
Datum: 23.06.2016
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 3. Strafsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: III-3 RVs 46/16
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2016:0623.III3RVS46.16.00

Tenor:

Das angefochtene Urteil wird aufgehoben und der Angeklagte wird auf Kosten der Staatskasse, die auch seine notwendigen Auslagen zu tragen hat, freigesprochen.

G R Ü N D E	1
I.	2
Das Amtsgericht – Schöffengericht – Wuppertal hat den Angeklagten, der sich zur Sache nicht eingelassen hat, wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und vier Monaten mit Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt. Die dagegen gerichtete Berufung des Angeklagten hat das Landgericht verworfen. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner form- und fristgerecht eingelegten Revision.	3
II.	4
Das Rechtsmittel hat mit der Sachrüge Erfolg. Es führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Freisprechung des Angeklagten (§§ 353, 354 Abs. 1 StPO).	5
Das Landgericht hat folgende Feststellungen getroffen:	6
Einige Tage vor dem 15. September 2014 versuchten mehrere Polizeibeamte in W. in einem Mehrfamilienhaus in der R.str. 51, in dem der Angeklagte wohnte, im ersten Obergeschoss einen Durchsuchungsbeschluss in einem anderen Ermittlungsverfahren zu vollstrecken. Dieser Versuch wurde abgebrochen. Dabei fiel den Polizeibeamten in dem Haus ein leichter und auch nicht näher lokalisierbarer Geruch von Marihuana auf.	7

In der Mittagszeit des 15. September 2014 versuchten erneut zwei bis drei Polizeibeamte des Fachkommissariats den Durchsuchungsbeschluss im ersten Obergeschoss des Hauses zu vollstrecken. Zur Unterstützung waren weitere sechs Polizeibeamte einer Einsatzhundertschaft hinzugezogen worden. Diesmal nahmen die Polizeibeamten bereits auf dem Gehweg vor dem Haus einen intensiven Marihuanageruch wahr. Die Polizeibeamten folgten dem Marihuanageruch im Hausflur und stellten fest, dass er am stärksten vor der Wohnung des Angeklagten im dritten Obergeschoss rechts wahrzunehmen war. Zudem stellten sie fest, dass sich der im Keller befindliche Stromzähler für die Wohnung im dritten Obergeschoss auffällig schneller drehte als die anderen Stromzähler. Hierauf hatten die Polizeibeamten den Verdacht, dass in dieser Wohnung Marihuana angebaut werde. Die Polizeibeamten beratschlagten im Hausflur, wie weiter vorgegangen werden sollte. Es wurde vereinbart, dass diejenigen Polizeibeamten, die den Durchsuchungsbeschluss im ersten Obergeschoss vollstrecken sollten, sich um die beschlussgemäße Durchsuchung der betreffenden Wohnung kümmern sollten. Die sechs Polizeibeamten, die als Unterstützung hinzu gebeten waren, wurden für diese Durchsuchung nicht benötigt und sollten sich im Weiteren um den aufgekommen Verdacht eines Betäubungsmitteldeliktes kümmern.

Der Polizeibeamte M. verteilte seine Leute vor und im Haus. Der Polizeibeamte R. nahm auf der gegenüberliegenden Straßenseite Stellung, um die Fenster der rechten Obergeschosswohnung zu beobachten, falls dort jemand etwas aus dem Fenster werfen sollte. Problematisch war für die Polizeibeamten, dass es sich bei der R.Str. um eine geschlossene Bebauung handelte, die für die Beamten von hinten nicht zugänglich war. Die Beamten konnten vor diesem Hintergrund nicht sicherstellen, dass nicht jemand aus der Wohnung etwas nach hinten im Bereich des Gartens entsorgt, was später gegebenenfalls nicht zugeordnet werden könnte. 9

Während sich die Polizeibeamten der Einsatzhundertschaft im Haus verteilten, versuchte der Polizeibeamte M. als Gruppenleiter nunmehr über einen Zeitraum von zehn bis 15 Minuten mehrfach – mindestens dreimal – erfolglos, den Eildienst der Staatsanwaltschaft telefonisch zu erreichen, um diesen zu veranlassen, einen richterlichen Durchsuchungsbeschluss zu erwirken. Auf die über einen Zeitraum von inzwischen etwa oder knapp einer halben Stunde im Haus präsenten Polizeibeamten wurden andere Hausbewohner aufmerksam und fragten die Beamten, worum es sich bei dem Einsatz handele. Eine erneute Beratung der Polizeibeamten führte zu dem Ergebnis, dass man nun zunächst als milderer Mittel gegenüber einer Durchsuchung an der Wohnung im dritten Obergeschoss rechts klopfen und auf diese Weise über freiwillige Angaben der Herkunft des Marihuanageruchs auf den Grund gehen wolle. Die Polizeibeamten Z. und W. begaben sich sodann zu der Wohnungseingangstür im dritten Obergeschoss rechts und klopfen dort. Sie gaben sich dabei auch verbal als Polizeibeamte zu erkennen, da die Mitglieder der Einsatzhundertschaft an diesem Tag Zivilkleidung trugen und nicht bereits an ihren Uniformen als Polizeibeamte erkennbar waren. Nach dieser Maßnahme waren zunächst hinter der Wohnungseingangstür Geräusche zu hören. Als die Tür nicht geöffnet wurde, riefen und klopfen die Polizeibeamten erneut und baten um Öffnung der Tür. Hierauf wurde die Wohnungseingangstür nach dem Eindruck der Polizeibeamten von innen mittels eines Schlüssels verschlossen. 10

Aufgrund des Verschließens der Tür von innen schöpften die Polizeibeamten den Verdacht, dass hinter der Tür nunmehr Beweismittel vernichtet werden könnten. Sie hatten auch Sorge, dass Beweismittel in den von ihnen nicht überwachten Garten geworfen werden könnten. Der Polizeibeamte M., der in dieser Situation noch immer nicht den Eildienst der Staatsanwalt erreicht hatte, entschied, dass aufgrund drohenden Beweismittelverlustes Gefahr im Verzug vorliege und ordnete als leitender Polizeibeamter die Durchsuchung der Wohnung an. 11

Nachdem ein Polizeibeamter mehrfach gegen die verschlossene Tür getreten hatte, um diese gewaltsam zu öffnen, rief der Angeklagte durch die verschlossene Tür, dass es genug sei und er die Tür nun öffnen werde. Die Polizeibeamten betraten daraufhin die Wohnung und fanden zahlreiche Marihuanapflanzen mit insgesamt 1.242,55 Gramm Marihuana mit einer Wirkstoffmenge von 97,6 g THC vor. Nach Belehrung gab der Angeklagte gegenüber den Polizeibeamten vor Ort an, dass er an ADHS erkrankt sei, ohne „Gras“ nicht klar komme und deshalb „ohne Ende kiffe“. Er würde täglich 5 Gramm Marihuana benötigen. Handeltreiben würde er nicht, wohl aber „Kollegen“ mittrauchen lassen.

III. 12

Die Revision hat Erfolg. 13

1. 14

Zu Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass ein Beweiserhebungsverbot vorlag. Mangels eines richterlichen Durchsuchungsbeschlusses hätte die Wohnung nicht durchsucht werden dürfen, denn Gefahr im Verzug lag nicht vor (§§ 102, 105 Abs. 1 S. 1 StPO). 15

Der Begriff "Gefahr im Verzuge" im Sinne des Art. 13 Abs. 2 GG ist eng auszulegen. Gefahr im Verzug ist nur anzunehmen, wenn die richterliche Anordnung nicht mehr eingeholt werden kann, ohne dass der Zweck der Maßnahme (regelmäßig die Sicherstellung von Beweismitteln) 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. Vielmehr hat dann allein der zuständige Richter über den Eingriff in das Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG zu entscheiden und dabei auch dem aus dem Rechtsstaatsprinzip fließenden Verfassungsgebot effektiver Strafverfolgung Rechnung zu tragen. Ob ein angemessener Zeitraum zur Verfügung steht, innerhalb dessen eine Entscheidung des zuständigen Richters erwartet werden kann, oder ob bereits eine zeitliche Verzögerung wegen des Versuchs der Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde und daher eine nichtrichterliche Durchsuchungsanordnung ergehen darf, haben die Ermittlungsbehörden nach der Konzeption des Art. 13 Abs. 2 GG zunächst selbst zu prüfen. Dabei haben sie die von der Verfassung vorgesehene "Verteilung der Gewichte", nämlich die Regelzuständigkeit des Richters, zu beachten. Die daraus folgende Pflicht der Ermittlungsbehörden, sich regelmäßig um eine Durchsuchungsanordnung des zuständigen Richters zu bemühen, wird nicht durch den abstrakten Hinweis verzichtbar, eine richterliche Entscheidung sei zur maßgeblichen Zeit üblicherweise nicht mehr zu erreichen. Reine Spekulationen, hypothetische Erwägungen oder lediglich auf kriminalistische Alltagserfahrungen gestützte, fallunabhängige Vermutungen reichen ebenfalls nicht aus, um die Annahme von Gefahr im Verzug zu begründen. Auch schließt das verfassungsrechtliche Gebot, dem Ausnahmecharakter der Eilkompetenz Rechnung zu tragen, aus, mit dem Antrag auf Erlass einer Durchsuchungsanordnung zu warten, bis die Gefahr eines Beweismittelverlusts eingetreten ist. Selbst herbeigeführte tatsächliche Voraussetzungen können die Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft und ihrer Ermittlungspersonen nicht begründen (BVerfG, Beschluss vom 16. Juni 2015 – 2 BvR 2718/10 u.a. –, Rn. 69 – 70, juris). 16

Hiernach war keine Gefahr im Verzug gegeben. Zu dem Zeitpunkt, als die Polizeibeamten aufgrund des aus der rechten Wohnung im dritten Obergeschoss dringenden starken Marihuanageruchs und dem schnell laufenden Stromzähler im Keller den Verdacht einer Straftat hatten, bestand keine Besorgnis, dass demnächst ein Beweismittelverlust eintreten 17

würde. Zu diesem Zeitpunkt bestanden keine Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte von den polizeilichen Ermittlungen etwas mitbekommen hatte. Die Polizeibeamten der Einsatzhundertschaft, welche zudem Zivilkleidung trugen, waren zu diesem Zeitpunkt noch nicht vor dem und im Haus verteilt (S. 4 UA), und die Durchsuchung in der anderen Wohnung hatte noch nicht begonnen. Zu Recht ist daher das Landgericht davon ausgegangen, dass in der konkreten Situation genügend Zeit bestand abzuwarten, bis der Eildienst der Staatsanwaltschaft und der zuständige Ermittlungsrichter erreichbar waren, zumal es Mittagszeit war und ohne weiteres in absehbarer Zeit mit der Erreichbarkeit eines Richters hätte gerechnet werden können (UA S. 7).

2. 18

Dieses Beweiserhebungsverbot führt hier zu einem Beweisverwertungsverbot. 19

a) Zwar ist dem Strafverfahrensrecht ein allgemein geltender Grundsatz, dass jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht, fremd. Die Annahme eines Verwertungsverbotes schränkt eines der wesentlichen Prinzipien des Strafverfahrensrechts ein, nämlich den Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die von Bedeutung sind. Der Rechtsstaat kann sich nur verwirklichen, wenn ausreichende Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden. Daran gemessen bedeutet ein Beweisverwertungsverbot eine Ausnahme, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist. Die Annahme eines Beweisverwertungsverbots ist von Verfassungs wegen nur bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen, bei denen die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind, geboten (vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 9. November 2010 – 2 BvR 2101/09 –, Rn. 44 – 45, juris; BGH, Urteil vom 18. April 2007 – 5 StR 546/06 –, juris; OLG Köln, Urteil vom 27. Oktober 2009 – 81 Ss 65/09 –, Rn. 28, juris; s. a. BGH, Beschluss vom 30. August 2011 – 3 StR 210/11 –, Rn. 11, juris, m.w.N.). 20

Ein solcher Sonderfall eines schwerwiegenden Verstoßes liegt hier vor. Die Polizeibeamten haben im Ergebnis zielgerichtet die tatsächliche Voraussetzung einer Gefahr im Verzuge selbst herbeigeführt, und zwar zu einem Zeitpunkt, als es für sie erkennbar – ohne den Verlust von Beweismitteln befürchten zu müssen – möglich gewesen wäre, eine richterliche Durchsuchungsanordnung zu erwirken. Der Polizeibeamte M. hatte frühzeitig erkannt, dass es eines richterlichen Beschlusses zur Durchsuchung der Wohnung des Angeklagten bedurfte. Es war nicht nur so, dass für die Wohnungsdurchsuchung im ersten Obergeschoss des Mehrfamilienhauses eine richterliche Durchsuchungsanordnung vorlag, sondern der Polizeibeamte hatte hier auch frühzeitig versucht, für eine Durchsuchung der Wohnung des Angeklagten mit dem Eildienst der Staatsanwaltschaft zur Erwirkung eines Durchsuchungsbeschlusses Kontakt aufzunehmen. Trotzdem sah er, als er den Eildienst der Staatsanwaltschaft in der Mittagszeit telefonisch nicht erreichen konnte, bereits nach zehn bis 15 Minuten von weiteren Bemühungen zur Erreichung einer richterlichen Durchsuchungsanordnung ab. Der Umstand, dass andere Hausbewohner auf die Polizeibeamten aufmerksam geworden waren, rechtfertigte es nicht, auf die Einholung einer richterlichen Durchsuchungsanordnung zu verzichten. Nach den landgerichtlichen Feststellungen sind nämlich keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass auch der Angeklagte bereits auf die Polizeibeamten aufmerksam geworden war, zumal der Angeklagte im dritten 21

Obergeschoss wohnte. In dieser Situation entschlossen sich die Polizeibeamten, an der Wohnungstür des Angeklagten zu klopfen, obwohl sie in ihre Erwägungen einbezogen hatten, dass der Angeklagte versuchen würde, Beweismittel zu vernichten, wenn er Kenntnis von ihrer Anwesenheit erhielte. Denn bereits im Vorfeld, noch bevor der Versuch unternommen worden war, den Eildienst der Staatsanwaltschaft zu erreichen, hatte der Polizeibeamte R. auf der gegenüberliegenden Straßenseite Stellung genommen, um die straßenseitigen Fenster der Wohnung des Angeklagten zu beobachten für den Fall, dass dort etwas aus dem Fenster geworfen werden sollte. Zugleich hatten die Polizeibeamten als problematisch angesehen, dass sie die rückwärtigen Fenster der Wohnung nicht einsehen konnten (UA S. 4). Ihnen war also von Anfang an bewusst, dass Gefahr im Verzuge eintreten könnte, wenn sie ihre Anwesenheit dem Angeklagten durch Klopfen an der Wohnungstür offenbaren würden und dieser ihnen nicht freiwillig Einlass in die Wohnung gewähren würde. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Polizeibeamten nach den Feststellungen des Landgerichts auch von der Erwägung geleitet wurden, dass die kriminalistische Erfahrung zeige, in einem Großteil derartiger Fälle könnten Angaben der Betroffenen erwirkt werden. Da, wie oben ausgeführt, der Begriff der Gefahr im Verzuge eng auszulegen ist, begrenzt die Pflicht, einen Durchsuchungsbeschluss zu beantragen, den Spielraum der Ermittlungsbeamten, das Ermittlungsverfahren nach kriminalistischen und taktischen Erwägungen frei zu gestalten (BGH, Urteil vom 18. April 2007, a.a.O., Rn. 13, juris). Der allgemeine kriminalistische Erfahrungssatz hätte weitere Ermittlungshandlungen daher nur dann gerechtfertigt, wenn die Polizeibeamten bereit gewesen wären, bei einem nicht kooperativen Beschuldigten sodann von weiteren Ermittlungsmaßnahmen – insbesondere einer Wohnungsdurchsuchung ohne richterlichen Durchsuchungsbeschluss – abzusehen. Gerade dies war vorliegend aber offensichtlich nicht der Fall.

Obwohl noch vor dem Klopfen an der Eingangstür zur Wohnung des Angeklagten weiterhin hätte versucht werden können, einen Durchsuchungsbeschluss zu erwirken, weil die tatsächlichen Voraussetzungen dafür – auch nach den Vorstellungen der Polizeibeamten – vorlagen, haben die Polizeibeamten selbst ohne jede praktische Notwendigkeit durch das Klopfen an der Wohnungstür des Angeklagten in Kenntnis des Umstands, dass der Angeklagte sodann versuchen könnte, Beweismittel zu vernichten, eine Situation herbeigeführt, in der ein weiteres Zuwarten wegen drohenden Beweismittelverlustes nicht angezeigt war (vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. Juni 2015 – 2 BvR 2718/10 u.a. –, Rn. 69 – 70, juris).

Entgegen der rechtlichen Würdigung des Landgerichts ist dieses Verhalten nicht als bloße Verkennung des Zustandekommens der Gefahr im Verzuge zu sehen. Dieser letzte Teilakt ist nicht isoliert, sondern in der Gesamtschau der Vorgänge zu betrachten. Wissend, dass sie nicht alle zugänglichen Fenster kontrollieren konnten und wissend, dass dies dazu führen könnte, dass Beweismittel aus diesen Fenstern entsorgt werden, entschlossen sich die Polizeibeamten, einem sich in der Wohnung möglicherweise aufhaltenden Täter ihre Anwesenheit zu offenbaren, obwohl hierzu keine Notwendigkeit bestand. Bei umfassender Betrachtung der Vorgehensweise der Polizei in der Gesamtschau ist erkennbar, dass die Polizeibeamten planvoll eine Situation herbeiführten, die entweder zu einer freiwilligen Öffnung der Wohnungseingangstür oder einem drohenden Beweismittelverlust führen würde. Damit ist diese Vorgehensweise der Polizeibeamten in ihrer Gesamtheit jedenfalls als – einer willkürlichen und zielgerichteten Umgehung des Richtervorbehalts gleichgewichtige – gröbliche Missachtung dieses Vorbehalts anzusehen.

b) Der Annahme eines Beweisverwertungsverbotes steht nicht entgegen, dass theoretisch ein Durchsuchungsbeschluss hätte erlangt werden können. Die heilende Wirkung eines

22

23

24

hypothetisch rechtmäßigen Alternativverhaltens kommt in Fällen grober Missachtungen des Richtervorbehalts, wie er hier vorliegt, nicht in Betracht (vgl. BGH, Beschluss vom 30. August 2011 – 3 StR 210/11 –, Rn. 12, juris; m.w.N.; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl., 2016, § 94, Rn. 21).

c) Das Beweisverwertungsverbot erstreckt sich auf alle in der Wohnung vorgefundenen Beweismittel und hier auch auf die Angaben, die der Angeklagte nach dem Betreten seiner Wohnung durch die Polizeibeamten im Rahmen der Durchsuchung gemacht hat bzw. die Bekundungen der Polizeibeamten, die sich zu diesen Angaben des Angeklagten verhalten. 25

Eine Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten in dem Sinne, dass neben der Verwertung der unmittelbar unter Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot erlangten Informationen auch die Verwertung aller weiteren Beweismittel verboten ist, die aufgrund solcher Informationen erlangt worden sind, wird in der Rechtsprechung zwar grundsätzlich verneint. Ein Verfahrensfehler, der ein Verwertungsverbot für ein Beweismittel bewirkt, darf nicht ohne weiteres dazu führen, dass das gesamte Strafverfahren „lahmgelegt“ wird. Die Grenzen richten sich jeweils nach der Sachlage und der Art des Verbots (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 10. November 2000 – Ss 462/00 Z, Ss 462/00 –, Rn. 10, juris, m. w. N.). Hiernach wären die nach ordnungsgemäßer Belehrung des Angeklagten von ihm gemachten Angaben grundsätzlich verwertbar. Dem stehen jedoch die Besonderheiten dieses Falles entgegen. Ein Beweisverwertungsverbot ist in der Rechtsprechung etwa angenommen worden für Bekundungen von Beschuldigten, die unter dem Eindruck des Vorhalts von unzulässig gewonnenen Erkenntnissen aus einer Telefonüberwachung gemacht worden sind (vgl. BGH, Urteil vom 24. August 1983 – 3 StR 136/83 –, juris, Rn. 10; OLG Köln a.a.O., Rn. 12). Damit zu vergleichen ist die hiesige Situation, in der der Angeklagte Angaben zur Sache gemacht hat. Die Vernehmung des Angeklagten wurde noch im Rahmen der Durchsuchung seiner Wohnung und unter dem Eindruck der dabei in unzulässiger Weise gewonnen Erkenntnisse durchgeführt. Der sich offensichtlich als überführt ansehende Angeklagte hatte keinen Anlass, von seinem Recht auf Schweigen Gebrauch zu machen, zumal er nicht wissen konnte, dass die vorgefundenen Beweismittel unverwertbar waren. Für ihn bestand ein Zustand, in dem Leugnen oder Schweigen sinnlos war angesichts der Tatsache, dass sich die Polizeibeamten in seiner Wohnung befanden und die unerlaubt angebauten Marihuanapflanzen bereits entdeckt hatten. 26

IV. 27

Der Senat kann durch Freispruch in der Sache selbst entscheiden (§ 354 Abs. 1 StPO), da es auszuschließen ist, dass im Falle einer Zurückverweisung der Sache in einer erneuten Hauptverhandlung die Schuld des Angeklagten festgestellt werden könnte (vgl. BGH, Urteil vom 22. April 2004 – 5 StR 534/02 –, Rn. 10, juris, m.w.N.). Dies ergibt sich aus der bestehenden Beweislage. Alle Beweismittel, die ab dem Zeitpunkt des Betretens der Wohnung erlangt worden sind, unterliegen dem Beweisverwertungsverbot. Einzig die Umstände des aus der Wohnung des Angeklagten wahrnehmbaren Marihuanageruchs und des sich schnell drehenden Stromzählers wären noch verwertbar, da diese vor der Durchsuchung erlangt worden sind. Hierauf alleine kann ein Schuldspruch jedoch nicht gestützt werden. Weitere Beweismittel sind ersichtlich nicht vorhanden, so dass es ausgeschlossen ist, dass weitere Feststellung getroffen werden könnten. 28

V. 29

Die Kostenentscheidung folgt aus § 467 Abs. 1 StPO. 30
