

## Entscheidungsanmerkung

### Eilzuständigkeit der Ermittlungsbehörden nach Befassung des Ermittlungsrichters

**Mit der Befassung des zuständigen Ermittlungs- oder Eilrichters durch die Stellung eines Antrags auf Erlass einer Durchsuchungsanordnung und der dadurch eröffneten Möglichkeit präventiven Grundrechtsschutzes durch den Richter endet die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden.**

(Amtlicher Leitsatz)

GG Art. 13 Abs. 1, 2  
StPO § 105 Abs. 1

*BVerfG, Beschl. v. 16.6.2015 – 2 BvR 2718/10 u.a.*<sup>1</sup>

#### I. Einleitung

Das Gesetz gewährt richterlichen Rechtsschutz, bis auf einige Ausnahmen,<sup>2</sup> nachträglich. Damit lassen sich Rechte allerdings nicht immer effektiv schützen, etwa bei heimlich durchgeführten staatlichen Maßnahmen oder tief greifenden Rechtsgutsverletzungen: Entzogene Freiheit lässt sich nicht rückabwickeln, erhobene Beweise oder Informationen sind – einmal erlangt – vorhanden, eine subjektiv als Erniedrigung empfundene körperliche Untersuchung einer Zeugin ist geschehen oder ein Steckbrief bei einer Öffentlichkeitsfahndung in der (digitalen) Welt. Die Schaffung „vollendeter Tatsachen“ lässt sich in solchen Fällen im Nachhinein nicht ungeschehen machen, die gerichtliche Überprüfung einer abgeschlossenen Maßnahme und die Feststellung der Rechtswidrigkeit vermag nicht das zu leisten, wozu ein Richtervorbehalt in der Lage ist, der abzielt „auf eine vorbeugende Kontrolle der Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz“<sup>3</sup>. Gerade bei heimlichen Ermittlungsmaßnahmen (Überwachung der Telekommunikation, Observation, Einsatz eines Verdeckten Ermittlers gegen einen bestimmten Beschuldigten etc.), die zudem in den höchstpersönlichen Lebensbereich eingreifen, erscheint eine vorbeugende Kontrolle unerlässlich, weil andernfalls bei derartigen irreparablen Eingriffen die in Art. 19 Abs. 4 GG verbriefte Rechtsschutzgarantie leer liefe.<sup>4</sup>

Deshalb hat die Legislative Richtervorbehalte konstruiert, die vorsehen, dass nicht allein die Exekutive frei bestimmen darf über Maßnahmen, die in Grundrechte eingreifen, sondern die Anordnungskompetenz dafür in der Regel bei der

Judikative liegt, nämlich in den Händen eines Richters. Als „unbeteiligter Dritter“ könne dieser „die Rechte der Betroffenen im Einzelfall am besten und sichersten wahren“ und so „für eine gebührende Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten sorgen“<sup>5</sup>. So hat es das Bundesverfassungsgericht in seiner grundlegenden Entscheidung zum Richtervorbehalt im Jahr 2001 formuliert und mit diesem Urteil zugleich die Exekutive sowie ihre die Wirksamkeit des Richtervorbehalts untergrabende<sup>6</sup> Praxis gerügt und zurechtgestutzt.

Doch nach wie vor ist es das Bestreben der Exekutive, ein Strafverfahren möglichst effektiv zu führen. Daran ist zunächst einmal nichts auszusetzen. Zur Rechtfertigung seines Gewaltmonopols muss der Staat ein ausreichendes Maß an Effektivität der Strafverfolgung gewährleisten. Ohne ein bestimmtes Maß an Sicherheit gibt es keine Freiheit. Freilich dürften nicht praktische Notwendigkeiten den Rahmen des Erlaubten ziehen – das darf allein das Gesetz. In einem Rechtsstaat muss das Recht die Praxis bestimmen, nicht umgekehrt.<sup>7</sup> Alles andere würde einen Rechtsstaat desavouieren. Die richtige Grenze zu ziehen, ist ein permanentes Ringen. Worum es dabei gehen kann, zeigt ein aktueller Beschluss des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts zur Anordnungspraxis bei Durchsuchungen.

#### II. Sachverhalt

Zu entscheiden hatten die Karlsruher Richter über drei ähnlich gelagerte Sachverhalte, deren Verfahren zur gemeinsamen Entscheidung verbunden wurden. Im Kern geht es jeweils um die Frage, ob die Staatsanwaltschaft (oder ihre Ermittlungspersonen) eine Durchsuchung nach §§ 102, 105 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 StPO wegen „Gefahr im Verzug“ anordnen darf, nachdem sie den Ermittlungsrichter kontaktiert, dieser sich aber geweigert hat, eine Entscheidung ohne Ermittlungsakte zu treffen.

Exemplarisch sei einer dieser Fälle herausgegriffen: Darin hatte jemand um 16:30 Uhr Anzeige erstattet, weil ihm die Mutter des Besitzers einer Pistole gedroht habe, sie werde diesen beauftragen, jenen umzubringen. Daraufhin leitete die Hamburger Staatsanwaltschaft gegen den Sohn ein Ermittlungsverfahren wegen Verstoßes gegen das Waffengesetz ein und beantragte beim Ermittlungsrichter um 17:25 Uhr telefonisch eine Wohnungsdurchsuchung. Der Richter bestand aber auf der Vorlage einer Ermittlungsakte, weshalb die Staatsanwaltschaft um 17:30 Uhr die Durchsuchung telefonisch gegenüber den ermittelnden Polizeibeamten wegen „Gefahr im Verzug“ selber anordnete. Die Erstellung und Übersendung der Akte hätte – so die Begründung der Staatsanwaltschaft – drei bis vier Stunden in Anspruch genommen, was angesichts der Bedrohungslage nicht hinnehmbar gewesen wäre. Die Durchsuchung fand sodann am selben Tag um 18:20 Uhr statt.

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist online abrufbar unter [http://www.bverfg.de/e/rs20150616\\_2bvr271810.html](http://www.bverfg.de/e/rs20150616_2bvr271810.html) (20.11.2015) sowie in der Datenbank beck-online als BeckRS 2015, 48330 (gekürzte Druckfassung in NSTZ 2015, 529).

<sup>2</sup> Etwa im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes, z.B. nach § 123 VwGO.

<sup>3</sup> BVerfG NJW 2001, 1121 (1122); OLG Dresden NJW 2009, 2149.

<sup>4</sup> Dazu Hilger, in: Geppert/Dehnicke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, 1990, S. 209 (218 f.).

<sup>5</sup> BVerfGE 103, 142 (151) = NJW 2001, 1121 (1122); siehe auch BVerfG NJW 2005, 275 (276).

<sup>6</sup> Eindringlich dazu Egon Müller, AnwBl 1992, 349.

<sup>7</sup> Vgl. BVerfG BeckRS 2015, 48330, Rn. 97 unter Verweis auf BVerfGE 133, 168 (235).

Gegen die Durchsuchung legte der Betroffene Beschwerde ein, worin er rügte, dass die Voraussetzungen der Eilkompetenz nicht vorgelegen hätten. Daraufhin erklärte das Amtsgericht Hamburg die staatsanwaltschaftliche Anordnung für rechtmäßig. Die dagegen gerichtete Beschwerde verwarf das Landgericht Hamburg als unbegründet.

Die gegen beide Entscheidungen erhobene Verfassungsbeschwerde hat das Bundesverfassungsgericht für zulässig erklärt. Insbesondere sei – trotz des abgeschlossenen Grundrechtseingriffs – das Rechtsschutzbedürfnis gegeben, weil es sich bei einer Wohnungsdurchsuchung um einen tief greifenden Grundrechtseingriff handele.<sup>8</sup> Zudem erklärte das Bundesverfassungsgericht, dass der Beschwerdeführer durch beide Beschlüsse in seinem Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1, 2 GG verletzt, die Verfassungsbeschwerde mithin auch begründet sei. Es hob die Beschlüsse auf und verwies die Sache zurück ans Landgericht Hamburg.

### III. Grundlegendes zum Richtervorbehalt

Ein Richtervorbehalt ist vorweggenommener Rechtsschutz. Die präventive richterliche Beteiligung gibt es in dieser Form nicht nur in der Strafprozessordnung, sondern etwa auch im Polizeirecht (vgl. z.B. § 20k Abs. 5 BKAG: „Online-Durchsuchung“; § 46 Abs. 1 S. 1 BPolG: Durchsuchung von Wohnungen).

#### 1. Richtervorbehalte mit Verfassungsrang

Manche Richtervorbehalte haben Verfassungsrang, nämlich im Falle von Durchsuchungen (Art. 13 Abs. 2 GG, § 105 Abs. 1 StPO), des Einsatzes technischer Mittel in Wohnungen (Art. 13 Abs. 3 GG, § 100d Abs. 1 StPO) sowie der Anordnung von Untersuchungshaft (Art. 104 Abs. 2, 3 GG, § 114 Abs. 1 StPO)<sup>9</sup>. Daneben gibt es auch ungeschriebene Richtervorbehalte, die sich bei einer besonders hohen Eingriffsintensität aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ergeben.<sup>10</sup> Angenommen hat das Bundesverfassungsgericht dies etwa bei Eingriffen in das Grundrecht aus Art. 10 GG im Zusammenhang mit der Vorratsdatenspeicherung.<sup>11</sup>

#### 2. „Absolut“ geltende Richtervorbehalte

Einige Richtervorbehalte gelten absolut:<sup>12</sup> Will die Staatsanwaltschaft heimlich in einer Wohnung das dort von Personen nicht öffentlich Gesprochene abhören oder aufzeichnen, ist sie darauf angewiesen, dass dies von einer Kammer des Landgerichts angeordnet wird (§ 100d Abs. 1 S. 1 StPO), notfalls durch deren Vorsitzenden (§ 100d Abs. 1 S. 2 StPO). Ausgeschlossen ist eine Eilanordnung durch die Exekutive.

Das gilt auch etwa für die ohne Einwilligung vorgenommene molekulargenetische Untersuchung von Körperzellen zwecks Speicherung eines DNA-Identifizierungsmusters zur Aufklärung zukünftiger Straftaten (§ 81g Abs. 3 S. 2 StPO), die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 111a Abs. 1 S. 1 StPO), die Beschlagnahme eines periodischen Druckwerks (§ 111n Abs. 1 S. 1 StPO) und die Untersuchungshaft (§ 114 Abs. 1 StPO) – die Anordnung dieser Maßnahmen ist ausschließlich einem (Einzel-)Richter vorbehalten.

#### 3. „Relativ“ geltende Richtervorbehalte

Andere strafprozessuale Richtervorbehalte sind relativ gestaltet.<sup>13</sup> Dies bedeutet, dass einem Richter zwar grundsätzlich die Anordnungsbefugnis zusteht, diese bei „Gefahr im Verzug“ aber jedenfalls auf die Staatsanwaltschaft übergeht, in vielen Konstellationen sogar auf ihre Ermittlungspersonen. Um wen es sich dabei handelt, regeln (auf Basis von § 152 Abs. 2 GVG) vor allem von den Landesregierungen erlassene Rechtsverordnungen.<sup>14</sup> In manchen dieser Fälle bedarf es einer (nachträglichen) richterlichen Bestätigung (etwa bei § 131c Abs. 2 S. 1 StPO). Dort, wo der Richtervorbehalt in Verbindung mit „Gefahr im Verzug“ vorkommt, ist er normativ der Regelfall, die Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft und ihrer Ermittlungspersonen ist die Ausnahme.<sup>15</sup> Gerade an dieser Stelle kommt es immer wieder zu Spannungen, weil eine Aushebelung des Richtervorbehalts droht.

### IV. Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden

Für Ermittlungsbehörden ist der Richtervorbehalt oft lästig. Seit jeher gab es deshalb Versuche, durch die großzügige Annahme von „Gefahr im Verzug“ eine Eilzuständigkeit zu begründen und damit das Regel-Ausnahme-Verhältnis umzukehren. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen gravierenden Missstand mit einer grundlegenden Entscheidung im Jahr 2001 zu Recht gerügt.<sup>16</sup> Inzwischen hat sich die Praxis daran weitgehend orientiert, was zu einer spürbaren Verbesserung beim Grundrechtsschutz geführt hat.<sup>17</sup>

#### 1. „Gefahr im Verzug“

Ohne hier das normative Programm der StPO zur Eilkompetenz in jedem Detail darstellen zu können, sei dazu Folgendes komprimiert gesagt: „Gefahr im Verzug“ liegt vor, wenn infolge des Abwartens einer richterlichen Anordnung die infrage stehende konkrete Maßnahme nicht sofort erfolgen kann und hierdurch das mit der Maßnahme verfolgte Ziel gefährdet wird. Eine Gefährdung des Untersuchungserfolgs aufgrund

<sup>8</sup> BVerfG BeckRS 2015, 48330, Rn. 53; zum Rechtsschutzinteresse nach Erledigung siehe *Putzke/Scheinfeld*, Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2015, Rn. 371.

<sup>9</sup> Siehe auch Art. 5 Abs. 3 S. 1 Hs. 1 EMRK.

<sup>10</sup> Ausführlich dazu *Voßkuhle*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. V, 2013, § 131 Rn. 33 ff.

<sup>11</sup> Vgl. BVerfGE 125, 260 (334 ff.).

<sup>12</sup> Ausführlich dazu *Voßkuhle* (Fn. 10), § 131 Rn. 43 ff.

<sup>13</sup> Beispiele bei *Voßkuhle* (Fn. 10), § 131 Rn. 47 ff.

<sup>14</sup> Zu den Ermittlungspersonen gehören in Bayern etwa Forstassistenten, Polizeimeister oder Bergräte; vgl. § 1 Abs. 1 und 2 der Verordnung über die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft v. 21.12.1995 = GVBl 1996, S. 4.

<sup>15</sup> Vgl. BVerfG NJW 2001, 1121 (1122); siehe auch *Park*, StRR 2008, 244 (245).

<sup>16</sup> Siehe nur BVerfG NJW 2001, 1121.

<sup>17</sup> Vgl. *Park*, Durchsuchung und Beschlagnahme, 3. Aufl. 2015, Rn. 102.

von Verzögerung (vgl. § 81a Abs. 2 StPO) kann etwa gegeben sein bei drohendem Verlust eines Beweismittels oder einer drohenden Beeinträchtigung des Beweiswertes.<sup>18</sup> Insofern besteht kein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum der „Gefahr im Verzug“ annehmenden Behörde – die Annahme von „Gefahr im Verzug“ unterliegt vollständiger gerichtlicher Nachprüfung.<sup>19</sup> Deshalb müssen, soweit die Dringlichkeit nicht evident ist,<sup>20</sup> die Entscheidung durch konkrete Tatsachen begründet und der gesamte Vorgang in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Maßnahme in den Ermittlungsakten dokumentiert werden.<sup>21</sup> Spekulationen, hypothetische Erwägungen oder lediglich auf die kriminalistische Alltagserfahrung gestützte Vermutungen genügen dafür nicht.<sup>22</sup> Auch erfolglose Versuche, den Ermittlungs- oder Eilrichter zu kontaktieren, sind zu vermerken.<sup>23</sup>

## 2. Annahme von „Gefahr im Verzug“ nach Befassung eines („unwilligen“)<sup>24</sup> Ermittlungs- oder Eilrichters

a) Der Ausgangssachverhalt ist keineswegs ein Einzelfall<sup>25</sup> und sieht auf den ersten Blick nicht unbedingt danach aus, als hätten die Ermittlungsbehörden sich die Eilkompetenz angeeignet und den Richtervorbehalt umgangen. Denn immerhin sagt das Verfassungsgericht selber, dass „jedenfalls in einfach gelagerten Fällen“ keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen, „wenn der zuständige Richter allein aufgrund mündlich übermittelter Informationen entscheidet und die Durchsuchung auch mündlich anordnet“<sup>26</sup>. Als „einfach gelagert“ lässt der Ausgangsfall sich sicherlich noch bezeichnen. Daher wäre es allemal prozessordnungsgemäß gewesen, wenn der zuständige Ermittlungsrichter auf Basis eines mündlich gestellten und begründeten Antrags entschieden hätte. Wollte er aber offensichtlich nicht. Musste er auch nicht, denn dies wäre nicht kompatibel gewesen mit seiner richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG).

Es gibt aber auch in der Sache gute Gründe, die für die Unterbreitung einer schriftlichen Sachverhaltsschilderung streiten. Das Landgericht Limburg hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2009 die wichtigsten Aspekte wie folgt zusammengefasst:

<sup>18</sup> Zum Ganzen BVerfG NJW 2007, 1345 (1346); siehe auch Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 58. Aufl. 2015, § 98 Rn. 6; Park, StRR 2008, 244; Putzke/Scheinfeld (Fn. 8), Rn. 121.

<sup>19</sup> BVerfGE 103, 142 (157 f.).

<sup>20</sup> Vgl. LG Limburg NStZ-RR 2009, 384 (385).

<sup>21</sup> BVerfG NJW 2001, 1121 (1123).

<sup>22</sup> BVerfG BeckRS 2015, 48330, Rn. 70 m.w.N.; siehe auch Kühne, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, Rn. 409.2.

<sup>23</sup> BVerfG BeckRS 2015, 48330, Rn. 85

<sup>24</sup> Die den Verfassungsbeschwerden zugrundeliegenden Konstellationen firmieren teilweise unter der – wenig schmeichelhaften und in der Sache unzutreffenden – Bezeichnung „unwilliger Richter“ (siehe dazu etwa Hofmann, NStZ 2003, 230; ebenfalls zu der Problematik Beichel/Kieninger, NStZ 2003, 10; Krehl, NStZ 2003, 461).

<sup>25</sup> Vgl. BVerfG BeckRS 2015, 48330, Rn. 37 ff.

<sup>26</sup> BVerfG BeckRS 2015, 48330, Rn. 71.

„Das gesprochene Wort ist flüchtig und birgt zudem die Gefahr, dass gerade in Grenzfällen, in denen sich die richterliche Kontrolle zu bewähren hat, entscheidungserhebliche Details nicht in gebotener Sorgfalt dargestellt und abgewogen werden können. Zudem verschieben sich Verantwortlichkeiten. Mit der von den Ermittlungsbehörden zu fordernden schriftlichen Dokumentation eines vorläufigen Ermittlungsergebnisses geht ein *höheres Maß an Verantwortung* einher als dies in einem mündlichen Vortrag der Fall ist. Dies gilt insbesondere, wenn im Anfangsstadium von Ermittlungen richterliche Entscheidungen beantragt werden. Bei schriftlicher Unterbreitung der Ermittlungsergebnisse ist auch ausgeschlossen, dass Ermittlungsrichter und Polizeibeamter sich unterschiedlich an Details der Entscheidungsgrundlage erinnern. Schon die *Gefahr* derartiger *Missverständnisse* ist angesichts des Gewichts der Entscheidung zu vermeiden, schwächen solche Missverständnisse auch das Vertrauen in die Zuverlässigkeit richterlicher Entscheidungen.“<sup>27</sup>

b) Ungeachtet dessen hätte das Bundesverfassungsgericht auf das „verfassungsrechtliche Gebot einer effektiven Strafverfolgung“<sup>28</sup> verweisen und die Eilkompetenz bejahen können. Doch die Karlsruher Richter haben sich anders entschieden. Hatten sie dafür gute Gründe?

Bei Ermittlungsbehörden wird die Entscheidung zweifellos auf Unverständnis stoßen. Für sich genommen ist das allein natürlich kein Grund, deren Richtigkeit infrage zu stellen. Auf den ersten Blick scheint allerdings kein gewichtiger Grund erkennbar, warum es nicht zu einer Eilzuständigkeit führen soll, wenn ein Ermittlungsrichter sich bei einem einfach gelagerten Fall weigert, eine Anordnung auf Basis einer mündlichen Schilderung zu treffen. Letztlich, so könnte man meinen, ist das Verlangen, die bisher gewonnenen Erkenntnisse zu verschriftlichen und eine Akte anzulegen, nutzlose Förmerei – jedenfalls nicht zu rechtfertigen mit Blick auf das Gebot effektiver Strafverfolgung. In diesem Sinne argumentierte im Jahr 2005 der BGH, als er im Falle einer Ermittlungsrichterin, die bei einem Wohnungsdurchsuchungsantrag ohne Akte keinen Durchsuchungsbeschluss erlassen wollte, die Eilzuständigkeit der Staatsanwaltschaft absegnete: „Ein solches Vorgehen“, so der 5. Strafsenat, „entspricht der verfassungsrechtlichen Gewährleistung einer rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege, die sich, bei nachhaltiger Sicherung der Rechte des Beschuldigten, auch auf eine wirksame Strafverfolgung erstreckt.“<sup>29</sup>

Das Bundesverfassungsgericht erteilt dieser Argumentation bei Wohnungsdurchsuchungen nun eine glasklare Absage und stützt dies vor allem auf die von Art. 97 GG garantierte richterliche Unabhängigkeit: Ab dem Zeitpunkt seiner Befassung trage „allein der Richter die Verantwortung für die Anordnung der Durchsuchung, so dass ihm auch die Abwägung und Entscheidung obliegt, ob und inwieweit durch den von ihm zu verantwortenden Prüfungsvorgang der Ermittlungs-

<sup>27</sup> LG Limburg NStZ-RR 2009, 384 (386) – *Hervorhebungen* im Original.

<sup>28</sup> BVerfG BeckRS 2015, 48330, Rn. 92.

<sup>29</sup> BGH NStZ 2006, 114 (115); zust. wohl auch Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 258.

erfolg gegebenenfalls gefährdet wird. Wie er diesen Prozess ausgestaltet, ist Ausfluss seiner ihm durch Art. 97 GG garantierten Unabhängigkeit.<sup>30</sup>

Bei alledem ist dem Bundesverfassungsgericht die Gefahr nachteiliger Konsequenzen für die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs sehr wohl bewusst. Dies sei aus zwei Gründen hinzunehmen: erstens zur Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit, zweitens im Interesse der Effektivität präventiven Grundrechtsschutzes.

Die Schlussfolgerung, die das Bundesverfassungsgericht daraus zieht, ist gleichermaßen folgerichtig wie kompromisslos: „Haben die Ermittlungsbehörden den zuständigen Ermittlungs- oder Eilrichter mit der Sache befasst, ist für ihre Eilkompetenz kein Raum.“<sup>31</sup> Auf dieser Basis ist die Bewertung des Ausgangsfalls klar: Durch den mündlich gestellten Antrag war der zuständige Ermittlungsrichter mit dem Erlass der Durchsuchungsanordnung befasst gewesen. Dadurch wurde die Eilkompetenz verdrängt, die mangels neuer tatsächlicher Umstände auch nicht wiederauflebte, nachdem der Ermittlungsrichter sich geweigert hatte, ohne Akte zu entscheiden.

## V. Praktische Auswirkungen

Zunächst einmal ist festzuhalten, dass der Richter, dem ein Antrag unterbreitet wurde, nicht gleichzusetzen ist mit einem, der trotz ernsthafter Versuche gar nicht erreicht werden konnte. In letzterem Fall darf – bei drohendem Beweismittelverlust – die Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung auch weiterhin durch die Ermittlungsbehörden erfolgen.<sup>32</sup> Freilich muss dies dokumentiert werden.

Abgesehen davon werden die Ermittlungsbehörden sich, jedenfalls bei verfassungsrechtlich verankerten Richtervorbehalten, auf die geänderten Bedingungen einstellen müssen: Zulässig sind nach wie vor sowohl mündliche Anträge als auch (ausnahmsweise)<sup>33</sup> sogar mündliche Anordnungen, wobei eine zeitnahe schriftliche Dokumentation erforderlich ist.<sup>34</sup> Sollte ein Ermittlungs- oder Eilrichter allerdings auf der Vorlage schriftlicher Unterlagen bestehen, sperrt seine Befassung mit der Sache eine Eilentscheidung der Ermittlungsbehörden. Das gilt im Übrigen „unabhängig davon, aus welchen Gründen die richterliche Entscheidung über den Durchsuchungsantrag unterbleibt“<sup>35</sup>, weshalb ein „unwilliger Richter“<sup>36</sup> es zukünftig allein zu verantworten hat, wenn es wegen seiner Unlust zu einem Beweismittelverlust kommt.

Ein Verstoß gegen einen verfassungsrechtlich verankerten Richtervorbehalt ist als besonders schwerwiegend anzusehen mit der Folge, dass erlangte Beweise einem Beweisverwertungsverbot unterliegen.<sup>37</sup>

Neu begründet werden kann die Eilkompetenz nur dann, „wenn nach der Befassung des Richters tatsächliche Umstände eintreten oder bekannt werden, die sich nicht aus dem Prozess der Prüfung und Entscheidung über diesen Antrag ergeben, und hierdurch die Gefahr eines Beweismittelverlusts in einer Weise begründet wird, die der Möglichkeit einer rechtzeitigen richterlichen Entscheidung entgegensteht“<sup>38</sup>.

Offen geblieben ist die Frage, wie Konstellationen zu behandeln sind, in denen kein verfassungsrechtlich verankerter Richtervorbehalt (s.o. III. 1.) im Spiel ist. Der Hinweis auf die richterliche Unabhängigkeit verliert dann nicht an Kraft. Anders zu gewichten ist jedoch der präventive Grundrechtsschutz. Deshalb dürfte eine differenzierende Lösung vertretbar sein: Ist der Richtervorbehalt nicht verfassungsrechtlich, sondern nur einfachgesetzlich verankert, lebt die Eilkompetenz bei drohendem Beweismittelverlust trotz (telefonischer) Befassung des zuständigen Ermittlungs- oder Eilrichters wieder auf, wenn dieser sich bei einem einfach gelagerten Sachverhalt, bei dem wegen der unmittelbar zuvor erfolgten Einleitung eines Ermittlungsverfahrens noch keine Akte angelegt werden konnte, weigert, ohne schriftliche Unterlagen eine Anordnung zu treffen.<sup>39</sup> Denn in solchen Fällen lässt sich das Verhalten des Richters als willkürlich einstufen. Erst recht gilt das für einen Ermittlungs- oder Bereitschaftsrichter, der sich seiner richterlichen Tätigkeit gänzlich verweigert, etwa weil er vor einer Anordnung seine Golfrunde zu Ende spielen möchte. Früher oder später wird auch zu Konstellationen, in denen es um einfachgesetzliche Richtervorbehalte geht, eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nötig sein.

Selbst wenn man in diesen Fällen die Eilzuständigkeit verneint und die Anordnung wegen „Gefahr im Verzug“ für rechtswidrig ansieht, dürfte daraus nicht automatisch ein Beweisverwertungsverbot folgen, weil der Verstoß sich, auf Basis der Abwägungslehre,<sup>40</sup> mangels verfassungsrechtlicher Verankerung des Richtervorbehalts nicht als besonders schwerwiegend darstellt.

## VI. Fazit

Die Bekräftigung der Regelzuständigkeit beim Richtervorbehalt bedeutet für Ermittlungs- und Eilrichter nicht nur eine Stärkung ihrer Unabhängigkeit, sondern auch eine Verschiebung und damit einen Zuwachs an Verantwortung: Ermittlungs- und Eilrichter sind Garanten sowohl effektiver Strafverfolgung als auch effektiven Grundrechtsschutzes. In diesem Spannungsverhältnis Entscheidungen zu treffen, ist anspruchsvoll und setzt ein hohes Maß an Qualifikation und Motivation voraus. Alles in allem hat das Bundesverfassungsgericht eine überzeugende Entscheidung getroffen. Zu Recht kann sie als „Ausdruck hoher Rechtskultur“<sup>41</sup> gelten.

*Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M., Passau*

<sup>30</sup> BVerfG BeckRS 2015, 48330, Rn. 93.

<sup>31</sup> BVerfG BeckRS 2015, 48330, Rn. 77.

<sup>32</sup> BVerfG BeckRS 2015, 48330, Rn. 84.

<sup>33</sup> BVerfG NJW 2010, 2864 (2865 Rn. 30).

<sup>34</sup> BVerfG BeckRS 2015, 48330, Rn. 71.

<sup>35</sup> BVerfG BeckRS 2015, 48330, Rn. 82.

<sup>36</sup> Siehe dazu oben Fn. 24.

<sup>37</sup> Dahingehend auch *Vofßkuhle* (Fn. 10), § 131 Rn. 114; *Park*, StV 2016 (noch unveröffentlicht), Anm. zu BVerfG, Beschl. v. 16.6.2015 – 2 BvR 2718/10 u.a.

<sup>38</sup> BVerfG BeckRS 2015, 48330, Rn. 94.

<sup>39</sup> Anderer Ansicht LG Berlin NStZ 2010, 415 f. (zu § 81a Abs. 2 StPO); wie hier *Hofmann*, NStZ 2010, 416.

<sup>40</sup> Dazu *Putzke/Scheinfeld* (Fn. 8), Rn. 419 ff.

<sup>41</sup> *Park*, StV 2016 (noch unveröffentlicht).