

Auskünfte, Aussagen, Beweismittel Einführung in das allgemeine Beweis- mittelrecht

Cyberfahnder (Dieter Kochheim) #4

Welche Ermittlungsbefugnisse haben die Strafverfolgungsbehörden und welche Maßnahmen können sie zu ihrer Durchsetzung durchführen, anordnen oder einleiten?

Der Beitrag führt in die allgemeinen Grundlagen des Ermittlungsrechts ein und behandelt besonders die Fragen zur Zeugenvernehmung, zu Beweis- und Zwangsmitteln sowie deren Grenzen (Auskunftsverweigerung, Beschlagnahmeverbote)

Allgemeine Ermittlungsbefugnisse

Gemäß [§ 161 Abs. 1 StPO](#) ist die Staatsanwaltschaft befugt,

von allen **Behörden** Auskünfte zu verlangen und

Ermittlungen **jeder Art** vorzunehmen oder die Polizei damit zu beauftragen.

Ermittlungshandlungen, die tiefer in die grundrechtlich geschützten Bereiche der Bürger eingreifen, werden dabei besonderen Anforderungen unterworfen (Voraussetzungen, Verfahren, Förmlichkeiten) und vielfach einem Richtervorbehalt unterstellt.

Wegen der verschiedenen Beweismittel unterscheidet die StPO grundsätzlich zwischen dem Personenbeweis (Zeugen, Sachverständige, sachverständige Zeugen) und dem Sachbeweis (körperliche Beweisstücke, Schriften, Augenscheinsgegenstände und Urkunden).

Personenbeweis

Wegen des **Personenbeweises** unterscheidet das Gesetz zwischen Zeugen (§§ 48 ff. StPO) und Sachverständigen (§§ 72 ff. StPO). Während der Zeuge nur über seine sinnlichen Erfahrungen und Erinnerungen Auskunft geben kann, obliegt dem Sachverständigen die fachkundige Bewertung von Sachverhalten, wozu er auch damit beauf-

tragt werden kann, seinerseits Sachverhalte zu erheben (z.B. durch medizinische Versuchsreihen). Die Verfahrensvorschriften sind für beide fast gleich und regeln besonders die Eidesleistung (§§ 59 ff., 79 StPO) und die Struktur der Vernehmung ([§ 68, 69 StPO](#)). Neueren Datums sind die Zulassung der Aufzeichnung auf Bild-Ton-Träger ([§ 58a StPO](#)), die Abwehr entehrender Fragen ([§ 68a StPO](#)) und die Beordnung eines Rechtsanwalts ([§ 68b StPO](#)).

Exkurs: Auswahl von Sachverständigen

[§ 73 Abs. 2 StPO](#) gibt eine Priorität für die Auswahl von Sachverständigen vor, die für die Gerichte bindend und für die Strafverfolgungsbehörden im übrigen leitend ist:

1. verbeamtete Sachverständige (Hochschullehrer, Ärzte, Fachbeamte der Polizei)
2. öffentlich bestellte Sachverständige von den Industrie- und Handelskammern, allgemein vereidigte Dolmetscher
3. "normale" Sachverständige mit besonderer Fachkunde
4. "befangene" Sachverständige, die entweder in der Sache selber betroffen oder bei einem "betroffenen" Interessenverband beschäftigt sind

Diese Reihenfolge schließt "befangene" Sachverständige nicht vollständig aus, verlangt aber nach einer Begründung, warum Sachverständige aus einer der ersten drei Gruppen nicht zur Verfügung stehen und sie besonders geeignet sind.

Dies gilt besonders für die Mitarbeiter der [Gesellschaft zur Verfolgung von Urheberrechtsverstößen - GVU](#), die im Rahmen ihres Anstellungsvertrages den Zielen der Gesellschaft verpflichtet sind und deshalb deren Mitgliedern gerichtsverwertbare Beweise im Zusammenhang mit Urheberrechtsverstößen verschaffen und übergeben müssen ¹.

1 **Sachverständige, GVU:**

Meine ständige Mahnung zum zurückhaltenen Einsatz von Durchsuchungshelfern und

Andererseits wird ein „befangener“ Goldschmied am besten selber die von ihm gefertigten und später gestohlenen Schmuckstücke identifizieren können als ein anderer.

Im Einzelfall sollten Sachverständige aus der Gruppe der befangenen Sachverständigen besonders belehrt und frühzeitig darauf hingewiesen werden, dass sie sich wegen Meineids (§ 154 StGB), wegen einer falschen uneidlichen Aussage (§ 153 StGB) und wegen Strafvereitelung (§ 258 StGB) strafbar machen können, wenn sie falsche Auskünfte erteilen, oder wegen verbotener Mitteilungen über Gerichtsverhandlungen (§ 353d Nr. 3. StGB), wenn sie Geheimnisse aus dem Verfahren offenbaren, bevor ihnen oder ihrem Arbeitgeber Akteneinsicht gewährt wurde oder sie in öffentlicher Verhandlung erörtert wurden.

Auskunftsverweigerungsansprüche

Besondere Förmlichkeiten widmet die Strafprozessordnung der Vernehmung des **Beschuldigten**. Die Ermittlungsbehörden und Gerichte müssen ihm eröffnen, welche Tat ihm zur Last gelegt wird und welche Strafvorschriften in Betracht kommen (§ 136 StPO). Er ist umfassend zu belehren (Auskunfts-freiheit, Beauftragung eines Verteidigers, Beweisanträge) und es steht ihm vor allem frei, sich zu äußern². Diese Beschuldigtenrechte werden in § 136a StPO mit dem Verbot von Vernehmungsmethoden ergänzt,

Sachverständigen von der GVU findet sich jetzt auch vereinzelt in der Rechtsprechung wieder: [Landgericht Kiel, Beschluss vom 14.08.2006 - 37 Qs 54/06, Staatsanwaltschaft darf GVU nicht bei Urheberrechtsermittlungen beziehen](#), heise online 31.10.2006.

- 2 **Beschuldigtenrechte:** Der Erklärungsschutz ([rechtliches Gehör](#)) setzt sich fort bis hin zu den Frage- und Erklärungsrechten in der gerichtlichen Hauptverhandlung (zum Beispiel §§ 243 (besonders Abs. 4), 244, 257 StPO). Eine Ausnahme macht nur § 33 Abs. 4 StPO wegen solcher gerichtlichen Anordnungen, deren Erfolg gefährdet wäre, wenn dem Betroffenen zuvor Gehör gewährt würde (Untersuchungshaft, Beschlagnahme und andere Maßnahmen). Dasselbe gilt für die Akteneinsicht des Verteidigers, die von der Staatsanwaltschaft während der noch laufenden Ermittlungen beschränkt werden kann (§ 147 Abs. 2 StPO).

die die Willensfreiheit des Beschuldigten beeinträchtigen können.

Der Grundgedanke, dass niemand sich selber oder einen nahen Angehörigen wegen einer Straftat belasten muss, findet sich auch in § 55 StPO wieder, mit dem das Auskunftsverweigerungsrecht des Beschuldigten auf Zeugen erweitert wird.

Angehörige

Eine zentrale Rolle gebührt den Auskunftsverweigerungsrechten der Angehörigen (§ 52 StPO) und für Berufe mit einer besonderen Vertrauensstellung (§ 53 StPO) einschließlich ihrer Mitarbeiter (Berufshelfer, § 53a StPO).

Mit dem Auskunftsverweigerungsrecht der Angehörigen schützt das Gesetz den Zusammenhalt und die Freiheit der Familie. Es gibt dem Verwandten, dem Ehepartner, dem Verlobten und deren nächsten Angehörigen das eigene, persönliche Recht, keine Angaben über den Beschuldigten machen zu müssen. Entscheidet sich der Angehörige dazu, auszusagen, müssen seine Angaben wahrheitsgemäß sein.

Beratende Tätigkeiten

§ 53 StPO nennt an erster Stelle die Seelsorger, gefolgt von Verteidigern und berufsständischen Beratern (Ärzte, Rechtsanwälte, Steuerberater u.a.), besonderen Beratungsstellen, Parlamentariern und schließlich die Presse und andere Medien.

Die privilegierten Tätigkeiten fasst das Gesetz in drei Gruppen:

Ein **absoluter** Auskunftsschutz gilt für die Seelsorger und Parlamentarier. Das Gesetz überlässt es der nicht überprüfbaren Selbstverantwortung des Privilegierten, auszusagen oder nicht.

Ein **disponibler** Auskunftsschutz gilt für die berufsständischen Berater. Insoweit obliegt dem Beschuldigten die Entscheidung, ob sie aussagen dürfen oder nicht. Werden sie von ihrer Schweigepflicht entbunden, müssen sie wahrheitsgemäß aussagen³.

3 **disponibler Auskunftsschutz:** Das Auskunftsverweigerungsrecht der berufsständischen Berater (auch der Seelsorger und Parla-

Ein **materiell beschränkter** Auskunftsschutz gilt schließlich für die Presse und journalistischen Medien. Insoweit bestimmt [§ 53 Abs. 2 S. 2 StPO](#) eine Reihe schwerwiegender Straftaten, bei deren Vorliegen das Auskunftsverweigerungsrecht suspendiert ist.

Entbindung von der Schweigepflicht

Mit den Auskunftsverweigerungsrechten für Berater sollen die besonderen Vertrauensverhältnisse zwischen Arzt und Patient sowie dem Mandanten und den übrigen Beratern im Interesse des Hilfesuchenden geschützt werden. Ein hervorgehobener Schutz des Beraters selber ist damit nicht verbunden (jedenfalls nicht im Bereich des disponiblen Auskunftsschutzes).

Diesen Grundsätzen konsequent folgend hebt [§ 53 Abs. 2 S. 1 StPO](#) das Auskunftsverweigerungsrecht auf, wenn der Beschuldigte den Berater von seiner Schweigepflicht entbindet. Daraus folgt, dass auch die Beschlagnahmeverbote ([§ 97 StPO](#)), die im Zusammenhang mit den Sachbeweismitteln erörtert werden, aufgehoben sind, wenn eine Schweigepflichtsentbindung vorliegt.

Die Erklärung des Beschuldigten über die Entbindung von der Schweigepflicht kann

mentarier) wird ergänzt mit einer strafbewehrten Schweigepflicht (Schutz der Vertraulichkeit und von Privatgeheimnissen, [§§ 201 ff. StGB](#)).

Wegen der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, die für eine Kapitalgesellschaft (GmbH, Aktiengesellschaft) tätig waren, hat sich die Meinung durchgesetzt, dass sie nicht ohne Zustimmung des Beschuldigten von dessen Organachfolgern (Geschäftsführer, Vorstand, Insolvenzverwalter) von ihrer Schweigepflicht entbunden werden können, weil sie auch ein persönliches Bindungsverhältnis zur Person des Beschuldigten und nicht nur zu seiner organchaftlichen Rolle haben.

Im Hinblick auf Verstorbene geht das Recht zur Entbindung von der Schweigepflicht auf deren Erben über. Mit einer wesentlichen Einschränkung besonders für Ärzte: Sie müssen eigenverantwortlich entscheiden, ob es im mutmaßlichen Interesse des Verstorbenen geboten ist, ob sie Angaben machen oder nicht. Diese Entscheidung ist nicht überprüfbar und für das Gericht bindend. Dies hat eine besondere praktische Bedeutung in Streitigkeiten über die Erbfolge und die Testierfähigkeit des Verstorbenen.

auf bestimmte Vorgänge oder Zeiträume beschränkt werden. Betrifft der Vorgang das Schutzverhältnis zu mehreren Personen, müssen sie alle der Entbindung zustimmen (z.B. bei Eheleuten wegen der gemeinsamen Steuererklärung).

Widerruft der Beschuldigte die Entbindung, so lebt die Schweigepflicht für die Zukunft wieder auf. Aussagen und sichergestellte Beweismittel aus der Zwischenzeit bleiben für das Gericht verwertbar.

Amtsverschwiegenheit

Richter und Beamte bedürfen einer ausdrücklichen Aussagegenehmigung, wenn sie über ihre dienstlichen Kenntnisse als Zeuge aussagen sollen ([§ 54 Abs. 1 StPO](#)). Die Genehmigung kann unter den in [§ 96 StPO](#) genannten Voraussetzungen beschränkt oder verweigert werden, wobei diese Vorschrift besonders Akten und andere amtliche Schriftstücke in Behörden betrifft. Solche **Sperrerkklärungen** können der Beschuldigte und der Nebenbeteiligte (z.B. der Nebenkläger, [§ 395 StPO](#)), nicht aber die Staatsanwaltschaft oder das Gericht im Verwaltungsrechtsweg anfechten.

Amtshilfe

Für den Verkehr zwischen den Strafverfolgungs- und anderen Behörden gilt das Gebot zur **Amtshilfe** gemäß [Art. 35 Abs. 1 Grundgesetz - GG](#). Die Auskunftserteilung kann in Ausnahmefällen verweigert werden, wenn zum Beispiel das Steuer- oder das Sozialgeheimnis betroffen ist (siehe aber die Öffnungsklauseln in [§ 30 Abs. 4 Nr. 4, 5 Abgabenordnung - AO](#) - und [§ 35 Sozialgesetzbuch I - SGB I](#) - in Verbindung mit [§§ 67 ff. SGB X](#), dort besonders [§ 68 SGB X](#)).

Neben dem besonderen Verfahren aus [§ 96 StPO](#) erkennt es die Rechtsprechung an, dass auch Behörden durchsucht werden dürfen, etwa dann, wenn ein Auskunftersuchen nach [§ 161 Abs. 1 StPO](#) erfolglos blieb oder wegen der Besonderheiten im Einzelfall zu befürchten ist, dass ein aktenführender Mitarbeiter Beteiligter oder Nebentäter einer Straftat ist.

Bankgeheimnis

Es gibt kein strafprozessuales Bankgeheimnis.

Ein besonderes Auskunftsverweigerungsrecht für das Kreditwesen ergibt sich aus [§ 30a AO](#) (aber sehr zurückhaltend!) und allgemein gehalten in der Zivilprozessordnung ([§ 384 Nr. 3 ZPO](#)).

Diese Bestimmungen entfalten aber keine Fernwirkung, weil die Aufzählung in [§ 53 StPO](#) abschließend und die Strafprozessordnung in Bezug auf das Ermittlungs- und Strafverfahren das speziellere Gesetz ist.

Exkurs: Wahrheit

Zweifel an der **Glaubwürdigkeit** einer Person bestehen besonders dann, wenn sie bereits wegen einer Falschaussage oder eines Meineids rechtskräftig verurteilt ist. Andere Indizien können andere nachgewiesene Lügen, widersprüchliche oder sinnlos wechselnde Einlassungen oder ein offen zutage tretendes, unreflektiertes Eigeninteresse sein.

Die **Glaubhaftigkeit** einer Aussage orientiert sich hingegen an ihrer inneren Struktur, ihrem Einklang mit der Lebenserfahrung und ihrer Lückenlosigkeit (Stringenz).

Juristen können sicherlich keine Psychologen mit dem Schwerpunkt "Aussageverhalten" sein, müssen sich aber genau damit im Rahmen ihrer Möglichkeiten und Erfahrungen auseinander setzen.

Vorbereitung auf die Zeugenaussage

In der Praxis äußerst umstritten ist die Frage, ob sich der Zeuge auf seine Vernehmung vorbereiten muss.

Dazu wird er in aller Regel allein schon deshalb nicht in der Lage sein, weil ihm mit der Ladung zum Vernehmungstermin keine oder nur sehr spärliche Hinweise gegeben werden, zu welchem Thema er aussagen soll.

Der Zeuge muss wahrheitsgemäß aussagen und die Wahrheit kann darin liegen, dass er sich nicht erinnert.

Im übrigen gilt: Es ist im Interesse einer umfassenden und wahrheitsgemäßen Sachaufklärung erfreulich, wenn sich der Zeuge auf

seine Aussage vorbereitet und sich Schriftverkehr und Aufzeichnungen in Erinnerung ruft. Eine sanktionierte Pflicht dazu gibt es hingegen nicht. Er muss zu seiner Vernehmung (vor dem Staatsanwalt und dem Gericht) erscheinen, muss sich darauf aber nicht inhaltlich vorbereiten.

Etwas anderes gilt allenfalls für den Sachverständigen. Ihm kann die Einsichtnahme in die Akten (einschließlich der Beweisstücke [[§ 147 Abs. 2, Abs. 4 StPO](#)]) und die selbständige Vernehmung von Personen gestattet werden ([§ 80 StPO](#)). Sein Gutachten muss er dann "nach bestem Wissen und Gewissen" erstatten ([§ 79 Abs. 2 StPO](#)), so dass er in der Tat auch eine Nachforschungs- und Vergewisserungspflicht hat, die dem Zeugen fehlt.

Ungehorsamsfolgen

Erscheint der ordnungsgemäß geladene Zeuge unentschuldigt nicht vor dem Richter, werden ihm die durch das Ausbleiben entstandenen Kosten auferlegt ([§ 51 Abs. 1 StPO](#)). Daneben kann das Gericht weitere Ungehorsamsfolgen anordnen ([§ 51 Abs. 1 StPO](#)):

- ➔ Ordnungsgeld
- ➔ ersatzweise Ordnungshaft
- ➔ zwangsweise Vorführung (s.a. [§ 135 StPO](#))

Verweigert er die Aussage ohne berechtigten Grund, kann gegen ihn außerdem

- ➔ Beugehaft

bis 6 Monate Dauer angeordnet werden ([§ 70 Abs. 2 StPO](#)).

Ordnungsgeld und Ordnungshaft können auch gegen "ungehorsame" Sachverständige angeordnet werden ([§ 77 StPO](#)).

Auskunftsersuchen

Zeugen und Sachverständige müssen auch vor dem Staatsanwalt erscheinen ([§ 161a Abs. 1 StPO](#)). Im Fall ihres Ungehorsams können dieselben Ordnungsmittel angeordnet werden wie bei der gerichtlichen Einvernahme ([§ 161a Abs. 2 StPO](#)), wobei die Festsetzung der Ordnungs- und der Beugehaft (auf Antrag der StA) dem Richter vorbehalten ist.

Im vorbereitenden Verfahren gilt das Unmittelbarkeitsprinzip für den Personenbeweis nicht (§ 250 StPO), so dass hier nach einheitlicher Meinung in Rechtsprechung und Literatur auch eine schriftliche Zeugenaussage zulässig ist. Weigert sich der Zeuge oder Sachverständige trotz ausdrücklicher Belehrung, sich auf das **staatsanwaltschaftliche Auskunftersuchen** zu äußern, führt das zu denselben Ungehorsamsfolgen, als wenn er sein Gutachten verspätet erstellt oder auf eine förmliche Ladung nicht erscheint.

Bestandsdaten, IP-Adressen

Ein besonderes Auskunftsrecht gibt § 111 Telekommunikationsgesetz - TKG - in Hinblick auf die Bestandsdaten der Telekommunikation und damit letztendlich auch wegen der Nutzung des Internets. Dies sind nach der Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 3 TKG die Daten eines Teilnehmers, die für die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung, Änderung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses über Telekommunikationsdienste erhoben werden.

Die wegen der Internetkommunikation verwendeten IP-Adressen (Internetprotokoll) werden unterschieden nach statischen und dynamischen Adressen. Statische IP-Adressen werden den Nutzern verbindlich und unveränderlich zugewiesen. Sie sind kontinuierlich unter dieser Adresse präsent. Diese Adressen werden einhellig zu den Bestandsdaten gezählt.

Dynamische IP-Adressen werden dem Anwender von seinem Zugangsprovider nach Bedarf und Verfügbarkeit zugewiesen. Sie wechseln bei jeder neuen Verbindungsaufnahme und womöglich auch während eines Session, wenn der Anwender mehrere Aktionen gleichzeitig ausführt oder auf einer Internetseite vorübergehend verharrt. Überwiegend wird die Meinung vertreten, dass dynamische IP-Adressen Verbindungsdaten sind und demzufolge nicht als Bestandsdaten nach § 111 TKG abgefragt werden können.

Kontodaten, besondere Abreden und andere Auffälligkeiten im Zusammenhang mit der Vertragsgestaltung können den engen Rahmen sprengen, den das TKG wegen der Bestandsdaten definiert, so dass es sich in der Praxis empfiehlt, die Abfrage der Bestandsdaten mit einem staatsanwaltschaftlichen

Auskunftersuchen nach § 161a Abs. 1 StPO zu kombinieren.

Verkehrs- und Inhaltsdaten

Die Verkehrsdaten (früher: Verbindungsdaten) sind nach der Definition in § 3 Nr. 30 TKG die Daten, die bei der Erbringung eines Telekommunikationsdienstes erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, die also im Zusammenhang mit der elektronischen Kommunikation anfallen. Sie umfassen auch die sogenannten Geodaten, die eine grobe Positionsbestimmung aktiver Mobiltelefone ermöglicht.

Wegen dieser Daten besteht ein rückwirkender Auskunftsanspruch und ein in die Zukunft gerichteter Protokollierungsanspruch gemäß § 100g StPO, der allerdings mehreren Beschränkungen unterworfen ist:

➤ Die Ermittlungen müssen sich auf besonders schwerwiegende Vorwürfe beziehen, die in dem Straftatenkatalog der Vorschrift abschließend aufgeführt sind

➤ Ausnahme: Die Straftat wurde mit einem Endgerät ausgeführt, wobei es sich um jedes Telefon oder jeden internetfähigen Computer handeln kann

➤ Die Anordnung unterliegt grundsätzlich dem Richtervorbehalt (§ 100h StPO)

Die Überwachung der Telekommunikation gemäß § 100a StPO richtet sich gegen die übermittelten Inhalte und unterliegt einem strikten Straftatenkatalog, der der Vorschrift voran gestellt ist. Die durch die Überwachungsmaßnahme gewonnenen Erkenntnisse dürfen nur für andere Tatvorwürfe verwendet werden, wenn auch sie in dem Straftatenkatalog aufgeführt sind⁴.

4 Überwachung der Telekommunikation:

Dafür liebe ich den Chaos Computer Club: "ganz schlimme Straftaten gegen die Obrigkeit" ([Wiki des CCC Berlin](#)); stimmt!

Sachbeweis

"Gegenstände, die als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein können, sind in Verwahrung zu nehmen", ist die schlichte Aussage von [§ 94 Abs. 1 StPO](#). Sie werden beschlagnahmt, wenn sie nicht freiwillig herausgegeben werden ([§ 94 Abs. 2 StPO](#)). Die Anordnung trifft der Richter ([§ 98 Abs. 1 StPO](#)), wenn nicht ausnahmsweise "Gefahr im Verzug" besteht.

Lange Zeit war strittig, ob das in [§ 95 Abs. 1 StPO](#) beschriebene Herausgabeverlangen die dort in Absatz 2 bestimmten Ungehorsamsfolgen (siehe oben) auslösen kann, wenn es von der Staatsanwaltschaft oder von der Polizei stammt. Nach einem allmählichen Wandel der Rechtsprechung vor zehn Jahren ist es jetzt die herrschende Meinung, dass die Weigerung ausreicht, auf ein Verlangen der Ermittlungsbehörden Beweistücke herauszugeben, um eine gerichtliche Anordnung nach [§ 95 Abs. 2 StPO](#) zu treffen⁵.

Das wichtigste Instrument, um an Beweistücke zu gelangen, ist die Durchsuchung bei dem Verdächtigen ([§ 102 StPO](#)) oder dem unverdächtigen Dritten ([§ 103 StPO](#)). Die Entscheidung darüber obliegt grundsätzlich dem Richter ([§ 105 StPO](#)). Die Einzelheiten und Förmlichkeiten werden an anderer Stelle beschrieben⁶.

5 Herausgabeverlangen: Die besonders im Zusammenhang mit Bankunterlagen geäußerte Gegenmeinung vertrat den Standpunkt, dass auf die Verweigerung der Herausgabe nach [§ 94 Abs. 2 StPO](#) die Beschlagnahme erfolgen müsse, die nur vom Richter angeordnet werden kann ([§ 98 Abs. 1 StPO](#)). Verlange jedoch die Staatsanwaltschaft oder die Polizei die Herausgabe, so bestehe, jedenfalls im Hinblick auf Kreditunternehmen, niemals Gefahr im Verzug, so dass keine Beschlagnahme erfolgen könne.

In der Praxis verlangten die Banken "den üblichen Beschluss", der sowohl in der Anordnung der Beschlagnahme ([§ 94 Abs. 1 StPO](#)), einer Durchsuchung ([§ 103 StPO](#)) oder eines richterlichen Herausgabeverlangens bestehen konnte ([§ 95 Abs. 1 StPO](#)).

6 in Teilen überholt: [Dieter Kochheim, Durchsuchung und Beschlagnahme. Verfahrensrecht des Ermittlungsverfahrens](#), Cyberfahnder 18.05.2003 (128 S., 1,5 MB)

Gefahr im Verzug

Gefahr im Verzug besteht, wenn ein weiteres Zuwarten befürchten lässt, dass dadurch der Erfolg der Maßnahme gefährdet wird. Bei seiner Entscheidung muss der Staatsanwalt oder die "Ermittlungsperson", wie es jetzt in [§ 152 Gerichtsverfassungsgesetz - GVG](#) - heißt, mehrere Ermessensentscheidungen treffen:

➔ **Verhältnismäßigkeit der Maßnahme:**

Ist die Eingriffshandlung im Verhältnis zum Gegenstand der Untersuchung gerechtfertigt? Hierbei sind die Schwere des Eingriffs gegenüber dem Betroffenen und das Interesse der Öffentlichkeit an einer wirksamen Strafverfolgung gegeneinander abzuwägen. Die Maßnahme kann unverhältnismäßig sein, wenn die Schwere des Delikts sehr geringfügig ist, wenn der Beweis auch mit anderen Beweismitteln zu führen ist oder wenn der Eingriff den Betroffenen so schwer belastet, dass zum Beispiel seine Existenzgrundlage in Frage gestellt wird.

➔ **Erreichbarkeit des Richters:**

Ist ein Richter erreichbar und wie lange wird es dauern, bis seine Entscheidung eingeholt werden kann? Berücksichtigt werden muss die Tageszeit, die Frage, ob außerhalb der normalen Geschäftszeiten ein Eildienst eingerichtet ist, und die von der Erfahrung bestimmte Dauer, bis eine (notfalls mündliche) richterliche Entscheidung gefallen ist.

➔ **Gefahr des Misserfolgs:**

Schließlich ist die Gefahr einzuschätzen, ob durch Warten und nach welcher Wartezeit der Erfolg der Maßnahme gefährdet ist. Hierbei fließen die (kriminalistischen) Erfahrungen aus vergleichbaren Situationen und die Beurteilung der beteiligten Personen ein.

Im [Beschluss vom 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00](#) - hat das Bundesverfassungsgericht - BVerfG - die Anforderungen an die Gefahr im Verzug sehr eng gefasst. Sie muss die praktische Ausnahme sein und "mit Tatsachen begründet werden, die auf den Einzelfall bezogen sind. Reine Spekulationen, hypothetische Erwägungen oder lediglich auf kriminalistische Alltagserfahrung gestützte, fallunabhängige Vermutungen reichen nicht aus." Es verlangt von den Staatsanwälten und Polizeibeamten eine unverzügliche und umfassende Dokumentation ihrer Entscheidung und ihrer leitenden Erwägungen.

Darüber hinaus fordert es von den Justizverwaltungen, personell und sachlich die Erreichbarkeit eines entscheidungsfähigen Richters zu gewährleisten (was bislang häufig nur zögerlich umgesetzt ist).

Mit [Beschluss vom 18.04.2007 - 5 StR 546/06](#) - hat der Bundesgerichtshof erstmals zu erkennen gegeben, dass "bewusste Missachtung oder gleichgültig grobe Verkenning" des Richtervorbehalts ein Verwertungsverbot nach sich ziehen kann.

Diese Tendenz der Rechtsprechung ist neu, war aber voraus zu sehen. Das Gesetz kennt ein Verwertungsverbot nur im Zusammenhang mit verbotenen Vernehmungsmethoden ([§ 136a StPO](#)) und die Rechtsprechung hat in den letzten Jahrzehnten m.W. nur einmal ein Verwertungsverbot angenommen, als in einem Strafverfahren in allen Phasen der Untersuchung eklatante Rechtsfehler vorgekommen waren. In ständiger Rechtsprechung und fußend auf seinem Beschluss vom 11.07.1994 – 2 BvR 777/94⁷ hat das BVerfG schon lange die Zulässigkeit der Untersuchungshaft davon anhängig gemacht, dass die begründenden Tatsachen dem Verteidiger durch Akteneinsicht bekannt sind.

Beschlagnahmeverbote

Die Beschlagnahmeverbote in [§ 97 Abs. 1 StPO](#) knüpfen an die Auskunftsverweigerungsrechte in den [§§ 52](#) und [53 StPO](#) an. Sie werden begleitet von einer Reihe von Ausnahmen (Abs. 2 bis 5), die eigene Tatbeteiligungen der Privilegierten und besondere Fallgruppen betreffen.

Von wesentlicher Bedeutung sind die Abstufungen, die Abs. 1 unternimmt. Im Verhältnis zu den Angehörigen sind nur die schriftlichen Mitteilungen zwischen ihnen und dem Beschuldigten geschützt (Nr. 1). Im Verhältnis zu den berufsständischen Beratern sind darüber hinaus auch deren Aufzeichnungen und "ärztlichen Untersuchungsbefunde" vom Beschlagnahmeverbot umfasst (Nr. 2, Nr. 3).

Im Hinblick auf die **Verteidigerpost** hat die Rechtsprechung abweichend vom Gesetzeswortlaut und beruhend auf dem besonderen Schutz des Verhältnisses zwischen Beschuldigtem und seinem Verteidiger ([§ 148 StPO](#))

und dem Grundsatz der Waffengleichheit anerkannt, dass sie auch im Gewahrsam des Beschuldigten beschlagnahmefrei ist.

Die Beschlagnahmeverbote greifen bei den berufsständischen Beratern nur, wenn sie im Kernbereich ihrer Tätigkeit handeln. Eine besondere praktische Bedeutung hat diese Einschränkung bei den Buchführungsunterlagen von Firmen, die sich beim Steuerberater befinden.

Buchführung beim Steuerberater

Die Rechtsprechung hat sich frühzeitig mit der Frage auseinander setzen müssen, wie die kaufmännischen Unterlagen zu behandeln sind, die sich zum Zweck der Buchführung beim Steuerberater befinden. Sie werden einhellig als beschlagnahmefähig angesehen, weil die Erstellung der Buchführung eine persönliche Pflicht des Kaufmanns oder des GmbH-Geschäftsführers ist ([§ 242 HGB](#), [§ 41 GmbHG](#)). Übernimmt diese Aufgabe der Steuerberater, so wird er außerhalb des Kernbereichs seines Berufsstandes tätig, so dass insoweit die [§§ 53 Abs. 1 Nr. 3](#) und [97 Abs. 1 StPO](#) nicht wirken.

Beschlagnahmefähig sind deshalb die Handelsbriefe, Handelsbücher und Inventare ([§ 257 HGB](#)), [Hauptabschlussübersichten](#) sowie die vom Kaufmann unterschriebenen Jahresabschlüsse einschließlich Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen und Lageberichte ([§§ 264, 265 HGB](#)), weil sie Bestandteile der kaufmännischen Buchführung sind.

Beschlagnahmefrei hingegen sind die Entwürfe des Steuerberaters für den steuerlichen Jahresabschluss ([§ 274 HGB](#)), der Schriftverkehr und die Aufzeichnungen im Zusammenhang mit der steuerlichen Veranlagung und die Handakten des Steuerberaters, soweit sie keine der bezeichneten, beschlagnahmefähigen Schriftstücke enthalten.

Schriftstücke

Die Sichtung von Schriftstücken ([§ 110 StPO](#)) ist eine Ausführungsvorschrift für die Durchsuchung. Nach seiner Neufassung 2005 lässt der Paragraph die Durchsicht von Schriftstücken auch gegen den Willen des Betroffenen zu, wenn der Staatsanwalt im

⁷ Leitsätze bei rechtsrat-bremen.de, S. 8

Einzelfall die Polizei anweist, die Sichtung durchzuführen. Es geht dabei darum, aus einer Vielzahl von Briefen und Aufzeichnungen diejenigen auszuwählen, die als Beweismstücke in Betracht kommen. "Schriftstücke" sind insoweit auch Abbildungen (Fotos) und elektronische Dokumente, wenn sie einen individuellen Inhalt präsentieren. Damit grenzen sie sich von den Druckwerken ab, bei denen es sich um Massenprodukte handelt, die noch nie von den Einschränkungen des § 110 StPO betroffen waren.

Sobald ein Schriftstück (freiwillig herausgegeben und) sichergestellt oder förmlich beschlagnahmt worden ist, hat die Vorschrift keine Bedeutung mehr. Wenn aus anderen Gründen kein Verwertungsverbot besteht (z.B. wegen fehlender Genehmigung im Wege der Rechtshilfe) stehen alle Beweismstücke uneingeschränkt für die Ermittlungsarbeit seitens der Polizei oder der Staatsanwaltschaft zur Verfügung. Das gilt sogar für urheberrechtlich geschützte Werke und Computerprogramme, deren Verwendung in behördlichen und gerichtlichen Verfahren ausdrücklich zugelassen ist ([§ 45 Urhebergesetz - UrhG](#)).

Kontoverdichtung

Die Kontoverdichtung ist eine Zusammenstellung der Bank über Soll- und Habenbuchungen eines Kunden nach Maßgabe der Vorgaben der Staatsanwaltschaft (nur bestimmte Beträge in einer bestimmten Größenordnung, während eines bestimmten Zeitraums oder mit einer bestimmten Herkunft). Sie ist - wenn sie nicht vollständig die Kontoauszüge wieder gibt, die die Bank ihrem Kunden im Wege der Kontokorrentabrede erstellen muss - eine intellektuelle Leistung ihrer Mitarbeiter. Auch wenn das Ergebnis ein körperlicher Gegenstand ist, so beruht er jedoch auf den körperlichen Buchführungsunterlagen der Bank **und** auf einer Leistung ihrer Mitarbeiter, deren Ergebnis sonst nur im Wege des Personenbeweise erhoben werden kann.

Eine solche Editionsspflicht gibt es für Zeugen ebenso wenig wie sie zu einer Vorbereitung ihrer Zeugenaussage gezwungen werden können. Wenn man sie nicht zu Sachverständigen bestellt, so kann die Aufforderung der Staatsanwaltschaft, eine Kontoverdichtung zu erstellen, nur als die **freiwillige** Ab-

wendung verstanden werden, anstelle einer sonst drohenden Durchsuchung und Beschlagnahme die geforderte Kontoübersicht zu erstellen. Die dazu geleisteten Aufwendungen werden nach dem [Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz - JVEG](#) - erstattet, das 2004 das frühere Zeugen- und Sachverständigen-Entscheidigungsgesetz - ZSEG - abgelöst hat.