

HRRS-Nummer: HRRS 2025 Nr. 703

Bearbeiter: Christoph Henckel/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2025 Nr. 703, Rn. X

BGH 1 StR 436/24 - Beschluss vom 1. April 2025 (LG Ingolstadt)

**Einziehung (keine Einziehung von Tatobjekten bei nach § 154 StPO eingestellten Taten);
Beweisverwertungsverbot wegen Umgehung des Richtervorbehalts für Durchsuchungen (Abwägungslehre:
Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe).**

§ 74 Abs. 2 StGB; § 154 StPO; § 261 StPO; § 105 StPO; Art. 13 GG; Art. 6 EMRK

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Ingolstadt vom 17. April 2024, soweit es ihn betrifft, aufgehoben
 - a) im Strafausspruch und
 - b) im Ausspruch über die Einziehung der sichergestellten 361,77 Gramm Marihuana; insoweit entfällt die Einziehung.
2. Die weitergehende Revision wird als unbegründet verworfen.
3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer 1 Menge zu einer Freiheitsstrafe von acht Jahren verurteilt sowie die Einziehung des Wertes erlangter Kaufpreiserlöse, eines zum Handel eingesetzten Mobiltelefons und sichergestellter Rauschmittel angeordnet. Die gegen seine Verurteilung gerichtete Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts beanstandet, hat mit der Sachrüge den aus der Beschlussformel ersichtlichen Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO); im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

1. Die Strafzumessung hält sachlichrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Das Landgericht hat auf UA S. 53 zu Lasten des 2 Angeklagten gewertet, dass er „sich ausschließlich zur Begehung von Straftaten in Deutschland“ aufhielt „(BGH, Beschluss vom 16.03.1993 - 4 StR 602/92; BGH, Urteil vom 17.05.2023 - 1 StR 476/22)“. Dies widerspricht den Feststellungen. Danach lebte der Angeklagte (erneut) seit Mai 2018 in Deutschland und wurde bislang nicht bestraft. Erst im Mai 2022 schloss er sich mit dem Mitangeklagten K. und dem gesondert Verfolgten El. zur Bande zusammen. Auch angesichts der weiteren vom Landgericht für sich genommen rechtsfehlerfrei gewürdigten straferschwerenden Umstände ist nicht auszuschließen, dass die Strafe auf dem aufgezeigten Rechtsmangel beruht. Da die Strafe die Mindeststrafe des § 30a Abs. 1 BtMG deutlich übersteigt, kann sie der Senat mit Blick auf die strafmildernden Umstände, namentlich die Unvorbestraftheit des Angeklagten, die Observation des Kokainhandels und der Sicherstellung eines Großteils der Betäubungsmittel, nicht als „angemessen“ bestehen lassen (vgl. § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO). Die Feststellungen bleiben aufrechterhalten (vgl. § 353 Abs. 2 StPO) und können um solche ergänzt werden, die ihnen nicht widersprechen.

2. Zur Einziehung des sichergestellten Marihuanas hat der Generalbundesanwalt zutreffend ausgeführt: 3

„Die auf § 34 Abs. 1, Abs. 3, [§] 37 KCanG, § 74 Abs. 2 StGB gestützte Einziehung des sichergestellten Marihuanas (UA 4 S. 56) hat keinen Bestand. Der Einziehung steht entgegen, dass die Strafkammer das Verfahren insoweit gemäß § 154a Abs. 2 StPO beschränkt hat (PB S. 101, 111).

Infolge der Beschränkung war ein Handeltreiben mit Marihuana nicht Gegenstand der Verurteilung, so dass es in dem 5 Strafverfahren nicht als Tatobjekt nach § 74 Abs. 2 StGB, § 34 Abs. 1, Abs. 3, [§] 37 KCanG eingezogen werden konnte (vgl. BGH, Beschlüsse vom 12. Oktober 2023 - 2 StR 259/23; vom 23. August 2022 - 3 StR 228/22 und vom 25. April 2019 - 1 StR 54/19 zu einer Einstellung des Verfahrens nach § 154 StPO). In entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO hat deshalb die Einziehung des Marihuanas zu entfallen.“

3. Zur (zulässigen) Rüge, mit welcher der Angeklagte der Verwertung der in der zweiten „Bunkerwohnung“ in der H. 6

straße in I. am 24. Oktober 2022 sichergestellten Beweismittel wegen Umgehung des für Durchsuchungen geltenden Richtervorbehalts widerspricht (§§ 261, 105 Abs. 1 StPO), ist ergänzend zur Antragsschrift des Generalbundesanwalts auszuführen:

a) Die Staatsanwaltschaft ist für die Anordnung einer Durchsuchung nach § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO allein bei Gefahr im Verzug, also nur im Ausnahmefall, zuständig. Eine solche ist anzunehmen, wenn die richterliche Anordnung nicht mehr eingeholt werden kann, ohne dass der Zweck der Maßnahme, regelmäßig wie auch hier die Sicherstellung von Beweismitteln, gefährdet wird (vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. Juni 2015 - 2 BvR 2718/10, BVerfGE 139, 245 Rn. 69). Wegen des Ausnahmecharakters der nichtrichterlichen Anordnung und vor allem wegen der sichernden Schutzfunktion des Richtervorbehalts für das Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG ist diese Vorgabe eng auszulegen (vgl. BVerfG, Urteil vom 20. Februar 2001 - 2 BvR 1444/00, BVerfGE 103, 142 Rn. 40, 46).

b) Dass die Kriminalbeamten G., Hü., S. und Pe. am 24. Oktober 2024 bereits vor 21.00 Uhr feststellten, dass einer der beim Mitangeklagten B. sichergestellten Schlüssel zur Hauseingangstür des Gebäudes in der H. straße passte, und dennoch diese Information zurückhielten, um das Einschalten eines Richters vor Ende des Bereitschaftsdienstes im Landgerichtsbezirk I. zu verhindern (vgl. dazu BGH, Beschlüsse vom 4. Juni 2020 - 4 StR 15/20, BGHR StPO § 105 Abs. 1 Verwertungsverbot 2 Rn. 4, 8 und vom 30. August 2011 - 3 StR 210/11, BGHR StPO § 105 Abs. 1 Durchsuchung 8 Rn. 8, 11 f.; grundlegend BGH, Urteil vom 18. April 2007 - 5 StR 546/06, BGHSt 51, 285), ist trotz Vernehmung der Polizisten in der Hauptverhandlung nicht erwiesen. Im Gegenteil drängt sich nach der Dokumentationslage (zu deren verfassungsrechtlichen Bedeutung BVerfG, Beschluss vom 16. Juni 2015 - 2 BvR 2718/10, BVerfGE 139, 245 Rn. 75) in Verbindung mit der staatsanwaltschaftlichen Gegenerklärung vom 6. August 2024 (Seiten 4 f.) auf, dass sich die Kriminalbeamten Hü., S. und Pe. erst deutlich nach 21.00 Uhr in die H. straße begaben, nachdem sie nach 20.02 Uhr (Ende der Durchsuchung der ersten Bunkerwohnung in der Per. straße in I.) zunächst zur Dienststelle zurückgekehrt waren. Kriminalhauptkommissar G. als Einsatzleiter rief die Staatsanwältin F. um 21.40 Uhr an, die - in dokumentierter Kenntnis der Nichterreichbarkeit eines Bereitschaftsrichters bis 6.00 Uhr des Folgetages - um 21.43 Uhr die Durchsuchung anordnete. Für eine - gar bewusste oder zumindest die Bedeutung und die Voraussetzungen des Richtervorbehalts grob verkennende - Verzögerung der sich aus der vorangegangenen Durchsuchung des Mitangeklagten B. „dynamisch“ entwickelnden weiteren Verdachts- und Zugriffslage gibt es nach alledem keinen Anhalt.

c) Ohnehin wäre eine richterliche Anordnung bei ex-post-Betrachtung mit Sicherheit ergangen; davon durfte die verantwortliche Staatsanwältin schon bei ihrer Entscheidung ausgehen (vgl. zur Berücksichtigung eines hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs im Rahmen der Abwägung BGH, Beschluss vom 19. Juli 2023 - 5 StR 165/23 Rn. 32 mwN). So waren die Ermittlungsbehörden ab dem 9. Juni 2022 darauf bedacht, absehbar erforderlich werdende richterliche Durchsuchungsanordnungen zeitnah einzuholen (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 18. April 2007 - 5 StR 546/06, BGHSt 51, 285 Rn. 18). Entsprechend waren in den Tagen zuvor bereits mehrere Durchsuchungsanordnungen für Wohnungen beantragt und vom Ermittlungsrichter sämtlich erlassen worden. Darunter befand sich, wie ausgeführt, bereits die erste Bunkerwohnung derselben Bande in der Per. straße. Für ein als Umschlagplatz dienendes Café in der H. straße konnte die Staatsanwaltschaft noch am 24. Oktober 2022 einen richterlichen Durchsuchungsbeschluss erwirken. Dies alles zeigt die Einbettung der Durchsuchungsmaßnahmen in die richterliche Entscheidungskompetenz. Die Durchsuchungsanordnung um 21.43 Uhr lag nach alledem ganz auf der Linie der bisherigen Ermittlungen.