

Durchsuchung und Beschlagnahme

Bearbeitet von

Von Prof. Dr. Tido Park, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Straf- und Steuerrecht

4. Auflage 2018. Buch. Rund 300 S. Kartoniert

ISBN 978 3 406 71371 2

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Strafrecht > Strafverfahrensrecht, Opferschutz](#)

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

bb) § 103 StPO statt § 102 StPO. Der umgekehrte Fall – die Durchsuchung wurde fehlerhaft auf § 103 StPO anstatt auf § 102 StPO gestützt – führt nach der hM nicht zu einem Verwertungsverbot, weil die Durchsuchung in diesem Fall auch nach § 102 StPO zulässig wäre, der geringere Anforderungen stellt als § 103 StPO.¹⁰⁴⁹ *Krekeler*¹⁰⁵⁰ gibt hiergegen mit beachtlichen Argumenten zu bedenken, dass die StPO mit den §§ 102, 103 StPO an unterschiedliche Adressaten gerichtete Eingriffsnormen enthalte, die auch an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft seien. Da die Anwendung der jeweils den Adressaten auch in seiner jeweiligen Verfahrensrolle betreffenden Norm unerlässliche Voraussetzung einer Durchsuchungsanordnung sei, müsse man hinsichtlich der Verwertbarkeit der Beweisgegenstände, die bei einer fehlerhaft auf § 103 StPO statt auf § 102 StPO gestützten Durchsuchung aufgefunden werden, so verfahren, als wenn eine Durchsuchungsanordnung gänzlich fehlen würde.

d) Unwirksamer Durchsuchungsbeschluss wegen Zeitablaufs

Nach hier vertretener Auffassung, wonach eine Durchsuchungsanordnung **spätestens** 410 nach **Ablauf eines halben Jahres** unwirksam wird, wobei jedoch die Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden müssen,¹⁰⁵¹ ist ein Verwertungsverbot für den Fall anzunehmen, dass auf Grund dieser Anordnung zu einem späteren Zeitpunkt noch eine Durchsuchung durchgeführt wird.¹⁰⁵² Denn die Sachlage ist so zu beurteilen, als ob ohne Beschluss durchsucht worden wäre.¹⁰⁵³

e) Unbestimmter Durchsuchungsbeschluss

Auch die mangelnde inhaltliche Bestimmtheit des Durchsuchungsbeschlusses hinsichtlich der Durchsuchungsgegenstände, der Durchsuchungsobjekte und der konkreten Straftaten soll nach teilweise vertretener Auffassung zu einem Verwertungsverbot führen, da ansonsten die richterliche Kontrolle in Bezug auf die Beschlagnahme der aufgefundenen Beweismittel vereitelt würde.¹⁰⁵⁴ Im Interesse einer effektiven Strafverfolgung wird man in diesen Fällen ein Verwertungsverbot zwar im Regelfall, jedoch nicht uneingeschränkt bejahen können; angemessen erscheint vielmehr eine Würdigung der Umstände des konkreten Einzelfalls, die in Ausnahmefällen gleichwohl eine Verwertung zulässt.

Beispiel: Die Staatsanwaltschaft erhält in einem bestimmten Ermittlungsverfahren den Hinweis, dass wichtige Beweismittel „in dem Gartenhaus, das zum Privatgrundstück des Beschuldigten gehört“, versteckt seien. Antragsgemäß ergeht ein entsprechender Durchsuchungsbeschluss. Als die Beamten dort erscheinen, stellen sie fest, dass sich auf dem Grundstück des Beschuldigten nicht lediglich ein, sondern zwei Gartenhäuser befinden. Sie durchsuchen beide Gartenhäuser und finden in einem dieser Häuser das gesuchte Beweismittel. In diesem Fall erscheint die Bejahung eines Verwertungsverbots nicht erforderlich, weil der Durchsuchungsbeschluss nach bestem Wissen gutgläubig verfasst wurde und mangels einer rechtsstaatswidrigen Beeinträchtigung schützenswerter Interessen des Betroffenen keine sachliche Notwendigkeit besteht, den erlangten Gegenstand dem Strafverfahren als Beweismittel vorzuenthalten.

f) Fehlerhafte Annahme von Gefahr im Verzug

aa) Die willkürliche Annahme von Gefahr im Verzug. Die willkürliche, dh objektiv unter keinem Gesichtspunkt vertretbare Annahme von Gefahr im Verzug zieht nach der

¹⁰⁴⁹ BGHSt 28, 57 (60); *Ciolek-Krepold*, Durchsuchung, Rn. 102; KK/Brunn § 103 Rn. 3; Meyer-Goßner/Schmitt § 103 Rn. 1.

¹⁰⁵⁰ *Krekeler* NStZ 1993, 263 (266).

¹⁰⁵¹ → Rn. 133 ff.

¹⁰⁵² So auch *Krekeler* NStZ 1993, 263 (266).

¹⁰⁵³ *Ciolek-Krepold*, Durchsuchung, Rn. 90.

¹⁰⁵⁴ *Krekeler* NStZ 1993, 263 (265); Schmidt StraFo 2009, 448; vgl. auch Fezer StV 1989, 290 (295); aA jedoch Ameling NJW 1991, 2533 (2537); Ransiek StV 2002, 565 (567).

Rechtsprechung und der herrschenden Literaturmeinung ein **Verwertungsverbot** nach sich.¹⁰⁵⁵

- 414 Nach *Greven* soll allerdings die auf Grund der willkürlichen Bejahung von Gefahr in Verzug bestehende Unwirksamkeit der Zwangsmaßnahme allein noch nicht zu einem Verwertungsverbot führen.¹⁰⁵⁶ Der Auffassung von *Greven* ist jedoch nicht zu folgen. Wenn sich nämlich der Strafverfolgungsbeamte in willkürlicher Weise über die Schutzzvorrichtung des Grundgesetzes und der StPO hinwegsetzt, liegt darin in jedem Fall ein Verstoß gegen das Grundrecht aus Art. 13 GG.¹⁰⁵⁷ Zu Recht weist *Janssen* darauf hin, dass die Folge einer solchen Grundrechtsverletzung und der daraus resultierenden Rechtswidrigkeit ein Verwertungsverbot für die erlangten Informationen sein müsse, weil eine so schwerwiegende Ausschaltung des Rechtsschutzsystems nicht durch „effektive“ Strafrechtpflege zu rechtfertigen sei.¹⁰⁵⁸ Wird von dem Beamten etwa bewusst Gefahr im Verzug angenommen, um die richterliche Anordnungskompetenz zu umgehen, obwohl es für eine solche Annahme keine hinreichenden objektiven Anhaltspunkte gibt, verstößt dies in besonders krasser Weise gegen rechtsstaatliche Grundsätze.¹⁰⁵⁹ Die relevante Schwelle, einen bewussten Verstoß gegen den Richtervorbehalt anzunehmen, ist mit den Präzisierungen zur Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden durch Beschluss des BVerfG vom 16.6.2015¹⁰⁶⁰ deutlich herabgesunken, da die Eilkompetenz nur noch in wenigen Ausnahmenfällen besteht.¹⁰⁶¹ Die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens nimmt im deutschen Strafprozessrecht jedoch einen dermaßen hohen Stellenwert ein,¹⁰⁶² dass Willkürakte der Strafverfolgungsbehörden nicht toleriert werden dürfen; vielmehr wird in solchen Fällen im Interesse eines rechtsstaatlichen Verfahrens sogar bewusst in Kauf genommen, dass wichtige Beweismittel zur Aufklärung von Straftaten ungenutzt bleiben müssen.¹⁰⁶³ Konsequenterweise muss die willkürliche Annahme von Gefahr in Verzug die **Unverwertbarkeit** der dabei erlangten Beweismittel zur Folge haben.¹⁰⁶⁴
- 415 bb) Die irrtümliche Bejahung von Gefahr im Verzug. Ein tatsächlicher oder rechtlicher **Irrtum** des Beamten über das Vorliegen von Gefahr im Verzug soll die Durchsuchungsanordnung indessen nach hM nicht unwirksam machen.¹⁰⁶⁵

¹⁰⁵⁵ BGH NJW 2007, 2269 = NStZ 2007, 601; BGH NStZ 1985, 262 (263); BGH StraFo 2011, 506 (507 f.); OLG Köln StraFo 2010, 23 (24 f.); *Hüls* in jurisPR-StrafR 05/2010 Anm. 4; OLG Stuttgart NJW 1969, 760 (761); LG Osnabrück StV 1991, 152; LG Darmstadt StV 1993, 573; AG Kiel StV 2002, 536 (538); AG Offenbach StV 1991, 153; *Ciolek-Krepold*, Durchsuchung, Rn. 99; *Janssen*, Beschlagnahme, 33; LR-Menges § 98 Rn. 37, 76; *Pfeiffer* § 105 Rn. 7; SK-StPO/Wohlers/Greco § 98 Rn. 63; *Krekeler* NStZ 1993, 263 (265); ders. AnwBl. 1992, 356 (358); aA offenbar KMR/Müller § 98 Rn. 4; einen Überblick über den Meinungsstand zu Verwertungsverböten bei Fehlern in der Annahme einer Eilkompetenz geben *Müller/Trunxit* StraFo 2008, 144 (147 ff.).

¹⁰⁵⁶ KK/*Greven* § 98 Rn. 14.

¹⁰⁵⁷ So im Ergebnis auch *Ransiek* StV 2002, 565 (571).

¹⁰⁵⁸ *Janssen*, Beschlagnahme, 33; ähnlich *Ransiek* StV 2002 565 (569).

¹⁰⁵⁹ Vgl. LG Osnabrück StV 1991, 152 (153).

¹⁰⁶⁰ BGH NJW 2015, 2787 (2792).

¹⁰⁶¹ *Grube* NStZ 2015, 529 (535).

¹⁰⁶² Siehe etwa BGHSt 31, 304 (308): „Das gesamte Strafverfahrensrecht steht unter dem Leitgedanken der Rechtsstaatlichkeit.“

¹⁰⁶³ Vgl. BGHSt 31, 304 (309); 19, 325 (329); 14, 358 (365): „Es ist (...) kein Grundsatz der Strafprozessordnung, dass die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müsste.“; ebenso *G. Schäfer*, Praxis des Strafverfahrens, Rn. 1207.

¹⁰⁶⁴ Zur Frage der Beweislast und der prozessualen Geltendmachung vgl. *Ameling/Mittag* NStZ 2005, 614 ff.

¹⁰⁶⁵ BGH MDR 1964, 71 (72); NStZ 1985, 262; *Ciolek-Krepold*, Durchsuchung, Rn. 99; *Krekeler* NStZ 1993, 263 (265); *Roxin* NStZ 1989, 376 (379).

Ohne jede Einschränkung ist diese Auffassung jedoch bedenklich weitgehend, weil sie die Bereitschaft der Staatsanwaltschaft und ihrer Ermittlungspersonen fördert, das Vorliegen von Gefahr im Verzug großzügig – häufig zu großzügig – zu bejahen.¹⁰⁶⁶ 416

Sinnvoll erscheint es deshalb, die Verwertbarkeit immer dann zu bejahen, wenn die fehlerhafte Annahme von Gefahr in Verzug lediglich auf (leichter) **Fahrlässigkeit** beruht, der Beamte also gutgläubig handelt: In diesem Fall ist der Verstoß von derart geringem Gewicht, dass die Verwertbarkeit des gefundenen Beweismittels im Interesse der Allgemeinheit an der Wahrheitsfindung bejaht werden kann.¹⁰⁶⁷ Da die vorsätzlich fehlerhafte Bejahung von Gefahr im Verzug jedoch zumeist nicht leicht zu beweisen ist, ist auch in Fällen **grober Fahrlässigkeit** bzw. wenn die äußeren Umstände den nicht konkret beweisbaren Schluss nahe legen, der Beamte habe bewusst verstoßen, ein **Verwertungsverbot** anzunehmen, da ansonsten der von der Durchsuchung Betroffene durch die Beweisschwierigkeiten unangemessen benachteiligt würde.¹⁰⁶⁸ 417

cc) **Fehlende Einrichtung eines richterlichen Eildienstes.** Um dem gesetzlichen Leitbild, nach dem die nichtrichterliche Durchsuchungsanordnung die Ausnahme darstellt, gerecht zu werden, sind die Gerichte bzw. Justizverwaltungen bei Bedarf verpflichtet, einen richterlichen Eildienst (eventuell auch für die Nachtzeit) einzurichten.¹⁰⁶⁹ Umstritten ist, ob ein Verwertungsverbot anzunehmen ist, wenn Gefahr im Verzug angenommen wurde, weil pflichtwidrig kein Eildienst eingerichtet wurde. Nachdem der 3. Strafsenat des OLG Hamm ein Verwertungsverbot angenommen hatte,¹⁰⁷⁰ haben sich (wenn auch hinsichtlich des § 81a Abs. 2 a. F., für den mittlerweile die richterliche Anordnungsnotwendigkeit für Verkehrsdelikte abgeschafft wurde) der 4. Strafsenat¹⁰⁷¹ und das OLG Köln¹⁰⁷² gegen ein solches ausgesprochen. Bezuglich § 81a Abs. 2 a. F. hat sich das BVerfG letzterer Ansicht angeschlossen.¹⁰⁷³ Der BGH hat die Frage bisher offengelassen.¹⁰⁷⁴ Vor dem Hintergrund eines anhängigen Verfassungsbeschwerdeverfahrens¹⁰⁷⁵ steht eine Entscheidung des BVerfG zu einem Verwertungsverbot wegen der Annahme von Gefahr im Verzug wegen pflichtwidriger Nichteinrichtung eines richterlichen Eildienstes bevor. Aus Sicht des Verfassers erscheint es widersprüchlich, an den Richtervorbehalt zur Nachtzeit geringere Anforderungen zu statuieren, da das Gesetz den von einer Durchsuchung zur Nachtzeit Betroffenen für besonders schutzbedürftig hält.¹⁰⁷⁶ Deshalb kann es auch nicht darauf ankommen, ob die Durchsuchung in einer ländlichen Gegend oder in einem dicht besiedelten Ballungszentrum vorgenommen wird; denn Menschen auf dem Land sind im Hinblick auf die Wahrung ihrer Grundrechte nicht weniger schutzbedürftig als Menschen, die in der Stadt leben. Etwaigen Bedenken im Hinblick auf Organisationsschwierigkeiten der Einrichtung eines permanenten richterlichen Eildienstes in dünn besiedelten Gebieten lässt sich die Vorschrift des § 22c GVG entgegenhalten. 418

¹⁰⁶⁶ Vgl. auch Janssen, Beschlagnahme, 32.

¹⁰⁶⁷ AA offenbar Janssen, Beschlagnahme, 33.

¹⁰⁶⁸ Bei bewusster Missachtung oder grober Verkennung der Voraussetzungen des für Wohnungs durchsuchungen bestehenden Richtervorbehalts hält auch der BGH ein Beweisverwertungsverbot für gerechtfertigt, BGH wistra 2007, 314; vgl. dazu auch Schneider NStZ Sonderheft Miebach, 2009, 46 (52).

¹⁰⁶⁹ LR/Tsambikakis § 105, Rn. 105 mwN; → Rn. 97.

¹⁰⁷⁰ OLG Hamm StraFo 2009, 417 (418 ff.) = NStZ 2010, 165 mAnm Kühlewein.

¹⁰⁷¹ OLG Hamm StraFo 2009, 509.

¹⁰⁷² OLG Köln StV 2010, 622.

¹⁰⁷³ BVerfG StraFo 2011, 145.

¹⁰⁷⁴ BGH NStZ 2012, 104 (105); BGH wistra 2010, 231 (232).

¹⁰⁷⁵ Az. 2 BvR 675/14.

¹⁰⁷⁶ Vgl. BRAK, Stellungnahme Nr. 22, April 2017, 15.

2. Verwertungsverbote auf Grund von Fehlern bei der Durchführung der Durchsuchung

a) Durchsuchung zur Nachtzeit

- 419 Nimmt der anordnende Richter oder der Beamte irrtümlich an, die tatsächlichen Voraussetzungen für die Durchsuchung zur Nachtzeit lägen vor, sind die Ergebnisse der Durchsuchung nach allgemeiner Auffassung verwertbar,¹⁰⁷⁷ weil § 104 Abs. 1 nicht die Qualität der Beweiserhebung sichern soll, sondern dem erhöhten Schutz der Unverletzlichkeit der Wohnung dient.¹⁰⁷⁸ Eine Ausnahme hiervon ist richtigerweise nur für den Fall anzunehmen, dass die Voraussetzungen des § 104 StPO willkürlich angenommen werden.¹⁰⁷⁹ Dann ist ein Verwertungsverbot zu bejahen, weil willkürliche Verstöße der staatlichen Ermittlungsorgane gegen strafprozessuale Vorschriften sich zu weit von anerkannten rechtsstaatlichen Verfahrensgrundlagen entfernen, als dass die dadurch erlangten Beweismittel in einem Strafverfahren Verwendung finden könnten.

b) Unterlassene Beziehung von Zeugen

- 420 Die Verpflichtung zur Hinzuziehung von Zeugen nach § 105 Abs. 2 stellt eine zwingende Förmlichkeit dar,¹⁰⁸⁰ ein Verstoß soll aber nach überwiegender Ansicht nicht zu einem Verwertungsverbot führen.¹⁰⁸¹ Die Vorschrift diene zwar dem Schutz des Betroffenen und der durchsuchenden Beamten, aber es sollten nicht bestimmte Beweismittel dem Zugriff der Strafverfolgungsorgane entzogen werden. Dem kann in dieser Bedingungslosigkeit nicht zugestimmt werden, da ansonsten die Schutzwirkung dieser Vorschrift völlig unterlaufen würde. So wird denn auch nach anderer Auffassung eine Verwertbarkeit ganz abgelehnt¹⁰⁸² oder aber lediglich unter dem Gesichtspunkt des hypothetischen Ersatzeingriffs¹⁰⁸³ bzw. nach Abwägung der widerstreitenden Interessen¹⁰⁸⁴ bejaht.
- 421 Da die Vorschrift auch dem Schutz des Betroffenen dient, wird jedenfalls dann ein Verwertungsverbot zu bejahen sein, wenn der Verstoß gegen die Bestimmung **bewusst** erfolgt, um diese Schutzfunktion zu umgehen und die Position des Betroffenen in rechtsmissbräuchlicher Weise zu beeinträchtigen.

c) Verletzung des Anwesenheitsrechts

- 422 § 106 StPO wird überwiegend als bloße Ordnungsvorschrift angesehen,¹⁰⁸⁵ weshalb die Verletzung des Anwesenheitsrechts nicht zu einem Verwertungsverbot führe.¹⁰⁸⁶ Auch nach der Ansicht von *Tsambikakis*, der § 106 StPO als zwingendes Recht ansieht,¹⁰⁸⁷

¹⁰⁷⁷ BGH MDR 1964, 71; KK/Nack § 104 Rn. 6; *Amelung* NJW 1991, 2533 (2536).

¹⁰⁷⁸ *Krekeler* NStZ 1993, 263 (267).

¹⁰⁷⁹ *Ciolek-Krepold*, Durchsuchung, Rn. 162; *Krekeler* NStZ 1993, 263 (267).

¹⁰⁸⁰ → Rn. 176.

¹⁰⁸¹ KG NJW 1972, 169 (170); LG Stuttgart NJW 1971, 629 (929); AK/*Amelung* § 105 Rn. 50; *Ciolek-Krepold*, Durchsuchung, Rn. 161 mwN; Meyer-Goßner/*Schmitt* § 105 Rn. 11; *Pfeiffer* § 105 Rn. 4; SK-StPO/*Wohlers/Jäger* § 105 Rn. 80; aA *Grünwald* JZ 1966, 489 (499, 501); *Born* JR 1983, 52 (54).

¹⁰⁸² *Krekeler* NStZ 1993, 263 (267 f.).

¹⁰⁸³ KK/*Brunns* § 105 Rn. 21; → Rn. 389 ff.

¹⁰⁸⁴ LR-*Tsambikakis* § 105 Rn. 138 ff. und LR-*Menges* § 98 Rn. 75 ff.

¹⁰⁸⁵ → Rn. 171.

¹⁰⁸⁶ BGH NStZ 1983, 375 (376); OLG Karlsruhe StV 1986, 10 (11); aA AG Mannheim StV 1985, 276, mablAnm *Volk*, StV 1986, 34 (35); KK/*Brunns* § 106 Rn. 1; Meyer-Goßner/*Schmitt* § 106 Rn. 1; *Sommermeyer* JR 1990, 493 (499).

¹⁰⁸⁷ LR-*Tsambikakis* § 106 Rn. 15.

ergibt sich bei einem Verstoß kein Verwertungsverbot.¹⁰⁸⁸ *Krekeler* bejaht hingegen bei einer Verletzung des Anwesenheitsrechts des § 106 Abs. 1 ein Verwertungsverbot, weil auch diese Vorschrift dem Schutz des von einer Durchsuchung Betroffenen diene und die Verletzung einer Regelung, die den Schutz des Bürgers bei Eingriffen der Strafverfolgungsbehörden in grundrechtlich geschützte Bereiche bezwecke, die Unverwertbarkeit der rechtswidrig erlangten Beweismittel zur Folge haben müsse.¹⁰⁸⁹

Zu den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 106 StPO → Rn. 171.

423

d) Verstoß gegen die Mitteilungspflicht

Auch ein Verstoß gegen die Mitteilungspflichten gegenüber dem Betroffenen nach § 107 StPO soll nach ganz überwiegender Auffassung nicht zu einem Verwertungsverbot führen, da es sich bei dieser Bestimmung ebenfalls lediglich um eine Ordnungsvorschrift handele.¹⁰⁹⁰ *Krekeler*¹⁰⁹¹ wendet allerdings gegen die Herabstufung des § 107 StPO zu einer bloßen Ordnungsvorschrift ein, dass auch diese Norm letztlich den Schutz des Betroffenen beabsichtige, der ein Recht auf die Einhaltung von Verfahrensvorschriften habe, vor allem, da er in seinem grundrechtlich geschützten Bereich betroffen sei.¹⁰⁹² Die Nichtbeachtung dieser Verfahrensregelung müsse daher im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu einem Verwertungsverbot führen.¹⁰⁹³

e) Planmäßige Suche nach Zufallsfunden

Im Zusammenhang mit § 108 StPO kann sich ein Verwertungsverbot insbesondere aus einem Verstoß gegen das Verbot der planmäßigen Suche nach Zufallsfunden ergeben. Die Meinungen hierzu gehen jedoch auseinander. Während teilweise ein grundsätzliches **Verwertungsverbot** für die derart gefundenen Gegenstände angenommen wird,¹⁰⁹⁴ nimmt die überwiegende Auffassung eine Abwägung vor und bejaht ein Verwertungsverbot nur dann, wenn der prozessuale Verstoß so schwerwiegend sei, dass nach Abwägung aller Umstände – auch der Schwere des Tatvorwurfs – das staatliche Interesse an der Tatsaufklärung zurückstehen müsse.¹⁰⁹⁵ Gegen die letztgenannte Meinungsgruppe spricht jedoch, dass sie der Rechtssicherheit abträglich ist. Außerdem ist eine Differenzierung nach der Schwere des Tatvorwurfs auch deshalb ein fragwürdiges Kriterium, da jeder Beschuldigte unabhängig von Art und Schwere der Tat Anspruch auf Einhaltung der Verfahrensvorschriften hat.¹⁰⁹⁶ Zu berücksichtigen ist ferner, dass der im Missbrauch des § 108 StPO liegende Verfahrensverstoß in aller Regel bewusst begangen wird; die Durchsuchungsbeamten erstrecken die Durchsuchung vorsätzlich auf die gezielte Suche nach

¹⁰⁸⁸ LR/*Tsambikakis* § 106 Rn. 17; ebenso *Ciolek-Krepold*, Durchsuchung, Rn. 160.

¹⁰⁸⁹ *Krekeler* NStZ 1993, 263 (268).

¹⁰⁹⁰ OLG Stuttgart StV 1993, 235 (236); aA BGH NStZ 2007, 279 (280); Meyer-Goßner/*Schmitt* § 107 Rn. 1.

¹⁰⁹¹ *Krekeler* NStZ 1993, 263 (268); vgl. auch KK/*Brunn* § 105 Rn. 22 und § 107 Rn. 5; LR/*Tsambikakis* § 107 Rn. 6.

¹⁰⁹² So auch *Sommermeyer* JR 1990, 493 (499).

¹⁰⁹³ *Krekeler* NStZ 1993, 263 (268); aA KK/*Brunn* § 107 Rn. 5; LR/*Tsambikakis* § 107 Rn. 6.

¹⁰⁹⁴ v. *Briehl/Ehlscheid*, Steuerstrafrecht, § 3 Rn. 435; *Janssen*, Beschlagnahme, 136; *Malek/Wohlers*, Zwangsmaßnahmen, Rn. 212; *Krekeler* NStZ 1993, 263 (267); *Kühne* NJW 1979, 1053; *Grünwald* JZ 1966, 496.

¹⁰⁹⁵ BVerfGE 113, 29–63 = NJW 2005, 1917 = *wistra* 2005, 295 (zur Beschlagnahme von Datenträgern unter Missachtung der Beschränkung auf den Ermittlungszweck); BVerfGE 34, 238 (246); KG StV 1985, 404; LG Berlin NStZ 2004, 571; LG Wiesbaden StV 1988, 292; LG Berlin StV 1987, 97 (98); LG Bremen StV 1984, 505 = *wistra* 1984, 241; LG Bonn NJW 1981, 292; LR/*Tsambikakis* § 108 Rn. 18; KK/*Brunn* § 108 Rn. 1; *Allgayer* NStZ 2006, 603 (605); *Stypmann* *wistra* 1982, 11 (12).

¹⁰⁹⁶ *Krekeler* NStZ 1993, 263 (264).

vom Durchsuchungsbeschluss nicht erfassten Beweisgegenständen. Dies muss bereits deshalb ein Verwertungsverbot zur Folge haben, weil es nicht unsanktioniert bleiben darf, wenn die Strafverfolgungsbehörden verfassungsmäßig garantierter Rechte bewusst verletzen. Ansonsten bestünde für die mit der Durchsuchung befassten Beamten keine Notwendigkeit, die gesetzlichen Vorgaben einzuhalten; die schützenden Formen der StPO würden weitgehend zur Makulatur. Schließlich ist zu beachten, dass hierin außerdem ein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens liegt.¹⁰⁹⁷

- 426 Zutreffend weist *Ciolek-Krepold*¹⁰⁹⁸ auf die Schwierigkeit für den Beschuldigten hin, den Nachweis zu erbringen, dass ein bewusster Verstoß gegen den Durchsuchungszweck vorliegt. Die Annahme eines Verwertungsverbotes sei deshalb auch geboten, weil ansonsten eine gezielte und systematische Suche nach Zufallsfunden faktisch nicht verhindert werden könne. Den Strafverfolgungsbehörden obliege die Darlegungs- und Beweislast für die Zufälligkeit des Fundes. Gelinge dieser Nachweis nicht, seien die Unterlagen unverwertbar. Damit habe nicht der Betroffene die gezielte und systematische Suche nachzuweisen, sondern die Ermittlungsbehörden hätten in einer Art „Beweislastumkehr“ den zufälligen Fund zu belegen.¹⁰⁹⁹ Für diese Auffassung spricht einiges: Nimmt man das Verbot der planmäßigen Suche nach Zufallsfunden ernst, darf es nicht dadurch unterlaufen werden, dass der Betroffene einen Verstoß wegen regelmäßig auftretender Beweisschwierigkeiten nicht erfolgreich geltend machen kann. Dies entspricht der teilweise vertretenen (allerdings heftig umstrittenen) Auffassung, wonach der In-dubio-Grundsatz – zumindest partiell – auch im Verfahrensrecht Geltung beansprucht.¹¹⁰⁰
- 427 Zur Frage, inwieweit die vorläufige Beschlagnahme eines Zufallsfundes entgegen der Bestimmung des § 108 Abs. 1 S. 3 StPO ein Verwertungsverbot begründet, → Rn. 127.

f) Verstoß gegen § 108 Abs. 2, Abs. 3 StPO

- 428 Es handelt sich hierbei um den ansonsten seltenen Fall einer **ausdrücklichen gesetzlichen Normierung eines Beweisverwertungsverbotes**. Zufallsfunde, die bei einem Arzt gefunden werden, dürfen in einem Strafverfahren wegen einer Straftat nach § 218 StGB gegen die Patientin nicht verwertet werden. Die Regelung beruht auf dem Schwangeren- und Familiенhilfegesetz vom 27.7.1992.¹¹⁰¹ Am 1.1.2008¹¹⁰² wurde § 108 Abs. 3 StPO eingeführt, wonach die Verwertung von Zufallsfunden beschränkt wird, die bei einer in § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO genannten Person gefunden wurden und auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht dieser Person erstreckt. Die Verwertung ist nur insoweit zulässig, als Gegenstand des Strafverfahrens eine Straftat ist, die im Höchstmaß mit mindestens fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist und bei der es sich nicht um eine Straftat nach § 353b StGB handelt.

g) Verstöße bei der Durchsicht von Papieren

- 429 Die Frage nach der Verwertbarkeit im Zusammenhang mit § 110 StPO stellt sich hauptsächlich dann, wenn die Durchsicht von Papieren von Polizeibeamten durchgeführt worden ist, die hierzu mangels entsprechender Anordnung durch die StA nicht befugt sind. Die Rechtsprechung hat dieses Problem – soweit ersichtlich – höchststrichterlich noch nicht entschieden. In der Literatur sind die Meinungen geteilt. *Ameling* nimmt bei einem derartigen Verstoß gegen § 110 StPO ein Verwertungsverbot an: Da es das Hauptziel der Absätze 1 und 2 des § 110 StPO sei, die Polizei vom Informationserwerb aus Papieren

¹⁰⁹⁷ *Krekeler* NStZ 1993, 263 (267).

¹⁰⁹⁸ *Ciolek-Krepold*, Durchsuchung, Rn. 164.

¹⁰⁹⁹ *Ciolek-Krepold*, Durchsuchung, Rn. 165.

¹¹⁰⁰ *Kühne* Strafprozessrecht, Rn. 966; *Lehmann*, Behandlung, 151 f. und *passim*; *Bauer* wistra 1993, 99; *Hauf* MDR 1993, 195 (197).

¹¹⁰¹ BGBl. I 1398.

¹¹⁰² BGBl. I 3198.

auszuschließen, müsste es der Polizei folgerichtig auch verwehrt sein, das, was sie nicht besitzen dürfe, zu verwerten.¹¹⁰³ Differenziert ist die Ansicht von *Tsambikakis*¹¹⁰⁴ und *Gercke*:¹¹⁰⁵ Würden Papiere, die offensichtlich als Beweismittel im anhängigen Verfahren nicht in Betracht kämen, durchgesehen und beschlagnahmt, so könne dies, wie auch bei anderen Verstößen gegen Abs. 1 und Abs. 2, zu einem Verwertungsverbot führen. Auch hier gelange der Grundsatz zur Anwendung, wonach ein Verwertungsverbot zu bejahen sei, wenn der prozessuale Verstoß so schwerwiegend sei, dass nach Abwägung aller Umstände das Interesse des Staates an der Tataufklärung gegenüber dem Interesse des betroffenen Bürgers am Schutz seiner Privatsphäre zurücktreten müsse.¹¹⁰⁶

Nach hier vertretener Auffassung ist ein **Verwertungsverbot** jedenfalls dann **stets zu bejahen**, wenn ein **bewusster, (subjektiv) willkürlicher Verstoß** gegen § 110 StPO vorliegt.¹¹⁰⁷ Wenn also die Durchsicht der Unterlagen bewusst von hierzu nicht befugten Personen vorgenommen wird oder wenn bewusst Papiere durchgesehen und beschlagnahmt werden, für die der bestehende Durchsuchungsbeschluss keine hinreichende strafprozessuale Ermächtigungsgrundlage darstellt und weder die Voraussetzungen für eine rechtmäßige Bejahung von Gefahr im Verzug noch Zufallsfunde gegeben sind, unterliegen die daraus gewonnenen Erkenntnisse einem Verwertungsverbot. Die bewusste Überschreitung der Grenzen, die den staatlichen Ermittlungsorganen von Gesetzes wegen bei der Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen gesetzt sind, ist mit einem rechtsstaatlichen Strafrecht nicht zu vereinbaren. Sie stellt die rechtsstaatliche Legitimation des staatlichen Strafverfolgungsmonopols infrage, deshalb müssen die auf derartig rechtswidrige Art zutage geförderten Resultate bei der Findung eines Strafurteils ausgeklammert bleiben. Wegen der besonderen Schwierigkeiten der Beweisführung für den Betroffenen tragen die Ermittlungsbehörden die Beweislast dafür, dass kein bewusster, subjektiv willkürlicher Verstoß gegen § 110 StPO vorliegt. Ein solcher kommt jedoch nur ausnahmsweise im Fall objektivierbarer Anhaltspunkte in Betracht, die auf einen bewussten und planmäßigen Verstoß schließen lassen.

Die Unverwertbarkeit der gewonnenen Beweismittel kann auch dann zu bejahen sein, wenn die Durchsicht der Papiere unter Inanspruchnahme der Hilfe Dritter erfolgte, die nicht dem Gebot der Unparteilichkeit genügten.¹¹⁰⁸ Hier wird es jedoch auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls ankommen.

3. Übersicht über die Verwertungsverbote im Zusammenhang mit Durchsuchungsmaßnahmen

Verstoß	Verwertungsverbot?
1. Fehler bei der Durchsuchungsanordnung	
a) Fehlen einer Anordnung	Ja (hM); nach BGHSt 61, 266 zumindest bei grober Verkennung von Bedeutung und Tragweite des Richtervorbehalts ¹¹⁰⁹

¹¹⁰³ *Ameling* NJW 1991, 2533 (2538).

¹¹⁰⁴ LR/*Tsambikakis* § 110 Rn. 32.

¹¹⁰⁵ HK/*Gercke* § 110 Rn. 35.

¹¹⁰⁶ LR-*Tsambikakis* § 110 Rn. 32 iVm LR/*Menges* § 98 Rn. 75 ff. und LR/*Tsambikakis* § 108 Rn. 18.

¹¹⁰⁷ BVerfG NJW 2005, 1917 (1923); SK-StPO/Wohlers/Jäger § 110 Rn. 30; HK/*Gercke* § 110 Rn. 35; *Artkämper* StRR 2007, 12 (14).

¹¹⁰⁸ Vgl. *Krekeler* NStZ 1993, 263 (268).

¹¹⁰⁹ Abw. BGH StV 1989, 289: nur wenn Beweismittel hypothetisch nicht rechtmäßig hätten erlangt werden können.

Verstoß	Verwertungsverbot?
b) Zugrundelegung der falschen Eingriffsnorm	
aa) § 102 StPO statt § 103 StPO	Ja (hM)
bb) § 103 StPO statt § 102 StPO	Nein (hM); aA: <i>Krekeler</i> NStZ 1993, 266
c) Unwirksamer Beschluss wegen Zeitablaufs	Ja
d) Zu unbestimmter Durchsuchungsbeschluss	Str., hängt vom Einzelfall ab
e) Fehlerhafte Annahme von Gefahr im Verzug	
aa) Willkürlich	Ja
bb) Irrtümlich	Ja bei grober Fahrlässigkeit; aA (hM): Nein
2. Fehler bei der Durchführung der Durchsuchung	
a) Durchsuchung zur Nachtzeit	Nur bei Willkür
b) Unterlassene Zeugenhinzuziehung	Nur bei Willkür; aA (hM): Nein
c) Verletzung des Anwesenheitsrechts	Nein (hM); aA: <i>Krekeler</i> NStZ 1993, 268
d) Verstoß gegen die Mitteilungspflicht	Nein (hM); aA: <i>Krekeler</i> NStZ 1993, 268
e) Planmäßige Suche nach Zufallsfundien	Ja (str.)
f) Verstoß gegen § 108 II	Ja
g) Verstöße bei der Durchsicht von Papieren	
aa) Verstoß gegen § 110 I u. II	Nur bei Willkür (str.)
bb) Verstoß gegen § 110 III	Nur bei willkürlicher Annahme eines drohenden Datenverlusts