

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Einleitung 19

A. Einführung in die Thematik	19
B. Untersuchungsgegenstand der Arbeit	21
C. Gang der Arbeit	22

Kapitel 2

Historie, Begriffsbestimmung sowie Funktionen der am Ermittlungsverfahren mitwirkenden Verfahrensbeteiligten 25

A. Historische Entstehungsgeschichte des Richtervorbehalts bei Durchsuchungen	25
B. Begriffsbestimmung und Funktionen des Begriffs der Gefahr im Verzug für die straf- prozessuale Aufgabenverteilung zwischen Ermittlungsrichter und Staatsanwaltschaft	27
C. Funktionen und Aufgaben der drei mitwirkenden Verfahrensbeteiligten im Ermitt- lungsverfahren	30
I. Staatsanwaltschaft	30
II. Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft	32
III. Ermittlungsrichter	33
1. Fehlender selbstständiger Ermittlungsauftrag	34
2. Ausschließliche Kompetenzen des Ermittlungsrichters im Ermittlungs- verfahren	35
3. Kompetenzbedingte Unterschiede der Prüfungs- und Entscheidungsinhalte und Konfliktpotenzial	35
a) Antragserfordernis der Staatsanwaltschaft und Prüfungskompetenz des Er- mittlungsrichters bei der Anordnung von Zwangsmaßnahmen	36
b) Entscheidungsfindung des Ermittlungsrichters	38
4. Zuständigkeit des Ermittlungsrichters im Ermittlungsverfahren	39

Kapitel 3

Entwicklung der Rechtsprechung sowie Analyse des Urteils des BVerfG aus dem Jahr 2001	40
A. Regel-Ausnahme-Verhältnis sowie Auslegung und Umfang der gerichtlichen Überprüfbarkeit des Begriffs der Gefahr im Verzug – historische Entwicklung der Rechtsprechung vor dem Urteil des BVerfG aus dem Jahr 2001	40
I. Der Richtervorbehalt des Art. 13 Abs. 2 GG	41
1. Praktischer Befund zur Umsetzung des Richtervorbehalts	42
2. Ausdehnung des Richtervorbehalts in den 1970er Jahren	43
3. Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Stärkung des Richtervorbehalts	44
II. Gefahr im Verzug i. S. d. Art. 13 Abs. 2 GG	46
1. Reichsgerichtliche Entscheidung zur Auslegung des Begriffs der Gefahr im Verzug	46
2. Übernahme der Rechtsprechung des RG durch den BGH	47
3. Entwicklung der Rechtsprechung in den 1970er Jahren	48
B. Das BVerfG-Urteil vom 20. Februar 2001 – eine Weichenstellung für die Auslegung von Gefahr im Verzug sowie für das Verhältnis zwischen Richtervorbehalt und Eilkompetenz	49
I. Anlass der Entscheidung	50
II. Inhalt der Entscheidung	51
1. Orientierung am Sinn und Zweck des Richtervorbehalts	52
2. Bestimmung des Merkmals der Gefahr im Verzug und Umfang der gerichtlichen Überprüfung dieses Merkmals	53
a) Auslegung des Begriffs der Gefahr im Verzug	53
b) Umfang der gerichtlichen Überprüfbarkeit des Begriffs der Gefahr im Verzug	56
aa) Anspruch aus Art. 19 Abs. 4 GG	56
bb) Auslegungs- und Entscheidungsspielraum der Strafverfolgungsbehörden bei der Entscheidung über das Vorliegen von Gefahr im Verzug	56
3. Verfassungsrechtliche Bestimmung der einzelnen Voraussetzungen von Gefahr im Verzug und Anforderungen an die einzelnen Instanzen	58
a) Anforderungen an die Strafverfolgungsbehörden	59
b) Anforderungen an den anordnenden Richter	61
c) Anforderungen an die Justizorganisation	62
d) Anforderungen an den nachträglichen Rechtsschutz	63
e) Zusammenfassung der Anforderungen an die einzelnen Instanzen	65
III. Grundsatzkritik sowie methodische Errungenschaften der Entscheidung	66
1. Grundsatzkritik an der Interpretation des Art. 13 Abs. 2 GG des BVerfG – Kompetenz(en) des Richters?	66

Inhaltsverzeichnis	9
2. Gründe für eine Kontrollkompetenz des Richters	67
3. Methodische Errungenschaften der Entscheidung	69
a) Verfassungsinterpretation und Auslegungsmethoden	69
b) Grundrechtsschutz durch Verfahren	70
c) Gewicht des Vorrangs der Verfassung	71
 <i>Kapitel 4</i>	
Voraussetzungen und Fallgruppen von Gefahr im Verzug sowie Analyse des Beschlusses des BVerfG aus dem Jahr 2015	73
A. Gefahr im Verzug als Ausnahmekompetenz – Voraussetzungen und diskutierte Fallgruppen im Zusammenhang mit Wohnungsdurchsuchungen gem. Art. 13 Abs. 2 GG und § 105 Abs. 1 S. 1 StPO	73
I. Voraussetzungen von Gefahr im Verzug	75
1. Drohender Beweismittelverlust	75
2. Versuch der Kontaktaufnahme mit dem Richter	76
II. Kompetenz zur Prüfung des Vorliegens von Gefahr im Verzug	78
III. Fallgruppen und Sachverhaltskonstellationen von Gefahr im Verzug im Rahmen von Wohnungsdurchsuchungen nach der Strafprozessordnung	79
1. Notwendigkeit einer sofortigen Durchsuchung	79
2. Abwägung mit weiteren Grundrechten	80
3. Differenzierung anhand der Art der Durchsuchung	81
4. Geheimhaltungsgesichtspunkte	81
5. Besonderheit für Steuerstraßverfahren	82
6. Fehlender richterlicher Eil- bzw. Bereitschaftsdienst	82
a) Pflicht zur Errichtung eines Eil- bzw. Bereitschaftsdienstes	82
b) Konsequenzen der fehlenden Einrichtung für Gefahr im Verzug	84
7. Nichterreichen des Richters – gescheiterte Kontaktaufnahme	86
B. Gefahr im Verzug trotz Richterkontakts	87
I. Grundsätze von Gefahr im Verzug trotz Richterkontakts – Stand der Rechtsprechung und Diskussion in der Literatur bis zum Beschluss des BVerfG vom 16. Juni 2015	88
1. Ablehnende Entscheidung durch den Richter	88
2. Bewusst unzureichende Unterrichtung des Richters über die wesentlichen Informationen	88
3. Verweigerung einer inhaltlichen Prüfung und Entscheidung durch den Richter – die Fallgruppe des sog. „mutwillig“ nicht entscheidenden bzw. „unwilligen“ Richters	89
a) Rechtsprechung des BGH	89

b) Schriftlichkeitserfordernis nach dem LG Hamburg	90
c) Zustimmung durch das LG Limburg	91
d) Widerspruch durch das LG Berlin	91
e) Literaturstimmen zum „mutwillig“ nicht entscheidenden bzw. „unwilligen“ Richter	93
f) Praktische Herausforderungen der Bejahung einer Gefahr im Verzug in dieser Sachverhaltskonstellation	102
II. Der Beschluss des BVerfG vom 16. Juni 2015 – eine weitere wesentliche Weichenstellung	103
1. Sachverhalt	104
a) Sachverhaltskonstellation 1	105
b) Sachverhaltskonstellation 2	105
c) Sachverhaltskonstellation 3	106
2. Inhalt der Entscheidung	106
a) Zweck des Richtervorbehalts gem. Art. 13 Abs. 2 Hs. 1 GG	107
aa) Grundsatz der Gewaltenteilung	107
bb) Effektiver Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung	108
cc) Richterliche Unabhängigkeit	108
dd) Prüfungspflicht des Richters und Verfassungsgebot der wirksamen Strafverfolgung	109
b) Eilkompetenz gem. Art. 13 Abs. 2 Hs. 2 GG	110
aa) Umfang der Eilkompetenz und Auslegung des Begriffs der Gefahr im Verzug	111
(1) Zweck der Eilkompetenz	111
(2) Wortlaut und Systematik	111
bb) Ausnahmecharakter: Nachrangigkeit der Eilkompetenz	112
cc) Prüfung des Vorliegens der Voraussetzung von Gefahr im Verzug durch die Strafverfolgungs- bzw. Ermittlungsbehörden	113
(1) Keine ausnahmslose Vorlagepflicht schriftlicher Unterlagen	114
(2) Dokumentationspflicht der Strafverfolgungs- bzw. Ermittlungsbehörden	115
dd) Rückgriff auf die Eilkompetenz während der richterlichen Entscheidungsprüfung – Befassung des Richters mit der Sache	116
(1) Voraussetzungen für das Entfallen der Eilkompetenz	116
(2) Fallgruppen der nicht rechtzeitigen Entscheidung durch den zuständigen Richter vs. des nicht erreichbaren Richters	118
(3) Das verfassungsrechtliche Gebot einer effektiven Strafverfolgung	121
(4) Ausgestaltung der justizinternen Organisation	123
ee) Neubegründung bzw. Wiederaufleben der Eilkompetenz	123
ff) Zusammenfassung	124

3. Anforderungen und praktische Auswirkungen der Entscheidung	125
a) Strafverfolgungs- bzw. Ermittlungsbehörden	125
b) Ermittlungsrichter	128
c) Gerichtspräsidien	129
4. Zusammenfassung	130
5. Verbleibende Fallgruppen für die Eilkompetenz bei Wohnungsdurchsuchungen nach der Strafprozessordnung	131

Kapitel 5

Reaktionen auf die Rechtsprechung des BVerfG, Konsequenzen für die Praxis sowie Lösungsansätze 133

A. Reaktionen der Rechtsprechung und Literatur sowie kritische Anmerkungen zu dem Beschluss des BVerfG vom 16. Juni 2015	133
I. Übernahme der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung durch den BGH und übrige Rechtsprechung	134
II. Reaktionen, Bewertungen und kritische Anmerkungen der Literatur	134
1. Zustimmung in der Literatur	135
a) Stärkung des präventiven Grundrechtsschutzes durch den Richtervorbehalt gem. Art. 13 Abs. 2 GG durch eine Neujustierung des Verhältnisses von Strafverfolgungsbehörden und Ermittlungsrichtern	135
aa) Stärkung der Eilkompetenz der Strafverfolgungsbehörden	136
bb) Bedeutung und Qualität der richterlichen Prüfung	137
cc) „Mut- bzw. Unwilligkeit“ als nicht zu erforschendes Motiv	138
dd) Zusammenarbeit zwischen den Strafverfolgungsbehörden und Gerichten	138
b) Stärkung der Eilkompetenz durch Konkretisierung des Spielraums der Strafverfolgungsbehörden bei ihrer Prognoseentscheidung	139
c) Entscheidung als „Weckruf“ für die Justiz- und Finanzverwaltungen der Länder	140
2. Kritische Bewertungen und Anmerkungen in der Literatur	140
a) Abgestuftes Regelungssystem des Richtervorbehalts und der Eilkompetenz – bisherige Annahme des Gesetzgebers	141
b) Identifizierung der möglichen „Problemfälle“ für die Praxis	143
aa) Eilfall mit einem umfangreichen und komplexen Sachverhalt – Möglichkeit einer zumindest eindeutigeren Prognoseentscheidung	143
bb) „Mittelkomplexe“ Fälle: Eilbedürftigkeit mit geringerem Umfang und/oder geringerer Komplexität – Unsicherheiten bei der Prognoseentscheidung	144
cc) Verbindungsabriss einer Gesprächsverbindung über moderne Kommunikationsmittel	145

c) Arbeitstempo und Arbeitsbelastung von Richtern – Wirklichkeit in der Praxis	146
d) Neubegründung bzw. Wiederaufleben der Eilkompetenz	148
e) Amtliche Obhut des Beschuldigten	148
III. Befürchtung einer häufigeren Inanspruchnahme der Eilkompetenz in der Praxis wegen der Besorgnis des richterlichen Vorlageverlangens von Akten	150
B. Der „mutwillig“ nicht entscheidende bzw. „unwillige“ Richter – Konsequenzen der Rechtsprechung des BVerfG und praktische Lösungsansätze von Stimmen aus der Literatur	151
I. Erforderlichkeit einer „gedeihlichen Zusammenarbeit“ zwischen den Strafverfolgungsbehörden und Gerichten	151
II. Staatsanwaltliche „Vorprüfung“ und „informelle“ Anfrage	155
1. Ablauf einer „Vorprüfung“ und „informellen“ Anfrage	155
2. Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung des BVerfG und mögliche Einwände ..	156
III. Kolz' Lösungsvorschlag de lege ferenda – eine wählbare Abstufung der gem. § 105 StPO zu treffenden richterlichen Anordnung durch eine vorläufige und eine endgültige Prüfung	157
1. Unbefriedigende Rechtsmittelsituation und ihre Folgen	158
2. Bedeutungslosigkeit einer klaren Verantwortungsverteilung	159
3. Vermeidung einer richterlichen Überforderung durch die Absenkung der Anforderungen an die Qualität und Aussagekraft der richterlichen Entscheidung	159
a) Abgestuftes Prüfungskonzept für die richterliche Entscheidung	160
b) Vergleich mit der Rechtsordnung und anderen prozessrechtlichen Vorschriften	161
c) Konkreter Gesetzesvorschlag	162
4. Mögliche Einwände	162
a) Verminderung des grundrechtlichen Schutzniveaus	163
b) Auswirkungen eines gesetzlichen Verwertungsverbots	164
c) Wertungswiderspruch im Rahmen der Verwertbarkeit von Beweismitteln ..	165
d) Befürchtung eines zusätzlichen Prüfungsaufwands für Ermittlungsrichter ..	166
5. Kritische Auseinandersetzung mit der Möglichkeit einer abgestuften Prüfung und den potenziellen Einwänden gegen die vorgeschlagene Gesetzesänderung ..	167
a) Erforderlichkeit der gesetzlichen Regelung einer abgestuften Prüfungsmöglichkeit für „seltene Einzel- bzw. Ausnahmefälle“	168
b) Arbeitserleichterung oder Arbeitsintensivierung	168
c) Kriterien für eine summarische Prüfung	169
d) Fähigkeit zur Selbstkontrolle	170
e) Wählbare Abstufung der Prüfung ohne gesetzliche Verpflichtung des zuständigen Ermittlungsrichters	171

Inhaltsverzeichnis	13
f) Verwertbarkeit aufgefundener Beweismittel	172
g) Fazit	174
IV. Erlangung einer richterlichen Genehmigung ausschließlich auf mündlichem Wege – das mündliche Verfahren	174
1. Zulässigkeit einer mündlichen Entscheidung des Ermittlungsrichters ohne Akten	175
2. Einmahls Lösungsvorschlag zur Ausgestaltung eines effektiven Verfahrens unter Inanspruchnahme der Verantwortung der Gerichte	177
a) Konkreter Vorschlag zur Verfahrensgestaltung	178
b) Mögliche Einwände	180
aa) Einmahls Annahmen zur freiwilligen Duldung	180
bb) Freiwillige Nutzung des von Einmahl entwickelten speziellen Formulars für fernmündliche Durchsuchungsanträge und -anordnungen	182
cc) Fehlende Regelung für den Überlastungsfall	183
dd) Fazit	183
3. Grundsätzliche Einwände gegen das mündliche Verfahren als Lösungsvorschlag	184
a) Keine Verpflichtung des Ermittlungsrichters zur mündlichen Entscheidung ohne Akten	186
b) Mögliche Bedenken des Ermittlungsrichters gegen die Anwendung des mündlichen Verfahrens	187
c) Zweifel an der praktischen Wirksamkeit – Eilkompetenz der Strafverfolgungsbehörden als „einfacherer“ Weg?	188
V. Weiterer Lösungsansatz aus dem Begriffsverständnis des „Befassens“	188
1. „Befassen“ als Prozesshandlung	189
2. Rechtssicherheit und Handlungsfähigkeit für die Strafverfolgungsbehörden bei der Befassung eines vermeintlich sachlich unzuständigen Richters	190
3. Mögliche Einwände einer Umgehungsgefahr	191
4. Bedarf einer Präzisierung des Ablaufs der richterlichen präventiven Kontrolle	192
VI. Polizeirechtliche Maßnahmen zur Gefahrenabwehr als Lösungsansatz und andere begleitende Maßnahmen zur Beweissicherung	193
1. Polizeirechtliche Maßnahmen zur Gefahrenabwehr	193
a) Verfahrensrecht und Behördenzuständigkeiten im Polizeirecht	194
b) Vorliegen einer doppelunktionalen Maßnahme	194
c) Auslegung des Begriffs der Gefahr im Verzug im Polizeirecht	196
aa) Gefahr im Verzug als Gefahrengrad	197
bb) Beachtung des Verfassungsrechts bei der differenzierenden Betrachtung des Bezugspunkts von Gefahr im Verzug – Strafverfolgung vs. Gefahrenabwehr	197
cc) Einfachgesetzliche Richtervorbehalte ohne Verfassungsrang	199

dd) Fließende Grenzen zwischen strafprozessualer und gefahrenabwehrrechtlicher Durchsuchung	201
2. Weitere begleitende Maßnahmen zur Beweissicherung	201
C. Eigene Überlegungen und Lösungsansätze	202
I. Ausnahmeregelung für bestimmte Deliktgruppen des Strafrechts	203
1. Möglichkeiten einer Gesetzesänderung	203
2. Vergleichbare Regelungen in der Strafprozessordnung	204
3. Mögliche Einwände	204
a) Fehlende empirische Daten	204
b) Differenzierung nach der Art der Richtervorbehalte – verfassungsrechtliche Ausgangslage	205
c) Gründe für die Aufhebung des ehemaligen Richtervorbehalts in § 81 a Abs. 2 StPO	206
d) Intensität des Grundrechtseingriffs	207
e) Effektivität der Strafverfolgung	208
II. Das „Vier- oder Sechs-Augen-Prinzip“ – Kontrolle der richterlichen Verantwortung statt Sanktionierung	209
1. Verantwortung des Richters und Konsequenzen eines Fehlers bzw. Verstoßes	209
a) Auswirkung der nicht oder nicht ausreichenden Wahrnehmung richterlicher Verantwortung auf die Eilkompetenz der Strafverfolgungsbehörden	210
b) Konsequenzen bei nicht oder nicht ausreichender Wahrnehmung der richterlichen Verantwortung	211
2. Präventiver Rechtsschutz als Lösungsansatz für die „unberechtigte“ zeitliche Verzögerung der richterlichen Prüfung	213
a) Ansätze für einen präventiven Rechtsschutz	215
aa) Richtervorbehalt zur Mediatisierung eines Konflikts	215
bb) Untauglicher nachträglicher Rechtsschutz	217
b) Mögliche Ausgestaltung eines solchen präventiven Rechtsschutzes für die Strafverfolgungsbehörden	218
aa) Dienstrechtliche oder strafprozessuale Ausgestaltung	219
bb) Prüfungsgegenstand	222
cc) Konkreter Gesetzesvorschlag	222
c) Mögliche Einwände	222
aa) Richterliche Unabhängigkeit bei einer dienstrechtlichen Lösung	222
bb) Richterliche Gestaltungsfreiheit	223
cc) Keine Ausforschung der Motive des Richters	224
dd) Vergleich mit der von Kolz vorgeschlagenen abgestuften, vorläufigen Prüfung	225
ee) Ausgestaltung, Konkretisierung und Umfang der Kontrolle der richterlichen Prüfung	227

Inhaltsverzeichnis	15
ff) Personalmangel in der Justiz und erhöhter Prüfungsaufwand	228
gg) Fazit	229
3. Einführung eines sog. „Kollegialorgans“ für die richterliche Entscheidungszuständigkeit in § 105 Abs. 1 S. 1 StPO	230
III. Digitalisierung und Kommunikation	232
1. Kommunikation ausschließlich zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht ...	232
2. Digitalisierung der Kommunikation	233
a) Software für eine interne Statusabfrage und ggf. integriertes Kommunikationsprogramm	234
aa) Unmittelbare Statusabfrage	234
bb) Konkreter Vorschlag zur Ausgestaltung eines Statusprogramms	235
b) Mögliche Einwände – Vereinbarkeit mit der Garantie des gesetzlichen Richters gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG	237
IV. Konkretisierung der Geschäftsordnungs- und Vertretungsregelungen – Kriterien für eine mögliche Bearbeitungsreihenfolge verschiedener eiliger dienstlicher Geschäfte	240
 <i>Kapitel 6</i>	
Ergebnisse und Ausblick	243
A. Ergebnisse der Arbeit	243
B. Ausblick	245
 Literaturverzeichnis	246
Stichwortverzeichnis	255