



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

5 StR 566/18

vom  
27. November 2018  
in der Strafsache  
gegen

wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u.a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 27. November 2018 gemäß § 349 Abs. 4 StPO beschlossen:

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Dresden vom 20. Juni 2018 mit den zugehörigen Feststellungen im Schuldspruch im Fall II.4 der Urteilsgründe, im Gesamtstrafauspruch und hinsichtlich der Einziehungsentscheidung aufgehoben. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache 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 dreier Fälle des Fahrens ohne Fahrerlaubnis (Fälle II.1 bis 3) und wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Fall II.4) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und sieben Monaten verurteilt und eine Einziehungsentscheidung getroffen. Die mit einer Verfahrens- und der Sachrüge geführte Revision des Angeklagten, die wirksam auf die Verurteilung im Fall II.4 und die damit verbundenen Rechtsfolgen beschränkt ist, hat Erfolg.
  
- 2
  1. Die Beweiswürdigung in diesem Fall hält sachlich-rechtlicher Prüfung nicht stand. Für ihre Überzeugung, dass der zum Tatvorwurf schweigende Angeklagte Mitinhaber der als Drogendepot genutzten Wohnung gewesen sei und sich am Handeltreiben mit Betäubungsmitteln beteiligt habe, hat die Strafkammer wesentlich auf DNA-Spuren des Angeklagten abgestellt, die an Han-

delsutensilien und weiteren in der Wohnung gefundenen Gegenständen gefunden worden seien.

- 3 Die Darstellung der Ergebnisse des DNA-Gutachtens entspricht indes nicht den Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Danach ist mindestens die Angabe der numerischen Wahrscheinlichkeit einer möglichen Übereinstimmung der aufgefundenen DNA-Spuren mit denen des Angeklagten erforderlich, um dem Revisionsgericht eine hinreichende Überprüfung zu ermöglichen (vgl. grundlegend BGH, Beschluss vom 28. August 2018 – 5 StR 50/17, NJW 2018, 3192, 3193 mwN). Der Senat kann nicht ausschließen, dass der Schuldspruch im Fall II.4 der Urteilsgründe auf dem Rechtsfehler beruht. Das Entfallen der für diesen Fall verhängten Freiheitsstrafe in Höhe von fünf Jahren und sechs Monaten entzieht dem Gesamtstrafauspruch die Grundlage. Zudem kann die auf diesem Schuldspruch beruhende Einziehungsentscheidung nicht bestehen bleiben.
- 4 2. Nicht zu folgen vermag der Senat hingegen dem Antrag der Revision, den Angeklagten insoweit wegen Unverwertbarkeit der in einer Wohnung aufgefundenen Beweismittel freizusprechen. Die hierzu erhobene Verfahrensrüge trägt in Verbindung mit den Ausführungen des Landgerichts zum Verfahrensgang nicht die Annahme eines Beweisverwertungsverbots.
- 5 a) Zugrunde liegt der Verfahrensrüge, dass die Wohnung zunächst am 24. Oktober 2017 gegen 23:30 Uhr aufgrund eines Feueralarms von Polizei und Feuerwehr aufgebrochen wurde. Auf dem Fensterbrett der Wohnung stand ein Topf, in dem sich brennende Holzkohlebriketts befanden und qualmten. Es bestand deshalb von außen der begründete Verdacht, dass es in der Wohnung brennt. Die Polizei fand beim ersten Betreten der Einraumwohnung niemanden

vor, allerdings sogleich „unzählige Pilze“ und in einem – nach dem Vermerk der Polizei geöffneten – Reisekoffer eine unüberschaubare Menge von Substanzen, bei denen es sich mutmaßlich um Cannabis handelte. Auch in einem zweiten Reisekoffer wurden nach dessen Öffnung verschiedene größere abgepackte Tüten mit betäubungsmittelsuspekten Substanzen gesichtet. Nach Rücksprache mit dem Dienstgruppenführer wurde die Wohnung bis zum nächsten Morgen bewacht. Um 7 Uhr wurde das Rauschgiftdezernat von dem Sachverhalt in Kenntnis gesetzt und nahm telefonisch Rücksprache mit dem zuständigen Staatsanwalt. Nachdem dieser vergeblich versucht hatte, telefonisch einen Ermittlungsrichter zu erreichen, ordnete er um 7:50 Uhr mündlich die Durchsuchung der Wohnung wegen Gefahr in Verzug an. Dies wurde zwar nicht vom Staatsanwalt, aber von der Kriminalpolizei dokumentiert. Um 8:20 Uhr wurde die Wohnung von der Kriminalpolizei aufgesucht und mit der Durchsuchung um 8:40 Uhr begonnen. Dabei wurden zahlreiche Betäubungsmittel und weitere Beweismittel sichergestellt, darunter auch die dem BtMG unterfallenden Pilze, über 3 kg Marihuana, 1,8 kg Haschisch und knapp 250 Gramm Kokain guter Qualität. Nach dem Vortrag der Revision wäre ab 8:30 Uhr üblicherweise ein Ermittlungsrichter erreichbar gewesen.

- 6            b) Bei dieser Sachlage unterliegen die in der Wohnung gefundenen Beweismittel keinem Beweisverwertungsverbot. Ein solches kommt beim Verstoß gegen den Richtervorbehalt in § 105 Abs. 1 StPO regelmäßig nur in Frage, wenn dieser bewusst missachtet oder seine Voraussetzungen in gleichgewichtig grober Weise verkannt wurden (vgl. grundlegend BGH, Urteil vom 18. April 2007 – 5 StR 546/06, BGHSt 51, 285; ausführlich Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, 61. Aufl., § 105 Rn. 18 ff.; MüKo-StPO/Hauschild, § 105 Rn. 36 ff., je mwN). Dagegen spricht bereits, dass der Staatsanwalt vergeblich versucht hatte, einen Ermittlungsrichter telefonisch zu erreichen. Zudem wäre

die unter Verstoß gegen § 105 Abs. 1 StPO vorgenommene Fortsetzung einer – wie hier – zunächst gefahrenabwehrrechtlich zulässigen Wohnungsöffnung und -durchsuchung, bei der die meisten Beweismittel schon gesichtet wurden, ohnehin ein Verstoß minderen Gewichts (vgl. BGH, Urteil vom 3. Mai 2018 – 3 StR 390/17).

Mutzbauer

Sander

Schneider

Berger

Mosbacher