



Stellungnahme Nr. 30
März 2021

Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften

- Änderung von § 104 Abs. 1 und § 131 Abs. 1 StPO

Mitglieder des Ausschusses Strafprozessrecht:

Rechtsanwalt Dr. Matthias Dann
Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Gubitza
Rechtsanwältin Dr. Vera Hofmann
Rechtsanwalt Prof. Dr. Christoph Knauer, Vorsitzender
Rechtsanwalt Dr. jur. Andreas Minkoff
Rechtsanwalt Jürgen Pauly
Rechtsanwältin Anette Scharfenberg
Rechtsanwalt Franz-Josef Schillo
Rechtsanwältin Dr. Alexandra Schmitz
Rechtsanwältin Stefanie Schott (Berichterstatlerin)
Rechtsanwalt Klaus-Ulrich Ventzke

Rechtsanwältin Ulrike Paul, Vizepräsidentin Bundesrechtsanwaltskammer
Rechtsanwältin Eva Melina Buchmann, Bundesrechtsanwaltskammer

Verteiler: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat
Ausschuss für Recht- und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestag
Fraktionsvorsitzende der CDU/CSU, SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, DIE LINKE
Rechtspolitischen Sprecher der Fraktionen CDU/CSU, SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN,
DIE LINKE
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Innenministerien und Senatsverwaltungen für Inneres der Länder
Bundesgerichtshof
Rechtsanwaltskammern
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Patentanwaltskammer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Juristinnenbund
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Neue Richtervereinigung e.V.
Deutscher Steuerberaterverband e. V.
Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.
Bund Deutscher Kriminalbeamter
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.
Deutscher Juristentag e.V.
Redaktionen der NJW, NStZ, NZWiSt, Beck Verlag, ZAP, AnwBI, DRiZ, FamRZ, FAZ,
Süddeutsche Zeitung, Die Welt, taz, Handelsblatt, dpa, Spiegel, Focus, Deubner Verlag
Online Recht, LTO, Beck aktuell, Jurion, Juris Nachrichten, Juve, LexisNexis Rechtsnews,
Otto Schmidt Verlag, Kriminalpolitische Zeitschrift, Strafverteidiger Forum, Zeitschrift
HRR Strafrecht

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

Stellungnahme

Im Rahmen der Beteiligung zum Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften, wurde von den Koalitionsfraktionen gegenüber dem BMJV nachträglich der Wunsch geäußert, Änderungen an zwei weiteren Vorschriften der Strafprozessordnung (§§ 104 Abs. 1 und 131 Abs. 1 StPO) aufzunehmen.

Das BMJV hat der Bundesrechtsanwaltskammer die Gelegenheit eingeräumt, dazu Stellung zu nehmen. Die Bundesrechtsanwaltskammer bedankt sich für diese Möglichkeit und nimmt die eingeräumte Gelegenheit wahr.

1. Möglicher Regelungsbedarf in § 104 StPO zur Durchsuchung zur Nachtzeit

Der erste Vorschlag betrifft die Durchsuchung von Räumen zur Nachtzeit gem. § 104 StPO. Insoweit ist im Gesetzesentwurf bislang eine Definition des Begriffs der Nachtzeit vorgesehen (Abs. 3: „Die Nachtzeit umfasst den Zeitraum von 21 bis 6 Uhr.“). Diese Klarstellung hält die Bundesrechtsanwaltskammer für sinnvoll. Zusätzlich wurde nun das Anliegen geäußert, „die Möglichkeiten der Durchsuchung zur Nachtzeit moderat zu erweitern oder jedenfalls zu präzisieren.“

Hintergrund der vorgeschlagenen Änderung sei der Umstand, dass die Ermittlungsbehörden bei der Ermittlung von Straftaten, die vorwiegend durch die Nutzung von Computern begangen werden, vermehrt vor dem Problem stünden, dass die Täter ihre Datenträger durch den Einsatz von Verschlüsselungstechnologien vor dem Zugriff durch die Strafverfolgungsbehörden schützen würden. Gelänge die Entschlüsselung nicht und zeige sich der Beschuldigte auch nicht kooperativ, so könne eine digitalforensische Auswertung nicht erfolgen. Es erscheine daher wünschenswert, den Strafverfolgungsbehörden durch Durchsuchungen zur Nachtzeit zu ermöglichen, Datenträger möglichst dann zu beschlagnehmen, wenn sie sich in unverschlüsseltem Zustand befinden, weil sie zum Zeitpunkt der Durchsuchung durch den Beschuldigten genutzt werden. Eine Präzisierung der Vorschrift erscheint dem BMJV auch deswegen sinnvoll, weil die Ermittlungsrichter bei der Anwendung des geltenden Rechts stark abweichende Einschätzungen zur Zulässigkeit entsprechender Durchsuchungsbeschlüsse geäußert hätten.

Der Vorschlag lautet, § 104 Abs. 1 StPO wie folgt zu fassen:

„(1) Zur Nachtzeit dürfen die Wohnung, die Geschäftsräume und das befriedete Besitztum nur durchsucht werden,

1. bei Verfolgung auf frischer Tat,

2. bei Gefahr im Verzug,

3. wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass in den zu durchsuchenden Räumlichkeiten oder auf dem zu durchsuchenden befriedeten Besitztum zur Nachtzeit eine Straftat begangen wird, und wenn die Erlangung von Beweismitteln ohne eine

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

***Durchsuchung zur Nachtzeit aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre oder
4. zur Wiederergriffung eines entwichenen Gefangenen.***

Die Bundesrechtsanwaltskammer sieht keinen Bedarf für die vorgeschlagene Änderung.

Es handelt sich nach Ansicht der Bundesrechtsanwaltskammer um keine „moderate Erweiterung“ der bereits in der aktuellen Gesetzesfassung für Gefahr im Verzug vorgesehenen Ausnahme vom Verbot der Hausdurchsuchung zur Nachtzeit, sondern um eine gegenüber der Gefahr im Verzug einschränkende Präzisierung.

„Gefahr im Verzug“ liegt nach strafprozessrechtlichem Verständnis insbesondere dann vor, wenn der Aufschub der Durchsuchung bis zum Tagesbeginn ihren Erfolg wahrscheinlich gefährden würde, „beispielsweise weil in der Zwischenzeit Beweismittel vernichtet werden könnten“.² Ebendies setzt die vorgeschlagene Ziffer 4 voraus: „*wenn die Erlangung von Beweismitteln ohne eine Durchsuchung zur Nachtzeit aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre*“. Da zusätzlich vorausgesetzt wird, dass „*bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass in den zu durchsuchenden Räumlichkeiten oder auf dem zu durchsuchenden befriedeten Besitztum zur Nachtzeit eine Straftat begangen wird*“, führt der Vorschlag zu einer Beschränkung gegenüber der „Gefahr im Verzug“.

Ist danach aber die Konstellation des drohenden Verlusts von Beweismitteln in Abs. 1 schon durch den Begriff der „Gefahr im Verzug“ erfasst, bleibt unklar, welcher Anwendungsbereich dem neuen Abs. 1 Nr. 3 daneben zukommen soll und in welchem systematischen Verhältnis die beiden Regelungen stehen sollen.

Die Bundesrechtsanwaltskammer hält es deshalb nicht für sinnvoll, eine solche Regelung in das Gesetz aufzunehmen. Allein die Befürchtung, Gerichte könnten die aktuelle Vorschrift unterschiedlich auslegen, bildet hierfür keinen ausreichenden Grund. Gerade der Begriff der „Gefahr im Verzug“ wird in diversen Normen verwendet und ist u.a. durch die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 13 Abs. 2 GG, die Rechtsprechung der Strafgerichte zu den §§ 104, 105 StPO und die Literatur hinlänglich präzisiert worden. Welches Auslegungsproblem Anlass für die Aufnahme eines neuen Ausnahmetatbestandes in den Katalog des § 104 Abs. 1 StPO sein soll, wird nicht deutlich.

Soweit als Grund für die Gesetzesänderung angeführt wird, bei Durchsuchungen zur Nachtzeit könnten danach Datenträger in unverschlüsseltem Zustand effektiver beschlagnahmt werden als bisher, wird dies nicht mit Tatsachen belegt. Die nächtliche Nutzung müsste zudem auch nach der vorgeschlagenen Gesetzesfassung durch konkrete Anhaltspunkte im Einzelfall belegt werden. Dann ist aber eine Durchsuchung zur Nachtzeit schon nach der aktuellen Fassung des Gesetzes möglich. In Betracht käme – neben der Gefahr im Verzug – auch die Verfolgung auf frischer Tat.³

Vorsorglich teilt die Bundesrechtsanwaltskammer darüber hinaus mit, dass sie gegen den an das BMJV herangetragenen Wunsch, die Möglichkeiten der Durchsuchung zur Nachtzeit moderat zu erweitern, generelle Bedenken hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind nächtliche Durchsuchungen nur ausnahmsweise zulässig, weil eine Wohnungsdurchsuchung während dieser Zeit ungleich stärker in die Rechtssphäre des Betroffenen eingreift als zur Tageszeit.⁴ Dem hat der

² So BVerfGE 151, 67, 90 unter Hinweis auf MüKoStPO-Hauschild, 1. Aufl., § 104 Rn. 7 und Meyer-Goßner/Schmitt, 61. Aufl., § 104 Rn. 4.

³ Auf frischer Tat wird der Täter verfolgt, wenn unmittelbar nach Entdeckung der kurz zuvor verübten Tat Maßnahmen getroffen werden, die auf seine Ergreifung gerichtet sind oder der Sicherstellung der Beute oder dem Auffinden sonstiger Beweismittel dienen (vgl. z.B. Hegmann, BeckOK StPO § 104, Rn. 6).

⁴ BVerfGE 151, 67, 89.

Gesetzgeber – so auch das BVerfG – grundsätzlich durch den schon bisher in § 104 Abs. 1 StPO enthaltenen Katalog von Ausnahmeregelungen Rechnung getragen.

2. Möglicher Regelungsbedarf in § 131 Abs. 1 StPO zum Europäischen Haftbefehl

Das zweite nachträglich an das BMJV herangetragene Anliegen betrifft § 131 Abs. 1 StPO. Demnach soll eine Sollvorschrift für eine europaweite Fahndung geschaffen werden, wenn die Voraussetzungen eines Europäischen Haftbefehls (EuHb) vorliegen.

Dadurch soll nach der dazu gegebenen Begründung erreicht werden, dass in einer größeren Anzahl von Verfahren neben einem nationalen Haftbefehl auch ein EuHb beantragt und erlassen wird. Derzeit würden in Deutschland nach Angaben des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat nur knapp 4 % der nationalen Ausschreibungen zur Festnahme auch schengenweit ausgeschrieben. Der Anteil sei auch im Vergleich mit anderen EU-Mitgliedstaaten gering.

Deutschland habe sich unter seiner EU-Ratspräsidentschaft dafür eingesetzt, die bestehenden Instrumente des europäischen Rechts umfassend zu nutzen. Der EuHb sei nach Wegfall der Binnengrenzen als Ausgleichsinstrument eingeführt worden, um die Sicherheit im Schengenraum weiterhin zu gewährleisten. Der selbstverständlichen innereuropäischen Freizügigkeit sollte eine effektive innereuropäische Fahndungsstruktur gegenüberstehen, daher müsse im Schengenraum eine schengenweite Ausschreibung der Regelfall sein. Dies würden auch Fälle belegen, in denen einschlägig in anderen Schengenstaaten vorbestrafte Täter, zu denen keine SIS-Ausschreibung bestand, in Deutschland schwere Straftaten begehen konnten.

Die vom BMJV in diesem Zusammenhang vorgeschlagene Änderung von Nummer 41 Absatz 2 der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV), erscheine nicht ebenso effektiv wie eine gesetzliche Ausgestaltung.

Das BMJV schlägt vor, § 131 Absatz 1 StPO um den – bislang noch nicht rechtsförmlich geprüften – folgenden Satz oder eine ähnliche Formulierung zu ergänzen:

„Liegen die Voraussetzungen eines Europäischen Haftbefehls vor, soll dieser erlassen und gleichzeitig mit Einleitung der nationalen Fahndung zur Festnahme einer Person auch in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union und den Schengen-assoziierten Staaten gefahndet werden, es sei denn, eine entsprechende Fahndung ist unverhältnismäßig.“

Die Bundesrechtsanwaltskammer tritt diesem Vorschlag entgegen, da er weder sinnvoll, noch verhältnismäßig erscheint.

Es ist schon keine praktische Notwendigkeit für eine solche Gesetzesänderung zu erkennen. Selbst wenn man unterstellte, der Anteil von EuHb in Deutschland sei auch im Vergleich mit anderen EU-Mitgliedstaaten gering, so wäre dies nach Ansicht der Bundesrechtsanwaltskammer kein tragfähiger Grund dafür, den Erlass in Form einer Sollvorschrift zu forcieren.

Der Erlass von EuHb bedeutet gegenüber der deutschlandweiten Ausschreibung zur Fahndung nicht nur zusätzlichen organisatorischen Aufwand,⁵ sondern insbesondere auch einen weitergehenden Eingriff in Grundrechte des davon Betroffenen. Er umfasst zugleich Ersuchen um Fahndung, Festnahme und Überstellung des Verfolgten und geht damit über die mit einem nationalen Haftbefehl verbundene Freiheitsbeschränkung hinaus.⁶

Begründet werden muss daher der mit dem Erlass des EuHb verbundene Eingriff⁷ und nicht, wie es die Umsetzung des Vorschlags nach sich ziehen würde, das Unterlassen dieses Eingriffs. Nur in Fällen, in denen Anhaltspunkte für eine Flucht des Beschuldigten ins Ausland bestehen, ist eine europaweite Ausschreibung verhältnismäßig.

Abgesehen davon, dass der Erlass von EuHb aufgrund der dargelegten Grundrechtsrelevanz ohnehin nicht zu einer bloßen statistischen Aufgabe verkommen darf, bestehen auch erhebliche Zweifel an der Behauptung, Deutschland mache auch im Vergleich mit anderen EU-Mitgliedstaaten nur geringen Gebrauch von EuHb. Kein anderes europäisches Land stellt so viele EuHb aus, wie Deutschland.

Zudem wird den Ermittlungsbehörden und Ermittlungsrichtern mit dem Vorschlag abgesprochen, selbst im Einzelfall sachgerecht abwägen zu können, wann der Erlass eines EuHb sinnvoll bzw. erforderlich ist. Tatsachen, die diese Annahme rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich.

* * *

⁵ Aufgrund der vom EuGH mit Urteil vom 27. Mai 2019 in den verbundenen Rs. C-508/17 und C-82/19 PPU festgestellten fehlenden Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft in Deutschland werden EuHb aktuell durch Ermittlungsrichter erlassen.

⁶ Siehe dazu auch Stellungnahme des DAV Nr. 19/2021.

⁷ Vgl. EuGH, 27. Mai 2019 – C-508/17, C-82/19 PPU, Rn. 71: „Die (...) zweite Stufe des Schutzes der Rechte des Betroffenen impliziert, dass die nach nationalem Recht für die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls zuständige Justizbehörde insbesondere überprüft, ob die für seine Ausstellung erforderlichen Voraussetzungen eingehalten wurden und ob seine Ausstellung in Anbetracht der Besonderheiten des Einzelfalls verhältnismäßig war“.