

## B. Fälle zur Durchsuchung (§§ 102, 103 StPO)

### Fall 5: Fabrikgelände

#### Sachverhalt:

Am Montag, den 21.10.2019, 01.00 Uhr, erhält die Streife PMin Mayer und PK Schmid den Auftrag, die Spielhalle „treasure“ in der Reutlinger Straße in Tübingen anzufahren. Dort habe sich soeben ein Überfall ereignet.

Vor Ort befinden sich in der Spielhalle der Anrufer Sven Fischer und der Angestellte der Spielhalle, Max Spitzer, am Tresen. Max Spitzer sitzt sehr apathisch und verängstigt auf einem Barhocker, ist aber offensichtlich nicht verletzt. Sven Fischer gibt an, dass er bisher noch nicht weiß, was genau passiert sei.

Weiter erzählt Sven Fischer:

*„Als ich mit meinem Beagle zum Neckarufer ging, kam ich an der Spielhalle vorbei. Ich bemerkte, dass zwei etwa 25 – 30 Jahre alte Männer rauchend in der Nähe des Seiteneingangs standen. Ich nahm an, dass sie sich unter dem dortigen Vordach unterstellten, weil es leicht nieselte. Als ich ca. 20 Minuten später auf dem Heimweg wieder an der Spielhalle vorbeikam, hörte ich Hilfeschreie und sah, wie dieselben Männer die Spielhalle eilends durch den Hintereingang verließen. Ich erkannte, dass einer der beiden eine Mütze mit Sehschlitzen trug. Dann sind sie mit einem in der Nähe abgestellten gelben Seat Ibiza mit Hamburger Kennzeichen in Richtung Stadtmitte abgehauen. Ich habe sofort die 110 angerufen und mich dann um den Spielhallenmitarbeiter gekümmert.“*

PK Schmid wendet sich nun Max Spitzer zu, der folgendes Tatgeschehen schildert:

*„Gegen 01.00 Uhr wollte ich die Spielhalle durch einen Seiteneingang verlassen, als ich von zwei mit schwarzen Sturmhauben maskierten Männern in die Spielhalle zurückgedrängt wurde. Dort richtete einer der beiden Männer, ein großer hagerer, eine schwarze Pistole direkt auf mich und schrie mich mit hartem Akzent an: „Gibst du Geld, sonst tot!“ Ich nahm alle Geldscheine aus der Kasse und steckte sie in einen hellroten Rucksack, den er mir hinhielt. Es waren so um die 1000 €.“*

Anschließend gibt Max Spitzer noch eine überraschend detaillierte Personenbeschreibung der beiden geflüchteten Männer ab.

Im Rahmen der Fahndung kann der gesuchte Pkw Seat Ibiza nach ca. 25 Minuten vor der Kneipe „Turmstüble“ festgestellt werden. Die Streife entschließt sich daraufhin, die Gaststätte zu überprüfen.

Während eine hinzugezogene Streife bei den Ein- und Ausgängen bleibt und den Pkw observiert, betreten PMin Mayer und PK Schmid die Gaststätte. Zwei Männer, auf die die Täterbeschreibungen zutreffen, ergreifen beim Erkennen der Streife die Flucht. Es gelingt den Polizeibeamten, den kräftigeren Mann zu ergreifen und vorläufig festzunehmen.

Der große schlanke Mann flüchtet durch einen Küchenausgang und klettert über einen Zaun in ein nebenan gelegenes ehemaliges Fabrikgelände, das vom Eventservice-Manager Timo Kaiser unlängst aufgekauft worden war. PK Schmid entschließt sich mit anwesenden Kräften zum sofortigen Absuchen des Geländes. Den flüchtigen Mann kann PMin Mayer in der leerstehenden Fabrikhalle entdecken und vorläufig festnehmen. Bei ihm werden ein serbischer Reisepass und ein Pkw-Schlüssel für den vor der Gaststätte geparkten Pkw mit Hamburger Kennzeichen gefunden.

Der Reisepass ist ausgestellt auf:

Radan Saric

geb. 25.07.1975/Valjevo/Serbische Republik

Wohnort: Beograd, Gavrila Principa 56

PK Schmid befragt die Männer, die leidlich deutsch können, nach Belehrung zu den Eigentumsverhältnissen bezüglich des Seat Ibiza. Beide schweigen daraufhin beharrlich.

Gegen beide Beschuldigte ergeht noch am gleichen Tag Haftbefehl.

Sie lassen sich nun die Einbehaltung des Pkw und dessen Durchsuchung durch den Bereitschaftsrichter anordnen. Bei der Durchsuchung wird unter dem Beifahrersitz ein dunkelblauer Rucksack mit dem vermutlichen Raubgut (Geldscheine) sowie im Fußraum eine Strickmütze mit Sehschlitzen aufgefunden.

### **Aufgabe:**

Erläutern und begründen Sie sachverhaltsbezogen, ob die Durchsuchung des Fabrikgeländes rechtmäßig war.

## **Lösungsvorschlag:**

### **1. Vorprüfung**

Ein einfacher Anfangsverdacht für eine Straftat (Raub o.Ä.) nach § 152 Abs. 2 StPO liegt vor. (Anfangsverdacht = Vorliegen konkreter Tatsachen, die es möglich erscheinen lassen, dass eine verfolgbare Straftat vorliegt.)

Es bestehen zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für einen Raub durch den Anruf von Sven Fischer bei der Polizei und dessen Sachverhaltsschilderung. Dies konkretisiert sich durch die Angaben von Max Spitzer.

Die Polizeibeamten sind somit verpflichtet, dem Legalitätsprinzip nach § 163 StPO nachzukommen und strafverfolgend tätig zu werden. Alle weiteren Maßnahmen richten sich nach der StPO.

### **2. Materielle Rechtmäßigkeit**

#### **2.1 Auswahl der Eingriffsermächtigung**

Als Eingriffsermächtigung ist § 103 StPO heranzuziehen.

#### **2.2 Voraussetzungen der Eingriffsermächtigung**

##### **2.2.1 Zweck/Tatbestandsvoraussetzungen**

Diese Bestimmung lässt eine Durchsuchung bei anderen Personen zu, u. a. zur Ergreifung des Beschuldigten auch eine Durchsuchung der Räumlichkeiten und des befriedeten Besitztums des Unverdächtigen. Unverdächtiger ist, wer nicht als Täter oder Teilnehmer in Betracht kommt oder wegen erkennbarer Schuldunfähigkeit nicht verfolgt werden darf.

Durchsuchungsobjekt sind die im Gesetz genannten „Räume“, zu denen auch das befriedete Besitztum und die anderen Räumlichkeiten des Unverdächtigen zählen. Diese sind nicht allgemein zugängliche Räume, da sie durch einen Zaun befriedetes Besitztum darstellen.

Durchsuchungszweck ist hier die „Ergreifung des Beschuldigten“.

„Ergreifen“ ist jedes Festhalten zur Durchführung einer nach der StPO zulässigen Zwangsmaßnahme. Der flüchtige Mann ist Beschuldigter, weil sich der Tatverdacht gegen ihn soweit konkretisiert hat, dass gegen ihn gezielt Strafverfolgungsmaßnahmen getroffen werden.

Seine Ergreifung soll weitere notwendige Maßnahmen der StPO gewährleisten: Identitätsfeststellung, seine Durchsuchung sowie möglicherweise die vorläufige Festnahme.

Nach § 103 Abs. 1 StPO müssen (konkrete) Tatsachen vorliegen, dass sich der Beschuldigte in den Räumen des Unverdächtigen aufhält. Diese Tatsachen liegen vor. Die Beamten haben durch eigene Wahrnehmung die Gewissheit, dass sich der geflüchtete Mann auf dem ehemaligen Fabrikgelände aufhalten muss.

§ 104 Abs. 1 StPO regelt die Durchsuchung u. a. des befriedeten Besitztums zur Nachtzeit.

Diese Bestimmung ist hier zu beachten, da die Durchsuchung zur Nachtzeit (definiert in § 104 Abs. 3 StPO) erfolgt. Eine nächtliche Haussuchung ist nach § 104 Abs. 1 StPO bei Gefahr im Verzug möglich. Diese ist hier anzunehmen: Eine Aufschiebung der Durchsuchung bis zum Tagesbeginn würde deren Erfolg gefährden, nämlich tatzeitnah den Beschuldigten festzunehmen und die Beweismittel für das Strafverfahren zu sichern.

Es bestünde die Gefahr, dass der Beschuldigte in dieser Zeit alle Beweismittel verschwinden lassen oder er selbst unbemerkt vom Areal flüchten könnte.

Ohne sofortiges Eingreifen wäre das Risiko dahingehend sehr groß, dass das Strafverfahren wesentlich erschwert oder gar vereitelt würde.

Ferner ist es möglich, hier die Durchsuchung zur Nachtzeit auf die vorliegende Tatbestandsvoraussetzung „Verfolgung auf frischer Tat“ zu stützen.

Die Ausnahmen des § 104 Abs. 2 StPO liegen im Sachverhalt nicht vor.

### **2.2.2 Adressat der Maßnahme**

Timo Kaiser ist eine „andere Person“. Er kommt als Verdächtiger des Raubs nicht in Betracht. Somit ist er als Unverdächtiger eine „andere Person“ in Abgrenzung zum Verdächtigen.

## **2.3 Rechtsfolge**

Die Durchsuchung (gezieltes Suchen nach Personen und Sachen oder Spuren) auf seinem befriedeten Besitztum bzw. in seinen anderen Räumen muss Timo Kaiser erdulden.

## **2.4 Verhältnismäßigkeit**

Die Durchsuchung beim Unverdächtigen, auch zur Nachtzeit, war auch im engeren Sinne verhältnismäßig. Sie stand im Verhältnis zur Schwere der Tat (schweres Verbrechen) und zur Intensität des Eingriffs in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung.

Das Grundrecht des Timo Kaiser nach Art. 13 GG wiegt nicht so schwer wie der Strafverfolgungsanspruch des Staates bei diesem schweren Verbrechen, da die Fabrikhalle letzten Endes nicht der „letzte verbliebene Rückzugsraum mit Intimsphäre“ darstellt, wie es bei einer Wohnung der Fall ist. Somit ist der Grundrechtseingriff beim Unverdächtigen begründbar.

## **3. Formelle Rechtmäßigkeit**

### **3.1 Anordnungscompetenz**

Nach § 105 Abs. 1 StPO obliegt die Anordnung einer Raumdurchsuchung dem Richter, bei Gefahr im Verzug der Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen (Richtervorbehalt).

Gefahr im Verzuge lässt sich hier begründen, da die Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung den Untersuchungserfolg vereiteln oder erheblich erschweren würde. Die Festnahme des Beschuldigten würde vermeidbar aufgeschoben und dadurch in Frage gestellt, ebenso die Beschlagnahme der Beweismittel.

Da PK Schmid Ermittlungsperson der Staatsanwaltschaft ist, ist er zur Anordnung der Durchsuchung berechtigt.

## **4. Form- und Fristbestimmungen**

### **4.1 Hinzuziehung von Zeugen**

Nach § 105 Abs. 2 StPO sind, wenn möglich, ein Gemeindebeamter oder zwei Einwohner der Gemeinde als Zeuge zur Wohnungsdurchsuchung hinzuzuziehen. Dies ist hier nicht möglich, da es sich um keine vorbereitete, sondern um eine spontan aus dem Ermittlungsverlauf heraus erfolgte Durchsuchung handelt. Für die Streife ist es nicht möglich, auf der „Hauschwelle“ noch Zeugen aufzutreiben.

Diese wesentliche Formvorschrift wurde nach pflichtgemäßem Ermessen geprüft mit dem Ergebnis der Unmöglichkeit einer Zeughinzuziehung.

#### **4.2 Anwesenheitsrecht des Wohnungsinhabers**

§ 106 Abs. 2 StPO gestattet dem Wohnungsinhaber die Anwesenheit während der Wohnungsdurchsuchung. Dieses Recht konnte Timo Kaiser aus tatsächlichen Gründen nicht wahrnehmen. Wegen Gefahr im Verzug konnte auch nicht gewartet werden, bis er zum Fabrikareal kommt. Auch war es gerade nicht möglich (vgl. Wortlaut § 106 Abs. 2 Satz 2 StPO), einen erwachsenen Vertreter beizuziehen.

#### **5. Ergebnis**

Die Durchsuchung der anderen Räume bei Timo Kaiser war rechtmäßig.

##### **Anmerkung:**

*Das Bundesverfassungsgericht stellt erhöhte Anforderungen an die Prüfung der Verhältnismäßigkeit. Schließlich hat der Nichtverdächtige auch aus Sicht der Ermittlungsbehörden in keiner Weise Anlass zu den Ermittlungsmaßnahmen gegeben (BVerfG NJW 2007, 1084).*

## Fall 6: Ladendieb

### Sachverhalt:

Am Samstag, den 26.10.2019, gegen 12.35 Uhr, wird die Streife PK Weiß/POM Hottinger zur Galeria Kaufhof beordert. Dort gebe es Probleme bei der Personalienfeststellung eines Ladendiebs.

Der Kaufhausdetektiv Patrick Barna stellt den Beamten den mutmaßlichen Ladendieb vor, händigt ihnen ferner ein Ausweispapier des Verdächtigen aus (Duldung als abgelehnter Asylbewerber, ausgestellt von der Stadt Stuttgart auf Tom Clare, nigerianischer Staatsangehöriger). Barna zeigt den Beamten des Weiteren ein Faltbriefchen, das beim Aushändigen der Duldung an ihn auf den Boden gefallen war. Er habe das Briefchen sofort „konfisziert“, weil er glaubt, dass darin Rauschgift sein könne. Als es dann noch Probleme mit der Wohnadresse des Verdächtigen gab, bat er um eine Streife.

Die vom Verdächtigen Tom Clare entwendeten Rasierklingen im Wert von 10,99 € liegen auf dem Schreibtisch.

Nach Tatvorhalt kündigt PK Weiß dem Beschuldigten Clare an, dass er nach weiteren Beweismitteln durchsucht werde. Clare ist davon nicht angetan und stellt sich unwissend.

PK Weiß bittet den Kaufhausdetektiv, während der Durchsuchung das Büro kurzzeitig zu verlassen. Barna kommt dieser Bitte sofort nach.

Sodann wird Clare von der Streife durchsucht und gebeten, sich vollständig zu entkleiden. Beim Slip zögert er und richtet einen fragenden Blick an die Beamten. Diese bestehen jedoch darauf, dass er ihn ablegt. Beim Ausziehen des Slips fallen zahlreiche Faltbriefchen zu Boden. Die Inaugenscheinnahme der Gesäßfalte verläuft dann negativ, ebenso die Nachschau in den Haaren, hinter den Ohren und im „Schritt“.

Die Beamten finden insgesamt 10 Briefchen, die allesamt ein bräunliches Pulver enthalten, das auf Heroin hindeutet.

PK Weiß erklärt die Beschlagnahme, worauf Clare entgegnet:

– „That’s not ok, officer!“

Über die einbehaltenen Briefchen wird Clare eine Bescheinigung ausgehändigt. Weitere erforderliche strafprozessuale Maßnahmen folgen.

### **Aufgabe:**

Erläutern und begründen Sie die Rechtmäßigkeit der strafprozessualen Durchsuchung des Verdächtigen Tom Clare!

### **Lösungsvorschlag:**

#### **1. Vorprüfung**

Ein Anfangsverdacht nach § 152 Abs. 2 StPO liegt vor, wenn es aufgrund konkreter Tatsachen nach kriminalistischer Erfahrung als möglich erscheint, dass eine verfolgbare Straftat begangen wurde. Bloße Vermutungen reichen hierzu nicht aus. Clare war aufgrund der Aussage des Kaufhausdetektivs Barna Verdächtiger eines Diebstahls geringwertiger Sachen. Verdächtiger ist die Person, deren Beteiligung an einer Straftat aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte möglich erscheint.

Die Beamten unterliegen der Strafverfolgungspflicht nach § 163 StPO und werden nach der StPO tätig.

#### **2. Materielle Rechtmäßigkeit**

##### **2.1 Auswahl der Eingriffsermächtigung**

Die Durchsuchung beim Verdächtigen einer Straftat richtet sich nach § 102 StPO.

##### **2.2 Voraussetzungen der Eingriffsermächtigung**

###### **2.2.1 Zweck/Tatbestandsvoraussetzungen**

Für diese strafprozessuale Maßnahme haben die Beamten auf § 102 StPO zurückgegriffen. Nach dieser Norm darf der Verdächtige einer Straftat zur Auffindung von Beweismitteln durchsucht werden, sofern eine Auffindungsvermutung hierfür besteht. Die (Anlass)Straftat ist hier ein Delikt nach §§ 242, 248a StGB und ferner ein unerlaubter Besitz von BtM nach § 29 BtMG.

Die Auffindungsvermutung muss sich bei der Suche nach (weiteren) Beweismitteln auf solche zur Anlasstat beziehen.

Die Durchsuchung erstreckt sich auf das Auffinden weiteren Diebesguts, evtl. mitgeführter Waffen, die eine Qualifizierung nach § 244 StGB begrün-



den würden, sowie weiterer mitgeführter Betäubungsmittel bzw. Dealergeld. Die Auffindevermutung muss aber auf gesicherter Erfahrung beruhen. Im Sachverhalt liegt es nicht fern, dass beim Verdächtigen weitere Beweismittel gefunden werden können.

Es entspricht (gesicherter) polizeilicher Erfahrung, dass Ladendiebe häufig mehr als nur einen (bereits herausgegebenen) entwendeten Gegenstand bei sich haben und nicht selten Waffen oder gefährliche Werkzeuge für den Einsatz im Bedrängnisfall mitführen. Ferner liegt beim Auffinden eines Faltbriefchens die Vermutung nicht fern, es könnte auch BtM-Handel vorliegen und nicht nur (bloßer) Besitz gegeben sein.

Das Suchen nach den BtM in den natürlichen Körperöffnungen ist eine Durchsuchung nach § 102 StPO, weil *körperfremde* Gegenstände, nämlich Rauschgift, gesucht wird. Ein bloßer Augenschein, wie im Sachverhalt die Nachschau in der Gesäßfalte, ist noch keine körperliche Untersuchung nach § 81a StPO, weil nicht die körperliche Beschaffenheit/Funktion überprüft wird. (*Gleiches gilt für Kontrolle des Mundraums nach Rauschgiftplomben, vgl. Urteil OLG Celle vom 05.11.1996, 3 Ss 140/96, NJW 1997, 2463.*)\*

## **2.2.2 Adressat der Maßnahme**

Im Sachverhalt ist Clare Verdächtiger eines Ladendiebstahls und ist ferner des unerlaubten Besitzes von BtM verdächtig. Er ist damit Adressat der Maßnahme.

## **2.3 Rechtsfolge**

Clare muss die Durchsuchung seiner Person erdulden.

## **2.4 Verhältnismäßigkeit**

Die Durchsuchung des Verdächtigen war erforderlich. Wäre sie nicht vorgenommen worden, wären wichtige Beweismittel für das Strafverfahren nicht aufgefunden worden.

Ein milderes Mittel mit gleicher Erfolgsaussicht kam hier nicht in Betracht. Die Durchsuchung war geeignet, da sie ein taugliches Mittel war, um vermutete Beweismittel aufzufinden.

---

\* So auch BayVGH, Entscheidung vom 16.07.1998, NVwZ-RR 1999, 310.

Sie stand im Verhältnis zur Schwere der Tat(en) und zur Stärke des Tatverdachts. Daher war sie auch im engeren Sinne verhältnismäßig.

### **3. Formelle Rechtmäßigkeit**

#### **3.1 Anordnungskompetenz**

Gem. § 105 Abs. 1 StPO dürfen Durchsuchungen nur vom Richter, bei Gefahr im Verzug auch von der Staatsanwaltschaft und deren Ermittlungspersonen angeordnet werden.

Es muss von Gefahr im Verzug ausgegangen werden. Wollten die Beamten einen richterlichen Beschluss zur Durchsuchung des Clare herbeiführen, müssten sie einen solchen über die Staatsanwaltschaft nach § 162 StPO beantragen. Diese Wartezeit auf eine richterliche Entscheidung würde aber den Grundrechtseingriff beim Beschuldigten im Bereich der Freiheit der Person intensivieren oder verlängern. Das entspricht nicht dem Grundsatz des „mildesten Mittels“. Die Gefahr im Verzug liegt hier also nicht im drohenden Beweismittelverlust (die Beamten beobachten ja ständig den Clare), sondern in der ansonsten zwangsläufig entstehenden erheblichen Verlängerung der Zeitspanne, in der Clare festgehalten werden müsste.

### **4. Form- und Fristbestimmungen**

In diesem Fall ist § 81d StPO zu beachten: Personen dürfen nur von Personen gleichen Geschlechts durchsucht werden. Dem wurde im Sachverhalt entsprochen.

### **5. Ergebnis**

Demnach war die Anordnung der Durchsuchung durch PK Weiß (er ist Ermittlungsperson der Staatsanwaltschaft) rechtmäßig.

#### **Anmerkung:**

*Vgl. zur Begründung und Annahme der Gefahr im Verzug die Entscheidung des LG Hamburg vom 06.05.2010 (603 Qs 165/10). Dieses Urteil ist analog mit gleicher Begründung in diesem Sachverhalt anwendbar. ... „Gefahr im Verzug ist anzunehmen, wenn sich der Beschuldigte nach erfolgter Identitätsfeststellung gegen den Willen der Beamten vom Einsatzort entfernen will. Ohne sofortige Anordnung drohe Beweismittelverlust.“*