

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

Gefahr im Verzuge, Verwertungsverbot und Widerspruchslösung

1. Die Zulässigkeit einer Verfahrensrüge, mit der ein Beweisverwertungsverbot wegen Fehlern bei einer Durchsuchung zur Sicherstellung von Sachbeweisen geltend gemacht wird, setzt keinen auf den Zeitpunkt des § 257 Abs. 1 StPO befristeten Widerspruch des verteidigten Angeklagten gegen die Verwertung voraus. Es bedarf auch keiner vorgefälligen Anrufung des Gerichts gem. § 238 Abs. 2 StPO.

2. Ist beim Ermittlungsrichter ein Durchsuchungsbeschluss beantragt, ist auch dann, wenn dieser sich außerstande sieht, die Anordnung ohne Vorlage der Akte zu erlassen, für eine staatsanwaltschaftliche Prüfung des Vorliegens von Gefahr im Verzug regelmäßig kein Raum mehr, es sei denn, es liegen neue Umstände vor, die sich nicht aus dem vorangegangenen Prozess der Prüfung und Entscheidung über den ursprünglichen Antrag auf Durchsuchung ergeben.

3. Der Hypothese eines möglichen rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs kommt bei grober Verkennung von Bedeutung und Tragweite des Richtervorbehalts im Rahmen der Abwägungsentscheidung über ein Beweisverwertungsverbot keine Bedeutung zu.

(Amtliche Leitsätze)

GG Art. 13 Abs. 1

StPO §§ 105 Abs. 1 S. 1, 238 Abs. 2, 257 Abs. 1, 344 Abs. 2 S. 2

BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15 (LG Köln)¹

I. Einführung

Die Entscheidung thematisiert erneut die prozessualen Folgen einer ohne richterliche Anordnung nach den §§ 102, 105 Abs. 1 S. 1 StPO vorgenommenen Durchsuchung mit anschließender Sicherstellung. Wenn der *Senat* dabei die Durchsuchung mangels Gefahr im Verzuge für rechtswidrig hält und daher zu einem Verwertungsverbot gelangt, so ist das an sich noch nicht ungewöhnlich. Geradezu sensationell mutet hingegen die im ersten Leitsatz ausgedrückte Abkehr von der sog. Widerspruchslösung bei Beweisverwertungsverboten nach rechtswidrigen Durchsuchungen an. Hier dürfte der 2. *Senat* unter seinem Vorsitzenden *Fischer* wieder einmal eine Entscheidung getroffen haben, die – sicherlich auch unter den anderen *Senaten* – für einigen Diskussionsstoff sorgen wird.

¹ Veröffentlichung NJW 2017, 1332, m. Anm. *Zopfs*; NStZ 2017, 367, m. Anm. *Basdorf*; ferner abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=4b8c7d6e7d34b2288d673e73d64efb5e&nr=77621&pos=0&anz=1> (20.6.2017); Entscheidungsdarstellung von *Kudlich*, JA 2017, 390.

II. Der Sachverhalt

Die Strafkammer hatte den Angeklagten in 104 Fällen des zum Teil versuchten, zum Teil vollendeten Betruges zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten verurteilt.² Der Tatvorwurf lautet dahin, Eintrittskarten für Spiele der Fußball-Championsleague, des DFB-Fußballpokals, Tickets für AIDA-Kreuzfahrten sowie angeblich aus Insolvenzverwertungen stammende iPhones per Zeitungsannonce angeboten zu haben, die der Angeklagte allesamt aber nicht besaß. Die von Interessenten auf Konten, die ein Mittäter unter falschem Namen eröffnet hatte, gezahlten Kaufbeträge wurden vereinnahmt, die versprochenen Gegenleistungen nicht erbracht.³ Rund ein Viertel der Tatvorwürfe hatte der Angeklagte gestanden und insoweit verwarf der *Senat* seine Revision als unbegründet.⁴ Die weiteren Taten hatte er indes bestritten und die Strafkammer war zu ihrer Überzeugung von seiner Schuld insoweit vor allem durch den Inhalt eines sichergestellten Koffers gelangt, der entsprechende Unterlagen und Datenträger enthielt.⁵ Kernthema der Senatsentscheidung sind die Geschehnisse um die Sicherstellung dieses Koffers.

Mit richterlicher Genehmigung war die Wohnung des damals noch Beschuldigten am 7.5.2013 durchsucht und er bei dieser Gelegenheit inhaftiert und in U-Haft überführt worden. Bei der Durchsuchung war zwar belastendes Material gefunden worden, nicht hingegen der besagte Koffer, von dessen Existenz die Strafverfolgungsbehörden nichts ahnten.⁶ Am 12.5.2013 meldete sich die ehemalige Lebensgefährtin des Beschuldigten bei der Polizei und bat um eine Unterredung am folgenden Tag, dem 13.5. Bei diesem Treffen eröffnete sie dem ermittelnden Beamten die Existenz eines Koffers mit weiterem Beweismaterial, der bei der Durchsuchung vom 7.5. nicht gefunden worden war, weil er hinter einer Küchenleiste versteckt gewesen sei.⁷ Die Verteidiger des Beschuldigten hätten sie jetzt gebeten, diesen Koffer aus der Wohnung, zu der sie noch einen Schlüssel besaß, zu holen und an die Verteidiger zu übergeben.⁸ Sie habe sich aber von dem Beschuldigten getrennt und „kein Interesse [mehr], mit oder für den Beschuldigten etwas zu tun.“⁹ Der Polizeibeamte teilte diese Neuigkeiten sofort der ermittelnden Staatsanwältin mit.

Von diesem Moment an begann das Verfahren aus dem Ruder zu laufen. Mitverantwortlich war sicherlich der unglückliche Umstand, dass der Staatsanwältin die Ermittlungsakten nicht vorlagen, weil diese sich gerade mit einem Antrag auf Erlass eines Beschlagnahmebeschlusses beim Amtsgericht befanden. Die Staatsanwältin versuchte zunächst sofort

² BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, Rn. 1. Daneben hatte die Strafkammer eine Adhäsionsentscheidung getroffen, die im Weiteren indes keine Rolle spielt.

³ BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, Rn. 2-4.

⁴ BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, Rn. 8.

⁵ BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, Rn. 7.

⁶ BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, Rn. 5.

⁷ BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, Rn. 11.

⁸ BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, Rn. 12.

⁹ BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, Rn. 22.

(16.44 Uhr), denjenigen Richter anzurufen, der bereits zuvor den Durchsuchungs- und Haftbefehl erlassen hatte und dem daher der Vorgang vertraut war. Diesen Richter konnte sie indessen nicht erreichen. Unmittelbar danach (um 16.45 Uhr) nahm sie mit dem Bereitschaftsdienst des Amtsgerichts Kontakt auf. Der dort diensthabende Richter allerdings weigerte sich, einen Durchsuchungsbeschluss ohne Aktenvorlage zu erlassen. Infolgedessen ordnete die Staatsanwältin selbst gegen 16.50 Uhr gegenüber dem ermittelnden Polizeibeamten die Durchsuchung der Wohnung des Beschuldigten zwecks Auffindens des Koffers an.¹⁰ In einem Vermerk dazu legte sie als Gründe für ihre Annahme einer Gefahr im Verzuge nieder, es bestünde die Sorge, die ehemalige Lebensgefährtin des Beschuldigten würde die Beweismittel bei längerem Zuwarten zur Seite schaffen.¹¹ Der besagte Koffer wurde daraufhin bei der noch am selben Tag vollzogenen, zweiten polizeilichen Durchsuchung gefunden und sichergestellt.¹²

III. Die Entscheidung des Senats

Während die Strafkammer zumindest kein Verwertungsverbot hinsichtlich des Kofferinhaltes angenommen und vielmehr ihre Überzeugung von der Schuld in den nicht vom Angeklagten gestandenen Fällen maßgebend auf die darin aufgefundenen Beweise gestützt hatte, nahm der *Senat* ein solches Verwertungsverbot an. Es habe keine nachvollziehbar begründete Gefahr im Verzuge vorgelegen (1.). Aus der deshalb rechtswidrig vorgenommenen Durchsuchung folge wegen der grundlegenden Verknennung des Richtervorbehalts ein Beweisverwertungsverbot (2.). Dieses Verwertungsverbot wiederum entstehe unabhängig davon, ob der verteidigte Angeklagte der Verwertung rechtzeitig widersprochen habe oder nicht (3.). Bedingt durch seine revisionsrechtliche Betrachtung handelt der *Senat* diese Fragen allerdings in anderer Reihenfolge ab, nämlich in derjenigen seiner Leitsätze. Die folgende Besprechung geht demgegenüber so vor, wie sich die Fragen in einer typischen Prüfungsaufgabe dem Bearbeiter stellen würden.

1. Durchsuchung bei Gefahr im Verzuge

Die hier einschlägige Durchsuchung beim Verdächtigen (§ 102 StPO) unterliegt nach § 105 Abs. 1 StPO (in einfach-gesetzlicher Ausprägung des verfassungsrechtlichen Rahmens von Art. 13 Abs. 2 GG) einem grundsätzlichen Richtervorbehalt, der aber für den Fall einer Gefahr im Verzuge durch eine Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft (sowie ihrer – hier nicht relevanten – Ermittlungspersonen) ergänzt wird. Gefahr im Verzuge liegt dann vor, wenn infolge des mit der Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung verbundenen Zeitverlustes die Gefahr entsteht, der mit der (Durchsuchungs-)Maßnahme verfolgte Zweck (die Sicherstellung des Beweismaterials) könnte verfehlt werden, weil bis dahin das Gesuchte beseitigt wird oder verdirbt.¹³ Besteht diese Gefahr

aber ohnehin, so lässt sich Gefahr im Verzuge nicht begründen; entscheidend ist vielmehr, ob gerade das Mehr an Zeitaufwand, das die richterliche Entscheidung verursacht, die Gefahr der Zweckverfehlung entweder erst hervorruft oder aber sie zumindest signifikant steigert. Es ist also stets zu vergleichen, wieviel Zeit ohne und wieviel Zeit mit richterlicher Genehmigung verstreichen würde und ob sich hinsichtlich der Erfolgsaussichten zwischen den beiden Zeitverläufen gravierende Unterschiede ergeben.

Mit einem solchen Vergleich ist es aber noch nicht getan. Vielmehr verlangt das BVerfG im Hinblick auf die Bedeutung des betroffenen Wohnungsgrundrechts, dass zumindest der – für die Akten zu dokumentierende – Versuch unternommen wird, einen Richter (ggf. per Telefon) zu erreichen.¹⁴ Diese Pflicht entfällt ihrerseits allenfalls dann, wenn bereits ein solcher Versuch die Maßnahme gefährden würde, was faktisch nur dann angenommen werden kann, wenn z.B. der Beschuldigte gerade dabei ist, mit dem Durchsuchungsobjekt oder Beweismittel wegzulaufen.

Bis zu dieser Stelle hatte die ermittelnde Staatsanwältin also durchaus korrekt gehandelt; sie hatte zwei möglicherweise zuständige Richter (den konkret zuständigen Haftrichter sowie den Bereitschaftsdienst als dessen vorgesehenen Vertreter) fernmündlich kontaktiert bzw. das versucht. Der Bereitschaftsdienst hatte nun etwas getan, was verständlich ist: Er mochte ohne Blick in die Akten alleine auf Grund der telefonischen Schilderungen seitens der Staatsanwältin, die ihrerseits nur auf fernmündlichen Mitteilungen eines Polizeibeamten über wiederum mündliche Informationen einer ehemaligen Lebensgefährtin des Beschuldigten (mit aus Sicht des Richters unklarer Interessenlage) beruhten, eine so bedeutende Maßnahme wie eine Wohnungsdurchsuchung nicht anordnen. Man darf auch vermuten, dass dieser Bereitschaftsrichter die Dringlichkeit einer sofortigen Entscheidung nicht eingesehen haben könnte. Eine mündliche Entscheidung hätte er zwar treffen dürfen,¹⁵ allerdings war er – zumal bei dieser Sachlage – dazu sicherlich nicht verpflichtet.

Mit der Weigerung eines erreichten Richters, alleine auf Grund einer telefonischen Anfrage eine Durchsuchung anzuordnen, entsteht freilich – in wirklich dringlichen Fällen – ein verhängnisvolles Dilemma, das auf die jüngere (und insoweit nicht unbedingt praxisfreundliche) verfassungsgerichtliche Rspr. zurückgeht. Das BVerfG nimmt nämlich an, mit der Anfrage sei die Entscheidungsverantwortung komplett auf den Richter verlagert und die Staatsanwaltschaft dürfe nun bei unveränderter Sachlage gar nicht mehr selbst entscheiden.¹⁶ Es verbietet damit das, was bis dahin als ein eleganter Weg galt: Weigerte sich der Richter, mündlich zu entscheiden, und war es andererseits nicht möglich, ihm noch rechtzeitig die Akten vorzulegen, so sollte die Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft wieder aufleben, weil eben beim Herbeiführen der dann nur möglichen richterlichen Entscheidung nach Aktenbeschaffung der Durchsuchungszweck vereitelt

¹⁰ BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, Rn. 12.

¹¹ BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, Rn. 22.

¹² BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, Rn. 11.

¹³ Vgl. BVerfG NJW 2001, 1121 (1123); BVerfG NJW 2015, 2787 (2789).

¹⁴ BVerfG NJW 2001, 1121 (1123); BVerfG (Kammer) NJW 2005, 1637 (1638); BVerfG NJW 2015, 2787 (2791).

¹⁵ Vgl. BVerfG NJW 2015, 2787 (2790).

¹⁶ BVerfG NJW 2015, 2787 (2791).

wäre.¹⁷ Das aber hat das BVerfG aus Sorge um den Richtervorbehalt für unzulässig erklärt; die bittere Folge ist, dass damit die Weigerung des Richters, sofort zu entscheiden, in manchen Konstellationen zum endgültigen Beweismittelverlust führt.¹⁸

Im Fall des *Senats* freilich war die Sachlage gar nicht dermaßen auf die Spitze getrieben worden, weil die ermittelnde Staatsanwältin in der Folge gleich zwei offenkundige Fehler beging, die es dem *Senat* leicht machten, ihre Anordnung als rechtswidrig einzustufen: Der erste Fehler lag darin, die Gefahr des Beweismitteluntergangs alleine damit zu begründen, die frühere Lebensgefährtin des Beschuldigten könne den Koffer verschwinden lassen, was der *Senat* zu Recht als objektiv unvertretbar rügt.¹⁹ Warum sollte diese Lebensgefährtin auch, da sie doch gerade erst der Polizei von dem Koffer berichtet hatte, diesen nun wieder dem staatlichen Zugriff entziehen? Zudem hatte sie sich offenkundig von dem Beschuldigten getrennt, sich innerlich gänzlich von ihm distanziert und ihn gegenüber der Polizei geradezu „verraten“. Andere Möglichkeiten eines Beweismittelverlustes (etwa infolge der Beauftragung anderer Personen durch den Beschuldigten oder seine Verteidiger, den Koffer aus seinem Versteck zu holen) waren offenbar nicht zu besorgen und werden jedenfalls in dem entsprechenden Vermerk der Staatsanwältin gar nicht angesprochen.²⁰

Ihren zweiten Fehler beging die Staatsanwältin, als sie es unterließ, die bereitschaftsrichterliche Entscheidung doch noch zu ermöglichen, indem sie dem angerufenen Richter die benötigten Akten verschaffte. Das aber, so der *Senat*, hätte sich hier angeboten. Die Akten befanden sich offenbar bei demjenigen Haftrichter, den zu erreichen soeben fehlgeschlagen war, d.h. bei demselben Amtsgericht, das zudem am selben Ort wie die Staatsanwaltschaft gelegen sein muss (vgl. § 162 Abs. 1 S. 1 StPO). Sofern nicht irgendwelche unglücklichen Umstände hinzutraten, musste es also möglich sein, die fraglichen Akten aus dem Dienstzimmer des Richters oder seiner Geschäftsstelle zu holen und dem Bereitschaftsrichter vorzulegen, ohne dass dies Stunden hätte dauern können. Verübelt hat es der *Senat* der Staatsanwältin angesichts dieser Sachlage wohl vor allem, dass sie nicht einmal den Versuch unternahm, auf diesem Wege an die Akten zu gelangen.²¹

Angesichts einer solchermaßen ungeschickten Vorgehensweise führte gar kein Weg daran vorbei, die Durchsuchungsanordnung der ermittelnden Staatsanwältin als rechtswidrig einzustufen; weder lag eine nachvollziehbar dokumentierte Gefahr eines alsbaldigen Beweismittelverlustes vor noch hat-

te man sich nachdrücklich genug darum bemüht, eine ermittelungsrichterliche Durchsuchungsanordnung zu erwirken.

2. Beweisverwertungsverbot

Ob aus dem damit vorliegenden Befund einer rechtswidrigen Beweisgewinnung auch ein Verbot der Verwertung dabei erlangter Beweismittel folgt, ist nach der Rspr. prinzipiell im Wege einer Abwägung zu entscheiden.²² Als Abwägungsfaktoren kommen dabei in Betracht: das Gewicht des Verfahrensverstößes, das Schutzbedürfnis des Betroffenen, das von der Tatschwere abhängige Strafverfolgungsinteresse, die Relevanz des fraglichen Beweismittels sowie die Erwägung, ob das Beweismittel auch auf legalem Wege erlangt worden wäre (sog. hypothetischer Ersatzeingriff).²³ Ausgenommen von dem Erfordernis einer vorherigen Abwägung sind selbstredend Verwertungsverbote, die bereits explizit gesetzlich angeordnet werden (z.B. § 136a Abs. 3 S. 2 StPO). Ferner darf das Abwägungsgebot nicht dahin missverstanden werden, es sei in jedem Einzelfall abzuwägen. Vielmehr hat die Rspr. für einige Fallgestaltungen auf der Basis einer generalisierten Abwägung bereits ein Verwertungsverbot zwingend vorgegeben, z.B. für den Fall der Nichtbelehrung des – insoweit unkundigen – Beschuldigten über sein Schweigerecht.²⁴ Eine solche generelle Festlegung existiert für Fehlannahmen einer Gefahr im Verzuge im Rahmen des § 105 Abs. 1 StPO bislang nur in Ansätzen. Vielmehr wird stets betont, nicht jeder Verstoß müsse ein Verwertungsverbot nach sich ziehen und ein solches käme vor allem bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen in Betracht, bei denen die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen wurden.²⁵ Im Ergebnis gibt die – ordentliche wie verfassungsgerichtliche – Rspr. damit einen Abwägungsrahmen vor, der die Kriterien der Entscheidungsfindung im Wesentlichen auf eine einzige Frage reduziert: Wurde der Richtervorbehalt objektiv völlig unvertretbar oder gar bewusst außer Acht gelassen?

Eine bewusste Missachtung des Richtervorbehalts wird man der ermittelnden Staatsanwältin in unserem Fall kaum nachsagen können; immerhin hatte sie sich ja zunächst um die Erlangung einer richterlichen Entscheidung bemüht. Allerdings erwies sich die sodann von ihr zur Annahme einer

¹⁷ So BGH NStZ 2006, 114 (115).

¹⁸ Was nach BVerfG NJW 2015, 2787 (2792) „sowohl zur Sicherung dieser [richterlichen] Unabhängigkeit als auch im Interesse der Effektivität präventiven Grundrechtsschutzes hinzunehmen“ ist.

¹⁹ BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, Rn. 22.

²⁰ BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, Rn. 22.

²¹ BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, Rn. 24; zustimmend *Basdorf*, NStZ 2017, 371.

²² BGHSt 19, 325 (332 f.); 24, 125 (130); 37, 30 (32); 54, 69 (87); BGH NStZ 2016, 551 (552); zu einer eingehenderen Darstellung vgl. *Heghmanns*, ZIS 2016, 404 (406 f.).

²³ *Heghmanns*, ZIS 2016, 404 (407) m.w.N. aus der Rspr.

²⁴ Vgl. BGHSt 38, 214 (219 ff.), unter Betonung des Schutzbedürfnisses und des Gewichtes des Verstoßes gegen die Belehrungspflicht.

²⁵ BGHSt 51, 285 (291 ff.); BGH StV 2016, 539 (540); BVerfG NJW 2005, 1917 (1923); BVerfG (Kammer) NJW 2006, 2684 (2686); BVerfG (Kammer) NJW 2011, 2783 (2784); OLG Koblenz NStZ 2002, 660; *Hauschild*, in: *Knauer/Kudlich/Schneider* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Bd. 1, 2014, § 105 Rn. 36; a.A. (stets Verwertungsverbot) z.B. *Wohlers/Jäger*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, GVG und EMRK*, Bd. 2, 5. Aufl. 2016, § 105 Rn. 75.

Gefahr im Verzuge vorgetragene und in den Akten dokumentierte Erwägung, die Lebensgefährtin begründe die Gefahr eines Beweismittelverlustes, als völlig unhaltbare und – wohl in Ermangelung eines Besseren – vorgeschobene Begründung, die im bezeichneten Sinne als gänzlich unvertretbar angesehen werden muss.²⁶ Damit war die Annahme eines Verwertungsverbotes durch den *Senat* unausweichlich.

Interessanterweise hat der *Senat* es gleichwohl offenbar noch für nötig gehalten hat, sein Ergebnis gegenüber dem Einwand des hypothetischen Ersatzeingriffs abzusichern. Dieser stellt, wie bereits erwähnt, im Rahmen einer Abwägung an sich einen möglichen Faktor dar. Auf den konkreten Fall bezogen müsste man sich, um ihn in die Erwägungen einzubeziehen, fragen, ob ein gedachter Richter in Kenntnis aller Umstände (also auch der Akten) den begehrten Beschluss erlassen hätte oder nicht. Die Frage wäre zweifellos zu bejahen, denn die Notwendigkeit, sich des Koffers für das weitere Verfahren zu versichern, liegt auf der Hand. Den hypothetischen Ersatzeingriff so einfach in die Überlegungen zu integrieren, will freilich nicht recht gelingen. Das hat entscheidungstheoretische Gründe. Es geht ja um einen Abwägungsprozess, d.h. um das Gegenüberstellen und Bewerten von Fall zu Fall variabler und jedenfalls quantifizierbarer Größen²⁷ (Schwere des Verstoßes und der Tat, Gewicht betroffener Interessen, Relevanz des Beweismittels). Der hypothetische Ersatzeingriff liefert aber keinen quantifizierbaren Abwägungsfaktor, sondern einen „Alles oder Nichts-Faktor“. Er ist also im Grunde nicht abwägungsfähig, sondern er müsste unmittelbar auf das Ergebnis durchschlagen und damit jedes weitere Abwägen überflüssig werden lassen.

Die Schwierigkeiten, den hypothetischen Ersatzeingriff in die Entscheidungsfindung zu integrieren, werden auch in der Argumentation des *Senates* deutlich. Er führt aus, dem hypothetischen Kausalverlauf komme in Fällen der Außerachtlassung des Richtervorbehaltes keine Bedeutung zu, weil damit dessen Missachtung – soweit sonst keine Fehler gemacht wurden – sich stets heilen ließe und damit der Richtervorbehalt im Ergebnis sinnlos wäre.²⁸ Pointierter: Die Staatsanwaltschaft bräuchte sich um keine Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung mehr zu scheren und müsste zur Verwertbarkeit des Erlangten nur noch dafür Sorge tragen, dass ihre Anordnungen im Ergebnis unter § 102 StPO subsumierbar bleiben. Es ist nur verständlich, wenn sich der *Senat* vor diesem Hintergrund gegen den hypothetischen Ersatzeingriff als Entscheidungsfaktor verwahrt.

Pikanterweise hat derselbe *Senat* ein gutes halbes Jahr zuvor freilich noch anders geurteilt und ein Beweisverwertungsverbot nach Missachtung des Richtervorbehaltes abgelehnt, weil ein Ermittlungsrichter höchstwahrscheinlich den dort fehlenden richterlichen Beschluss ohne Weiteres erlas-

sen hätte.²⁹ Bei näherem Hinsehen fällt freilich ein gravierender Unterschied zur jetzt vorliegenden Konstellation auf: Dort ging es um keinen Fall willkürlicher oder unvertretbarer Annahme eigener Zuständigkeit, sondern um einen im Eifer des Gefechts übersehenen Wegfall einer zu Beginn der Ermittlungen noch vorliegenden, eigenen Durchsuchungsbefugnis,³⁰ also um einen deutlich weniger schwer wiegenden Verstoß gegen § 105 Abs. 1 StPO. Es war dort also nicht gewissermaßen der Richtervorbehalt als solcher bedroht, sondern etwas geschehen, was bei der Anwendung von Rechtsnormen unvermeidbar ist: ihre versehentliche Missachtung. In einem solchen Fall aber mag es angehen, die Verwertbarkeitsfrage primär danach auszurichten, ob die Durchsuchung materiell rechtmäßig war, ein Ermittlungsrichter, den man gefragt hätte, sie also ebenfalls angeordnet hätte. In der Sache handelt es sich dann freilich ebenfalls um keinen Abwägungsprozess mehr, sondern der hypothetische Ersatzeingriff wird zum letztlich ausschlaggebenden, indes gelegentlich durchaus plausiblen Kontrollinstrument.

Damit wird freilich zugleich seine im Entscheidungsablauf einzig mögliche Rolle deutlich: Er hat in keinem Abwägungsprozess etwas zu suchen, sondern kann nur ein nachgelagertes, fakultatives Entscheidungskriterium sein. Wenn der Verfahrensverstoß (z.B. wegen Willkür) gewichtig genug ist, die Annahme eines Verwertungsverbotes zu gebieten, so hat es damit sein Bewenden. Handelt es sich hingegen um einen zwar die Verteidigungsposition in relevanter Weise beschneidenden, aber nicht den Grad der Willkür erreichenden Verfahrensverstoß, so hängt die Verwertbarkeitsfrage von dem hypothetischen Ersatzeingriff ab.³¹ Recht plastisch wird dies bei der Grundsatzentscheidung des BGH zur fehlenden Beschuldigtenvernehmung.³² Wegen der relevanten Beeinträchtigung der Verteidigungschancen des nicht belehrten Beschuldigten gelangte der BGH dort zu einem Verwertungsverbot, schloss davon aber Beschuldigte aus, die ihr Schweigerecht ohnehin gekannt hatten³³ und sich daher auch bei erfolgter Belehrung nicht anders verhalten hätten. Das ist letztlich nichts anderes als eine abschließende Betrachtung unter dem Blickwinkel des hypothetischen Ersatzeingriffs. Wäre hingegen – so müsste man nur noch ergänzen – der Belehrungsverstoß absichtlich geschehen, so hätte es wegen der Schwere des Verstoßes bei einem Verwertungsverbot auch dann zu bleiben, wenn der Vernommene seine Rechte gekannt hätte.

3. Widerspruchserfordernis?

Hatte der *Senat* bis hierhin noch nichts wirklich Aufsehen-erregendes zu verkünden, so ändert sich das bei der Frage, ob es denn eines Widerspruches des (verteidigten) Beschuldigten

²⁶ BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, Rn. 22, 25.

²⁷ Dass diese Größen miteinander kaum zu vergleichen und damit auch kaum abzuwägen sind, steht auf einem anderen Blatt und lässt das Abwägungsmodell grundsätzlich als zweifelhaft erscheinen, vgl. *Heghmanns*, ZIS 2016, 404 (407 f.).

²⁸ BGHSt 51, 285 (295 f.); BGH StV 2016, 539 (540); ähnlich zuvor aber bereits BGHSt 51, 285 (291).

²⁹ BGH NStZ 2016, 551 (552), m. krit. Anm. *Schneider*.

³⁰ BGH NStZ 2016, 551 (552).

³¹ Eingehender zu einer solchen, letztlich abwägungsfreien Konzeption der Entscheidung über die Annahme eines Verwertungsverbotes *Heghmanns*, ZIS 2016, 404 (408 ff.).

³² BGHSt 38, 214.

³³ BGHSt 38, 214 (224).

gegen die Verwertung der Durchsuchungsergebnisse bedurfte. Was hat es mit diesem Widerspruchserfordernis auf sich?

Mit der Grundsatzentscheidung zum Beweisverwertungsverbot im Falle unterlassener Beschuldigtenbelehrung aus dem Jahre 1992³⁴ begann zugleich ein Siegeslauf des zuvor nur ganz selten einmal erwähnten³⁵ Widerspruchserfordernisses.³⁶ Die seither sog. „Widerspruchslösung“ wurde nämlich von der Rspr. binnen kurzer Zeit auf eine ganze Reihe weiterer Konstellationen potenzieller Beweisverwertungsverbote ausgedehnt,³⁷ weshalb sich mittlerweile kein Angeklagter mehr darauf verlassen darf, dass ihn irgendein ungeschriebenes³⁸ Beweisverwertungsverbot schützt, solange er der Verwertung des fraglichen Beweises nicht spätestens zu dem in § 257 Abs. 1 StPO genannten Zeitpunkt, also unmittelbar nach der jeweiligen Beweiserhebung in der Hauptverhandlung, widersprochen hat. Zudem muss er bereits der erstmaligen Verwertung widersprechen; ein in der Berufungsinstanz erhobener Widerspruch käme zu spät.³⁹ Einen solchen Widerspruch verlangt die Rechtsprechung allerdings alleine vom verteidigten Angeklagten. Wer ohne Verteidiger in der Hauptverhandlung auftritt, braucht nur dann zu widersprechen, wenn er vom Gericht zuvor über das Widerspruchserfordernis aufgeklärt wurde.

Offenbar nur Zufällen ist es zu verdanken, wenn bislang – soweit ersichtlich – keine Entscheidungen existieren, die sich im Kontext eines Verwertungsverbotes wegen einer rechtswidrigen Durchsuchung zum Widerspruchserfordernis äußern,

³⁴ BGHSt 38, 214 (225 f.).

³⁵ Zur Entwicklung seit der ersten einschlägigen Entscheidung RGSt 4, 301 vgl. die eingehende Darstellung von *Dudel*, Das Widerspruchserfordernis bei Beweisverwertungsverboten, 1999, S. 32 ff.

³⁶ *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 460a m.w.N.

³⁷ Neben den Fällen fehlerhafter Belehrung bei Vernehmungen (u.a. BGHSt 39, 349 [352 f.]; 42, 15 [22 f.]; OLG Hamm NStZ-RR 2010, 148 [149]) sind zu nennen die Nichtbenachrichtigung entgegen § 168c Abs. 5 StPO (BGH NJW 2009, 1619 [1620]), die Blutprobenentnahme ohne richterliche Genehmigung (u.a. OLG Hamm NJW 2011, 468 [469]; OLG Köln Blutalkohol 2012, 42 [43]), die Beschlagnahme (OLG München NStZ 2006, 300), die Wohnraumüberwachung (BGHSt 50, 206 [215 f.]); die Telekommunikationsüberwachung (BGHSt 51, 1 [3]; BGH StraFo 2014, 20), verdeckte Ermittler (BGH StV 1996, 529), Tagebuchaufzeichnungen (BGHR StPO § 100a Verwertungsverbot 11) sowie Videoaufzeichnungen im Bußgeldverfahren (OLG Köln VerkMitt 2016, Nr. 64); vgl. im Übrigen *Dallmeyer*, in: Heghmanns/Scheffler (Hrsg.), Handbuch zum Strafverfahren, 2008, Kap. 2 Rn. 410 ff.

³⁸ Bei gesetzlich angeordneten Verwertungsverböten liegt die Sachlage anders. § 136a Abs. 3 S. 2 StPO schließt sogar eine Verwertung selbst mit ausdrücklicher Zustimmung des Angeklagten aus.

³⁹ OLG Stuttgart NStZ 1997, 405; OLG Hamburg NJW 2008, 2597 (2600); BGHSt 50, 272 (274 f. für das Verfahren nach Zurückverweisung durch das Revisionsgericht); *Ranft*, Strafprozeßrecht, 3. Aufl. 2005, Rn. 351.

und das trotz der durchaus beachtlichen Zahl von Entscheidungen, die sich zur Rechtswidrigkeit von Durchsuchungen als solcher verhalten. Nur in einigen wenigen dieser Entscheidungen wird ein Widerspruch immerhin erwähnt: In BGH NStZ 2012, 104 war seitens der Verteidigung widersprochen worden, weshalb der dort entscheidende 3. Senat sich insoweit keine Gedanken zu machen brauchte.⁴⁰ BGHSt 51, 285 konnte die Frage ausdrücklich unentschieden lassen, weil es um eine Revision der Staatsanwaltschaft gegen ein freisprechendes Urteil ging.⁴¹ Anders im vorliegenden Fall: Die Revision hatte sich offenbar in ihrer Begründung nicht eindeutig dazu geäußert, ob man der Beweisverwertung in der Hauptverhandlung rechtzeitig nach der betreffenden Beweiserhebung (§ 257 Abs. 1 StPO) entgegengetreten sei.⁴² Vielmehr war nur vorgetragen worden, dass überhaupt widersprochen worden war,⁴³ also unklar, ob dies zur rechten Zeit oder verspätet geschehen war. Hätte es eines unverzüglichen Widerspruches bedurft, so wäre damit die Verfahrensrüge entgegen § 344 Abs. 2 S. 2 StPO nicht ausreichend begründet worden, die Revision damit endgültig gescheitert⁴⁴ und das soeben herausgearbeitete⁴⁵ Verwertungsverbot dem Angeklagten gänzlich ohne Nutzen geblieben. Der Senat musste also Farbe bekennen: Er konnte, dem Trend der neueren Rspr. folgend, dem Widerspruchserfordernis auch noch den letzten Rest bislang unbesetzten Terrains erobern (und damit die Revision verwerfen). Oder sollte er, gleich dem berühmten Dorf im besetzten Gallien, sich dem Zeitgeist innerhalb der Rspr. widersetzen, erstmals in einer einschlägigen Fallgestaltung ein Widerspruchserfordernis ausdrücklich verneinen und damit der Revision zum Erfolg verhelfen?

Der Senat hat den letzteren Weg eingeschlagen und dies – leider nicht allzu stringent – begründet,⁴⁶ indem er sich vor allem auf eines der denkbaren Motive für ein Widerspruchserfordernis bezogen und dargelegt hat, warum dieses bei Durchsuchungen im Unterschied zur Verwertungsfragen bei Vernehmungen nicht zum Zuge kommt. Soweit es nämlich um Vernehmungen, Gesprächsüberwachungen oder auch Erkenntnisse aus verdeckten Ermittlungen gehe, könne der Angeklagte „seine früheren Angaben [...] aus seiner Erinnerung erläutern und erklären, er kann sie durch eine Sacheinlassung ersetzen oder dementieren; er kann auch aus seiner Sicht die Äußerungssituation, die zur staatlichen Informationsbeschaffung geführt hat, darstellen. Dann aber erscheint es nachvollziehbar, ihm ferner die Disposition über die Verwertbarkeit seiner früheren Angaben zu überlassen. Bei der staatlichen Erfassung von Sachbeweisen (Urkunden oder

⁴⁰ Ebenso lag es in Fällen OLG Hamm NStZ 2007, 355; OLG München wistra 2006, 472.

⁴¹ BGHSt 51, 285 (296 f.).

⁴² BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, Rn. 13.

⁴³ BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, Rn. 17.

⁴⁴ Alle übrigen Revisionsrügen verfangen ohnehin nicht.

⁴⁵ Siehe oben unter III. 2. Es sei daran erinnert, dass der BGH umgekehrt vorgegangen ist, d.h. die Frage der Verwertbarkeit erst nach seinen Erwägungen zum Widerspruchserfordernis angestellt hat.

⁴⁶ BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, Rn. 14-17.

Augenscheinsobjekten) bestehen keine vergleichbaren Dispositionsmöglichkeiten.⁴⁷ Weil der Angeklagte keinerlei Einfluss auf die staatliche Erlangung solcher Sachbeweise hätte, obliege es auch allein dem Gericht, etwaigen Verfahrensfehlern nachzugehen. „Versäumnisse der Verteidigung dürfen insoweit nicht dazu führen, dass an sich rechtswidrig erlangtes Beweismaterial ohne weiteres zur Grundlage einer strafrechtlichen Verurteilung des Angeklagten werden kann.“⁴⁸

Diese Gedanken des *Senats* versuchen, mit den Verteidigungsmöglichkeiten des Angeklagten zu argumentieren, dem es ja auch möglich sei, sich mit dem fraglichen Beweis in der Sache auseinanderzusetzen, es beispielsweise zu erklären, warum er seinerzeit – unbelehrt – ein tatsächlich falsches Geständnis abgelegt habe. Es gehe also um sein Aussage- und Prozessverhalten, weshalb es auch seine Sache sei, ggf. die Verwertbarkeit einer solchen Aussage zu verhindern. Diese Möglichkeit, die Aussage des Beweismittels selbst zu beeinflussen, bestünde bei Sachbeweisen nicht, weshalb es auch nicht seiner Verantwortung obliege, sich um die Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung zu kümmern. Man merkt den Ausführungen des *Senats* das Bemühen an, irgendeinen Grund zu suchen, warum hier auf das Widerspruchserfordernis verzichtet werden kann, ohne es ansonsten in Frage zu stellen. So recht gelungen ist ihm dies nicht,⁴⁹ denn auch bei Sachbeweisen (z.B. Briefen oder – wie hier – Dateien) handelt es sich ja häufig um dokumentierte Äußerungen des Beschuldigten, weshalb unter diesem Blickwinkel ein materieller Unterschied etwa zu abgehörten Telefongesprächen im Grunde nicht auszumachen ist. Eine tragfähigere Zurückweisung des Widerspruchserfordernisses hätte dieses wohl grundsätzlich in Frage stellen müssen, wozu es immerhin genug Argumente gibt.

So lässt sich schon keine überzeugende Begründung dafür finden, warum es überhaupt Sache des Angeklagten sein sollte, sich in einem inquisitorischen (und nicht Partei-) Verfahren um die Rechtmäßigkeit einer gegen ihn gerichteten Beweiserhebung zu kümmern. In der Rspr. wurden dazu bislang vor allem zwei Argumente vorgetragen. Zum einen hat insb. die ältere Rspr. hierfür den Gedanken eines (konkludenten) Rügeverzichts bzw. einer Rügeverwirkung ins Feld geführt.⁵⁰ Später wurde hingegen verstärkt auf die Verantwortung der Verteidigung für ein rechtsförmiges Procedieren hingewiesen.⁵¹ Tatsächlich ist freilich nicht einzusehen, warum der Verteidigung (und damit dem Angeklagten) das nicht ganz unerhebliche Risiko aufgebürdet werden sollte, einen möglichen Verfahrensfehler zu übersehen oder aber in seiner Relevanz zu unterschätzen, während sich die staatliche

Seite (die den Fehler eigentlich zu verantworten hätte), in Ruhe zurücklehnen und abwarten kann, ob denn die Verteidigung überhaupt auf irgendwelche fraglichen Mängel einer Beweiserhebung kommt. Was diese nicht rügt, dessen möglicherweise fragwürdige Erlangung braucht den Richter nicht näher zu interessieren; sein Urteil bleibt revisionsrechtlich außer Gefahr. Nicht umsonst ist deshalb das Widerspruchserfordernis im Schrifttum ganz überwiegend auf Kritik gestoßen.⁵² Ferner bleibt offen, warum der Angeklagte, der die Rechtmäßigkeit oder -widrigkeit einer Ermittlungsmaßnahme am allerwenigsten beurteilen kann, gänzlich von der Kompetenz seines Verteidigers abhängig sein sollte. Wenn zudem die Rechtswidrigkeit einer Maßnahme gar nicht erkannt wird, so haben der Angeklagte und sein Verteidiger auch keine willentliche Entscheidung über die Verwertbarkeit eines Beweismittels getroffen.⁵³ Es kann deshalb keine Rede davon sein, das Widerspruchserfordernis im Sinne eines Überlassens der Dispositionsbefugnis gewissermaßen als Stärkung der prozessualen Stellung des Angeklagten zu verstehen, wie es in der Entscheidung des *Senats* anklingt.⁵⁴ Denn dies verschweigt geflissentlich die Kehrseite: Es handelt sich keineswegs um ein Wahlrecht, sondern vielmehr um eine sachlich durch nichts zu rechtfertigende Aufklärungslast und Rügepflicht.

Der *Senat* greift wenig später noch ein weiteres Argument für ein Widerspruchserfordernis auf, wenn er darauf hinweist, es möge ja im Interesse des Angeklagten liegen, etwaige günstige Ergebnisse einer rechtswidrigen Beweiserhebung gleichwohl nutzen zu können.⁵⁵ Dem stehen aber letztlich dieselben Bedenken im Wege, denn auch jetzt muss die Verteidigung erst einmal erkennen, dass sie wegen der Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung überhaupt eine Wahl hat. Zudem könnte man die Berücksichtigung dem Angeklagten günstiger Beweisresultate auch erreichen, indem man diese mit dem Großteil des Schrifttums von vornherein von einer Unverwertbarkeit ausschließt.⁵⁶

Es mag gut sein, dass der *Senat* der Kraft seiner Argumentation, warum es ausgerechnet bei der Verwertung von Durchsuchungsfunden keines Widerspruches bedarf, selbst nicht recht traut. Denn er sichert seine Ausführungen mit

⁴⁷ BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, Rn. 15.

⁴⁸ BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, Rn. 15.

⁴⁹ Ebenso *Kudlich*, JA 2017, 390 (393); *Basdorf*, NStZ 2017, 370 f.

⁵⁰ RGSt 50, 365; 58, 100; BGHSt 9, 24 (28); ähnlich OLG Hamburg NJW 2008, 2597 (2601).

⁵¹ Vgl. BGHSt 38, 214 (226); 42, 15 (23); ähnlich *Maatz*, NStZ 1992, 513 f.; kritisch *Meixner*, Das Widerspruchserfordernis des BGH bei Beweisverwertungsverböten, 2015, S. 94 ff. (125).

⁵² *Beulke* (Fn. 36), Rn. 460a; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 24 Rn. 34; *Widmaier*, NStZ 1992, 519; *Dornach*, NStZ 1995, 57; *Ventzke*, StV 1997, 543; *Dahs*, StraFo 1998, 253; *Schroth*, JuS 1998, 969 (970); *Dudel* (Fn. 35), passim; *Meixner* (Fn. 51), S. 64 ff.; *Kudlich*, HRRS 2011, 114 (115 f.).

⁵³ *Meixner* (Fn. 51), S. 40 f.

⁵⁴ BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, Rn. 15.

⁵⁵ BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, Rn. 16; so bereits *Ignor*, in: Hanack (Hrsg.), Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4.6.2002, 2002, S. 185 (191 ff.).

⁵⁶ So *Erb*, GA 2017, 113 (129); *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (38); *Dencker*, Verwertungsverböte im Strafprozeß, 1977, S. 73 ff.; *Beulke* (Fn. 36), Rn. 457; *Pitsch*, Strafprozessuale Beweisverböte, 2009, S. 302 f.; dagegen *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 60. Aufl. 2017, § 136a Rn. 27.

einer Hilfserrwägung ab: Selbst wenn man prinzipiell einen Widerspruch für erforderlich halte, so müsse der aber jedenfalls nicht unmittelbar nach der Beweiserhebung erhoben werden, denn für eine Befristung einer solchen Erklärung gebe es keinen Grund. Es genüge, wenn das Tatgericht überhaupt noch innerhalb der Beweisaufnahme auf die fragliche Rechtswidrigkeit einer Beweiserhebung hingewiesen werde und diese prüfen könne.⁵⁷ Das aber sei geschehen⁵⁸ und somit wäre die Revision selbst dann begründet, wenn man weiterhin einen Widerspruch für erforderlich halte.

Auch an dieser Stelle, so könnte man einwenden, vermag nicht einzuleuchten, warum für Sachbeweise etwas anderes gelten sollte als für Widersprüche gegen andere fehlerhafte Beweiserhebungen. Der *Senat* greift diese Frage freilich gar nicht erst auf, vielleicht auch deshalb, weil er sich dann endgültig gegen die bisherige Rspr. der übrigen Senate hätte stellen müssen.⁵⁹ In der Sache ist ihm jedoch beizupflichten; warum im Unterschied zu einer nicht fristgebundenen Beanstandung nach § 238 Abs. 2 StPO ein Widerspruch sofort zu erheben sein sollte, leuchtet nicht ein⁶⁰ und erscheint eher als zusätzliche, künstliche Hürde zwecks Reduzierung von Revisionsaussichten.

Soweit übrigens im zweiten Satz des 1. Leitsatzes zusätzlich die Alternative eines Beanstandungsverfahrens nach § 238 Abs. 2 StPO zurückgewiesen wird, lässt sich diese Aussage in den Urteilsgründen so nicht wiederfinden und allenfalls als naheliegende Konsequenz der Ausführungen schlussfolgern. In der Tat laufen Widerspruch und Beanstandung im Wesentlichen auf dasselbe hinaus: Der Angeklagte muss tätig werden, sonst verliert er seine Rügемöglichkeiten in der Revision. Wer wie der *Senat* das eine ablehnt, kann das andere schlecht befürworten.

IV. Bewertung

In der Gesamtschau lässt sich also zwar vieles gegen die Entscheidung des *Senates* einwenden, aber ihr Ergebnis, auf das Widerspruchserfordernis bei Durchsuchungsfehlern zu verzichten, bleibt nachdrücklich zu begrüßen. Sollten sich die übrigen Senate daran orientieren können, so wäre ein erster Schritt getan, das Widerspruchserfordernis nicht nur an dieser Stelle, sondern im Ganzen über Bord zu werfen. Denn dieses „Erfordernis ohne Relevanz oder Nutzen“ stellt nur eine „überflüssige Problemquelle“⁶¹ dar. Es belastet die Hauptverhandlungen, weil natürlich jeder Verteidiger schon bei dem leisesten Verdacht einer möglichen Rechtswidrigkeit widersprechen wird, was entsprechend viel unnützen Aufwand verursacht. Ob es die vermutlich intendierten Effekte, zum einen die Tatgerichte über mutmaßliche Beweiserhebungsfehler zu informieren und sie insoweit nicht in die Revisionsfalle laufen zu lassen, zum anderen die Revisionsaussichten insgesamt zu reduzieren, in einer Weise erreicht, die den dazu

getriebenen Aufwand rechtfertigt, muss demgegenüber bezweifelt werden. Von daher ist es erfreulich, wenn die Widerspruchslösung jedenfalls bei Durchsuchungen zumindest bis auf Weiteres⁶² keine Rolle mehr spielen wird.

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster

⁵⁷ BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, Rn. 16.

⁵⁸ BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, Rn. 17.

⁵⁹ Ebenso *Basdorf*, NSTZ 2017, 370.

⁶⁰ BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, Rn. 16; a.A., jedoch ohne nähere Begründung, *Basdorf*, NSTZ 2017, 370.

⁶¹ *Meixner* (Fn. 51), S. 267.

⁶² Sofern einer der anderen *Senate* die Frage künftig anders beurteilen wollte, müsste er die Sache zuvor dem *Großen Senat* zur Entscheidung vorlegen.