

Die Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG

Von Prof. Dr. Friedrich Schoch, Freiburg i. Br.

Der verfassungsrechtliche Schutz der Wohnung ist in der Praxis von großer Bedeutung und erfreut sich ungebrochener Aktualität; juristisch werden Grundfragen des Öffentlichen Rechts (unter Einschluss insbesondere der StPO und der ZPO) aufgeworfen. Dabei stellt Art. 13 GG kein leicht zu verstehendes Grundrecht dar. Hinzu treten von der Rechtsprechung erfundene Lehrsätze »außerhalb« der Verfassungsvorschrift, die das Grundrecht mitprägen. Nachfolgend geht es vornehmlich um die Analyse der Strukturen des Art. 13 GG und die Vermittlung seiner wesentlichen normativen Gehalte.

I. Bedeutung der Unverletzlichkeit der Wohnung

Der Schutzbereich des Art. 13 I GG¹ ist im Verfassungstext ebenso schlicht wie (allgemein)verständlich formuliert: »Die Wohnung ist unverletzlich.« Damit wird eine bestimmte räumliche Sphäre (»Wohnung«) zu Gunsten des Grundrechtsträgers nach außen abgeschirmt (»unverletzlich«), so dass innerhalb dieses Bereichs die **Privatheit** im Interesse der freien Entfaltung der Persönlichkeit geschützt wird². Dieser Schutz einer bestimmten räumlichen Lebenssphäre hat eine lange Tradition³. Von seiner Bedeutung hat der Schutz der Wohnung bis heute nichts eingebüßt. Im Gegenteil, neue technische Mittel zum Eindringen in die Wohnung (vgl. Art. 13 III bis V GG) verlangen nach neuen Schutzvorkehrungen, um die Unverletzlichkeit⁴ der Wohnung zu wahren.

In seinem Urteil zu staatlichen Zugriffen auf informationstechnische Systeme⁵ hat das BVerfG erklärt, Art. 13 I GG »verbürgt dem Einzelnen mit Blick auf seine Menschenwürde sowie im Interesse der Entfaltung seiner Persönlichkeit einen elementaren Lebensraum, in den nur unter den besonderen Voraussetzungen von Art. 13 II bis VII GG eingegriffen werden darf«⁶. Die Hervorhebung der Menschenwürdegarantie und die Betonung des Persönlichkeitsschutzes machen deutlich, dass es im Kern um das **Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen** innerhalb der als »Wohnung« geschützten räumlichen Sphäre geht⁷.

Ursprünglich bestand Art. 13 GG nur aus drei Absätzen. Absatz 1 und Absatz 2 sind unverändert geltendes Verfassungsrecht, Absatz 7 stellte vormals Absatz 3 des Art. 13 GG dar. Zur Ermöglichung der akustischen und optischen Wohnungsüberwachung (im Interesse der Straftatenverfolgung und der Gefahrenabwehr) wurden 1998 die heutigen Absätze 3 bis 6 in den Verfassungstext eingefügt; der ehemalige Absatz 3 wurde zum neuen Absatz 7⁸. Die Erweiterung der staatlichen Eingriffsmöglichkeiten in die räumliche Privatsphäre »Wohnung« hat beim Grundrechtsschutz eine Bedeutungszunahme bewirkt. Ging es früher vor allem um das *physische* Eindringen staatlicher Organe in die Wohnung und dessen Abwehr, so tritt nunmehr die **informationelle Selbstbestimmung** des Grundrechtsträgers ergänzend hinzu⁹. Art. 13 GG gilt in Bezug auf den Schutz der Wohnung gegenüber Art. 2 I i. V. m. 1 I GG als das speziellere Freiheitsrecht¹⁰,

jedoch soll das Recht auf informationelle Selbstbestimmung¹¹ dort nicht verdrängt werden, wo sich die Schutzbereiche nur partiell überschneiden¹².

II. Schutzbereich des Art. 13 I GG

Fall 1: Die X-GmbH handelt mit Natursteinfliesen und Massivholzböden. Bei einer Baustellenkontrolle stellte das zuständige Ordnungsamt fest, dass im Auftrag der X-GmbH Fliesen verlegt wurden, obwohl X nicht mit dem Fliesenlegerhandwerk in der Handwerksrolle eingetragen ist. Wegen des Verdachts eines Verstoßes gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und gegen die Handwerksordnung wurde auf Antrag der zuständigen Behörde vom AG, im Beschwerdeverfahren durch das LG bestätigt, die Durchsuchung der Geschäftsräume der X-GmbH nach »Rechnungen, Angeboten, Quittungen und ähnlichen Geschäftsunterlagen über Arbeiten des Fliesenlegerhandwerks« angeordnet; nach Überprüfung der Baustelle habe ein Anfangsverdacht dahingehend bestanden, dass X Handwerksarbeiten ohne entsprechende Eintragung in die Handwerksrolle ausgeführt habe. X fragt nach der Rechtmäßigkeit des Durchsuchungsbeschlusses¹³.

1. Sachlicher Schutzbereich

a) Schutzgegenstand: Wohnung

aa) Begriffsbestimmung

Art. 13 I GG schützt die »Wohnung«. Was darunter zu verstehen ist, erläutert die Bestimmung nicht. Nach dem üblichen Sprach-

¹ Näher dazu unten II.

² BVerfGE 97, 228 (265): »Abschirmung der Privatsphäre in räumlicher Hinsicht«.

³ Vgl. HERMES in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 13 Rdn. 1 f.

⁴ Gemeint ist damit das grundsätzliche Verbot des (staatlichen) Eindringens in die Wohnung gegen den Willen des Wohnungsinhabers mit Ausnahmen nach Maßgabe der Absätze 2 bis 7; KUNIG JURA 1992, 476 (479 f.); KÜHNE in: Sachs (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2009, Art. 13 Rdn. 6.

⁵ BVerfGE 120, 274 = DVBl 2008, 582 (m. Anm. VOLKSMANN) = DÖV 2008, 459 (m. Bespr. BRITZ S. 411 ff.) = NJW 2008, 822 (m. Bespr. EIFERT NVwZ 2008, 521 ff. und KUTSCHA NJW 2008, 1042 ff.); ferner dazu SACHS/KRINGS JuS 2008, 481 ff., sowie HÖMIG JURA 2009, 207 ff.

⁶ BVerfGE 120, 274 (309).

⁷ HERMES (Fn. 3) Art. 13 Rdn. 12.

⁸ 45. Gesetz zur Änderung des GG vom 26. 3. 1998 (BGBl I S. 610); dazu BRAUN NVwZ 2000, 375 ff.

⁹ Nachdrücklich MICHAEL/MORLOK, Grundrechte, 2008, Rdn. 365 f.: Doppeltes Schutzkonzept (Privatsphäre und individuelle Informationshoheit in der Privatsphäre).

¹⁰ BVerfGE 109, 279 (325): Art. 2 I i. V. m. 1 I GG komme neben Art. 13 I GG »nicht zur Anwendung, soweit Eingriffe in die räumliche Privatsphäre des Wohnungsinhabers zu überprüfen sind«.

¹¹ Dazu SCHOCH JURA 2008, 352 ff.

¹² BVerfGE 115, 166 (187); dazu unter dem Vorzeichen der StPO GEPPERT JK 8/06, StPO § 102/2.

¹³ Fall nach BVerfG-K NVwZ 2007, 1047 = GewArch 2007, 255.

gebrauch werden von dem Begriff Räumlichkeiten erfasst, in denen Menschen leben und wirken. »Wohnung« i. S. d. Art. 13 I GG ist danach jedenfalls jeder **abgegrenzte, nicht allgemein zugängliche Raum**, der zur Stätte des Aufenthalts oder Wirkens von Menschen gemacht wird¹⁴. Dazu gehören in erster Linie Räumlichkeiten, die Wohnzwecken dienen; erfasst sind nicht nur die üblichen Wohnräume (i. e. S.) in einem Haus, sondern auch Nebenräume wie z. B. Keller, Böden, Garagen, Terrassen und Balkone, Treppen und Flure, aber auch Innenhöfe und umzäunte Vorgärten sowie nur vorübergehend zu Wohnzwecken dienende Räume wie Hotelzimmer, Wohnwagen, Hausboote, Zimmer in Studentenwohnheimen und Altersheimen, Clubräume sowie Krankenzimmer¹⁵.

Die erwähnten Räumlichkeiten sind objektiv durch eine Abschottung nach außen und subjektiv durch den – sozial anerkannten – Willen des Berechtigten zur lediglich *privaten* Zugänglichkeit von Räumen und Örtlichkeiten gekennzeichnet¹⁶. Umstritten ist die Zuordnung **öffentlich zugänglicher Räume** (z. B. Verkaufsräume, Gaststätten, Sportanlagen) zum Schutzbereich des Art. 13 I GG. Gegen deren Einbeziehung in den Grundrechtsschutz wird geltend gemacht, dass es insoweit nicht um die Gewährleistung einer abgeschirmten Privatsphäre gehe¹⁷. Demgegenüber verweist die h. M. zutreffend darauf, dass die Schaffung einer grundsätzlichen öffentlichen Zugänglichkeit bestimmter Räume das Entscheidungsrecht des Berechtigten über den (un)erlaubten Zutritt im Einzelfall und über die Zweckbestimmung des Aufenthalts nicht aufhebt¹⁸. Respektiert wird damit das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen über »seine« Räumlichkeiten; die Schutzwürdigkeit des Freiheitsgrundrechts des Art. 13 I GG ist nicht auf die private Intimsphäre begrenzt und sollte daher nicht von einer undifferenzierten entweder-oder-Alternative (öffentlich/nicht öffentlich) abhängig gemacht werden.

bb) Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume

Nach wie vor kontrovers diskutiert wird die Zuordnung von **Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräumen** zum Grundrechtstatbestand des Art. 13 I GG. Das BVerfG hat sich frühzeitig festgelegt und nicht zuletzt auf Grund der »geschichtlichen Erfahrungen« zur »Anfälligkeit gerade dieses Lebensbereichs gegenüber Eingriffen der öffentlichen Gewalt« für eine *weite Auslegung* des Schutzbereichs plädiert; da im Zweifel diejenige Auslegung zu wählen sei, die die juristische Wirkungskraft der Grundrechtsnorm am stärksten entfalte, sei es folgerichtig, dem räumlichen Bereich, in dem sich die Berufstätigkeit vorwiegend vollziehe, den Schutz des Art. 13 I GG angedeihen zu lassen¹⁹. Rechtsprechung²⁰ und h. L.²¹ folgen dieser Deutung des Art. 13 I GG; ergänzend wird zur Bestätigung der weiten Auslegung des Grundrechtstatbestandes auf die durch Art. 12 und 14 GG zum Ausdruck gebrachte Bedeutung von Arbeit, Beruf und Gewerbe hingewiesen und dem durch Art. 13 VII GG anerkannten Schutz der Jugend vornehmlich dann ein Sinn attestiert, wenn Geschäftsräume (z. B. Gaststätten) von Art. 13 I GG umfasst seien.

Die h. M. sieht sich dem Einwand ausgesetzt, dass sie den Wortlaut des Grundrechtstatbestandes (»Wohnung«) überdehne und infolge der Ausdehnung des Schutzbereichs auf Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume notwendigerweise juristische Personen in den Grundrechtsschutz mit einbeziehe²², womit der Bereich privater Lebensführung verlassen und der personale Gehalt des Art. 13 I GG ignoriert werde; vor allem ziehe die weite Auslegung des Schutzbereichs Inkonssequenzen nach sich, weil bloße behördliche Betretungs-, Besichtigungs- und Kontrollrechte (»Nachschau Befugnisse«)²³ als Grundrechtsbeeinträchtigung qualifiziert werden müssten, von den Schrankenvorbehalten des Art. 13 II bis VII GG jedoch nicht (immer) gedeckt seien, so dass praeter constitutionem Rechtfertigungslehren entwickelt würden²⁴. Die Kritik an der h. M. weist zutreffend auf den funk-

tionalen Zusammenhang zwischen einem extensiv gedeuteten Schutzbereich und der quantitativen Erhöhung von Grundrechtsbeeinträchtigungen durch behördliche Maßnahmen hin. Die im Gefolge dieser Expansion vorgenommenen freien richterlichen Rechtsschöpfungen zu den Grundrechtsschranken sollten indessen wissenschaftlich nicht akzeptiert werden²⁵.

Fall 1 bietet ein Beispiel für das weite Schutzbereichsverständnis. Die Durchsuchung bei der X-GmbH betraf keine Wohnräume im eigentlichen Sinne. Dennoch nahm das BVerfG auf Grund seiner st. Rspr. ohne Begründung an, dass die Geschäftsräume nach Art. 13 I GG geschützt seien.

Zur (teilweisen) Vermeidung des angedeuteten Dilemmas, im Falle einer Überdehnung des Schutzbereichs Grundrechtsbeeinträchtigungen anhand der Schranken des Art. 13 GG von vornherein nicht rechtfertigen zu können, ist in Bezug auf Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume ein **differenzierendes Schutzbereichskonzept** vorgeschlagen worden. Zu unterscheiden sei danach, ob jene Räume

- in die eigentliche Wohnung integriert seien (z. B. Dachatelier, Kellerwerkstatt, Wohnzimmerkanzlei),
- trotz Trennung von der Wohnung keinem unkontrollierten öffentlichen Zutritt unterlägen (z. B. Arztpraxis, Büro, Fabrik, Restaurantküche) oder
- ein umfassender und unkontrollierter Zutritt der Öffentlichkeit zur Verfügung stehe (z. B. Kaufhaus, Freizeitzentrum)²⁶.

Die ersten beiden Fallgruppen sind dem Schutzbereich des Art. 13 I GG zuzuordnen, bei der dritten Fallgruppe trifft dies während der Zeiten allgemeiner Zugänglichkeit nicht zu. Die Rechtsprechung hat sich mit diesem auf Differenzierung angelegten Modell bislang nicht befasst.

14 BGH NJW 1997, 1018 (1019); VGH BW DVBl 1993, 778 (780) = NVwZ 1993, 388 (389) = ERICHSEN JK 94, GG Art. 13/6; OVG RP DÖV 1994, 835 = NVwZ-RR 1994, 570.

15 BayVGH BayVBl 1994, 272 f.; BayObLG NJW 1999, 3205; WISSMANN JuS 2007, 324 (325); PIEROTH/SCHLINK Grundrechte Staatsrecht II, 25. Aufl. 2009, Rdn. 948; ZIPPELIUS/WÜRTEMBERGER Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 28 Rdn. 23; JARASS in: ders./Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 13 Rdn. 4. – Vgl. ferner OVG Berlin NVwZ-RR 1990, 194 (195); Obdachlosenunterkunft; VGH BW DVBl 1993, 778 (780) = NVwZ-RR 1993, 388 (389) = ERICHSEN JK 94, GG Art. 13/6: durch Mauer oder Zäune oder sonstige Zeichen abgegrenzte unbebaute Teile eines bebauten Grundstücks. – Nicht erfasst werden von Art. 13 I GG nach der Rechtsprechung Hafträume und Besucherräume einer JVA, da es an der Abschottung einer bestimmten Privatsphäre fehle; BVerfG-K NJW 1996, 2643 (2644), sowie BGH NJW 1998, 3284 = JZ 1999, 259 (m. Anm. DUTTGE); krit. dazu SACHS JuS 1997, 460 (461) und JuS 1999, 86 (87).

16 Die Maßgeblichkeit (auch) der Entscheidungsbefugnis des Einzelnen betonen PIEROTH/SCHLINK (Fn. 15) Rdn. 947, sowie HERMES (Fn. 3) Art. 13 Rdn. 12.

17 MICHAEL/MORLOK (Fn. 9) Rdn. 368; JARASS (Fn. 15) Art. 13 Rdn. 5.

18 BVerfGE 97, 228 (265); BVerwGE 121, 345 (348); VOSSKUHL DVBl 1994, 611 (612 f.); MITTAG NVwZ 2005, 649 (650).

19 BVerfGE 32, 54 (71); bestätigt z. B. durch E 42, 212 (219); 44, 353 (371); 76, 83 (88); 96, 44 (51); 97, 228 (265); 120, 274 (309); BVerfG-K DVBl 2007, 624 = NVwZ 2007, 1049 (1050); NJW 2009, 2518 (2519).

20 Vgl. etwa BVerwGE 121, 345 (348); OLG Hamburg NJW 1984, 2898 (2899); BayObLG NJW 1999, 3205.

21 VOSSKUHL DVBl 1994, 161 (162); ENNUSCHAT AöR 127 (2002), 252 (264 ff.); IPSEN Staatsrecht II Grundrechte, 12. Aufl. 2009, Rdn. 283; PIEROTH/SCHLINK (Fn. 15) Rdn. 949; ZIPPELIUS/WÜRTEMBERGER (Fn. 15) § 28 Rdn. 23; PAPIER in: Maunz/Dürig, GG Art. 13 Rdn. 13.

22 Vgl. dazu unten II. 2.

23 Einzelheiten dazu unten IV. 3. b).

24 HUFEN Staatsrecht II Grundrechte, 2. Aufl. 2009, § 15 Rdn. 6; HERMES (Fn. 3) Art. 13 Rdn. 26; KÜHNE (Fn. 4) Art. 13 Rdn. 4; verhaltene Kritik auch bei WISSMANN JuS 2007, 324 (325).

25 Vgl. zur Kritik unten IV. 3. b) bb).

26 PIEROTH/SCHLINK (Fn. 15) Rdn. 950; zustimmend PAPIER (Fn. 21) Art. 13 Rdn. 14.

b) Schutzgut: räumliche Sphäre der Privatheit

Schutzgut des Art. 13 I GG ist die räumliche Sphäre der Privatheit, so dass das **Selbstbestimmungsrecht des Hausrechtsinhabers** geschützt wird²⁷. Das BVerfG formuliert mitunter ungenau, indem es den Schutzgegenstand und das Schutzgut gleichsetzt und meint, Schutzgut des Grundrechts sei die räumliche Sphäre, in der sich das Privatleben entfalte²⁸. Dass es sich insoweit nur um eine begriffliche Ungenauigkeit und nicht um eine sachliche Differenz zum richtigen Verständnis der Schutzfunktion des Art. 13 I GG handelt, belegen die zahlreichen Entscheidungen des BVerfG, die unter Hinweis auf die durch das Grundrecht gewährleistete freie Entfaltung der Persönlichkeit in ihrem elementaren Lebensraum das »Recht, in Ruhe gelassen zu werden«, betonen²⁹. Geschützt wird nicht die Wohnung als Objekt, sondern die Abschirmung einer bestimmten Privatsphäre in räumlicher Hinsicht³⁰.

Schützt Art. 13 I GG demnach vor unerbetenen staatlichen Beeinträchtigungen des Privatlebens in einem abgeschirmten räumlichen Bereich, so erfasst der Grundrechtstatbestand nicht etwa das Eigentum oder das Besitzrecht an einer Wohnung³¹. Auch die Einholung von Auskünften ist kein Fall des Art. 13 I GG³². Bezüglich informationstechnischer Systeme, die sich in einer Wohnung befinden, schützt Art. 13 I GG nicht gegen die durch die Infiltration des Systems ermöglichte Erhebung von gespeicherten Daten³³.

c) Gewährleistungsgehalt und Schutzrichtung

Art. 13 I GG ist ein **staatsgerichtetes Abwehrgrundrecht**, kein Leistungsgrundrecht (»Recht auf Wohnung«)³⁴. Gebunden sind nach Art. 1 III GG alle Staatsfunktionen. Im Privatrechtsverkehr (z. B. Betretungsrecht des Vermieters von Mietwohnungen) ist die mittelbare Drittwirkung des Art. 13 I GG anerkannt; bei der Auslegung und Anwendung privatrechtlicher Vorschriften müssen die angerufenen Zivilgerichte Bedeutung und Tragweite des Grundrechts beachten³⁵.

Als Abwehrrecht enthält Art. 13 I GG das an die Träger öffentlicher Gewalt gerichtete grundsätzliche Verbot, gegen den Willen des Wohnungsinhabers in die Wohnung einzudringen und darin zu verweilen³⁶. Der Grundrechtsinhaber hat ein Abwehrrecht zum Schutz seiner räumlichen Privatsphäre gegenüber unerbetenen Störungen³⁷. Ihm steht daher auch das Recht zur Entscheidung zu, wer die dem Publikum nicht eröffneten Betriebs- und Geschäftsräume betreten darf, und er hat das Recht zu erfahren, welche Personen zu welchem Zweck sich in seinen Räumen aufhalten³⁸.

Lange Zeit bezog sich der Gewährleistungsgehalt des Art. 13 I GG – aus tatsächlichen Gründen – (fast) ausschließlich auf die Abwehr eines **körperlichen Eindringens** von Staatsorganen in die Wohnung. Insoweit hat das Grundrecht von seiner Bedeutung nichts eingebüßt. Mittlerweile erfasst der Grundrechtsschutz aber auch neue Gefährdungen. Verschaffen sich staatliche Stellen mit besonderen technischen Hilfsmitteln einen unerbetenen Einblick in Vorgänge innerhalb der Wohnung, schützt Art. 13 I GG gegen die **akustische bzw. optische Wohnraumüberwachung**³⁹. Neuerdings betont das BVerfG, dass sich die Gewährleistung des Art. 13 I GG zudem auf den **Gebrauch der erlangten Kenntnisse** (infolge des Eindringens in die Wohnung) erstrecke⁴⁰.

2. Personeller Schutzbereich

Grundrechtsträger ist bei Art. 13 I GG jede **natürliche Person**, die tatsächlich in dem fraglichen Raum wohnt. Umfasst von der Grundrechtsberechtigung sind auch Ausländer und Staatenlose. Auf die Eigentumsverhältnisse kommt es nicht an; maßgeblich ist die tatsächliche Sachherrschaft, was zivilrechtlich i. d. R. dem unmittelbaren Besitz gleichkommt⁴¹. Das BVerfG betont, Grundrechtsträger des Art. 13 I GG sei jeder Inhaber oder Be-

wohner eines Wohnraums, unabhängig davon, auf welchen Rechtsverhältnissen die Nutzung des Wohnraums beruhe; bei mehreren Bewohnern einer Wohnung stehe das Grundrecht jedem Einzelnen, bei Familien mithin jedem Familienmitglied zu⁴².

Die **Rechtmäßigkeit der Wohnungsinhaberschaft** ist für den personellen Schutzbereich des Art. 13 I GG unbeachtlich, da es nicht um den Schutz des Eigentums, sondern der Privatsphäre in räumlicher Hinsicht geht⁴³. Folgerichtig hat das BVerfG erkannt, dass der Schutz eines gekündigten Mieters nicht bereits mit der Kündigung endet, sondern erst mit dem Auszug des Mieters aus der Wohnung⁴⁴.

Bei juristischen Personen gibt es den von Art. 13 I GG intendierten Schutz der Privatheit nicht; demgemäß sind sie bei Wohnungen i. e. S. nicht Grundrechtsträger. Anders ist die Rechtslage in Bezug auf Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume, die nach h. M. vom sachlichen Schutzbereich umfasst werden⁴⁵. Insoweit können **juristische Personen des Privatrechts** gemäß Art. 19 III GG grundrechtsberechtigt sein⁴⁶. Da Art. 13 I GG kein sog. Deutschengrundrecht darstellt, ist auch einem Ausländerverein mit Sitz im Inland bezüglich seines Büros die Grundrechtsträgerschaft attestiert worden⁴⁷.

In **Fall 1** hat das BVerfG erkannt, die X-GmbH könne sich nach Art. 13 I GG auf die Unverletzlichkeit ihrer Geschäftsräume berufen. Sie haben ihren Sitz in Deutschland und sei damit eine inländische juristische Person. Da Art. 13 I GG seinem Wesen nach auf juristische Personen bei Geschäftsräumen anwendbar sei (Art. 19 III GG), sei die X-GmbH grundrechtsberechtigt.

III. Eingriff in den Schutzbereich

1. Allgemeine Anforderungen an den Grundrechtseingriff

Ausgehend von der Schutzgarantie des Art. 13 I GG (Abschirmung der Privatsphäre in räumlicher Hinsicht) liegt ein Grundrechtseingriff bei jeder **Beeinträchtigung der Privatheit geschützter Räumlichkeiten** durch einen Grundrechtsadressaten vor. Das ist nach einhelliger Auffassung der Fall bei jedem –

27 BVerwGE 121, 345 (350).

28 So z. B. BVerfGE 89, 1 (12); 120, 274 (309).

29 So z. B. BVerfGE 51, 97 (107); 103, 142 (150); 109, 279 (309); 115, 166 (196); ferner die Kammerentscheidungen BVerfG-K NJW 2002, 1333; NJW 2003, 2303 (2304); NJW 2004, 1517; NJW 2004, 3171; NJW 2005, 275 (276); NJW 2005, 1640 (1641); NVwZ 2006, 925 (926); NJW 2007, 1804; NJW 2009, 2518 (2519).

30 Daraus schlussfolgert BayOBLG NJW 1999, 3205, dass leerstehende Räumlichkeiten nicht in den Schutzbereich des Art. 13 I GG fallen.

31 BVerfGE 89, 1 (12): kein Schutz des Interesses, eine bestimmte Wohnung zum Lebensmittelpunkt zu machen und sie hierfür zu behalten, daher auch kein Schutz gegen eine Kündigung des Mietverhältnisses.

32 BVerfGE 65, 1 (40).

33 BVerfGE 120, 274 (311).

34 KUNIG **JURA** 1992, 476 (477); PIEROTH/SCHLINK (Fn. 15) Rdn. 944.

35 BVerfGE 89, 1 (13).

36 BVerfGE 65, 1 (40); 76, 83 (90); 109, 279 (309).

37 BVerfGE 115, 166 (196).

38 BVerwGE 78, 251 (253) = DVBl 1988, 440 (m. Anm. KUNIG DVBl 1988, 578).

39 BVerfGE 109, 279 (309); 120, 274 (309 f.).

40 BVerfG-K NJW 2009, 3225 Tz. 14 (m. Bespf. SCHWABENBAUER).

41 HUFEN (Fn. 24) § 15 Rdn. 7; HERMES (Fn. 3) Art. 13 Rdn. 21.

42 BVerfGE 109, 279 (326); bestätigend BVerfG NJW 2009, 3225 Tz. 19.

43 WISSMANN JuS 2007, 324 (326); HUFEN (Fn. 24) § 15 Rdn. 7; HERMES (Fn. 3) Art. 13 Rdn. 22; JARASS (Fn. 15) Art. 13 Rdn. 6; a. A. IPSEN (Fn. 21) Rdn. 282; ZIPPELIUS/WÜRTEMBERGER (Fn. 15) § 28 Rdn. 25; PAPIER (Fn. 21) Art. 13 Rdn. 12.

44 BVerfGE 89, 1 (12).

45 Näher dazu oben II. 1. a) bb).

46 BVerfGE 42, 212 (219) am Beispiel einer KG. – Einzelheiten zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen bei SCHOCH **JURA** 2001, 201 ff.; KRAUSNICK JuS 2008, 869 ff.

47 BGH NJW 1997, 1018 (1019).

körperlichen – Eindringen (Betreten und Verweilen) einer staatlichen Stelle⁴⁸ in die Wohnung sowie – unkörperlich – bei der akustischen oder optischen Wohnraumüberwachung des Staates gegen den Willen des Grundrechtsträgers⁴⁹. Diese Beschreibung der »Eingriffs«merkmale darf nicht dahingehend missverstanden werden, dass erst das *tatsächliche* Eindringen in die Wohnung im Rechtssinne die Grundrechtsbeeinträchtigung markiert; juristisch ist ein Eingriff bereits mit der staatlichen *Anordnung* des (körperlichen oder unkörperlichen) Eindringens in die Wohnung gegeben⁵⁰. Kein Eingriff liegt beim **Einverständnis** des Wohnungsinhabers vor⁵¹; dieses kann allerdings widerrufen werden. Bei mehreren Berechtigten ist das Einverständnis aller erforderlich, um einen Grundrechtseingriff verneinen zu können⁵². Die **Weitergabe von Informationen**, die der Staat durch das Eindringen in die Wohnung erlangt hat, soll nach der (nicht ganz eindeutigen) Rechtsprechung des BVerfG ebenfalls einen Eingriff darstellen⁵³.

Ob – insbesondere bei Gewaltanwendung gegen Mitbewohner – die **Wohnungsverweisung** (ggf. mit Rückkehrverbot) nach Polizeirecht⁵⁴ einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 13 I GG darstellt, ist umstritten. Dies wird teilweise mit der Erwägung bejaht, die staatliche Wegweisung aus der eigenen Wohnung unterbinde nicht nur die Nutzungsmöglichkeit an der Wohnung, sondern auch die Privatheit ihrer Bewohner⁵⁵. Demgegenüber ist jedoch zu bedenken, dass Art. 13 I GG nicht das Interesse schützt, eine bestimmte Wohnung zum Lebensmittelpunkt zu machen und sie hierfür zu behalten⁵⁶; folglich stellen die polizeiliche Wohnungsverweisung und das Verbot gegenüber dem »Störer«, eine bestimmte Wohnung zu betreten, keinen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 13 I GG dar⁵⁷.

2. Erscheinungsformen des Grundrechtseingriffs

Anders als die meisten anderen Grundrechte typisiert Art. 13 GG bestimmte Erscheinungsformen des Grundrechtseingriffs. Art. 13 II GG thematisiert die Beeinträchtigung der Unverletzlichkeit der Wohnung in Gestalt von **Durchsuchungen**, Art. 13 III GG erfasst die **akustische Wohnraumüberwachung** und Art. 13 IV GG zudem die **optische Wohnraumüberwachung**, Art. 13 VII GG erwähnt die **sonstigen Beeinträchtigungen** (Eingriffe und Beschränkungen »im übrigen«). Diese Typologie verlangt die eindeutige kategoriale Zuordnung einer konkreten Beeinträchtigung der Unverletzlichkeit der Wohnung, weil die verschiedenen Erscheinungsformen des Grundrechtseingriffs unterschiedlichen Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung unterliegen (s. u. IV.).

a) Durchsuchung

aa) Begriffsbestimmung

Seit einer Entscheidung des BVerwG aus dem Jahr 1974 versteht die nahezu einhellige Auffassung unter Durchsuchung i. S. d. Art. 13 II GG »das ziel- und zweckgerichtete Suchen staatlicher Organe in einer Wohnung, um dort planmäßig etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will, etwas nicht klar zutage Liegendes, vielleicht Verborgenes aufzudecken oder ein Geheimnis zu lüften«⁵⁸. Das BVerfG hat sich dieser Begriffsbestimmung angeschlossen⁵⁹; auch die sonstige Rechtsprechung⁶⁰ und das Schrifttum⁶¹ haben die Definition übernommen.

Danach erschöpft sich die Durchsuchung nicht in dem **Betret**en (Eindringen und Verweilen in) der Wohnung; als zweites Element tritt die **Vornahme von Handlungen** in den Räumlichkeiten hinzu⁶². Dabei geht es darum, etwas nachzuspüren und aufzudecken, weil der Wohnungsinhaber den Sachverhalt (verborgene Person oder Sache) geheim halten möchte⁶³. Unbeachtlich für den verfassungsrechtlichen Durchsuchungsbegriff ist, von welcher staatlichen Stelle (z. B. Polizei, Gerichtsvollzieher)

und nach welcher gesetzlichen Grundlage (z. B. StPO, ZPO, PolG) die Maßnahme vorgenommen wird⁶⁴.

bb) Abgrenzungen

Nach dem vorstehend skizzierten **zweiaktigen Durchsuchungsbegriff** ist das Betreten einer Wohnung nicht per se eine Durchsuchung, u. z. auch dann nicht, wenn mit dem Eindringen die unvermeidbare Kenntnisnahme von Personen und/oder Sachen einhergeht⁶⁵. Werden bei der Besichtigung einer Wohnung von den staatlichen Organen z. B. Gegenstände wahrgenommen, die offen in den Wohnräumen zutage liegen, die der Wohnungsinhaber aber lieber dem behördlichen Blick entzogen hätte, fehlt es an den Elementen des »Suchens« und »Aufspürens«, um von einer Durchsuchung sprechen zu können⁶⁶. Die Suche nach etwas Verborgenen ist konstitutiv für den Durchsuchungsbegriff.

Nach diesen Kriterien scheidet die Rechtsprechung insbesondere **verwaltungsbehördliche Betretungs- und Besichtigungsrechte** zur Ausübung von Überwachungsbefugnissen (insbesondere im Wirtschafts-, Umwelt-, Bau- und Vollstreckungsrecht) mit der Konsequenz aus dem Durchsuchungsbegriff aus, dass die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des Art. 13 II GG nicht zur Anwendung kommen. Die praktischen Beispiele sind vielfältig: Betreten einer Gaststätte durch Vollziehungsbeamte zum Zwecke der Zwangsvollstreckung⁶⁷, Eindringen der Polizei in ein Studentenwohnheim zur Unterbindung von Steinwürfen auf Personen aus den oberen Stockwerken⁶⁸, Betreten von Wohnungen im Rahmen der Bauaufsicht⁶⁹, Betreten von Wohnungen zur Entnahme von Wasserproben im Interesse des Gesundheits-

48 Hierunter fällt z. B. auch ein gerichtlich bestellter Sachverständiger (etwa im Rahmen einer zivilprozessualen Beweiserhebung), BVerfGE 75, 318 (326).

49 HUFEN (Fn. 24) § 15 Rdn. 10; PIEROTH/SCHLINK (Fn. 15) Rdn. 951; JARRASS (Fn. 15) Art. 13 Rdn. 7 f.

50 Bei der Durchsuchung (Art. 13 II GG) und bei der akustischen bzw. optischen Wohnraumüberwachung (Art. 13 III-V GG) ist die *Anordnung* der Maßnahme verfassungsrechtlich ausdrücklich vorgesehen; bei sonstigen Eingriffen wird die vorherige Anordnung von der Rechtsprechung verlangt, vgl. unten IV. 3. a).

51 Aus der Praxis dazu BayObLG BayVBl 2005, 348: Einverständnis einer Gaststätteninhaberin mit der polizeilichen Durchsuchung der Gaststätte.

52 JARRASS (Fn. 15) Art. 13 Rdn. 10.

53 BVerfGE 109, 279 (374) nennt gleichzeitig Art. 13 I, 2 I und 1 I GG.

54 Vgl. dazu SCHOCH in: Schmidt-Aßmann/Schoch, BesVwR, 14. Aufl. 2008, 2. Kap. Rdn. 217; in Baden-Württemberg gilt inzwischen § 27 a III PolG als Rechtsgrundlage.

55 PETERSEN-THRÖ SächsVBl 2004, 173 (174); STORR ThürVBl 2005, 97 (99); KRUGMANN NVwZ 2006, 152 (154).

56 Vgl. oben II. 1. b).

57 BVerfG-K NJW 2008, 2493; VG Gelsenkirchen NWVBl 2002, 361 (362); SEILER VBilw 2004, 93 (95); LANG VerwArch 96 (2005), 283 (289).

58 BVerwGE 47, 31 (37) = DVBl 1974, 846 (848); bekräftigend z. B. BVerwGE 121, 345 (349) und BVerwG NJW 2006, 2504.

59 BVerfGE 51, 97 (106 f.); 75, 318 (327); 76, 83 (89); BVerfG-K DVBl 2007, 624 (628).

60 Z. B. BGH NJW 2006, 3352 (3353); OLG Hamburg NJW 1984, 2898 (2899); OVG Berlin NVwZ-RR 1990, 194 (195).

61 Z. B. WISSMANN JuS 2007, 324 (326); HUFEN (Fn. 24) § 15 Rdn. 11; ZIPPELIUS/WÜRTEMBERGER (Fn. 15) § 28 Rdn. 28; HERMES (Fn. 3) Art. 13 Rdn. 44; JARRASS (Fn. 15) Art. 13 Rdn. 14; PAPIER (Fn. 21) Art. 13 Rdn. 22.

62 BVerfGE 76, 83 (89); BVerwGE 121, 345 (349).

63 Zur Präzisierung wird von PIEROTH/SCHLINK (Fn. 15) Rdn. 952 betont, was aufgespürt werden solle, dürfe nicht einfach der Zustand der Wohnung und die Gewähr ihres funktionsmäßigen Gebrauchs sein.

64 BVerfGE 51, 97 (106 ff.).

65 BFH NJW 1989, 855; OLG Hamburg NJW 1984, 2898 (2899).

66 BVerwG NJW 2006, 2504 (2505); OVG Hamburg NJW 1997, 2193 (2194).

67 OLG Hamburg NJW 1984, 2898 (2899).

68 BVerwGE 47, 31 = DVBl 1974, 846 = DÖV 1977, 754 = NJW 1975, 130.

69 BVerwG NJW 2006, 2504 (2505); HessVGH NVwZ-RR 1991, 526; OVG NW DVBl 2008, 795.

schutzes⁷⁰, Durchführung einer Betriebsprüfung in den Geschäftsräumen des Steuerpflichtigen⁷¹, Lebensmittelkontrolle durch Behördenvertreter im Supermarkt⁷², Zwangsräumung einer Obdachlosenunterkunft⁷³.

Soweit die Rechtsprechung pauschale Lösungen anstrebt, ist ihr zu widersprechen. Behördliche Betretungs- und Besichtigungsrechte zur Ausübung von **Kontrollbefugnissen** (z. B. im Recht der Wirtschaftsaufsicht) zielen als solche i. d. R. nicht auf Durchsuchungshandlungen, weil die Nachschau grundsätzlich offene zugängliche Sachverhalte betrifft; sind jedoch gesuchte Gegenstände unbekannt und werden sie vom Wohnungsinhaber nicht freiwillig offenbart, kann der eigentlichen Kontrolltätigkeit eine Durchsuchung vorausgehen⁷⁴. Es muss also im konkreten Fall geprüft werden, ob die Behörde nach dem Eindringen in geschützte Räumlichkeiten nur eine Nachschau durchführt oder ob dieser Aufsichtsmaßnahme eine Durchsuchung vorgeschaltet war.

b) Akustische und optische Wohnraumüberwachung

Die Überwachung von Wohnungen durch **technische Mittel** kennt mehrere Varianten. Die akustische Wohnraumüberwachung (z. B. Richtmikrophone, in der Wohnung installierte Mikrophone) kann zu Zwecken der Strafverfolgung durchgeführt werden (Art. 13 III GG). Zur Gefahrenabwehr finden Maßnahmenbegrenzungen nicht statt (vgl. Art. 13 IV GG), so dass der Grundrechtseingriff sowohl durch die akustische als auch durch eine optische Wohnraumüberwachung (z. B. Infrarotkamera) sowie durch den Einsatz sonstiger technischer Mittel erfolgen kann.

Die Verwendung technischer Mittel ausschließlich zum Schutz der in Wohnungen tätigen (Amts-)Personen (Art. 13 V GG) bezieht sich auf verdeckte Ermittler bzw. andere Personen, die sich in fremden Wohnungen (zur Gefahrenabwehr oder zur Strafverfolgung) aufhalten⁷⁵. Insoweit geht es dem »Lauschangriff« nicht um das Ausspähen der Wohnung, sondern um den Schutz der eingesetzten Person(en).

c) Sonstige Eingriffe

Alle Beeinträchtigungen der Unverletzlichkeit der Wohnung, die die allgemeinen Anforderungen (s. o. III. 1.) erfüllen und nicht Art. 13 II bis V GG unterfallen, sind **sonstige Eingriffe** (Art. 13 VII GG). Erfasst wird jedes vom Wohnungsinhaber nicht erwünschte Betreten, Eindringen in die Räumlichkeiten und das unerbetene Verweilen in der Wohnung, das keiner der speziellen Eingriffsformen zuzuordnen ist. Es handelt sich bei den »sonstigen Eingriffen« um eine Auffangkategorie auf der Ebene der Grundrechtsbeeinträchtigungen.

IV. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Schutzbereich erklärt die Wohnung zwar für »unverletzlich« (Art. 13 I GG), aber nicht für »unantastbar« (so für die Menschenwürde Art. 1 I 1 GG). Folglich kann ein Eingriff in den Schutzbereich verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein⁷⁶. Die Rechtfertigung orientiert sich an der Art des Eingriffs; dazu stellt Art. 13 GG in seinen Absätzen 2 bis 5 ein **differenziertes Schrankensystem** zur Verfügung.

Auf einer anderen Ebene ist die Frage nach den rechtlichen Konsequenzen für solche Informationen angesiedelt, die der Staat mangels Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs unter Verstoß gegen Art. 13 GG gewonnen hat. Insoweit stellen sich – insbesondere nach einer verfassungswidrigen Durchsuchung – Fragen nach einem Verwertungsverbot der erlangten Informationen (vgl. nachf. 1.b).

1. Durchsuchung

Fall 2: Die zuständige Staatsanwaltschaft (StA) führt gegen F ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung im Zusam-

menhang mit der Auflage von Medienfonds durch. Auf Antrag der StA ordnete das zuständige AG die Durchsuchung der Geschäftsräume der Anwaltskanzlei R an, deren Mandant F ist. Daraufhin wurde die Kanzlei durchsucht, zahlreiche Aktenordner wurden sichergestellt, ebenso Daten auf USB-Sticks. R beklagt, dass es sich um einen sehr großen Datenbestand zu einem Zeitraum von zehn Jahren handle und fragt nach der Verfassungsmäßigkeit der Durchsuchung⁷⁷.

Fall 3: D steht im Verdacht, an einem jüdischen Denkmal 20 m verzinkten Zaun im Wert von 6.000 Euro entwendet zu haben. Nachdem D von Zeuge Z belastet worden war, ordnete der ermittelnde Kriminalkommissar die Durchsuchung der Wohnung des D an, um Beweismittel sicherzustellen. Die Durchsuchung wurde vorgenommen, Beweismittel wurden aber nicht gefunden. In einem Aktenvermerk wurde notiert, wegen Gefahr im Verzuge habe die Durchsuchung durch die vor Ort befindlichen Polizeibeamten durchgeführt werden müssen. AG und LG bestätigen die Maßnahme: Nach dem damaligen Stand der Ermittlungen hätten auf Grund der Zeugenaussage hinreichende Anhaltspunkte dafür bestanden, dass D den Diebstahl begangen habe; ob Gefahr im Verzuge vorgelegen habe, sei nun gerichtlich nicht mehr zu prüfen, sondern es genüge, zu untersuchen, ob die materiellen Durchsuchungsvoraussetzungen vorgelegen hätten. Trifft dies zu?⁷⁸

a) Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer Durchsuchung ist nur unter den strengen Voraussetzungen des **qualifizierten Gesetzesvorbehalts** gemäß Art. 13 II GG möglich. Verfassungsunmittelbar wird eine Anordnungszuständigkeit normiert, so dass dies die für eine Durchsuchung gesetzlich vorgeschriebene Form zu einer verfassungsrechtlichen Voraussetzung erhoben; hinzu treten verfassungsgerichtlich entwickelte Rechtmäßigkeitsanforderungen, das Übermaßverbot ist ohnehin zu beachten.

aa) Anordnungszuständigkeit

Eine Durchsuchung darf nach Art. 13 II GG grundsätzlich nur durch den Richter angeordnet werden. Der **Richtervorbehalt** dient der vorbeugenden Kontrolle der Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz⁷⁹. Dem liegt die Annahme zu Grunde, dass der Richter auf Grund seiner persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit sowie seiner strikten Unterworfenheit unter das Gesetz (Art. 97 GG) die Rechte Betroffener am besten wahren kann⁸⁰. Soweit die Durchsuchung – wie in der Praxis regelmäßig – ohne vorherige Anhörung des Betroffenen angeordnet wird, sorgt die Einschaltung des Richters auch dafür, dass die Interessen des Betroffenen angemessen berücksichtigt werden können⁸¹. Diese Funktionen des Richtervorbehalts verlangen, dass die richterliche Durchsuchungsanordnung nicht als bloße Formsache verstanden wird; gefordert ist eine **eigenverantwortliche richterliche Prüfung** der Eingriffsvoraussetzungen⁸².

70 BayVGH DÖV 1991, 431 (432) = NVwZ 1991, 688 (689) = BayVBl 1991, 115 (116).

71 BFH NJW 1989, 1183.

72 BVerfGE 78, 251 (254) = DVBl 1988, 440 (m. Anm. KUNIG S. 578) = DÖV 1988, 689 = NJW 1988, 1278.

73 OVG Berlin NVwZ-RR 1990, 194 (195).

74 VOSSKUHL DVBl 1994, 611 (616); ENNUSCHAT AöR 127 (2002), 252 (269 ff.); SUTTMANN BauR 2006, 1986 (1987 f.); MICHAEL/MORLOK (Fn. 9) Rdn. 596; HERMES (Fn. 3) Art. 13 Rdn. 46.

75 HERMES (Fn. 3) Art. 13 Rdn. 85; JARASS (Fn. 15) Art. 13 Rdn. 32.

76 Zur Diskussion um die – ausnahmsweise – absolut geschützte Privatsphäre unten IV. 2. b).

77 Fall nach BVerfG-K NJW 2009, 2518.

78 Fall nach BVerfG-K NJW 2002, 1333.

79 BVerfGE 103, 142 (151); BVerfG-K NJW 2005, 1640 (1641); E 115, 166 (196); BVerfG-K NJW 2007, 1804; VOSSKUHL DVBl 1994, 611 (615).

80 BVerfGE 77, 1 (51); BVerfG-K NJW 2002, 1333; NVwZ 2006, 925 (926); NJW 2009, 2516.

81 BVerfG-K NJW 2004, 1517; NJW 2005, 275 (276).

82 BVerfG-K NJW 2004, 3171; NJW 2005, 1707; E 115, 166 (197); BVerfG-K 2009, 2516 f.

Ausnahmsweise dürfen die in den Gesetzen vorgesehenen **anderen Organe** (z. B. StA, Polizei) die Durchsuchung anordnen. Voraussetzung hierfür ist nach Art. 13 II GG, dass **Gefahr im Verzuge** vorliegt. Das ist der Fall, wenn die vorherige Einholung der richterlichen Anordnung den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde⁸³. So soll die Eilkompetenz z. B. bei der strafprozessualen Durchsuchung (§§ 102 ff. StPO) die Strafverfolgungsbehörden in die Lage versetzen, einen Beweismittelverlust zu verhindern⁸⁴. Die Annahme einer »Gefahr im Verzuge« ist – zur Ermöglichung einer späteren gerichtlichen Kontrolle – zu dokumentieren und zu begründen⁸⁵.

Zwischen dem Richtervorbehalt und der behördlichen Eilkompetenz besteht nach Wortlaut und Systematik des Art. 13 II GG ein **Regel-Ausnahme-Verhältnis**; auf Grund der grundrechtssichernden Schutzfunktion ist der Begriff »Gefahr im Verzuge« eng auszulegen⁸⁶. Damit der Richtervorbehalt praktisch wirksam werden kann, müssen die Justiz- und Gerichtsverwaltungen praktische Vorkehrungen zur Erreichbarkeit eines (Ermittlungs-)Richters treffen; bei Tage muss der Richter uneingeschränkt (d. h. auch außerhalb der üblichen Dienststunden) erreichbar sein, während der Nachtzeit (vgl. § 104 III StPO) hängt dies von dem praktischen, nicht auf Ausnahmefälle beschränkten Bedarf ab⁸⁷. Um den Ausnahmecharakter der nicht-richterlichen Durchsuchungsanordnung zu wahren, darf seitens der über eine Eilkompetenz verfügenden Behörden nicht so lange zugewartet werden, bis wirklich »Gefahr im Verzuge« ist; die behördlich selbst herbeigeführten tatsächlichen Voraussetzungen können rechtlich die Eilkompetenz nicht begründen⁸⁸.

bb) Gesetzesvorbehalt

Art. 13 II GG normiert keine materiellen Voraussetzungen für die Anordnung der Durchsuchung, verweist jedoch auf die »Gesetze«. Prüfungsmaßstab und Prüfungsumfang ergeben sich daher aus den **gesetzlichen Bestimmungen**, die die Voraussetzungen für die Durchsuchung(sanordnung) festlegen⁸⁹. Hintergrund hierfür ist der Gesetzesvorbehalt. Durchsuchungsanordnungen bedürfen – unabhängig davon, ob sie vom Richter oder (auf Grund der Eilkompetenz) von einem anderen Organ getroffen werden – einer gesetzlichen Grundlage⁹⁰.

Praktisch bedeutsame Vorschriften zur Durchsuchung enthält die **StPO**; zu unterscheiden ist zwischen der Durchsuchung beim Verdächtigen (§ 102 StPO)⁹¹ und der Durchsuchung bei anderen Personen (§ 103 StPO)⁹². Besondere Regelungen bestehen zur nächtlichen Hausdurchsuchung (§ 104 StPO)⁹³. Detaillierte Bestimmungen sind zum Verfahren getroffen (§§ 105 ff. StPO). Für die Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher nach der **ZPO** bedurfte das verfassungskonforme Verständnis der Durchsuchung einer gerichtlichen Klärung⁹⁴; die geltenden Vorschriften (§§ 758, 758 a ZPO) tragen Art. 13 II GG Rechnung.

Die Rechtsordnung kennt daneben eine Reihe weiterer Rechtsgrundlagen zur Durchsuchung aus unterschiedlichen Bereichen. Erwähnt seien nur z. B. das Verwaltungsvollstreckungsrecht⁹⁵, Durchsuchungen zur Durchsetzung einer Passauflage⁹⁶ und der Abschiebung eines Ausländers⁹⁷, die Durchsuchung im Rahmen eines beamtenrechtlichen Disziplinarverfahrens⁹⁸ und zur Durchsetzung eines Vereinsverbots⁹⁹ sowie vor allem auch die Durchsuchung nach dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht¹⁰⁰.

cc) Verfassungsgerichtliche Anforderungen

Zusätzlich zu den verfassungsunmittelbaren und den gesetzlichen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen hat das BVerfG aus **Gründen der Rechtsstaatlichkeit** weitere Anforderungen an die *richterliche* Durchsuchungsanordnung entwickelt. Leitlinie hierfür ist die grundrechtssichernde Funktion des Richtervorbehalts (s. o. IV. 1 a aa), die die Durchführung der Eingriffsmaßnahme messbar und kontrollierbar gestalten müsse. Das gilt in

Sonderheit für die *strafprozessuale* Durchsuchungsanordnung. Insofern muss der Durchsuchungsbeschluss

- den Tatvorwurf so beschreiben, dass der äußere Rahmen für die Durchführung der Maßnahme abgesteckt wird und
- die aufzuklärende Straftat so genau (wenn auch kurz) umschreiben, wie es nach den konkreten Umständen des Falles möglich ist¹⁰¹.

Nur bei einer derart möglichst präzisen Formulierung des Durchsuchungsbeschlusses wird der Richter seiner Funktion als Kontrollorgan der Strafverfolgungsbehörden gerecht¹⁰².

dd) Übermaßverbot

Als verfassungsrechtliche Schranke der Durchsuchung(sanordnung) fungiert seit jeher das **Übermaßverbot**¹⁰³. Seine Bedeutung wird seitens der Rechtsprechung in der jüngeren Vergangenheit bei *strafprozessualen* Durchsuchungsmaßnahmen stärker akzentuiert. Danach ist eine Durchsuchung nur gerechtfertigt,

- wenn sie mit Blick auf den bei der Anordnung verfolgten Zweck erfolgversprechend ist (Geeignetheit),
- gerade diese Maßnahme mangels anderer, weniger einschneidender und gleich geeigneter Mittel notwendig ist (Erforderlichkeit) und
- der jeweilige Eingriff in einem angemessenen Verhältnis zu der Schwere der Straftat und der Stärke des Tatverdachts steht (Verhältnismäßigkeit)¹⁰⁴.

Die Prüfung der Angemessenheit wird bei strafprozessualen Zwangsmaßnahmen aus Gründen des **Grundrechtsschutzes** verschärft, wenn die Durchsuchung beruflich genutzte Räume eines Berufsgeheimnisträgers (z. B. Rechtsanwalt) betrifft. Zu berücksichtigen sind dann die Beeinträchtigung der beruflichen Tätigkeit des Betroffenen (Art. 12 I GG) und, falls Daten von Nichtbeschuldigten (z. B. Mandanten eines Rechtsanwalts) zur

83 BVerfGE 51, 97 (111); BVerfG-K NJW 2000, 943 (944); E 103, 142 (154); plastisch BVerfG-K NVwZ-RR 2003, 495: Dynamisches Geschehen, das sich im Minutenbereich abspielte, so dass auch der Versuch einer telefonischen Kontaktaufnahme zur Einholung einer richterlichen Durchsuchungsanordnung den Erfolg gefährdet hätte.

84 BVerfGE 103, 142 (154); Analyse dazu von LEPSTUS JURA 2002, 259 (264).

85 BVerfGE 103, 142 (160).

86 BVerfGE 103, 142 (153).

87 BVerfG-K NJW 2004, 1442; NJW 2005, 1637 (1638); NVwZ 2006, 925 (926).

88 BVerfGE 57, 346 (355); BVerfG-K NJW 2003, 2303 (2304).

89 BVerfGE 57, 346 (355); NdsOVG NVwZ 1990, 679; OVG RP NJW 1986, 1188 (1189).

90 HERMES (Fn. 3) Art. 13 Rdn. 49; JARASS (Fn. 15) Art. 13 Rdn. 16; PAPIER (Fn. 21) Art. 13 Rdn. 21.

91 Dazu z. B. BVerfGE 103, 142; BVerfG-K NJW 2002, 1333; NJW 2003, 2303; NJW 2004, 1517; NJW 2005, 275 und 1707; NJW 2008, 1937; NJW 2009, 2516.

92 Dazu z. B. BVerfG-K NVwZ-RR 2003, 495; NJW 2004, 3171; NJW 2005, 1640; NJW 2007, 1804; NJW 2008, 2422; NJW 2009, 2518.

93 Dazu z. B. BVerfG-K NJW 2004, 1442; NVwZ 2006, 925; OLG Hamm NJW 2009, 3109.

94 BVerfGE 51, 97 (106 ff.); 76, 83 (90 ff.).

95 VGH BW NJW 1999, 3506 = VBIBW 2000, 24; BayVGH BayVBl 1988, 565; OVG Hamburg NJW 1995, 610; OVG RP NJW 1986, 1188.

96 VGH BW NVwZ-RR 2000, 394 = VBIBW 2000, 204; VBIBW 2005, 386.

97 OLG Celle NVwZ 2003, 894.

98 BVerfG-K NVwZ 2006, 1282.

99 OVG NW DVBl 1995, 378.

100 Einzelheiten dazu bei SCHOCH (Fn. 54) Rdn. 229 ff.

101 BVerfG-K NVwZ 2005, 1304 (1306); NJW 2007, 1804 f.; NVwZ 2007, 1047 (1048).

102 BVerfGE 103, 142 (151).

103 BVerfG-K NJW 1994, 3281 (3282); NJW 2005, 1640 (1641); HERMES (Fn. 3) Art. 13 Rdn. 51; JARASS (Fn. 15) Art. 13 Rdn. 20.

104 BVerfG-K NJW 2007, 1804 (1805); NVwZ 2007, 1047 (1048).

Kenntnis der Ermittlungsbehörden gelangen, der Schutz personenbezogener Daten (Art. 2 I i. V. m. 1 I GG)¹⁰⁵.

Fall 2 betrifft die Durchsuchung bei einer nicht verdächtigen Person (§ 103 StPO). Die Durchsuchung erstreckte sich – auch – auf Unterlagen von Mandanten, die mit dem Ermittlungsverfahren gegen F in keinem Zusammenhang stehen. Darin sah das BVerfG eine unverhältnismäßige Einschränkung des Grundrechts von R aus Art. 13 I GG; die zu breit angelegte Durchsuchung stehe in einem offenkundigen Missverhältnis zu der damit verbundenen Beeinträchtigung des Rechts der unverdächtigen Mandanten auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 I i. V. m. 1 I GG).

b) Folgen einer rechtswidrigen Durchsuchung

Die Informationsgewinnung aus Wohnungen auf Grund eines nicht gerechtfertigten Eindringens ist rechtswidrig. Das gilt für alle Formen der Grundrechtsbeeinträchtigung und in Sonderheit für die Durchsuchung. Besonders brisant ist die Problematik bei der strafprozessualen Durchsuchung. Nach h. L. folgt aus deren Rechtswidrigkeit ein **Beweisverwertungsverbot** im Strafprozess¹⁰⁶.

Das BVerfG hat unlängst – seine bisherige Rechtsprechung präzisierend – erkannt, es bestehe kein Rechtssatz des Inhalts, dass im Fall einer rechtsfehlerhaften Beweiserhebung die Verwertung der gewonnenen Beweise stets unzulässig wäre. Vielmehr gestatte und verlange das Rechtsstaatsprinzip die Berücksichtigung der Belange einer **funktionsstüchtigen Strafrechtspflege** (im Interesse der Gerechtigkeit), so dass ein Beweisverwertungsverbot die Ausnahme sei. Ein solches Verbot sei grundsätzlich nur dann die Folge einer fehlerhaften Durchsuchung, wenn die Rechtsverstöße schwerwiegend gewesen oder bewusst oder willkürlich begangen worden seien¹⁰⁷.

c) Rechtsschutz

Im Normalfall der *richterlichen* Anordnung einer Durchsuchung erhält der Betroffene einen der Maßnahme **vorgelagerten Rechtsschutz** (s. o. IV. 1. a aa). Gegen den Beschluss des zuständigen Gerichts (i. d. R.: AG; z. T. – etwa im Polizeirecht – auch: VG) steht als Rechtsmittel die Beschwerde zur Verfügung. Würde die Durchsuchung der Wohnung auf Grund der richterlichen Anordnung durchgeführt, scheitert der gerichtliche Rechtsschutz hiergegen im Beschwerdeverfahren nicht etwa wegen »prozessualer Überholung«; wegen der Schwere des Grundrechtseingriffs (und evtl. einer drohenden Wiederholung) fordert Art. 19 IV GG vielmehr die Gewährung **nachträglichen Rechtsschutzes** durch das Rechtsmittelgericht¹⁰⁸.

In den Fällen einer *behördlichen* Durchsuchungsanordnung auf Grund der Eilkompetenz nach Art. 13 II GG verlangt das **Gebot wirksamen Rechtsschutzes** die nachträgliche gerichtliche Überprüfung der Behördenmaßnahme¹⁰⁹. Statthaft ist bei der strafprozessualen Durchsuchung ein Rechtsbehelf entsprechend § 98 II 2 StPO; die richterliche Entscheidung kann mit der Beschwerde nach § 304 I StPO angegriffen werden. In der Sache besteht bezüglich der Feststellung von »Gefahr im Verzug« kein behördlicher Beurteilungsspielraum, vielmehr unterliegt dieser unbestimmte Rechtsbegriff unbeschränkter gerichtlicher Kontrolle¹¹⁰.

In **Fall 3** hatten AG und LG den verfassungsrechtlich gebotenen wirksamen Rechtsschutz versagt. Ob »Gefahr im Verzug« vorlag, musste gerichtlich geprüft werden. Das BVerfG betonte zudem, dass das Interesse des D an einer nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit der Durchsuchung auch nicht etwa von einer Wiederholungsgefahr abhängt, da unabhängig davon in Fällen schwer wiegender Grundrechtseingriffe gerichtlicher Rechtsschutz gewährt werden müsse.

2. Akustische und optische Wohnraumüberwachung

Fall 4: H ist Mitglied der Humanistischen Union, einer unabhängigen Bürgerrechtsinitiative, die sich für den Schutz und die Durchsetzung der

Menschen- und Bürgerrechte einsetzt. H meint, dass die nach der StPO zulässige akustische Wohnraumüberwachung ohne Wissen des Betroffenen verfassungswidrig sei. Trifft dies zu¹¹¹?

a) Verfassungsrechtlicher Rahmen

Mit seinem Urteil vom 3. 3. 2004 hat das BVerfG die Vereinbarkeit des Art. 13 III GG mit Art. 79 III GG festgestellt¹¹². Zwar umfasse die Unantastbarkeit der Menschenwürde (Art. 1 I GG) einen absolut geschützten **Kernbereich privater Lebensgestaltung**, in den die akustische Überwachung von Wohnraum zu Zwecken der Strafverfolgung nicht eingreifen dürfe; nicht jede derartige Maßnahme verletze jedoch den Menschenwürdegehalt des Art. 13 I GG¹¹³. Allerdings müsse die gesetzliche Ermächtigung zur akustischen Wohnraumüberwachung den tatbestandlichen Anforderungen des Art. 13 III GG genügen und Sicherungen zur Unantastbarkeit der Menschenwürde enthalten; führe eine akustische Wohnraumüberwachung zur Erhebung von Informationen aus dem absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung, müsse sie abgebrochen und Aufzeichnungen müssten gelöscht werden, zudem sei jede Verwertung solcher Informationen unzulässig¹¹⁴.

Diesen Anforderungen entsprachen die vormals maßgeblichen StPO-Vorschriften (§§ 100 b ff. a. E.) nicht vollständig. In der Entscheidung zu **Fall 4** bestätigt das BVerfG, dass § 100 c StPO n. F. den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht werde. Die Anforderungen des Art. 13 III GG seien beachtet; außerdem seien hinreichende Vorkehrungen zur Unantastbarkeit des absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung getroffen (vgl. § 100 c V StPO).

b) Rechtmäßigkeitsanforderungen

Die akustische Wohnraumüberwachung zum Zweck der **Strafverfolgung** (Art. 13 III GG) darf nur bei gesetzlich bestimmten besonders schweren Straftaten (vgl. § 100 c II StPO) durchgeführt werden. In der Sache müssen bestimmte Tatsachen den Verdacht der Straftat begründen; außerdem muss sich der Beschuldigte vermutlich in der betreffenden Wohnung aufhalten, und die Erforschung des Sachverhalts muss auf eine andere Weise unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos sein (Art. 13 III 1 GG)¹¹⁵. Die Maßnahme ist außerdem zu befristen (Art. 13 III 2 GG). Ferner hat sie durch einen mit drei Richtern besetzten Spruchkörper zu erfolgen (Art. 13 III 3 GG); ein einzelner Richter ist nur bei Gefahr im Verzuge anordnungsbefugt (Art. 13 III 4 GG). Von anderen Organen (z. B. StA, Polizei) darf die akustische Wohnraumüberwachung nicht angeordnet werden.

Die Wohnraumüberwachung zur **Gefahrenabwehr** (Art. 13 IV GG)¹¹⁶ kann jedwedes technische Mittel umfassen. Gefordert

¹⁰⁵ BVerfG-K NJW 2008, 1937; NJW 2008, 2422 (2423); NJW 2009, 2518 (2519).

¹⁰⁶ HERMES (Fn. 3) Art. 13 Rdn. 42; JARASS (Fn. 15) Art. 13 Rdn. 13 – jeweils m. w. N.

¹⁰⁷ BVerfG-K NJW 2009, 3225 Tz. 17 (krit. SCHWABENBAUER NJW 2009, 3207/3209 f.).

¹⁰⁸ BVerfGE 96, 27 (39 f.); OLG Celle NVwZ 2003, 894; VGH BW VBIBW 2005, 386; HERMES (Fn. 3) Art. 13 Rdn. 55.

¹⁰⁹ BVerfG-K NJW 2002, 1333; NJW 2003, 2303 (2304).

¹¹⁰ BVerfGE 103, 142 (157); BVerfG-K NJW 2003, 2303 (2304).

¹¹¹ Fall nach BVerfG-K NJW 2007, 2753.

¹¹² BVerfGE 109, 279 = DVBl 2004, 557 = NJW 2004, 999; dazu Bespr. LEPSIUS JURA 2005, 433 ff. und 586 ff.

¹¹³ BVerfGE 109, 279 (311 ff.); krit. zu der Argumentation mit der Menschenwürde LEPSIUS JURA 2005, 433 (439 f.); ZIPPELIUS/WÜRTEMBERGER (Fn. 15) § 28 Rdn. 37.

¹¹⁴ BVerfGE 109, 279 (318 f.). – Praktischer Fall hierzu: BGH NJW 2005, 3295 = GEPPERT JK 3/06, StPO § 100c/6: keine Verwertbarkeit eines im Krankenzimmer heimlich aufgezeichneten Selbstgesprächs eines Angeklagten im Strafprozess.

¹¹⁵ Dabei handelt es sich um eine strikte Ausprägung des Übermaßverbots; vgl. HERMES (Fn. 3) Art. 13 Rdn. 67.

¹¹⁶ § 23 PolG BW; Art. 34 BayPAG; § 25 IV ff. ASOG Bln; § 33 a BbgPolG;

ist in der Sache die Abwehr einer dringenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit; kompetenzrechtlich ist eine richterliche Anordnung notwendig (Art. 13 IV 1 GG). Bei Gefahr im Verzuge darf auch eine andere gesetzlich bestimmte Stelle (z. B. Polizeibehörde) die Anordnung vornehmen, allerdings ist eine richterliche Entscheidung unverzüglich nachzuholen (Art. 13 IV 2 GG).

Die Wohnraumüberwachung zur **Eigensicherung ermitteln-der Amtsträger** (Art. 13 V GG) kann durch jede gesetzlich bestimmte Stelle angeordnet werden. Der dadurch bewirkte Schutz insbesondere von verdeckten Ermittlern betrifft nur die Einführung technischer Mittel in die Wohnung; das Eindringen jener Personen in die Wohnung richtet sich nach Art. 13 II bzw. VII GG¹¹⁷.

3. Sonstige Eingriffe

Fall 5: E ist Eigentümer eines mit einem Wochenendhaus bebauten Grundstücks; das Haus darf zu Dauerwohnzwecken nicht genutzt werden. Bei einer Ortsbesichtigung gewinnt die zuständige Bauaufsichtsbehörde den Eindruck, dass E entgegen der Genehmigung die Kellerräume als Schlafzimmer nutzt. Um sich Klarheit zu verschaffen, ergeht an E die Anordnung, Vertretern der Bauaufsichtsbehörde das Wochenendhaus zugänglich zu machen und von diesen besichtigen zu lassen. Zur Begründung weist die Behörde auf den bei der Ortsbesichtigung gewonnenen Eindruck hin und wirft die Frage auf, ob die Kellerräume den Brandschutzvorschriften und sonstigen Anforderungen an Aufenthaltsräume für Menschen (Raumhöhe, Lüftung, Licht etc.) entsprechen. E fragt, ob er die Besichtigung seines Wochenendhauses hinnehmen muss¹¹⁸.

Fall 6: Der T-e. V. verfügt in seinem Gebäude neben einem Gebetsraum über einen Aufenthaltsraum mit einer allgemein zugänglichen Teestube. Durch Besucher der Teestube war es mehrfach zu Konflikten mit dem Strafrecht gekommen. Auf Grund hinreichender tatsächlicher Anhaltspunkte suchen nun Polizeibeamte die Teestube auf und führen zur Bekämpfung illegaler Zuwanderung eine Razzia durch. T fragt, ob das Eindringen der Polizei in die Teestube rechtmäßig ist¹¹⁹.

Fall 7: G ist Maler- und Lackierergeselle. Die Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle erfüllt G nicht. Ihm ist jedoch eine Reisegewerbekarte ausgestellt worden, die ihm die Erbringung von »Maler-, Verputzer- und Lackierhandwerksarbeiten« erlaubt. Die zuständige Handwerkskammer (HwK) hat den Verdacht, dass G auch Arbeiten ausführt, die die Eintragung in die Handwerksrolle voraussetzen. Zur Feststellung des Sachverhalts möchte die HwK durch Beauftragte bei G eine Haus- und Betriebsbesichtigung durchführen. G fragt nach der Rechtmäßigkeit der Maßnahme¹²⁰.

a) Eingriffe und Beschränkungen »im Übrigen«

Zur Rechtfertigung staatlicher Beeinträchtigungen der Unverletzlichkeit der Wohnung, die weder eine Durchsuchung noch ein Eindringen in die Wohnung durch technische Mittel darstellen, steht Art. 13 VII GG als Auffangtatbestand zur Verfügung. Von praktischer Bedeutung der in der Bestimmung normierten Schrankenregelungen ist der **qualifizierte Gesetzesvorbehalt**, demzufolge zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eingeschritten werden kann. Art. 13 VII GG hat eine gefahrenabwehrrechtliche Ausrichtung¹²¹. Die Auslegung der einzelnen Merkmale des Gesetzesvorbehalts erfolgt im polizei- und ordnungsrechtlichen Sinne¹²². Die zu verhindernde Gefahrenlage muss eine konkrete sein¹²³; allerdings verlangt Art. 13 VII GG nicht den Eintritt der Gefahr, sondern erlaubt auf gesetzlicher Grundlage das behördliche Eindringen in die Wohnung bereits dann, wenn ein Zustand verhindert werden soll (»Verhütung«), der eine dringende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung darstellen würde¹²⁴. »Dringend« ist eine Gefahr in einer Sachlage, bei der mit großer Wahrscheinlichkeit einem besonders hochrangigen Rechtsgut ein Schaden droht¹²⁵.

Die Rechtsordnung kennt etliche Gesetzesbestimmungen, die die qualifizierte Grundrechtsschranke des Art. 13 VII GG ausformen und dabei das Zitiergebot (Art. 19 I 2 GG) beachten¹²⁶. Da das Gefahrenabwehrrecht großenteils **Landesrecht** ist,

kommt diesem im Rahmen des Art. 13 VII GG eine erhebliche Bedeutung zu. Das gilt nicht nur für das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht¹²⁷, sondern vor allem auch für das Bauordnungsrecht. Die Bauaufsichtsbehörden sind zur Erfüllung ihrer Aufgaben ermächtigt, Grundstücke und bauliche Anlagen sowie Wohnungen zu betreten¹²⁸. Enthält eine gesetzliche Bestimmung die einschränkenden Anforderungen des qualifizierten Gesetzesvorbehalts nicht, muss sie verfassungskonform (restriktiv) so ausgelegt werden, dass das Betreten einer Wohnung nur zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung zulässig ist¹²⁹.

Richterrechtlich sind zum Schutz der Unverletzlichkeit der Wohnung weitere Vorkehrungen entwickelt worden. Auch wenn die gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen den Behörden unmittelbar das Recht zum Betreten der Wohnung auch gegen den Willen des Wohnungsinhabers einräumen, wird für den Regelfall der vorherige Erlass einer **Duldungsanordnung** gefordert, um einerseits dem hohen Rang des Art. 13 I GG Rechnung zu tragen und dem Betroffenen andererseits das Recht auf wirksamen Rechtsschutz (Art. 19 IV 1 GG) durch ein eiliges Betreten der Wohnung nicht zu nehmen¹³⁰. Auf dieser Grundlage ist dem Gebot einer ausreichenden **vorherigen Anhörung** des Betroffenen¹³¹ Rechnung zu tragen, da § 28 (L)VwVfG – einschließlich seiner Ausnahmen – zu beachten ist.

Zu **Fall 5** erkannte das BVerwG, dass das bauaufsichtsbehördliche Betreten einer Wohnung in den Anwendungsbereich des Art. 13 VII GG falle. Eingriffe und Beschränkungen des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung seien danach bereits dann zulässig, wenn sie

§ 33 BremPolG; § 10 HbgGDatPol; § 15 IV ff. HessSOG; § 34 b SOG MV; § 35 a NdsSOG; § 18 PolG NW; § 29 POG RP; § 28 a SaarlPolG; § 40 SächsPolG; § 17 IV ff. SOG LSA; § 185 III, § 186 LVwG SH; § 35 ThürPAG.

117 HERMES (Fn. 3) Art. 13 Rdn. 87.

118 Fall nach BVerwG NJW 2006, 2504 = BauR 2006, 1460 (m. Bespr. SUTTMANN S. 1986) = SCHOCH JK 12/06, GG Art. 13 VII/9.

119 Fall nach BVerwGE 121, 345 = DVBl 2005, 573 = NJW 2005, 454 (m. Bespr. MITTAG NVwZ 2005, 649) = JZ 2005, 458 (m. Anm. HERMES) = SCHOCH JK 6/05, GG Art. 13/8. – Vgl. dazu auch Fallbearbeitung von RUFFERT ThürVBl 2009, 94 und 115 ff.

120 Fall nach BVerfG-K DVBl 2007, 624 (m. Bespr. DÜRR DVBl 2008, 1356) = DÖV 2007, 607 = NVwZ 2007, 1049 = GewArch 2007, 206 (m. Anm. MAIWALD S. 208 und Bespr. WOLFF GewArch 2007, 231) = SCHOCH JK 10/07, GG Art. 13/10.

121 BVerwGE 75, 318 (327) spricht von einer »ausschließlich polizeirechtlichen Ausrichtung«.

122 ENNUSCHAT AöR 127 (2002), 252 (274 ff.).

123 A. A. HERMES (Fn. 3) Art. 13 Rdn. 111: »Abwehr abstrakter Gefahren«.

124 BVerwG NJW 2006, 2504 (2505); OVG Bremen NVwZ-RR 1993, 288; OVG NW DVBl 2008, 795 (796).

125 SCHOCH (Fn. 54) Rdn. 100 (m. w. N.).

126 Vgl. z. B. aus dem Bundesrecht § 52 II BImSchG (Sartorius I 296), § 40 II 2–4 KrW-/AbfG (Sartorius I 298), §§ 29 II, 139 b VI GewO (Sartorius I 800), § 22 II LadSchlG (Sartorius I 805); § 22 I Nr. 3 BtMG (Sartorius I 275), § 25 III GenTG (Sartorius I 270), § 19 II AtG (Sartorius I 835), § 38 II-IV PflSchG (Sartorius I 863), § 73 III-IIIb TierSG (Sartorius I 870), § 64 IV Nr. 1 AMG (Sartorius ErgBd. 272), § 42 II LFGB (Sartorius ErgBd. 862). – Für die Praxis wichtig § 99 AO (Betreten von Grundstücken und Räumen durch Finanzbeamte) und § 200 III 2 AO (Befugnisse des Außenprüfers) mit § 413 AO (Beachtung des Zitiergebots).

127 Vgl. Nachw. bei SCHOCH (Fn. 54) Rdn. 229.

128 § 47 III LBO BW, Art. 54 II BayBauO, § 58 III BlnBauO, § 52 IV BbgBauO, § 61 III BremLBO, § 58 III HbgBauO, § 53 VI HessBauO, § 58 III LBO MV, § 88 NdsBauO, § 61 VI LBO NW, § 59 IV LBO RP, § 57 VI SaarlBO, § 58 IV SächsBauO, § 57 IV LBO LSA, § 59 VII LBO SH, § 60 V ThürBauO.

129 BayVerfGH DÖV 2006, 607 (608) = NVwZ-RR 2006, 585 (586); HessVGH NVwZ-RR 1991, 526 (527).

130 BayVGH NVwZ 1991, 688 (689); OVG Bremen NVwZ-RR 1993, 288; OVG NW DVBl 2008, 795; differenzierend VOSSKUHLÉ DVBl 1994, 611 (619 f.).

131 So BVerwGE 75, 318 (328); differenzierend VOSSKUHLÉ DVBl 1994, 611 (619), sowie ENNUSCHAT AöR 127 (2002), 252 (287).

dem Zweck dienen, einen Zustand nicht eintreten zu lassen, der seinerseits eine dringende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung darstellen würde. Genau darum gehe es. E muss die behördliche Besichtigung seines Wochenendhauses hinnehmen.

b) Nachschaubefugnis in Betriebs- und Geschäftsräumen

Die Rechtsordnung kennt seit jeher Betretungs- und Besichtigungsrechte von **Ordnungsbehörden** zur Ausübung von Kontrollrechten. Diese dienen dem ordnungsgemäßen Gesetzesvollzug. Zumeist geht es um die behördliche Nachschau in Betriebs- und Geschäftsräumen. Derartige Befugnisse finden sich vor allem im Wirtschaftsverwaltungsrecht und im Umweltrecht¹³²; das praktische Bedürfnis derartiger Betretungs- und Besichtigungsrechte für die Wirtschaftsaufsicht und die Umweltverwaltung ist unbestritten¹³³. Dasselbe gilt für Nachschaubefugnisse in anderen Rechtsbereichen¹³⁴. Juristisch zweifelhaft ist jedoch die Verfassungsmäßigkeit jener Rechte, soweit sie nicht der Verhütung *dringender Gefahren* für die öffentliche Sicherheit bzw. Ordnung (Art. 13 VII GG) dienen und zum Teil auch das Zitiergebot (Art. 19 I 2 GG) ignorieren.

aa) Legitimation seitens der Rechtsprechung

Nicht (mehr) umstritten ist die Eingriffsqualität der Nachschaubefugnisse¹³⁵. Die Weite des Wohnungsbegriffs der h.M., der Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume einbezieht (s. o. II. 1. a bb), führt in das Dilemma, dass – in der Sache vernünftige und im Interesse des Gesetzesvollzugs praktisch unverzichtbare – behördliche Betretungs- und Besichtigungsrechte nach dem Schrankensystem des Art. 13 GG verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden können. Vor diesem Hintergrund behauptet das BVerfG – ohne Anhaltspunkte im Verfassungstext –, angesichts der **Weite des Wohnungsbegriffs** gemäß Art. 13 I GG würden an die Zulässigkeit von Eingriffen und Beschränkungen i. S. d. Art. 13 III GG a. E./Art. 13 VII GG n. F. je nach der Nähe der Örtlichkeiten zur räumlichen Privatsphäre unterschiedlich hohe Anforderungen gestellt¹³⁶:

- Bei Räumen, in denen sich das Privatleben i. e. S. abspiele, sei das Schutzbedürfnis am größten; der Schutzzweck des Grundrechts gelte daher in vollem Umfang.
- Bei reinen Arbeits-, Betriebs- oder Geschäftsräumen werde das Schutzbedürfnis durch den Zweck gemindert, den diese Räume nach dem Willen des Inhabers besäßen.
- Je größer die Offenheit dieser Räume nach außen sei und je mehr sie zur Aufnahme sozialer Kontakte für Dritte bestimmt seien, desto schwächer werde der grundrechtliche Schutz.

Nach diesen Erwägungen zur Schutzbereichsebene nimmt das BVerfG Rechte zum Betreten von Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräumen (außerhalb der Räumlichkeiten i. e. S.) aus dem Anwendungsbereich des Art. 13 VII GG heraus und unterstellt sie – in Missachtung der Grundrechts- und Verfassungsbindung der Rechtsprechung (Art. 1 III, 20 III GG) in freier richterlicher Rechtsschöpfung¹³⁷ – den Vorgaben des Art. 2 I GG i. V. m. dem Übermaßverbot. Danach sind Betretungs- und Besichtigungsrechte für Geschäfts- und Betriebsräume verfassungsrechtlich unter folgenden Voraussetzungen zulässig¹³⁸:

(1) Eine besondere gesetzliche Vorschrift ermächtigt zum Betreten der Räume.

(2) Das Betreten der Räume sowie die Vornahme der Besichtigungen und Prüfungen dienen einem erlaubten Zweck und sind für dessen Erreichung erforderlich.

(3) Das Gesetz muss den Zweck des Betretens, den Gegenstand und den Umfang der zugelassenen Besichtigung und Prüfung deutlich erkennen lassen.

(4) Das Betreten der Räume sowie die Vornahme der Besichtigung und Prüfung sind nur in den Zeiten statthaft, zu denen die Räume normalerweise für die jeweilige geschäftliche oder betriebliche Nutzung zur Verfügung stehen.

Diese Judikatur hat sich in der Praxis durchgesetzt¹³⁹. Das BVerfG fordert zusätzlich eine Informationspflicht der kontrollierenden Beamten gegenüber dem Inhaber des Hausrechts oder dessen Vertreter vor dem Betreten der dem Publikum nicht eröffneten Geschäfts- oder Betriebsräume¹⁴⁰.

bb) Kritik der Lehre

In der Lehre stößt die Rechtsprechung überwiegend auf Kritik und Ablehnung. Vorgeworfen wird dem BVerfG zu Recht eine ergebnisorientierte, in sich widersprüchliche und rechtsdogmatisch nicht haltbare Judikatur¹⁴¹. Das Gericht hat den Schutzbereich des Art. 13 I GG stark ausgeweitet, ist dann aber nicht bereit, auf der Schrankenebene die Konsequenzen zu ziehen. **Art. 13 VII GG** normiert für Eingriffe in die Unverletzlichkeit der Wohnung, eine **abschließende Regelung**; folglich müssen (ordnungs)behördliche Nachschaubefugnisse den Anforderungen des Art. 13 VII GG genügen¹⁴². Keine verfassungsrechtlich tragfähige Lösung vermittelt auch das Konzept des BGH, der – am Beispiel des Zutritts von Behördenvertretern zu einer Wohnung zwecks Sperrung der Gasversorgung – meint, das Zutrittsrecht bedürfe einer richterlichen Ermächtigung¹⁴³; auch dies ist (außerhalb des Art. 13 II GG) eine freie richterliche Erfindung¹⁴⁴. Das BVerfG selbst hat den Weg zu der korrekten Lösung gewiesen, indem es an die »Neuformulierung des Verfassungstextes« erinnert hat¹⁴⁵. Die behördlichen Nachschaubefugnisse »unterhalb« der Schwelle des Art. 13 VII GG bedürfen in der Tat einer Regelung im Rahmen des Art. 13 GG. Dabei könnte durchaus eine »besondere gesetzliche Vorschrift« gefordert werden, so dass – wie bisher – z. B. Satzungsregelungen auf Grund der kommunalrechtlichen *Generalklausel* unzureichend blieben¹⁴⁶. Bis

132 Vgl. z. B. § 22 II GaststG (Sartorius I 810), § 17 II HwO (Sartorius I 815), § 54 a I 2 PBefG (Sartorius I 950), § 12 IV 1 Nr. 1 GüKG (Sartorius I 952), § 16 GPSG (Sartorius ErgBd. 803). – Ein *privates* Betretungsrecht normiert demgegenüber § 54 g UrhG (Schönfelder 65) für den Kontrollbesuch des Urhebers beim Betreiber bestimmter Geräte.

133 VOSSKUHL DVBl 1994, 611.

134 Vgl. z. B. § 22 III 1 InsO (Schönfelder 110) zum Betretungs- und Nachforschungsrecht des vorläufigen Insolvenzverwalters; dazu BGH NJW 2004, 2015 (2017).

135 BVerfGE 97, 228 (265 f.); BVerfG-K DVBl 2007, 624 (626 Tz. 27); VOSSKUHL DVBl 1994, 611 (614); MITTAG NVwZ 2005, 649 (650 f.); zu Unrecht zweifelnd IPSEN (Fn. 21) Rdn. 292; PIEROTH/SCHLINK (Fn. 15) Rdn. 965.

136 BVerfGE 32, 54 (75 f.); 97, 228 (266).

137 Zutreffend wird von einem richterrechtlich kreierte »Absatz 8« gesprochen; z. B. LEPSIUS JURA 2002, 259 (260); HERMES (Fn. 3) Art. 13 Rdn. 29.

138 BVerfGE 32, 54 (76 f.); bekräftigend BVerfGE 97, 228 (266).

139 Vgl. Rechtsprechungsnachweise o. Fn. 119, 120; ferner z. B. OLG Hamburg NJW 1984, 2898 (2899 f.).

140 BVerwGE 78, 251 (253, 255 f.); vgl. auch VOSSKUHL DVBl 1994, 611 (619).

141 KUNIG JURA 1992, 476 (482); VOSSKUHL DVBl 1994, 611 (614); ENNUSCHAT AöR 127 (2002), 252 (256, 260); MITTAG NVwZ 2005, 649 (651); WOLFF GewArch 2007, 231; SACHS JuS 2008, 162 (163); ZIPPELIUS/WÜRTEMBERGER (Fn. 15) § 28 Rdn. 33.

142 VOSSKUHL DVBl 1994, 611 (615, 616, 617); ENNUSCHAT AöR 127 (2002), 252 (287 f.); IPSEN (Fn. 21) Rdn. 292; PIEROTH/SCHLINK (Fn. 15) Rdn. 966.

143 BGH NJW 2006, 3352 (3353).

144 SACHS JuS 2007, 170 (171).

145 BVerfGE 32, 54 (76); ferner z. B. KUNIG JURA 1992, 476 (482); LÜBBE-WOLFF DVBl 1993, 762 (768); zweifelnd VOSSKUHL DVBl 1994, 611.

146 Ablehnung des Rechts zum Betreten von Grundstücken durch »Müllbeauftragte« zwecks Überwachung der ordnungsgemäßen Abfallentsorgung allein auf Grund einer kommunalen Satzung durch VGH BW DVBl 1993, 778 (m. Bespr. LÜBBE-WOLFF S. 762 ff.) = NVwZ 1993, 388 = NuR 1993, 279 (m. Anm. KUNIG) = ERICHSEN JK 94, GG Art. 13/6; BayVGH BayVBl 1994, 272; OVG RP DÖV 1994, 835 = NVwZ-RR 1994, 570; ebenso zum Nachschaurecht bei der Wasserversorgung (wegen des behördlichen Verdachts illegaler Eigenversorgung eines Anschlussnehmers) BayVGH NVwZ 1998, 540.

zu einer Ergänzung des Art. 13 GG müssen etliche Betretungs- und Besichtigungsrechte mangels Einhaltung der Vorgaben des Art. 13 VII GG (und zum Teil des Art. 19 I 2 GG) für verfassungswidrig erachtet werden.

In **Fall 6** hat das BVerwG zutreffend eine Durchsuchung verneint; Art. 13 II GG kam danach als Schrankenregelung nicht in Betracht. Die rechtliche Überprüfung der Polizeiaktion am Maßstab des Art. 13 VII GG lehnt das BVerwG in Übereinstimmung mit der Rspr. des BVerfG ab, weil Geschäfts- und Betriebsräume – so auch die Teestube – wegen ihrer größeren Offenheit nach außen einen geringeren Schutz verdienen. Die Polizeiaktion sei nur an den geringeren Rechtfertigungsstandards des Art. 2 I GG i. V. m. dem Übermaßverbot zu messen. Als Rechtsgrundlage für das Eindringen der Polizei in die Teestube genüge die allgemeine polizeirechtliche Ermächtigung¹⁴⁷, deren Voraussetzungen im konkreten Fall gegeben waren.

In **Fall 7** fungiert § 17 II HwO als Rechtsgrundlage für das Betretungs-, Besichtigungs- und Prüfungsrecht von Beauftragten der HwK. Die gesetzliche Regelung als solche erachtete das BVerfG – da (vorgeblich) außerhalb des Art. 13 VII GG angesiedelt – als verfassungsgemäß. Sie müsse jedoch aus Gründen des Übermaßverbots (Erforderlichkeit) verfassungskonform (d. h. restriktiv) ausgelegt werden: Stehe – wie hier – von vornherein unzweifelhaft fest, dass ein Gewerbetreibender die Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle nicht erfülle, bedürfe es keiner weiteren Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen, womit eine behördliche Betretung von Privaträumen nicht erforderlich sei; die HwK dürfe ihre Befugnis zur Betriebsbesichtigung nicht zur Fahndung nach Schwarzarbeitern missbrauchen, weil diese Aufgabe den staatlichen Behörden (Ordnungsbehörden, Polizei, StA) obliege.

V. Unverletzlichkeit der Wohnung im Europarecht

Das Europarecht (i. w. S.) schützt die Unverletzlichkeit der Wohnung im Zusammenhang mit dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK, Art. 7 GRCh). Von herausragender Bedeutung insoweit ist die Rechtsprechung des **EGMR**. Nach anfänglicher Zurückhaltung hat der Gerichtshof erkannt, dass »Wohnung« auch die Büroräume (eines Rechtsanwalts) und die Geschäftsräume (eines Unternehmens) umfasst; andernfalls sei eine klare Trennung zwischen geschützten und nicht ge-

schützten Räumen nicht möglich¹⁴⁸. Geschützt sind die Integrität des räumlichen Bereichs und das Recht auf ungestörte Nutzung dieses Bereichs¹⁴⁹. Eine Durchsuchung ist nur unter den Voraussetzungen des Art. 8 II EMRK bei strikter Beachtung des Übermaßverbots gerechtfertigt¹⁵⁰. In seiner jüngeren Rechtsprechung betont der EGMR, dass ein Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung nicht nur bei einer körperlichen Beeinträchtigung (z. B. unerwünschtes Betreten der Wohnung) vorliege, sondern auch ein »immaterieller Eingriff« (Lärm, Emissionen, Gerüche etc.) das Recht einer Person auf ihre Wohnung verletzen könne; erfolgten derartige Beeinträchtigungen zwischen Privatpersonen, könne der Staat auf Grund seiner Schutzpflicht zu Maßnahmen verpflichtet sein, um die in Art. 8 I EMRK garantierten Rechte zu gewährleisten¹⁵¹.

Der **EuGH** hatte es lange Zeit abgelehnt, Betriebs- und Geschäftsräume wie Privaträume zu behandeln; in den Rechtsordnungen der EG-Mitgliedstaaten fehle es insoweit an gemeinsamen Standards¹⁵². Nachdem der EGMR seine Rechtsprechung fortentwickelt hatte, schloss sich der EuGH dieser Judikatur an und orientiert sich nun (über Art. 6 II EUV) an Art. 8 EMRK¹⁵³. Damit kennt das Europarecht einheitliche Standards zum Schutz der Unverletzlichkeit der Wohnung, die Art. 13 GG zumindest ebenbürtig sind.

¹⁴⁷ Im Fall: § 21 IV BremPolG; Parallelvorschriften: § 31 VI PolG BW, Art. 23 IV BayPAG, § 36 V BlnASOG, § 23 IV BbgPolG, § 16 V HbgSOG, § 38 VII HessSOG, § 59 II SOG MV, § 24 VI NdsSOG, § 41 IV PolG NW, § 20 IV POG RP, § 19 IV SaarlPolG, § 25 I 3 SächsPolG, § 43 VII SOG LSA, § 208 II LVwG SH, § 25 IV ThürPAG.

¹⁴⁸ EGMR NJW 1993, 718 = EuGRZ 1993, 65; EGMR NJW 2006, 1495 = **SCHOCH JK** 9/06, EMRK Art. 8/6; EGMR NJW 2008, 3409 (3410).

¹⁴⁹ EGMR NJW 2005, 3767; NVwZ 2008, 1215.

¹⁵⁰ EGMR NJW 2006, 1495 (1496 ff.) = **SCHOCH JK** 9/06, EMRK Art. 8/6: Unverhältnismäßigkeit einer Wohnungsdurchsuchung zur Aufklärung einer Verkehrsordnungswidrigkeit (Entscheidung gegen das BVerfG); instruktiv auch EGMR NJW 2008, 3409 (3410).

¹⁵¹ EGMR NJW 2005, 3767 (3768); NVwZ 2008, 1215 (1216).

¹⁵² EuGHE 1989, 2859 = NJW 1989, 3080 Tz. 18.

¹⁵³ EuGHE 2002, 9011 = NJW 2003, 35 Tz. 29.