abs. 3 StPO) müsse die Regelzuständigkeit des Ermittlungsrichters uneingeschränkt gewährleistet

sein. Deshalb verpflichte der Richtervorbehalt aus Art. 13 Abs. 2 GG die Länder insoweit dazu, sowohl innerhalb als auch außerhalb der üblichen Dienstzeiten für die Erreichbarkeit des Ermittlungsrichters bei Tage Sorge zu tragen (BVerfG, 28. September 2006 - 2 BvR 879/06).

Im Beschluss vom 10. Dezember 2003 hatte das Bundesverfassungsgericht in einer weiteren Kammerentscheidung festgestellt, dass das Fehlen eines richterlichen Bereitschaftsdienstes zur Nachtzeit im Sinne von § 104 Abs. 3 StPO unabhängig vom konkreten Bedarf keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegne. Vielmehr sei ein nächtlicher Bereitschaftsdienst des Ermittlungsrichters von Verfassungs wegen erst dann gefordert, wenn hierfür ein praktischer Bedarf besteht, der über den Ausnahmefall hinausgeht. Kommt es dagegen nur ganz vereinzelt zu nächtlichen Durchsuchungsanordnungen, so gefährde das Fehlen eines gleichwohl wünschenswerten richterlichen Nachtdienstes die Regelzuständigkeit des Richters in Art. 13 Abs. 2 GG nicht. Bei Tage müsse die Regelzuständigkeit des Ermittlungsrichters dagegen uneingeschränkt gewährleistet sein. Deshalb verpflichte der Richtervorbehalt aus Art. 13 Abs. 2 GG die Länder insoweit dazu, sowohl innerhalb als auch außerhalb der üblichen Dienstzeiten für die Erreichbarkeit des Ermittlungsrichters Sorge zu tragen (BVerfG, 10. Dezember 2003 - 2 BvR 1481/02).

Dies deckt sich mit den Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht für den Richtervorbehalt bei freiheitsentziehenden Maßnahmen aufgestellt hat. Hierfür hat es unter Verweis auf BVerfGE 103, 142 (156) entschieden, dass aus Art. 104 Abs. 2 GG für den Staat die Verpflichtung folgt, die Erreichbarkeit eines zuständigen Richters – jedenfalls zur Tageszeit (vgl. etwa § 188 Abs. 1 ZPO a.F.; § 104 Abs. 3 StPO) – zu gewährleisten und ihm auch insoweit eine sachangemessene Wahrnehmung seiner richterlichen Aufgaben zu ermöglichen (BVerfGE 105, 239 (248); BVerfG, 13. Dezember 2005 - 2 BvR 447/05). Ein richterlicher Bereitschaftsdienst zur Nachtzeit sei demgegenüber von Verfassungs wegen erst dann gefordert, wenn hierfür ein praktischer Bedarf besteht, der über den Ausnahmefall hinausgeht (BVerfG, 13. Dezember 2005 - 2 BvR 447/05). Ein solcher Bedarf wurde zum Beispiel bejaht bei zu erwartenden Massendemonstrationen gegen einen Castor-Transport, bei dem aufgrund der Gefahrenprognose mit Masseningewahrsamnahmen im nahen zeitlichen Zusammenhang mit dem Transport gerechnet werden musste, die nicht

nur sämtlich zur Tageszeit sachgerecht bewältigt werden konnten. In diesen Fällen darf sich der richterliche Bereitschaftsdienst nicht auf die Tageszeit beschränken (BVerfG, 13. Dezember 2005 - 2 BvR 447/05). Die fehlende Möglichkeit, einen Richter zu erreichen, kann angesichts der verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Staates, der Bedeutung des Richtervorbehalts durch geeignete organisatorische Maßnahmen Rechnung zu tragen, nicht ohne weiteres als unvermeidbares Hindernis für die unverzügliche Nachholung der richterlichen Entscheidung gelten (BVerfGE 105, 239 (249)).

In der nachfolgenden Kammerrechtsprechung nimmt das Gericht im Hinblick auf die Abgrenzung von Tages- und Nachtzeit auf die Regelung in § 104 StPO Bezug (vgl. BVerfG, 8. März 2006 – 2 BvR 1114/05) und stellt insoweit klar, dass der Richtervorbehalt aus Art. 13 Abs. 2 GG die Länder verpflichtet, bei Tage sowohl innerhalb „als auch außerhalb der üblichen Dienstzeiten“ für die Erreichbarkeit des Ermittlungsrichters Sorge zu tragen (BVerfG, 28. September 2006 – 2 BvR 876/06). Nach der Regelung in § 104 Abs. 2 StPO umfasst die Nachtzeit im Zeitraum vom ersten April bis zum dreißigsten September die Zeit von 21:00 Uhr bis 4:00 Uhr.

3. Unter Zugrundelegung dieses Maßstabes ist die Verfassungsbeschwerde begründet. Amts- und Landgericht haben in den angefochtenen Entscheidungen verkannt, dass die Durchsuchungsanordnung der Wohnung des Beschwerdeführers diesen Anforderungen nicht entsprach. Die Auffassung der Fachgerichte, der fehlende richterliche Bereitschaftsdienst rechtfertige die Anordnung der Durchsuchung einer Wohnung durch den Staatsanwalt ohne den vorausgegangenen Versuch, einen Beschluss des Ermittlungsrichters zu erwirken, ist verfassungsrechtlich nicht haltbar. Denn sie läuft darauf hinaus, die im Grundgesetz verankerte Regelzuständigkeit des Ermittlungsrichters zu unterlaufen.

   Die richterliche Durchsuchungsanordnung muss die Regel und die nichtrichterliche Anordnung die eng umgrenzte Ausnahme sein. Im Allgemeinen müssen daher sowohl die Strafverfolgungsbehörden als auch die Ermittlungsrichter und die Gerichtsorganisation im Rahmen des Möglichen sicherstellen, dass auch in der Masse der Alltagsfälle die in der Verfassung vorgesehene Regelzuständigkeit des Richters gewahrt bleibt. Dem korrespondiert die verfassungsrechtliche Verpflichtung

der Gerichte, die Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters, auch durch die Einrichtung eines Eil- oder Notdienstes, zu sichern (BVerfGE 103, 142). Für den Staat folgt daraus die verfassungsrechtliche Verpflichtung, die Erreichbarkeit eines Richters – jedenfalls zur Tageszeit – zu gewährleisten und ihm eine sachangemessene Wahrnehmung seiner richterlichen Aufgaben zu ermöglichen (BVerfG, Beschluss vom 15. Mai 2002 – 2 BvR 2292/00, NJW 2002, 3161). Nach der Kammerrechtsprechung des BVerfG bedeutet dies, dass bei Tage die Regelzuständigkeit des Ermittlungsrichters uneingeschränkt gewährleistet sein muss, während ein nächtlicher richterlicher Bereitschaftsdienst erst dann gefordert ist, wenn hierfür ein praktischer Bedarf besteht, der über den Ausnahmefall hinausgeht (BVerfG, 10. Dezember 2003 – 2 BvR 1481/02).

a) Legt man die in der Kammerrechtsprechung des BVerfG entwickelten Maßstäbe zugrunde, wonach die Tageszeit entsprechend § 104 StPO bereits um 4:00 Uhr morgens beginnt, dann verstößt die tragende Annahme des Landgerichts Rostock in der angefochtenen Entscheidung vom 26. Februar 2014, es komme maßgeblich auf die im konkreten Fall zutreffende Einschätzung der Bereitschaftsstaatsanwältin an, dass eine richterliche Entscheidung nicht zeitnah eingeholt werden könne, gegen die Vorgabe des BVerfG, dass bei Tage die Regelzuständigkeit des Ermittlungsrichters uneingeschränkt gewährleistet sein muss. Denn die Durchsuchung wurde an einem 14. September um 4:40 Uhr, und damit zur Tagzeit, angeordnet.

   Allerdings ist zweifelhaft, ob die in § 104 Abs. 3 StPO vorgenommene Konkretisierung der Nachtzeit den verfassungsrechtlichen Maßstab der Abgrenzung von Tages- und Nachtzeit bei der Gewährleistung des Richtervorbehaltes aus Art. 13 Abs. 2 GG abbildet. Hiergegen spricht – neben dem abweichenden Regelungsgehalt des § 104 StPO sowie der zeitlichen Verschiebung der Helligkeitsphasen durch die Einführung der Sommerzeit im Jahr 1980 – vor allem, dass die Annahme eines Endes der Nachtzeit um 4:00 Uhr den Notwendigkeiten einer agrarisch geprägten Gesellschaft entstammt und der Realität einer modernen Dienstleistungsgesellschaft nicht mehr entspricht. Solange der Gesetzgeber in § 104 StPO die Durchsuchung von Wohnungen ab

4:00 Uhr morgens bzw. 6:00 Uhr morgens zulässt, muss allerdings für diesen Zeitraum die Erreichbarkeit eines Richters gewährleistet sein.

b) Letztlich kann diese Frage hier offen bleiben. Nach Auffassung des Deutschen Anwaltvereins kommt es im vorliegenden Fall auf eine präzise Abgrenzung von Tages- und Nachtzeiten verfassungsrechtlich nicht an. Denn auch wenn man den Zeitraum um 4:40 Uhr noch der Nachtzeit zurechnen wollte, verstößt die Entscheidung des Landgerichts gegen Art. 13 Abs. 1 GG. Denn auch während der Nachtzeit ist ein nächtlicher richterlicher Bereitschaftsdienst dann gefordert, wenn hierfür ein praktischer Bedarf besteht, um die Regelzuständigkeit des Richters zu wahren (vgl. OLG Hamm, NJW 2009, 3109).

Die verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer uneingeschränkten Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters auch außerhalb der üblichen Dienststunden hängt nicht von der jeweiligen Uhrzeit, sondern von dem konkreten praktischen Bedürfnis des Bereitschaftsdienstes – also von den „Fallzahlen“ – ab (vgl. OLG Hamm, NJW 2009, 3109). Die Regelzuständigkeit des Richters gemäß Art. 13 Abs. 2 GG verlangt nach Auffassung des Deutschen Anwaltvereins nicht, dass auch zur Nachtzeit im Sinne des § 104 Abs. 3 StPO unabhängig vom konkreten Bedarf stets ein richterlicher Eildienst zur Verfügung stehen muss. Vielmehr ist ein nächtlicher Bereitschaftsdienst des Ermittlungsrichters von Verfassungs wegen erst dann gefordert, wenn hierfür ein praktischer Bedarf besteht, der über den Ausnahmefall hinausgeht (BVerfG, 10. Dezember 2003 – 2 BvR 1481/02; OLG Hamm, NJW 2009, 3109). Dabei sind allerdings nicht nur Wohnungsdurchsuchungen (Art. 13 Abs. 2 GG) und Freiheitsentziehungen (Art. 104 Abs. 2 GG) in den Blick zu nehmen, sondern sämtliche Entscheidungen, bei denen grundsätzlich der Richtervorbehalt gilt, zum Beispiel für körperliche Untersuchungen (insbesondere Blutentnahmen bei Trunkenheitsfahrten) nach § 81a Abs. 2 StPO und § 81c Abs. 3 StPO, molekulargenetische Untersuchungen nach §§ 81e, f StPO und DNA-Identitätsfeststellungen nach § 81g Abs. 3 StPO. Allein die hohe Anzahl von Blutentnahmeanordnungen gemäß § 81a Abs. 2 StPO wegen nächtlicher Trunkenheitsfahrten im Straßenverkehr spricht für die Notwendigkeit eines ständigen richterlichen Bereitschaftsdienstes (Vgl. OLG Hamm, NJW 2009, 3109; OLG Brandenburg, NStZ-RR 2009, 247; OLG Jena,

25. November 2008 - 1 Ss 230/08; Fickenscher/Dingelstadt, NJW 2009, 3473 (3474)). Hinzu kommen einige polizeiliche Maßnahmen der Gefahrenabwehr, die ebenfalls richterliche Entscheidungen erfordern, wie die Ingewahrsamnahme alkoholbedingt hilfloser Personen oder im Rahmen von Familienstreitigkeiten, sowie Abschiebemaßnahmen im Ausländerrecht. Dabei ist aufgrund der Bedeutung der betroffenen Grundrechte mit dem OLG Hamm davon auszugehen, dass bereits ein bis zwei dem Richtervorbehalt unterliegenden Maßnahmen pro Tag unzweifelhaft eine Notwendigkeit für die Einrichtung eines richterlichen Bereitschaftsdienstes auch zur Nachtzeit in einem Landgerichtsbezirk besteht (OLG Hamm, NJW 2009, 3109).

Dem oben umschriebenen Regel-Ausnahme-Verhältnis entspricht es, dass die Justizverwaltungen anhand der Fallzahlen nachweisen und kontrollieren müssen, zu welchen Zeiten ein praktischer Bedarf für den verfassungsrechtlich grundsätzlich gebotenen richterlichen Bereitschaftsdienst nicht besteht. Aufgrund der im Zeitpunkt der hier angegriffenen Maßnahmen bereits veröffentlichten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Notwendigkeit der Einrichtung eines richterlichen Bereitschaftsdienstes hätte durch die Justizverwaltung in regelmäßigen Abständen kontrolliert werden müssen, ob ein Eildienst im Bezirk des Landgerichts Rostock erforderlich ist. Nur so kann verhindert werden, dass sich das Regel-Ausnahme-Verhältnis der Zuständigkeiten in eine staatsanwaltschaftliche/polizeiliche Regelzuständigkeit in bestimmten Zeiträumen verkehrt (vgl. Fickenscher/Dingelstadt, NJW 2009, 3473 (3474)). Ein solcher Ausnahmefall ist vorliegend bei einem Bereitschaftsdienst, der erst um 11:00 Uhr beginnt, nicht ersichtlich und wurde von den Gerichten in den angegriffenen Entscheidungen auch nicht geltend gemacht. Die Darlegung eines solchen Ausnahmefalls wäre jedoch erforderlich gewesen, da einerseits aufgrund der bereits veröffentlichten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Justizverwaltungen zur regelmäßigen Kontrolle der Notwendigkeit eines richterlichen Eildienstes verpflichtet sind und daher über entsprechende Daten verfügen müssten, und andererseits der von der Maßnahme betroffene Bürger regelmäßig nicht in der Lage ist, valide Angaben zur Häufigkeit nächtlicher, dem Richtervorbehalt unterliegen der Maßnahmen zu machen. In diesen Fällen spricht die Effektivität des Rechtsschutzes im Hinblick

auf die verfassungsrechtlich geregelten Richtervorbehalte für eine Darlegungslast der Justizverwaltungen, wenn eine Ausnahme von der richterlichen Regelzuständigkeit geltend gemacht werden soll. Der pauschale Hinweis der Strafverfolgungsbehörden, eine richterliche Entscheidung sei gewöhnlich zur Nachtzeit nicht zu erlangen, ist damit unzureichend (vgl. Fickenscher/Dingelstadt, NJW 2009, 3473 (3474)).

Dabei ist aus Sicht des Deutschen Anwaltvereins auch zu beachten, dass die Einrichtung eines richterlichen Bereitschaftsdienstes aufgrund der heutigen Kommunikationsmöglichkeiten und in Anbetracht der Bedeutung der regelmäßig betroffenen Grundrechte keinen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Der Ermittlungsrichter muss während des Bereitschaftsdienstes nicht in allen Fällen im Gerichtsgebäude anwesend sein. Es muss – mit Ausnahme der Freiheitsentziehungen – lediglich gewährleistet sein, dass er telefonisch erreichbar ist. Bei notwendig werdenden Vorführungen ist zu gewährleisten, dass der Richter innerhalb eines angemessenen Zeitraums im Gerichtsgebäude erscheint (vgl. LG Hamburg, 9. März 2009 - 604 Qs 3/09).