
Datum: 18.08.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 3. Strafsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 Ss 293/08
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0818.3SS293.08.00

Vorinstanz: Amtsgericht Minden, 13 Ds 704/07

Tenor:

Das angefochtene Urteil wird im Rechtsfolgenausspruch nebst den dazugehörenden Feststellungen aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an eine andere Abteilung des Amtsgerichts Minden zurückverwiesen.

Im Übrigen wird die Revision als unbegründet verworfen.

Gründe:

A.

Der Angeklagte ist durch Urteil des Amtsgerichts Minden vom 18.03.2008 wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten unter Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt worden.

Nach den Urteilsfeststellungen wurde der Angeklagte am 13.04.2007 um 1:01 Uhr in Q in einer dunklen Ecke in unmittelbarer Nähe einer Asylbewerberunterkunft von Polizeibeamten der Kreispolizeibehörde N kontrolliert. Der Angeklagte, der seinem Hobby entsprechend ein Nachtsichtgerät bzw. einen Restlichtverstärker auf dem Kopf trug, war in Begleitung seiner Freundin der Zeugin C. Bei der Überprüfung der Personalien wurde bei dem Angeklagten ein

1

2

3

4

starker Cannabisgeruch festgestellt. In seinem Rucksack wurden durch die Polizeibeamten ein Etui mit Marihuana, zwei Klemmverschlussstüten mit Marihuana, 13 weitere Klemmtüten ohne Inhalt sowie zwei Tüten mit Hanfsamen vorgefunden und sichergestellt. Polizeikommissar T ordnete nach Rücksprache mit der Leitdienststelle, die Kontakt zum Eildienstdezernenten der Staatsanwaltschaft aufgenommen hatte, aufgrund "Gefahr im Verzug" die Durchsuchung des Zimmers, welches der Angeklagte in der Wohnung seiner Eltern in Q bewohnt, an.

Im Zimmer des Angeklagten wurden eine Platte Haschisch, mehrere einzeln verpackte Haschischbrocken, drei Tüten mit Marihuana, eine größere Anzahl leerer Verpackungseinheiten mit Betäubungsmittelanhaftungen sowie eine Feinwaage aufgefunden und sichergestellt.

Insgesamt aufgefunden wurden im Rucksack und im Zimmer des Angeklagten 90,77 Gramm Haschisch (1 Klemmverschlussstüte mit 1,38 Gramm, 1 Tüte mit einem Haschischbrocken von 2,44 Gramm, 1 Tüte mit 86,95 Gramm, wovon 5 Gramm zwecks Untersuchung an das Labor gegeben worden sind) und 79,16 Gramm Marihuana (1 Klemmverschlussstüte mit 1,36 Gramm, 1 Klemmverschlussstüte mit 5,06 Gramm, 1 Klemmverschlussstüte mit 0,76 Gramm, 1 Klemmverschlussstüte mit 0,77 Gramm, 1 Klemmverschlussstüte mit 2,20 Gramm, 1 Klemmverschlussstüte mit 4,75 Gramm, 1 Gefriertüte mit 15,03 Gramm, eine Gefriertüte mit 19,03 Gramm, 1 Klemmverschlussstüte mit 4,13 Gramm, 1 Klemmverschlussstüte mit 8,34 Gramm, 1 Gefriertüte mit 10,39 Gramm und 1 Klemmverschlussstüte mit 6,34 Gramm. Aus einer der Tüten war zudem ein weiteres Gramm zwecks Untersuchung durch das Labor entnommen worden).

Der Angeklagte wusste, dass er mangels entsprechender Erlaubnis zum Besitz der Betäubungsmittel nicht berechtigt war.

Das Amtsgericht hat den Angeklagten aufgrund der getroffenen Feststellungen des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln für schuldig befunden und die Verhängung einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten unter Strafaussetzung zu Bewährung als tat- und schuldangemessen angesehen.

Bei der Strafzumessung hat es zu Gunsten des Angeklagten berücksichtigt, dass er nicht vorbestraft ist und es sich bei den vorgefundenen Betäubungsmitteln um sogenannte "weiche Drogen" gehandelt hat. Zu seinen Lasten hat es bewertet, dass die sichergestellte Betäubungsmittelmenge relativ erheblich und deshalb mit einem entsprechenden Gefährdungspotential verbunden gewesen sei, auch wenn diese Menge die Grenze zur "nicht geringen Menge" noch nicht erreicht gehabt habe.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Angeklagten. Mit den erhobenen Verfahrensrügen wird unter näheren Ausführungen ein Verstoß gegen den Richtervorbehalt gemäß Art. 13 Abs. 2 GG, § 105 Abs. 1 S. 1 StPO, hilfsweise eine Verletzung von § 105 Abs. 1 S. 1 2. Halbs. StPO (Nichtvorliegen der Voraussetzungen von "Gefahr im Verzug") sowie ein Verstoß gegen die §§ 136 Abs. 1 S. 2, 163 a Abs. 4 S. 2 StPO geltend gemacht. Außerdem wird die Verletzung materiellen Rechts gerügt.

B.

Die Revision hat teilweise Erfolg. Sie führt zu einer Aufhebung des angefochtenen Urteils im Rechtsfolgenausspruch und im Umfang der Aufhebung zu einer Zurückverweisung der Sache an das Amtsgericht Minden. Im Übrigen erweist sich die Revision als unbegründet.

I.	13
Der Schuldausspruch des angefochtenen Urteils hält im Ergebnis einer rechtlichen Überprüfung Stand. Allerdings kann dem Angeklagten nur der Besitz derjenigen Betäubungsmittel zur Last gelegt wird, die zum Tatzeitpunkt von den Polizeibeamten in seinem Rucksack vorgefunden worden sind.	14
1.)	15
a)	16
Die erhobene Verfahrensrüge eines Verstoßes gegen § 265 StPO greift hinsichtlich des Schuldausspruches nicht durch.	17
Mit dieser Rüge wird geltend gemacht, mit der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Bielefeld vom 01.08.2007 sei dem Angeklagten zur Last gelegt worden, durch dieselbe Handlung mit Betäubungsmitteln unerlaubt Handel getrieben und Betäubungsmittel unerlaubt erworben und sich dadurch gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG strafbar gemacht zu haben. Seine Verurteilung sei wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln erfolgt, wobei als angewendete Vorschriften die §§ 1 Abs.1, 3 Abs. 3 Nr.1 und 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG aufgeführt seien. Da der Angeklagte nach einer anderen als der in der Anklageschrift genannten Vorschrift verurteilt worden sei, hätte gemäß § 265 StPO ein Hinweis auf eine Verurteilung gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG erfolgen müssen, was aber nicht geschehen sei. In der Hauptverhandlung sei der rechtliche Hinweis erteilt worden, es komme auch eine Verurteilung wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. §§ 1, 3 BtMG in Betracht.	18
Die Rüge ist zwar in der gebotenen Form erhoben worden, sie ist aber nicht begründet.	19
Ausweislich des Hauptverhandlungsprotokolls vom 18.03.2008 ist allerdings tatsächlich kein rechtlicher Hinweis auf die Vorschrift des § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG erfolgt. Bei dem protokollierten Hinweis ist aber ersichtlich nur versehentlich Ziffer 1 statt Ziffer 3 des § 29 Abs. 1 BtMG angegeben worden. Dies ergibt sich aus dem unmittelbar vorangegangenen Hinweis auf die Möglichkeit einer Verurteilung wegen Besitzes von Betäubungsmitteln. Da ausweislich der Sitzungsniederschrift sogar auf die Verlesung der - nach dem rechtlichen Hinweis in Betracht kommenden - Vorschrift verzichtet worden ist, ist davon auszugehen, dass allen Beteiligten klar war, welche Vorschrift des Betäubungsmittelgesetzes tatsächlich gemeint war. Auf jeden Fall beruht das angefochtene Urteil nicht auf dem Verstoß, da auszuschließen ist, dass sich der Angeklagte anders als geschehen hätte verteidigen können, wenn die zutreffende Ziffer 3 der o. g. Vorschrift zitiert worden wäre.	20
b)	21
Mit den erhobenen Verfahrensrügen eines Verstoßes gegen die §§ 136 Abs. 2, 163 a Abs. 4 S. 2 StPO sowie einer Verletzung des Richtervorbehalts gemäß § 105 Abs. 1 S.1 StPO wendet sich der Rechtsmittelführer gegen die Verwertung der bei der Durchsuchung seines Zimmer aufgefundenen Drogen. Diese Verfahrensrügen sind daher nicht geeignet, den Schuldausspruch wegen des Besitzes der im Rucksack befindlichen Betäubungsmittel zu Fall zu bringen.	22
2.)	23
Der Schuldausspruch ist auch in materiellrechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden. Zwar wird nicht ausdrücklich dargelegt, worauf das Amtsgericht seine Überzeugung stützt, dass es	24

sich bei den im Rucksack vorgefundenen Drogen um Marihuana gehandelt hat. Da in den Urteilsgründen aber ausgeführt wird, dass Drogenproben zwecks Untersuchung zum Labor gegeben worden sind, ist davon auszugehen, dass die Feststellungen zu der Drogeneigenschaft und den Arten der Drogen auf Berichten dieses Labors beruhen. Im Übrigen hatte der Polizeibeamte und Zeuge T nach den Urteilsausführungen starken Cannabisgeruch bei dem Angeklagten wahrgenommen und offensichtlich aufgrund dieses - bekanntermaßen charakteristischen - Geruches die in einem Etui und in 2 Klemmverschlusstüten vorgefundenen Substanzen als Marihuana identifiziert.

Angaben zu dem Wirkstoffgehalt waren für den Schuldausspruch nicht erforderlich, da das Amtsgericht von Drogenmengen, die unterhalb der Grenze zur "nicht geringen Menge" liegen, ausgegangen ist. 25

II. 26

Gegenüber dem Rechtsfolgenausspruch greift dagegen die erhobene Verfahrensrüge eines Verstoßes gegen den Richtervorbehalt gemäß Art. 13 Abs. 2 GG, § 105 Abs. 1 S. 1 StPO durch. Dieser Verstoß führt dazu, dass die bei der Durchsuchung des Zimmers des Angeklagten nach den Urteilsfeststellungen vorgefundenen weiteren Drogen nicht als Beweismittel gegen den Angeklagten verwendet werden dürfen. Vielmehr greift insoweit ein Verwertungsverbot ein. Infolge dessen konnte der Rechtsfolgenausspruch, bei dem auch der Besitz der bei dieser Durchsuchung entdeckten Betäubungsmittel berücksichtigt worden ist, keinen Bestand haben. 27

1.) 28

Die Rüge der Verletzung des Richtervorbehaltes gemäß Art. 13 Abs. 2 GG; § 105 Abs. 1 S. 1 StPO wird darauf gestützt, dass nach den Urteilsfeststellungen Polizeikommissar T nach Rücksprache mit der Leitdienststelle, die Kontakt zum Eildienstdezernenten der Staatsanwaltschaft aufgenommen hatte, aufgrund "Gefahr im Verzug" die Durchsuchung des Zimmers, welches der Angeklagte in der Wohnung seiner Eltern in Q bewohnt, angeordnet hat und dass nach den weiteren Feststellungen der amtsgerichtliche Eildienst zum Zeitpunkt dieser Anordnung um 1.00 Uhr bereits beendet war und ein solcher zur fraglichen Uhrzeit auch - was hinlänglich bekannt ist – im Landgerichtsbezirk Bielefeld nicht eingerichtet ist. 29

Der Revisionsführer macht geltend, dass es im Landgerichtsbezirk Bielefeld, der einer der größten Landgerichtsbezirke im Bereich des Oberlandesgerichts Hamm darstelle und zu dem zehn Amtsgerichte gehörten, erforderlich sei, dass zu jeder Tages- und Nachtzeit ein Bereitschaftsrichter erreichbar sei. Der Umstand, dass zur Tatzeit gegen 1.00 Uhr morgens ein richterlicher Eildienst überhaupt nicht vorhanden gewesen sei, stelle einen organisatorischen Mangel dar, der zu Rechtswidrigkeit der durchgeführten Zimmerdurchsuchung führe und eine Nichtverwertbarkeit der dabei sichergestellten Gegenstände nach sich ziehen müsse. 30

2.) 31

Die Rüge ist in der gemäß § 344 II S. 2 StPO gebotenen Form erhoben worden. 32

a) 33

Unschädlich ist, dass mit der Revision kein Zahlenmaterial über den tatsächlichen Anfall von Maßnahmen im Landgerichtsbezirk Bielefeld zur Nachtzeit im Sinne des 34

§ 104 Abs. 3 StPO, für die der Richtervorbehalt gilt, vorgetragen worden ist. Denn solches Zahlenmaterial war für den Revisionsführer nicht zugänglich. Öffentlich zugängliches statistisches Material lag hierzu nämlich nicht vor. Zum notwendigen Revisionsvorbringen gehören aber nur solche Umstände, die dem Revisionsführer allgemein oder als Verfahrensbeteiligtem zugänglich sind (vgl. Senatsbeschluss vom 07.11.2001 - 3 Ss 426/01 - BeckRS 2001, 30217446; BGH NJW 1979, 1052; NJW 1980, 951). Dies traf aber weder auf die Erhebungen der Justizverwaltung noch auf das polizeiliche Zahlenmaterial zu, das der Senat angefordert hat. 35

b) 36

Weiterhin ist auch vorgetragen worden, dass in der Hauptverhandlung vor dem Amtsgericht Minden einer Verwertung der Durchsuchungsbefunde nach der Vernehmung des Zeugen T und vor Durchführung der weiteren Beweisaufnahme und damit rechtzeitig, d. h. bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl., § 136 Rdnr. 25) widersprochen worden ist. 37

c) 38

Allerdings ist in der Revisionsbegründung nicht erörtert worden, dass in dem Durchsuchungsprotokoll angekreuzt worden ist, dass der Angeklagte der Durchsuchung zugestimmt hat. Für einen erschöpfenden Vortrag kann unter Umständen die Angabe erforderlich sein, dass eine bestimmte Tatsache nicht geschehen ist, die der erhobenen Verfahrensrüge den Boden entziehen würde (Meyer-Goßner, a.a.O. § 344 Rdnr. 24 m.w.N.). Im vorliegenden Verfahren ließen aber bereits die Umstände, dass der Angeklagte nach dem polizeilichen Sachverhaltsbericht vor der Durchsuchung vorläufig festgenommen worden war, die Durchsuchung wegen Gefahr im Verzug ausdrücklich angeordnet worden ist und der Zeuge T nach den Urteilsfeststellungen vor der Durchsuchung über seine Leitdienststelle versucht hat, den zuständigen Eildezernenten der Staatsanwaltschaft zu erreichen, ein Einverständnis des Angeklagten mit der Durchsuchung als sehr fernliegend erscheinen. 39

Diese Annahme wurde in der Hauptverhandlung vor dem Senat durch die Angaben des Zeugen T und des Angeklagten bestätigt. Danach ist eine ausdrückliche und unmissverständliche Zustimmung des Angeklagten mit der Maßnahme der Durchsuchung seines Zimmers nicht erklärt worden. Vielmehr hat der Angeklagte den Eingriff lediglich hingenommen und sich nur insoweit kooperativ gezeigt, als er die Tür zum Haus seiner Eltern vor der Durchsuchung aufgeschlossen hat, nachdem die Polizeibeamten ihn vor die Wahl gestellt hatten, dies zu tun oder das Öffnen der Tür durch einen Schlüsseldienst ausführen zu lassen. Möglicherweise sollte dieses Verhalten des Angeklagten durch das Eintragen des Kreuzes protokolliert werden, oder es ist lediglich versehentlich eingetragen worden. 40

3.) 41

Die somit zulässige Verfahrensrüge ist auch begründet. 42

a) 43

Das Vorbringen des Revisionsführers zu dem erhobenen Widerspruch gegen eine Verwertung der Durchsuchungsbefunde wird durch eine entsprechende Protokollierung in der Sitzungsniederschrift des Amtsgerichts Minden vom 18.03.2008 bewiesen. 44

b) 45

Die Durchsuchung des Zimmer des Angeklagten ist unter Verstoß gegen den Richtervorbehalt gemäß Art. 13 Abs. 2 GG, § 105 Abs. 1 S. 1 StPO erfolgt und daher rechtswidrig.	46
Eine Durchsuchung greift schwerwiegend in die durch Art. 13 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützte persönliche Lebenssphäre ein. Dem Gewicht dieses Eingriffs und der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Schutzes der räumlichen Privatsphäre entspricht es, dass Art. 13 Abs. 2, 1. Halbs. GG die Anordnung einer Durchsuchung grundsätzlich dem Richter vorbehält. Der Richtervorbehalt zielt auf eine vorbeugende Kontrolle der Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz ab. Das Grundgesetz geht davon aus, dass Richter aufgrund ihrer persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit und ihrer strikten Unterwerfung unter das Gesetz (Art. 97 GG) die Rechte der Betroffenen im Einzelfall am besten und sichersten wahren können.	47
Art. 13 GG verpflichtet alle staatlichen Organe, dafür Sorge zu tragen, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird. Defiziten der Wirksamkeit müssen sowohl die Gerichte - die einzelnen Ermittlungsrichter ebenso wie die für die Bestellung der Ermittlungsrichter und die Geschäftsverteilung zuständigen Präsidien (§ 21 e Abs. 1 Satz 1 GVG) - als auch die Strafverfolgungsbehörden entgegenwirken. Zudem sind die für die Organisation der Gerichte und für die Rechtsstellung der dort tätigen Ermittlungsrichter zuständigen Organe der Länder und des Bundes aus Art. 13 GG gehalten, die Voraussetzungen für eine tatsächlich wirksame präventive richterliche Kontrolle zu schaffen (BVerfGE 103, 142 m. w. N).	48
Aus der Regelzuständigkeit des Richters gemäß Art. 13 Abs. 2 GG folgt die verfassungsrechtliche Verpflichtung der Gerichte, die Erreichbarkeit des Ermittlungsrichters, auch durch die Einrichtung eines Not- oder Eildienstes, zu sichern (vgl. BVerfG a.a.O.; BVerfG, Beschluss vom 10.12.2003 – 2 BvR 1481/02 – BeckRS 2004, 20405). Dies gilt grundsätzlich auch für die Nachtzeit im Sinne des § 104 Abs. 3 StPO, wenn dies zur Wahrung der Regelzuständigkeit erforderlich ist.	49
Dies bedeutet jedoch nicht, dass auch zur Nachtzeit im Sinne des § 104 Abs. 3 StPO unabhängig vom konkreten Bedarf stets ein richterlicher Eildienst zur Verfügung stehen müsste (vgl. BVerfG a.a.O.; BVerfG, NJW 2002, S. 3161, 3162, unter Hinweis auf BVerfGE 103, 142, 146). Vielmehr ist ein nächtlicher Bereitschaftsdienst des Ermittlungsrichters von Verfassungs wegen erst dann gefordert, wenn hierfür ein praktischer Bedarf besteht, der über den Ausnahmefall hinausgeht (BVerfG a.a.O., BeckRS 2004, 20405). Einen solchen Ausnahmefall hat das Bundesverfassungsgericht in der vorgenannten Entscheidung für das Land Brandenburg angenommen, in dem es landesweit zwischen den Monaten September und Januar nur vereinzelt und in dem darauf folgenden Halbjahr nur zu einer weiteren nächtlichen Durchsuchung gekommen ist. Als notwendig im Sinne der vorgenannten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ist die Einrichtung eines nächtlichen richterlichen Eildienst jedenfalls dann anzusehen, wenn andernfalls die Regelzuständigkeit des Richters für die Anordnung von Maßnahmen, für die der Richtervorbehalt gilt, nicht mehr gewahrt ist.	50
Dies trifft auf den Landgerichtsbezirk Bielefeld zur Tatzeit zu.	51
Wie gerichtsbekannt ist, wurde und wird der richterliche Bereitschaftsdienst für den gesamten Landgerichtsbezirk Bielefeld nach § 22 c GVG i. V. m. § 2 der Verordnung über die Zusammenfassung von Geschäften des Bereitschaftsdienstes bei den Amtsgerichten des Landes Nordrhein-Westfalen vom 23.09.2003 durch das Amtsgericht Bielefeld	52

wahrgenommen, und zwar an allen Tagen für den Zeitraum von 6.00 Uhr morgens bis abends um 21.00 Uhr. Um die Erforderlichkeit der Einrichtung eines darüber hinaus gehenden nächtlichen Bereitschaftsdienstes zu überprüfen, hat der Senat beim Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen, beim Polizeipräsidium C und bei den Kreispolizeibehörden H, N und I um Auskunft über die Anzahl von Wohnungsdurchsuchungen sowie sonstiger Maßnahmen, für die der Richtervorbehalt gilt, und die zur Nachtzeit während der Jahre 2006 bzw. 2007 bis 2008 durchgeführt worden sind, gebeten.

Spezielles Zahlenmaterial betreffend die Anzahl nächtlicher Durchsuchungen konnte mangels entsprechender Erhebungen nicht erlangt werden. 53

Der Zeuge O vom Polizeipräsidium C konnte jedoch die Anzahl der in den vergangenen 3 Jahren dort teils digital (für die Jahre 2007 und 2008) abrufbaren und teils in einem dort geführten Blutbuch (für das Jahr 2006) aufgezeichneten nächtlichen Blutprobenanordnungen angeben. Allein die Anzahl dieser Maßnahmen belief sich im Jahr 2006 auf 486 Fälle, im Jahr 2007 auf 429 Fälle und im Jahr 2008 auf 488 Fälle. Daraus errechnet sich ein Durchschnitt von 1,33 Fälle/pro Tag für das Jahr 2006 und von 1,17 Fälle/pro Tag für das Jahr 2007 allein im Bezirk des Polizeipräsidiums C. Nach Mitteilung des Landrates der Kreispolizeibehörde H vom 03.08.2002 wurden im dortigen Bezirk im Jahre 2007 345 und im Jahre 2008 454 Blutproben zur Nachtzeit angeordnet, so dass sich für nur zwei Polizeibezirke (Kreis H und Stadt C allein an Blutentnahmen im Jahre 2007 774 Fälle (= 2,12 Fälle/pro Tag) ergeben. 54

Hinzuzurechnen wären noch die Fälle weiterer dem Richtervorbehalt unterliegender Maßnahmen wie z. B. nächtliche Durchsuchungen, sowie die Anzahl nächtlicher Maßnahmen, für die der Richtervorbehalt gilt und die in den Kreisbezirken I und N - die Landräte der Kreispolizeibehörden dieser Landkreise konnten mangels entsprechender Erhebungen kein Zahlenmaterial liefern – angefallen sind, so dass in dem hier maßgeblichen Jahr 2007 durchaus von einer Anzahl von ca. 900 bis sogar zu 1000 Fällen auszugehen ist, für die der Richtervorbehalt galt. Unter Berücksichtigung dieses Zahlenmaterials bestand und besteht – für das Jahr 2008 ergeben sich nur für die Bezirke des Polizeipräsidiums C und der Kreispolizeibehörde H allein an Blutprobenanordnungen 942 Fälle (= 2,58 Fälle/pro Tag) - unzweifelhaft eine Notwendigkeit für die Einrichtung eines richterlichen Bereitschaftsdienstes auch zur Nachtzeit im Sinne des § 104 Abs. 3 StPO im Landgerichtsbezirk Bielefeld. Der Umstand, dass sich das verwendete Zahlenmaterial nur auf angeordnete Blutentnahmen, nicht aber speziell auf Wohnungsdurchsuchungen bezieht, gibt keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung. Denn insoweit findet auch nach dem Gesetz in Bezug auf die Zuständigkeit des Ermittlungsrichters keine Differenzierung nach der Art der Maßnahme statt. Vielmehr ist dieser für sämtliche unter den Richtervorbehalt fallende Maßnahmen im Ermittlungsverfahren zuständig. Dies gilt auch für den den Bereitschaftsdienst wahrnehmenden Richter des Amtsgerichts Bielefeld, der nach dem Geschäftsverteilungsplan des Landgerichts Bielefeld für den Bereitschaftsdienst im Landgerichtsbezirk Bielefeld während der Dauer dieses Dienstes für die Vornahme (aller) unaufschiebbaren Amtshandlungen zuständig ist. 55

Dem Umstand, dass das Zahlenmaterial über nächtliche Blutentnahmen nicht zwischen solchen Maßnahmen, die mit Einwilligung des Betroffenen erfolgten, und solchen, die angeordnet werden mussten, unterscheidet, kommt schon deshalb kein maßgebliches Gewicht für die Beurteilung der Erforderlichkeit eines nächtlichen richterlichen Eildienstes zu, da eine einmal erteilte Einwilligung widerrufen werden kann. Hinzu kommt, dass es bei Betroffenen, die erheblich unter der Einwirkung von Alkohol oder Drogen stehen, häufig 56

schwierig sein wird, zu beurteilen, ob diese überhaupt noch in der Lage sind, wirksam ihr Einverständnis zu erteilen.

Der Senat hat keinen Grund gesehen, die Richtigkeit der von dem Zeugen O getätigten und der in der schriftlichen Auskunft des Landrates der Kreispolizeibehörde H vom 03.08.2009 enthaltenen Angaben in Zweifel zu ziehen. Das durch den Zeugen L mitgeteilte Zahlenmaterial, dem Erhebungen im Auftrag des Justizministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen zugrunde liegen, gibt dazu keinen Anlass, und zwar schon deshalb nicht, weil es ausschließlich den Zeitraum von August bis September 2004 betrifft. Abgesehen davon vermittelt dieses Zahlenmaterial auch kein zutreffendes Bild in Bezug auf die damalige Situation, wie nachfolgend noch ausgeführt wird. 57

4. 58

Der Verstoß gegen den Richtervorbehalt gemäß Art. 13 Abs. 2 GG, § 105 Abs. 1 S. 1 StPO führt hier zu einem Verwertungsverbot. 59

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen bei Missachtung des sich aus Art. 13 Abs. 2 GG, § 105 Abs. 1 S. 1 StPO ergebenden Richtervorbehalts ein Verwertungsverbot hinsichtlich der bei der Wohnungsdurchsuchung aufgefundenen Beweismittel anzunehmen ist, ist gesetzlich nicht geregelt. Ein allgemein geltender Grundsatz, dass jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht, ist dem Strafverfahrensrecht fremd (BGH NJW 2007, 2269; NJW 1999, 959). Die Frage, ob ein Verwertungsverbot eingreift, beurteilt sich nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung jeweils nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes. Hierüber ist unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden. Dabei muss beachtet werden, dass die Annahme eines Verwertungsverbots, auch wenn die Strafprozessordnung nicht auf Wahrheitserforschung "um jeden Preis" gerichtet ist, eines der wesentlichen Prinzipien des Strafverfahrensrechts einschränkt, 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. Daran gemessen bedeutet ein Beweisverwertungsverbot eine Ausnahme, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist. Maßgeblich mit beeinflusst wird das Ergebnis der demnach vorzunehmenden Abwägung vom Gewicht des in Frage stehenden Verfahrensverstoßes. Dieses wird seinerseits wesentlich von der Bedeutung der im Einzelfall betroffenen Rechtsgüter bestimmt (BVerfG NJW 2008, 3053; BGH NJW 2007, 2269; Senatsbeschluss vom 12.03.2009 - 3 Ss 31/09 – BeckRS 2009, 10313 und juris, m.w.N.). 60

Für Fälle fehlerhafter Wohnungsdurchsuchungen wird in der Rechtsprechung ein Verwertungsverbot weitgehend anerkannt, falls der Richtervorbehalt bewusst umgangen worden ist. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes wird bei willkürlicher Annahme von Gefahr im Verzug oder bei Vorliegen eines besonders schwerwiegenden Fehlers ein Verwertungsverbot für notwendig gehalten (BGH NJW 2007, 2269 m.w.N.; BGH, BGHR StPO § 105 Abs. 1 Durchsuchung 4). 61

Bei der hier vorzunehmenden Abwägung auf der Grundlage der vorgenannten Kriterien ist zu berücksichtigen, dass aufgrund des von den Polizeibeamten bei dem Angeklagten festgestellten starken Haschischgeruches, der im Rucksack vorgefundenen Drogen und insbesondere aufgrund der Menge des ebenfalls dort entdeckten Verpackungsmaterials der begründeten Verdacht des Handelns mit Betäubungsmitteln gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG und infolgedessen nach kriminalistischer Erfahrung eine hohe Auffindungswahrscheinlichkeit 62

in Bezug auf Drogen bestand (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 242). Dem durch das Betäubungsmittelstrafrecht geschützte Rechtsgut, nämlich die Gesundheit sowohl des Einzelnen wie auch der Bevölkerung im Ganzen vor den von Betäubungsmitteln ausgehenden Gefahren zu bewahren, sowie dessen weiterer Zielsetzung, das soziale Zusammenleben in einer Weise zu gestalten, die es von sozialschädlichen Wirkungen des Umgangs mit Drogen freihält (vgl. BVerfG NJW 2004, 3620), kommen ein erhebliches Gewicht zu, auch wenn der Verdacht des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln sich auf sogenannte "weiche Drogen" bezog. Zudem sollte die Durchsuchung nicht nur der Auffindung von Beweismitteln dienen, sondern mit ihr wurde ersichtlich auch der Zweck verfolgt, etwaige vorgefundene Betäubungsmitteln sicherzustellen, bevor sie in den Verkehr gelangen und eine schädigende Wirkung erzeugen könnten. Zu berücksichtigen ist außerdem, dass davon auszugehen ist, dass eine richterliche Durchsuchungsanordnung bei Erreichen eines Eildienstrichters erwirkt worden wäre. Es lagen nämlich nicht nur die Voraussetzungen des § 102 StPO für eine Wohnungsdurchsuchung bei einem Tatverdächtigen – insoweit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden – vor, sondern auch die Voraussetzungen für eine Durchsuchung zur Nachtzeit gemäß § 104 Abs. 1 StPO. Im Falle der Freilassung des auf frischer Tat betroffenen Angeklagten bestand nämlich die Gefahr eines drohenden Beweisverlustes durch die Vernichtung etwaiger in der Wohnung befindlicher Drogen. Bei einer Abwägung gegen 1.00 Uhr morgens zwischen einer Festnahme des Angeklagten bis 6.00 Uhr morgens oder einer Anordnung der Durchsuchung zur Nachtzeit beinhaltete die letztere Maßnahme einen geringeren Eingriff in die Rechte des Angeklagten.

Zu berücksichtigen ist schließlich, dass der Polizeibeamte T als Ermittlungsperson der Staatsanwaltschaft grundsätzlich, wenn auch nur nachrangig, nämlich bei Gefahr im Verzug, zur Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung befugt war, und dass damit der Verstoß gegen den Richtervorbehalt etwas geringer wiegt, als es der Fall gewesen wäre, wenn ihm als Polizeibeamter gesetzlich keinerlei Anordnungscompetenz zugestanden hätte. 63

Andererseits ist aber die besondere Bedeutung des verfassungsrechtlichen Richtervorbehalts bei Wohnungsdurchsuchungen zu bedenken, die dem Umstand Rechnung trägt, dass eine Durchsuchung gravierend in die durch Art. 13 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützte Unverletzlichkeit der Wohnung eingreift. Das angenommene Verwertungsverbot beruht maßgebend auf einer fehlerhaften Missachtung des Richtervorbehalts durch die Justizverwaltung. Sie ist ihrer aus Art. 13 GG resultierenden Verpflichtung, dafür Sorge zu tragen, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird (vgl. BVerfGE 103, 142), allenfalls bruchstückhaft nachgekommen und hat aus diesem Grunde die Notwendigkeit eines richterlichen Eildienstes auch für die Nachtzeit im Landgerichtsbezirk Bielefeld nicht erkannt und demgemäß dessen Einrichtung versäumt. 64

Die Notwendigkeit der Einrichtung eines nächtlichen Bereitschaftsdienstes hätte durch die Justizverwaltung unschwer festgestellt werden können, wie die Ermittlungen des Senats im vorliegenden Verfahren gezeigt haben. So hätten bei den Staatsanwaltschaften bzw. über diese bei den Polizeibehörden Erhebungen über die Anzahl von Wohnungsdurchsuchungen, Blutprobenentnahmen und sonstiger unter den Richtervorbehalt fallender Maßnahmen, die zur Nachtzeit in Nordrhein-Westfalen, insbesondere im Landgerichtsbezirk Bielefeld angefallen sind, durchgeführt und ausgewertet werden können. 65

Zwar hat das Justizministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen aus Anlass der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10.12.2003 – 2 BvR 1481/02 – nach Aussage des Zeugen L durch Erlass vom 22.06.2004 bei den Generalstaatsanwälten in Köln, 66

Düsseldorf und Hamm um Berichterstattung darüber gebeten, wie viele Fälle bei allen Staatsanwaltschaften in der Zeit vom 01.08. bis zum 31.12.2004 zwischen 21:00 und 6:00 Uhr angefallen waren, für die, wären sie zwischen 6:00 und 21:00 Uhr angefallen, die Regelzuständigkeit der Ermittlungsrichterin bzw. des Ermittlungsrichters gegeben und eine richterliche Entscheidung herbeigeführt worden wäre.

Schon diese Fragestellung war aber nicht eindeutig und das sodann erlangte Zahlenmaterial war nicht plausibel und hätte Anlass zu weiteren Nachfragen geben müssen. 67

Die erfolgte Fragestellung war bereits insoweit nicht eindeutig, als offen blieb, ob alle in dem Geschäftsbereich einer Staatsanwaltschaft angefallenen und dem Richtervorbehalt unterliegenden Maßnahmen – also auch durch die Polizei angeordnete Maßnahmen - oder nur diejenigen Maßnahmen gemeint waren, die – etwa über die Polizei - zur Kenntnis der jeweiligen Staatsanwaltschaft gelangt bzw. von dieser selbst angeordnet worden waren. Ebenso blieb nach der Fragestellung offen, ob nach unter den Richtervorbehalt fallende Maßnahmen zur Nachtzeit gefragt worden war, die tatsächlich durchgeführt worden waren, oder auch nach solchen Maßnahmen, für die der Richtervorbehalt zwar galt, die aber mangels des Bestehens eines richterlichen Bereitschaftsdienstes über 21.00 Uhr hinaus nicht angeordnet worden waren. Weder von Seiten der drei Generalstaatsanwälte noch durch die beteiligten Staatsanwaltschaften ist aber die Fragestellung des Justizministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen hinterfragt worden. Die durch die einzelnen Staatsanwaltschaften mitgeteilten Fallzahlen wurden über die Leitenden Oberstaatsanwälte, wie sich aus Kopien dieser Berichte ergibt, die durch die Sitzungsvertreterin der Generalstaatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung vor dem Senat überreicht worden sind, an die Generalstaatsanwälte weitergeleitet, die die Fallangaben ohne weiteren Kommentar und entsprechend der Auftragserteilung des Ministeriums lediglich aufgeschlüsselt nach Fallzahlen pro Monat an das Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen weitergaben, obwohl die Berichte der Leitenden Oberstaatsanwälte zum Teil einer Erläuterung bedurft hätten bzw. erkennen ließen, dass die Fragestellung durch das Justizministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen unterschiedlich verstanden worden war. So wird in dem Bericht der Leitenden Oberstaatsanwältin F vom 11.01.2005 mitgeteilt, man habe die Formulierung des Erlasses "alle Fälle, für dieeine richterliche Entscheidung herbeigeführt worden wäre" so verstanden, dass Anordnungen zu Maßnahmen gemäß § 81 a, 132 StPO nicht zu erfassen waren. Durch den Leitenden Oberstaatsanwalt E wurde unter dem 06.01.2005 mitgeteilt, dass in dem Berichtszeitraum Fälle, die einen nächtlichen Bereitschaftsdienst der Ermittlungsrichterinnen bzw. Ermittlungsrichter erforderlich gemacht hätten, nicht angefallen seien. Bei diesem Bericht bleibt offen, ob tatsächlich zur Nachtzeit keine unter die Regelzuständigkeit des Ermittlungsrichters fallenden Maßnahmen angefallen sind, oder ob es solche Fälle zwar gegeben hat, die Inanspruchnahme eines Richters aber nicht für erforderlich gehalten wurde. Unklar bleibt auch in dem Bericht der Leitenden Oberstaatsanwältin E vom 06.01.2005, welche Fälle gemeint sind, wenn darin ausgeführt wird, es habe 4 Fälle gegeben, in denen eine richterliche Anordnung hätte eingeholt werden **können**, wenn ein Richter erreichbar gewesen wäre. Für den Zeitraum August bis Dezember 2004 wurden von der Generalstaatsanwaltschaft in Hamm insgesamt 116 Fälle, von der Generalstaatsanwaltschaft in Düsseldorf insgesamt 21 Fälle und von der Generalstaatsanwaltschaft in Köln insgesamt 2 Fälle mitgeteilt. Durch das Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen wurde aus der hieraus gebildeten Summe von 139 Fällen ein Durchschnitt von 27,8 Fälle pro Monat und unter Berücksichtigung der Gesamtanzahl von 130 Amtsgerichten in Nordrhein-Westfalen ein Durchschnitt von 0,21 Fall je Amtsgericht und Monat errechnet und auf dieser Basis ein über 21.00 Uhr hinausgehender richterlicher Bereitschaftsdienst nicht für erforderlich gehalten, ohne dass das übersandte Zahlenmaterial 68

oder die konkrete Methode der Beschaffung des Zahlenmaterials hinterfragt worden waren. Dies geschah auch nicht, nachdem vorsorglich, da sich für den Bezirk der Staatsanwaltschaft C die höchsten Fallzahlen ergeben hatten (August 2004: 26 Fälle, September: 15 Fälle, Oktober/November/Dezember: je 6 Fälle) im Bezirk der Generalstaatsanwaltschaft in Hamm eine Aufschlüsselung auf die einzelnen Staatsanwaltschaften vorgenommen worden war, wonach wiederum für den Bezirk der Staatsanwaltschaft F die Fallanzahl mit "Null" angegeben worden war. Auf jeden Fall hätte dieser auffällige Umstand das Justizministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen zu Rückfragen veranlassen müssen, da es kaum vorstellbar ist, dass in einer Großstadt wie F während eines halben Jahres des Nachts keinerlei Maßnahmen angefallen sein sollen, für die die Regelzuständigkeit des Ermittlungsrichters gegeben gewesen wäre. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass die Einschätzung im Jahre 2005, dass die Einrichtung eines nächtlicher richterlichen Eildienstes nicht erforderlich sei, auf nicht plausiblen Zahlenmaterial beruhte, bei dem unklar geblieben war, unter welcher Prämisse es durch die einzelnen Staatsanwaltschaften ermittelt worden war und welche konkreten Fälle von diesen tatsächlich erfasst worden waren, und das deshalb für die vorzunehmende Beurteilung eine erkennbar unzulängliche Grundlage darstellte. Bereits diese Vorgehensweise der Justizverwaltung wurde der Bedeutung des Richtervorbehalts in keiner Weise gerecht. Darüber hinaus sind von Seiten der Justizverwaltung, wie sich aus der Aussage des Zeugen L ergeben hat, über die einmalige Datenerhebung im Jahre 2004 hinaus, keine weiteren Überprüfungen dahingehend vorgenommen worden, ob der bestehende richterliche Bereitschaftsdienst zur Wahrung des Richtervorbehaltes ausreicht.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die erstmals 2004 veröffentlicht worden ist, ist ein nächtlicher richterlicher Bereitschaftsdienst einzurichten, sobald nächtliche Maßnahmen, für deren Anordnung der Richtervorbehalt gilt, nicht nur im Ausnahmefall anfallen. Angesichts dessen hätte durch die Justizverwaltung in regelmäßigen Abständen kontrolliert werden müssen, ob ein solcher Eildienst im Bezirk des Landgerichts Bielefeld erforderlich ist. Dies ist aber seit 2004 nicht geschehen, obwohl das damals verwendete Zahlenmaterial unzureichend und ergänzungsbedürftig war und aktuelles Zahlenmaterial jedenfalls in Bezug auf zur Nachtzeit angefallene Blutentnahmen unschwer über die Polizei oder die Staatsanwaltschaften hätte besorgt werden können. Eine einmalige Überprüfung im Jahre 2004 reichte angesichts der Bedeutung des Richtervorbehalts nicht aus und kommt seiner Missachtung gleich. Wie der Senat bereits in seinem Beschluss vom 12.03.2009 – 3 Ss 31/09 – (BeckRS 2009, 10313) ausgeführt hat, handelt es sich bei der Entwicklung der Rechtsprechung zum Richtervorbehalt nicht mehr um eine ganz junge Entwicklung. Vielmehr ist die Bedeutung, die das Bundesverfassungsgericht dem Richtervorbehalt grundsätzlich beimisst, mindestens mit der Entscheidung vom 20.02.2001 (NJW 2001, 1121) deutlich geworden. Angesichts dessen kann der oben geschilderte, sich nunmehr bereits über mehrere Jahre erstreckende Umgang der Justizverwaltung mit dem Richtervorbehalt nicht nur als ein einmaliges Versagen in der Organisation der Justizverwaltung eingestuft werden, sondern ist als eine grobe Fehlbeurteilung und nicht mehr vertretbare Missachtung der Bedeutung des Richtervorbehalts anzusehen, die zu der schwerwiegenden Folge führte, dass die zur Wahrung des Richtervorbehaltes auf jeden Fall im Jahre 2007 objektiv erforderliche Einrichtung eines nächtlichen richterlichen Bereitschaftsdienstes unterblieb.

69

Insbesondere auch unter Berücksichtigung des besonderen Gewichts des verfassungsrechtlich angeordneten Richtervorbehalts bei Wohnungsdurchsuchungen führt dessen gröbliche Verletzung durch die Justizverwaltung zu einem Verwertungsverbot. Angesichts der sich über mehrere Jahre erstreckenden Untätigkeit der Justizverwaltung trotz Kenntnis der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Bedeutung des

70

Richtervorbehalts und der Tatsache, dass ein richterlicher Eildienst zur Nachtzeit im Landgerichtsbezirk Bielefeld spätestens im Jahre 2006, wahrscheinlich aber bereits im Jahre 2005 hätte errichtet werden müssen - bis dahin wäre es der Justizverwaltung problemlos möglich gewesen, die erforderlichen Erhebungen durchzuführen und daraus die notwendigen Konsequenzen zu ziehen - konnte auch nicht mehr von einem Verwertungsverbot abgesehen und statt dessen zunächst eine angemessene Übergangsfrist zur Einrichtung des erforderlichen nächtlichen Bereitschaftsdienstes abgewartet werden.

5. 71

Durch die infolge des Verwertungsverbotes fehlerhafte Verwertung der bei der Zimmerdurchsuchung vorgefundenen Betäubungsmittel wird der Angeklagte auch beschwert, da der Besitz dieser Drogen bei der Strafzumessung zu seinen Lasten berücksichtigt worden ist. 72

III. 73

Da die Verfahrensrüge der Nichtbeachtung des Richtervorbehaltes begründet ist, bedurfte es keiner Erörterung der mit Revision nur hilfsweise für den Fall, dass die oben vorgenannte Verfahrensrüge nicht durchgreifen sollte, geltend gemachten Verfahrensrüge einer Verletzung von § 105 Abs. 1 S. 1 2. Halbs. StPO, weil die Voraussetzungen für die Annahme von "Gefahr im Verzug" nicht erfüllt gewesen seien. Abgesehen davon erübrigte sich auch deshalb eine weitere Prüfung dieser Rüge, weil sie dem Rechtsmittel zu keinem weitergehenden Erfolg hätte verhelfen können. Das Gleiche gilt für die weitere Verfahrensrüge eines Verstoßes gegen die §§ 136 Abs. 2 S. 2, 163 a Abs. 4 S. 2 StPO. Auch insoweit konnte daher dahingestellt bleiben, ob diese Rüge durchgreift. 74

IV. 75

Im Umfang der Aufhebung war das angefochtene Urteil zu erneuter Verhandlung und Entscheidung an eine andere Abteilung des Amtsgerichts Minden zurückzuverweisen. Für eine Verweisung des Verfahrens an ein anderes Amtsgericht hat der Senat keinen Anlass gesehen. 76