



Stellungnahme Nr. 21 Februar 2021

Zu der im Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung (BR-Drs. 57/21) als § 95a StPO-E vorgesehenen Möglichkeit, im Falle von Durchsuchungen und Beschlagnahmen bei Dritten die bislang gebotene Benachrichtigung der davon betroffenen beschuldigten Personen zeitweise zurückzustellen

Mitglieder des Strafrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Vorsitzender (Berichterstatter)

RA Prof. Dr. Jan Bockemühl

RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm

RA Prof. Dr. Björn Gercke

RA Thomas C. Knierim

RA Dr. Daniel M. Krause

RA Prof. Dr. Holger Matt

RAin Anke Müller-Jacobsen

RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus

RA Prof. Dr. Tido Park

RA Dr. Jens Schmidt

RAin Dr. Anne Wehnert

RAin Dr. Annette von Stetten

RAin Ulrike Paul, BRAK-Vizepräsidentin

RA Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

Verteiler: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Rechtsanwaltskammern
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Deutscher Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Deutscher Juristinnenbund
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung
Strafverteidigervereinigungen
Redaktionen der NJW, Beck Verlag, Deubner Verlag, Jurion, Juris, LexisNexis,
Otto Schmidt Verlag, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag,
Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht,
Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht,
wistra - Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Zeitschrift HRR-Strafrecht, Kri-
minalpolitische Zeitschrift

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten¹ gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Vorbemerkung

Völlig überraschend enthält der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften² einen neu zu schaffenden § 95a StPO, der, wenn er Gesetz würde, einen epochalen Bruch mit einem wesentlichen Strukturelement der Strafprozessordnung bedeuten würde, nämlich der grundsätzlich offenen Gestaltung von Ermittlungsmaßnahmen.

Geheime Ermittlungsmaßnahmen, die tief in Grundrechte beschuldigter und dritter Personen eingreifen, sind bislang nur unter den engen Voraussetzungen der §§ 100a ff. StPO zulässig, d.h. bei Verdacht schwerer Straftaten (insoweit ermöglicht § 100a StPO die Telekommunikationsüberwachung) und bei Verdacht besonders schwerer Straftaten (insoweit ermöglicht § 100b StPO die Online-Durchsuchung und § 100c StPO die akustische Wohnraumüberwachung). Vor allem die Online-Durchsuchung und die akustische Wohnraumüberwachung werden an strenge verfahrensrechtliche Voraussetzungen geknüpft. Sie dürfen ausschließlich spezialgerichtlich angeordnet werden, grundsätzlich nur durch die Staatsschutzkammern bei den Landgerichten, ausnahmsweise, bei Gefahr im Verzug, durch deren Vorsitzende, sind auf höchstens einen Monat zu befristen und nur monatsweise verlängerbar, nach sechs Monaten nur durch das OLG. Die Anordnung sämtlicher geheimer Ermittlungsmaßnahmen, auch der Telekommunikationsüberwachung, bedarf einer präzisen schriftlichen Entscheidungsformel und ausführlicher schriftlicher Begründung (§ 100e StPO).

I. Inhalt des geplanten § 95a StPO-E

Der von der Bundesregierung geplante § 95a StPO-E sieht in Absatz 1 die Möglichkeit vor, im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens Beschlagnahmen und diesen ggf. vorausgehende Durchsuchungen bei Dritten vor den hiervon betroffenen beschuldigten Personen entgegen den §§ 33 Abs. 3, 35 Abs. 2 StPO geheim zu halten, ggf. bis zum Abschluss der Ermittlungen. Die Benachrichtigung soll so lange zurückgestellt werden, bis sie ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks möglich ist, wenn es sich bei der dem Ermittlungsverfahren zugrunde liegenden Straftat um „eine Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung, insbesondere eine in § 100a Absatz 2 bezeichnete Straftat“ handelt, bzw. um den strafbaren Versuch einer solchen Straftat, und die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre. Wohl gemerkt: nur die Zurückstellung der Benachrichtigung der beschuldigten Personen muss diese Voraussetzung erfüllen. Für die Zwangsmaßnahmen selbst, also die Beschlagnahme und die ihr vorausgehende Durchsuchung, soll weiterhin der Anfangsverdacht einer wie auch immer gearteten Straftat genügen.

¹ Im Interesse einer besseren Lesbarkeit wird nicht ausdrücklich in geschlechtsspezifischen Personenbezeichnungen differenziert. Die im Folgenden gewählte männliche Form schließt alle Geschlechter gleichberechtigt ein.

² BR-Drs. 57/21.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gem. § 33 Abs. 3 StPO soll insoweit nicht bestehen (Absatz 3 Satz 2).

Gemäß Absatz 6 der neuen Vorschrift soll im Falle der Zurückstellung der Benachrichtigung dritten Personen, die von den Maßnahmen betroffen sind, verboten werden können, die beschuldigten Personen hierüber zu unterrichten. Gemäß Absatz 7 sollen bei Verstößen gegen das „Offenbarungsverbot“ die in § 95 Abs. 2 i.V.m. § 70 StPO vorgesehenen Ordnungs- und Zwangsmittel verhängt werden können, also – dem Wortlaut nach – Ordnungsgeld, Ordnungshaft und Beugehaft. Da jedoch der Dritte zu einem Unterlassen (des Offenbarens) und nicht zu einem Tun (Zeugenaussage oder Herausgabe) verpflichtet wird, kommt Beugehaft (§ 70 Abs. 2 StPO) von Rechts wegen nicht in Betracht. Die Gesetzesbegründung misst den Ordnungsmitteln neben einer präventiven Funktion ausdrücklich eine repressive Funktion bei. Sie sollen „strafähnlich“ auch dann verhängt werden können, wenn eine präventive Wirkung nicht mehr erreichbar ist, weil dem Offenbarungsverbot zuwider gehandelt wurde.³ Das kann gemäß § 70 Abs. 1 StPO i.V.m. § 6 EGStGB eine Haft von bis zu sechs Wochen bedeuten.

Die Gesetzesbegründung hat als mögliche Gegenstände von Beschlagnahmen – und vorläufigen Sicherstellungen gemäß § 110 StPO – ausdrücklich und insbesondere elektronisches Material im Blick, also E-Mails oder Chat-Inhalte, Inhalte von Nutzerkonten sozialer Netzwerke oder in Clouds gespeicherte Daten.⁴

Als Mittel des Rechtsschutzes ist zum einen ein (einfacher) Richtervorbehalt vorgesehen (Absatz 2), modifiziert durch die Möglichkeit, vorläufig eine „nichtgerichtliche“ Beschlagnahme vorzunehmen (Absatz 3 Satz 1). Zum anderen wird der betroffenen beschuldigten Person die Möglichkeit nachträglichen Rechtsschutzes entsprechend § 101 Abs. 6 StPO beim zuständigen Gericht eingeräumt.

Zur Begründung der neuen Regelungen verweisen die Materialien auf ermittlungstaktische Erwägungen: Im Falle einer offenen Beschlagnahme könne eine gleichzeitig durchgeführte oder beabsichtigte heimliche Ermittlung ihren Sinn verlieren;⁵ offenbar, weil dadurch die beschuldigte Person gewarnt würde. Dies stelle die Strafverfolgungsbehörden insbesondere bei Ermittlungen in den Bereichen Kinderpornographie, Handel mit Waffen, Drogen, Hehlerware und sonstigen verbotenen Gegenständen sowohl im Internet als auch im sogenannten Darknet, aber auch im Bereich der Staatsschutzdelikte, der Cyberkriminalität und in weiteren Deliktsbereichen immer wieder vor praktische und ermittlungstaktische Herausforderungen. Allerdings wird die in § 95a StPO-E vorgesehene heimliche Beschlagnahme gerade nicht auf Ermittlungen im Bereich schwerer und besonders schwerer Kriminalität beschränkt, sondern, wie gesagt, auch für die Erforschung von Delikten eröffnet, die weniger schwer wiegen.

II. Kritik am Gesetzgebungsverfahren

Kritikwürdig ist zunächst die Art und Weise des Gesetzgebungsverfahrens. Es zeichnet sich, wie sein Gegenstand, durch Heimlichkeit aus. Die geplante Vorschrift des § 95a StPO-E war nicht Inhalt des im Oktober 2020 vorgelegten Referentenentwurfs für ein Gesetz zur Fortentwicklung der StPO⁶, wurde mithin nicht der Fachöffentlichkeit zur Stellungnahme unterbreitet. Auf diese Weise haben die Initiatoren der Vorschrift eine kritische Fachdiskussion von vornherein verhindert.

³ BR-Drs. 57/21, S. 75.

⁴ BR-Drs. 57/21, S. 68.

⁵ BR-Drs. 57/21, S. 69.

⁶ Abrufbar unter <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/StPO-Fortentwicklung.html>.

Es steht zu vermuten, dass der Bundesregierung die Regelung nicht erst zwischen Oktober 2020 und Februar dieses Jahres in den Sinn gekommen ist. Die Entwurfsbegründung nimmt mehrfach Bezug auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen vom 4. August 2015,⁷ in der der 3. Strafsenat eine heimliche Beschlagnahme nach geltendem Recht für unzulässig erklärt, aber zugleich in einem obiter dictum bemerkt hatte: „Es wäre allein Sache des Gesetzgebers, eine Regelung in die Strafprozessordnung einzufügen, die es den Ermittlungsbehörden gestattet, Beschlagnahmen vor den davon Betroffenen aus ermittlungstaktischen Gesichtspunkten zunächst zu verheimlichen und erst dann offenlegen zu müssen, wenn dadurch die weiteren Ermittlungen nicht mehr gefährdet werden.“

Die Erörterung des Regierungsentwurfs im Bundesrat ist für dessen 1001. Sitzung am 5. März 2021 vorgesehen. Er bildet dort den 29. von insgesamt 52 Tagesordnungspunkten, wird also kurz vor oder kurz nach der Mittagspause verhandelt werden.⁸ Auch das ist gewiss kein Zufall. Man muss damit rechnen, dass das Ergebnis der Abstimmung feststeht. Die von der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister beauftragte Arbeitsgruppe „Digitale Agenda“ hat sich bereits im Jahr 2018 dafür ausgesprochen, für die Beschlagnahme von Cloud-Daten beim Provider eine „Zurückstellungsmöglichkeit für die Benachrichtigung des Betroffenen“ und eine gesetzliche, bußgeldbewehrte Schweigepflicht für Zeugen über Auskunftersuchen nach § 95 StPO entsprechend § 113 Abs. 4 TKG in die StPO einzufügen.⁹ Die Regelung des § 95a StPO-E hat also einen längeren Vorlauf. Umso mehr lässt aufhorchen, dass sie im Referentenentwurf noch nicht enthalten war.

Wenn tatsächlich bezweckt gewesen sein sollte, eine Fachdiskussion und erst recht eine politische Diskussion zu vermeiden, so scheint der Plan bislang aufzugehen. Es gibt zu der vorgesehenen Neuregelung aus dem Bereich der Politik keine Stellungnahme. In der Vorschau der Senatskanzlei des Regierenden Bürgermeisters von Berlin auf die Bundesratssitzung vom 5. März 2021 wird zwar auf das StPO-Fortentwicklungsgesetz selbst, nicht aber auf § 95a StPO-E hingewiesen¹⁰. Aus dem Bereich der Fachöffentlichkeit gibt es bislang nur einen – kritischen - Beitrag von *Mayeul Hiéramente*.¹¹

III. Nichtbeachtung des Verfassungsrechts

Die Heimlichkeit des Gesetzgebungsverfahrens ist angesichts der Brisanz der Regelung völlig unangemessen. Das grundsätzliche Offenheitsgebot bei Durchsuchungen und Beschlagnahmen ist nichts, was der Gesetzgeber ohne Weiteres über Bord werfen darf. Seine Preisgabe würde tief in die Grundrechte der davon betroffenen Personen eingreifen und bedürfte, wenn sie denn überhaupt verfassungsrechtlich möglich ist, verfahrensrechtlicher Einhegungen, denen § 95a StPO-E nicht ansatzweise gerecht wird (näher unter **V.**).¹²

In Jahre 2013 hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Antiterrordateigesetz vom 22. Dezember 2006 zur Arbeit der Nachrichtendienste einerseits und der Polizei andererseits

⁷ BGH, Beschl. v. 4.8.2015 - 3 StR 162/15 = NStZ 2015, 704 (705).

⁸ Abrufbar unter https://www.bundesrat.de/SharedDocs/TO/1001/tagesordnung-1001.html?cms_topNr=1.

⁹ https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjer53k8v3uAhXBAmMBHQOzD3QQFjAAegQIARAD&url=https%3A%2F%2Fwww.bka.de%2FSharedDocs%2FDownloads%2FDE%2FPublikationen%2FHerbsttagungen%2F2018%2FHerbsttagung2018FranoschLangfassung.pdf%3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D4&usg=AOvVaw1YLKqvFTrvllaPkgcr9arF.

¹⁰ www.berlin.de/rbmskzl/politik/bundesangelegenheiten/aktuelles/artikel.472760.php

¹¹ *Hiéramente*, jurisPR-StrafR 3/2021 Anm. 1.

¹² Schon fragwürdig deshalb: Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Europäische Herausgabeordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen, 2018/0108(COD).

grundsätzlich festgestellt¹³: „Die Rechtsordnung unterscheidet zwischen einer grundsätzlich offen arbeitenden Polizei, die auf eine operative Aufgabenwahrnehmung hin ausgerichtet und durch detaillierte Rechtsgrundlagen angeleitet ist, und den grundsätzlich verdeckt arbeitenden Nachrichtendiensten, die auf die Beobachtung und Aufklärung im Vorfeld zur politischen Information und Beratung beschränkt sind und sich deswegen auf eine weniger ausdifferenzierte Rechtsgrundlage stützen können. Eine Geheimpolizei ist nicht vorgesehen.“

Bereits fünf Jahre zuvor, in einer Entscheidung vom 27. Februar 2008¹⁴, hatte das Bundesverfassungsgericht die im Verfassungsschutzgesetz Nordrhein-Westfalen vom 20. Dezember 2006 enthaltenen Vorschriften zur Online-Durchsuchung für verfassungswidrig und nichtig erklärt und zu diesem Zweck eigens das aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme geschaffen (sog. IT-Grundrecht). Dies hat es damit begründet, dass die Gewährleistungsinhalte des Telekommunikationsgeheimnisses gem. Art. 10 Abs. 1 GG, der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 Abs. 1 GG und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts für sich genommen nicht ausreichen, um eine staatliche Infiltration informationstechnischer Systeme grundrechtlich abzubilden. Der persönliche und private Lebensbereich der Grundrechtsträger müsse vor staatlichem Zugriff im Bereich der Informationstechnik auch insoweit bewahrt werden, als auf das informationstechnische System insgesamt zugegriffen werde und nicht nur auf einzelne Kommunikationsvorgänge oder gespeicherte Daten.

Zutreffend haben einzelne Autoren in der strafrechtlichen Literatur bereits erkannt, dass der Zugriff auf beispielsweise sämtliche auf einem Server vorhandene E-Mails eines Betroffenen nicht nur in das Telekommunikationsgeheimnis eingreift, sondern in das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Aufgrund der technischen Entwicklung ist es nun möglich, durch Durchsuchung und Beschlagnahme bei Dritten in einem Umfang an höchstpersönliche Daten einer beschuldigten Person zu gelangen, der noch vor Kurzem undenkbar erschien. *Hiéramente* weist darauf hin, dass sich mit einem solchen Zugriff ggf. Jahrzehnte eines persönlichen Kommunikationsverhaltens nachvollziehen lassen; zudem vermittele die Durchsicht des E-Mail-Postfachs auch Einblicke in das Konsum- und Nutzungsverhalten der betroffenen Person.¹⁵

Vor allem die Cloud enthält für Ermittler einen „unermesslichen Datenschatz“.¹⁶ Genau deshalb dürften es die Initiatoren des § 95a StPO-E gerade darauf abgesehen haben (s.o. unter I.).

Folglich käme die heimliche Durchsuchung von Clouds und die Beschlagnahme der darin enthaltenen Daten allenfalls unter den Voraussetzungen des § 100b StPO-E in Betracht. Allerdings ist auch dies verfassungsrechtlich fragwürdig, weil die heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nur dann zulässig ist, wenn tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut bestehen. Überragend wichtig sind Leib, Leben und Freiheit der Person oder solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt.

Erstaunlicherweise finden sich in der Begründung zu § 95a StPO-E hierzu keinerlei Erwägungen. Die Verfasser des Regierungsentwurfs gehen davon aus, dass durch die Norm nur das Fernmeldegeheimnis eingeschränkt wird und zitieren daher nur Artikel 10 GG als von der Regelung betroffenes Grundrecht.¹⁷ Das vermag aus den dargestellten Gründen nicht zu überzeugen. Es handelt sich bei der

¹³ BVerfG, Urt. v. 24.04.2013 - 1 BvR 1215/07 = NJW 2013, 1499 (1505), Rn. 122.

¹⁴ BVerfG, Urt. v. 27.02. 2008 - 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 = NJW 2008, 822.

¹⁵ *Hiéramente*, jurisPR-StrafR 3/2021 Anm. 1, S. 3.

¹⁶ *Grözinger*, StV 2019, 406 (412).

¹⁷ BR-Drs. 57/21, Artikel 28 (S. 30).

Beschlagnahme des gesamten E-Mail-Verkehrs nicht nur um einen einmaligen und punktuellen Zugriff, der weniger schwer wiegt als eine auf längerfristige Überwachung angelegte Maßnahme.¹⁸ Erst recht überzeugt nicht die Behauptung, die Regelung würde die Ausgestaltung der Beschlagnahme als grundsätzlich offene Ermittlungsmaßnahme gar nicht antasten, weil ja nur die Benachrichtigung des Beschuldigten zurückgestellt werde. Deshalb werde die neue Norm in die Strafprozessordnung nach § 95 StPO eingeordnet und nicht in den Anwendungsbereich des § 101 StPO aufgenommen.¹⁹ Worin soll denn die „Offenheit“ der Maßnahme bestehen, wenn sie denjenigen verborgen bleibt, die davon hauptsächlich betroffen sind, und wenn diejenigen, die Kenntnis davon erlangen, sanktionsbewehrten Offenbarungsverboten unterliegen?! Solcher Sophismus macht verdrossen.

Verfassungsfragen sind nach *Ferdinand Lasalle* Machtfragen. Die geplante, das „IT-Grundrecht“ außer Acht lassende Regelung des § 95a StPO-E wird mit Inkrafttreten zu einem beträchtlichen Machtzuwachs der Ermittlungsbehörden führen. Sie wird die bisherigen Möglichkeiten der Verteidigung, auf die Ermittlungen Einfluss zu nehmen, beschränken **(IV.)** und dazu beitragen, die Bedeutung des Richtervorbehalts weiter zu marginalisieren **(V.)**.

IV. Beschränkung der Verteidigung

Die nach dem geltenden Recht bestehenden Möglichkeiten beschuldigter Personen und ihrer Verteidigung, auf das Ermittlungsverfahren Einfluss zu nehmen, sind keine Gnadenakte, sondern Ausdruck des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG). Dieser ist, in den Worten des Bundesverfassungsgerichts, nicht nur ein prozessuales „Urrecht“ des Menschen, sondern auch ein objektivrechtliches Verfahrensprinzip, das für ein rechtsstaatliches Verfahren im Sinne des Grundgesetzes schlechthin konstitutiv ist.²⁰ In der Strafprozessordnung verkörpert namentlich § 33 Abs. 3 StPO, der nach dem Wortlaut des vorgesehenen § 95a Abs. 3 Satz 2 StPO-E auf die vorgesehenen Maßnahmen keine Anwendung finden soll, den Anspruch auf rechtliches Gehör. Die fatalen Auswirkungen der Einschränkung dieses Verfahrensprinzips sind absehbar.

Solange die beschuldigte Person über heimliche Ermittlungsmaßnahmen nicht unterrichtet wird, kann sie sich weder gegen diese noch gegen den behaupteten Tatverdacht verteidigen. Das verschlechtert ihre Verteidigungsposition enorm. Es ist eine Binsenweisheit, dass die rechtlichen Möglichkeiten, Beschuldigungen entgegenzutreten, umso effektiver sind, je früher sie wahrgenommen werden können. Insbesondere voreiligen, sich letztlich als unzutreffend erweisenden Vorwürfen - und das sind, aufs Ganze gesehen, die meisten - kann die Verteidigung bei frühzeitiger Kenntnis des scheinbar belastenden Materials effizient entgegenzutreten. So manche andernfalls sinnlos Ressourcen verschlingende staatliche Ermittlungstätigkeit wird dadurch abgekürzt.

Die Vorstellung, gesetzestreue Bürgerinnen und Bürger hätten Ermittlungsverfahren und die damit verbundenen Eingriffe in ihre Grundrechte nicht zu fürchten, ist naiv. Das Gegenteil ist der Fall. Die meisten Ermittlungsverfahren werden eingestellt, obwohl sie allesamt auf einem von den Strafverfolgungsbehörden ursprünglich angenommenen Tatverdacht beruhen. Das gilt insbesondere für Ermittlungsverfahren, die mögliche Straftaten in den Bereichen der unteren und mittleren Kriminalität betreffen, letzterenfalls also genau diejenigen, die in § 95a StPO-E diffus als Straftaten „von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung“ bezeichnet werden.

¹⁸ So aber BR-Drs. 57/21, S. 70.

¹⁹ BR-Drs. 57/21, S. 70.

²⁰ BVerfG, Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02 (Beschluss des Plenums).

Dazu gehören zahlreiche Straftatbestände, die das Wirtschafts-, Berufs- und Arbeitsleben betreffen. Die Kreation neuer Straftatbestände in diesen Bereichen, die Ausweitung vorhandener Straftatbestände und nicht zuletzt die bisweilen weite Auslegung von Straftatbeständen durch die Rechtsprechung haben zwangsläufig dazu geführt, dass sich auch die Anlässe für Verdachtsbildungen vervielfacht haben. Jede möglicherweise falsche Abrechnung einer ärztlichen Leistung, jeder eventuell unzutreffende Rechtsrat, jeder Werkvertrag, von dem die Zollverwaltung meint, er sei ein Arbeitsvertrag, jede vielleicht unzutreffende Geltendmachung von Betriebsausgaben, jedes unbedachte Sponsoring einer öffentlichen Einrichtung, jede Einladung einer Amtsträgerin oder eines Amtsträgers u.s.w. kann ein Strafverfahren mit ungewissem Ausgang in Gang setzen. Auch wenn die Sache für die beschuldigte Person am Ende gut oder glimpflich ausgeht: Die Belastung mit einem Ermittlungsverfahren oder gar einer Hauptverhandlung kann für sie verheerende Folgen haben, von denen sie sich nur schwer oder gar nicht erholt.

Es liegt auf der Hand, dass die geplanten heimlichen Ermittlungsmaßnahmen die Verteidigung gegen den behaupteten Anfangsverdacht erschweren werden. Gerade heimlichen Ermittlungsmaßnahmen wohnt eine geradezu unheimliche Dynamik inne. Muss die ermittelnde Person eine Kontrolle ihrer Tätigkeit nicht fürchten, wird sie diese je länger desto intensiver und ungehemmter fortsetzen. Der ungezähmte Wille, etwas Belastendes zu finden, verleitet dazu, die Grenzen des Verfahrensgegenstandes zu überschreiten. Eine „Ausforschung“ der beschuldigten Person dahingehend, Beweismaterial für eine Straftat zu finden, hinsichtlich derer kein Verdacht besteht, widerspricht zwar der rechtsstaatlichen Grundkonzeption der Strafprozessordnung, Ermittlungsmaßnahmen nur bei Verdacht in Gang zu setzen. Sie wird aber von der Rechtsprechung zu den „Zufallsfunden“ belohnt. Wann schon lässt sich der Nachweis führen, es sei verbotenerweise - d.h. gezielt - danach gesucht worden?!

V. Fehlender effektiver Rechtsschutz

Bereits der gegenwärtige Rechtsschutz gegen offene Ermittlungen verspricht mehr, als er hält.

Er besteht zum einen im Institut des sog. Richtervorbehalts (§§ 98 Abs. 1, 105 Abs. 1 StPO). Dieser besagt, dass über die Anordnung einer Durchsuchung oder Beschlagnahme grundsätzlich die Ermittlungsrichterin oder der Ermittlungsrichter zu entscheiden hat; nur bei Gefahr im Verzug sind die Staatsanwaltschaft oder ihre Ermittlungspersonen dazu befugt. Zum anderen kann die von der bereits erfolgten Zwangsmaßnahme unterrichtete bzw. zu unterrichtende betroffene Person, sei es ein Dritter, sei es die beschuldigte Person selbst, der Maßnahme widersprechen und eine gerichtliche Entscheidung beantragen (§ 98 Abs. 2 S. 2 StPO (analog)); etwa dahingehend, die Rechtswidrigkeit der Maßnahme festzustellen und den beschlagnahmten Gegenstand herauszugeben, oder die beschlagnahmten Daten nicht zu verwerten. In Betracht kommt unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheit auch die Beschränkung der Durchsicht der Daten auf bestimmte Suchbegriffe. Das Bundesverfassungsgericht hat hierfür in der Vergangenheit Maßstäbe entwickelt. Gegen eine abschlägige gerichtliche Entscheidung ist die Beschwerde zulässig (§ 304 StPO).

Nach den Vorstellungen des Bundesverfassungsgerichts sind Ermittlungsrichter/innen „unbeteiligte Dritte“, die grundsätzlich nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft tätig werden und für eine gebührende Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten, namentlich der beschuldigten Personen, eigenverantwortlich sorgen sollen. Insbesondere sollen sie darauf achten, dass der Durchsuchungsbeschluss den Tatvorwurf so beschreibt, dass der äußere Rahmen abgesteckt wird, innerhalb dessen die Zwangsmaßnahme durchgeführt wird. Dies soll zugleich die Betroffenen in den Stand versetzen, die Maßnahme

ihrerseits zu kontrollieren und etwaigen Ausuferungen im Rahmen ihrer rechtlichen Möglichkeiten von vornherein entgegenzutreten.²¹

Indes muss man konstatieren, dass der Richtervorbehalt ein eher schwaches Rechtsinstitut ist. Er ähnelt, wie *Egon Müller* treffend bemerkt hat, einem Wachhund, der weder bellt noch beißt.²² *Holm Putzke* ist der Auffassung, dass sich die mit dem Richtervorbehalt verbundenen Erwartungen im Großen und Ganzen nicht erfüllen, es sei denn, man ist - wie offenbar die Politik - zufrieden mit einer „Scheinlegitimation“. Das Versagen des Richtervorbehalts habe vielerlei Gründe: Richterinnen und Richter seien oder fühlten sich (zum Teil) überlastet, sie stünden unter Zeit- und Entscheidungsdruck, sie erhielten nur gefilterte Informationen, sie könnten Perseveranz-, Inertia- und Schulterschlusseffekten unterliegen, und sie neigten zuweilen, wie (wohl) alle Menschen, dazu, den Weg des geringsten Widerstandes zu gehen.²³

Nur begrenzt effizient sind auch die rechtlichen Möglichkeiten, mittels einer gerichtlichen Entscheidung oder einer Beschwerde auf die Anordnungen von Durchsuchungen und Beschlagnahmen einzuwirken. Die Durchschlagskraft dieser Rechtsbehelfe hängt ganz und gar von der Bereitschaft der angerufenen Gerichte ab, Ermittlungsmaßnahmen, die von der Staatsanwaltschaft für erforderlich angesehen werden, kritisch zu überprüfen. Darüber zu wachen, dass sich der Staat rechtmäßig und verfassungsgemäß verhält, ist an sich eine schöne Aufgabe. Sie erfordert allerdings Kompetenz, Zeit und Courage.

Am ehesten wird man dies bei den Strafkammern der Landgerichte vermuten dürfen, vor allem bei Spezialeinheiten wie den Staatsschutzkammern i.S.d. § 74a Abs. 4 StPO, die eigens für die Anordnung von Maßnahmen nach den §§ 100b und 100c StPO zuständig sind. Für Maßnahmen im Sinne des § 95a StPO-E ist deren Zuständigkeit aber gerade nicht vorgesehen. Damit entfallen auch die besonderen Schutzvorkehrungen, die § 100e Abs. 2 StPO im Falle von Online-Durchsuchungen und akustischen Wohnraumüberwachungen vorsieht. Zudem ist übrigens im Gesetzentwurf, anders als bei den heimlichen Maßnahmen der §§ 100a bis 110c StPO, kein Kernbereichsschutz (§ 100d StPO) vorgesehen.

Selbst hohe und höchste Richter haben häufig eine innere Scheu, Ermittlungsmaßnahmen infrage zu stellen, die von den Strafverfolgungsbehörden als unverzichtbar angesehen werden. So wird *Ekkehard Appl*, der stellvertretende Vorsitzende des 2. Strafsenats des BGH, in Bezug auf die sogenannten legendierten Kontrollen mit den Worten zitiert, ihn beschleiche ein ungutes Gefühl, wenn die Polizei machen könne, was sie wolle.²⁴ Diese Skepsis hat den 2. Strafsenat indes nicht davon abgehalten, dieser Kriminaltaktik grundsätzlich seinen höchstrichterlichen Segen zu erteilen.²⁵

Das Bundesverfassungsgericht hat Ende der 1990er Jahre die Notwendigkeit eines effektiven und möglichst lückenlosen Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) auch schon während der Phase des Ermittlungsverfahrens erkannt und diesen Rechtsschutz gestärkt bzw. überhaupt erst mit Leben erfüllt.²⁶ Es hat vor allem die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit angemahnt: Eine Durchsuchung müsse im Blick auf den damit verfolgten gesetzlichen Zweck erfolgversprechend und sein; der jeweilige Eingriff

²¹ BVerfG, Urt. v. 20. 2. 2001 - 2 BvR 1444/00 = NJW 2001, 1121 (1122); BVerfG, Beschl. v. 16.6.2015 – 2 BvR 2718/10, 2 BvR 1849/11, 2 BvR 2808/11 = NJW 2015, 2787, Rn. 60.

²² *Müller*, AnwBl 1992, 349 (351).

²³ *Putzke*, StraFo 2016, 1 (4 f.).

²⁴ Vgl. <https://rsw.beck.de/aktuell/meldung/bgh-polizeimethoden-zur-ueberfuehrung-von-drogenkurieren-auf-dem-pruefstand>.

²⁵ s. BGH, Urt. v. 26.04.2017 – 2 StR 247/16 = NStZ 2017, 651.

²⁶ s. BVerfG, Beschl. v. 30.04.1997 - 2 BvR 817/90 u.a. = NJW 1997, 2163.

müsse in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der Straftat und der Stärke des Tatverdachts stehen.

Vollends zur Farce wird eine vermeintliche Rechtsschutzmöglichkeit, wenn sie so ausgestaltet ist wie in § 95a Abs. 5 StPO-E. Danach kann zwar die beschuldigte Person bei dem für die Anordnung der Maßnahme zuständigen Gericht – also beim Amtsgericht – bis zu zwei Wochen nach ihrer Benachrichtigung über deren vorangegangene, inzwischen aufgehobene Zurückstellung die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme, der Art und Weise ihres Vollzugs und der Zurückstellung der Benachrichtigung beantragen. Gegen die gerichtliche Entscheidung soll die sofortige Beschwerde statthaft sein. Aber das sind stumpfe Schwerter.

Die Regelung entspricht derjenigen in § 101 Abs. 7 StPO in Bezug auf die in § 101 Abs. 1 StPO aufgeführten heimlichen Maßnahmen. Insoweit mag der nachträgliche Rechtsschutz eine gewisse Kontrolle darstellen. In Bezug auf die vorgesehene Zurückstellung der Benachrichtigung über heimliche Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnungen ist er von vornherein zum Scheitern verurteilt. Der Bundesgerichtshof in Strafsachen hat nämlich in seiner o.g. Entscheidung vom 4. August 2015²⁷, in welcher er die Verheimlichung einer Beschlagnahme gegenüber der davon betroffenen beschuldigten Person aus ermittlungstaktischen Gesichtspunkten angeregt hat, vorausschauend klargestellt, dass eine zu Unrecht unterlassene Mitteilung nicht das Gewicht hat, im Übrigen rechtmäßig gewonnene Erkenntnisse für ein Verfahren zu sperren. Mit anderen Worten: Ein Verwertungsverbot wegen einer möglicherweise rechtswidrigen Zurückstellung der Benachrichtigung – etwa, weil keine Gefährdung des Untersuchungszwecks zu besorgen war – scheidet grundsätzlich aus. Allenfalls könnte eine rechtswidrige Beschlagnahme als solche dazu führen. Das aber wird jedenfalls dann nicht der Fall sein, wenn das beschlagnahmte Beweismittel zur Überführung der beschuldigten Person beiträgt. In diesen Fällen wird der Zweck der heimlichen Maßnahme, die Sachverhaltsaufklärung zu fördern, eine etwaige Rechtswidrigkeit zumindest faktisch heilen. Wird hingegen nichts Brauchbares gefunden, wird der Rechtsbehelf ebenfalls scheitern, wenn der Antragsteller nicht darlegen kann, dass die Maßnahme willkürlich war. Eine solche Darlegung gelingt selten.

VI. Beschädigung des Rechtsstaates

Im Ergebnis ist festzustellen, dass der geplante § 95a StPO im Fall seiner gesetzlichen Realisierung den Rechtsstaat beschädigen wird.

Er wird die ermittelnden Personen ermuntern, heimliche Durchsuchungen und Beschlagnahmen bei einem irgendwie gearteten Verdacht von Straftaten im Bereich mittlerer Kriminalität durchzuführen – auch auf die Gefahr hin, dass entweder die unterlassene Benachrichtigung der beschuldigten Personen von den Maßnahmen und/oder die Maßnahmen selbst rechtswidrig sind. Der vorgesehene Rechtsschutz in Form des Richtervorbehalts bzw. der nachträglichen Überprüfung der Maßnahmen wird sich als wirkungslos erweisen, der Kernbereichsschutz wird obsolet.

Das Ermittlungsverfahren wird dadurch erheblich an Offenheit einbüßen, und es steht zu befürchten, dass es über weite Strecken zu einem heimlichen Verfahren geraten wird. Die Möglichkeiten der Verteidigung werden sich verschlechtern, die Verdachtsbildungen werden weiter anwachsen, die Staatsanwaltschaften werden immer mehr zu tun bekommen, der Bedarf nach Ausweichstrategien wird zunehmen. Das alles widerspricht in hohem Maße der Leitidee des Rechtsstaats.

²⁷ BGH, Beschl. v. 4.8.2015 - 3 StR 162/15 = NSTz 2015, 704.

Es darf, ja es muss daran erinnert werden, dass die Verfolgung von Straftaten, die die Verfasser des § 95a StPO im Blick haben, kein originär rechtsstaatliches Anliegen ist, sondern eine staatliche Aufgabe überhaupt. Der moderne Staat, wie er sich seit der frühen Neuzeit entwickelt hat, bezieht seine Legitimität in hohem Maße aus dem Zweck, die Sicherheit seiner Bürger zu gewährleisten.

Das Eigentümliche des Rechtsstaats besteht nicht in diesem Sicherungszweck an sich, sondern in der Bindung der staatlichen Organe an Recht und Gesetz auch dann, wenn er seine Sicherheitsaufgaben wahrnimmt, zum Zwecke des Schutzes der Freiheit der Bürger vor staatlichen Übergriffen. Dieses Anliegen ist eine Frucht der Aufklärung. Der österreichische Rechtsgelehrte *Franz von Zeiller* formulierte dieses „Ideal“ Anfang des 19. Jahrhunderts wie folgt: Die höchste Zweckmäßigkeit oder Vollkommenheit des Kriminalverfahrens bestehe in der Vereinigung der öffentlichen Sicherheit mit der Privatsicherheit oder Freiheit eines jeden einzelnen. Um dieses Ideals willen müsse die grenzenlose Sorge für die allgemeine Sicherheit, kein Verbrechen unentdeckt, keinen Verbrecher ungestraft zu lassen, begrenzt werden. Anderenfalls unterliege die bürgerliche Freiheit der drückenden Last des Schildes, durch den sie geschützt werden soll.²⁸ Das gilt es auch in unseren Tagen zu bedenken, in denen die rasante Entwicklung der Digitalisierung früher nicht für möglich gehaltene Eingriffe in die bürgerliche Freiheit ermöglicht.

- - -

²⁸ *Zeiller*, in: Jährlicher Beytrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den Österreichischen Erbstaaten, 1806, S. 5.