

A. Zum Begriff der polizeilichen Hausdurchsuchung im öffentlichen Recht

I. Einleitung

In allen landesrechtlichen Gesetzen zum allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht finden sich heute die nach Art. 13 II GG erforderlichen speziellen Rechtsgrundlagen für eine Wohnungsdurchsuchung. Die Vorschriften schöpfen dabei den durch Art. 13 III GG eingeräumten Spielraum aus und sehen gegenüber der Durchsuchung erweiterte Betretungsbefugnisse vor.¹ Dargelegt werden hier die grundlegenden Inhalte der polizeilichen Wohnungsdurchsuchung, die das öffentliche Recht betreffen und ihrer sich daraus ergebenden Probleme.

II. Zum Problem der Verfassungsmäßigkeit der polizeilichen Hausdurchsuchung aufgrund Gefahr im Verzuge

Tatbestandliche Voraussetzung für das Betreten und Durchsuchen von Wohnungen durch Polizeibeamte aufgrund von Gefahr im Verzug ist, dass Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sich in ihr eine Sache befindet, die nach § 40 Nr. 1 HSOG zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr sichergestellt werden kann.²

Fraglich ist die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung, da Art. 13 III GG eine dringende Gefahr voraussetzt, d.h. zusätzlich zu den erhöhten Anforderungen an die zeitliche Schadensnähe und an die Wahrscheinlichkeit werden auch erhöhte Anforderungen an die Bedeutung des gefährdeten Rechtsgutes gestellt (Gedanke der Erheblichkeit).³

Nur wenn also in das Merkmal der „Gegenwärtigkeit“ an dieser Stelle auch erhöhte Anforderungen an die Intensität hineininterpretiert werden, kann diese Eingriffsalternative im Wege

¹ Habermehl, 3.10.2, Rn. 621.

² Berner/Groß/Mende § 38 Rn.9.

³ Habermehl, Rn. 573/4, 580ff.

verfassungskonformer Auslegung als verfassungsrechtlich zulässig angesehen werden.

III. Die Regelung der Hausdurchsuchung im HSOG

Der heutige § 38 HSOG regelt in Anlehnung an § 31 HPG von 1954 und § 52 HSOG in der Fassung von 1964 das Betreten und Durchsuchen von Wohnungen durch die Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden in Absatz 2 und allein durch die Polizeibehörden in den Absätzen 3 und 4.⁴ Zielrichtung muss dabei die Gefahrenabwehr sein, ansonsten greifen die §§ 102 ff. StPO.⁵

1. Der Wohnungsbegriff des § 38 II HSOG

Danach sind neben den Räumen, die zum Aufenthalt von Menschen bestimmt sind auch Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume einzubeziehen sowie das befriedete Besitztum, soweit es mit diesen Räumen in Verbindung steht.⁶ Es werden also nicht nur Räume erfaßt, die zum eigentlichen Wohnen dienen. Also alle Räume, die zum dauernden Aufenthalt von Menschen bestimmt und geeignet sind. Generell fallen Räumlichkeiten wie Etagenwohnungen, Einfamilienhaus oder Zimmer des Untermieters, Hotelzimmer, bewohnbare Schiffe, Wohnwagen und Zelte, Schlafkojen in Lastwagen und auch die damit verbundenen Nebenräume wie Garagen, Keller, Dachböden, Treppenhäuser und Toilettenräume, Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume unter diesen Begriff. Ebenso befriedetes Besitztum also eingefriedete Grundstücke, fallen unter den Wohnungsbegriff des § 38 HSOG. Die Grundstücke müssen jedoch entweder bebaut sein bzw. ein sonstiger Raum muss sich darauf befinden oder aber das Grundstück muss direkt an eine der oben genannten Räumlichkeiten angrenzen, wie etwa ein Hausgarten oder ein befriedeter Lagerplatz.⁷

⁴ Berner/Groß/Mende § 38 Rn.1

⁵ Berner/Groß/Mende § 38 Rn.1.

⁶ BVerfGE vom 13. Oktober 1971.

⁷ Berner/Groß/Mende § 38 Rn.7.

Außer der Objekte, die unter den Wohnungsbegriff fallen, können aber ebenso aufgrund von Gefahr im Verzug Räume durchsucht werden, die zur Ablegung von Gegenständen dienen oder aber auch Schlupfwinkel.

a. Durchsuchung von Räumen zur Ablegung von Gegenständen in Abgrenzung zur Wohnung

Ein Raum dient zur Ablegung von Gegenständen, wenn sich in ihm Gegenstände befinden, die auf Grund der Begehung einer Straftat in den Besitz des Gewahrsamsinhabers gekommenen sind, und diese nun dort ausfindig gemacht werden sollen. Zur Niederlage dieser Sachen dienen Räume, in denen diese Gegenstände gelagert werden, sei es, weil sie verkauft werden sollen, ihr Verkauf vorbereitet wird oder auch nur, um die Sachen so lange zu verstecken, bis sie nicht mehr „heiße Ware“ sind.⁸ So handelt es sich bei diesen Räumen z.B. um Geschäftsräume oder Wohnungen von Hehlern oder bekannten illegalen Drogendealern.

b. Durchsuchung von Schlupfwinkeln in Abgrenzung zur Wohnung

Der Begriff Schlupfwinkel beinhaltet notwendigerweise ein Verbergen oder Verstecken. Schlupfwinkel des Glückspiels, des unerlaubten Betäubungsmittel- oder Waffenhandels oder der Prostitution ist jeder Ort, an dem jemand unter Entzug der allgemein üblichen Beobachtungsmöglichkeit einer der genannten Tätigkeiten nachgeht.⁹ Erforderlich ist die Ausübung der Tätigkeit insgeheim und ohne staatliche Konzession, Billigung oder Überwachung.¹⁰

2. Hausdurchsuchung aufgrund Gefahr im Verzug

Nach § 38 II HSOG kann durchsucht werden, wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder für Sachen von bedeutendem Wert erforderlich ist. Bei gemeiner Gefahr und bei Lebensgefahr für einzelne ergibt sich die Eingriffsbefugnis schon unmittelbar aus Art. 13 GG.

⁸ Benfer, S. 72 Rn. 129.

⁹ Samper, Art. 37 Rn.21.

¹⁰ Benfer, S. 72 Rn. 130.

Eine gemeine Gefahr im Sinne des Art. 13 III GG ist eine Gefahr für Leib oder Leben einer Vielzahl von Personen. Das ergibt sich aus der Gegenüberstellung mit der Lebensgefahr für einzelne. Fälle einer gemeinen Gefahr sind u.a. Feuer, Überschwemmungen und sonstige Naturkatastrophen. Eine Lebensgefahr für einzelne ist dagegen eine solche Gefahr, bei der nur Leib oder Leben eines einzelnen auf dem Spiel stehen. Die gemeine Gefahr wird vom Gesetzestext nicht mehr aufgegriffen, während in der Erwähnung der Lebensgefahr für einzelne eine Klarstellung gesehen werden kann. Bei Gefahren für die körperliche Unversehrtheit und die Freiheit ist ausreichende Intensität im Hinblick auf das Rechtsgut immer gegeben. In Bezug auf das Vermögen hebt der Gesetzgeber aus Gründen der Verfassungskonformität die Eingriffsschwelle an, indem er Sachen von bedeutendem Wert verlangt. Der hohe Wert muß sich nach objektiven Maßstäben in einer Geldsumme fixieren lassen.¹¹ Nur wenn also extrem wertvolle Gegenstände deren Existenz es zu bewahren gilt in Gefahr sind, kann die Polizei eine Hausdurchsuchung aufgrund von Gefahr im Verzug vornehmen.

§ 38 IV HSOG eröffnet bei Gefahr im Verzug die flächendeckende Durchsuchung von Baulichkeiten, die mehr als eine Wohnung umfassen. Dies hat dann Bedeutung, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass ein Täter eine entführte Person in einem größeren Gebäude, Wohnblock oder Wohnviertel verborgen hält, ohne dass der Verdacht auf eine einzelne Wohnung eingengt werden kann. Angesichts der Weite der Eingriffsbefugnis darf es keine andere Möglichkeit geben, den angestrebten Erfolg zu erreichen.

Eine Durchsuchung zur Nachtzeit ist gem. § 38 V HSOG bei Gefahr im Verzug zulässig. Die Nachtzeitbeschränkung besteht nicht bei Einwilligung in die Durchsuchung durch den Hausrechtsinhaber. Eine bei Tage begonnene Durchsuchung darf bis in die Nacht

¹¹ Samper Anm. 7 zu Art. 22.

fortgesetzt werden, wenn dies erforderlich ist. Allerdings ist rechtzeitig zu beginnen.

Ein jederzeitiges Betretungsrecht für die Polizeibeamten gem. § 38 VI HSOG besteht auch, wenn eine dringende Gefahr i.S. d. Art. 13 III GG vorliegt. Diese muß noch nicht eingetreten sein.¹² Vielmehr ist es ausreichend, wenn die Beschränkung des Grundrechtes der Unverletzlichkeit der Wohnung dem Zweck dient, einen solchen Zustand zu verhindern. Es ist ausreichend, wenn eine Sachlage oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein wichtiges Rechtsgut schädigen wird.¹³

Diese Voraussetzungen lassen sich bei den „gefährlichen Orten“ i.S.d. § 18 II Nr.1 HSOG bejahen, an die § 38 VI HSOG anknüpft (gefährliche Wohnungen, Verbrechernester). Auch wenn die Straftaten nicht unter Art. 13 III GG subsumiert werden können, - § 38 VI HSOG verzichtet auf diese Einengung - kann unter den weiteren Voraussetzungen des § 38 VI HSOG eine dringende Gefahr bejaht werden.¹⁴

Die Rechtsfolge des Vorliegens einer dringenden Gefahr ist eine erleichterte Betretungsbefugnis der Polizei. Allein unter diesen Voraussetzungen kann eine Wohnung jederzeit betreten, nicht jedoch durchsucht werden. Durch polizeiliche Präsenz soll der Wohnungsnutzer verunsichert und Gefahr verhütet werden. Die Identitätsfeststellung richtet sich nach §18 HSOG, § 38 VI HSOG ermöglicht jedoch diese Maßnahme an den beschriebenen Orten.

Ein erweitertes Betretungsrecht nach § 38 VII HSOG erlaubt das Betreten von gewerblichen Räumen und von öffentlichen Räumen, unter den Voraussetzungen des § 1 I HSOG. Das bedeutet, dass insoweit für ein Betreten eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausreicht. Die Erleichterung der Voraussetzungen für ein Betreten von Räumen, die ihrer Bestimmung nach der

¹² BVerwGE 17, 232/251.

¹³ BVerwGE47, 31/40.

¹⁴ Berner/Groß/Mende, § 38 A. IV., Rn. 15.

Öffentlichkeit dienen, ist zulässig, da insoweit Art. 13 GG nur bedingt eingreift.¹⁵ Solche Räume genießen nicht den vollen grundrechtlichen Schutz, da ihn der Inhaber nicht in vollem Umfang in Anspruch nimmt.¹⁶ Die Eröffnung von Kundenverkehr, wie etwa in einem Kaufhaus oder in einer Gaststätte, erfüllt diese Voraussetzungen, wenn auch der Betreiber sich die Selektierung von Kunden zumindest vorbehält.¹⁷ Das erweiterte Betretungsrecht greift nur, wenn es während der Betriebszeit ausgeübt wird. Insoweit dürfte auch nicht die rechtlich zulässige, sondern die faktische Betriebszeit entscheidend sein.¹⁸

3. Betreten und Durchsuchen in § 38 HSOG

Die Ausübung bloßer Betretungs- und Besichtigungsrechte ist keine Durchsuchung.¹⁹ Allerdings ist die Suche nach Personen oder Sachen oder die Ermittlung eines Sachverhalts in einer Wohnung nicht als Ausübung eines Betretungs- oder Besichtigungsrechts zu bewerten, sondern als Durchsuchung.²⁰ Wo liegen demnach die Grenzen zwischen Durchsuchung und Betreten?

a. Das Betreten besteht in dem Eintreten, Verweilen und Beobachten. Aufgrund Betretungsbefugnis darf die Polizei sich also Eingang verschaffen, und zwar durch die regulären Eingänge wie auch durch Fenster, Keller oder Dachluken. Soweit sie dabei Gewalt gegen Sachen anwendet, z.B. ein Schloss aufbricht, handelt es sich um die Anwendung unmittelbaren Zwanges in Durchsetzung einer auf das Öffnen gerichteten Begleitverfügung, deren Rechtmäßigkeit sich nach der Generalermächtigung sowie dem Vollstreckungsrecht beurteilt.²¹ Die Betretungsbefugnis umfasst ein Aufenthaltsrecht, solange die Voraussetzungen für das Betreten vorliegen. Das

¹⁵ Maunz/Dürig, Art. 13, Rn. 9.

¹⁶ BVerfGE 32, 54.

¹⁷ Heise, § 19 Rn.22.

¹⁸ Berner/Groß/Mende § 38 Rn.17.

¹⁹ BVerfGE 32, 54.

²⁰ BVerfGE, NJW 1975, 130.

²¹ Habermehl, 3.10.1 Rn. 617

Betreten zielt auf die Wahrnehmung der Vorgänge in der Wohnung, um danach entsprechende Maßnahmen treffen zu können.²²

b. Durchsuchen ist dagegen das ziel- und zweckgerichtete Suchen nach Personen oder Sachen oder die Ermittlung einer Gefahrenquelle.²³ Ebenso zur Ermittlung eines Sachverhaltes, um etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offen legen oder herausgeben will.²⁴

c. Beide Maßnahmen, das Betreten und die Durchsuchung setzen schon begrifflich eine körperliche Anwesenheit von Polizeibeamten in der Wohnung voraus und sind ihrer Natur nach nicht heimlich.²⁵

4. Richterliche Anordnung der Durchsuchung

Es bedarf gem. Art. 13 GG außer bei Gefahr im Verzug einer richterlichen Anordnung der Durchsuchung. Für die Durchsuchung gelten erst recht die Voraussetzungen, die das Grundgesetz in Art. 13 III GG ausdrücklich nur für das Betreten vorsieht. Also entweder eine gemeine Gefahr oder eine Lebensgefahr für einzelne Personen. Dies kann ohne einfachgesetzliche Grundlage erfolgen. Oder zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung – aufgrund eines Gesetzes- weil eine Durchsuchung immer erst nach Betreten möglich ist und das Durchsuchen den stärkeren Eingriff darstellt.²⁶ Das Erfordernis der „dringenden“ Gefahr ist dahin zu verstehen, dass entweder eine zeitlich gesteigerte, akute Gefahr oder eine normal drohende Gefahr für allerdings besonders wichtige Rechtsgüter wie insbesondere Freiheit, Leib oder Leben einer oder mehrerer Personen („erhebliche Gefahr“) vorliegen muss.²⁷

IV. Problem der Durchsuchung bei Staatsorganen

²² Habermehl, 3.10.1 Rn. 617.

²³ Berner/Groß/Mende § 38 Rn.3.

²⁴ BVerfGE 51, 107; BVerwGE 47,37.

²⁵ Habermehl, 3.10.1. Rn. 619.

²⁶ Berner/Groß/Mende § 38 Rn.4.

²⁷ Habermehl, 3.10.2. Rn.623.

Eine Hausdurchsuchung durch die Polizei von privaten Wohnungen aufgrund von Gefahr im Verzug ist möglich. Problematisch gestaltet sich jedoch die Frage, ob die Polizei als Exekutivorgan des Staates bei anderen Organen des Staates Durchsuchungen aufgrund von Gefahr im Verzug vornehmen kann. 1. So ging vor kurzem noch der VGH Kassel davon aus, dass Hoheitsträger bei der Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben zwar materiell polizeipflichtig sind, die Gefahrenabwehrbehörden ihnen aber nicht mit Befehl und Zwang vorgehen dürften, wenn dadurch in deren hoheitliche Tätigkeit eingegriffen würde und dies nicht durch eine gesetzliche Eingriffsbefugnis ausdrücklich erlaubt sei.²⁸

2. In Art. 40 II S.2 GG wird darauf verwiesen, dass Durchsuchungen und Beschlagnahme in den Räumen des Bundestages von der Genehmigung des Bundestagspräsidenten abhängig gemacht werden. Durch diese schon in Art. 38 II WRV enthaltene Privilegierung sollen einerseits die Institution Bundestag, andererseits das Hausrecht und die Autorität des Bundestagspräsidenten geschützt werden.²⁹ In Anbetracht dieses Schutzzweckes richtet sich das in Art. 40 II S.2 GG enthaltene Verbot nicht nur gegen Maßnahmen der Strafverfolgungsbehörden gem. §§ 102 ff. StPO, sondern ebenso gegen sonstige strafprozessuale Zwangsmaßnahmen und Zwangsmaßnahmen auf zivilrechtlichem und öffentlich rechtlichem Gebiet.³⁰ Unter Genehmigung ist nach dem Sinn der Vorschrift entgegen sonstigem juristischem Sprachgebrauch nicht die nachträgliche Zustimmung zu verstehen.³¹ Die in Art. 40 II S.2 GG angesprochenen Zwangsmaßnahmen sind vielmehr ausschließlich dann zulässig, wenn der Bundespräsident vorher zugestimmt hat.

3. Hätte auch der Verfassungsgeber die Anwendung hoheitlicher Zwangsmittel im Verhältnis der Staatsorgane zueinander für

²⁸ VGH-Kassel, NVwZ 1997, 304 (305).

²⁹ Stern Bd. II S.86.

³⁰ Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 40 Rn.10.

³¹ Dissertation Die Hausdurchsuchung bei öffentlichen Anstalten, S. 79

ausgeschlossen gehalten, so hätte er die in Art. 40 II S.2 GG enthaltenen Regelungen nicht treffen müssen.³² Damit scheint er von der grundsätzlichen Anwendbarkeit von Zwangsmitteln gegenüber anderen Staatsorganen ausgegangen zu sein. Dafür spricht auch, dass allgemein ein Eingreifen der Polizei bei Notfällen gegenüber Hoheitsträgern anerkannt ist.³³ Bei einer Hausdurchsuchung aufgrund von Gefahr im Verzug kann von solch einem Notfall ausgegangen werden. Eine Hausdurchsuchung der Polizei bei einer öffentlich rechtlichen Behörde ist demnach möglich.

V. Polizeiliche Hausdurchsuchung bei militärischen Quartieren

Gemäß Art. 7 X a S.2 NATO-Truppenstatut kann die „Militärpolizei der Truppe“ innerhalb der, der verbündeten Entsendetruppe überlassenen Liegenschaften Ordnungs- und Schutzmaßnahmen treffen.³⁴ Sie haben in allen Lagern, Anwesen oder anderen Liegenschaften, die sie aufgrund einer Vereinbarung mit dem Aufnahmestaat innehaben, die Polizeigewalt. Die Bestimmung begründet keine Exterritorialität der Liegenschaften.³⁵ Unter Polizeigewalt sind polizeiliche Maßnahmen zur Gefahrenabwehr wie auch zur Strafverfolgung zu verstehen.³⁶ Ein Problem stellt demnach die Frage dar, ob die Landespolizei gem. § 38 HSOG für Haus- und Wohnungsdurchsuchungen in den Housing Areas der Streitkräfte zuständig ist, oder ob dies dem Aufgabenbereich der (ausländischen) Militärpolizei unterfällt. Unter Housing Area werden die Wohngebiete (Siedlungen) des Militär- und Zivilpersonals des Hauptquartiers und ihrer Angehörigen (dependents) verstanden.³⁷ Die Housing Area ist keine Liegenschaft im Sinne von Art. 7 X a NATO-Truppenstatut („camps, establishments or other premises“) bzw. Art. 23

³² Dissertation Die Hausdurchsuchung bei öffentlichen Anstalten, S. 79

³³ Sadler, § 17 Rn. 19ff.

³⁴ Heinen, Die Polizei 2001 S. 77.

³⁵ Gronimus, S. 101.

³⁶ Heinen, Die Polizei 2001 S. 77 (78).

³⁷ Heinen, Die Polizei 2001 S. 77(81).

Ergänzungsabkommen zum HQ-Protokoll („accomodations“). Diese Liegenschaften sind die Grundstücksflächen, Gebäude, Einrichtungen und Anlagen, die militärisch zur Einrichtung und zum Betrieb des Hauptquartiers genutzt werden. Bei den Gebäuden der Housing Area handelt es sich jedoch vielmehr um Privatbesitz (Miete) der Angehörigen der verbündeten Streitkräfte. Präventive Maßnahmen, wie auch Hausdurchsuchungen bei Gefahr im Verzug sind für die Militärpolizei gem. Art. 7 Xa NATO-Truppenstatut dort nicht möglich. Allerdings kann die Militärpolizei im Rahmen ihres Streifenrechts in den Housing Areas patrouillieren.

Auch ein Einsatz von Feldjägern in Housing Areas kommt nicht in Betracht. Der Housing Area fehlt die Qualität eines militärischen Bereiches im Sinne von § 2 Abs. 1 UZwGBw (Gesetz über den unmittelbaren Zwang der Bundeswehr).

Unmittelbarer Zwang durch Einheiten der Militärpolizei kann auch nicht nach §§ 9 ff. UZwGBw mit dem Schutz der Angehörigen der verbündeten Streitkräfte begründet werden. Die Soldaten sowie das zivile Gefolge sind während ihres Aufenthaltes in der Housing Area grundsätzlich außer Dienst. Ihre Angehörigen gehören nicht zum geschützten Personenkreis gem. § 3 II UZwGBw.

Neben den fehlenden Rechtsgrundlagen zum Schutz der Housing Area ist auch keine sachliche Zuständigkeit der Militärpolizei und der Feldjäger erkennbar. Der Schutz von Privatbesitz ist Aufgabe der jeweiligen Landespolizei („Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit“).³⁸

Demnach ist also die Deutsche Landespolizei für eine Haus- und Wohnungsdurchsuchung aufgrund von Gefahr im Verzuge in Housing Areas ausländischer Streitkräfte zuständig.

VI. Ländervergleich zur polizeilichen Hausdurchsuchung

³⁸ Heinen, Die Polizei 2001 S. 77(82).

Bei Hausdurchsuchungen durch die Polizei geht das BVerfG in seinem letzten Urteil dazu³⁹, von einer Quote staatsanwaltschaftlicher Anordnung der Hausdurchsuchung von 75 % aus, der Anwaltstag 1991 sprach von 90 – 95 % polizeilicher und staatsanwaltschaftlicher Entscheidungen. In Bremen geht man von einem Anteil der Eilkompetenzfälle von 95 % aus.⁴⁰

Eine ältere bundesweite Studie stellte fest, dass nur 6-10% aller Durchsuchungen in drei LG-Bezirken Nordrhein-Westfalens von einem Richter, hingegen 90 – 93 % von einem Hilfsbeamten des Staatsanwaltschafts angeordnet worden waren.⁴¹

Eine neuere Untersuchung verfolgte die Handhabung der Eilkompetenz durch Kriminalbeamte in Drogen-Ermittlungsverfahren. Dabei stimmten einer Wohnungsdurchsuchung ohne richterliche Beschlussgrundlage in Hessen 16 % der Befragten, in Nordrhein-Westfalen 19 %, in Baden - Württemberg 33 % und in Bayern sogar 61 % zu. Dieser Befund weist vor allem auch auf ausgeprägte regionale Ungleichheiten in der Anwendung des strafprozessualen Instrumentariums hin. Ca. 50 – 70 % aller Durchsuchungen in Betäubungsmittelverfahren werden von der Polizei aufgrund des Vorliegens von Gefahr im Verzug angeordnet, d.h. das gesetzliche Regel-Ausnahme-Verhältnis von richterlicher Anordnung und Eilkompetenzanordnung der Strafverfolgungsbehörden scheint in der Praxis tatsächlich umgekehrt.⁴² Legt man diesen Befund zugrunde, so kann in der Folge der neuesten BVerfG-Entscheidung zur Hausdurchsuchung aufgrund Gefahr im Verzug tatsächlich eine tiefgreifende Veränderung der Strafverfolgungspraxis bei Polizei und Staatsanwaltschaft sowie auf Seiten der Gerichte erwartet werden. Dies jedenfalls für den Bereich der massenhaft auftretenden Alltagskriminalität.⁴³ Untersuchungen

³⁹ BVerfGE vom 20. Februar 2001.

⁴⁰ Asbrock, ZRP 1998, 17ff.

⁴¹ Nelles, S. 206 (215).

⁴² Stock/Kreuzer, S. 257ff.

⁴³ Stock, Die Polizei 2001, S. 138 (139).

ergaben nämlich, das in komplexen Verfahren schwerer Kriminalität arbeitende Fahnder deutlich legalistischer agieren.⁴⁴

B. Zum BVerfG-Urteil zur polizeilichen Hausdurchsuchung

Durch die neueste Rechtsprechung des BVerfG könnte die Durchführung von Hausdurchsuchungen aufgrund Gefahr im Verzuge durch Staatsanwaltschaft und Polizei sich in Zukunft schwieriger gestalten. Ein Weiterführen der bisherigen polizeilichen Durchsuchungspraxis wird als – nach Ansicht des BVerfG – verfassungswidrig eingestuft und zu unterbinden sein.

I. Das Urteil des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 20. Februar 2001.

Das BVerfG stellte in seinem Urteil in Bezug auf die Anforderungen die bei Durchsuchungen der Polizei aufgrund von Gefahr im Verzuge zu stellen wären, folgende Punkte klar.

1.a) Der Begriff „Gefahr im Verzug“ in Art. 13 II GG ist eng auszulegen; die richterliche Anordnung einer Durchsuchung ist die Regel, die nicht richterliche die Ausnahme.⁴⁵

b) „Gefahr im Verzug“ muss mit Tatsachen begründet werden, die auf den Einzelfall bezogen sind. Reine Spekulationen, hypothetische Erwägungen oder lediglich auf kriminalistische Alltagserfahrungen gestützte, fallunabhängige Vermutungen reichen nicht aus.⁴⁶

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.⁴⁷

⁴⁴ Stock/Kreuzer, S. 257ff

⁴⁵ BVerfGE vom 20.2.2001

⁴⁶ BVerfGE vom 20.2.2001

⁴⁷ BVerfGE vom 20.2.2001

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.⁴⁸

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.⁴⁹

II. Die Entscheidung und ihre Konsequenzen:

1. Engere rechtliche Grenzen des Durchsuchungsermessens

Durch das aktuelle Urteil bestätigt das BVerfG zum einen seine bisherige Rechtsprechung, wonach die Durchsuchung einer Wohnung grundsätzlich schwerwiegend in die durch Art. 13 I GG geschützte Unverletzlichkeit der persönlichen Lebenssphäre eingreift.⁵⁰ Bisher reichte demnach für die Durchsuchung die auf kriminalistischer Erfahrung basierende schlichte Vermutung, der Zweck der Durchsuchung könne erreicht werden.⁵¹

Aufgrund der neuen Entscheidung postuliert das BVerfG nun zum ersten Male, dass die Prävention des Richtervorbehaltes wirksam von Bund und Ländern so umgesetzt werden muss, dass eine wirksame präventive richterliche Kontrolle der Justiz bei Durchsuchungen möglich sein muss.

Der 2. Senat legt in seiner Entscheidung verbindlich fest, dass es sich bei dem Begriff Gefahr im Verzug um einen, auf der Tatbestandsseite einer nichtrichterlichen Anordnung nach § 105 I S. 1 StPO stehenden unbestimmten Rechtsbegriff handelt, der den

⁴⁸ BVerfGE vom 20.2.2001

⁴⁹ BVerfGE vom 20.2.2001

⁵⁰ BVerfGE 42, S. 212.

⁵¹ Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 102 Rn. 2.

Strafverfolgungsorganen bei ihrer Zuständigkeitsentscheidung keinen Beurteilungsspielraum einräumt.

Als Folge dieser rechtlichen Einordnung wird den Strafverfolgungsbehörden keine Letztentscheidungsbefugnis mehr gewährt und ihre Rechtsanwendung unbeschränkter gerichtlicher Überprüfung unterzogen. Mit dieser Aussage entscheidet das BVerfG den Streit darüber, ob solch eine uneingeschränkte Überprüfung der Rechtsanwendung durch die Gerichte möglich sei oder nicht.

Der bisher weit verbreiteten Rechtsauffassung, es handele sich bei Gefahr im Verzug um einen Rechtsbegriff, dessen inhaltliche Konkretisierung im Anwendungsfall den zuständigen Behörden vorbehalten sei, ist mit dem Entscheid des BVerfG überflüssig geworden.⁵²

Jedoch darf dabei nicht vergessen werden, dass es Sinn und Zweck der Eilkompetenz ist, ein schnelles und situationsgerechtes Handeln zu ermöglichen. Um dem gerecht zu werden, müssen die Gerichte bei ihrer nachträglichen richterlichen Überprüfung die faktische Handlungssituation des Polizeibeamten oder des Staatsanwalts ihrer Entscheidung zugrunde legen.

Der Richter muss bei seiner Entscheidungsfindung darauf achten, unter welchen tatsächlichen Bedingungen über eine Durchsuchung mit oder ohne richterliche Anordnung entschieden wurde und welcher zeitliche Rahmen etwa für Rücksprachen und Erkenntnismöglichkeiten den Polizisten zur Verfügung standen. Auf dieser Grundlage muss der Richter versuchen, die von den Strafverfolgungsbehörden getroffene Einschätzung der konkreten Situation möglichst authentisch nachzuvollziehen. Er muss sich also sozusagen geistig in den handelnden Polizisten hineinversetzen, um dessen Entscheidung ausreichend zu würdigen.

Nicht anders darf er handeln, da es sonst zu einer die Gefahrensituation missbewertenden ungerechten Fehleinschätzung

⁵² Stock, Die Polizei 2001, S. 138(139).

der Lage käme. Entscheidend ist also nicht ein objektiver ex post-Maßstab, sondern wie ein besonnener Beamter in der jeweiligen Situation entschieden hätte. Eine von Praktikern oft kritisierte Überprüfung einer „Sekundenentscheidung“ später am „grünen Tisch“ des Richters darf demnach nicht mehr stattfinden.

Demnach wäre zu klären, nach welchen Richtlinien sich eine Durchsuchung aufgrund Gefahr im Verzuge nach den aktuellen richterlichen Vorgaben zu richten hat.

2. Zur „Gefahr im Verzug“ bei Durchsuchungen nach der neuen Rechtsprechung des BVerfG

Der 2. Senat des BVerfG stellt erstmals ausdrücklich fest, dass der Begriff „Gefahr im Verzug“ grundsätzlich eng auszulegen ist. Diese Auslegungsregel begründet der Senat u.a. mit der Auffassung, dass bei Annahme von Gefahr im Verzug die grundrechtssichernde Schutzfunktion des Richtervorbehalts entfalle. Damit falle die präventive Kontrolle durch eine unabhängige und strikt neutrale Instanz weg.⁵³ Offiziell sind Polizei und Staatsanwaltschaft wie der Richter unabhängiges Organ der Rechtspflege und gemäß § 161 StPO gehalten, alle fallrelevanten Tatsachen zu ermitteln, somit also be- und entlastendes Material. Insoweit ist die Polizei eine neutrale Instanz der Strafrechtspflege, welche der Wahrheitsfindung und der Gerechtigkeit verpflichtet ist.⁵⁴ Eine strikte Neutralität scheint nach Ansicht des Gerichtes jedoch bei Polizei und Staatsanwaltschaft nicht gegeben oder gar möglich zu sein. Diese Ansicht scheint aufgrund der oben aufgeführten Studien über den prozentualen Anteil von Hausdurchsuchungen aufgrund Gefahr im Verzug an der Anzahl aller Hausdurchsuchungen eines LG-Bezirks nicht ganz unbegründet, da bisher offensichtlich eine starke Tendenz der Polizei gegeben war, Hausdurchsuchungen vorzunehmen und sie im Nachhinein, begründet oder nicht, mit Gefahr im Verzug zu

⁵³ Stock, Die Polizei 2001, S. 138 (139).

⁵⁴ Kleinknecht/Meyer-Goßner, Einleitung Rn. 37.

rechtfertigen. Dem muss im Sinne des Grundrechtsschutzes des Bürgers Einhalt geboten werden.

Der Staatsanwalt und seine Hilfsbeamten können zwar gem. § 161, 163 StPO Ermittlungen jeder Art durchführen. Beide können jedoch nur die Maßnahmen ergreifen und in der Form anordnen und durchführen, in der diese gesetzlich zulässig sind.⁵⁵ Lediglich in diesem Rahmen haben die Ermittlungsbehörden einen gestalterischen Spielraum. Eine großzügige Auslegung der Gefahr im Verzug - Regelung bedeutet jedoch eine Überdehnung dieses gestalterischen Spielraumes. Eine Erlaubnis zu Ermittlungen jeder Art berechtigt noch lange nicht zu mutwilligen Grundrechtsverletzungen durch Hausdurchsuchungen der Polizei.

Es kann davon ausgegangen werden, dass die Polizei im Rahmen ihrer Hilfsbeamteneigenschaft die Voraussetzungen für die Annahme von Gefahr im Verzug eigenverantwortlich prüfen und feststellen kann, d.h. eine Einbindung der Staatsanwaltschaft nicht erforderlich ist. Ihr obliegt demnach ein eigenverantwortlicher Ermessensspielraum. Diese in der Vergangenheit noch umstrittene, aber dem Wortlaut und der Systematik der StPO gerecht werdende Auslegung wird nun durch das BVerfG bestätigt.

Zur Gewährleistung einer wirksamen Strafverfolgung müssen die Strafverfolgungsbehörden die Entscheidung, ob aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles von der Gefahr eines Beweismittelverlustes auszugehen ist, so rechtzeitig treffen können, dass dieser Gefahr auch noch wirksam begegnet werden kann.

Diese Konzeption der Eilzuständigkeit hat zur Folge, dass die Strafverfolgungsbehörden im jeweiligen Einzelfall selbst über die Voraussetzungen ihrer Zuständigkeit entscheiden müssen.⁵⁶ Es müssen jedoch besondere tatsächliche und rechtliche Vorkehrungen getroffen werden, die sicherstellen, dass die verfassungsrechtliche Regelzuständigkeit auch in der Masse der Alltagsfälle in der Praxis gewährleistet bleibt und „eigenmächtige“ oder gar willkürliche

⁵⁵ Nelles, S. 206(215).

Hausdurchsuchungen, die mit dem Grundsatz der Gefahr im Verzug gerechtfertigt werden sollen, unterbleiben. Dadurch bestünde auch Rechtssicherheit für den Einzelnen auch bei kleineren Vergehen. Diese war vor dem Urteil nicht in dem Maße gegeben und ist im Sinne des Rechtsstaatsprinzips und der damit einhergehenden Sicherung der Unverletzlichkeit der privaten Wohnung sehr zu begrüßen.

3. Wahrung der richterlichen Regelzuständigkeit

Aus dem Urteil wird deutlich, dass Zeitdruck, unvollständige Kenntnis des Sachverhalts und gegebenenfalls fehlendes Spezialwissen nicht dazu führen dürfen, dass der Grundrechtsschutz des Art. 13 GG ins Leere läuft.

So muss durch entsprechende Geschäftsverteilung, ausreichende Aus- und Fortbildung sowie grundsätzlich adäquate personelle und sachliche Ausstattung sichergestellt werden, dass der zuständige Ermittlungsrichter seiner verfassungsrechtlichen Kontrollverpflichtungen sachkompetent nachkommen kann.⁵⁷

Zudem haben alle Gerichte in Zukunft die Erreichbarkeit des zuständigen Richters durch die Einrichtung eines Eil- oder Notdienstes zu gewährleisten.⁵⁸ Die Strafverfolgungsbehörden werden im Gegenzug dazu angehalten, ihrer Informationspflicht in umfassender Weise nachzukommen.⁵⁹

4. Handeln nach Tatsachengrundlagen für Gefahr im Verzug

Nach der neuen Rechtsprechung muss Gefahr im Verzug mit Tatsachen begründet werden, die auf den Einzelfall bezogen sind. Reine Spekulationen, hypothetische Erwägungen oder lediglich auf kriminalistische Alltagserfahrungen gestützte, fallunabhängige Vermutungen sowie die bloße abstrakt-theoretische Möglichkeit

⁵⁶ BVerfGE vom 20.2.2001. C 1.Nr.2b.

⁵⁷ BVerfGE vom 20.2.2001. C 1.Nr.1b

⁵⁸ BVerfGE vom 20.2.2001. C 1.Nr.2b/bb.

⁵⁹ BVerfGE vom 20.2.2001. C 1.Nr.1b.

eines Nichteintritts des bezweckten Durchsuchungserfolges sind nicht mehr ausreichend.⁶⁰

Im Ergebnis müssen die Strafverfolgungsbehörden in Zukunft also regelmäßig versuchen, eine Anordnung des instanzuell und funktionell zuständigen Richters zu erlangen, bevor sie eine Durchsuchung beginnen. Nur in Ausnahmesituationen, wenn schon durch die zeitliche Verzögerung infolge eines solchen Versuchs die konkrete Gefahr bestehen würde, dass der Erfolg der Durchsuchung gefährdet oder der zuständige Richter nicht erreichbar ist bzw. seine Entscheidung aufgrund mangelnder Fach- oder Einzelfallkenntnis oder anderen Gründen nicht rechtzeitig treffen kann, dürfen sie selbst anordnen.

Ferner ist den Strafverfolgungsbehörden nun nicht mehr gestattet, die tatsächlichen Voraussetzungen der Gefahr im Verzug selbst herbeizuführen, z.B. indem die rechtzeitige Einholung eines Durchsuchungsbeschlusses versäumt wird. An dieser Stelle endet ihr Spielraum, das Ermittlungsverfahren nach kriminalistischen und taktischen Erwägungen frei zu gestalten. Entsprechende Anordnungen werden demnach möglichst frühzeitig zu beantragen sein.

Ein einmal vorliegender und noch nicht vollstreckter Beschluss könnte demnach eventuell später richterlich korrigiert oder aktualisiert werden. Dies auch deshalb, weil Durchsuchungsbeschlüsse ein Verfallsdatum tragen müssen, um deren präventive gerichtliche Kontrolle zu gewährleisten. Eine richterliche Anordnung darf demnach keine „Blankettermächtigung“ für die Exekutive sein, die unbegrenzt oder für einen längeren Zeitpunkt die Durchführung der Maßnahme rechtfertigt. So tritt der richterliche Durchsuchungsbeschluss regelmäßig nach Ablauf eines halben Jahres außer Kraft und macht eine dennoch danach noch durchgeführte Durchsuchung rechtswidrig.⁶¹

⁶⁰ BVerfGE vom 20.2.2001. C 1.Nr.2b/bb.

⁶¹ BVerfG NJW 1997, 2165(2168).

Der Gesetzeswortlaut in § 131 III S.2 StPO sowie die gesetzekomentierende Literatur gehen aber entgegen der Auffassung des BVerfG davon aus, dass die Nichterreichbarkeit des Richters oder des Staatsanwalts als eigenständiges Tatbestandsmerkmal neben dem Begriff der Gefahr im Verzug steht. Dieses kann jedoch nicht überzeugen, da eine Informierung von Richter oder Staatsanwaltschaft unweigerlich mit der Durchführung der Hausdurchsuchung aufgrund Gefahr im Verzug im Sinne einer judikativen Legitimierung in Verbindung zu bringen ist. Der Auffassung des BVerfG kann demnach gefolgt werden.

5. Dokumentationspflicht bei der Hausdurchsuchung

Zur Gewährleistung erschöpfender nachträglicher richterlicher Überprüfung einer mit Eilkompetenz durchgeführten Durchsuchung hat das BVerfG den Strafverfolgungsbehörden eine ausführliche Dokumentations- und Begründetheitspflicht auferlegt.⁶² Diese Pflichten, die einen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz erst möglich machen, ergeben sich aus Art.19 IV GG. Vor allem müssen die Tatsachen dargelegt werden, auf die der Beamte die Annahme von Gefahr im Verzug gestützt hat. Das Gericht muss demnach über die konkrete Sachlage zum Zeitpunkt der Behördenentscheidung informiert werden.⁶³

Es muss in der Akte stets festgehalten werden, ob und wann versucht wurde, den zuständigen Ermittlungsrichter zu erreichen. Des weiteren muss zeitnah dargelegt werden, aufgrund welcher Umstände der handelnde Beamte die Gefahr eines Beweismittelverlusts angenommen hat.⁶⁴ Mit dieser zeitlichen Restriktion kann die Gefahr vermieden werden, dass eine Umgehung der Auflagen bei einer Durchsuchung aufgrund Gefahr im Verzuge möglich ist.

⁶² BVerfGE vom 20.2.2001. C. II. Nr.2a.

⁶³ Greiner, Die Polizei, 2001, S. 157 (158).

⁶⁴ Stock, Die Polizei, 2001, S. 138 (141).

III. Ergebnisse aufgrund des BVerfG-Urteils

Die nun von den Strafverfolgungsbehörden zu treffenden Vorkehrungen erhöhen entgegen früherer Entscheidungen des Gerichts (BVerfGE 57, 346 (358)) die rechtliche Schwelle für die Annahme von Gefahr im Verzug. Die unter diesem Begriff zu subsumierenden zwei Merkmale, die zeitverzögernde Einholung der richterlichen Durchsuchungsanordnung und die Gefährdung des Durchsuchungszweckes, erfahren durch die vorliegende Entscheidung eine konkretisierende Auslegung.

Auf der Grundlage der für die Hausdurchsuchung nun obligatorisch geforderten Dokumentation des Vorgehens der Polizei haben die Strafverfolgungsbehörden ihre Durchsuchungsanordnung in einem späteren gerichtlichen Verfahren zu begründen. Dabei müssen sie die gesetzlichen Voraussetzungen der Durchsuchung darlegen und begründen, warum eine richterliche Anordnung zu spät gekommen wäre sowie ggf., warum von dem Versuch abgesehen wurde, eine richterliche Entscheidung zu erlangen. Einer ungerechtfertigten Durchsuchung mit der bloßen Behauptung, es hätten die Voraussetzungen für Gefahr im Verzug bestanden, kann dadurch wirksam entgegengewirkt werden.

IV. Fazit und Schlussbemerkung

Aus Art. 19 IV GG folgt der Anspruch des Bürgers auf eine wirksame Kontrolle der öffentlichen Gewalt durch unabhängige Gerichte. Die Gerichte müssen Maßnahmen der öffentlichen Gewalt rechtlich und tatsächlich überprüfen können. Sie sind nicht an die Feststellungen und Wertungen der Behörde gebunden. Diese Verpflichtung findet ihre Grenze da, wo das materielle Recht der Exekutive in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise Entscheidungen abverlangt, ohne hinreichend bestimmte Entscheidungsprogramme vorzugeben. Art. 13 I, II GG eröffnet jedoch einen solchen Spielraum nicht. Die Frage, ob „Gefahr im Verzug“ vorliegt, muss demnach der unbeschränkten gerichtlichen

Kontrolle unterfallen. Insoweit ist weder ein Ermessens- noch ein Beurteilungsspielraum der Strafverfolgungsbehörden gegeben. Allerdings müssen die Gerichte bei ihrer nachträglichen Beurteilung der Frage, ob die Strafverfolgungsbehörde zu Recht wegen „Gefahr im Verzug“ eingegriffen hat, deren besonderer Situation Rechnung tragen. Der Richter darf seine nachträgliche Einschätzung der Lage nicht an die Stelle der Einschätzung der handelnden Beamten setzen. Er muss berücksichtigen, unter welchen Bedingungen die Beamten über eine Durchsuchung entschieden haben und welcher zeitliche Rahmen ihnen gesteckt war. Auch Umstände wie Zeitdruck, die Möglichkeit zur Rücksprache mit Kollegen und die situationsbedingten Grenzen von Erkenntnismöglichkeiten sind zu beachten. Das Vorgehen der Polizei wird demnach zum einen schwieriger und eine Steigerung der Effektivität der Ermittlungsarbeit wird wohl durch das Urteil auch nicht zu erwarten sein. Jedoch steht dem der Schutz des einzelnen Bürgers und die Wahrung seiner ihm ureigenst zustehenden Grundrechte gegenüber. Natürlich sind erfolgreiche polizeiliche Ermittlungen begrüßenswert und zu unterstützen. Können diese Erfolge jedoch nur auf Kosten der Einschränkungen von Grundrechten erreicht werden, muss doch im Sinne der Bewahrung einer freiheitlich-demokratischen Rechtsordnung von ihnen Abstand genommen werden. Ermittlungsmethoden wie in einem Polizeistaat müssen im Sinne der Menschenwürde entgegengewirkt werden.

V. Ausblick

Die tatsächlichen Auswirkungen der Entscheidung des 2. Senats des BVerfG vom 2. Februar 2001 sind in ihrer Tragweite kaum absehbar. Erste Stimmen aus der Praxis reichen von „kaum Änderungen“ bis zum Gegenteil.⁶⁵ Es ist zu erwarten, dass die personellen und organisatorischen Konsequenzen insbesondere für die Amtsgerichte enorm sein werden. In Zeiten knapper öffentlicher

⁶⁵ Greiner, Die Polizei 2001, S.157 (158).

Mittel könnte dann vor allem der relativierende Passus „im Rahme des Möglichen“ Bedeutung erlangen.

Die Hintergründe der aufgezeigten umgekehrten Regel-Ausnahme-Verhältnisse von richterlicher Anordnung einer Durchsuchung und einer Durchsuchung aufgrund von Gefahr im Verzug werden in Zukunft eingehender zu untersuchen und zu kontrollieren sein.

Die Richter des BVerfG wollten, das macht ihre Begründung deutlich, die grundrechtsverletzende Praxis ändern, die sich in Deutschland bei der Durchsuchung von Wohnungen eingeschlichen hat. Das haben sie mit diesem Urteil, soweit es denn gewissenhaft umgesetzt wird, auch erreicht.