

## Entscheidungsanmerkung

### Rechtmäßigkeit des Durchsuchungsvollzuges beim Dritten

**1. Dem von einer Durchsuchungsmaßnahme nach § 103 StPO betroffenen Dritten ist grundsätzlich bei Vollzug der Maßnahme eine Ausfertigung des Anordnungsbeschlusses mit vollständiger Begründung auszuhändigen.**

**2. Die Bekanntgabe der (vollständigen) Gründe kann in Ausnahmefällen bei einer Gefährdung des Untersuchungserfolgs oder entgegenstehender schutzwürdiger Belange des Beschuldigten vorläufig zurückgestellt werden.**

**3. Die Zurückstellung der Bekanntgabe umfasst jedoch im Regelfall nicht die Mitteilung der Tatsachen, aus denen sich die Wahrscheinlichkeit ergibt, dass sich die gesuchten Gegenstände in den Räumlichkeiten des Drittbetroffenen befinden.**

**(Amtliche Leitsätze)**

§§ 36 Abs. 2, 103 StPO

BGH, Beschl. v. 28.6.2017 – 1 BGs 148/17<sup>1</sup>

### I. Einführung in die Thematik

Die Durchsuchung stellt im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens ein probates Mittel dar, um Beweismittel zu sichern und gesuchte Personen aufzufinden.<sup>2</sup> Dies gilt nicht nur für die Durchsuchung beim Beschuldigten selbst, § 102 StPO, sondern trifft ebenso auf Durchsuchungsmaßnahmen bei anderen Personen zu, § 103 StPO. Jene sind selbst nicht tat- oder teilnahmeverdächtig oder können aufgrund anderer Aspekte – gedacht sei an Entschuldigungs- oder Strafausschlussgründe – nicht verfolgt werden.<sup>3</sup> Weiterhin ist den Normen gemein, dass die Anordnungsbefugnis für die Durchsuchung – von Ausnahmen bei Gefahr in Verzug abgesehen – jeweils beim Ermittlungsrichter liegt, § 105 Abs. 1 S. 1 StPO.<sup>4</sup> Allerdings zeigt bereits eine Lektüre des Wortlautes, dass die Maßnahmen nach § 103 StPO nur unter engeren Voraussetzungen zulässig sind, als es bei § 102 StPO der Fall ist.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2017, 2359 und online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=73f8ad192b6f4389f2732dbd3e31bce8&nr=78918&pos=0&anz=1&Blank=1> (30.1.2018). Hierbei handelt es sich um eine Entscheidung einer Ermittlungsrichterin beim BGH.

<sup>2</sup> Engländer, Examens-Repetitorium Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2017, § 7 Rn. 145.

<sup>3</sup> Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 59. Aufl. 2016, § 103 Rn. 1; v. Saucken, in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 2017, § 103 StPO Rn. 1.

<sup>4</sup> v. Saucken (Fn. 3), § 105 StPO Rn. 1.

<sup>5</sup> Hauschild, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2014, § 103

Gem. § 102 StPO kann die Durchsuchung beim Beschuldigten bereits dann durchgeführt werden, wenn ein Anfangsverdacht vorliegt und *zu vermuten* ist, dass die Durchsuchung zur Auffindung von Beweismitteln führen werde. Diese Vermutung kann aus konkreten Anhaltspunkten abgeleitet werden oder auf einer gewissen kriminalistischen Erfahrung beruhen<sup>6</sup>. Demgegenüber verlangt § 103 StPO *Tatsachen*, aus denen zu schließen ist, dass sich die gesuchte Person, Spur oder Sache in den zu durchsuchenden Räumen befindet. Insofern sind konkrete Hinweise, z.B. auf das Vorhandensein eines zumindest teilweise bestimmbar Beweisobjektes, erforderlich.<sup>7</sup>

### II. Sachverhalt

Der Entscheidung des Gerichts lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Gegen den Beschuldigten wurde ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der nachrichtendienstlichen Agententätigkeit – strafbar gem. § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB – eingeleitet. In dessen Rahmen durchsuchte man auch die Geschäfts- und Wohnräume verschiedener Dritter. Bei Vollzug der dafür notwendigen Beschlüsse erhielten die Betroffenen Ausfertigungen, die jedoch keine Gründe enthielten. Daraufhin beantragte einer der Drittbetroffenen die Übermittlung von Abschriften der Durchsuchungsbeschlüsse, die vollständig mit Gründen versehen sein sollten. Zudem beantragte er analog § 98 Abs. 2 S. 2 StPO, die Rechtmäßigkeit der Durchsuchungsanordnungen einer gerichtlichen Kontrolle zu unterziehen. Dieses Begehren erhielt er in der Folge auch aufrecht, als er die geforderten Ausfertigungen übersandt bekam.

### III. Entscheidungsgründe

Der BGH gelangt in seinem Beschluss zu der Überzeugung, dass der Vollzug der Durchsuchungsbeschlüsse rechtswidrig gewesen ist.<sup>8</sup> Nach Ansicht der Ermittlungsrichterin hätten die den Drittbetroffenen ausgehändigten Beschlussausfertigungen Tatsachen angeben müssen, „die es wahrscheinlich erscheinen ließen, dass sich die gesuchten Beweismittel in dem jeweiligen Durchsuchungsobjekt befinden“<sup>9</sup>.

1. Hierbei wird betont, dass es sich bei dem Durchsuchungsbeschluss um eine richterliche Entscheidung handelt, die gem. § 36 Abs. 2 StPO der Vollstreckung durch die Staatsanwaltschaft bedarf. Zwar habe diese alles Erforderliche zu veranlassen, verfüge aber hinsichtlich des Umfangs der Bekanntgabe der Entscheidungsgründe nicht über ein eigenes Ermessen.<sup>10</sup> Das Gericht zitiert dabei seine eigene Rechtsprechung, wonach auch dem Drittbetroffenen grund-

Rn. 1; Engländer (Fn. 2), § 7 Rn. 146; Wohlwend, HRRS 2015, 464.

<sup>6</sup> v. Saucken (Fn. 3), § 103 StPO Rn. 2; BVerfG NJW 2016, 1645.

<sup>7</sup> Heghmanns, Strafverfahren, Rn. 445; Bruns, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 103 Rn. 5; BVerfG NJW 2016, 1645.

<sup>8</sup> BGH, Beschl. v. 28.6.2017 – 1 BGs 148/17, Rn. 12.

<sup>9</sup> BGH, Beschl. v. 28.6.2017 – 1 BGs 148/17, Rn. 13.

<sup>10</sup> BGH, Beschl. v. 28.6.2017 – 1 BGs 148/17, Rn. 15.

sätzlich die *vollständige* richterliche Anordnung zu übergeben ist, wenn es zu einer Durchsuchung gemäß § 103 StPO kommt.<sup>11</sup>

2. Ferner prüft der BGH, ob eine Ausnahme von diesem Grundsatz greift. Bei einer Maßnahme im Sinne von § 103 StPO sei dies in zwei Konstellationen möglich:

Zum einen könnte die Bekanntgabe der vollständigen Gründe den Untersuchungszweck gefährden.<sup>12</sup> Davon ist auszugehen, wenn der Dritte hinsichtlich einer späteren Vernehmung als Zeuge durch die Kenntnis aller Gründe beeinflusst werden würde.<sup>13</sup>

Zum anderen könnten auch schutzwürdige Belange des Beschuldigten entgegenstehen.<sup>14</sup> Da – wie bereits eingangs aufgezeigt – die Durchsuchung lediglich einen Anfangsverdacht voraussetzt, wird sie häufig als eine der ersten Ermittlungsmaßnahmen angewandt. Ausermittelt ist zu diesem Zeitpunkt oftmals nur wenig.<sup>15</sup> Daher betont der BGH, dass durch die Bekanntgabe aller Beschlussgründe eine vorgreifende Stigmatisierung des Beschuldigten zu befürchten sein kann. Insbesondere wenn es sich beim Dritten um den Arbeitgeber oder Geschäftspartner handelt, soll dies vermieden werden. Im Fall stand aus Sicht des BGH zumindest die mögliche Zeugenvernehmung des drittbetroffenen Antragsstellers der vollständigen Mitteilung der Beschlussgründe entgegen.<sup>16</sup> Vor diesem Hintergrund wäre die Maßnahme daher als rechtmäßig einzustufen gewesen.

3. Allerdings ist die Ermittlungsrichterin mit ihrer Prüfung noch nicht am Ende. Herzstück der Entscheidung sind die Ausführungen ab Rn. 19:

Selbst wenn ausnahmsweise eine Mitteilung der vollständigen Durchsuchungsgründe unterbleiben könne, muss der Betroffene stets eine solche Ausfertigung erhalten, aus der sich die relevanten Gegenstände ergeben, die mittels der Maßnahme gefunden werden sollen. Nur auf diese Weise kann „der Betroffene die Durchsuchung kontrollieren und etwaigen Ausuferungen im Rahmen seiner rechtlichen Möglichkeiten von vornherein entgegenzutreten [...]“<sup>17</sup>.

Konsequenterweise lassen die Gefährdung des Untersuchungserfolges oder schutzwürdige Belange des Beschuldigten im Regelfall auch nicht die Mitteilung solcher Tatsachen entfallen, aus denen sich die Wahrscheinlichkeit ergibt, dass

sich die gesuchten Gegenstände in den Räumlichkeiten des Drittbetroffenen befinden<sup>18</sup>.

#### IV. Bewertung

Die Entscheidung fügt sich organisch in die von Rechtsprechung und Schrifttum vertretene Haltung ein, die auf eine Stärkung der Rechtsposition des Dritten abzielt. Dies geschieht im Wesentlichen durch zwei Aspekte:

1. Zum einen betont der Beschluss, dass der Drittbetroffene eine Auflistung aller Gegenstände erhalten muss, auf die sich die Durchsuchungsmaßnahme erstrecken soll. Damit geht der BGH einen Weg weiter, den er bereits in früheren Judikaten eingeschlagen hat. Danach ist der Durchsuchungsbeschluss im Rahmen von § 103 StPO so zu konkretisieren, dass weder bei dem Betroffenen noch bei dem die Durchsuchung vollziehenden Beamten Zweifel über die zu suchenden und zu beschlagnahmenden Gegenstände entstehen können<sup>19</sup>. Diese – auf den Drittbetroffenen abstellende – Perspektive setzt ebenfalls die Vorgaben der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung um, die auch in dem Beschluss ausdrücklich hervorgehoben werden. So hat das BVerfG bereits in 1970er Jahren ausgeführt und später bestätigt:

„Der Durchsuchungsbeschluss muss den Tatvorwurf so beschreiben, dass der äußere Rahmen abgesteckt wird, innerhalb dessen die Zwangsmaßnahme durchzuführen ist. Dies versetzt den Betroffenen zugleich in den Stand, die Durchsuchung seinerseits zu kontrollieren und etwaigen Ausuferungen im Rahmen seiner rechtlichen Möglichkeiten von vornherein entgegenzutreten“<sup>20</sup>.

Um dem Drittbetroffenen eine solche Kontrollmöglichkeit realistisch einräumen zu können, ist die Angabe der Gegenstände zwingend erforderlich. Selbst wenn eine genaue Bezeichnung des Beweismaterials nicht möglich sein sollte, müssen die erwarteten Beweismittel nach der Rechtsprechung des BVerfG zumindest in Form beispielhafter Angaben beschrieben werden.<sup>21</sup> Zum einen kann der Betroffene damit kontrollieren, dass sich die Maßnahme nur auf die Gegenstände erstreckt, die für das Verfahren tatsächlich von Relevanz sind<sup>22</sup>. Zum anderen ist er in der Lage, durch freiwillige Herausgabe des potenziellen Beweismittels seinen Beitrag dazu zu leisten, die Eingriffsdauer zu minimieren und seine Privatsphäre zu schützen.<sup>23</sup>

Allerdings muss der Dritte zunächst zur freiwilligen Herausgabe nach § 95 StPO aufgefordert werden, da eine Maßnahme nach § 103 StPO anderenfalls nicht dem Verhältnis-

<sup>11</sup> BGH, Beschl. v. 3.9.1997 – StB 12/97; BGH, Beschl. v. 7.11.2002 – StB 16/02.

<sup>12</sup> BGH, Beschl. v. 28.6.2017 – 1 BGs 148/17, Rn. 16; so bereits BGH, Beschl. v. 7.11.2002 – StB 16/02.

<sup>13</sup> BGH, Beschl. v. 28.6.2017 – 1 BGs 148/17, Rn. 17.

<sup>14</sup> BGH, Beschl. v. 28.6.2017 – 1 BGs 148/17, Rn. 18.

<sup>15</sup> Bei einer Durchsuchung nach § 102 StPO kann sogar erst deren Durchführung das Ermittlungsverfahren gegen den Beschuldigten einleiten, OLG Köln, Beschl. v. 27.2.2004 – 2 Ws 56 - 57/04, Rn. 10; *Tsambikakis*, in: AG Medizinrecht im DAV/IMR (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht, 7. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag, 2017, S. 101.

<sup>16</sup> BGH, Beschl. v. 28.6.2017 – 1 BGs 148/17, Rn. 22.

<sup>17</sup> BGH, Beschl. v. 28.6.2017 – 1 BGs 148/17, Rn. 20.

<sup>18</sup> BGH, Beschl. v. 28.6.2017 – 1 BGs 148/17, Rn. 21.

<sup>19</sup> BGH NStZ 2002, 215; vgl. dahingehend auch *Ladiges*, NStZ 2014, 614.

<sup>20</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.5.1976 – 2 BvR 294/76, Rn. 33; BVerfG NJW 2001, 1121, Rn. 35.

<sup>21</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.5.1976 – 2 BvR 294/76, Rn. 34.

<sup>22</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.5.1976 – 2 BvR 294/76, Rn. 34.

<sup>23</sup> BGH, Beschl. v. 28.6.2017 – 1 BGs 148/17, Rn. 20; BVerfG, Beschl. v. 26.5.1976 – 2 BvR 294/76, Rn. 33.

mäßigkeitsgrundsatz genügt<sup>24</sup> und bereits daher als rechtswidrig einzustufen ist.<sup>25</sup>

2. Ferner mahnt der BGH an, dass dem Drittbetroffenen in der Regel die Tatsachen mitgeteilt werden müssen, aus denen sich die Wahrscheinlichkeit ergibt, dass sich die gesuchten Gegenstände in dessen Räumlichkeiten befinden.

Dies ist als konsequente Weiterentwicklung der dritt-schützenden Anwendung von § 103 StPO zu werten. Denn wenn bereits die Mitteilung der gesuchten Gegenstände nicht durch entgegenstehende Belange ausgehebelt werden kann, muss dies erst Recht für die Tatsachen gelten, die das Auffinden potentieller Beweisobjekte als wahrscheinlich deklariert. Schließlich trägt deren Kenntnis entscheidend dazu bei, dass der Nichtverdächtige seine ihm zustehenden Kontrollmöglichkeiten umfänglich ausüben kann.

Zudem ist es zu begrüßen, dass der BGH der Tatsachenkenntnis des Dritten eine solche Bedeutung beimisst. Auf diese Weise wird er dem Wortlaut von § 103 StPO gerecht, der explizit objektiv feststellbare Tatsachen – und nicht nur Vermutungen – für eine rechtmäßige Durchsuchung beim Dritten fordert.

3. Allerdings zeigen die Beschlussgründe, dass die Gefährdung des Untersuchungserfolges und die schutzwürdigen Belange des Beschuldigten der Tatsachenmitteilung lediglich im „Regelfall“ nicht entgegenstehen.<sup>26</sup> Dies impliziert, dass Abweichungen von der Regel existieren können. Davon geht auch der BGH aus. So stellt er für den konkreten Einzelfall fest, dass „Gründe, die eine Ausnahme [...] rechtfertigen würden, [...] nicht ersichtlich sind“<sup>27</sup>. Jedoch erörtert der Beschluss nicht, wann eine solche Ausnahme gegeben ist, die die Mitteilung der Tatsachen entfallen lässt. Allerdings wäre dies für künftig zu beurteilende Fälle wünschenswert gewesen.

Insofern erscheint eine Orientierung an der Rechtsprechung für sinnvoll, die im Rahmen von § 103 StPO die Anforderung zur freiwilligen Herausgabe ausnahmsweise als entbehrlich einstuft. Dies kann dann der Fall sein, wenn der Dritte bereits in der Vergangenheit relevante Unterlagen bzw. Gegenstände zurückgehalten oder gar die Durchführung der Maßnahme behindert hat.<sup>28</sup> Ein Vergleich ist naheliegend, weil sowohl die Mitteilung der von § 103 StPO vorausgesetzten Tatsachen als auch die Möglichkeit der freiwilligen Herausgabe der Wahrung der Rechte des Drittbetroffenen dienen und deren exponierte Stellung dadurch untermauert wird, dass nur in Sonderfällen davon abgewichen werden darf.

## V. Prüfungsreihenfolge

Basierend auf der Entscheidung des BGH und der bereits bestehenden verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ergibt

sich eine Reihenfolge, mittels derer sich die Rechtmäßigkeit des Durchsuchungsvollzuges beim Dritten überprüfen lässt:

1. Es müssen Tatsachen im Sinne des § 103 StPO vorliegen.
2. Dem Dritten muss grundsätzlich die vollständige richterliche Durchsuchungsanordnung übergeben werden.
3. Liegt eine Ausnahme von diesem Grundsatz vor? Davon ist bei einer Gefährdung des Untersuchungszwecks oder bei entgegenstehenden schutzwürdigen Belangen des Beschuldigten auszugehen.
4. Selbst wenn eine solche Ausnahme vorliegt, ist dem Dritten dennoch ein Teil des Durchsuchungsbeschlusses auszuhändigen.

Dieser muss enthalten:

- a) Eine Auflistung aller Gegenstände, auf die sich die Maßnahme erstrecken soll.
  - b) Die Tatsachen, die es wahrscheinlich erscheinen lassen, dass sich die gesuchten Beweismittel beim Dritten befinden.
5. Eine Ausnahme davon kann nur dann einschlägig sein, wenn der Dritte bereits in der Vergangenheit die Ermittlungsmaßnahmen behindert hat und nachvollziehbare Gründe existieren, die dafür sprechen, dass dies erneut der Fall sein wird.

## VI. Ausblick

Die vorstehende Entscheidung bietet Anlass, sich die Grundsätze der strafprozessualen Durchsuchung zu erarbeiten und den Blick für die aktuelle Entwicklung der Rechtsprechung zu schärfen. Schließlich gehören die §§ 102, 103 StPO zum klassischen Examensstoff und eignen sich bereits im ersten Staatsexamen für die strafprozessuale Zusatzfrage.<sup>29</sup> Zudem hat im Sommer 2017 die Online-Durchsuchung in Form des neu gefassten § 100b StPO Eingang in die Strafprozessordnung gefunden. Auch diese geht im Grundsatz von einer Durchsuchung beim Beschuldigten aus, § 100b Abs. 3 S. 1 StPO, lässt aber unter engen Voraussetzungen ebenfalls einen Eingriff in die informationstechnischen Systeme anderer Personen zu, § 100b Abs. 3 S. 2 StPO.<sup>30</sup> Es dürfte nur eine Frage der Zeit sein, bis auch diese Neuregelungen Eingang in die Prüfungsaufgaben der Universitäten und Landesjustizprüfungsämter finden werden.

*Rechtsanwalt Dr. Sebastian Braun, Leipzig*

<sup>24</sup> LG Braunschweig StV 2017, 371; LG Saarbrücken NZ-WiSt 2013, 153; LG Mühlhausen, Beschl. v. 15.11.2006 – 6 Qs 9/06, Rn. 26; *Schmitt* (Fn. 3), § 103 Rn. 1a.

<sup>25</sup> LG Mühlhausen, Beschl. v. 15.11.2006 – 6 Qs 9/06, Rn. 26.

<sup>26</sup> BGH, Beschl. v. 28.06.2017 – 1 BGs 148/17, Rn. 21.

<sup>27</sup> BGH, Beschl. v. 28.06.2017 – 1 BGs 148/17, Rn. 22.

<sup>28</sup> LG Braunschweig StV 2017, 371; *Albrecht*, jurisPR-StrafR 13/2017, Anm. 5.

<sup>29</sup> Hierzu auch *Walther*, JA 2010, 32 ff.; *Huber*, JuS 2013, 408 ff.

<sup>30</sup> Instrukтив *Knierim/Oehmichen*, in: *Knierim/Oehmichen/Beck/Geisler*, Gesamtes Strafrecht aktuell, 2018, Kap. 20 Rn. 76.