

# Rechtsprechung zur Strafprozeßordnung ab 1997

Von Rechtsanwalt Manzur Esskandari und Rechtsanwältin Nicole Schmitt

## **GG Art. 13, 19 IV, 104 II, III; StPO §§ 33 IV, 304 f. (Rechtsschutz gegen erledigte richterliche Durchsuchungsanordnung)**

**BVerfG, Beschluß vom 30.04.1997 - 2 BvR 817/90 u.a.**

1. Eröffnet das Prozeßrecht eine weitere Instanz, so gewährleistet Art. 19 IV GG in diesem Rahmen die Effektivität des Rechtsschutzes im Sinne eines Anspruchs auf eine wirksame gerichtliche Kontrolle.

2. a) Dieses Erfordernis eines effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) gibt dem Betroffenen das Recht, in Fällen tiefgreifender, tatsächlich jedoch nicht mehr fortwirkender Grundrechtseingriffe auch dann die Berechtigung des Eingriffs gerichtlich klären zu lassen, wenn die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt sich nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene die gerichtliche Entscheidung in der von der Prozeßordnung gegebenen Instanz kaum erlangen kann.

b) Die Beschwerde gegen eine richterliche Durchsuchungsanordnung darf somit nicht allein deswegen, weil sie vollzogen ist und die Maßnahme sich deshalb erledigt hat, unter dem Gesichtspunkt prozessualer Überholung als unzulässig verworfen werden. (Abweichung von BVerfGE 49, 329 = NJW 1979, 154)

### Fundstellen:

NJW 1997, 2163 f.

NStZ 1994, 447

StV 1997, 393 f.

wistra 1997, 219 f.

### Anmerkungen:

Amelung, JR 1997, 384ff.

Roxin, StV 1997, 654ff.

Fezer, JZ 1997, 1062ff.

Esskandari, StraFo 1997, 289ff.

**GG Art. 13; StPO §§ 36 II S. 1, 98 II S. 2, EGGVG §§ 23 f. (Gültigkeitsdauer richterlicher Untersuchungsanordnungen)**

**BVerfG, Beschluß vom 27.05.1997 - 2 BvR 1992/92**

1. Der Richter darf eine Durchsuchungsanordnung nur anordnen, wenn er sich aufgrund eigenverantwortlicher Prüfung der Ermittlung überzeugt hat, daß die Maßnahme verhältnismäßig ist. Seine Anordnung hat die Grundlage der konkreten Maßnahme zu schaffen und muß Rahmen, Grenzen und Ziele der Besprechung definieren.

2. Der Zweck des Richtervorbehalts hat Auswirkungen auch auf den Zeitraum, innerhalb dessen die richterliche Durchsuchungsanordnung vollzogen werden darf. Spätestens nach Ablauf eines halben Jahres verliert ein Durchsuchungsbeschluß seine rechtfertigende Kraft.

**Fundstellen:**

NJW 1997, 2165 f.

StV 1997, 394 f.

wistra 1997, 223 f.

StraFo 1997, 242ff.

## **GG Art. 33 IV; § 26 I S. 1 StVG (Übertragung polizeilicher Aufgaben an private Unternehmen)**

**KG, Beschluß vom 23.10.96 - 2 Ss 171/96 - 3 Ws (B) 406/96 - 304 a OWi 467/96**

Die von privaten Ermittlern eingegebene Verkehrszuwerhandlung nach Tatort, Tatzeit und polizeilichem Kennzeichen in ihr elektronisches Erfassungsgerät und die Mitteilung dieser Daten an den Führer des betreffenden Kraftfahrzeuges durch unter den Scheibenwischer geklemmte schriftliche Notiz markiert den Beginn Ordnungswidrigkeiten rechtlicher "Verfolgung" die sie nach § 26 I S. 1 StVG ausschließlich der Polizei und ihr angegliederten Dienststellen vorbehalten ist. Die Tätigkeit der privaten Ermittler stellt sich nicht als Tätigkeit eines sog. "Verwaltungshelfers" dar, die dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG nicht unterliegen würde. Dieser Eingriff in die Ermessensausübung der Verfolgungsbehörde ist gesetzeswidrig.

Eine solch rechtswidrige Beweiserhebung unterliegt dann einem Beweisverwertungsverbot, wenn sie zu Lasten des Betroffenen unter bewußter Mißachtung geltender gesetzlicher Bestimmung erlangt worden ist.

### **Fundstellen:**

NJW 1997, 2894ff.

StV 1997, 174 ff.

StraFo 1997, 108

## **StPO §§ 70, 136, 163a (Vernehmung eines Beschuldigten als Zeugen)**

### **BGH, Beschluß vom 28.02.1997 - StB 14/96 (Generalbundesanwalt)**

Ein Verdächtiger erlangt die Stellung eines Beschuldigten, wenn die Staatsanwaltschaft Maßnahmen gegen ihn ergreift, die erkennbar darauf abzielen, gegen ihn wegen einer Straftat vorzugehen. Will ihn die Staatsanwaltschaft gleichwohl zum Verdachtskomplex nur als Zeuge vernehmen, so steht ihm die Äußerungsfreiheit nach Maßgabe der §§ 136, 163a StPO zu, so daß auch bei genereller Aussageverweigerung Maßregeln nach § 70 StPO nicht angeordnet werden dürfen.

#### **Fundstellen:**

NJW 1997, 1591 ff.

NStZ 1997, 398 ff.

StV 1997, 281 ff.

wistra 1997, 190 ff.

#### **Anmerkungen:**

Rogall, NStZ 1997, 399 ff.

#### **a) Zum Sachverhalt**

Der Generalbundesanwalt führt gegen mehrere Beschuldigte ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts, sich zu einer terroristischen Vereinigung mit der Bezeichnung "Das K.O.M.I.T.E.E.". Der Generalbundesanwalt hat gegen den von ihm zur Vernehmung vorgeladenen und erschienenen Zeugen K wegen unberechtigter Zeugnisverweigerung ein Ordnungsgeld in Höhe von DM 1.000,- verhängt. Der Zeuge hat im Beisein seines Rechtsbeistandes die Aussage generell verweigert, da er von den Strafverfolgungsbehörden als Beschuldiger behandelt werde. Gegen den Zeugen K hatte der Ermittlungsrichter des BGH gemäß § 102 StPO die Durchsuchung seiner Wohnung angeordnet. Dabei wurden Beweismittel beschlagnahmt. Gegen die Verfügung wandte sich der Zeuge mit seinem Antrag auf gerichtliche Entscheidung. Der Antrag hatte Erfolg. Maßregeln nach § 70 StPO durften gegen den Betroffenen nicht verhängt werden, da er die Stellung eines Beschuldigten erlangt hatte und somit nach §§ 136, 163a StPO nicht zur Sache auszusagen brauchte.

#### **b) Grundsätzliches**

Der Beschluß des BGH betrifft die Frage, wann ein verdächtiger Zeuge im Strafverfahren die Rechtsstellung eines Beschuldigten erlangt. Die Unterscheidung, ob jemand als Beschuldiger oder als Zeuge in ein Ermittlungsverfahren involviert ist, ist von erheblicher praktischer Bedeutung, so z. B. für die Frage, ob er als Beschuldiger oder als Zeuge vernommen wird (siehe oben) oder dafür, ob für eine körperliche Untersuchung § 81a oder § 81c maßgebend ist.

Im Gesetz ist der Begriff des Beschuldigten nicht definiert. § 157 StPO erläutert nur die Begriffe "Angeschuldigter" und "Angeklagter". Für die Frage, welche Kriterien für die Begründung der Beschuldigteneigenschaft maßgeblich sind, werden unterschiedliche Auffassungen vertreten. Diese reichen von rein subjektiven Positionen ("Willensakt der Strafverfolgungsbehörden", vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 43. Aufl. 1997, Einleitung Rn 76) bis hin zu einer rein objektiven Betrachtungsweise (vgl. Peters, Strafprozeßrecht, 4. Aufl. 1985, S. 200 ff). Nach herrschender Auffassung ist jedoch maßgeblich eine Kombination von objektiven und subjektiven Kriterien, die sich anlehnt an die Regelung des § 397 I AO. Diese Norm lautet: "Das Strafverfah-

ren ist eingeleitet, sobald die Finanzbehörde, die Polizei, die Staatsanwaltschaft, einer der Hilfsbeamten oder der Strafrichter eine Maßnahme trifft, die erkennbar darauf abzielt, gegen jemanden wegen einer Steuerstraftat strafrechtlich vorzugehen." Hierin kommt zum Ausdruck, daß für die Einleitung eines Strafverfahrens (und damit die Vorstufe zur Begründung der Beschuldigteneigenschaft) ein Willensakt der Ermittlungsbehörden erforderlich ist. Dies ist die subjektive Komponente. Gleichzeitig kommt aber auch zum Ausdruck, daß eine objektiv erkennbare Ermittlungsmaßnahme gegeben sein muß. "Es kommt daher nicht darauf an, wie die Strafverfolgungsorgane ihr Verhalten selbst einschätzen, sondern welche prozessuale Bedeutung dieses Verhalten tatsächlich hat. Wer also bewußt eine Verfolgungshandlung setzt, kann sich nicht darauf berufen, keinen Verfolgungswillen zu haben. Und wer meint, trotz objektiv meßbarer Verfolgungsaktivitäten nichts zu verfolgen, befindet sich im Zustand eines unbeachtlichen "Subsumtionsirrtums"."(Rogall, NSTZ 1997, S. 399)

### **c) Zu den Gründen**

Der oben unter b) dargestellten herrschenden Auffassung zur Frage der Begründung der Beschuldigteneigenschaft hat sich auch der BGH in dem vorstehenden Beschluß angeschlossen. Gegen den Zeugen K hatte der Ermittlungsrichter des BGH eine Durchsuchung gem. § 102 StPO angeordnet. Dabei waren auch Beweismittel beschlagnahmt worden. § 102 StPO regelt jedoch (dies kommt schon in der Überschrift zu der Norm zum Ausdruck) die Durchsuchung beim Verdächtigen. Hätte der Ermittlungsrichter des BGH den Zeugen K nicht als Beschuldigten angesehen, hätte er die Durchsuchung nach § 103 StPO anordnen müssen. Diese Norm regelt nämlich die Durchsuchung bei anderen Personen. Aus diesem Grund erkannte der BGH in der Durchsuchung gem. § 102 StPO eine objektiv erkennbare Ermittlungsmaßnahme. Da damit bewußt eine Verfolgungshandlung gesetzt war, konnte sich die Ermittlungsbehörde nicht mehr darauf berufen, keinen Verfolgungswillen zu haben (vgl. oben b)).

Da der Zeuge K somit tatsächlich den Status eines Beschuldigten bei der Vernehmung vor dem Generalbundesanwalt innehatte, stand ihm das Recht zu schweigen gem. §§ 136, 163a StPO zu. Die Norm des § 70 StPO, nach der gegen den Zeugen, der sich ohne Recht, die Aussage zu verweigern, weigert, auszusagen, ist demnach schon nach ihrem Wortlaut nicht anwendbar. Die Voraussetzung für § 70 StPO ist gerade die Eigenschaft als Zeuge.

## **StPO §§ 100c I Nr. 1, 2; 100d (Keine Abhörmaßnahmen in Büroräumen)**

### **BGH, Beschluß vom 15.01.97 - 2 StE 2/96 - StB 27/96 (OLG Stuttgart)**

Abhörmaßnahmen nach §100c I Nr. 1 StPO sind nur außerhalb einer nach Art. 13 GG geschützten Wohnung zulässig. Wohnung in diesem Sinne sind auch Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume, soweit der abzuhörende Raum im konkreten Einzelfall nach der Bestimmung des Berechtigten nicht allgemein zugänglich ist. Bei einem nicht allgemein zugänglichen Vereinsbüro (des deutsch-kurdischen Freundschaftsvereins) handelt es sich um einen solchen Raum.

Das Ergebnis einer unter Verstoß gegen § 100c I Nr. 2 StPO durchgeführten Abhörmaßnahme unterliegt einem Beweisverwertungsverbot.

#### **Fundstellen:**

NJW 1997, 1018 ff.

NStZ 1997, 195 ff.

StV 1997, 114 ff.

#### **Anmerkungen:**

Scholz, NStZ 1997, 196 ff.

## **StPO § 100 c I Nr. 2 (Zulässigkeit einer Abhörwanze im PKW)**

**BGH, Ermittlungsrichter, Beschluß vom 11.04.1997 - 1BGs 88/97**

**Ein Kraftfahrzeug darf heimlich geöffnet werden, um ein technisches Mittel nach § 100 c I Nr. 2 StPO einzubauen; es darf jedoch nicht zu diesem Zweck heimlich in eine Werkstatt verbracht werden.**

### Fundstellen:

NJW 1997, 2189

StV 1997, 400 ff.

wistra 1997, 608

### **a) Zu den Gründen**

Wegen der Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 GG, wäre das Abhören und Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes in einem PKW durch darin eingebaute Anlagen (Wanzen) nicht gestattet, wenn der PKW dem Schutzbereich des Art. 13 GG unterfiele. Der Ermittlungsrichter beim BGH schließt sich der überwiegenden Auffassung an, daß ein Kraftfahrzeug auch bei extensiver Auslegung nicht unter den Begriff "Wohnung" subsumiert werden kann. Denn ein Kraftfahrzeug diene der Fortbewegung des Menschen, nicht seiner "Behausung", seinem Aufenthalt und Wirken.

Weder hinsichtlich des Einbaus der Abhörwanze, noch hinsichtlich des heimlichen Verbringens in eine Werkstatt enthält die StPO eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage. Der Ermittlungsrichter beim BGH ist der Auffassung, daß das Abhören nach § 100 c I Nr. 2 StPO auch noch solche Vorbereitungsmaßnahmen gestattet, die typischerweise mit dem Abhörvorgang verbunden seien. Der Einbau einer Wanze jedoch gehöre nicht dazu. Denn abgehört werden könne auf vielfältige Weise, insbesondere durch Richtmikrophone. Das Abhören von Gesprächen in einem PKW sei nur eine von mehreren Möglichkeiten. Im weiteren differenziert der Ermittlungsrichter beim BGH allerdings zwischen dem Einbau der Wanze und dem heimlichen Verbringen des PKWs in eine Werkstatt nach der Schwere des Eingriffs. Neben den mit dem Vollzug der Norm typischerweise unerlässlich verbundenen Vorbereitungsmaßnahmen seien nämlich auch solche Maßnahmen als zusätzlich und von § 100 c I Nr. 2 StPO gedeckt, die nur geringfügig in den Rechtskreis des Betroffenen eingreifen würden. Der Begriff "geringfügig" sei dabei im Verhältnis zur Grundrechtsbeeinträchtigung durch die Primärmaßnahme zu definieren. Daran gemessen sei das heimliche Öffnen des PKWs rechtmäßig. Das - wenn auch nur kurzzeitige - vollständige Entziehen des PKWs durch Verbringen in eine Werkstatt könne jedoch nicht mehr als "geringfügiger" Eingriff angesehen werden.

## **StPO § 168 c Abs. 2 (Kein Anwesenheitsrecht bei richterlicher Vernehmung des Mitbeschuldigten)**

**BGH, Urteil vom 20.2.1997 - 4 StR 598/96 (LG Bielefeld)**

**Kein Anwesenheitsrecht des Beschuldigten bei der richterlichen Vernehmung des Mitbeschuldigten**

### **Fundstellen:**

NJW 1997, 1790ff.

NStZ 1997, 351ff.

StV 1997, 234 ff.

wistra 1997, 193ff.

### **Anmerkungen:**

Rieß, NStZ 1997, 353ff.

Fezer, JZ 1997, 1019ff.

### **a) Zum Sachverhalt:**

Die Ehefrau des Beschuldigten wurde am Tattag von der Polizei festgenommen und als Beschuldigte zunächst von den Beamten vernommen. Bis zu ihrer richterlichen Vernehmung blieb sie im Polizeigewahrsam. Von diesem Termin wurde der Beschuldigte nicht benachrichtigt. Der Beschuldigte machte deshalb ein Verwertungsverbot bezüglich der ohne seine Anwesenheit zustande gekommenen Aussage seiner Ehefrau geltend. Das Landgericht verwertete die Aussage dennoch und verurteilte ihn wegen Totschlags zu sieben Jahren Freiheitsstrafe.

### **b) Grundsätzliches**

Mit dieser Entscheidung nimmt der BGH erstmals Stellung zu der Frage, ob einem Beschuldigten ein Anwesenheitsrecht bei der Vernehmung eines Mitbeschuldigten zusteht. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung war diese Frage bislang insgesamt unbeantwortet geblieben.

Zur besseren Einordnung dieser Entscheidung soll zunächst allgemein erläutert werden, welche Regelungen zum Zeugen- und Beschuldigtenstatus die StPO vorsieht und welche Rechte auf Terminsnachricht und Teilnahme bestehen. Dabei ist jeweils wichtig zu unterscheiden, ob die Vernehmung durch die Polizei, die Staatsanwaltschaft oder den Richter erfolgt.

<b>Pflichten von Zeugen/Sachverständigen und Beschuldigten</b>						
	<b>Polizei</b>		<b>Staatsanwaltschaft</b>		<b>Richter</b>	
	Zeuge/Sachverständiger	Beschuldigter	Zeuge/Sachverständiger	Beschuldigter	Zeuge/Sachverständiger	Beschuldigter
Pflicht zum Erscheinen	<b>Nein</b> , Umkehrschluß aus § 161a I 1 (vgl. Pfeiffer/Fischer, § 161a, Rn. 1)	<b>Nein</b> , Umkehrschluß aus § 163a III 1 (vgl. Pfeiffer/Fischer, § 163a, Rn. 4)	<b>Ja</b> , § 161a I 1	<b>Ja</b> , § 161a III 1	<b>Ja</b> , §§ 51, 48/ §§ 77, 75	<b>Ja</b> , §§ 133; 216
Möglichkeit zwangsweiser Vorführung	<b>Nein</b> , Umkehrschluß aus § 161a II 1	<b>Nein</b> , Umkehrschluß aus § 163a III	<b>Ja</b> , §§ 51 I 3, 48, 161a I 2  Nein, §§ 77, 72, 161a (vgl. Pfeiffer/Fischer, § 161a, Rn. 8 u. KMR-Paulus, § 72 Rn. 3: § 51 I 1 ist auf SVe nicht anwendbar)	<b>Ja</b> , §§ 134, 163a III 2	Ja, §§ 51 I 3, 48  Nein, §§ 77, 72 (gem. § 72 ist § 51 I auf SVe nicht anwendbar, vgl. KMR-Paulus, aaO)	<b>Ja</b> , § 134; §§ 216, 230 II
Aussagepflicht zur Person	Nicht nach StPO; <b>Ja</b> , nach § 111 OWiG	dito	<b>Ja</b> , §§ 68 S. 1, 161a I 2 (vgl. KMR-Paulus, § 68 Rn. 3); § 111 OWiG/§§ 68 S. 1, 72 (vgl. Klein-knecht/ Meyer Goßner, § 72 Rn. 1)	Nicht nach StPO <b>Ja</b> , nach § 111 OWiG	<b>Ja</b> , § 68 S. 1; § 111 OWiG	Nicht nach StPO; <b>Ja</b> , nach § 111 OWiG
Aussagepflicht zur Sache	<b>Nein</b>	<b>Nein</b>	<b>Ja</b> , § 161a	<b>Nein</b> , §§ 136, 163a	<b>Ja</b> , §§ 69, 70	<b>Nein</b> , § 136; § 243 IV
Wahrheitspflicht	<b>Nein</b> , ggf. Aber § 257 StGB	<b>Nein</b>	<b>Ja</b> , (vgl. AK-Achenbach, § 161a, Rn. 5; Pfeiffer/Fischer, § 161a Rn. 3);  § 153 StGB ist nicht anwendbar, ggf. aber § 257 StGB	<b>Nein</b> , (vgl. KK-Boujong, § 136, Rn. 20)	<b>Ja</b> , vgl. § 153 StGB	<b>Nein</b> , (vgl. KK-Boujong, aaO)
Eidespflicht	<b>Verbot</b>	<b>Verbot</b>	<b>Verbot</b> , § 161a I 3	<b>Verbot</b>	<b>Ja</b> , §§ 59/79	<b>Verbot</b>

Pflichten von Zeugen/Sachverständigen und Beschuldigten									
	Polizei vernimmt			Staatsanwaltschaft vernimmt			Richter vernimmt		
	Zeuge/ SV	Mitbeschuldigten	Beschuldigten	Zeuge/SV	Mitbeschuldigten	Beschuldigten	Zeuge/SV	Mitbeschuldigten	Beschuldigten
Verteidiger hat Recht auf Nachricht	Nein			Nein	Nein	Grundsätzlich Ja, §§ 168c V 1, 163a III 2; Beachte aber: §§ 168c V 2, 3; 163a III 2	Grundsätzlich Ja, § 168c V 1; Beachte aber: § 168c V 2, 3	Nein, BGH, StV 1997, 234ff.	Grundsätzlich Ja, § 168c V 1; Beachte aber: § 168c V 2, 3
Verteidiger hat Recht auf Teilnahme	Nein	Nein	str., nach hM: Nein	Nein	Nein	Ja	Ja, § 168c II	Nein, vgl. BGH, StV 1997, 234ff.	Ja, § 168c I
Beschuldigter hat Recht auf Nachricht	Nein	Nein	---	Nein	Nein	---	Grundsätzlich Ja, § 168c V 1; Beachte aber: § 168c V 2, 3	Nein, vgl. BGH, StV 1997, 234ff.	---
Beschuldigter hat Recht auf Teilnahme	Nein	Nein	---	Nein	Nein	---	Ja, § 168c II; Beachte: § 168c III	Nein, vgl. BGH, StV 1997, 234ff.	---

### c) Zu den Gründen

Der Beschuldigte hätte ein Verwertungsverbot bezüglich der Aussage seiner Ehefrau geltend machen können, wenn er von der Vernehmung hätte benachrichtigt werden müssen und die Nachricht unterblieben wäre. Denn eine unter Verstoß gegen die Benachrichtigungspflicht durchgeführte richterliche Vernehmung unterliegt in der Hauptverhandlung einem Verwertungsverbot, das nicht nur die Verlesung des Protokolls gem. § 251 I StPO, sondern auch die Vernehmung des Ermittlungsrichters über den Inhalt der Aussage verbietet (*BGH StV 1997, 234, 235*).

Da der Beschuldigte nicht benachrichtigt worden war, war allein fraglich, ob eine Benachrichtigungspflicht überhaupt bestand und damit, ob der Beschuldigte bei der richterlichen Vernehmung des Mitbeschuldigten ein Anwesenheitsrecht hat.

Nach dem Gesetzeswortlaut steht dem Beschuldigten ein solches Recht nicht zu. § 168 c II StPO räumt dem Beschuldigten ein solches Recht nur für die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen ein. Ob § 168 c StPO für die Vernehmung eines Mitbeschuldigten analog anzuwenden ist, war bis vor kurzem allein in der strafprozessualen Kommentierung und in Aufsätzen umstritten; die Lehrbücher schwiegen hierzu größtenteils.

Im Laufe der Jahre schien sich ein ungefähres Gleichgewicht zu dieser Frage herausgebildet zu haben (eine **analoge Anwendung** und damit ein Anwesenheitsrecht und eine Benachrichtigungspflicht **bejahend**: *Wache* in KK-StPO, § 168 c Rn. 11; *Rieß* in LR, § 168 c Rn. 14; *Achenbach* in AK-StPO, § 168c Rn. 4; v. *Dellingshausen* in FS-Stree und Wessels, S. 685 ff.; *Krause* NJW 1975, 2283; *ders.* StV 1984, 169; *Roxin* Strafverfahrensrecht, S. 282; eine **analoge Anwendung** und damit ein Anwesenheitsrecht und eine Benachrichtigungspflicht verneinend: *R. Müller* in KK-StPO, § 168 c Rn. 11; *H. Müller* in KMR, § 168 c Rn. 2; *Meyer-Goßner* in LR, § 168 c Rn. 17; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, § 168 c Rn. 1; *Gründler* MDR 1986, 903; *Ranft* Strafprozeßrecht, S. 94).

Mit Beschluß vom 9.11.1995 - 2 Vas 18/95 - äußerte sich von seiten der Rechtsprechung erstmalig das *OLG Karlsruhe* zu der in Rede stehenden Problematik (vgl. *OLG Karlsruhe STRAFO* 1996, 56 ff. = StV 1996, 302 ff. = NSZ 1996, 151 = JR 1996, 434 ff.).

Für den vom *OLG Karlsruhe* zu entscheidenden Fall kam es jedoch letztlich nicht auf die Beantwortung dieser Frage an. Dennoch äußerte sich der 2. Strafsenat *des OLG Karlsruhe* in einem klassischen obiter dictum (vgl. *Rieß* StV 1996, 304; zum Begriff vgl. *Lilie*, Obiter dictum und Divergenzausgleich in Strafsachen, 1993, S. 65 ff.) dahin, daß er zu der Auffassung neige, daß das Anwesenheitsrecht nach § 168 c II StPO sich auch auf die richterliche Vernehmung eines Mitbeschuldigten beziehe (*OLG Karlsruhe*, STRAFO 1996, 56, 57). Zur Begründung führte der Senat die bislang in der Literatur vertretenen Argumente zusammenfassend an. Danach sei aus der Gesetzgebungsgeschichte eine planwidrige Regelungslücke naheliegend, so daß die analoge Anwendung von § 168 c II StPO geboten sei (*OLG Karlsruhe*, aaO., 57). Denn eine effektive Verteidigung im Vorverfahren erfordere die Möglichkeit der Einwirkung auf Angaben eines Mitbeschuldigten, der anders als ein Zeuge in der Gefahr und Versuchung steht, zum eigenen Vorteil und zu Lasten des anderen Beschuldigten falsch auszusagen (*OLG Karlsruhe*, aaO., 57). Darüber hinaus stelle die Vernehmung vor dem Ermittlungsrichter einen antizipierten Teil der *Hauptverhandlung* dar, bei dessen Verlauf der Anspruch auf rechtliches Gehör gewährleistet sein muß (*OLG Karlsruhe*, aaO., 58).

In einer Anmerkung zu dieser Entscheidung unterstützte *Rieß* die Auffassung des *OLG Karlsruhe* nachdrücklich und unterstrich die dort angeführte Argumentation (*Rieß* StV 1996, 304, 305).

Ablehnend - und sich damit in die Reihe einer analogen Anwendung von § 168 c II StPO verneinenden Autoren einreihend - äußerte sich *Theisen* in einer Entscheidungsanmerkung (JR 1996, 436 f.).

**Für die Praxis dürfte dieser Streit nunmehr durch die Entscheidung des 4. Strafsenats des BGH dahin entschieden sein, daß § 168 c II StPO auf die richterliche Vernehmung eines Mitbeschuldigten keine entsprechende Anwendung stattfindet (vgl. *BGH*, StV 1997, 234).**

Der BGH verweist zunächst auf den eindeutigen Wortlaut des § 168 c II StPO und darauf, daß die Gesetzgebungsgeschichte gerade zeige, daß eine entsprechende Anwendung für die richterliche Vernehmung des Mitbeschuldigten nicht angezeigt sei (*BGH*, aaO., 235). Schon eine Gesetzeslücke liege damit nicht vor (*BGH*, aaO., 236). Darüber hinaus sei eine Ausweitung des Anwesenheitsrechts des Beschuldigten auf die Vernehmung von Mitbeschuldigten vor allem auch deshalb nicht sinnvoll, weil eine Gefährdung des Untersuchungszwecks regelmäßig nahe liege; bei einer Vielzahl von Mitbeschuldigten bereite ein solches Recht und die entsprechende Benachrichtigungspflicht zudem erhebliche praktische Schwierigkeiten (*BGH*, aaO., 235).

Da somit ein Anwesenheitsrecht des Beschuldigten und damit eine Benachrichtigungspflicht nicht bestand, schloß der *BGH* das Bestehen eines Verwertungsverbots der Aussage der Ehefrau des Beschuldigten aus.

(In dem konkreten Fall hätte aber das Landgericht die Aussage der Ehefrau aus anderen Gründen nicht verwerten dürfen; dennoch hob der BGH das landgerichtliche Urteil nicht auf, weil er ein Beruhen des Urteils auf diesem Rechtsfehler ausschloß, § 337 StPO (vgl. *BGH*, aaO., 236, 237).)

## **StPO § 110 I Nr. 2 (Unzulässigkeit des Lauschangriffs im Vorgarten)**

### **BGH, Ermittlungsrichter, Beschluß vom 14.03.1997 - 1 BGs 65/97**

Das im Vorgarten eines Wohnhauses nicht öffentlich gesprochene Wort darf auch dann nicht ohne Wissen des Betroffenen mit technischen Mittel abgehört und aufgezeichnet werden, wenn der Vorgarten lediglich durch eine kniehohe Hecke zur Straße hin abgetrennt ist, die zudem noch im Eingangsbereich auf ca. zwei Meter unterbrochen ist.

#### Fundstellen:

NJW 1997, 2189ff.

StV 1997, 400

wistra 1997, 267

#### **a) Zum Sachverhalt**

Der Generalbundesanwalt hatte beim Ermittlungsrichter des BGH gem. § 100 d I StPO den Antrag gestellt, das Abhören und Aufzeichnen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes des Betroffenen mit technischen Mitteln zu gestatten. Dabei sollte es unter anderem durch ein Richtmikrophon ermöglicht werden, Gespräche des Betroffenen, im Bereich zwischen dessen Hausfront und dem öffentlichen Gehweg abhören zu können.

#### **b) Zu den Gründen**

Der Ermittlungsrichter beim BGH hat den Antrag des Generalbundesanwaltes insoweit zurückgewiesen, als er darauf gerichtet war, die Abhörmaßnahme auch für den Bereich zwischen Gehweg und Hausfront anzuordnen.

Denn der Einsatz technischer Mittel nach § 100 c I Nr. 2 StPO ist in Wohnungen iSd Art. 13 GG unzulässig. Dies entspricht allgemeiner Meinung. Abhörmaßnahmen in diesem Bereich wären ausschließlich im Wege des sog. großen Lauschangriffes zulässig.

Ebenfalls allgemeiner Meinung entspricht es, daß der durch einen Zaun mit Gartentüre abgegrenzte Vorgarten dem Schutzbereich des Art. 13 I GG unterstellt wird. (Bonner Kommentar/Herdegen, Art. 13 GG, Rn 27.). Der Ermittlungsrichter beim BGH ist darüber hinaus der Auffassung, daß der vorliegende Sachverhalt, in dem der Vorgarten lediglich durch eine kniehohe Hecke abgegrenzt ist, nicht anders beurteilt werden kann. Entscheidend soll es nämlich darauf ankommen, daß durch die Hecke zum Gehweg der Wohnungsinhaber die Abgrenzung zur öffentlichen Fläche deutlich macht und er diesen Bereich für sich und seine Mitbewohner gegenüber der Öffentlichkeit reklamiert. Dadurch drücke er dem Vorgarten gleichsam den "Stempel der Privatheit" (Herdegen, aaO.) auf.

**StPO § 163a Abs. 4 S. 2 i.V. mit § 136 Abs. 1 S. 2 (Verwertungsverbot wegen fehlerhafter Belehrung)**

**BGH, Beschl. v. 17.6.1997 - 4 StR 243/97 (Landgericht Paderborn)**

Wird dem Beschuldigten bei der ersten polizeilichen Vernehmung nicht mitgeteilt, daß sich bereits ein Verteidiger für ihn gemeldet hat, so kann sich hier auf die Revision nur gestützt werden, wenn der Angeklagte oder sein Verteidiger der Verwertung der polizeilichen Aussage durch Vernehmung der Verhörsperson in der Hauptverhandlung widersprochen hat. Daß der Verteidiger im Ermittlungsverfahren gegenüber der Staatsanwaltschaft insoweit ein Beweisverwertungsverbot geltend gemacht hatte, genügt nicht.

**Fundstellen:**

NStZ 1997, 502 f.

StV 1997, 511

## **AO § 393 II S. 1 (Zum Verwertungsverbot nach der Abgabenordnung)**

### **BayObLG, Beschluß vom 6.8.1996 - 4 St RR 104/96**

Das Verwertungsverbot des § 393 II S. 1 AO gilt unabhängig davon, in welchem Konkurrenzverhältnis die Steuerstraftat zu dem Verstoß gegen die allgemeinen Strafgesetze steht. Es gilt folglich auch dann, wenn die Verletzung einer allgemeinen Strafbestimmung mit einer Steuerstraftat einheitlich zusammen trifft.

#### Fundstelle:

NJW 1997, 600 ff.

NStZ 1997, 92

wistra 1997, 53

#### Anmerkung:

Maier, wistra 1997, 53 ff.

#### **a) Zum Sachverhalt**

Im Geschäftsbetrieb der Angeklagten fand eine Betriebsprüfung statt. A händigte daraufhin dem Außenprüfer des Finanzamtes die Buchhaltungsunterlagen aus. Dabei wurde festgestellt, daß die Angeklagte tatsächlich nicht entstandene Betriebsausgaben verbucht und hierzu teilweise gefälschte und verfälschte Belege verwandt hatte. Dies führte zur Verkürzung der von der Angeklagten zu zahlenden Einkommenssteuer, sowie zur Verkürzung von Umsatz- und Gewerbesteuer. Die Angeklagte wurde vom Amtsgericht wegen der Steuerhinterziehung, teilweise in Tateinheit mit Urkundenfälschung, verurteilt.

#### **b) Grundsätzliches**

§ 393 II S. 1 AO lautet: "Soweit der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht in einem Strafverfahren aus den Steuerakten Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden, die der Steuerpflichtige der Finanzbehörde vor Einleitung des Strafverfahrens oder in Unkenntnis der Einleitung des Strafverfahrens in Erfüllung steuerrechtlicher Pflichten offenbart hat, dürfen diese Kenntnisse gegen ihn nicht für die Verfolgung einer Tat verwendet werden, die keine Steuerstraftat ist."

Das Verwertungsverbot des § 393 II AO stellt eine Ergänzung zu der Vorschrift des § 30 AO für das Strafverfahren dar. § 30 AO betrifft das sog. Steuergeheimnis. Die Vorschrift des § 393 II AO ist für das Strafverfahren deshalb erforderlich, weil nur so ein Ausgleich zwischen den steuerrechtlichen Offenbarungs- und Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen im Besteuerungsverfahren und dem Gesichtspunkt des nemo-tenetur-Prinzips der Strafprozeßordnung erreicht werden kann (vgl. § 136 StPO). Nach § 90 AO ist der Steuerpflichtige nämlich verpflichtet, bei der Ermittlung des Sachverhaltes mitzuwirken. Eine solche Mitwirkungspflicht ist dem Verfahren nach der Strafprozeßordnung gänzlich fremd. Im Gegenteil ist der Beschuldigte gerade nicht dazu verpflichtet, an seiner Überführung mitzuwirken. Da die Finanzbehörden nach § 161 StPO gegenüber der Staatsanwaltschaft zur uneingeschränkten Auskunftserteilung verpflichtet sind, wird durch § 393 II AO gewährleistet, daß die Tatsachen und Beweismittel, die der Steuerpflichtige vor Einleitung des Strafverfahrens oder in Unkenntnis der Einleitung des Strafverfahrens in Erfüllung seiner steuerrechtlichen Pflichten der Finanzbehörde gegenüber offenbart hat, von der Staatsanwaltschaft nicht zur Überführung des Steuerpflichtigen wegen einer Straftat, die keine Steuerstraftat darstellt, verwendet werden können.

Der Grundsatz des § 393 II S. 1 AO wird jedoch in gewissen Ausnahmefällen durchbrochen. Eine Verwertungsbefugnis von Tatsachen für ein Strafverfahren, daß kein Steuerstrafverfahren ist, gilt dann, wenn an der Verfolgung der Straftaten ein zwingendes öffentliches Interesse besteht, vgl. § 93 II S. 2 iVm § 30 IV Nr. 5 AO. Darüber hinaus können Erkenntnisse, die in einem Steuerstraf- oder Bußgeldverfahren gewonnen wurden, gem. § 30 IV Nr. 4a AO an Gerichte und Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet werden. Schließlich besteht gem. § 30 IV Nr. 4b AO eine Verwertungsbefugnis bzgl. freiwilliger Angaben Dritter und solcher Tatsachen, zu deren Angabe der Steuerpflichtige nicht aufgrund einer steuerlichen Verpflichtung gezwungen war oder die unter Verzicht auf ein Auskunftsverweigerungsrecht bekannt geworden sind.

### **c) Zu den Gründen**

Wie oben unter a) bei der Darstellung des Sachverhaltes bereits angesprochen, hatte das Amtsgericht die Angeklagte zum einen wegen Steuerstraftaten, zum anderen aber auch wegen der "allgemeinen Straftat" der Urkundenfälschung verurteilt. Die Problematik des Falles lag dabei in der Verurteilung wegen der Urkundenfälschung. Denn diese war nur deshalb möglich, weil das Amtsgericht die von der Angeklagten im Rahmen des Besteuerungsverfahrens freiwillig an den Außenprüfer des Finanzamtes herausgegebenen Buchungsbelege verwertet hatte. Hätte es sich bei den Steuerstraftaten zum einen und bei der Urkundenfälschung zum anderen um tatmehrheitliche Delikte im Sinne von § 53 StGB gehandelt, so hätte unstreitig bezüglich der Urkundenfälschung das Verwertungsverbot des § 393 II S. 1 AO eingegriffen. Umstritten ist jedoch, ob das Verwertungsverbot des § 393 II S. 1 AO auch dann gilt, wenn die Steuerstraftat und die allgemeine Straftat in Tateinheit gem. § 52 StGB zueinander stehen. In der Literatur wird zum Teil vertreten, daß § 393 II S. 1 AO ein Verwertungsverbot in solchen Fällen nicht begründet. (Vgl. Kohlmann, Steuerstrafrecht, 6. Aufl. 1995, § 393 AO Rn 79.) Das BayObLG stellt sich in dieser Entscheidung auf den gegenteiligen Standpunkt. Es begründet nach dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck des § 393 II S. 1 AO, daß die Anwendung dieser Norm nicht von dem Konkurrenzverhältnis zwischen der Steuerstraftat und der Straftat nach den allgemeinen Gesetzen abhängen kann. Anderenfalls wird im Ergebnis der durch § 30 AO und durch § 393 II S. 1 AO normierte Schutz des Steuerpflichtigen, der im Besteuerungsverfahren verpflichtet ist, gegenüber dem Finanzamt auch strafbare Handlungen zu offenbaren, sofern sie nur steuerlich relevant sind, ausgehebelt werden.

---

© 1998 by Manzur Esskandari und Nicole Schmitt. All rights reserved.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Es steht den Nutzern allein zu persönlichen Zwecken zur Verfügung. Jede darüber hinausgehende Verwertung, namentlich die Vervielfältigung in mehr als einem Ausdruck, die Verbreitung - durch welches Medium auch immer - und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen ist nicht gestattet (§§ 53, 54 UrhG) und strafbar (§ 106 UrhG). Im Fall der Zuwiderhandlung wird Strafantrag gestellt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung der Autoren.