

## **Grenzen der „Widerspruchslösung“ – Richtervorbehalt bei Durchsuchung**

*BGH, Urteil vom 6.10.2016 – 2 StR 46/15, NJW 2017, 1332*

### **I. Sachverhalt (verkürzt)**

Aufgrund des Vorwurfs mehrfachen Betrugs fand eine Wohnungsdurchsuchung des Angekl. statt, woraufhin er in U-Haft kam. Ein paar Tage später wies seine ehemalige Lebensgefährtin die Polizei auf einen übersehenen versteckten Koffer mit zahlreichen Beweismitteln hinter der Küchenzeile hin. Daraufhin ordnete die StA aufgrund von „Gefahr im Verzug“ eine Durchsuchung an. Es wurde befürchtet, dass sie den Koffer aufgrund ihres Schlüsselbesitzes vorzeitig entfernen würde. Zwar hat der Ermittlungsrichter den Erlass des Durchsuchungsbeschlusses ohne Akte abgelehnt, wobei sich die Akte beim AG befunden hat. Anhand des ersten Beschlusses, der Zeugenaussage und der bereits gefundenen Beweismittel wurde dennoch auf eine erneute Erteilung geschlossen. In der Verfahrensrüge des Angekl. wird ein Widerspruch zum Zeitpunkt des § 257 I StPO nicht deutlich.

### **II. Entscheidungsgründe**

Der Angekl. rügt zurecht einen Verstoß gegen den Richtervorbehalt, § 105 I 1 StPO. Unklarheit über den Zeitpunkt steht der Rüge nach 344 II 2 StPO nicht entgegen. Die Rügemöglichkeit muss nur bei unselbstständigen Beweisverwertungsverböten durch eine Verletzung von §§ 136 I 2, 163a IV 2 StPO aufrechterhalten werden, indem der verteidigte Angekl. im Anschluss an die Beweiserhebung, die sich auf den Inhalt der ohne Belehrung gemachten Aussage bezieht, der Verwertung widerspricht. Der Widerspruch ist Entstehungsvoraussetzung des Verwertungsverbots und kann später nicht nachgeholt werden. Bei der staatlichen Erfassung von Sachbeweisen (Urkunden oder Augenscheinsobjekten) besteht allerdings keine Dispositionsmacht des Angekl., sodass Verfahrensfehler, unabhängig von § 257 I StPO und Versäumnissen der Verteidigung, von Amts wegen aufzuklären sind. Frühere Äußerungen hingegen können u.a. durch Sacheinlassung ersetzt bzw. dementiert werden. Ebenso lag keine Gefahr im Verzug vor. Eine Bewertung erfolgt zwar durch die Ermittlungsbehörden, dennoch darf die Regelzuständigkeit nach Art. 13 II GG nicht unterlaufen werden. Zumindest muss versucht werden, eine richterliche Entscheidung herbeizuführen. Hat sich der Ermittlungsrichter mit der Sache befasst, ist bei gleichbleibender Sachlage keine Eilkompetenz gegeben. Allenfalls hätte die Akte zugänglich gemacht werden müssen. Die Angst vor vorzeitiger Beseitigung ist als bloße fernliegende Spekulation zu bewerten, sodass die Bedeutung des Richtervorbehalts damit grundlegend verkannt wurde.

### **III. Problemstandort**

Der Senat stellt klar, dass die Widerspruchslösung bei fehlerhafter Durchsuchung und Beschlagnahme keine Anwendung findet. Zudem steht es der StA nicht zu über Gefahr im Verzug zu befinden, wenn der Ermittlungsrichter ohne Vorlage der Akte keinen Durchsuchungsbeschluss erteilt.