

VI. Die Lösung

Lösungshinweise (Erläuterung zu Spalte E)

A2 Durchsuchung eines Pkw beim Unverdächtigen

Gefahr des Beweismittelverlusts. Beispielsweise könnte ein Verkehrsteilnehmer von einem flüchtenden Räuber genötigt worden sein, im Auto als Anhalter eine kurze Zeit mitgenommen zu werden.²⁰ Im Fahrzeug des Opfers sind Faserspuren und DNA-Spuren sowie ausgefallene Haare des Täters zu erwarten. Sofern das Fahrzeug spurenschonend gesichert werden kann, muss eine richterliche Anordnung eingeholt werden. Je vergänglicher die erwartete Spurenlage und je exponierter das Fahrzeug den Witterungsbedingungen ausgesetzt ist, desto eher kann Gefahr im Verzug angenommen werden.²¹

Die Lösung (Spalten B–D)

Für die Spalte § vgl. den gesonderten Lösungstext. Dort auch mit Beispielen zu Gefahr im Verzug.

	A	B	C	D
	Maßnahme (Beschreibung) A1 = Beispiel	Paragraf, der die Anordnungs-kom-petenzen regelt	Anordnungs-kom-petenz im Regelfall	Anordnungs-kom-petenz im Eilfall
A1	<i>Durchsuchung der Wohnung beim Beschuldigten einer Hehlerei zum Auffinden gestohlener Gegenstände, 102 StPO</i>	§ 105 Abs. 1 Satz 1 StPO	der Richter	die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen
A2	Durchsuchung eines Pkw einer unverdächtigen Person nach Spuren, die der Täter hinterlassen haben könnte. § 103 Abs. 1 Satz 1 StPO	§ 105 Abs. 1 Satz 1 StPO	der Richter	die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen
A3	Gebäudedurchsuchung gemäß § 103 Abs. 1 Satz 2 StPO	§ 105 Abs. 1 Satz 2 StPO	der Richter	besteht nur für die Staatsanwaltschaft
A4	Durchsuchung einer Wohnung auf richterliche Anordnung, aber zur Nachtzeit. § 104 StPO; eine Ausnahme nach Abs. 2 liegt nicht vor.	§ 104 Abs. 1 Nr. 2 StPO	nicht geregelt	nicht geregelt (Vorschlag: Der Einsatzleiter)
A5	Wohnungsdurchsuchung beim Beschuldigten zum Zwecke seiner Ergreifung. Ein Haftbefehl mit dem Haftgrund Fluchtgefahr liegt vor; Durchsuchung zur Ergreifung gemäß § 102 Abs. 1 Var. 1 StPO	§ 105 Abs. 1 Satz 1 StPO	der Richter	die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen
A6	Vorläufige Festnahme eines Beschuldigten bei Vorliegen der Voraussetzungen eines Haftbefehls wegen Verdunkelungsgefahr, § 112 Abs. 1, 2 Nr. 3 StPO	§ 127 Abs. 2, Var. 1 StPO	Richter gemäß § 114 Abs. 1 StPO	Staatsanwaltschaft und die Beamten des Polizeidienstes, (die keine Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft sein müssen)
A7	Beschlagnahme der Kleidung eines Beschuldigten zur kriminaltechnischen Untersuchung (§ 94 Abs. 2 StPO)	§ 98 Abs. 1 Satz 1 StPO	das Gericht	Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen
A8	Beschlagnahme eines Zufallsfonds im Rahmen einer richterlich angeordneten Wohnungsdurchsuchung	§ 108 Abs. 1 StPO	nicht geregelt	nicht geregelt (der Durchführende)
A9	Körperliche Untersuchung des Beschuldigten gemäß § 81a Abs. 1 Satz 1 StPO	§ 81a Abs. 2 Satz 1 StPO	Richter	Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen
A10	Körperliche Untersuchung des Zeugen gemäß § 81c Abs. 1 StPO (Anordnung)	§ 81c Abs. 5 StPO	Gericht	Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen
A11	Unmittelbarer Zwang bei Durchführung einer körperlichen Untersuchung des Zeugen gemäß § 81 c Abs. 1 StPO (AO Grundmaßnahme wie in Zeile A9 liegt vor)	§ 81c Abs. 6 Satz 2 StPO	Anordnung der Zwangsmittel gemäß § 70 StPO durch den Richter gemäß § 70 Abs. 3 StPO.	Besondere Anordnung des unmittelbaren Zwangs durch Richter

A3 Gebäudedurchsuchung

Ergreifungsdurchsuchung, Gefahr der Flucht des dringend Verdächtigen. Keine Eilkompetenz der Ermittlungspersonen.

A4 Durchsuchung zur Nachtzeit

Gefahr, dass der Durchsuchungszweck nicht erreicht wird, wenn bis zum Ende der Nachtzeit, also bis zum nächsten Morgen um 06:00 Uhr früh, abgewartet wird.

Die Anordnung der nächtlichen Durchsuchung ist eine Frage des „Wie“, nicht des „Ob“, also eine Frage der Durchführung. Deshalb ist eine Anordnung nicht explizit geregelt. Angeordnet werden muss zunächst die Grundmaßnahme der Wohnungsdurchsuchung. Wenn die Durchsuchung selbst, wie hier vorgegeben, richterlich angeordnet wurde, bestand für die Durchsuchung selbst keine Gefahr im Verzug. Behindert das Warten auf das Ende der Nacht(zeit) die Auffindewahrscheinlichkeit eines Gegenstands oder einer Spur? Sofern bei Beantragung das Erfordernis einer Nachtzeitdurchsuchung nahe lag, hätte diese im Beschluss mit angeordnet werden können.²²

Sofern keine derartige Anordnung vorliegt, weil sich jetzt (neue) Tatsachen ergeben, die für eine sofortige Durchsuchung sprechen, muss die Gefahr im Verzug gemäß § 104 Abs. 2 StPO durch den Einsatzleiter gesondert ergehen.

Wahrscheinlicher ist, dass die Anordnung der Grundmaßnahme selbst auf Gefahr im Verzug erfolgt. Dann stellt sich zwischen 21:00 Uhr und 6:00 Uhr die zusätzliche Frage, ob nicht trotzdem bis zum nächsten Morgen gewartet werden kann. Diese Frage würde sich z. B. stellen, wenn ein richterlicher Bereitschaftsdienst mangels Bedarfs nicht eingerichtet ist. Zu prüfen ist immer, ob durch mildere Mittel, z. B. die kurzfristige Observation der Wohnung, ein Durchsuchungsbeginn zur Nachtzeit vermieden werden kann.

Die Nachtzeitproblematik stellt sich auch, wenn eine vor 21:00 Uhr begonnene Durchsuchung ersichtlich erst weit nach 21:00 Uhr beendet sein wird.²³

A5 Haftbefehlsvollstreckung in der Wohnung des Gesuchten

Mit der Eilanordnung soll der Gefahr der Flucht des Beschuldigten vorgebeugt werden (laut Aufgabe war der Haftgrund Fluchtgefahr vorgegeben). Je nach Haftgrund muss der Anlass für die Eilanordnung angepasst werden.

Sehr umstritten ist, ob bereits der richterliche Haftbefehl die Befugnis zur Wohnungsdurchsuchung enthält oder nicht. Die justizielle Praxis²⁴ geht von einer stillschweigend erteilten Anordnung der Ergreifungsdurchsuchung der Wohnung des Beschuldigten im Untersuchungshaftbefehl aus. Dies ist schon anhand der nicht übereinstimmenden Grundrechte der Freiheit der Person einerseits und der Wohnung andererseits nicht nachvollziehbar.²⁵

A6 Vorläufige Festnahme

Bei der vorläufigen Festnahme fällt auf, dass die Grundnorm sich an anderer Stelle in der StPO findet als die Eilmaßnahme. Die vorläufigen Festnahmen haben sich derart verselbständigt, dass das der Fall ist. Dennoch besteht der Zusammenhang, denn die „Voraussetzungen eines Haftbefehls“ sind Tatbestandsmerkmal des § 127 Abs. 2 StPO. Deshalb sind § 112 StPO und nachrangig § 112a StPO inzident bei der vorläufigen Festnahme zu prüfen.

Der Maßstab der Gefahr im Verzug richtet sich nach dem oder den Haftgründen, die bei dieser Inzidentprüfung bejaht werden. Hier ist es die Gefahr der Verdunkelung der Sache, z. B. nach Nr. 3b) eine unlautere Einwirkung auf Zeugen. Das kann z. B. eine ernsthafte Nötigung und Bedrohung eines Anzeigenden sein, die der Beschuldigte während des Einsatzes in Anwesenheit der Polizeibeamten äußert. Die weiteren Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme (dringender Tatverdacht, Verhältnismäßigkeit) müssen natürlich auch vorliegen.

A7 Beschlagnahme eines Spurenträgers

Die Beschlagnahme möglicher Tatkleidung, z. B. um einen Faserspurenvergleich zu ermöglichen oder Rückstände im Stoff mit den Verhältnissen an einem Leichenablageort abzugleichen, erfolgt gemäß § 94 Abs. 2 StPO. In der Praxis sind kombinierte „Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlüsse“ die Regel. Bei vorläufigen Festnahmen z. B. bei einer Nahbereichsfahndung muss nicht nur an die spurenschonende Sicherung, sondern auch an eine richterliche bzw. eine Eilanordnung der Beschlagnahme gedacht werden.

A8 Beschlagnahme eines Zufallsfonds

§ 108 Abs. 1 StPO regelt bereits den Eilfall einer einstweiligen Beschlagnahme, sodass es natürlich keine AnordnungsKompetenz für ein „erwartet-zufälliges“ Auffinden von Beweismitteln geben kann. § 98 Abs. 1 Satz 1 StPO gilt daher nicht.

Zur Anordnung der einstweiligen Beschlagnahme ist der Durchführende der Durchsuchung befugt, also neben Richter und Staatsanwaltschaft jeder Polizeibeamte, auch ohne Ermittlungsperson der Staatsanwaltschaft zu sein.

Den nachträglichen Grundrechtsschutz gewährleisten die Information der Staatsanwaltschaft, das Verbot der Beschlagnahme von Zufallsfunden bei Gebäudedurchsuchungen und die Beachtung der Beschlagnahmeverbote gemäß § 97 StPO auch bei Zufallsfunden.

A9 Einfache körperliche Untersuchung des Beschuldigten

In § 81a Abs. 2 Satz 1 StPO ist statt Gefahr im Verzug die „Gefährdung des Untersuchungserfolgs“ Voraussetzung für eine Eilanordnung. Dies kann z. B. bei der Begutachtung und Fotografie von Wunden der Fall sein, die ein Verletzter im Kampf gegen den Täter verursacht hat. Eine Untersuchung ist die Beschreibung und die Dokumentation (durch Foto oder Video) z. B. von Hämatomen, Kratz- oder Bissspuren.

Bei dem Verdacht der Verkehrsunfallflucht können verkehrstypische Verletzungsmuster durch Gurt und Airbag-Auslösung entstehen. § 142 StGB hat zwar eindeutig verkehrsrechtliche Bezüge, ist jedoch keine Katalogtat der Ausnahmeregelung in § 81a Abs. 2 Satz 2 StPO.

Gefahr im Verzug kann damit begründet werden, dass eine ärztliche Versorgung der Verletzungen unmittelbar bevorsteht, die zur Vernichtung der Spurenlage führen wird.

Auf einen Arzt hinzuweisen, war an dieser Stelle nicht richtig. Das Arzterfordernis besteht nicht bei einfachen körperlichen Untersuchungen. Es handelt sich bei dem Arzterfordernis auch nicht um eine Anordnungs-, sondern eine Durchführungsvorschrift für körperliche Eingriffe.

A10 Einfache körperliche Untersuchung eines Zeugen

„Andere Personen“, das sind überwiegend Opferzeugen, dürfen körperlich untersucht werden, wenn dies verhältnismäßig und zumutbar (Abs. 4) ist. Hinsichtlich körperlicher Eingriffe bestehen erhebliche Einschränkungen (begrenzt in § 81c Abs. 2 StPO). Die Gefahrenlage ist der Verlust der Spurenlage, z. B. durch Duschen, Abheilung der Verletzungen, ärztliche Versorgung.

A11 Unmittelbarer Zwang bei einer körperlichen Untersuchung eines Zeugen

Der Grundfall entspricht dem Fall A9. Zum Beispiel ordnet eine KOK'in die Untersuchung auf Gefahr im Verzug hin an, z. B. die äußerliche, rechtsmedizinische Lebendbegutachtung²⁶ der Geschädigten einer Gewalttat. Sofern die Zeugin auch die einfache körperliche Untersuchung trotz Anordnung verweigert, stellt sich die Frage, ob unmittelbarer Zwang bei Durchsetzung der Maßnahme verhältnismäßig ist. Dass unmittelbarer Zwang nicht verboten ist, zeigt sich bereits am Wortlaut des § 81c Abs. 1 StPO: „ohne ihre Einwilligung“.

Zwangsmassnahmen gegenüber Zeugen sind jedoch anders geregelt als diejenigen gegenüber Beschuldigten. Unwilligen Zeugen droht gemäß § 70 StPO Ordnungsgeld, Ordnungshaft (Abs. 1) und ggf. Erzwingungshaft. Damit dürfte der Verlust der Spurenlage nicht zu verhindern sein. Das erkennt auch der Gesetzgeber und sieht die Anwendung unmittelbaren Zwangs zur Sicherung der Spuren vor, allerdings unter der Voraussetzung

einer besonderen richterlichen Anordnung. Hier ist der Richter derjenige, der die Gefahrenlage prüft. Reicht die Anordnung der Zwangsmittel gemäß § 70 StPO? Oder besteht die Gefahr, dass trotz der Anwendung des § 70 StPO das Beweismittel verlorengeht? Es besteht keine Anordnungsbefugnis für Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen.

- 1 BVerfGE 51, 97 (111) zu Art. 13 Abs. 2 GG und § 105 StPO; BVerfGE 103, 142 ff.; Köhler in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO-Komm., 65. Aufl. 2022, § 98 Rn. 6 m.w.N.
- 2 Sog. „Organisationsverschulden“, welches nicht zu Lasten des Grundrechtsschutzes des Beschuldigten gehen darf.
- 3 Zur Dokumentationspflicht über Tatsachen, die Gefahr im Verzug begründen, vgl. Hauschild in: MüKo-StPO, 2. Aufl. 2023, § 98 Rn. 10.
- 4 Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2022, verschlagwortet nur den „Richtervorbehalt“ und erwähnt darunter die Eilkompetenz „der StA bzw. ihrer Ermittlungspersonen“, § 4 Rn. 33.
- 5 Hauschild in: MüKo-StPO, 2. Aufl. 2023, § 98 Rn. 8 m.w.N.
- 6 Vgl. Hauschild in: MüKo-StPO, 2. Aufl. 2023, § 98 Rn. 8.
- 7 Vgl. Nowrouzian, Kriminalistik 2020, 624 ff.
- 8 Die Zuständigkeit ergibt sich gemäß den §§ 162, 169 StPO und setzt einen Antrag der Staatsanwaltschaft voraus.
- 9 Gerichtsverfassungsgesetz, abgedruckt und kommentiert z. B. bei Meyer-Goßner/Schmitt, StPO-Komm., 65. Aufl. 2022.
- 10 Zum Beispiel eine kurzfristige Observation unterhalb der Schwelle des § 163f Abs. 1 StPO.
- 11 Köhler in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO-Komm., 65. Aufl. 2022, § 98 Rn. 6 m.w.N.; Gerhold in: Beck-OK StPO, 46. Ed., 1.1.2023, § 98 Rn. 4.
- 12 Ablehnend auch Kramer, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 9. Aufl. 2021, Rn. 109a; Müller/Trurnit, StraFo 2008, 144 ff.
- 13 Köhler in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO-Komm., 65. Aufl. 2022, § 98 Rn. 6 m.w.N.; Gerhold in: Beck-OK StPO, 46. Ed., 1.1.2023, § 98 Rn. 4.
- 14 Laut BVerfG NJW 2015, 2787 (2790) sind „...schriftliche[r] Unterlagen zur Herbeiführung einer richterlichen Eilentscheidung zumindest nicht ausnahmslos erforderlich...“.
- 15 Eine nachträgliche gerichtliche Überprüfung kann gemäß § 98 Abs. 2 StPO beantragt werden; die Vorschrift wird im Rahmen des Rechtsschutzes gegen strafprozessuale Maßnahmen auch analog angewandt. Oder die Frage der Rechtmäßigkeit der Anordnung stellt sich im Rahmen der Prüfung eines Beweisverwertungsverbots.
- 16 Hauschild in: MüKo-StPO, 2. Aufl. 2023, § 98 Rn. 10.
- 17 Oder in seltenen Fällen die Staatsanwaltschaft.
- 18 § 132 Abs. 3 Satz 2 StPO verweist auf § 98 StPO, wodurch eine richterliche Anordnungscompetenz besteht. Im Gegensatz dazu besteht bei der Sicherheitsleistung gemäß § 127a StPO kein Richtervorbehalt; Alternative zur Sicherheitsleistung ist die Festnahme des Beschuldigten.
- 19 Es bestehen z. B. erhebliche Differenzen, wann „noch“ eine Durchsuchung einer Person vorliegt in Abgrenzung zu einer körperlichen Untersuchung oder einem körperlichen Eingriff. Bei Lichtbildaufnahmen von einer Person können diese zum Zwecke der Identitätsfeststellung gemäß § 163b, zur Beweissicherung gemäß § 81c Abs. 1 StPO oder als Teil einer erkennungsdienstlichen Maßnahme gemäß § 81b Abs. 1 StPO gefertigt werden. Auch § 100h i. V. m. § 163f StPO könnte in Betracht kommen. Das sind Fragen der Rechtsfolgenreihe der Ermächtigungsgrundlage („Was erlaubt diese Norm?“), welche nicht Gegenstand dieses Beitrags sind.
- 20 So z. B. geschehen nach dem Amoklauf in einer Schule in Winnenden und nach dem Attentatsversuch und Mord vor der Synagoge in Halle/Saale.
- 21 Die Einwilligung des Opfers in die Durchsuchung (und/oder ggf. Beschlagnahme) des Fahrzeugs ist möglich. Die Thematik kann hier aber nicht vertieft werden. Zu neuerdings aufkommenden datenschutzrechtlichen Fragen vgl. Mosbacher, Aktuelles Strafprozessrecht, JuS 2022, 726 (729 ff.), Fall IV.
- 22 Köhler in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO-Komm., 65. Aufl. 2022, § 104 Rn. 1.
- 23 Vgl. zum Ganzen BVerfGE 44, 353 ff.
- 24 Ernst, SchlHA 2022, 81 (81) m.w.N. in Fn.1.
- 25 Ausführlich und sehr lesenswert zuletzt Ernst, SchlHA 2022, 81 ff., Zugriff über juris.
- 26 Die rechtsmedizinische Lebendbegutachtung ist eine Maßnahme, die vom Auskratzen der Rückstände unter den Fingernägeln bis zum Auskämmen der Schamhaare, der äußerlichen Begutachtung des Körpers auf Verletzungen bis hin zu tiefgreifenden Eingriffen intimer Art reichen kann. Es handelt sich um eine Mischung aus Durchsuchung, körperlicher Untersuchung und (nur freiwillig vorgenommenem) körperlichem Eingriff.