
Datum: 04.04.2017
Gericht: Amtsgericht Köln
Spruchkörper: Abt. 583
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 583 Ds 388/16
ECLI: ECLI:DE:AGK:2017:0404.583DS388.16.00

Normen: Art.13 Abs. 1 GG; § 102 STPO; § 105 Abs. 1 STPO

Leitsätze:

Voraussetzungen der "Gefahr im Verzug" gem. § 105 Abs. 1 STPO. Beweisverwertungsverbot bei Durchsuchung ohne richterliche Anordnung. Unverwertbarkeit der im Zusammenhang mit der rechtswidrigen Durchsuchung getätigten (teilgeständigen) Einlassung.

Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Der Angeklagte wird freigesprochen.

Die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen des Angeklagten trägt die Landeskasse.

Gründe

I.

Mit Anklageschrift vom 27.09.2016 wurde dem Angeklagten vorgeworfen, er habe am 06.07.2016, ohne im Besitz einer schriftlichen Erlaubnis für den Erwerb gewesen zu sein, in seinem Zimmer in der elterlichen Wohnung 50 Gramm Cannabis gelagert und für sich besessen.

Zugleich wurde in der Anklageschrift die Einziehung von (u.a.) 240 Gramm (netto) Marihuana beantragt.

1

2

3

4

5

II.

Der Angeklagte war aus tatsächlichen Gründen freizusprechen, da die ihm zur Last gelegte Tat ihm aufgrund bestehender Beweisverwertungsverbote nicht nachzuweisen war. 6

1. Die Beweisaufnahme hat zunächst zu folgenden Sachverhalt ergeben: 7

Die Polizeibeamten und Zeugen A. und B. waren am Mittwoch, dem 06.07.2016 um 17.30 Uhr aufgrund eines anderen Einsatzes in der u.a. vom Angeklagten bewohnten Wohnung in der C.-Str. 00 in 00000 D. anwesend. Da sie aus dem abgeschlossenen Zimmer des Angeklagten deutlichen Marihuanageruch wahrnahmen, erkundigten sie sich bei der Schwester des Angeklagten, wem das Zimmer gehöre. Diese wies darauf hin, dass es das Zimmer ihres Bruders sei; ihr Bruder sei jedoch derzeit nicht im Haus. Auf Bitten der Beamten rief sie ihren Bruder an und bat ihn in die Wohnung zu kommen. Die Zeit, die der Angeklagte benötigte, um in der Wohnung zu erscheinen wurde von den Zeugen mit 10-15 Minuten angegeben. 8

Jedenfalls währenddessen nahmen die eingesetzten Polizeibeamten mit dem zuständigen Fachkommissariat (KK 27 der Polizei D.) telefonisch Rücksprache, wobei auch über die Frage der Durchsuchung ohne richterliche Anordnung gem. § 105 Abs. 1 S. 1 HS 2 StPO gesprochen worden ist. Sowohl nach Einschätzung der eingesetzten Beamten, als auch nach Einschätzung des KK 27 lag Gefahr im Verzug vor. Die im Hauptverhandlungstermin vernommenen Zeugen gaben hierzu u.a. an, dass nach ihrer Kenntnis ein – zur Einsatzzeit erreichbarer – Ermittlungsrichter regelmäßig schriftliche Unterlagen zu einem Vorgang verlange und dann ja zum einen der Angeklagte festgehalten werden müsse, bis eine solche erstellt und der begehrte Beschluss erlassen sei und zudem für die Gesamtdauer ein Einsatzmittel der Polizei abgestellt werden müsse. Dies sei nach Einschätzung der Zeugen „*unverhältnismäßig*“. 9

Das KK 27 hat in einem auf Anforderung der Staatsanwaltschaft Köln verfassten Vermerk (Bl. 15 d.A.) festgehalten, dass auf die Einholung eines Durchsuchungsbeschlusses „*verzichtet*“ und Gefahr im Verzug angenommen worden sei, da 10

„[e]in Aufschieben der Durchsuchung bis zum Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses seitens des Bereitschaftsrichters (...) zwar den Erfolg der Durchsuchung nicht verhindert [hätte], jedoch (...) es unverhältnismäßig gewesen [wäre] den Beschuldigten so lange festzuhalten bis eine richterlicher Entscheidung getroffen wurde.“ [sic!] 11

Weiter heißt es in dem Vermerk wörtlich: 12

„In den meisten Fällen wird seitens des Bereitschaftsrichters eine Schriftlage zur Entscheidung zur Ausstellung einen Durchsuchungsbeschluss benötigt. Diese Schriftlage hätte im aktuellen Fall nicht gefertigt werden können, ohne dass der Beweismittelverlust im Raume stand.“ 13

Nach dem Telefonat wurde auf den Angeklagten gewartet und dieser wurde bei seiner Ankunft als Beschuldigter belehrt und gefragt, ob er mit der Durchsuchung seines Zimmers einverstanden sei, was er verneinte. Ihm wurde sodann angekündigt, dass man das Zimmer gleichwohl durchsuchen werde. Ein richterlicher Durchsuchungsbeschluss lag zu keinem Zeitpunkt vor und wurde auch nicht beantragt. Auch wurde kein Bereitschaftsstaatsanwalt über die geplante Durchsuchung informiert. Das Zimmer wurde sodann mittels Originalschlüssel geöffnet, wobei nicht mehr aufklärbar war, durch wen dies erfolgte. Bei der 14

Durchsuchung des alleine vom Angeklagten bewohnten Zimmers wurde sodann die sichergestellte Menge von 240 Gramm (netto) Marihuana gefunden.

Durch den Angeklagten wurde mitgeteilt, dass er Marihuana zum Eigenkonsum in seinem Zimmer lagere, wobei nicht mehr feststellbar war, ob dies vor, während oder nach der erfolgten Durchsuchung geschah. 15

2. Die Feststellungen zur Sache beruhen auf den im Hauptverhandlungstermin vernommenen Zeugen A. und B., sowie auf den nach § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO verlesenen Aktenbestandteilen, insbesondere der Strafanzeige (Bl. 1-3 d.A.) und dem vom KK 27 gefertigten Vermerk (Bl. 15 d.A.). 16

3. Nach den getroffenen Feststellungen zu der Entscheidungsbildung bezüglich der ohne richterlichen Durchsuchungsbeschluss durchgeführten Durchsuchung des alleine vom Angeklagten bewohnten Zimmers unterliegt sowohl das Auffinden der Betäubungsmittel, als auch die Äußerung des Angeklagten, er lagere Betäubungsmittel in seinem Zimmer, einem Beweiserhebungsverbot und in der Folge auch einem Beweisverwertungsverbot, was den aus dem Tenor ersichtlichen Freispruch zur Folge haben musste. 17

a) Die erfolgte Durchsuchung wurde zu Unrecht ohne richterliche Beschluss unter Verkenntung der Voraussetzungen der „Gefahr im Verzug“ nach § 105 Abs. 1 S. 1 HS 2 StPO, bzw. Art. 13 Abs. 1 GG durchgeführt. 18

aa) Gemäß § 105 Abs. 1 S. 1 StPO dürfen Durchsuchungen nur durch den Richter angeordnet werden; bei Gefahr im Verzug steht diese Kompetenz auch der Staatsanwaltschaft bzw. ihren Ermittlungspersonen zu. Gefahr im Verzug ist dabei nur anzunehmen wenn die richterliche Anordnung nicht mehr eingeholt werden kann, ohne dass der Zweck der Maßnahme gefährdet wird. Kann hingegen der Richter mit dem Durchsuchungsbegehren befasst werden und über dieses entscheiden, ohne dass damit ein Risiko des Verlusts von Beweismitteln verbunden ist, ist für einen Rückgriff auf die Eilkompetenz der Strafverfolgungsbehörden kein Raum (s. jüngst OLG Köln, Beschluss vom 25.10.2016, III-1 RVs 227/16 und OLG Düsseldorf StraFo 2016, 339). Der Begriff "Gefahr im Verzug" ist hierbei eng auszulegen, da die richterliche Anordnung einer Durchsuchung die Regel und die nichtrichterliche die Ausnahme ist. Sie muss mit Tatsachen begründet werden, die auf den Einzelfall bezogen sind. Reine Spekulationen, hypothetische Erwägungen oder lediglich auf kriminalistische Alltagserfahrung gestützte, fallunabhängige Vermutungen reichen nicht aus (BVerfGE 103, 142 = NJW 2001, 1121 m. Bspr. Einmahl NJW 2001, 1393 u. Möllers NJW 2001, 1397 = StraFo 2001, 193 m. Anm. Rabe von Kühlewein = NStZ 2001, 382 m. Bspr. Amelung NStZ 2001, 337; BayObLG NZV 2003, 148 = VRS 104, 294; OLG Köln 81 Ss 65/09 - = BeckRS 2010, 00255). Auslegung und Anwendung des Begriffs "Gefahr im Verzug" unterliegen zudem einer unbeschränkten gerichtlichen Kontrolle. Die Gerichte sind allerdings gehalten, der besonderen Entscheidungssituation der nichtrichterlichen Organe mit ihren situationsbedingten Grenzen von Erkenntnismöglichkeiten Rechnung zu tragen. Eine wirksame gerichtliche Nachprüfung der Annahme von "Gefahr im Verzug" setzt jedoch auch voraus, dass sowohl das Ergebnis als auch die Grundlagen der Entscheidung in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Durchsuchung in den Ermittlungsakten dargelegt und dokumentiert werden (BVerfG a.a.O.; BayObLG a.a.O.). 19

bb) Hiervon ausgehend, konnte im konkreten Fall eine Gefahr im Verzug nicht angenommen werden. Denn es ist bereits nicht feststellbar, dass die Befassung eines Richters mit dem Durchsuchungsbegehren mit dem Risiko des Verlustes von Beweismitteln einhergegangen wäre. Bereits der Aktenvermerk des KK 27 zu dem Sachverhalt ist insoweit 20

widersprüchlich. Denn dort heißt es einerseits:

„Ein Aufschieben der Durchsuchung bis zum Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses seitens des Bereitschaftsrichters hätte zwar den Erfolg der Durchsuchung nicht verhindert (...).“ 21

und Andererseits: 22

„In den meisten Fällen wird seitens des Bereitschaftsrichters eine Schriftlage zur Entscheidung zur Ausstellung eines Durchsuchungsbeschlusses benötigt. Diese Schriftlage hätte im aktuellen Fall nicht gefertigt werden können, ohne dass der Beweismittelverlust im Raume stand.“ 23

[Bl. 15 d.A. – Hervorheb. d. d. Unterz.] 24

Tatsächlich ist jedoch davon auszugehen, dass im konkreten Fall eine richterliche Befassung mit dem Durchsuchungsbegehren den Durchsuchungserfolg nicht gefährdet hätte. Es lagen nach den Feststellungen der vor Ort eingesetzten Polizeibeamten keinerlei Hinweise dafür vor, dass sich der Angeklagte oder jemand Drittes in dem abgeschlossenen Zimmer befand und die eingesetzten Beamten entschieden sich – nach telefonischer Rücksprache mit dem KK 27 – überdies dazu abzuwarten, bis der Angeklagte in der Wohnung angekommen war. Wäre nach der Einschätzung der mit der Sache befassten Polizeibeamten ein Beweismittelverlust durch Zuwarten auf eine richterliche Entscheidung gefährdet worden, wäre das Zuwarten auf das Eintreffen des Angeklagten ebenso beweismittelgefährdend gewesen und mithin nicht nachvollziehbar. 25

Die Einholung einer richterlichen Entscheidung wäre auch problemlos möglich gewesen. Der Einsatz fand an einem Wochentag um 17.30 Uhr statt, mithin zu einem Zeitpunkt, zu dem der wöchentliche Bereitschaftsdienst, welcher durch das hier zuständige Amtsgericht Köln (mindestens) bis 21.00 Uhr gewährleistet wird, ohne weiteres erreichbar gewesen wäre. Auch wäre die Erstellung einer sog. „Schriftlage“ mithin eines schriftlich festgehaltenen Sachverhaltes (so denn dieser von dem/der angerufenen RichterIn gefordert worden wäre) aufgrund des einfach gelagerten Sachverhaltes sowie der Tatsachen, dass sich niemand in dem abgeschlossenen Zimmer befand und das Zimmer durch die Zeugen A. und B. bewacht wurde, ohne die Gefahr des Beweismittelverlustes möglich gewesen. 26

Hiergegen spricht auch nicht die geäußerte Auffassung, es sei *unverhältnismäßig*, den Angeklagten so lange festzuhalten, bis eine richterliche Entscheidung getroffen worden sei. Denn hierbei ist zum Einen zu beachten, dass der Angeklagte gar nicht hätte festgehalten, sondern nur an dem Betreten seines Zimmers hätte gehindert werden müssen. Dies wäre, unter Abwägung des Strafverfolgungsinteresses einerseits und des Interesses des Angeklagten am Betreten seines Zimmers andererseits, aufgrund der bereits deutlich verfestigten Beweislage (deutlich wahrnehmbarer Geruch von Betäubungsmitteln) nicht unverhältnismäßig gewesen. Zum Anderen ist zu beachten, dass der Angeklagte sich nur aufgrund des durch die eingesetzten Beamten selbst veranlassten Anrufes überhaupt erst in die Wohnung begeben hat. Mithin wurde die Lage, aus der eine Gefahr im Verzuge (u.a.) hergeleitet wurde, durch die eingesetzten Beamten selbst geschaffen. Die Gefahr im Verzug kann jedoch nicht dadurch entstehen, dass die Strafverfolgungsbehörden deren tatsächliche Voraussetzungen selbst herbeiführen (BVerfG NStZ 2003, 319; BGH NJW 2007, 2269 [2270] = NStZ 2007, 601 m. Bspr. Roxin NStZ 2007, 616). 27

Schließlich spielt auch das angebrachte Argument, es müsse im Falle der Einholung einer richterlichen Entscheidung ein Einsatzmittel der Polizei abgestellt werden, um den zu durchsuchenden Raum zu bewachen, ersichtlich keine Rolle bei der Frage, ob Gefahr im Verzug vorliegt und deshalb (ausnahmsweise) eine Durchsuchung ohne richterliche Entscheidung gerechtfertigt sein könnte. Die Polizei hat sich bei der Einteilung ihrer Mittel und Ressourcen nach dem Rechtsstaat und seinen normierten Prinzipien zu richten und nicht umgekehrt.

- b) Da nicht mehr festgestellt werden konnte, ob der Angeklagte vor, während oder nach der Durchsuchung angegeben hat, er besäße Betäubungsmittel zum Eigenbedarf, unterliegt auch das Ergebnis der diesbezüglich durchgeführten Befragung einem Beweiserhebungsverbot, da zu Gunsten des Angeklagten davon ausgegangen werden muss, dass er diese Aussage – wie es der Zeuge B. im Übrigen in seiner Vernehmung schilderte – frühestens während der Durchsuchung getätigt hat und er jedenfalls zuvor nicht qualifiziert über die Rechtswidrigkeit der durchgeführten Durchsuchung belehrt wurde (vgl. hierzu u.a. LG Heilbronn, Urteil vom 16.12.2004 – 5 Ns 41 Js 26937/02 –, Tz 90 ff., zit. n. juris). 29
- c) Das Beweiserhebungsverbot führt sowohl hinsichtlich der bei der Durchsuchung aufgefundenen Betäubungsmittel, als auch hinsichtlich der vor Ort durch den Angeklagten getätigten Äußerungen zu einem Beweisverwertungsverbot. 30
- aa) Zwar führt nicht jeder Verstoß gegen die Beweiserhebungsvorschrift des § 105 StPO zwangsläufig auch zu der Unverwertbarkeit der hierdurch gewonnenen Beweise. Insbesondere dann nicht, wenn – wie hier – dem Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses keine rechtlichen Hindernisse entgegengestanden hätten und die tatsächlich sichergestellten Beweismittel als solche der Verwertung als Beweismittel rechtlich zugänglich gewesen wären (KK-StPO/Bruns, 7. Aufl. 2013, StPO § 105 Rn 21 m.w.N.). Allerdings kann anderes für besonders schwerwiegende und/oder willkürliche Verstöße gelten (KK-StPO/Bruns, a.a.O., Rn 21-22). Ein solcher Verstoß liegt hier vor. 31
- bb) Bereits bei Anklageerhebung ist die Staatsanwaltschaft Köln ausweislich ihres Abschlussvermerks (Bl. 19 d.A.) von der Rechtswidrigkeit der Durchsuchung und der Unverwertbarkeit der hierbei gewonnenen Erkenntnisse ausgegangen und hat die Anklage lediglich auf die – nach der Ermittlungsakte vor der Durchsuchung getätigte – Aussage des Angeklagten, er habe „etwa 50g Marihuana in seinem Zimmer“ (vgl. Strafanzeige, Bl. 2 d.A.) gestützt, was unter Zugrundelegung des Wirkstoffgutachtens (Bl. 34 d.A.) „nur“ zu einem Anklagevorwurf des Vergehenstatbestandes des § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG und nicht – wenn die aufgefundene Menge von 240g zugrundegelegt worden wäre – zu einem Anklagevorwurf des Verbrechenstatbestandes des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG geführt hat. 32
- cc) Diese rechtliche Einordnung war zum damaligen Zeitpunkt zutreffend, da die Annahme von Gefahr im Verzug im vorliegenden Falle – gerade auch unter Zugrundelegung der dokumentierten (in sich widersprüchlichen) Erwägungen – durch keinerlei tatsächliche Umstände gestützt war und sich hierdurch als grobe Verkennung der Voraussetzungen des bestehenden Richtervorbehaltes des § 105 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 StPO darstellt, was in der Folge auch zu einem Beweisverwertungsverbot führt (vgl. hierzu: BGH NJW 2007, 2269, Tz 24 ff., zit. n. BeckOnline; BVerfGE 103, 142-164, zit. n. juris). 33
- dd) Da auch die Äußerung des Angeklagten zu den in seinem Zimmer befindlichen Betäubungsmitteln nicht ausschließbar im unmittelbaren Zusammenhang mit der rechtswidrigen Durchsuchung erfolgt ist, ohne dass ihr eine qualifizierte Belehrung vorausgegangen war, ist auch diese unverwertbar. 34

Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Angeklagte die Angaben alleine gerade aufgrund der durchgeführten Durchsuchung gemacht hat. Insoweit gelten die zuvor angestellten Erwägungen zur groben Verkennung der Voraussetzungen des bestehenden Richtervorbehaltes auch für die insoweit vorgenommene Befragung des Angeklagten vor Ort.	35
III.	36
Die Kostenentscheidung beruht auf § 467 StPO.	37
