

## 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

### Durchsuchung und Richtervorbehalt

StPO §§ 102, 105; GG Art. 13

**1. Die Strafverfolgungsbehörden müssen regelmäßig versuchen, eine Anordnung des zuständigen Richters zu erlangen, bevor sie eine Durchsuchung beginnen. Nur in Ausnahmefällen, wenn schon die zeitliche Verzögerung wegen eines solchen Versuchs den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde, dürfen sie selbst die Anordnung wegen Gefahr im Verzug treffen, ohne sich zuvor um eine richterliche Entscheidung bemüht zu haben.**

**2. Für die Frage, ob die Ermittlungsbehörden eine richterliche Entscheidung rechtzeitig erreichen können, kommt es deshalb auf den Zeitpunkt an, zu dem die Staatsanwaltschaft oder ihre Hilfsbeamten eine Durchsuchung für erforderlich hielten.**

**3. Mit dem Verlassen der Wohnung erklären die durchsuchenden Beamten konkludent die Beendigung einer konkreten Durchsuchungsmaßnahme.**

BGH, Beschl. v. 04.06.2020 – 4 StR 15/20 (LG Dessau-Roßlau)

**Aus den Gründen:** [1] Das LG hat den Angekl. [u.a.] wegen unerlaubten bewaffneten Handelns mit Btm [...] zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 6 J. verurteilt [...]. Seine hiergegen gerichtete Revision hat mit einer Verfahrensrüge Erfolg. [...]

[3] II. Das Urte. hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand, weil die bei der staatsanwaltlich angeordneten Durchsuchung der Wohnung des Angekl. und des von ihm genutzten Gartens aufgefundenen Beweismittel einem Verwertungsverbot unterliegen.

[4] 1. Nach den zum Verfahrensgang im Urte. getroffenen Feststellungen und dem Revisionsvorbringen suchten mehrere Polizeibeamte den Angekl. am Tattag um 18.10 Uhr auf, weil zwei Haftbefehle gegen ihn vorlagen und eine Gefährderansprache vorzunehmen war. Als der Angekl. seine Wohnungstür öffnete, schlug ihnen intensiver Cannabisgeruch entgegen. Die Beamten gaben

dem Angekl. zunächst die gegen ihn vorliegenden Haftbefehle bekannt. Dieser ging daraufhin in seine Wohnung zurück, um noch einige Sachen zu holen. Dabei blieb die Wohnungseingangstür geöffnet. Kurz darauf kamen die Mutter des Angekl. und dessen Bruder hinzu. Da sich für die Beamten der Anfangsverdacht für eine Btm-Straftat ergeben hatte und nicht bekannt war, ob sich in der Wohnung noch weitere Personen aufhielten, beabsichtigten sie, sogleich in der Wohnung Nachschau zu halten. Als der Angekl. wieder aus seiner Wohnung kam, wiesen ihn die Beamten auf die Verdachtslage hin und forderten ihn auf, die Wohnungstür offen zu lassen. Entgegen dieser Aufforderung zog der Angekl. die Wohnungstür ins Schloss und steckte den Schlüssel seiner Mutter zu. Auf ihre Aufforderung, den Schlüssel herauszugeben, stritt die Mutter des Angekl. dessen Besitz zunächst ab, gab den Schlüssel schließlich aber doch heraus. Die Beamten betraten daraufhin gegen 18.40 Uhr die Wohnung. Dabei sahen sie mehrere Behältnisse mit Cannabisblüten, trafen aber keine weitere Person an. Sie verließen deshalb die Wohnung wieder und forderten Beamte der Kriminalpolizei an. Als die Kriminalbeamten gegen 19.10 Uhr eintrafen, nahmen sie nach erfolgter Unterrichtung über die Lage Kontakt mit ihrer Dienststelle auf. Nach mehreren Rücksprachen verständigte schließlich der leitende Beamte den zuständigen StA des Bereitschaftsdienstes, der daraufhin um 20.26 Uhr die Durchsuchung aller den Angekl. betreffenden Räumlichkeiten und des Gartens fernmündlich anordnete. Zur Begründung seiner Entscheidung führte er in der Hauptverhandlung aus, der Anruf der Polizei habe ihn kurz vor Ende des richterlichen Bereitschaftsdienstes um 21.00 Uhr erreicht. Ihm sei bekannt, dass er vom Ermittlungsrichter nur nach Vorlage schriftlicher Unterlagen einen Durchsuchungsbeschl. bekomme. Da die Zeit nunmehr knapp gewesen sei und sich noch Familienangehörige des Angekl. auf dem Grundstück befunden hätten, sei der Verlust von Beweismitteln zu befürchten gewesen.

[5] 2. Entgegen der Auffassung des LG war die aufgrund der um 20.26 Uhr getroffenen Anordnung des StA erfolgte zweite Durchsuchung der Wohnung des Angekl. und des von ihm genutzten Gartens rechtswidrig. Es lag insoweit ein Verstoß gegen die Zuständigkeitsordnung vor, der unter den vorliegenden Umständen ein Verwertungsverbot in Bezug auf die durch diese Durchsuchungsmaßnahme gewonnenen Beweismittel nach sich zieht.

[6] a) Für die wiederholte Durchsuchung der Wohnung des Angekl. durch die herbeigerufenen Beamten der Kriminalpolizei nach 20.26 Uhr bedurfte es einer neuen Anordnung. Auf die der »Wohnungsnachschau« um 18.40 Uhr, bei der es sich in der Sache um eine Wohnungsdurchsuchung gehandelt hat, zugrundeliegende polizeiliche Anordnung, konnte das neuerliche Betreten der Wohnung nicht mehr gestützt werden. Zwar ist diese erste Anordnung nach § 105 Abs. 1 S. 1 StPO zu Recht ergangen, denn aufgrund des Verhaltens des Angekl. und seiner Mutter bestand zu diesem Zeitpunkt Gefahr im Verzug. Diese Anordnung war

aber bereits verbraucht, denn die ausführenden Beamten haben mit dem Verlassen der Wohnung konkludent die Beendigung dieser Durchsuchungsmaßnahme erklärt (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 12.02.2004 – 2 BvR 1687/02, StV 2004, 633 [634]; Meyer-Goßner/Schmitt-StPO/Köhler, 63. Aufl. 2020, § 105 Rn. 14; SSW-StPO/Hadamitzky, 4. Aufl. 2020, § 105 Rn. 40).

[7] **b)** Die zweite Durchsuchung war wegen Missachtung des Richtervorbehalts rechtswidrig, weil eine gem. Art. 13 Abs. 2 GG, § 105 Abs. 1 S. 1 StPO grds. erforderliche richterliche Durchsuchungsanordnung nicht vorlag und die von der StA in Anspruch genommene Eilkompetenz zu diesem Zeitpunkt nicht mehr bestand.

[8] **aa)** Art. 13 Abs. 1 GG garantiert die Unverletzlichkeit der Wohnung. In diese grundrechtlich geschützte Lebenssphäre greift eine Durchsuchung schwerwiegend ein. Dem entspricht es, dass Art. 13 Abs. 2 Hs. 1 GG die Anordnung einer Durchsuchung grds. dem Richter vorbehält (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 12.03.2019 – 2 BvR 675/14, NJW 2019, 1428 Rn. 52 f. m.w.N. [= StV 2004, 633]). Nach Art. 13 Abs. 2 Hs. 2 GG i.V.m. § 105 Abs. 1 S. 1 StPO dürfen Durchsuchungen ausnahmsweise auch durch die StA und ihre Ermittlungspersonen (§ 152 GVG) angeordnet werden, wenn Gefahr im Verzug besteht. Gefahr im Verzug ist nur anzunehmen, wenn die richterliche Anordnung nicht mehr eingeholt werden kann, ohne dass der Zweck der Maßnahme – regelmäßig die Sicherung von Beweismitteln – gefährdet würde (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 12.03.2019 a.a.O.; Urt. v. 20.02.2001 – 2 BvR 1444/00, NJW 2001, 1121 [1122 f.] [= StV 2001, 207]; *BGH*, Urt. v. 18.04.2007 – 5 StR 546/06, NJW 2007, 2269 Rn. 17 m.w.N. [= StV 2007, 337]). Die Strafverfolgungsbehörden müssen dementspr. regelmäßig versuchen, eine Anordnung des zuständigen Richters zu erlangen, bevor sie eine Durchsuchung beginnen. Nur in Ausnahmesituationen, wenn schon die zeitliche Verzögerung wegen eines solchen Versuchs den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde, dürfen sie selbst die Anordnung wegen Gefahr im Verzug treffen, ohne sich zuvor um eine richterliche Entscheidung bemüht zu haben (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 12.03.2019 a.a.O. Rn. 55 f.; *BGH*, Urt. v. 06.10.2016 – 2 StR 46/15, NStZ 2017, 367 Rn. 20 m.w.N. [= StV 2017, 707]). Für die Frage, ob die Ermittlungsbehörden eine richterliche Entscheidung rechtzeitig erreichen können, kommt es deshalb auf den Zeitpunkt an, zu dem die StA oder ihre Hilfsbeamten eine Durchsuchung für erforderlich hielten (vgl. *BGH*, Urt. v. 18.04.2007 a.a.O.).

[9] **bb)** Gemessen daran lag im Zeitpunkt der staatsanwaltlichen Durchsuchungsanordnung um 20.26 Uhr keine Gefahr im Verzug i.S.d. § 105 Abs. 1 S. 1 StPO mehr vor. Spätestens mit dem Eintreffen der Beamten der Kriminalpolizei um 19.10 Uhr stand die Erforderlichkeit einer erneuten Durchsuchung fest. Dabei war den Ermittlungsbehörden bereits aufgrund der um 18.40 Uhr erfolgten »Wohnungsnachschau« bekannt, dass sich keine Person in der von der Polizei seitdem überwachten Wohnung des festgenommenen Angekl. aufhielt und deshalb mit einer Beweismittelvernichtung oder anderen Verdunkelungshandlungen nicht (mehr) zu rechnen war. Für die Annahme von Gefahr im Verzug bestand danach kein Raum mehr.

[10] **c)** Die Rechtswidrigkeit der auf Anordnung der StA erfolgten Wohnungsdurchsuchung rechtfertigt vorliegend die Annahme eines Verwertungsverbots hinsichtlich der dabei sichergestellten Beweismittel.

[11] **aa)** Die Annahme eines Beweisverwertungsverbots kommt in Betracht, wenn der Richtervorbehalt bewusst miss-

achtet oder seine Voraussetzungen in gleichgewichtig grober Weise verkannt wurden (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 20.05.2011 – 2 BvR 2072/10, NJW 2011, 2783 [2784]; *BGH*, Beschl. v. 27.11.2018 – 5 StR 566/18, NStZ-RR 2019, 94 [95]; Urt. v. 06.10.2016 – 2 StR 46/15, NStZ 2017, 367 Rn. 24 [= StV 2017, 707]; Beschl. v. 30.08.2011 – 3 StR 210/11, NStZ 2012, 104 Rn. 9; Urt. v. 18.04.2007 – 5 StR 546/06, *BGHSt* 51, 285 m.w.N. [= StV 2007, 337]).

[12] **bb)** Ein schwerwiegender Verstoß liegt nach den oben geschilderten Umständen vor. Aufgrund der durch die erste Durchsuchung gewonnenen Erkenntnisse gab es für die Annahme von Gefahr im Verzug bei der Anordnung der zweiten Durchsuchung keinerlei tatsächliche Grundlage mehr. Soweit sich der Vertreter der StA bei seiner Annahme, eine richterliche Entscheidung sei innerhalb einer bestimmten Zeitspanne nicht zu erlangen, auf Erfahrungswerte bezüglich der Erlangung von Durchsuchungsbeschl. gestützt hat, handelt es sich um nicht auf konkrete Tatsachen gestützte Vermutungen. Die in der Hauptverhandlung vernommene Ermittlungsrichterin hat erklärt, dass sie sich im Regelfall Unterlagen per Fax schicken lasse; wenn eine Übersendung nicht möglich sei, aber auch eine mündliche Anordnung treffen würde. Einen Versuch, Kontakt zu der noch im Dienst befindlichen Richterin aufzunehmen, hat der StA nicht unternommen. Angesichts dieser groben Missachtung des Richtervorbehalts kommt es nicht mehr darauf an, dass bei richtiger Verfahrensweise ein Durchsuchungsbeschl. mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erlangen gewesen wäre (vgl. *BGH*, Urt. v. 06.10.2016 – 2 StR 46/15, NStZ 2017, 367 Rn. 26 [= StV 2017, 707]; Beschl. v. 30.08.2011 – 3 StR 210/11, NStZ 2012, 104 Rn. 12 m.w.N.).

[13] Auf dem Verfahrensverstoß beruht das Urt. [...]

Mitgeteilt von RA *Holger Gläser*, Bitterfeld.

## Unterlassen einer »qualifizierten« Belehrung

StPO §§ 136, 136a

**1. Anders als aus dem Verstoß gegen § 136a StPO selbst folgt aus dem Unterbleiben einer »qualifizierten« Belehrung nicht ohne Weiteres die Unverwertbarkeit der späteren Aussage. Es ist vielmehr auch hier wie in anderen Fällen einer fehlerhaften Erkenntnisgewinnung – etwa dem Unterlassen einer »qualifizierten« Belehrung nach Verstößen gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO – eine Abwägung vorzunehmen. In diese einzustellen sind insb. das Gewicht der Willensbeeinträchtigung und der zeitliche und situative Zusammenhang zwischen den Vernehmungen.**

**2. Ergibt sich aus den Umständen des Falles, dass der Vernommene auch ohne Belehrung davon ausgegangen ist, von seinen unter Druck gemachten Angaben abrücken zu können, spricht dies in der Regel gegen ein Verwertungsverbot.**

*BGH*, Beschl. v. 13.01.2021 – 3 StR 410/20 (LG Mönchengladbach)

**Aus den Gründen:** Die Verfahrensrüge, das *LG* habe unter Verstoß gegen das Verwertungsverbot aus § 69 Abs. 3, § 136a Abs. 1 S. 3 Alt. 2 StPO seine Feststellungen (auch) auf die Aussage des Zeugen M. gestützt, greift nicht durch.