



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

4 StR 15/20

vom  
4. Juni 2020  
in der Strafsache  
gegen

wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln u.a.

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 4. Juni 2020 gemäß § 349 Abs. 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Dessau-Roßlau vom 29. August 2019 mit den Feststellungen aufgehoben.
2. Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und mit Besitz eines verbotenen Gegenstandes sowie wegen vorsätzlichen Umgangs mit explosionsgefährlichen Stoffen in vier rechtlich zusammentreffenden Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt, seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet und bestimmt, dass ein Jahr der erkannten Freiheitsstrafe vorweg zu vollziehen ist. Ferner hat es eine Einziehungsentscheidung getroffen. Seine hiergegen gerichtete Revision hat mit einer Verfahrensrüge Erfolg.

I.

2 Nach den Feststellungen verfügte der Angeklagte am Tattag über 1.527,66 Gramm Cannabisblüten und Cannabisblätter sowie 9,74 Gramm Cannabisharz in denen zusammen 54,55 Gramm Tetrahydrocannabinol enthalten waren. Davon war eine Teilmenge mit einem Wirkstoffanteil von 11,28 Gramm für den Eigenbedarf vorgesehen; die Restmenge (43,27 Gramm Tetrahydrocannabinol) war für den gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmt. Den überwiegenden Teil des Rauschgifts verwahrte der Angeklagte in seiner Wohnung. Außerdem zog er in einem von ihm genutzten Garten mehrere Cannabispflanzen auf. Um seine Betäubungsmittelvorräte verteidigen zu können, waren in der Wohnung in deren Nähe ein Schlagring und ein Schlagstock griffbereit abgelegt. Außerdem hatte der Angeklagte 22,2 Gramm Triacetontriperoxid, eine Nebelhandgranate aus Bundeswehrbeständen, 281 sogenannte „Polenböllner“ und einen „selbstgebauten Sprengkörper“ in seinem Besitz.

II.

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

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

dem Angeklagten 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 Angeklagten und dessen Bruder hinzu. Da sich für die Beamten der Anfangsverdacht für eine Betäubungsmittelstraftat 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 Angeklagte 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 Angeklagte die Wohnungstür ins Schloss und steckte den Schlüssel seiner Mutter zu. Auf ihre Aufforderung, den Schlüssel herauszugeben, stritt die Mutter des Angeklagten 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 Staatsanwalt des Bereitschaftsdienstes, der daraufhin um 20.26 Uhr die Durchsuchung aller den Angeklagten 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 Durchsuchungsbeschluss bekomme. Da die Zeit nunmehr knapp gewesen sei und sich noch Familienangehörige des Angeklagten auf dem Grundstück befunden hätten, sei der Verlust von Beweismitteln zu befürchten gewesen.

- 5            2. Entgegen der Auffassung des Landgerichts war die aufgrund der um 20.26 Uhr getroffenen Anordnung des Staatsanwalts erfolgte zweite Durchsuchung der Wohnung des Angeklagten 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 Angeklagten 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 Satz 1 StPO zu Recht ergangen, denn aufgrund des Verhaltens des Angeklagten 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, Beschluss vom 12. Februar 2004 – 2 BvR 1687/02, StV 2004, 633, 634; Köhler in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl., § 105 Rn. 14; Hadamitzky in SSW-StPO, 4. Aufl., § 105 Rn. 40).
- 7            b) Die zweite Durchsuchung war wegen Missachtung des Richtervorbehalts rechtswidrig, weil eine gemäß Art. 13 Abs. 2 GG, § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO grundsätzlich erforderliche richterliche Durchsuchungsanordnung nicht vorlag und die von der Staatsanwaltschaft 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 Halbsatz 1 GG die Anordnung einer Durchsuchung grundsätzlich dem Richter vorbehält (vgl. BVerfG, Beschluss vom 12. März 2019 – 2 BvR 675/14, NJW 2019, 1428 Rn. 52 f. mwN). Nach Art. 13 Abs. 2 Halbsatz 2 GG i.V.m. § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO dürfen Durchsuchungen ausnahmsweise auch durch die Staatsanwaltschaft 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, Beschluss vom 12. März 2019 – 2 BvR 675/14, NJW 2019, 1428 Rn. 52 f.; Urteil vom 20. Februar 2001 – 2 BvR 1444/00, NJW 2001, 1121, 1122 f.; BGH, Urteil vom 18. April 2007 – 5 StR 546/06, NJW 2007, 2269 Rn. 17 mwN). Die Strafverfolgungsbehörden müssen dementsprechend 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, Beschluss vom 12. März 2019 – 2 BvR 675/14, NJW 2019, 1428 Rn. 55 f.; BGH, Urteil vom 6. Oktober 2016 – 2 StR 46/15, NStZ 2017, 367 Rn. 20 mwN). 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 (vgl. BGH, Urteil vom 18. April 2007 – 5 StR 546/06, NJW 2007, 2269 Rn. 17).

- 9           bb) Gemessen daran lag im Zeitpunkt der staatsanwaltlichen Durchsuchungsanordnung um 20.26 Uhr keine Gefahr im Verzug im Sinne des § 105 Abs. 1 Satz 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 Angeklagten 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 Staatsanwaltschaft 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 missachtet oder seine Voraussetzungen in gleichgewichtig grober Weise verkannt wurden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 20. Mai 2011 – 2 BvR 2072/10, NJW 2011, 2783, 2784; BGH, Beschluss vom 27. November 2018 – 5 StR 566/18, NStZ-RR 2019, 94, 95; Urteil vom 6. Oktober 2016 – 2 StR 46/15, NStZ 2017, 367 Rn. 24; Beschluss vom 30. August 2011 – 3 StR 210/11, NStZ 2012, 104 Rn. 9; Urteil vom 18. April 2007 – 5 StR 546/06, BGHSt 51, 285 mwN).
- 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 Staatsanwaltschaft bei seiner Annahme, eine richterliche Entscheidung sei innerhalb einer bestimmten Zeitspanne nicht zu erlangen, auf Erfahrungswerte bezüglich der Erlangung von Durchsuchungsbeschlüssen 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 Staatsanwalt nicht unternommen. Angesichts dieser groben Missachtung des Richtervorbehalts kommt es nicht mehr darauf an, dass bei richtiger Verfahrensweise ein Durchsuchungsbeschluss mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erlangen gewesen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 6. Oktober 2016 – 2 StR 46/15, NStZ 2017, 367 Rn. 26; Beschluss vom 30. August 2011 – 3 StR 210/11, NStZ 2012, 104 Rn. 12 mwN).

13                    Auf dem Verfahrensverstoß beruht das Urteil.

14                    3. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat darauf hin, dass die für erwiesen erachteten Tatsachen so darzustellen sind, dass sie sich als Grundlage für die Subsumtion unter die angewendeten Vorschriften eignen. Der Alltagssprache entnommene Beschreibungen wie „Polenbölller“ oder die Bezeichnung eines



Gegenstands als „selbstgebaute Sprengkörper“ lassen nicht erkennen, ob insoweit die tatsächlichen Voraussetzungen für die Annahme eines Tatbestandsmerkmals des § 3 Abs. 1 SprengG erfüllt sind (vgl. BGH, Beschluss vom 2. Juli 2013 – 4 StR 187/13, NStZ-RR 2013, 320, 321 [„Pumpgun“]).

Sost-Scheible

Quentin

RinBGH Dr. Bartel ist im Urlaub und daher gehindert zu unterschreiben.

Sost-Scheible

Sturm

Rommel

Vorinstanz:

Dessau-Roßlau, LG, 29.08.2019 – 651 Js 19035/18 8 KLS