

Wohnungsdurchsuchung: erlaubtes Verhalten als Tatverdacht?

StPO § 102; StGB §§ 184b Abs. 1, 176 Abs. 1

Erlaubtes Verhalten (hier: Bezug nicht-pornographischer Nacktbilder von Kindern) kann bei der für die Beurteilung des Tatverdachts nötigen Gesamtabwägung im Einzelfall ein Indiz darstellen, für sich alleine aber regelmäßig keine Grundlage für die Annahme einer für eine Wohnungsdurchsuchung ausreichenden Wahrscheinlichkeit i.S.d. § 102 StPO sein.

LG Regensburg, Beschl. v. 10.10.2014 – 2 Qs 41/14

Aus den Gründen: [1] **I.** Nach den Ergebnissen der Ermittlungen des BKA, der GStA Frankfurt/M. sowie der StA Regensburg besteht gegen den Besch. der Verdacht, dass er am 29.07.2010 über die Internetseite www.a...de von der Fa. X die Bildserie «... PHOTOS» zum Download gegen einen Kaufpreis von 6,95 US-Dollar (5,33 Euro) bezog. Er benutzte dabei seine Klarpersonalien, die E-Mailadresse »K...@...« und seine Kreditkarte. Die Bildserie zeigt nackte Kinder, zählt aber nach Beurteilung aller drei Ermittlungsbehörden zu der so genannten »Kategorie II« (nichtpornografische Nacktaufnahmen von Kindern und Jugendlichen)«. Die Fa. X vertrieb auch umfangreiches strafbares kinder- und jugendpornografisches Material (»Kategorie I«).

[2] **1.** Die StA Regensburg beantragte mit VfG. v. 01.07.2014 bei dem AG – Ermittlungsrichter – Regensburg den Erlass eines Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlusses für die Wohnung und Fahrzeuge des Besch. mit der Begründung, dass aufgrund der Bestellung des legalen oben genannten Bildmaterials auch der Verdacht des Erwerbs und Besitzes (anderer) kinder- oder jugendpornografischer Schriften gem. §§ 184b, c StGB bestehe.

[3] Das AG lehnte mit VfG. v. 03.07.2014 den Erlass eines entsprechenden Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlusses ab. Dies begründete das AG damit, dass es sich bei den vorgelegten Bildern »noch nicht einmal um Posing-Darstellungen« handle.

[4] Der mit VfG. v. 08.07.2014 eingelegten Beschwerde der StA Regensburg half das AG mit Beschl. v. 14.07.2014 nicht ab. [...]

[5] **2.** Die Kammer hat die StA Regensburg um umfangreiche Nachermittlungen gebeten, welche ergeben haben, dass mit Ausnahme des Bezuges der Bilderserie «... PHOTOS» keine weiteren relevanten Erkenntnisse gegen den Besch. zu ermitteln waren.

[6] Der Auszug aus dem BZR für den Besch. weist keine Einträge auf.

[7] **II.** Die Beschwerde der StA Regensburg gegen die Ablehnung des Erlasses der beantragten Durchsuchungsanordnung ist gem. § 304 StPO zulässig, erweist sich in der Sache aber als unbegründet.

[8] Es fehlt nämlich derzeit an Erkenntnissen, die die ausreichende Wahrscheinlichkeit begründen, dass der Besch. eine Straftat begangen hat. Zudem wäre eine Durchsuchung der Wohnung auch nicht verhältnismäßig.

[9] **1.** Die Kammer hat die von der StA Regensburg auszugsweise vorgelegten Lichtbilddateien der Bilderserie «... PHOTOS» in Augenschein genommen. Zu sehen sind nackte Jungen im Alter von etwa 10 bis 12 Jahren in einem Umkleidebereich, u.a. beim Duschen.

[10] Bei diesen Bildern handelt es sich nicht um kinderpornografische Schriften i.S.d. § 184b Abs. 1 StGB, da sie keine sexuelle Handlungen von, an oder vor Kindern (§ 176 Abs. 1) zum Gegenstand haben. Die Bilder wurden auch augenscheinlich nicht heimlich aufgenommen. Der Erwerb und der Besitz solcher Bilddateien sind – auch nach Ansicht der StA Regensburg – de lege lata nicht strafbar.

[11] **2.** Die Durchsuchung der Wohnung stellt regelmäßig einen schweren Eingriff in die grundrechtlich geschützte Lebenssphäre des Betroffenen, namentlich in das durch Art. 13 Abs. 1 GG geschützte Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung, dar.

[12] Im Bereich der Strafverfolgung ist Voraussetzung einer Durchsuchungsanordnung die Wahrscheinlichkeit, dass eine bestimmte Straftat bereits begangen worden ist; hierfür müssen zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Das Gewicht des Eingriffs verlangt als Durchsuchungsvoraussetzung Verdachtsgründe, die über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen. Die Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung steht zudem von vornherein unter dem allg. Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit. Der jeweilige Eingriff muss insbes. ein angemessenes Verhältnis zur Stärke des bestehenden Tatverdachts wahren. So statuiert auch Nr. 73a RiStBV: »Durchsuchung und Beschlagnahme stellen erhebliche Eingriffe in die Rechte des Betroffenen dar und bedürfen daher im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einer sorgfältigen Abwägung.«

[13] **3.** Gegenwärtig erkennt die Kammer bereits keine Wahrscheinlichkeit, dass der Besch. eine bestimmte Straftat begangen hat.

[14] **a)** Die auf Bitte der Kammer von der StA Regensburg durchgeführten Nachermittlungen ergaben, dass über den entgeltlichen Erwerb der Bilderserie «... PHOTOS» hinaus keinerlei relevanten Erkenntnisse gegen den Besch. vorliegen.

[15] **b)** Erlaubtes Verhalten kann zwar nach der Überzeugung der Kammer bei der für die Beurteilung des Tatverdachts nötigen Gesamtabwägung durchaus im Einzelfall ein Indiz darstellen. Es kann jedoch für sich alleine genommen regelmäßig keine Grundlage für die Annahme einer für eine Wohnungsdurchsuchung ausreichenden Wahrscheinlichkeit i.S.d. § 102 StPO sein. Würde man nämlich – auch ggf. unter Beachtung kriminalistischer Erfahrungssätze oder sonstiger allg. Überlegungen – alleine aus erlaubtem Verhalten die Wahrscheinlichkeit zusätzlichen verbotenen Tuns ableiten, so missachtete man die vom Gesetzgeber vorgegebene Grenze zwischen Erlaubtem und Verbotenem und eröffnete die Möglichkeit von nahezu unbeschränkten Grundrechtseingriffen. Häufig werden sich nämlich Korrelationen zwischen erlaubtem und verbotenem Handeln finden (oder konstruieren) lassen.

[16] So mag es durchaus der kriminalistischen Erfahrung entsprechen, dass Drogenabhängige in ihrer Wohnung Btm i.S.d. BtMG vorrätig halten und zugleich neben ihrem Btm-Konsum auch Alkohol missbrauchen. Dennoch darf aus einem übermäßigen Alkoholkonsum nicht der Tatverdacht eines unerlaubten Besitzes von Btm gezogen werden.

[17] Ebenfalls finden sich im Haushalt von »Waffennarren«, die sich des Besitzes einer Waffe entgegen § 2 Abs. 1 oder 3 WaffG schuldig gemacht haben, nicht selten sog. (erlaubte) Dekowaffen. Dennoch darf aus dem Erwerb einer solchen Dekowaffe nicht der Tatverdacht eines unerlaubten Besitzes von verbotenen Waffen gezogen werden.

[18] Nichts anderes kann in den Fällen gelten, in welchen Menschen aufgrund ihrer sexuellen Veranlagung handeln. Pädophil veranlagte Menschen haben sich diese Veranlagung nicht ausgewählt. Pädophilie lässt sich nach gegenwärtigem

Wissenstand nicht heilen. Sie ist per se auch nicht strafrechtlich relevant.

[19] Die derzeitige Gesetzeslage erlaubt es pädophil veranlagten Menschen, ihren Sexualtrieb durch Selbstbefriedigung auch mit Hilfe von Bildmaterial der so genannten »Kategorie II« auszuleben.

[20] Mit guten Argumenten mag man die gegenwärtige gesetzliche Definition der kinderpornografischen Schriften aus § 184b Abs. 1 StGB kritisch hinterfragen. Solange sich aber die gesetzliche Grundlage nicht geändert hat, kann es nicht sein, dass man einem pädophil veranlagten Menschen, der sich gerade gesetzestreu verhalten will und verhalten hat, dennoch unter Generalverdacht stellt. Der Erwerb und der Besitz von Bildmaterial der so genannten »Kategorie II« mögen daher für sich genommen den Schluss auf eine pädophile Veranlagung erlauben. Ein weitergehender Schluss auf ein wahrscheinliches kriminelles Handeln verbietet sich jedoch.

[21] »Verheerender als die praktische Sinnlosigkeit einer solchen Strafverfolgung ist der Verlust ihrer Legitimität. Es ist, so lautet die Botschaft, weder möglich noch nützlich, noch ausreichend, sein Verhalten an den gesetzlich bestimmten Grenzen zu orientieren. Denn die immer höhere, immer weiter vorverlagerte Bestrafung von Menschen mit sexuell devianten Neigungen führt – gegen alle Ankündigungen der Rechtspolitiker – in Wahrheit nicht dazu, dass jene sich für das Recht (also das Erlaubte) und gegen das Unrecht entscheiden können oder auch nur wollen. Und wenn sie es täten, hülfe es ihnen nichts: Die Bemühung, nur und gerade das zu tun, was noch erlaubt ist, begründet erst recht den Verdacht, dass die wahren Verbrechen jetzt bloß verschleiert werden sollen.« [Fischer in der ZEIT Nr. 10/2014 v. 06.03.2014]

[22] Dem steht nicht entgegen, dass das *BVerfG* in dem Fall des ehemaligen Bundestagsabgeordneten Sebastian Edathy die Anordnung der Durchsuchung der Wohnung als verfassungsgemäß beurteilt hat. Insoweit führte das *BVerfG* [NJW 2014, 3085 Rn. 39] nämlich gerade aus:

[23] »Soweit der Bf. meint, die angegriffenen Beschlüsse gingen – weil derartige weitere Anhaltspunkte vorliegend nicht gegeben seien – von der Prämisse aus, dass ein Anfangsverdacht auch an ein ausschließlich legales Verhalten des Besch. ohne das Hinzutreten weiterer Anhaltspunkte anknüpfen könne, führt dies nicht zur Annahme der Verfassungsbeschwerde. Denn eine derartige Prämisse haben die Fachgerichte ihren Beschlüssen nicht zugrunde gelegt.«

[24] Damit sagt das *BVerfG* folglich gerade nicht, dass ein Tatverdacht alleine aus straflosem Verhalten begründet werden könne.

[25] c) Dabei überzeugt auch die Argumentation der StA Regensburg nicht, die näheren Umstände des Erwerbs der Bilderserie seien hier ausreichendes Indiz, vor allem, da es sich um einen entgeltlichen Erwerb gehandelt habe. Denn der Kaufpreis von 5,33 Euro war eher moderat, sodass der Besch. insoweit keine besondere Hemmschwelle überwinden musste. Es ist nicht einmal ausgeschlossen, dass er die Serie nur aus Neugier erwarb.

[26] Zudem hat der Besch. bei der Bestellung keine Verschleierungsmaßnahmen unternommen, die auf eine grundsätzliche Bereitschaft zu (auch) kriminellem Handeln schließen lassen könnten. Er hat das Bestellformular mit seinen

echten Personaldaten ausgefüllt und nicht einmal eine Alias-Mailadresse (die man sich im Internet auch als Laie ohne großen Aufwand besorgen kann) genutzt. Ebenso wenig hat er seine IP-Adresse über einen der zahlreichen kostenlosen oder kostenpflichtigen Proxy-Dienste verschleiert.

[27] Weiterhin hat er, obwohl die Fa. X nach den Erkenntnissen des BKA über die betroffene Internetpräsenz auch umfangreiches kinderpornografisches Material anbot, gerade nicht solches Material bestellt.

[28] Schon diese Begleitumstände der Bestellung v. 29.07.2010 sprechen daher insgesamt eher gegen den Verdacht, dass der Besch. weitere kinder- oder jugendpornografische Schriften erwarb oder besitzt.

[29] Darüber hinaus konnten [...] keine weiteren Indizien in diese Richtung ermittelt werden. Weder war gegen den Besch. ein entsprechendes Ermittlungsverfahren anhängig, noch sind andere Bestellvorgänge vergleichbarer Art bekannt.

[30] 4. Die Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung ist zudem gegenwärtig auch unverhältnismäßig. Selbst wenn man nämlich derzeit mit der StA Regensburg aus allg. kriminalistischen Erfahrungen annehmen wollte, dass gegen den Besch. der Verdacht des Erwerbs oder Besitzes von kinder- oder jugendpornografischen Schriften bestünde, so könnten Stärke des Tatverdachts und Ausmaß des mutmaßlichen Tatumfangs nicht ansatzweise eingegrenzt werden. Handelt es sich um ein einziges jugendpornografisches Bild, das vor vielen Jahren erworben wurde? Handelt es sich um hunderte oder gar tausende Bilder und Videofilme? Was genau zeigen diese mutmaßlichen Schriften, unter welchen Umständen und mit welchen Vorstellungen hat der Besch. sie wie und von wem erworben?

[31] Solange all diese Fragen völlig ungeklärt sind, kann auch die Verhältnismäßigkeit einer Wohnungsdurchsuchung nicht beurteilt werden. Da eine solche aber – gerade im Zusammenhang mit einem solchen Tatvorwurf – nicht selten zur Gefährdung oder Vernichtung der Existenz des Betr. führen kann, muss im Zweifel angenommen werden, dass die Eingriffsmaßnahme nicht in angemessenem Verhältnis zur Schwere der konkreten Straftat stünde.

[32] Der Umstand, dass der Besch. nach den vorliegenden Erkenntnissen [...] nur eine einzige legale Bilderserie erwarb und seither nicht mehr einschlägig in Erscheinung trat, lässt jedenfalls nicht mit ausreichender Sicherheit die Annahme eines der Durchsuchung angemessenen mutmaßlichen Tatumfangs zu.

Anm. d. Red.: Siehe zum »Fall Edathy« *Jahn/Ziemann* FS Kargl zum 70. Geb. am 06.05.2015, S. 219 ff.

Anfangsverdacht für Durchsuchungsanordnung

StPO §§ 102, 105; GG Art. 13

Vage Anhaltspunkt oder bloße Vermutungen allein reichen nicht aus, um den mit jeder Wohnungsdurchsuchung nach § 102 StPO verbundenen Eingriff in die durch Art. 13 GG verbürgten Rechte des betroffenen Woh-