

Durchsuchung und Beschlagnahme

Park

5. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-75805-8
C.H.BECK

wenn Verfahrensvorschriften von den Ermittlungsbehörden bewusst missachtet werden.¹⁰⁵⁰ Ein solcher eklatanter Verstoß gegen den Grundsatz des fair trial kann in einem Rechtsstaat keinesfalls hingenommen werden. In diesem Fall bedarf es keiner Abwägung mehr. Des Weiteren ist die Frage nach der hypothetischen Erlangung der gesuchten Beweismittel häufig im Nachhinein nicht mehr eindeutig, sondern nur noch auf der Grundlage spekulativer Überlegungen zu beantworten, was im Interesse der gebotenen Rechtssicherheit und -klarheit fragwürdig ist. Darüber hinaus resultiert aus der mit der Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe verbundenen Abwägung niemals ein eindeutiges Ergebnis. Bzgl. der heterogenen Abwägungsparameter¹⁰⁵¹ existiert keine gemeinsame „Währung“, die in einen Abwägungsprozess eingebracht und aufgrund deren Fehlens kein eindeutiges Abwägungsergebnis ausgeworfen werden kann.¹⁰⁵² Zudem zeugt bereits der Streit über den Maßstab der vom Gericht zu treffenden Prognoseentscheidung von der Unzuverlässigkeit hypothetischer Ermittlungsverläufe im Rahmen der Abwägung.¹⁰⁵³

Befürwortern der Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe ist ihrer Befürchtung eines Effektivitätsverlustes der Strafverfolgungsbehörden zu entgegnen. Gerade bewusste und gleichgewichtig schwere Rechtsverstöße durch Ermittlungsbeamte können nicht geduldet werden, auch da sie zu einem **Ansehensverlust** des rechtsstaatlichen Ermittlungsverfahrens bei der rechtstreuen Bevölkerung und in letzter Konsequenz zu einem veränderten Anzeige- oder Aussageverhalten führen können. Ganz im Gegenteil ist infolge dieses Vertrauensverlustes ein Effektivitätsverlust zu befürchten.¹⁰⁵⁴ 415

Letztlich überzeugt auch der systematische Vergleich mit der revisionsrechtlichen Beruhensprüfung bei § 337 StPO nicht, nach welcher das Urteil nicht auf dem Rechtsfehler beruht, wenn mit hinreichender Sicherheit feststeht, dass ein rechtsfehlerfreies Verfahren oder eine rechtsfehlerfreie Anwendung materiellen Rechts zu demselben Ergebnis geführt hätte.¹⁰⁵⁵ Im Fall der Feststellung eines Beweisverwertungsverbots stellt sich die Situation anders dar. Nach einer etwaigen Urteilsaufhebung durch das Revisionsgericht besteht in dem erneuten Erkenntnisverfahren noch die Möglichkeit zur Fehlerheilung, während die Entscheidung über das Beweisverwertungsverbot endgültig ist.¹⁰⁵⁶ 416

Den Befürwortern ist zuzugeben, dass die StPO mit § 161 Abs. 3 S. 1 StPO an den Gedanken des hypothetischen Ersatzeingriffs anknüpft.¹⁰⁵⁷ Jedoch ist dieser Anknüpfungspunkt auf die Verwendung von personenbezogenen Daten für Zwecke des Strafverfahrens beschränkt, die nicht aufgrund strafprozessualer Ermächtigungsgrundlagen erlangt worden sind.¹⁰⁵⁸ Im Übrigen ist insoweit die Regelung des § 479 Abs. 2 S. 1 StPO in den Blick zu nehmen. Aufgrund der in ihrer Eingriffsintensität erheblich divergierenden Voraussetzungen repressiver und präventiver Ermächtigungsgrundlagen sollte eine entsprechende strafprozessuale Datenverwendung daher die Ausnahme bleiben. 417

¹⁰⁵⁰ BGH NJW 2007, 2269 = NStZ 2007, 601; Müller/Trurnit StraFo 2008, 144 (149).

¹⁰⁵¹ Vgl. dazu BGHSt 38, 214 (219); BGHSt 47, 172 (179); BGHSt 53, 112 (116).

¹⁰⁵² Heghmanns ZIS 2016, 404 (407); Löffelmann, Wahrheitserforschung, 111; Pelz, Beweisverwertungsverbote, 99.

¹⁰⁵³ Vgl. dazu Rogall NStZ 1988, 385 (392); Schneider NStZ 1984, 276 (277).

¹⁰⁵⁴ Voßkuhle, HdbGR, § 131 Rn. 114 m. Fn. 493.

¹⁰⁵⁵ BGH NStZ-RR 2010, 211 (212); Niemöller NStZ 2015, 489 (491).

¹⁰⁵⁶ Heghmanns ZIS 2016, 404 (411).

¹⁰⁵⁷ BT-Drs. 16/5846, S. 64.

¹⁰⁵⁸ Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler StPO § 161 Rn. 18b.

4. Widerspruch in der Hauptverhandlung erforderlich?

- 418 In seinem Beschluss vom 27.2.1992 hat der 5. Strafsenat des BGH entgegen anhaltender Kritik die sog. Widerspruchslösung etabliert.¹⁰⁵⁹ Darin hat der Senat im Fall einer Verletzung der §§ 136 Abs. 1 S. 2, 163a Abs. 4 S. 2 StPO die Geltendmachung eines unselbstständigen Beweisverwertungsverbots eingeschränkt:
- 419 *„Hat ein Verteidiger des Angeklagten in der Hauptverhandlung mitgewirkt und hat der verteidigte Angeklagte ausdrücklich der Verwertung des Inhalts einer ohne Belehrung zustande gekommenen Aussage zugestimmt, so besteht kein Verwertungsverbot. Dasselbe gilt, wenn der verteidigte Angeklagte einer solchen Verwertung nicht widersprochen hat. Der Widerspruch kann nur bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt erklärt werden. Er muß also spätestens in der Erklärung enthalten sein, die der Angeklagte oder sein Verteidiger im Anschluß an diejenige Beweiserhebung abgibt, die sich auf den Inhalt der ohne Belehrung gemachten Aussage bezieht.“*
- 420 Im gleichen Atemzug hatte der 5. Senat bereits erkannt, dass die Rechte des Angeklagten in unangemessener Weise beeinträchtigt würden, wenn ihm das Recht genommen werde, sich auf ein Verwertungsverbot berufen zu können.¹⁰⁶⁰ Das **Erfordernis eines rechtzeitigen Widerspruchs** soll darüber hinaus auch bei einem unverteidigten Angeklagten angewendet werden, wenn das Gericht den Angeklagten zuvor über die Möglichkeit des Widerspruchs belehrt hat.¹⁰⁶¹ Fehlt es an einem solchen Widerspruch, werden der Einwand der Unverwertbarkeit gegenüber dem Tatgericht und eine spätere Revisionsrüge **präkludiert**.¹⁰⁶² Es handelt sich daher dogmatisch um eine Voraussetzung für die Geltendmachung eines Verwertungsverbots, welche als Ausnahme vom Grundsatz umfassender Wahrheitsermittlung anzusehen ist.¹⁰⁶³ Ob auch die Geltendmachung unselbstständiger Beweisverwertungsverbote wegen Fehlern bei der Durchsuchung oder Beschlagnahme beschränkt sein soll, war zunächst unklar.¹⁰⁶⁴ Diese Beschränkung der Geltendmachung hält der 2. Strafsenat des BGH nunmehr in seinem Urteil vom 6.10.2016 für unvereinbar mit dem Amtsaufklärungsgrundsatz.¹⁰⁶⁵ Aus Sicht des Senats spreche die fehlende Dispositionsmöglichkeit der Verteidigung bei der Erfassung eines Sachbeweises dagegen, die gerade bei der Erfassung eines Personalbeweises bestehe.¹⁰⁶⁶
- 421 *„Seine früheren Angaben kann der Angeklagte aus seiner Erinnerung erläutern und erklären, er kann sie durch eine Sacheinlassung ersetzen oder dementieren; er kann auch aus seiner Sicht die Äußerungssituation, die zur staatlichen Informationsbeschaffung geführt hat, darstellen. Dann aber erscheint es nachvollziehbar, ihm ferner die Disposition über die Verwertbarkeit seiner früheren Angaben zu überlassen. (...) Die Verteidigung darf dem staatlichen Strafverfahren sächliche Beweismittel grundsätzlich nicht entziehen, wenn sie verwertbar und dem hoheitlichen Zugriff ausgesetzt sind. Die Art und Weise der Erlangung solcher Sachbeweise durch die Ermittlungsbehörden, auf die der Beschuldigte keinen Einfluss hat, ist deshalb vom Gericht von Amts wegen aufzuklären, soweit Verfahrensfehler bei diesem Vorgang in Betracht kommen. Auf einen Widerspruch gegen die Beweisverwertung kommt es dafür nicht an.“*

¹⁰⁵⁹ BGH NJW 1992, 1463.

¹⁰⁶⁰ BGH NJW 1992, 1463 (1466).

¹⁰⁶¹ BeckOK StPO/Eschelbach § 257 Rn. 20.2;

¹⁰⁶² OLG Celle NStZ 2014, 118 (119).

¹⁰⁶³ Basdorf NStZ 2017, 367 (370).

¹⁰⁶⁴ Basdorf NStZ 2017, 367 (370); nur andeutend BGH NJW 2007, 2269 (2273).

¹⁰⁶⁵ BGHSt 61, 266 (271) = StV 2017, 707 (709) = NJW 2017, 1332 (1334); dazu Alsberg/Güntge, Beweisanzug, Kap. 5 Rn. 212.

¹⁰⁶⁶ BGHSt 61, 266 (271) = StV 2017, 707 (709) = NJW 2017, 1332 (1334).

Dass der 2. Strafsenat des BGH die Beschränkung der Geltendmachung eines unselbst- 422
ständigen Verwertungsverbots wegen Fehlern bei der Durchsuchung oder Beschlagnahme
aufgegeben hat, ist ausdrücklich zu begrüßen.¹⁰⁶⁷

Unter Berufung auf den Zweck des § 257 Abs. 1 StPO hat der Senat darüber hinaus
den bisher letztmöglichen Zeitpunkt des Widerspruchs aufgehoben.¹⁰⁶⁸

„§ 257 I StPO ist (...) eine Schutzbestimmung zugunsten der Verfahrensbeteiligten, wo- 423
nach ihnen zu den Beweiserhebungen in der Hauptverhandlung jeweils das rechtliche
Gehör zu gewähren ist. Die Änderung des Normgehalts in eine Befristung für eine Prozess-
erklärung zur Herbeiführung eines Beweisverwertungsverbots, das mangels rechtzeitigen
Widerspruchs im gesamten weiteren Instanzenzug präkludiert ist, ergibt sich daraus nicht.“

An dieser Linie hält der 2. Strafsenat weiter fest. Beweisverwertungsverbote seien 424
sowohl im Eröffnungs- und Hauptverfahren wie auch im Revisionsverfahren von Amts
wegen zu berücksichtigen, ohne dass es eines Verwertungswiderspruchs des Angeschul-
digten bzw. Angeklagten bedürfe.¹⁰⁶⁹ Ein mögliches Beweisverwertungsverbot habe im
Rahmen der Revision nicht schon deshalb außer Betracht zu bleiben, weil bereits dessen
Entstehung von einem rechtzeitigen Widerspruch des Angeklagten in der Hauptverhand-
lung abhängig wäre. Denn nach diesem Gedanken hätte ein Verwertungsverbot zum
Zeitpunkt der Entscheidung über die Verfahrenseröffnung noch gar nicht bestehen kön-
nen.¹⁰⁷⁰

Der 5. Senat weicht in einer aktuellen Entscheidung von dieser Sichtweise ab und hält 425
den Widerspruch des Angeklagten in der Hauptverhandlung weiterhin für erforderlich,
wenn dieser in der Revision die Rüge unzulässiger Verwertung von Durchsuchungs-
funden erheben möchte.¹⁰⁷¹ Die gegenständliche Verfahrensrüge war zwar im konkreten
Fall erfolglos, dies war jedoch dem unvollständigen Vortrag des Verteidigers zum Wider-
spruch gegen die Beweisverwertung geschuldet. Der 5. Senat vertritt an dieser Stelle –
konträr zum 2. Strafsenat – die Auffassung, dass die Erhebung eines Widerspruchs auch
bei Beweisverwertungsverböten, die aus Fehlern bei einer Durchsuchung resultieren
sollen, Voraussetzung für eine entsprechende Revisionsrüge sei.¹⁰⁷² Wenn der verteidigte
oder belehrte Angeklagte keinen Widerspruch erhebe, trete für die Revision eine Rü-
gepräklusion ein.¹⁰⁷³ Eine Neuorientierung nimmt der Senat zusätzlich dahingehend vor,
dass er die Begründung des Widerspruchserfordernisses aus dem Gedanken des sub-
sidiären Rechtsschutzes zieht.¹⁰⁷⁴ Dadurch tauscht er die dogmatische Grundlage aus.¹⁰⁷⁵
Diese Argumentation wird durch einen Vergleich zur Beanstandung einer verfahrens-
leitenden Anordnung durch den Vorsitzenden nach § 238 Abs. 2 StPO unterstrichen,
welche weder form- noch fristgebunden ist.¹⁰⁷⁶ Dass der Widerspruch des Angeklagten
gegen die Verwertung eines ihn belastenden Beweises spätestens unmittelbar nach dessen
Erhebung in der Hauptverhandlung erfolgen muss, stellt eine (weitere) **unangemessene
Benachteiligung** dar, die ebenso wie die Widerspruchslösung als solche den Grundsätzen
effektiver Rechtsschutzgewährung¹⁰⁷⁷ und auch der materiellen Wahrheitsfindung nicht

¹⁰⁶⁷ Kritisch dazu Basdorf NStZ 2017, 367 (370); Zopfs NJW 2017, 1332 (1336).

¹⁰⁶⁸ BGH NJW 2017, 1332 (1334).

¹⁰⁶⁹ S. dazu BGH NJW 2017, 1828.

¹⁰⁷⁰ BGH NJW 2017, 1828 (1829).

¹⁰⁷¹ BGH NStZ 2018, 737 mabAnm Börner.

¹⁰⁷² BGH NStZ 2018, 737.

¹⁰⁷³ BGH NStZ 2018, 737 (737 f.).

¹⁰⁷⁴ BGH NStZ 2018, 737 (738).

¹⁰⁷⁵ Börner NStZ 2018, 738 (739).

¹⁰⁷⁶ KK/Schneider StPO § 238 Rn. 17.

¹⁰⁷⁷ S. hierzu aus dem Blickwinkel der Revision Park StraFo 2021, 223 (224).

gerecht wird. Denn diese soll nach der Konzeption des Strafprozessrechts nur unter Wahrung eines vorgegebenen formalen Rahmens und gerade nicht um jeden Preis erfolgen.¹⁰⁷⁸ Zu erinnern ist an insoweit die Bedeutung der Formwahrung für ein rechtsstaatliches, rationales Verfahren, die nicht zuletzt auch für die Legitimationswirkung richterlicher Entscheidungen besondere Bedeutung hat.¹⁰⁷⁹ Der Preis für die materielle Wahrheitsermittlung mit einem rechtzeitig zu erhebenden Widerspruch ist derart hoch, dass sie zur Aushöhlung der Rechtsschutzgarantie des Angeklagten aus Art. 19 Abs. 4 GG führt.¹⁰⁸⁰ Bei der Überprüfung der Verwertbarkeit eines erhobenen Beweises handelt es sich im Grunde um nachträglichen Rechtsschutz gegen einen möglicherweise im Ermittlungsverfahren erfolgten Rechtsverstoß. Dass die Geltendmachung vieler Rechtsbehelfe fristgebunden ist, mag aus Gründen der Rechtssicherheit angezeigt sein, konterkariert aber das Rechtsschutzbedürfnis des Angeklagten, insbesondere im Fall eines Verstoßes gegen den Richtervorbehalt aus § 105 Abs. 1 StPO, der gerade präventiven Rechtsschutz vermitteln soll. Diese **Rechtsauffassung des 5. Strafsenats** des BGH ist ebenso wie die **Widerspruchslösung** insgesamt **abzulehnen**. Im Hinblick auf die Frage der Erforderlichkeit eines rechtzeitig erhobenen Widerspruchs gegen die Verwertung von Erkenntnissen aus fehlerhaften Durchsuchungs- und Beschlagnahmemaßnahmen wäre angesichts der unterschiedlichen Auffassungen des 2. und 5. Strafsenats die Herbeiführung einer Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen durchaus wünschenswert.¹⁰⁸¹ Wie realistisch dieses angesichts der offenbar bestehenden gewissen Zurückhaltung der BGH-Senate bezüglich einer Anrufung des Großen Senats für Strafsachen ist,¹⁰⁸² ist eine andere Frage. Unabhängig davon sollte angesichts der zwischen dem 2. und 5. Senat zutage getretenen Differenzen bis zu einer verbindlichen Klärung dieser Rechtsfragen in einschlägigen Fällen jedenfalls vorsorglich ein entsprechender rechtzeitiger Widerspruch in der Hauptverhandlung erhoben werden.

II. Selbstständige Verwertungsverbote

- 426 Selbstständige Verwertungsverbote beruhen – im Gegensatz zu den unselbstständigen – nicht auf einer unzulässigen Beweiserhebung.¹⁰⁸³ Sie werden in den Fällen relevant, in denen es im Rahmen zulässiger Beweiserhebung zu Grundrechtseingriffen bzw. zum Verstoß gegen den Fair-trial-Grundsatz kommt. In erster Linie sind folgende Verfassungsverstöße denkbar:
- Art. 1 Abs. 1 GG = Menschenwürde – insbesondere in Ausprägung des Grundsatzes „Nemo tenetur se ipsum accusare“
 - Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG = Allgemeines Persönlichkeitsrecht
 - Art. 5 Abs. 1 GG = Pressefreiheit¹⁰⁸⁴
 - Art. 13 Abs. 1 GG = Unverletzlichkeit der Wohnung
 - Art. 20 Abs. 3 GG = Rechtsstaatsprinzip – insbesondere in Ausprägung des „fair-trial-Grundsatzes“
- 427 Liegt ein solcher Eingriff vor, muss er nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts über die gesetzliche Grundlage hinaus durch ein überwiegendes Interesse

¹⁰⁷⁸ BGH NJW 1960, 1580 (1582).

¹⁰⁷⁹ S. dazu Park StV 2018, 814 (816) mwN.

¹⁰⁸⁰ Vgl. auch Park StraFo 2021, 223 (224).

¹⁰⁸¹ So wohl auch Basdorf NStZ 2017, 367 (370); Ladiges wistra 2017, 323 (327). Dies gilt umso mehr, als auch das BVerfG in NStZ 2016, 551 (552) die Entscheidung ausdrücklich offengelassen hat.

¹⁰⁸² Vgl. dazu Hamm/Pauly, Revision, Rn. 149 ff.; Park StV 2018, 814 (815).

¹⁰⁸³ Volk/Engländer, Grundkurs StPO, § 28 Rn. 5.

¹⁰⁸⁴ S. dazu BVerfG NJW 2007, 1117.

der Allgemeinheit gerechtfertigt sein.¹⁰⁸⁵ Das BVerfG verlangt eine Güterabwägung zwischen dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse einerseits und den grundrechtlich geschützten Interessen des Betroffenen andererseits, wobei auch der konkrete strafrechtliche Vorwurf zu berücksichtigen ist.¹⁰⁸⁶ Dabei muss beachtet werden, inwieweit der Eingriff in diese Grundrechte reicht und welches Gewicht das zu suchende Beweismittel für die Strafverfolgung im konkreten Einzelfall hat.¹⁰⁸⁷ Fällt die Abwägung zugunsten des Betroffenen aus, ist das Beweismittel jedenfalls dann unverwertbar, wenn der Betroffene der Verwertbarkeit nicht zustimmt.¹⁰⁸⁸

III. Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten

Ob und ggf. unter welchen Umständen Beweisverwertungsverböte eine **Fernwirkung** 428 entfalten, also nicht nur für das unmittelbar auf verbotenem Wege gewonnene Beweismittel gelten, sondern sich auch auf die dadurch bloß mittelbar erlangten Beweismittel erstrecken, ist heftig umstritten.¹⁰⁸⁹ Übertragen auf Durchsuchungen und Beschlagnahmen stellt sich bei dieser Problematik bspw. die Frage, ob ein Tatwerkzeug, dessen Fundort sich aus Unterlagen ergibt, die unter Verletzung des Beschlagnahmeverböts des § 97 StPO gewonnen wurden, verwertet werden darf, obwohl die Unterlagen als unmittelbare Beweismittel einem Beweisverwertungsverbot unterliegen.

In Bezug auf die sachgerechte Handhabung dieses Problems ist der Ansicht zuzustimmen, die grundsätzlich eine Fernwirkung bejaht, weil ansonsten die Gefahr einer Umgehung der Beweisverwertungsverböte unabweisbar wäre, wodurch diese in ihrer Effizienz wesentlich beeinträchtigt würden.¹⁰⁹⁰ Ob von diesem Grundsatz in besonders gelagerten Fällen Ausnahmen zugelassen werden können, kann nur nach sorgfältiger Würdigung des konkreten Einzelfalls entschieden werden.¹⁰⁹¹ Jedenfalls wenn die Gewinnung des mittelbaren Beweismittels auf einer schweren Grundrechtsverletzung beruht, was bei im Zusammenhang mit Wohnungsdurchsuchungen begründeten Beweisverwertungsverböten regelmäßig der Fall sein wird, wird eine uneingeschränkte Fernwirkung anzunehmen sein.¹⁰⁹² Diese erstreckt sich auch auf unmittelbar mit der rechtswidrigen Durchsuchungsmaßnahme zusammenhängende Aussagen der von der Durchsuchung betroffenen Personen etwa zu Eigentumsverhältnissen an den sichergestellten Gegenständen.¹⁰⁹³

IV. Die einzelnen Verwertungsverböte

Die für die Wahl des statthaften Rechtsbehelfs bedeutsame Systematisierung in Form einer Unterteilung in Fehler bei der Anordnung der Durchsuchung einerseits und Fehler 430

¹⁰⁸⁵ BVerfGE 44, 353 (374); G. Schäfer, Praxis des Strafverfahrens, Rn. 1223.

¹⁰⁸⁶ Vgl. BVerfGE 59, 95 (97) mwN (Durchsuchung); BVerfGE 34, 238 (248 f.); 44, 353 (374) (Privatsphäre); BVerfGE 20, 162 (186 f.) (Pressefreiheit); BVerfGE 16, 194 (201 f.); 17, 108 (117) (körperliche Unversehrtheit).

¹⁰⁸⁷ G. Schäfer, Praxis des Strafverfahrens, Rn. 1223.

¹⁰⁸⁸ G. Schäfer, Praxis des Strafverfahrens, Rn. 1223; LG Koblenz NJW 2010, 2227.

¹⁰⁸⁹ Vgl. Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 744; Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt StPO § 136a Rn. 31; Rogall JZ 1996, 944 (948), jew. m. zahlr. Nachweisen zum Streitstand.

¹⁰⁹⁰ Ebenso Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 912 ff.; für Steuerstrafverfahren wird eine Fernwirkung stets bejaht von Simon/Wagner, Steuerstrafrecht, 331; Müller/Trurnit StraFo 2008, 144 (150).

¹⁰⁹¹ Ähnlich Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 403 ff., der jedoch im Rahmen der Einzelfallwürdigung auch hypothetische Ermittlungsabläufe grds. für berücksichtigungsfähig hält.

¹⁰⁹² Differenzierend Krehl NStZ 2003, 461 (463).

¹⁰⁹³ OLG Düsseldorf NStZ 2017, 177 (180); AG Osnabrück FD-StrafR 2021, 441244 = StV 2021, 419 mBespr Schrader jurisPR-StrafR 5/2022, Anm. 4.

bei der Durchführung der Durchsuchung andererseits soll aus Gründen der Übersichtlichkeit auch im Rahmen der nachfolgenden Darstellung der Verwertungsverbote beibehalten werden.

1. Fehlerhafte Durchsuchungsanordnungen und Verwertungsverbote

a) Fehlen der materiellen Durchsuchungsvoraussetzungen

- 431 Eine Durchsuchungsanordnung kann zunächst fehlerhaft sein, weil die materiellen Voraussetzungen nicht vorliegen. Dann ist ein Verwertungsverbot anzunehmen.¹⁰⁹⁴ Praktisch relevant sind insbesondere solche Fälle, in denen ein Anfangsverdacht zum Zeitpunkt der Anordnung nicht vorliegt. Begründet wird das Verwertungsverbot mit dem Gewicht eines Eingriffs in Art. 13 GG. Anders als bei bloß formalen Fehlern der Durchsuchungsanordnung könne man auch nicht argumentieren, dass das Beweismittel rechtmäßigerweise hätte erlangt werden können.¹⁰⁹⁵ Wurde bspw. ohne richterliche Anordnung durchsucht, hätte eine solche mangels Vorliegen der materiellen Voraussetzungen nicht eingeholt und daher nicht rechtmäßigerweise durchsucht werden können.¹⁰⁹⁶

b) Fehlen einer Durchsuchungsanordnung

- 432 Als besonders krasser Verfahrensfehler kommt das Fehlen einer Durchsuchungsanordnung in Betracht. Der BGH war in Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung¹⁰⁹⁷ in der *ersten Weimar-Entscheidung*¹⁰⁹⁸ der Auffassung, dass dies nicht zu einem Verwertungsverbot führe, wenn dem Erlass der Durchsuchungsanordnung rechtliche Hindernisse nicht entgegengestanden hätten und die tatsächlich sichergestellten Gegenstände als solche der Verwertung als Beweismittel rechtlich zugänglich waren.¹⁰⁹⁹
- 433 Fezer¹¹⁰⁰ lehnt derartige „hypothetische Ersatzeingriffe“ jedoch ab: Wenn eine Durchsuchungsanordnung ganz fehle, sei nicht nur keine Eingriffsgrundlage vorhanden, sondern es fehle auch jegliche im Voraus festgelegte personelle und inhaltliche Begrenzung der Zwangsmaßnahme. In diesem Fall müsse durch ein Verwertungsverbot sichergestellt werden, dass sich das Urteil nicht auf Beweismittel stütze, die von vornherein der gerichtlichen Wahrheitsfindung entzogen seien.¹¹⁰¹ Krekeler weist insoweit auf die Funktion des Richtervorbehalts hin, die darin bestehe, das Grundrecht des Art. 13 Abs. 1 GG zu sichern: Die präventive Funktion der richterlichen Prüfung und Anordnung von Grundrechtseingriffen laufe leer, wenn nach Vornahme eines anordnungslosen Eingriffs darauf abgestellt werden dürfe, dass die Eingriffsvoraussetzungen vorgelegen hätten.¹¹⁰² Folglich

¹⁰⁹⁴ LG Dresden StraFo 2011, 223; LG Köln StraFo 2011, 223; LG Bremen StV 2005, 318; SK-StPO/Wohlers § 102 Rn. 38; LR/Tsambikakis StPO § 105 Rn. 144 jeweils mwN.

¹⁰⁹⁵ LR/Tsambikakis StPO § 105 Rn. 144.

¹⁰⁹⁶ LG Dresden StraFo 2011, 223; LG Bremen StV 2005, 318.

¹⁰⁹⁷ BGHSt 31, 304 (307 f.).

¹⁰⁹⁸ BGH NStZ 1989, 375 = StV 1989, 289.

¹⁰⁹⁹ Zur Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe → Rn. 410 ff.; für den Fall der Verletzung des Richtervorbehalts nimmt das LG Heilbronn ein Beweisverwertungsverbot jedenfalls dann an, wenn es um die Durchsuchung bei einem Nichtverdächtigen geht, LG Heilbronn StV 2005, 380 (381).

¹¹⁰⁰ Fezer StV 1989, 290 (292 ff.).

¹¹⁰¹ Fezer StV 1989, 290 (295); vgl. auch AG Braunschweig StV 2001, 394: „Dieser hypothetische Verfahrensverlauf hat jedoch unter Berücksichtigung des Gewichts des Verstoßes und der Eindeutigkeit der Gesetzeslage, um die Umgehung der richterlichen Zuständigkeit zu verhindern, außer Betracht zu bleiben.“

¹¹⁰² Krekeler NStZ 1993, 263 (264); vgl. auch AG Bremen NStZ 2012, 287.

müsse das Fehlen einer Durchsuchungsanordnung hinsichtlich der aufgefundenen Gegenstände ein Verwertungsverbot begründen.¹¹⁰³

Diese Bedeutung des präventiven Rechtsschutzes erkennt grundsätzlich auch *Roxin*: 434
Prinzipiell könne nicht zweifelhaft sein, dass aus Gründen des „präventiven Rechtsschutzes“ das Fehlen einer Eingriffsbefugnis ein Verwertungsverbot hinsichtlich der erlangten Beweismittel nach sich ziehen müsse, weil sich ansonsten die richterliche Zuständigkeit jederzeit mühelos durch den Hinweis umgehen ließe, dass ein richterlicher Beschluss zwar nicht vorgelegen habe, aber mutmaßlich zu erlangen gewesen wäre.¹¹⁰⁴ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz könne nur dann gelten, wenn die Anordnung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erlangt worden wäre und außerdem noch weitere Umstände hinzukämen, die es entbehrlich machten, den Verfahrensverstöß durch ein Beweisverwertungsverbot zu sanktionieren. Für die ausnahmsweise Verwertbarkeit sei insofern zusätzlich zu verlangen, dass sich die StA bzw. Polizei nicht absichtlich über den Richtervorbehalt hinweggesetzt habe.¹¹⁰⁵ Auch nach *Meurer*¹¹⁰⁶ und *Amelung*¹¹⁰⁷ soll eine Verwertbarkeit der ohne Anordnung erlangten Beweismittel nur dann unproblematisch sein, wenn der Verfahrensverstöß unbeabsichtigt war und eine korrekte Durchführung ohne weiteres möglich gewesen wäre. Auch nach dieser Meinungsgruppe begründet somit jedenfalls die bewusste Umgehung des Richtervorbehalts ein Verwertungsverbot.

Eine weitere Meinungsgruppe befürwortet eine einzelfallbezogene Abwägung der 435
schutzwürdigen Interessen des Beschuldigten gegenüber dem Interesse der Allgemeinheit an effektiver rechtsstaatlicher Strafverfolgung und materieller Gerechtigkeit, wobei nicht nur die Schwere des Grundrechtseingriffs und das Gewicht der Tat von Bedeutung seien, sondern auch geprüft werden müsse, ob der Verfahrensfehler absichtlich erfolgt sei und das Beweismittel auch auf gesetzmäßige Weise hätte erlangt werden können.¹¹⁰⁸ Auch diese Meinungsgruppe stellt somit u. a. auf die Frage eines absichtlichen Verstoßes sowie auf die hypothetisch rechtmäßige Beweismittelerlangung ab.

Eine ähnliche Sichtweise – ohne allerdings die Frage der hypothetisch rechtmäßigen 436
Beweismittelerlangung zu erörtern – vertrat das BVerfG in einem Beschluss vom 2.7.2009¹¹⁰⁹ zur Frage der Verwertbarkeit eines bei einer Durchsuchung entdeckten Zufallsfundes, nachdem der zugrunde liegende Durchsuchungsbeschluss wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben worden war:

„Auch bei der Frage eines Beweisverwertungsverbots wegen Mängeln der Durchsuchungs- 437
anordnung ist eine Abwägung des Strafverfolgungsinteresses mit dem betroffenen Individualinteresse erforderlich (...). Die Strafprozessordnung stellt kein grundsätzliches Beschlagnahmeverbot für Fälle fehlerhafter Durchsuchungen auf, die zur Sicherstellung von Beweisgegenständen führen (...). Ein Beweisverwertungsverbot ist grundsätzlich nur dann Folge einer fehlerhaften Durchsuchung, wenn die zur Fehlerhaftigkeit der Ermittlungsmaßnahme führenden Verfahrensverstöße schwerwiegend waren oder bewusst oder willkürlich begangen wurden (...).“

Zuzustimmen ist der Auffassung von *Fezer* und *Krekeler*; die anderen Auffassungen 438
werden der Schwere des mit einer Durchsuchung verbundenen Grundrechtseingriffs

¹¹⁰³ Ebenso AG Braunschweig StV 2001, 394 (395).

¹¹⁰⁴ Roxin NStZ 1989, 376 (379).

¹¹⁰⁵ Roxin NStZ 1989, 376 (379).

¹¹⁰⁶ Meurer JR 1990, 389 (392).

¹¹⁰⁷ Amelung NJW 1991, 2533 (2537).

¹¹⁰⁸ Ciolek-Krepold, Durchsuchung, Rn. 94; KK/Greven StPO vor § 94 Rn. 10, § 94 Rn. 20; Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler StPO § 94 Rn. 21a; LR/Menges StPO § 98 Rn. 75 ff.; Pfeiffer StPO § 102 Rn. 6.

¹¹⁰⁹ BVerfG NJW 2009, 3225.

einerseits sowie der Bedeutung des ausdrücklich gesetzlich bestimmten präventiven Richtervorbehalts andererseits nicht gerecht. Ohne eine Durchsuchungsanordnung fehlt jegliche Eingriffsbegrenzung, wodurch die Funktion des präventiven Richtervorbehalts in rechtsstaatlich nicht hinnehmbarer Weise unterlaufen wird.¹¹¹⁰ Eine Korrektur mittels einer hypothetischen Betrachtungsweise ist bereits deshalb abzulehnen, weil eine solche ein offenes Einfallstor für die Verwässerung und Umgehung des Richtervorbehalts darstellen würde. Aufgrund der gänzlich fehlenden Begrenzung des Eingriffs in personeller wie in inhaltlicher Hinsicht kann es auch nicht darauf ankommen, ob der Richtervorbehalt bewusst oder nur versehentlich umgangen wurde. Bei einer Wohnungsdurchsuchung kommt hinzu, dass jeder Verletzung des Richtervorbehalts zugleich einen unmittelbaren Verstoß gegen Art. 13 Abs. 2 GG – also einen unmittelbaren Verfassungsverstoß – darstellt. Aus den vorgenannten Gründen ist bei einer gänzlich fehlenden Durchsuchungsanordnung somit in jedem Fall ein **Verwertungsverbot** anzunehmen. Hiervon zu unterscheiden sind die Fälle unzureichender Dokumentation der richterlich angeordneten oder gestatteten Durchsuchung. Eine unzureichende Dokumentation macht die richterliche Anordnung oder Gestattung nicht von vornherein rechtswidrig und führt in der Regel nicht zu einem Beweisverwertungsverbot.¹¹¹¹

c) Zugrundelegung der falschen Eingriffsnorm

- 439 In der Praxis kommt es häufiger vor, dass eine Durchsuchung auf die falsche Eingriffsnorm gestützt wird, in der Durchsuchungsanordnung also zu Unrecht § 102 StPO statt § 103 StPO oder umgekehrt genannt wird. Auf die Verwertbarkeit der bei einer solchen Durchsuchung aufgefundenen Beweismittel hat dies folgende Auswirkungen:
- 440 aa) § 102 StPO statt § 103 StPO. Wurde die Durchsuchung zu Unrecht auf § 102 StPO anstatt auf § 103 StPO gestützt, sind die erlangten Beweismittel grundsätzlich **nicht verwertbar**.¹¹¹² Andernfalls würden die Rechte des von der Durchsuchung Betroffenen missachtet, der nur die unter engeren Voraussetzungen zulässigen Maßnahmen nach § 103 StPO hätte dulden müssen.¹¹¹³ Der Fall entspricht der Konstellation einer gänzlich fehlenden Durchsuchungsanordnung. Die Ergebnisse einer derart auf die falsche Eingriffsnorm gestützten Durchsuchung sollen jedoch nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung ausnahmsweise verwertbar sein, wenn die Durchsuchung hypothetisch rechtmäßig wiederholbar wäre.¹¹¹⁴ Dies wäre sie dann, wenn sie ihre Rechtsgrundlage in § 103 StPO hätte finden müssen, dessen Voraussetzungen vor ihrer Durchführung vorgelegen hätten und eine entsprechende Anordnung hätte ergehen können.¹¹¹⁵ Diese Auffassung, wonach die Verwertbarkeit im Falle des Vorliegens dieser Kriterien ausnahmsweise zu bejahen sein soll, wirft allerdings die Frage nach der Vereinbarkeit mit der ausdrücklich präventiven Zweckbestimmung des Richtervorbehalts auf. *Ciolek-Krepold* hält es darüber hinaus für „mit dem massiven Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen nach Art. 13 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG (...) nicht vereinbar, eine

¹¹¹⁰ Dementgegen hält es der BGH bisweilen für zulässig, eine Aussage des Beschuldigten zu verwerten, auch wenn nach einem Verstoß gegen den Richtervorbehalt nach § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO nicht über die Unverwertbarkeit dieses Beweismittels belehrt wurde, s. dazu BGH wistra 2019, 155 (157f.).

¹¹¹¹ BGH StraFo 2005, 201 mAnm Trüg (Dokumentation der telefonischen richterlichen Anordnung durch polizeilichen Aktenvermerk).

¹¹¹² Ciolek-Krepold, Durchsuchung, Rn. 101; Krekeler NStZ 1993, 263 (266).

¹¹¹³ Ciolek-Krepold, Durchsuchung, Rn. 101.

¹¹¹⁴ Krekeler NStZ 1993, 263 (266); Nelles StV 1991, 488 (492).

¹¹¹⁵ Krekeler NStZ 1993, 263 (266); Nelles StV 1991, 488 (492).