

HRRS-Nummer: HRRS 2008 Nr. 583

Bearbeiter: Stephan Schlegel

Zitiervorschlag: BVerfG HRRS 2008 Nr. 583, Rn. X

BVerfG 2 BvR 103/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 4. März 2008 (LG Essen/AG Hattingen)

Durchsuchung wegen handwerksrechtlicher Verstöße (Betrieb eines eintragungspflichtigen Gewerbes; bloße Auftragsvermittlung); Durchsuchungsbeschluss (eigenverantwortliche Prüfung; inhaltliche Anforderungen; falsche Grundlage bei Verhältnismäßigkeitsprüfung).

Art. 13 Abs. 1 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO; § 1 Abs. 1 HwO; § 1 Abs. 1 Nr. 3 SchwarzArbG a.F.

Leitsätze des Bearbeiters

1. Der gerichtliche Durchsuchungsbeschluss dient auch dazu, die Durchführung der Eingriffsmaßnahme messbar und kontrollierbar zu gestalten (vgl. BVerfGE 20, 162, 224; 103, 142, 151). Dazu muss der Beschluss insbesondere den Tatvorwurf so beschreiben, dass der äußere Rahmen abgesteckt wird, innerhalb dessen die Zwangsmaßnahme durchzuführen ist. Dies erfordert auch tatsächliche Angaben zur Umschreibung der konkret vorgeworfenen Taten, wie auch Angaben zum Tatzeitraum.
2. Soll wegen einer Ordnungswidrigkeit durchsucht werden, die angesichts eines niedrigen Ordnungsgeldes (hier: 10.000 €) vom Gesetzgeber als minderes Unrecht eingestuft wurde, so sind die Anforderungen an die Stärke des Tatverdachts unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit erhöht. Von der Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit hat sich der Richter ebenfalls aufgrund eigenverantwortlicher Prüfung der Ermittlungen zu überzeugen.
3. Ein Durchsuchungsbeschluss ist nicht bereits deswegen zu beanstanden, wenn anstelle einer Qualifikation (hier: § 1 Abs. 1 Nr. 3 SchwarzArbG a.F.) der Grundtatbestand (hier: § 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO) einer Vorschrift zum Anlass für eine Durchsuchungsanordnung gemacht wird, sofern der Grundtatbestand als solcher erfüllt ist. Anders liegt es jedoch dann, wenn in der Verhältnismäßigkeitsprüfung wesentlich auf Elemente des nicht herangezogenen Qualifikationstatbestandes abgestellt wird (hier: "in erheblichem Umfang"), es dafür aber keine ausreichende Tatsachengrundlage gibt.
4. Die bloße Vermittlung eines Auftrags an andere Handwerker und die Weiterreichung der Kosten an den Kunden erfüllen nicht die Voraussetzungen des selbständigen Betriebs eines Handwerks im Sinne des § 1 HwO und sind nicht eintragungspflichtig.

Entscheidungstenor

Der Beschluss des Landgerichts Essen vom 2. Dezember 2003 - 28 Qs 129/03 - und der Beschluss des Amtsgerichts Hattingen vom 14. April 2003 - 19 Gs (68/03) - verletzen den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Artikel 13 Absätze 1 und 2 des Grundgesetzes.

Die Beschlüsse werden aufgehoben. Die Sache wird an das Landgericht Essen zurückverwiesen.

Das Land Nordrhein-Westfalen hat dem Beschwerdeführer seine notwendigen Auslagen zu erstatten.

Gründe

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Anordnung der Durchsuchung seiner Wohn- und Geschäftsräume in einem Verfahren wegen handwerksrechtlicher Verstöße. 1

I.

Der Beschwerdeführer betreibt seit August 1995 ein handwerksähnliches Gewerbe, das als "Holz- und Bautenschutz" 2
eingetragen ist. Eine Eintragung mit einem Handwerk in der Handwerksrolle besteht dagegen nicht.

1. Im Januar 2003 wurde der Beschwerdeführer bei einer Baustellenkontrolle gemeinsam mit einem Gas- 3
und Wasserinstallateur bei der Renovierung eines Badezimmers angetroffen. Auf Anfrage erklärte der Beschwerdeführer, er
sei lediglich mit dem Abriss der Fliesen und der Schuttentsorgung beauftragt. Eine Befragung des Auftraggebers ergab,
dass er dem Beschwerdeführer den Auftrag zur Sanierung des Badezimmers erteilt habe, wozu auch das Entkernen
und die Beseitigung der alten Fliesen gehört habe. Ob der Beschwerdeführer auch die übrigen Arbeiten habe selbst
erledigen wollen, sei ihm nicht bekannt. Jedenfalls habe der Beschwerdeführer auch in der Vergangenheit für ihn
gearbeitet und habe einige Arbeiten an Subunternehmer weitergegeben. Zum Beleg hierfür legte der Auftraggeber
insgesamt sieben Rechnungen des Beschwerdeführers an ihn aus dem Zeitraum zwischen Mai 2000 und Dezember
2002 vor.

Aus drei dieser Rechnungen im Zeitraum Juni und Juli 2002 ergibt sich, dass der Beschwerdeführer die Leistungen "in 4
Zusammenarbeit mit der Fa. P." erbracht hat; eine Rechnung vom Dezember 2002 weist aus, dass eine
Fassadensanierung "in Zusammenarbeit mit der Fa. P. und K. ausgeführt" wurde. Eine Rechnung vom Mai 2000 weist
das Abschlagen und Entsorgen von altem Putz und das Neuverputzen unter einem Fenster aus, eine weitere
Rechnung vom August 2001 betrifft die Demontage und Montage eines Briefkastens und eine Rechnung vom Februar
2001 das Entfernen von Tapeten und Teppichen sowie das Entrümpeln eines Kellers.

Bei seiner schriftlichen Anhörung legte der Beschwerdeführer korrespondierende Rechnungen der Fa. P. vor, aus 5
denen sich ergibt, dass die von dem Beschwerdeführer abgerechneten Leistungen von der Fa. P. erbracht worden
waren. Seine Tätigkeit habe im Wesentlichen in der Vermittlung des Auftrags an die Fa. P., einem Handwerksbetrieb,
bestanden.

2. Mit angegriffenem Beschluss vom 14. April 2003 ordnete das Amtsgericht die Durchsuchung der Wohn- und 6
Geschäftsräume des Beschwerdeführers nach "Verträgen und Aufträgen jeder Art, Rechnungen, Bankbelegen sowie
Buchführungsunterlagen, Zahlungsquittungen, Schriftverkehr, Notizbüchern oder sonstigen Aufzeichnungen, aus denen
die Beauftragung von Schwarzarbeit hervorgeht sowie Stunden- und Lohnzettel" an. Der Beschwerdeführer sei einer
Ordnungswidrigkeit nach § 117 Abs. 1 Nr. 1, § 1 HwO (Gesetz zur Ordnung des Handwerks in der Fassung der
Bekanntmachung vom 24. September 1998) dringend verdächtig. Ihm werde vorgeworfen, in erheblichem Umfang
handwerkliche Arbeiten des Gerüstbauhandwerks, des Maurer- und Betonhandwerks, des Fliesen-, Platten- und
Mosaiklegerhandwerks sowie des Maler- und Lackiererhandwerks zu erbringen, ohne pflichtgemäß in die
Handwerksrolle eingetragen zu sein.

3. Die gegen den Durchsuchungsbeschluss eingelegte Beschwerde verwarf das Landgericht mit angegriffenem 7
Beschluss vom 2. Dezember 2003 als unbegründet. Der Durchsuchungsanordnung stehe nicht entgegen, dass der
Beschwerdeführer "nur" einer Ordnungswidrigkeit verdächtig sei. Der Tatverdacht gegen den Beschwerdeführer habe
sich auf eine Ordnungswidrigkeit von erheblichem Gewicht bezogen. Ihm werde vorgeworfen, in erheblichem Umfang
handwerkliche Arbeiten des Gerüstbauhandwerks, des Maurer- und Betonhandwerks, des Fliesen-, Platten- und
Mosaiklegerhandwerks erbracht zu haben. Es sei um den Vorwurf gegangen, dass der Beschwerdeführer seine
berufliche Erwerbstätigkeit illegal aufgebaut hatte. Es hätten erhebliche Einnahmen und Gewinne im Raum gestanden.
Bei einem Vorwurf von diesem Gewicht sei eine Durchsuchungsanordnung nicht von vornherein unverhältnismäßig.

Es habe auch ein hinreichender Tatverdacht für eine Ordnungswidrigkeit nach § 117 Abs. 1 HwO bestanden. Der 8
Beschwerdeführer sei nicht mit einem Handwerk in die Handwerksrolle eingetragen gewesen. Die den
Ermittlungsbehörden vorliegenden Rechnungen hätten auf eine entsprechende Tätigkeit des Beschwerdeführers
schließen lassen.

Mildere Mittel zur Aufklärung des Sachverhalts hätten nicht zur Verfügung gestanden. Nur die Durchsuchung zur 9
Auffindung von Geschäftsunterlagen sei geeignet gewesen, den Nachweis der Ordnungswidrigkeit zu erbringen. Sie
habe auch zur Schwere des Tatverdachts nicht in einem unangemessenen Verhältnis gestanden.

II.

Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung seiner Rechte aus Art. 12, Art. 13, Art. 19 Abs. 4, Art. 20 Abs. 3 und Art. 103 10
Abs. 2 GG.

Art. 13 Abs. 1 GG sei verletzt, weil kein hinreichender Tatverdacht vorgelegen habe. § 117 Abs. 1 HwO setze die 11
Erbringung handwerklicher Tätigkeiten in erheblichem Umfang voraus. Hiervon könne aber anhand der den

Ermittlungsbehörden vorliegenden Rechnungen nicht ausgegangen werden. Die Vermittlung der handwerklichen Leistungen der Fa. P. an die Auftraggeber des Beschwerdeführers stelle keine eintragungspflichtige Tätigkeit dar. Die in den Rechnungen vom Mai 2000 und Februar und August 2001 angeführten Tätigkeiten stellten keine handwerklichen Tätigkeiten dar. Das Abschlagen von losem Putz sowie das Neuverputzen stelle ebenso wenig wie die Montage eines Briefkastens oder das Entfernen von Tapeten und Teppichen und das Entrümpeln eines Kellers eine dem Meisterzwang unterliegende Tätigkeit dar. Aus den angegriffenen Beschlüssen ergebe sich nicht, welche dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Tätigkeiten welchem Handwerk zuzuordnen sein könnten. Die Beschlüsse ließen nicht erkennen, mit welcher Handlung der Beschwerdeführer eine Ordnungswidrigkeit begangen haben könnte.

Die Durchsuchung sei ferner unverhältnismäßig gewesen. Als milderer Mittel wäre die Aufforderung zur Herausgabe der Unterlagen in Betracht gekommen. Zudem habe lediglich eine (geringfügige) Ordnungswidrigkeit im Raum gestanden. 12

Der Beschluss des Landgerichts verstoße gegen Art. 19 Abs. 4 GG, da sich das Landgericht inhaltlich nicht mit der rechtlichen Problematik befasst habe. Soweit das Landgericht ausführe, die Maßnahme habe zur Schwere des Tatverdachts nicht in einem unangemessenen Verhältnis gestanden, bleibe offen, welcher Tatverdacht bestanden habe und wie schwer dieser einzuschätzen sei. 13

Ferner seien die Vorschriften des Gesetzes zur Ordnung des Handwerks, deren Missachtung mit einer Geldbuße geahndet werden könne, zu unbestimmt. Sie verstießen gegen Art. 20 Abs. 3 und Art. 103 Abs. 2 GG, weil für den Betroffenen aus dem Gesetz nicht ersichtlich sei, welche Tätigkeiten eintragungspflichtig seien und welche ohne Eintragung in die Handwerksrolle ausgeübt werden dürften. 14

III.

1. Das Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen hat zu der Verfassungsbeschwerde nicht Stellung genommen. 15

2. Dem Bundesverfassungsgericht hat der Verwaltungsvorgang vorgelegen. 16

IV.

Die Verfassungsbeschwerde wird zur Entscheidung angenommen, weil dies zur Durchsetzung der Grundrechte des Beschwerdeführers angezeigt ist (§ 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG). Zu dieser Entscheidung ist die Kammer berufen, weil die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen durch das Bundesverfassungsgericht bereits entschieden sind und die Verfassungsbeschwerde offensichtlich begründet ist (§ 93c Abs. 1 BVerfGG). 17

Die angegriffenen Beschlüsse verletzen den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 und Abs. 2 GG, weil der Durchsuchungsbeschluss nicht den aus Art. 13 Abs. 1 GG folgenden Begründungsanforderungen genügt. Ferner bestehen erhebliche Zweifel daran, ob eine eigenständige richterliche Prüfung des Tatverdachts erfolgt ist und die Anordnung der Durchsuchung noch den Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs genüge. 18

1. a) Dem Gewicht des Eingriffs in die Unverletzlichkeit der Wohnung durch eine richterliche Durchsuchungsanordnung und der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Schutzes der räumlichen Privatsphäre entspricht es, dass Art. 13 Abs. 2 GG die Anordnung einer Durchsuchung grundsätzlich dem Richter vorbehält. Dieser Richtervorbehalt zielt auf eine vorbeugende Kontrolle der Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz (vgl. BVerfGE 20, 162 <223>; 57, 346 <355>; 76, 83 <91>; 103, 142 <150 f.>). Wird die Durchsuchung - wie auch im vorliegenden Fall - ohne vorherige Anhörung des Betroffenen angeordnet, so soll die Einschaltung des Richters auch dafür sorgen, dass die Interessen des Betroffenen angemessen berücksichtigt werden (vgl. BVerfGE 103, 142 <151>). Dies verlangt eine eigenverantwortliche richterliche Überprüfung der Eingriffsvoraussetzungen. Der richterliche Durchsuchungsbeschluss ist keine bloße Formsache (BVerfGE 57, 346 <355>). 19

b) Der gerichtliche Durchsuchungsbeschluss dient auch dazu, die Durchführung der Eingriffsmaßnahme messbar und kontrollierbar zu gestalten (vgl. BVerfGE 20, 162 <224>; 42, 212 <220>; 103, 142 <151>). Dazu muss der Beschluss insbesondere den Tatvorwurf so beschreiben, dass der äußere Rahmen abgesteckt wird, innerhalb dessen die Zwangsmaßnahme durchzuführen ist. Dies versetzt den von der Durchsuchung Betroffenen zugleich in den Stand, die Durchsuchung seinerseits zu kontrollieren und etwaigen Ausuferungen im Rahmen seiner rechtlichen Möglichkeiten von vornherein entgegen zu treten (vgl. BVerfGE 42, 212 <221>; 103, 142 <151 f.>). Um die Durchsuchung 20

rechtsstaatlich zu begrenzen, muss der Richter die aufzuklärende Straftat, wenn auch kurz, doch so genau umschreiben, wie es nach den Umständen des Einzelfalls möglich ist (vgl. BVerfGE 20, 162 <224>; 42, 212 <220 f.>). Der Richter muss weiterhin grundsätzlich auch die Art und den vorgestellten Inhalt derjenigen Beweismittel, nach denen gesucht werden soll, so genau bezeichnen, wie es nach Lage der Dinge geschehen kann. Nur dies führt zu einer angemessenen rechtsstaatlichen Begrenzung der Durchsuchung, weil oft eine fast unübersehbare Zahl von Gegenständen als - wenn auch noch so entfernte - Beweismittel für den aufzuklärenden Sachverhalt in Frage kommen können (vgl. BVerfGE 20, 162 <224>).

c) Ferner steht die Anordnung der Durchsuchung von vornherein unter dem allgemeinen Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit. Soll wegen einer Ordnungswidrigkeit durchsucht werden, die angesichts eines niedrigen Ordnungsgeldes (hier: 10.000 €) vom Gesetzgeber als minderes Unrecht eingestuft wurde, so sind die Anforderungen an die Stärke des Tatverdachts unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit erhöht. Von der Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit hat sich der Richter ebenfalls aufgrund eigenverantwortlicher Prüfung der Ermittlungen zu überzeugen. 21

2. Diesen Anforderungen werden die angegriffenen Beschlüsse nicht gerecht. 22

a) Der Durchsuchungsbeschluss bezeichnet die dem Beschwerdeführer zur Last gelegte Ordnungswidrigkeit nach § 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO nur insoweit, als er verdächtig sei, "in erheblichem Umfang handwerkliche Arbeiten des Gerüstbauhandwerks, des Maurer- und Betonhandwerks, des Fliesen-, Platten- und Mosaiklegerhandwerks sowie des Maler- und Lackiererhandwerks zu erbringen, ohne pflichtgemäß in die Handwerksrolle eingetragen zu sein". Tatsächliche Angaben zur Umschreibung der dem Beschwerdeführer konkret vorgeworfenen Taten fehlen ebenso wie Angaben zum Tatzeitraum. Dadurch war eine hinreichende Begrenzung der Maßnahme nicht gewährleistet. Die in dem Beschluss genannten Beweismittel sind nicht geeignet, den Mangel der Tatkonkretisierung auszugleichen. Die Art der gesuchten Beweismittel war nur allgemein umschrieben und umfasste alle nur denkbaren schriftlichen Unterlagen. 23

b) Zudem erscheint zweifelhaft, ob die Fachgerichte im vorliegenden Fall ihrer eigenverantwortlichen Prüfungspflicht nachgekommen sind. Während das Amtsgericht keinerlei Ausführungen zu den bisherigen Ermittlungsergebnissen, auf die es den Tatverdacht stützt, macht, führt das Landgericht aus, dass "Rechnungen des Betroffenen an Auftragnehmer vorlagen, die auf eine entsprechende Tätigkeit des Betroffenen schließen ließen". Beide Fachgerichte gehen - wie in dem Antrag auf Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses geschildert - von einem Tatverdacht im Hinblick auf die unerlaubte Ausübung des Gerüstbauhandwerks, des Maurer- und Betonhandwerks, des Fliesen-, Platten- und Mosaiklegerhandwerks sowie des Maler- und Lackiererhandwerks aus. Dies lässt befürchten, dass sich die Fachgerichte nicht mit den im Zeitpunkt des Erlasses des Durchsuchungsbeschlusses bereits vorliegenden Rechnungen des Auftraggebers im Zeitraum zwischen Mai 2000 und Dezember 2002 sowie den von dem Beschwerdeführer freiwillig vorgelegten Rechnungen der Fa. P. an ihn auseinandergesetzt haben. Bei Durchsicht der Rechnungen muss sich die Frage aufdrängen, inwieweit dem Beschwerdeführer noch der Vorwurf der unerlaubten Ausübung des Maler- und Lackiererhandwerks und des Gerüstbauhandwerks gemacht werden kann. Denn aus den vorgelegten Rechnungen ergibt sich, dass der Beschwerdeführer derartige Tätigkeiten nicht selbst ausgeführt hat, sondern durch Handwerksbetriebe hat ausführen lassen. Die bloße Vermittlung eines Auftrags an andere Handwerker und die Weiterreichung der Kosten an den Kunden erfüllen aber nicht die Voraussetzungen des selbständigen Betriebs eines Handwerks im Sinne des § 1 HwO und sind nicht eintragungspflichtig (vgl. BayObLG, Beschluss vom 23. Mai 1973 - RReg. 8 St 515/73 OWi -, GewArch 1974, S. 23 <24>; VG Berlin, Urteil vom 11. September 1991 - VG 4 A 144.88 -, GewArch 1992, S. 188 <189>). Auch aus den Rechnungen vom Februar und August 2001 ergeben sich keinerlei handwerkliche Tätigkeiten. 24

c) Ferner ist zu befürchten, dass sich die Verhältnismäßigkeitsabwägungen des Landgerichts - der amtsgerichtliche Durchsuchungsbeschluss enthält seinerseits keine über die bloße Feststellung der Verhältnismäßigkeit hinausgehenden Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit der Maßnahme - auf eine falsche Grundlage stützen. 25

Beide Fachgerichte gehen zwar von einer Ordnungswidrigkeit nach § 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO aus, wonach "ordnungswidrig handelt, wer entgegen § 1 ein Handwerk als stehendes Gewerbe selbständig betreibt". Andererseits umschreiben beide Gerichte den Tatvorwurf dahingehend, dass der Beschwerdeführer "in erheblichem Umfang" handwerkliche Arbeiten ausgeführt habe. Das Tatbestandsmerkmal des "erheblichen Umfangs" gehört jedoch zum Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 3 SchwarzArbG. Es bewirkt, dass sich die Vorschrift des § 1 Abs. 1 Nr. 3 SchwarzArbG (Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit in der Fassung der Bekanntmachung vom 6. Februar 1995) als Qualifikation gegenüber § 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO darstellt. An sich wäre der Durchsuchungsbeschluss nicht bereits deswegen zu beanstanden, wenn anstelle einer Qualifikation der Grundtatbestand einer Vorschrift zum Anlass für eine Durchsuchungsanordnung gemacht wird, sofern der Grundtatbestand als solcher erfüllt ist. 26

Anders liegt es jedoch im vorliegenden Fall, in dem das Landgericht seine Verhältnismäßigkeitserwägungen vor allem auf den "erheblichen Umfang" der unerlaubten Tätigkeiten des Beschwerdeführers stützte. In seinem angegriffenen Beschluss führte das Landgericht aus, es habe sich um "eine Ordnungswidrigkeit von erheblichem Gewicht" gehandelt. Der Beschwerdeführer habe "im erheblichen Umfang handwerkliche Arbeiten des Gerüstbauhandwerks, des Maurer- und Betonhandwerks, des Fliesen-, Platten- und Mosaiklegerhandwerks sowie des Maler- und Lackiererhandwerks erbracht". Es gehe um den Vorwurf, "dass der Betroffene seine berufliche Erwerbstätigkeit illegal aufgebaut hatte. Es standen erhebliche Einnahmen und Gewinne, die der Betroffene womöglich rechtswidrig erwirtschaftet hatte, im Raum". Diese Feststellungen sind in Anbetracht der in dem Ermittlungsverfahren vorgelegten Rechnungen nicht zu halten. Vor diesem Hintergrund kann es auch nicht mehr darauf ankommen, dass die Durchsuchungsanordnung als zu verfolgende Ordnungswidrigkeit die Vorschrift des § 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO nennt. 27

3. Auf die weiteren von dem Beschwerdeführer gerügten Grundrechtsverletzungen kommt es nach alledem nicht an, da jedenfalls eine Verletzung der Grundrechte des Beschwerdeführers aus Art. 13 Abs. 1 und Abs. 2 GG festzustellen ist, die der Verfassungsbeschwerde zum Erfolg verhilft. 28

V.

Die angegriffenen Beschlüsse sind aufzuheben (§ 95 Abs. 2 BVerfGG). Die Sache wird an das Landgericht zurückverwiesen, das noch über die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu entscheiden haben wird. 29

VI.

Die Entscheidung über die Auslagenerstattung beruht auf § 34a Abs. 2 BVerfGG. 30