



## Auslegung von Gefahr im Verzug (Gef.i.V.) am Beispiel repressiver Beschlagnahmen und Durchsuchungen

### 1. Allgemeine Ausführungen zu Gefahr im Verzug (Gef.i.V.)

Regelungen zur polizeilichen Anordnungszuständigkeit bei Gef.i.V. finden sich insbes. in **§ 98 Abs. 1 S. 1, § 105 Abs. 1 S. 1 und § 111j Abs. 1 S. 3 StPO**.

Nach den o.g. Normen werden die Maßnahmen grds. durch das **Gericht** angeordnet (vgl. § 162 StPO). Diese Anordnung erfolgt auf Antrag der StA (Ausnahme vgl. § 165 StPO) und ergeht durch **Beschluss**, welcher **schriftlich** abzufassen und zu begründen ist (§ 34 StPO). Jedoch kann die richterliche Entscheidung vorab (**fern-)mündlich** an die StA bzw. ihre Ermittlungspersonen übermittelt werden, d.h., der Richter kann seine Anordnung zunächst mündlich treffen.<sup>1</sup>

Bei **Gef.i.V.** kann die Anordnung auch durch die **StA** und nachrangig (s.u.) von ihren **Ermittlungspersonen** (§ 152 GVG) getroffen werden.

**Gef.i.V.** liegt vor, wenn die richterliche Anordnung nicht eingeholt werden kann, ohne dass der Zweck der Maßnahme durch den Zeitverzug gefährdet ist.<sup>2</sup>

Gef.i.V. ist im **Einzelfall** auf **Tatsachengrundlage** zu prüfen. D.h., Spekulationen, Mutmaßungen oder nicht auf tatsächliche Aspekte gestützte „kriminalistische Erfahrungswerte“ reichen nicht aus. Es ist jedoch zu berücksichtigen, wie groß der **Beurteilungs- und Handlungsdruck** ist, sowie die situationsbedingten Grenzen von Erkenntnismöglichkeiten, deren mögliche Unvollständigkeit und vorläufige Natur.<sup>3</sup>

- Für **Wohnungsdurchsuchungen** hat das **BVerfG** mit Urte. v. 20.02.2001, 2 BvR 1444/00 festgestellt, dass der Richtervorbehalt eine vorbeugende Kontrolle der Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz gewährleistet. Die Ausnahmeregelung bei Gef.i.V. ist deshalb eng auszulegen. Nicht ausreichend sind pauschale Annahmen. Erforderlich

---

<sup>1</sup> erg. vgl. SK, § 98 StPO, RN 8

<sup>2</sup> vgl. z.B. SK § 98 StPO, RN 6, § 105 StPO, RN 2, § 111e StPO, RN 3, § 127 StPO, RN 19

<sup>3</sup> BVerfG mit Urte. v. 20.02.2001, 2 BvR 1444/00, RN 51



sind vielmehr fallbezogene Tatsachen, warum die richterliche Entscheidung nicht rechtzeitig erlangt werden kann, ohne den Zweck der Maßnahme zu gefährden (insbes. drohender Beweismittelverlust). Hier wird auch grds. ein Versuch<sup>4</sup> gefordert, den Richter zu erreichen (s.u.). Diese tragenden Gründe sind zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG nachvollziehbar zu dokumentieren.<sup>5</sup> Weil das BVerfG seine Auslegung vorbehaltlos auf Art 13 Abs. 2 GG stützt, gelten diese Anforderungen nicht nur für repressive, sondern auch für präventive Wohnungsdurchsuchungen.<sup>6</sup>

- Diese Anforderungen werden in der Kommentarliteratur auch auf **sonst. repressive Maßnahmen mit Richtervorbehalt übertragen**.<sup>7</sup> Weil es im Strafverfahrensrecht auf eine möglichst umfassende Wahrheitsfindung – wenngleich nicht um jeden Preis – ankommt,<sup>8</sup> gefährdet ein Beweismittelverlust stets die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege und stellt einen rechtfertigenden Grund für eine Einschränkung der gerichtlichen Regelzuständigkeit dar. Wegen dieser Ausnahme ist Gef.i.V. aber wiederum eng auszulegen.

Ergänzend wird vom BVerfG ausgeführt, dass Gef.i.V. Tatbestandsmerkmal für eine nichtrichterliche Anordnung ist, welches Behörden weder ein Ermessen noch einen Beurteilungsspielraum gibt. Die Konkretisierung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs ist von Verfassungs wegen Sache der Gerichte, die die Rechtsanwendung der Behörden insoweit uneingeschränkt nachzuprüfen haben.<sup>9</sup>

- Zwar kann die Rspr. des BVerfG nicht ohne weiteres auf das **PAG übertragen** werden, weil es hier nicht um Beweismittelverlust, sondern um allgemeine Gefahrenabwehr geht,<sup>10</sup> bei der Gef.i.V. maßgeblich an der zeitlichen Nähe des Schadenseintritts in Zusammen-

---

<sup>4</sup> Außerhalb der richterlichen Bereitschaftszeiten wird ein solcher Versuch nicht gefordert; vgl. Beschl. des OLG Bamberg v. 18.12.2009, Az. 2 Ss OWi 1423/09 und dazu die Ausführungen auf S. 5

<sup>5</sup> vgl. Hömig, Art. 13 GG, RN 15

<sup>6</sup> vgl. IMS v. 30.04.2001-IC2-1119.1-24 und IMS v. 12.08.2015-IC2; kritische Darstellung in Schmidbauer/Steiner Art. 95 PAG, RN 22

<sup>7</sup> vgl. z.B. SK § 98 StPO, RN 7, § 111j StPO, RN 2, Möstl/Schwabenbauer in Art. 95 PAG, RN 16

<sup>8</sup> hergeleitet insbes. aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG [Recht auf ein faires Verfahren, sog. „fair trial“] bzw. aus Art. 6 EMRK und in der StPO umgesetzt insbes. durch das Legalitätsprinzip, §§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 1, 2, 163 Abs. 1 S. 1 StPO

<sup>9</sup> BVerfG mit Urt. v. 20.02.2001, 2 BvR 1444/00, RN 45

<sup>10</sup> Möstl/Schwabenbauer in Art. 95 PAG, RN 17, Art. 94 PAG, RN 34; IMS v. 12.08.2015-IC2



schau mit dem gefährdeten Rechtsgut zu bemessen ist. Jedoch gelten auch hier die o.g. Ausführungen zu unbestimmten Rechtsbegriffen (grds. kein Ermessen bzw. Beurteilungsspielraum).<sup>11</sup> Gef.i.V. ist deshalb auch bei PAG-Anordnungen mit Tatsachen zu begründen, die auf den Einzelfall bezogen und in den Akten zu dokumentieren sind (auch die Kontaktversuche mit dem zuständigen Gericht).<sup>12</sup> Dabei sind aber geringere Anforderungen an die Tatsachengrundlagen zu stellen,<sup>13</sup> weil die Polizei im Gefahrenabwehrrecht oft mit Wissensdefiziten, Wahrscheinlichkeiten und Prognosen arbeiten muss.

- **Fazit:** Die Grundsätze des BVerfG sind auf **alle** Gef.i.V.-Regelungen bei Richtervorbehalten anzuwenden. D.h., die StA bzw. Polizei muss Gef.i.V. mit Tatsachen im Einzelfall begründen und kann sich nicht nur auf Spekulationen, Mutmaßungen oder „kriminalistische Erfahrungswerte“ berufen (kein Ermessensspielraum). Jedoch sind keine übersteigerten Anforderungen an die Tatsachengrundlagen zu stellen, weil hier auch der Beurteilungs- und Handlungsdruck, sowie die situationsbedingten Grenzen von Erkenntnismöglichkeiten, deren mögliche Unvollständigkeit und vorläufige Natur einfließen. Dies gilt insbes. bei Richtervorbehalten, die nicht aus der Verfassung hervorgehen (verfassungsrechtliche Richtervorbehalte finden sich nur in den Art. 13 und Art. 104 GG).

Sofern Gef.i.V. vorliegt, bedarf es [nach der wohl hM] bei repressiven Maßnahmen einer weiteren Prüfung, ob die vorrangig zuständige (Jour-)StA rechtzeitig eine Anordnung treffen kann.<sup>14</sup> Zu prüfen ist demnach, ob der Polizei noch die Zeit verbleibt, „gefahrlos“ und in der nötigen Ruhe ein Telefonat mit der StA zu führen, bei dem die wesentlichen Fakten erläutert werden können. Diese Vorrangzuständigkeit braucht nicht extensiv ausgelegt werden, da sie weder verfassungs- noch eingriffsrechtlich geregelt, sondern lediglich durch die Rechtsprechung und Literatur aus der Stellung der StA als "Herrin des Verfahrens" und dem Wortlaut der Anordnungsregelungen (StA wird in den Anordnungsregelungen stets vor den Ermittlungspersonen genannt) hergeleitet wird.

---

<sup>11</sup> SK § 98 StPO, RN 7, Möstl/Schwabenbauer in Art. 94 PAG, RN 36

<sup>12</sup> Möstl/ Schwabenbauer in Art. 94 PAG, RN 33, 34; Schmidbauer/Steiner, Art. 95 PAG, RN 24 ff

<sup>13</sup> Vgl. das IMS v. 12.08.2015-IC2

<sup>14</sup> vgl. z.B. SK § 98 StPO, RN 6 bzw. Beck-OK § 98 StPO, RN 4 und auch Beschl. d. BVerfG v. 11.06.2010 – 2 BvR 1046/08; **AA** Kramer, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 9. Aufl. 2021, Rn. 109a; Müller/Trurnit, StraFo 2008, 144 ff.: Dem Gesetzeswortlaut ist kein klares Stufenverhältnis zu entnehmen. Bei Anordnungen i.S. § 81a Abs. 2 S. 2 StPO wird von Gleichrangigkeit zwischen StA und Polizei ausgegangen (vgl. IMS v. 15.09.2017, IC4-3608.1-71).



Wie schon ausgeführt, hat der Anordnende die Tatsachen des Einzelfalls zu **dokumentieren**, die ihn zu der Annahme von Gef.i.V. bewogen haben. Auch **Versuche**, eine richterliche Regelanordnung oder staatsanwaltschaftliche Eilanordnung einzuholen, sind zu dokumentieren. Bei dem Versuch, die Regelanordnung zu erreichen, ist arbeitsteilig vorzugehen. Die Begründung, alle Kräfte seien im konkreten Einsatz gebunden gewesen, reicht nicht aus. Wenn die Berichtsfertigung nicht vor der Maßnahme erfolgen konnte, was naheliegend ist, ist dies zeitnah nachzuholen. Der Vermerk gehört in die Ermittlungsakte.<sup>15</sup>

### Hinweise für die Praxis:

- Gef.i.V. kann im Rechtssinne nicht dadurch entstehen, dass die Strafverfolgungsbehörden ihre tatsächlichen Voraussetzungen **selbst herbeiführen**. Sie dürfen nicht so lange mit dem Antrag an den Ermittlungsrichter zuwarten, bis die Gefahr eines Beweismittelverlusts tatsächlich eingetreten ist, und damit die (von Verfassungs wegen vorgesehene) Regelzuständigkeit des Richters unterlaufen. An dieser Stelle endet ihr Spielraum, das Ermittlungsverfahren nach kriminalistischen und taktischen Erwägungen frei zu gestalten.<sup>16</sup>
- **Grenze der Eilkompetenz nach richterlicher Befassung:** Wird der Richter mit dem Ersuchen befasst und kann in eine erste Sachprüfung eintreten, endet die Eilkompetenz von StA und Ermittlungspersonen grundsätzlich. Sie lebt nicht deshalb wieder auf, weil der Richter (noch) nicht entschieden hat oder weitere Unterlagen/Ermittlungsakte anfordert. Nur wenn nach richterlicher Befassung neue, unvorhersehbare tatsächliche Umstände eintreten, die eine richterliche Entscheidung objektiv nicht mehr rechtzeitig erreichbar machen, kommt ausnahmsweise eine erneute Eilzuständigkeit in Betracht; auch dies ist konkret zu dokumentieren.<sup>17</sup>
- **Fortsetzung einer Wohnungsdurchsuchung, die bei Gef.i.V. angeordnet wurde, nach einer kurzen, ca. 60-minütigen Unterbrechung durch Verlassen der Wohnung:** Mit dem Verlassen der Wohnung beenden die Beamten konkludent die Durchsuchungsmaßnahme, so dass eine neue Anordnung erforderlich wird (für die aber regelmäßig keine Gef.i.V. vorliegt).<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> MüKo-StPO, § 98 StPO, RN 10

<sup>16</sup> BVerfG mit Urt. v. 20.02.2001, 2 BvR 1444/00, RN 39 bzw. SK § 161, Rn. 7

<sup>17</sup> vgl. Beschl. des BVerfG v. 16.06.2015, 2 BvR 2718/10 bzw. Urt. des BGH v. 06.10.2016, 2 StR 46/15

<sup>18</sup> vgl. Beschl. d. BGH v. 04.06.2020, 4 StR 15/20 bzw. SK § 105 StPO, RN 14



- Ein Verstoß gegen den Richtervorbehalt bzw. eine nicht tragfähig begründete Annahme von Gef.i.V. kann im Strafverfahren prozessuale Folgen bis hin zu einem **Beweisverwertungsverbot** nach sich ziehen. Zur Prüfung ist eine Abwägung zwischen dem Interesse an einer effektiven Strafverfolgung und dem Recht auf ein faires rechtsstaatliches Verfahren vorzunehmen. Dabei wird ein Beweisverwertungsverbot jedenfalls bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen angenommen, bei denen die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen werden. Hier kommt dem Aspekt eines möglichen hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs (auch der Richter hätte die Wohnungsdurchsuchung angeordnet) bei grober Verkennung von Bedeutung und Tragweite des Richtervorbehalts keine Bedeutung zu.<sup>19</sup>

## **2. Tatsächliche Anhaltspunkte, die für Gef.i.V. sprechen** (Einzelfallprüfung !)

- Für einer Gefährdung des Zwecks der Maßnahme durch Zeitverzug und somit für Gef.i.V. kann insbes. die **Nachtzeit sprechen**, wenn ein Richter mangels Bereitschaftsdienstes in der Zeit zwischen 21.00 Uhr und 06.00 Uhr nicht erreichbar ist. Hier liegt Gef.i.V. vor, wenn die Aufschiebung der Maßnahme bis zu Tagesbeginn ihren Erfolg wahrscheinlich gefährden würde.

Im Beschl. v. 18.12.2009 hat das OLG Bamberg<sup>20</sup> ausgeführt, dass in Bayern ein richterlicher Bereitschaftsdienst aufgrund der Anordnung des Bayer. StMJ v. 10.12.2007 zwischen 6.00 und 21.00 Uhr besteht. Dies ist auch den Ermittlungsbehörden bekannt. Es ist daher ausgeschlossen, gegen 23.00 Uhr einen Ermittlungsrichter zu erreichen. Die rein theoretische Möglichkeit, dass ein nicht diensthabender Richter erreichbar sein könnte, verpflichtet die Ermittlungspersonen auch **nicht zum Versuch einer Kontaktaufnahme** mit dem Richter.

- Tatsachen, die für Gef.i.V. sprechen, können sich darüber hinaus ergeben aus ...
  - dem „prozesswidrigen“ **Verhalten** des BS vor, während oder nach der Tat

---

<sup>19</sup> Urt. d. BGH v. 06.10.2016, 2 StR 46/15 bzw. SK § 98 StPO, RN 7; zum präventiven Verwertungsverbot vgl. Schmidbauer/Steiner Art. 95 PAG, RN 30 f

<sup>20</sup> [OLG Bamberg, Beschluss vom 18.12.2009 - 2 Ss OWi 1423/09 - openJur](#)



- BS ist nicht zur Mitwirkung bereit und hat noch Gelegenheit, auf einen Beweisgegenstand einzuwirken (insbes. wenn er nicht nach §§ 127 bzw. 163b StPO festgehalten wird)
  - Das Verhalten bzw. Äußerungen des BS rechtfertigen die Annahme, dass er sich – ohne eine richterliche Entscheidung abzuwarten – entfernen bzw. der Maßnahme entziehen will (z.B. Ladendieb ist aggressiv bzw. kündigt an, dass er eine Personendurchsuchung nicht erdulden bzw. abwarten werde).
  - BS hat in einem zurückliegenden Fall schon einmal versucht, Verdunkelungshandlungen vorzunehmen.<sup>21</sup>
- der **Täterstruktur**
    - Mittäter, Hintermänner, sonstige involvierte Personen (sind über eine polizeiliche Maßnahme informiert und) können noch auf Beweismittel einwirken, z.B. flüchtiger Mittäter.
  - den **Tatumständen**
    - Eine besondere Dringlichkeit kann sich daraus ergeben, dass es sich um flüchtige Beweismittel handelt, z.B. Spuren am Körper oder digitale Daten bei Löschroutinen.
    - Wenn vom Beweismittel zugleich eine Gefahr ausgeht, z.B. Gifte, Sprengstoff, Waffen, BtM, ...
- Für eine Dringlichkeit und somit für Gef.i.V. kann auch das Gebot einer **baldmöglichen Beendigung einer freiheitsbeschränkenden bzw. -entziehenden Maßnahme** sprechen.<sup>22</sup> Dies ist wohl dann der Fall, wenn der BS – insbes. außerhalb der richterlichen Bereitschaftszeiten – nur wegen Fluchtverdacht<sup>23</sup> nach § 127 Abs. 1 StPO festgehalten wird und eine Personen-, Sach- oder Wohnungsdurchsuchung dieser Gefahr ein Ende setzen könnte.
  - Nicht zuletzt kann auch der **Beurteilungs- und Handlungsdruck bei schwerwiegenden Straftaten** eine Dringlichkeit bewirken (Vermeidung von jeglichen Prozessrisiken wegen dem gesteigerten öffentlichen Verfolgungsinteresse) und hat zudem Auswirkungen auf die erforderliche Tatsachengrundlage („je-desto“).

<sup>21</sup> als Anhalt vgl. SK § 112 StPO, RN 26 ff

<sup>22</sup> vgl. IMS v. 30.04.2001-IC2-1119.1-24

<sup>23</sup> Vgl. SK § 127 StPO, RN 10 („Abklärung Haftgründe“ insbes. bzgl. Verdunkelungsgefahr)



**Gegen** Gef.i.V. spricht (Einzelfallprüfung!):

- BS bzw. Dritte haben keine Einwirkungsmöglichkeiten (insbes. nach freiheitsbeschränkenden Maßnahmen bzw. wenn sich der Gegenstand bspw. nach einer präventiven Sicherstellung oder zur Sichtung schon in Verwahrung der Polizei befindet).
- Mitwirkungsbereitschaft (BS kündigt an, am Ort zu bleiben und Telefonate mit StA und Richter abzuwarten – z.B. beim kooperativen Ladendieb)

**3. Beispielfälle:**

1. Ein **Ladendieb** (bei dem keine Hinweise auf „professionelles Vorgehen“ vorliegen) wird vom Ladendetektiv in dessen Büro festgehalten und soll von der soeben eintreffenden Polizei nach weiteren entwendeten Gegenständen durchsucht werden (Personendurchsuchung). Zudem stellt sich die Frage nach einer Wohnungsdurchsuchung. Kann hier in beiden Fällen Gef.i.V. für die Anordnung i.S. § 105 Abs. 1 StPO angenommen werden ?

a. Personendurchsuchung, Anordnung i.S. § 105 Abs. 1 StPO

- Grds. ist anzumerken, dass für eine Personendurchsuchung kein verfassungsrechtlicher, sondern lediglich ein einfachgesetzlicher Richtervorbehalt besteht (§ 105 Abs. 1 StPO) und damit keine „überzogenen“ Anforderungen an die Tatsachengrundlagen für Gef.i.V. gestellt werden müssen.
- Wird der BS – wohl im Ausnahmefall – wg. Fluchtverdacht<sup>24</sup> nach § 127 Abs. 1 StPO festgehalten, dann kann sich aus dem Gebot der baldmöglichen Beendigung der freiheitsentziehenden Maßnahme ein Indiz für Dringlichkeit ergeben.
- Aber auch mit diesen Argumenten ist bei einem kooperativen Ladendieb, der wegen der polizeilichen Beaufsichtigung nicht auf Beweismittel einwirken kann, Gef.i.V. kaum begründbar. Insbes. die Begründung, dass die Polizei nach erfolgter Identitätsfeststellung

---

<sup>24</sup> Vgl. SK § 127 StPO, RN 10 („Abklärung Haftgründe“ insbes. bzgl. Verdunkelungsgefahr)



i.d.R. keine Befugnis<sup>25</sup> mehr zur Festhaltung hat und der BS sich jederzeit entfernen könnte, grenzt an eine Mutmaßung. Gesicherte Tatsachen für Gef.i.V. liegen erst dann vor, wenn der BS tatsächlich im Begriff ist, sich zu entfernen.

- Ergänzende Ansätze für die Praxis:
  - **Verzicht auf eine richterliche Anordnung:** Hier ist zunächst zwischen einem Grundrechtsverzicht (Einverständnis mit dem Grundrechtseingriff) und dem Verzicht auf eine richterliche Anordnung (Verzicht auf eine Förmlichkeit, die den Verdächtigen schützt) zu unterscheiden. Während der Grundrechtsverzicht der zu beurteilenden Handlung die Qualität des Rechtseingriffes nimmt (dann ist keine polizeiliche Befugnis erforderlich), kann hingegen auch nur auf einzelne Förmlichkeiten verzichtet werden (z.B. Richtervorbehalt, gleichgeschlechtliche Durchsuchung<sup>26</sup>, Nachtzeit<sup>27</sup>, die natürlich keine Anwendung findet bei Personendurchsuchungen), was im Beispielsfall bei lebensnaher Betrachtung eher anzunehmen ist. Von einer Unverzichtbarkeit ist grds. nur im absoluten Ausnahmefall auszugehen (Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG).<sup>28</sup> Nach hM ist ein Verzicht restriktiv zu interpretieren. Er muss immer freiwillig (autonome Motive, d.h., mit der Verweigerung gehen keine gewichtigen Nachteile einher) in Kenntnis aller Umstände erfolgen (Belehrung über die Freiwilligkeit und deren Dokumentation). Dabei muss der GR-Träger einwilligungsfähig sein (insbes. keine Volltrunkenheit – ein Kind muss die nötige Verstandesreife haben, ansonsten entscheidet der gesetzl. Vertreter). Eine erteilte Einwilligung ist – während der Durchführung – jederzeit frei widerrufbar (dann wird sofort eine Befugnis erforderlich).<sup>29</sup>
  - Durch die Straftat sind **präventive Maßnahmen nicht ausgeschlossen**, jedoch dürfen damit repressive Anordnungsvorbehalte nicht rechtsmissbräuchlich umgangen

---

<sup>25</sup> Bei einem „einfachgelagerten Ladendieb“ liegen die Voraussetzungen des § 127 Abs. 1 StPO i.d.R. nicht vor.

<sup>26</sup> Vgl. Münchener Kommentar § 81d StPO, RN 8, SK § 81d StPO, RN 4 (differenzierend), Beck OK Möstl/Fickenscher, § 21 BbgPolG, RN 18 (differenzierend: RN 17), Beck OK Möstl/Weiner, § 22 NPOG, RN 49

<sup>27</sup> vgl. SK § 104 StPO, RN 1

<sup>28</sup> So wohl SK § 81d StPO, RN 3

<sup>29</sup> Lisken/Denninger Handbuch des Polizeirechts, Ziff. G., RN 53 ff



werden. Dies ist dann der Fall, wenn das Gefahrenabwehrrecht zur Legitimation einer in Wahrheit bezweckten Strafverfolgungsmaßnahme **nur vorgeschoben** wird.<sup>30</sup>

Dies dürfte wohl der Fall sein, wenn die Personendurchsuchung des Ladendiebs auf Art. 21 Abs. 1 Nr. 1 PAG gestützt werden würde, weil Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Sachen mit sich führt, die sichergestellt werden dürfen.<sup>31</sup>

Anders ist dies zu sehen, wenn beim Ladendieb eine Eigensicherungsdurchsuchung nach **Art. 21 Abs. 2 PAG** vorgenommen wird, weil hier kein rechtsmissbräuchliches Vorschieben vorliegt. Im Rahmen der Doppelfunktionalität können dann auch Beweisgegenstände aufgefunden werden.

b. Wohnungsdurchsuchung, Anordnung i.S. § 105 Abs. 1 StPO

- Auch bei der Wohnungsdurchsuchung könnte daran gedacht werden, diese auf das Einverständnis (Grundrechtsverzicht)<sup>32</sup> bzw. die Einwilligung des Wohnungsinhabers (Verzicht auf die richterliche Anordnung)<sup>33</sup> zu stützen. Im Falle des Widerrufs (s.o.) könnte Gef.i.V. dann aber nicht ausschließlich mit dem Widerruf des Einverständnisses begründet werden, da sich die legitime Inanspruchnahme eines Grundrechts nicht zum Nachteil des Betroffenen auswirken kann. Aus diesen Gründen erscheint es auch nicht besonders ratsam, jedenfalls eine geplante und länger andauernde Wohnungsdurchsuchung, für die keine Gef.i.V. vorliegt, allein auf das Einverständnis bzw. die Einwilligung zu stützen. Hier empfiehlt sich regelmäßig der rechtssichere Weg über den Richter.

---

<sup>30</sup> vgl. SK § 152 StPO, RN 6, § 161 StPO, RN 13, § 163 StPO, RN 17 bzw. § 105 StPO, RN 1b StPO: Weil hier aber nur Fälle beschrieben werden, bei denen das Legalitätsprinzip aus kriminaltaktischen Gründen zeitlich hinausgeschoben wird, erscheint das generelle Abstellen auf präventive Maßnahmen eher als unzulässig. Hierzu wird in SK § 105 StPO, RN 1c ausgeführt, dass ein Abstellen auf eine präventive Rechtsgrundlage dann unzulässig ist, wenn damit strafprozessuale Anordnungsvoraussetzungen rechtsmissbräuchlich umgangen werden. Dies ist dann der Fall, wenn das Gefahrenabwehrrecht zur Legitimation einer in Wahrheit bezweckten Strafverfolgungsmaßnahme nur vorgeschoben und in Wirklichkeit keine Gefahrenabwehr beabsichtigt wird.

<sup>31</sup> Schmidbauer/Steiner Art. 21 PAG, RN 10: Hier müssen konkrete Tatsachen vorliegen, wie bspw. eigene Wahrnehmung der Polizei (z.B. polizeiliche Observation, ausgebeulte Tasche beim Einbrecher), früher gewonnene Erkenntnisse, Indizien (z.B. auf frischer Tat ertappter Kaufhausdieb), förmliche Zeugenaussagen, ...

<sup>32</sup> s.o. bzw. SK § 105 StPO, RN 1 und Schmidbauer/Steiner Art. 23 PAG, RN 10

<sup>33</sup> Vgl. Schmidbauer/Steiner Art. 23 PAG, RN 34



- Bei der Prüfung von Gef.i.V. sind bei einer Wohnungsdurchsuchung wohl höhere Anforderungen an die Tatsachengrundlage zu stellen, da schon ein verfassungsrechtlicher Richtervorbehalt in Art. 13 Abs. 2 GG besteht. Solche Tatsachen können sein:
  - Nachtzeit – s.o. Ziff. 2 (Frage: kann bis zu den Morgenstunden abgewartet werden?)
  - Täter/Mittäter ist auf der Flucht und könnte noch auf Beweismittel einwirken
  - Täter wird nur wg. Fluchtverdacht<sup>34</sup> nach § 127 Abs. 1 StPO festgehalten (Dringlichkeit aus dem Gebot zur baldmöglichen Beendigung der Freiheitsentziehung)
  - Sonst. Umstände im Einzelfall, die auf eine naheliegende Verdunkelungsgefahr, also einen Beweismittelverlust schließen lassen:
    - professionelles Vorgehen (z.B. Rucksack ist mit Alufolie ausgepolstert um Detektoren zu umgehen), bandenmäßige Begehung, Wiederholungstäter, Erkenntnisse aus zurückliegenden Delikten
    - reisende Tätergruppe ohne festen Wohnsitz (z.B. nur Zimmer in Gasthaus)
    - gesteigerter Ermittlungsdruck aus der Schwere bzw. den Folgen der Straftat, insbes. Auswirkungen auf das Opfer (hoher Diebstahlschaden, hohe Verbrechensfurcht der Bevölkerung was bspw. bei einem Wohnungseinbrecher der Fall sein dürfte)
- Hiervon kann jedenfalls bei einem "alltäglichen Ladendieb" (geringwertiges Diebesgut und kein Hinweis auf Wiederholungstäter) wohl nicht ausgegangen werden. Nur ergänzend ist anzumerken, dass eine Durchsuchung der Wohnung in diesem Fall regelmäßig auch nicht verhältnismäßig und damit auch bei G.i.V. nicht anordnungsfähig wäre.

2. Während der **Tageszeit** wird bei einer Kontrolle im Rahmen der **Schleierfahndung** (Art. 13 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 PAG) festgestellt, dass der Fahrzeugführer ein mitgeführtes Handy gestohlen hat (numerische Sachfahndung i.S. Art. 61 Abs. 1 S. 3 PAG). Besteht hier Gef.i.V. für die **Beschlagnahme** des Handys als Beweismittel und Einziehungsgegenstand (§§ 98 Abs. 1 bzw. 111j Abs. 1 StPO) bzw. kann eine **Durchsuchung** des Pkw nach weiterem Diebesgut angeordnet werden (§ 105 Abs. 1 StPO) ?

a. Beschlagnahme des Handys, §§ 98 Abs. 1 S. 1, 111j Abs. 1 S. 3 StPO ?

---

<sup>34</sup> Vgl. SK § 127 StPO, RN 10 („Abklärung Haftgründe“ insbes. bzgl. Verdunkelungsgefahr)



- Die unproblematischste Vorgehensweise ist hier natürlich die einfache Sicherstellung i.S.d. **§ 94 Abs. 1 StPO**, die jedoch eine freiwillige (widerspruchslose)<sup>35</sup> Herausgabe des Gewahrsamsinhabers voraussetzt.<sup>36</sup>

Zu denken wäre auch an eine Mitnahme zur Durchsicht nach **§ 110 Abs. 2 S. 2 StPO** (vorläufige amtliche Verwahrung), weil diese keine Beschlagnahme darstellt und somit auch dann von Ermittlungspersonen der StA angeordnet und ggf. mit Zwang durchgeführt werden kann, wenn keine Gef.i.V. vorliegt.<sup>37</sup>

- Besteht **keine weitere Festhaltebefugnis** (insbes. nach § 127 oder 163b StPO), dann sind die Gegebenheiten vor Ort und das Verhalten des Beschuldigten entscheidend.
  - Hat der BS Zugriff auf sein Handy (allein die vorausgegangene und abgeschlossene Durchsuchung bzw. Sichtung berechtigt die Polizei nicht mehr, dem BS das Handy vorzuenthalten) und möchte er sich entfernen oder kann er Verdunkelungshandlungen vornehmen (z.B. verfahrensbeeinträchtigendes Telefonat, Manipulation am Handy insbes. durch Beseitigung von Spuren, Beschädigung durch Wurf auf eine befahrene Straße, Beseitigung durch Wurf in eine Hecke oder einen Fluss)
  - oder lässt er das Handy freiwillig im Gewahrsam der Polizei und ist geduldig bereit, eine richterl. Anordnung abzuwarten, die auch telefonisch herbeigeführt werden kann.
- Besteht eine **Festnahmebefugnis**, dann gibt jedenfalls der Wortlaut des § 127 StPO keine ergänzende Befugnis zur **Wegnahme mitgeführter Gegenstände**. Eine solche Befugnis könne nach eA aber – jedenfalls bei freiwilliger Herausgabe – aus dem Sinn

---

<sup>35</sup> Münchener Kommentar § 94 StPO, RN 43: Die Herausgabe muss ausdrücklich oder stillschweigend freiwillig erfolgen, also jedenfalls ohne Androhung von Zwang. Die Freiwilligkeit setzt die Kenntnis voraus, dass eine Pflicht zur Herausgabe nicht besteht. Eine Belehrung darüber ist grds. nicht erforderlich. Die Motive für die Herausgabe sind unerheblich, also auch z.B. wenn der Gewahrsamsinhaber eine drohende förmliche Beschlagnahme abwenden will. Liegen die Voraussetzungen einer förmlichen Beschlagnahme nicht vor (insbes. wenn Gef.i.V. nicht besteht), setzt Freiwilligkeit eine Belehrung darüber voraus, dass ein zwangsweiser Zugriff darauf unzulässig wäre.

<sup>36</sup> Weil es im Bsp. wg. § 935 Abs. 1 BGB (kein gutgläubiger Erwerb bei abhandengekommenen Sachen) nicht auf die Herbeiführung eines Veräußerungsverbot i.S. § 111d StPO ankommt, wäre § 94 Abs. 1 StPO ausreichend.

<sup>37</sup> Karlsruher Kommentar, § 94 StPO, RN 4b, 15



und Zweck der Norm hergeleitet werden.<sup>38</sup> Ein signifikanter Anwendungsbereich würde sich mit dieser Auslegung jedenfalls dann ergeben, wenn die Wegnahme auch gegen den Willen des Betroffenen erfolgen kann (bei Freiwilligkeit greift bereits § 94 Abs. 1 StPO). Jedenfalls in der – nach wie vor zitierten – Rspr. des Reichsgerichts wurde dahingehend keine Einschränkung vorgenommen. Dagegen spricht aber, dass eingriffsintensive Maßnahmen nur auf normenklaren Regelungen basieren können und

---

<sup>38</sup> In SK § 98 StPO, RN 2 wird unter Verweis auf Kommentar Löwe/Rosenberg/Menges, § 98 StPO, RN 4 ausgeführt, dass mitgeführte Sachen bei festgenommenen Personen ohne weiteres in staatlichen Gewahrsam übergehen. Eine Beschlagnahme zu Beweis Zwecken bedarf es aber, wenn die dazu benötigten Sachen später zurückverlangt oder nicht freiwillig herausgegeben werden.

Kommentar Löwe/Rosenberg, 27. Auflage 2024 führt dazu unter § 98 StPO, RN 4 und 5 aus: Bei der vorläufigen Festnahme nach § 127 StPO gehen zunächst alle Sachen, die der Festgenommene bei sich führt, zwangsläufig mit ihm in den polizeilichen oder richterlichen Gewahrsam über (RGSt 8 291; Heidelberger Kommentar 2023 / Gercke, § 98 StPO, RN 2). Der Festnehmende darf sie für die Dauer der Festnahme auch dann wegnehmen und vorläufig verwahren, wenn er zur Beschlagnahme nicht befugt ist (RGSt 8 290; Heidelberger Kommentar 2023 / Gercke, § 98 StPO, RN 2). Werden die Gegenstände aber als Beweismittel benötigt, bedarf es der Sicherstellung. Deren Anordnung ist regelmäßig Sache des Gerichts, da Gef.i.V. nur vorliegt, wenn eine gerichtliche Entscheidung vor der Freilassung nicht erreicht werden kann. Aus dem Recht der Festnahme nach § 127 StPO folgt kein Recht zur Beschlagnahme von Beweismitteln beim Festzunehmenden.

Heidelberger Kommentar 2023 / Gercke, § 98 StPO, RN 2: ... Jedoch ist eine Beschlagnahme zu Beweis Zwecken erforderlich, wenn die betreffenden Gegenstände später zurückverlangt oder nicht freiwillig herausgegeben werden. Denn allein aus dem Recht zur Festnahme nach § 127 StPO folgt kein Recht zur Beschlagnahme von Beweismitteln, da jeder Eingriff in die Rechte des Bürgers eine eigenständige Eingriffsbefugnis verlangt.

RGSt 8 290, 291 (Auszug aus der Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1882): Liegt eine Verhaftung oder vorläufige Festnahme vor, so findet eine besondere Beschlagnahme der Sachen, welche die Person im Augenblick der Verhaftung oder Festnahme an oder bei sich trägt, nicht statt. Es folgt aber aus der Tatsache der Verhaftung unmittelbar, dass alle diejenigen Sachen, welche der Verhaftete bei sich trägt, mit dem Verhafteten selbst in den polizeilichen bzw. richterlichen Gewahrsam übergehen, weil mit dem Augenblick der Verhaftung die Freiheit des Verhafteten, über seine Sachen und dasjenige, was er bei sich trägt, zu verfügen, durch die entgegenstehenden Rechte desjenigen, der die Verhaftung oder vorläufige Festnahme angeordnet bzw. vollzogen hat, beschränkt wird. Wenn hierüber eine besondere Bestimmung der StPO nicht getroffen ist, so erklärt sich dies daraus, dass dieser Satz sich als unmittelbare Konsequenz aus dem Begriff der Verhaftung bzw. Festnahme ergibt. Die gegenteilige Annahme würde auch zu Ergebnissen führen, welche der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann, da bspw. alsdann ein Polizeibeamter, welcher nicht zu den Hilfsbeamten der StA gehört, einen auf der Tat betroffenen und von ihm auf Grund des § 127 StPO vorläufig festgenommenen Taschendieb nicht daran würde hindern können, das gestohlene Portemonnaie einem anderen noch nach seiner Festnahme zu übergeben. Dasselbe muss auch dann gelten, wenn von der Ausführung der Festnahme selbst Abstand genommen worden ist, weil der Angeklagte sich seiner Festnahme nicht freiwillig unterwarf (Anm.: Täter ist flüchtig und hat den Gegenstand zurückgelassen). Denn das Recht, eine Person mit den Sachen, welche sie bei sich führt, festzunehmen, schließt das Recht in sich, auch die Sachen allein in Verwahrung zu nehmen, wenn sich der für festgenommen Erklärte der Festnahme nicht freiwillig unterwirft, aber sich derjenigen Sachen, welche er bei sich führt, zu entäußern versucht, da in solchem Falle das Recht der Wegnahme der Sache und insbes. derjenigen Sachen, welche als Überführungsstücke in Betracht kommen, im Verhältnis zu dem Recht der Festnahme der Person selbst lediglich als Minus erscheint.



deshalb erscheint diese Auslegung wohl nur bei Freiwilligkeit vertretbar, weil damit die Eingriffsqualität abgesenkt wird.

- Ein Argument für Dringlichkeit ist oft auch die Herbeiführung des Veräußerungsverbots i.S. § 111d StPO i.V.m. § 136 BGB (i.R.d. Beschlagnahme zur Sicherung der Einziehung, §§ 111b ff StPO). Dieses verhindert nicht nur die Wirksamkeit einer Veräußerung,<sup>39</sup> sondern auch sonst. vermögensmindernder Verfügungen (zB Schenkung oder Belastungen mit dingl. Rechten). Das Veräußerungsverbot bietet zwar keinen Schutz gegen gutgläubigen Erwerb,<sup>40</sup> jedoch scheidet dieser bei gekennzeichneten Beschlagnahmegegenständen aus, weil in diesem Fall sonst. Abhandenkommen i.S. § 935 BGB vorliegt.

Anm.: Im vorliegenden Fall kann aber nicht mit der Dringlichkeit der Herbeiführung des Veräußerungsverbot argumentiert werden, weil aufgrund des Diebstahls wg. § 935 Abs. 1 BGB ohnehin keine wirksame Eigentumsübertragung erfolgen kann (gleiches gilt für die Fälle, in denen der Eigentumserwerb schon an § 134 BGB scheitert, z.B. verbotene Waffen oder illegale BtM).

- Bei Diebesgut (wie vorliegend) könnte die Sicherstellung (theoretisch) auch nach **Art. 25 Abs. 1 Nr. 1a PAG** (gegenwärtige Gefahr für Eigentum und Rechtsordnung) bzw. **Art. 25 Abs. 1 Nr. 2 PAG** erfolgen, um den Inhaber vor Verlust oder Beschädigung zu schützen.<sup>41</sup> Jedoch stellt sich auch hier die Frage, ob damit eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der repressiven Anordnungsvoraussetzung i.S. der §§ 98 Abs. 1 S. 1, 111j Abs. 1 StPO vorliegt, was nicht ganz von der Hand zu weisen wäre.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> diese setzt nicht zwingend eine Übergabe i.S. § 929 BGB voraus, sondern kann auch durch ein mündlich vereinbartes Besitzmittlungsverhältnis i.S. §§ 930, 933 BGB ersetzt werden, bei dem der Verkäufer im Besitz der Sache bleibt und der Käufer durch die Vereinbarung einer Verwahrung oder Leihe zum mittelbaren Besitzer wird  
<sup>40</sup> vgl. SK § 111d StPO, RN 2: wenn sich der gute Glaube auf das Nichtbestehen des Veräußerungsverbots bezieht, §§ 135 Abs. 2, 136 BGB

<sup>41</sup> Möstl/Schwabenbauer, Art. 25 PAG, RN 24.1

<sup>42</sup> vgl. SK § 152 StPO, RN 6, § 161 StPO, RN 13, § 163 StPO, RN 17 bzw. § 105 StPO, RN 1b StPO: Weil hier aber nur Fälle beschrieben werden, bei denen das Legalitätsprinzip aus kriminaltaktischen Gründen zeitlich hinausgeschoben wird, erscheint das generelle Abstellen auf präventive Maßnahmen eher als unzulässig. Hierzu wird in SK § 105 StPO, RN 1c ausgeführt, dass ein Abstellen auf eine präventive Rechtsgrundlage dann unzulässig ist, wenn damit strafprozessuale Anordnungsvoraussetzungen rechtsmissbräuchlich umgangen werden. Dies ist dann der Fall, wenn das Gefahrenabwehrrecht zur Legitimation einer in Wahrheit bezweckten Strafverfolgungsmaßnahme nur vorgeschoben und in Wirklichkeit keine Gefahrenabwehr beabsichtigt wird.



Eher vertretbar erscheint **Art. 25 Abs. 1 Nr. 3 PAG**, der bei festgehaltenen Personen eine Sicherstellung von mitgeführten „gefährlichen Gegenständen“ bzw. von solchen erlaubt, die eine Flucht ermöglichen oder erleichtern können.<sup>43</sup> Und hier reicht schon die abstrakte Gefahr, eine konkrete Verwendungsabsicht muss nicht erkennbar sein.<sup>44</sup> Das wäre im o.g. Bsp. nicht ganz fernliegend, weil mit einem Handy auch eine Flucht ermöglicht oder erleichtert werden kann.

Anm.: Erfolgt eine präventive Sicherstellung, dann entbindet das natürlich nicht von einer anschließenden richterlichen Beschlagnahmeanordnung im Ermittlungsverfahren.

b. Durchsuchung des Fahrzeugs, §§ 105 Abs. 1 StPO ?

- Einleitend ist hier anzumerken, dass es wohl am naheliegendsten ist, die bei einer Kontrolle nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 PAG erfolgende weitere Durchsuchung des Pkw nach dem Auffinden von Diebesgut weiterhin auf Gefahrenabwehrrecht zu stützen (**Art. 21 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 Nr. 1 PAG**). Mit dem Auffinden von Diebesgut endet ja nicht die präventive Befugnis, die mit der Zielrichtung der Bekämpfung grenzüberschreitender Kriminalität durchgeführt wird und zudem werden auch nicht repressive Anordnungsvoraussetzungen gezielt und somit rechtsmissbräuchlich umgangen.<sup>45</sup> Und hier kann die Anordnung durch jeden PVB erfolgen.
- Bei einer repressiven Durchsuchung würde sich hier sogar die Frage stellen, ob allein ein entwendetes Handy schon die Vermutung i.S. § 102 StPO begründet, dass die Fahrzeugdurchsuchung zur Auffindung weiterer Beweismittel (Diebesgut) führen werde. Nur sofern

---

<sup>43</sup> zu Bsp. vgl. Schmidbauer/Steiner Art. 25 PAG, RN 35: neben scharfen und spitzigen Gegenständen auch solche, die eine Flucht ermöglichen oder erleichtern können

<sup>44</sup> Schmidbauer/Steiner Art. 25 PAG, RN 33 bzw. Möstl/Schwabenbauer, Art. 25 PAG, RN 26

<sup>45</sup> vgl. SK § 152 StPO, RN 6, § 161 StPO, RN 13, § 163 StPO, RN 17 bzw. § 105 StPO, RN 1b StPO: Weil hier aber nur Fälle beschrieben werden, bei denen das Legalitätsprinzip aus kriminaltaktischen Gründen zeitlich hinausgeschoben wird, erscheint das generelle Abstellen auf präventive Maßnahmen eher als unzulässig. Hierzu wird in SK § 105 StPO, RN 1c ausgeführt, dass ein Abstellen auf eine präventive Rechtsgrundlage dann unzulässig ist, wenn damit strafprozessuale Anordnungsvoraussetzungen **rechtsmissbräuchlich umgangen** werden. Dies ist dann der Fall, wenn das Gefahrenabwehrrecht zur Legitimation einer in Wahrheit bezweckten Strafverfolgungsmaßnahme **nur vorgeschoben** und in Wirklichkeit keine Gefahrenabwehr beabsichtigt wird.



dies (in vertretbarer Weise) angenommen wird, wäre weiter zu prüfen, ob Gef.i.V. i.S. § 105 Abs. 1 StPO vorliegt:

- Das Einverständnis mit der Durchsuchung bzw. ein Verzicht auf die richterliche Anordnung würden auch hier die Problematik entschärfen (vgl. Bsp. 1).
- Liegt dieses nicht vor, dann ist wiederum zu prüfen, ob ein Beweismittelverlust droht, der mit dem Zeitverzug einer richterlichen Einbindung einhergeht:
  - o Besteht keine weitere Festhaltebefugnis (so wohl im Bsp.), dann ist auch hier das Verhalten des Beschuldigten entscheidend: möchte er sich entfernen bzw. besteht die Möglichkeit von Verdunkelungshandlungen oder ist er geduldig bereit, eine richterliche Anordnung abzuwarten.
  - o Besteht eine Festhaltebefugnis, dann könnte auch hier auf die o.g. Rspr. zur Wegnahme mitgeführter Sachen von festgenommenen Personen unter Fn. 36 abgestellt werden, ansonsten sind die Tatumstände im Einzelfall entscheidend (s.o.):
    - Kann eine richterliche Entscheidung vor Ort abgewartet werden ? Erfolgt die Festhaltung nach § 127 StPO nur wegen Fluchtverdacht,<sup>46</sup> dann kann sich eine Dringlichkeit auch aus dem Gebot ergeben, die freiheitsentziehende Maßnahme nach § 127 Abs. 1 StPO baldmöglichst zu beenden.
    - Kann das Fahrzeug vor Ort abgestellt werden ? Dies kann an den örtl. Gegebenheiten scheitern, aber auch dann, wenn aufgrund tatsächl. Anhaltspunkte die Gefahr besteht, dass ein Dritter auf das Fzg. einwirken könnte (z.B. Bandenstruktur oder bereits erfolgte Verdunkelungshandlungen). In die Erwägungen muss auch die Bedeutung der Straftat einfließen, d.h., bei einer schweren Straftat kann auch kein geringes Risiko eines Beweismittelverlusts hingenommen werden.

Stefan Heißenhuber, Juli 2026

---

<sup>46</sup> Vgl. SK § 127 StPO, RN 10 („Abklärung Haftgründe“ insbes. bzgl. Verdunkelungsgefahr)