

## Entscheidungen

Die mit \* gekennzeichneten Entscheidungen sind zum Abdruck in der amtlichen Sammlung bestimmt. Nicht rechtskräftige Entscheidungen sind mit dem Zusatz »n.r.« gekennzeichnet. Bei Leitsätzen, die nicht ausdrücklich als amtlich gekennzeichnet sind, handelt es sich um solche der Redaktion.

## Verfahrensrecht

### Nächtliche Durchsuchungsanordnung; Einrichtung eines richterlichen Bereitschaftsdienstes

StPO §§ 102, 104, 162; GVG § 21e; GG Art. 13

**1. Aus Art. 13 GG ergibt sich die Verpflichtung der staatlichen Organe, dafür Sorge zu tragen, dass die effektive Durchsetzung des grundrechtssichernden Richtervorbehaltes gewährleistet ist. Damit korrespondiert die verfassungsrechtliche Verpflichtung der Gerichte, die Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters, auch durch die Einrichtung eines Bereitschaftsdienstes, zu sichern.**

**2. 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. Die Tageszeit umfasst dabei ganzjährig die Zeit zwischen 6 Uhr und 21 Uhr. Während der Nachtzeit ist ein ermittelungsrichterlicher Bereitschaftsdienst jedenfalls bei einem Bedarf einzurichten, der über den Ausnahmefall hinausgeht.**

**3. Ob und inwieweit ein über den Ausnahmefall hinausgehender Bedarf an nächtlichen Durchsuchungsanordnungen die Einrichtung eines ermittelungsrichterlichen Bereitschaftsdienstes zur Nachtzeit erfordert, haben die Gerichtspräsidien nach pflichtgemäßem Ermessen in eigener Verantwortung zu entscheiden. Für die Art und Weise der Bedarfsermittlung steht ihnen ein Beurteilungs- und Prognosespielraum zu. (amtl. Leitsätze)**

BVerfG, Beschl. v. 12.03.2019 – 2 BvR 675/14

**Aus den Gründen:** [58] **3.** 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 105, 239 [248]; 139, 245 [267 f. Rn. 64] [= StV 2015, 606]). Die Tageszeit umfasst dabei ganzjährig

die Zeit zwischen 6 Uhr und 21 Uhr. Während der Nachtzeit ist ein ermittelungsrichterlicher Bereitschaftsdienst jedenfalls bei einem Bedarf einzurichten, der über den Ausnahmefall hinausgeht (vgl. BVerfGE 139, 245 [268 Rn. 64] [= StV 2015, 606]; BVerfGK 2,176 [178]; 5, 74 [78] [= StV 2005, 483]).

[59] **a)** Aus Art. 13 Abs. 2 GG folgt nicht, dass an allen nach § 162 Abs. 1 S. 1 StPO für die ermittelungsrichterlichen Aufgaben zuständigen AG von Verfassungen wegen ein Richter »rund um die Uhr« erreichbar sein muss. Art. 13 Abs. 2 Hs. 2 GG sieht die Eilkompetenz der Strafverfolgungsbehörden als Ausnahme ausdrücklich vor. Kommt es nur im Ausnahmefall zu nächtlichen Durchsuchungsanordnungen, gefährdet das Fehlen eines nächtlichen ermittelungsrichterlichen Bereitschaftsdienstes die in Art. 13 Abs. 2 GG vorgesehene Regelzuständigkeit des Richters nicht. Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Verfassungsgeber bei der Schaffung von Art. 13 Abs. 2 GG davon ausging, die Erreichbarkeit eines Richters müsse zur Nachtzeit stets gewährleistet sein.

[60] **b)** Die vom BVerfG in st. Rspr. vorgenommene Differenzierung zwischen Tages- und Nachtzeit beruht auf der Erfahrung, dass tagsüber regelmäßig ein deutlich größerer Bedarf an Durchsuchungsanordnungen besteht als während der Nachtstunden. Dies gebietet tagsüber die uneingeschränkte Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters unabhängig vom konkreten Bedarf, lässt es jedoch zu, die Frage der nächtlichen Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters dagegen vom praktischen Bedarf in dem jeweiligen Gerichtsbezirk abhängig zu machen.

[61] Der geringere nächtliche Bedarf folgt schon aus dem Umstand, dass Wohnungsdurchsuchungen nachts wegen des besonderen Schutzes der Nachtruhe nur ausnahmsweise zulässig sind. Dieser besondere Schutz der Nachtruhe hat seine verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 13 Abs. 1 GG. Nächtliche Durchsuchungen sind von Verfassungen wegen nur ausnahmsweise zulässig, weil eine Wohnungsdurchsuchung während dieser Zeit ungleich stärker in die Rechtssphäre des Betroffenen eingreift als zur Tageszeit. Stellt bereits die Durchsuchung der Wohnung bei Tage einen schwerwiegenden Eingriff in die grundrechtlich geschützte Lebenssphäre des Wohnungsinhabers dar, sind bei einer nächtlichen Wohnungsdurchsuchung zusätzlich die Nachtruhe und die damit verbundene besondere Privatsphäre betroffen (vgl. Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, 4. Aufl. 2018, Rn. 185; Benfer/Bialon, Rechtseingriffe von Polizei und StA, 4. Aufl. 2010, Rn. 416).

[62] **c)** Dem hat der Gesetzgeber grds. auch Rechnung getragen. Gem. § 104 Abs. 1 StPO dürfen Wohn- und Geschäftsräume sowie befriedetes Besitztum mit Ausnahme der in § 104 Abs. 2 StPO genannten Räumlichkeiten während der Nachtzeit i.S.v. § 104 Abs. 3 StPO nur bei Verfolgung auf frischer Tat, bei Gefahr im Verzug oder zur Wiederergriffung eines entwichenen Gefangenen durchsucht werden. Gefahr im Verzug als in der Praxis häufigster Ausnahmefall liegt vor, wenn der Aufschub der Durchsuchung bis zum Tagesbeginn ihren Erfolg wahrscheinlich gefährden würde, bspw., weil in der Zwischenzeit Beweismittel vernichtet werden könnten (vgl. MüKo-StPO/Hauschild, 1. Aufl. 2014, § 104 Rn. 7; Meyer-Göfner/Schmitt-StPO, 61. Aufl. 2018, § 104 Rn. 4). Zwar schränkt § 104 Abs. 1 StPO nicht den nächtlichen Erlass von Durchsuchungsanordnungen ein, sondern lediglich deren Vollzug. Allerdings wird der Bedarf an Durchsuchungsanordnungen in dem Zeitraum, in dem sich aus § 104 Abs. 1 und Abs. 3 StPO keine Einschränkungen für den Vollzug von Durchsuchungsanordnungen ergeben, regelmäßig deutlich größer sein als zur Nachtzeit i.S.v. § 104 Abs. 3 StPO. Die Stellungnahmen der befragten Länder zeigen, dass die Fallzahlen nachts grds. deutlich geringer sind als tagsüber.

[63] **d)** Der gem. Art. 13 Abs. 1 GG gebotene Schutz vor nächtlichen Wohnungsdurchsuchungen wird von § 104 StPO jedoch nur unvollkommen gewährt. Soweit die in § 104 Abs. 3 StPO definierte Nachtzeit und damit die Einschränkungen des § 104 Abs. 1 StPO in den Monaten April bis September bereits um 4 Uhr morgens enden, bildet die Vorschrift nicht mehr die Lebenswirklichkeit ab. Vielmehr sind nach den heutigen Lebensgewohnheiten mindestens die Stunden zwischen 4 Uhr und 6 Uhr noch der Nacht zuzurechnen.

[64] § 104 StPO hat seit dem Inkrafttreten der StPO am 01.10.1879 nur geringfügige Änderungen erfahren; die in § 104 Abs. 3 StPO genannten Zeiten sind unverändert geblieben. Die Vorschrift spiegelt die noch weithin agrarischen Lebensverhältnisse der Gesellschaft zur Zeit der Schaffung der StPO wieder und trägt der zwischenzeitlichen Veränderung der soziokulturellen Verhältnisse und den modernen Lebensgewohnheiten nicht Rechnung. Sie ist insofern nicht mehr zeitgemäß, als sie nicht berücksichtigt, dass die Tageszeit heute für den weit überwiegenden Teil der Bevölkerung auch zwischen April und September nicht schon um 4 Uhr morgens beginnt (vgl. HK-StPO/Gercke, 6. Aufl. 2019, § 104 Rn. 9; Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, 4. Aufl. 2018, Rn. 190; LR-StPO/Tsambikakis, 27. Aufl. 2018, § 104 Rn. 4; LR-StPO/Schäfer, 25. Aufl. 2003, § 104 Rn. 4; AK-StPO/Amelung, 1992, § 104 Rn. 18).

[65] Anders als im Strafprozessrecht hat der Gesetzgeber den Wandel der Lebensverhältnisse im Bereich des Zivilprozessrechts nachvollzogen. Mit der Einfügung der Definition der Nachtzeit in § 758a Abs. 4 S. 2 ZPO durch das Zustellungsreformgesetz v. 25.06.2001 (BGBl. I S. 1206) hat er zum Ausdruck gebracht, dass eine einheitliche Nachtzeit von 21 Uhr bis 6 Uhr der Lebenswirklichkeit am nächsten kommt. Weil § 188 ZPO in der bis zum 30.06.2002 gültigen Fassung mit dem Zustellungsreformgesetz durch eine neue Regelung ersetzt wurde und die dem § 104 Abs. 3 StPO entsprechende Definition der Nachtzeit in § 188 Abs. 1 S. 2 ZPO a.F. deshalb ersatzlos wegfiel, sah der Gesetzgeber es als notwendig

an, eine Definition der Nachtzeit an anderer Stelle in die Zivilprozessordnung einzufügen, wobei er sich für die »für die Praxis relevante[n] Stelle« in § 758a ZPO entschied (vgl. BT-Drs. 14/4554, S. 26). Er begnügte sich jedoch nicht mit der schlichten Übernahme der bestehenden Regelung in § 188 Abs. 1 S. 2 ZPO a.F., sondern schuf bewusst eine hinsichtlich der Zeit von 4 Uhr bis 6 Uhr morgens in den Monaten April bis September abweichende Regelung.

[66] **e)** Weil nach den heutigen Lebensgewohnheiten zumindest die Zeit zwischen 21 Uhr und 6 Uhr ganzjährig als Nachtzeit anzusehen ist (vgl. BVerfG, Urt. v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15 u.a., Rn. 100), ist es von Verfassungs wegen geboten, dass sich der Schutz vor nächtlichen Wohnungsdurchsuchungen auch in den Monaten April bis September auf die Zeit von 4 Uhr bis 6 Uhr morgens erstreckt. Dies folgt unmittelbar aus Art. 13 Abs. 1 GG. Dabei kann das Regelungskonzept aus § 104 Abs. 1 und Abs. 2 StPO übertragen werden, so dass Wohnungsdurchsuchungen zur Verfolgung auf frischer Tat, bei Gefahr im Verzug oder zur Wiederergriffung eines entwichenen Gefangenen zulässig bleiben und sich die Durchsuchungsbeschränkungen nicht auf die in § 104 Abs. 2 StPO genannten Räume erstrecken.

[67] **f)** Ist der Vollzug von Wohnungsdurchsuchungen danach ganzjährig zwischen 21 Uhr und 6 Uhr eingeschränkt, kann entspr. den obigen Ausführungen für diese Zeit von einem regelmäßig deutlich geringeren Bedarf auch an Anordnungen von Wohnungsdurchsuchungen ausgegangen werden. Dies rechtfertigt es, einen ermittelungsrichterlichen Bereitschaftsdienst in der Zeit von 21 Uhr bis 6 Uhr von Verfassungs wegen nur insoweit für geboten zu erachten, als ein über den Ausnahmefall hinausgehender Bedarf an nächtlichen Durchsuchungsanordnungen besteht. Soweit dies nicht der Fall ist, bleibt das in Art. 13 Abs. 2 GG statuierte Regel-Ausnahme-Verhältnis auch ohne die nächtliche Erreichbarkeit des Ermittlungsrichters gewahrt.

[68] **4.** Ob und inwieweit ein über den Ausnahmefall hinausgehender Bedarf an nächtlichen Durchsuchungsanordnungen die Einrichtung eines ermittelungsrichterlichen Bereitschaftsdienstes zur Nachtzeit erfordert, haben die Gerichtspräsidien nach pflichtgemäßem Ermessen in eigener Verantwortung zu entscheiden. Für die Art und Weise der Bedarfsermittlung steht ihnen ein Beurteilungs- und Prognosespielraum zu.

[69] **a)** Nach § 21e Abs. 1 S. 1 GVG bestimmt das Gerichtspräsidium die Besetzung der Spruchkörper, bestellt die Ermittlungsrichter, regelt die Vertretung und verteilt die Geschäfte. Seine Aufgaben nimmt es in voller richterlicher Unabhängigkeit wahr und ist dabei nur an Recht und Gesetz gebunden (vgl. Kissel/Mayer-GVG, 9. Aufl. 2018, § 21e Rn. 7, 20). Zur Aufgabe des Präsidiums gehört die konkrete Ausgestaltung des Bereitschaftsdienstes. Für unaufschiebbare Geschäfte außerhalb der üblichen Dienstzeiten sowie an dienstfreien Tagen muss es zuständige Richter bereitstellen, soweit dazu ein verfassungsrechtliches Gebot besteht (vgl. Kissel/Mayer-GVG, a.a.O., § 21e Rn. 136; LR-StPO/Breidling, 26. Aufl. 2010, § 21e GVG Rn. 84; Müller/Kische DRiZ 2018, S. 352 [353]). Für den ermittelungsrichterlichen Aufgabenbereich obliegt es daher den Präsidien der AG am Sitz der StA oder ihrer Zweigstelle (vgl. § 162 Abs. 1 S. 1 StPO) oder – im Falle der Bereitschaftsdienstkonzentration nach § 22c GVG – dem Präsidium des LG im Einvernehmen mit den Präsidien der einbezogenen AG (vgl. § 22c Abs. 1 S. 4 GVG), eine Prognoseentscheidung darüber zu treffen, ob und inwieweit in dem betroffenen Gerichtsbezirk ein über den Ausnahmefall hinaus-

gehender praktischer Bedarf für die Einrichtung eines nächtlichen ermittelungsrichterlichen Bereitschaftsdienstes besteht (vgl. *Kissel/Mayer-GVG*, a.a.O., § 21e Rn. 136 und § 22c Rn. 1).

[70] **b)** Ein über den Ausnahmefall hinausgehender Bedarf an nächtlichen Durchsuchungsanordnungen i.S.d. Rspr. des *BVerfG* liegt vor, wenn das durch Art. 13 Abs. 2 GG vorgegebene Regel-Ausnahme-Verhältnis ohne die nächtliche Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters nicht mehr gewahrt wäre. Von der Einrichtung eines nächtlichen ermittelungsrichterlichen Bereitschaftsdienstes kann mithin nur abgesehen werden, soweit nachts Durchsuchungsanordnungen lediglich in sehr geringem Umfang anfallen.

[71] **c)** Auf welche Weise die Gerichtspräsidien den tatsächlichen Bedarf an nächtlichen Durchsuchungsanordnungen in den jeweiligen Gerichtsbezirken schätzen, fällt in ihren Beurteilungs- und Prognosespielraum. Legen die Gerichtspräsidien ihrer Bedarfsprognose keine statistischen Erhebungen zugrunde, sondern greifen auf allg. Erfahrungswerte zurück, müssen diese hinreichend plausibel sein. Ein plausibler Erfahrungswert kann der Umstand sein, dass in Großstädten zur Abend- und Nachtzeit signifikant mehr eilbedürftige Anträge auf Erlass von Durchsuchungsanordnungen anfallen als in ländlichen Gerichtsbezirken (vgl. einerseits *BVerfGK* 9, 287 [290] [= StV 2006, 676] zur Großstadt München und andererseits *BVerfGK* 2, 176 [178] zum Land Brandenburg). Auch können die Grenznähe eines Gerichtsbezirks, wenn sie erfahrungsgemäß in größerem Umfang zu grenzüberschreitender Kriminalität führt, oder der Umstand, dass sich im Gerichtsbezirk ein bekannter Kriminalitätsschwerpunkt befindet, darauf schließen lassen, dass zur Nachtzeit ein über den Ausnahmefall hinausgehender Bedarf an Durchsuchungsanordnungen besteht. Ein solcher erhöhter Bedarf kann schließlich zeitlich begrenzt während der Dauer von Großereignissen auftreten (vgl. z.B. *BVerfGK* 7, 87 [102] zur Erforderlichkeit der Einrichtung eines richterlichen Eildienstes zur Nachtzeit aufgrund von zu erwartenden gefahrenabwehrrechtlichen Masseningewahrsamnahmen anlässlich eines Castor-Transports). Maßgeblich sind stets die spezifischen Verhältnisse im einzelnen Gerichtsbezirk, so dass sich generelle Vorgaben verbieten. [...]

**Anm. d. Red.:** S. zu dieser Entscheidung die Anm. von *Jahn* JuS 2019, 822.

## Zugriff auf retrograde Postdaten

StPO §§ 94, 99; GG Art. 10

### Eine Beschlagnahme der retrograden Postdaten bzw. ein dahingehender Auskunftsanspruch der Strafverfolgungsorgane ist unzulässig.

*BGH*, Beschl. v. 20.02.2019 – StB 51/18

**Aus den Gründen:** [1] **I.** Der GBA führt gegen den Besch. ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Begehung eines Kriegsverbrechens gegen Personen gem. § 8 Abs. 1 Nr. 1, 3 und 9 VStGB.

[2] Mit dem angefochtenen Beschl. v. 26.09.2018 hat der Ermittlungsrichter des *BGH* den Antrag des GBA abgelehnt, im Einzelnen benannte Postdienstleister zu verpflichten, Auskunft über an den Besch. gerichtete, nicht mehr in ihrem Gewahrsam befindliche Postsendungen zu erteilen, insbes. Namen und Anschriften der Absender (retrograde Postdaten). Denn für eine solche Anordnung fehle es an einer Rechtsgrundlage.

[3] Dagegen wendet sich der GBA mit seiner Beschwerde, mit der er weiter die Auffassung vertritt, der von ihm geltend gemachte »Auskunftsanspruch« könne auf § 94 StPO gestützt werden. Dies ergebe sich aus dem allg. Regelungsgehalt der Vorschrift und ihrem Kontext. § 94 StPO ermächtige zu Eingriffen in Art. 10 Abs. 1 GG

und werde insbes. nicht von § 99 StPO verdrängt; durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine auf die Anwendung von § 94 StPO gestützte Verpflichtung der Postdienstleister zur Auskunft bestünden nicht.

[4] Die Beschwerde, der der Ermittlungsrichter nicht abgeholfen hat, bleibt erfolglos.

[5] **II.** Die gem. § 304 Abs. 5 StPO statthafte Beschwerde ist unbegründet. Es fehlt – de lege lata – an einer Rechtsgrundlage für die Verpflichtung von Postdienstleistern zur Erteilung von Auskünften über Postsendungen, die sich nicht mehr in ihrem Gewahrsam befinden.

[6] **1.** Die Frage, ob und ggf. aufgrund welcher Rechtsgrundlage die Strafverfolgungsorgane auf retrograde Postdaten zugreifen können, ist in Rspr. und Lit. allerdings umstritten.

[7] **a)** In einigen Entscheidungen und von einem Teil der Lit. wird die Möglichkeit des staatlichen Zugriffs auf solche Daten mit einer direkten oder analogen Anwendung von § 99 StPO begründet (*BGH*, Beschl. v. 11.07.2012 – 3 BGs 211/12, juris; v. 31.08.2011 – 2 BGs 458/11; *KK-StPO/Greven*, 8. Aufl. 2019, § 99 Rn. 11; *BeckOK-StPO/Graf*, § 99 Rn. 3; *Schmidt* NJW 2017, 681).

[8] Tl.w. wird unter Berufung auf eine Entscheidung des *BVerfG* (*BVerfG*, Beschl. v. 16.06.2009 – 2 BvR 902/06, *BVerfGE* 124, 43 [58 f.] [= StV 2009, 617]) auch vertreten, die Auskunftspflicht lasse sich auf § 94 StPO stützen (*LG Ingolstadt*, Beschl. v. 13.02.2018 – 2 Qs 4/18, juris; *LG Landshut*, Beschl. v. 21.05.2012 – 6 Qs 82/12, juris; *BeckOK-StPO/Engelstätter*, RiStBV 84 Rn. 4 f.; *Lampe* jurisPR-StrafR 24/2009 Anm. 2; *Krause* NZWiSt 2017, 60; *Weisser* wistra 2016, 387).

[9] **b)** In neueren Entscheidungen des Ermittlungsrichters des *BGH* und vom überwiegenden Teil der Lit. wird die Möglichkeit einer Beschlagnahme der retrograden Postdaten bzw. eines dahingehenden Auskunftsanspruchs der Strafverfolgungsorgane hingegen unter Verweis auf das Fehlen einer gem. Art. 10 Abs. 2 GG notwendigen gesetzlichen Ermächtigunggrundlage abgelehnt (*BGH*, Beschl. v. 27.10.2016 – 1 BGs 107/16, NJW 2017, 680 [= StV 2017, 145]; *LG Hamburg*, Beschl. v. 12.02.2009 – 628 Qs 05/09, juris; *Meyer-Göfner/Schmitt-StPO/Köhler*, 62. Aufl. 2019, § 99 Rn. 14; *Radtkel/Hohmann-StPO*, § 99 Rn. 16; *HK-StPO/Gercke*, 5. Aufl. 2012, § 99 Rn. 11; *SSW-StPO/Eschelbach*, 3. Aufl. 2018, § 99 Rn. 22; *Graf-StPO*, 3. Aufl. 2018, § 99 Rn. 3; *LR-StPO/Menges*, 27. Aufl. 2019, § 99 Rn. 30; *MüKo-StPO/Günther*, § 99 Rn. 48; *SK-StPO/Wohlers/Greco*, 5. Aufl. 2019, § 99 Rn. 19; *Wimmer* StraFo 2018, 221 [224]; *Pannenberg* StV 2017, 433).

[10] **2.** Der *Senat* entscheidet die Rechtsfrage i.S.d. letztgenannten Auffassung.

[11] **a)** Die für die Beschlagnahme retrograder Postdaten erforderliche gesetzliche Grundlage ergibt sich nicht aus § 99 StPO, und zwar weder aus einer direkten noch aus einer entsprechenden Anwendung der Vorschrift.

[12] **aa)** Gem. § 99 StPO ist die Beschlagnahme der an den Besch. gerichteten Postsendungen zulässig, die sich im Gewahrsam von Personen oder Unternehmen befinden, die geschäftsmäßig Post- oder Telekommunikationsdienste erbringen oder daran mitwirken. In der sich daraus ergebend-