

# StrafFo

## Strafverteidiger Forum

Heft 12 Dezember 2014 G 26104

www.ag-strafrecht.de

### Aufsätze

*Fischer*, Sexuelle Nötigung: Schutzlücken oder Schutzlücken-Fantasien?  
*Mavany*, Verteidigung gegen staatsanwaltschaftliche Verfahrensfragen – ein Plädoyer für den Einwand der Unzulässigkeit

*Fröba/Straube*, Verschleifungsverbot und Zweckverfehlungslehre beim Spenden- und Bettelbetrug

### Entscheidungen

EGMR: Der maßgebliche Zeitpunkt für die Bestimmung der unzulässigen Tatprovokation ist der Zeitpunkt, zu dem der spätere Beschuldigte erstmals von der Polizei angesprochen wird. Der Konventionsverstoß kann nur durch den Ausschluss der so erlangten Beweismittel geheilt werden (*Furcht ./. Deutschland*) m. Anm. Sommer

BGH: Die Bewährungsweisung, jeden Wohnsitzwechsel mitzuteilen, muss im Rahmen einer Verständigung nicht angekündigt werden

BGH: Teilrechtskraft steht der Verfahrenseinstellung nach § 154 StPO nicht entgegen

KG: Haftbefehl nach § 230 StPO im Strafbefehlsverfahren

OLG Dresden: Unzulässigkeit der Auslieferung nach Argentinien wegen menschenrechtswidriger Haftbedingungen

LG Koblenz: Anforderungen an einen Durchsuchungsbeschluss gegen einen unverdächtigen Dritten

OLG Düsseldorf: Notwendige Ausdrücke von Dateien

LG Hamburg: Kostenfolgen der Sperrberufung: Die zwecklose Revisionsbegründung ist zu vergüten

### Herausgeber

RA Prof. Dr. Ferdinand Gillmeister

RAin Dr. Gina Greeve

RAin Dr. Ines Kilian

RA Dr. Dirk Lammer

RA Dr. Klaus Leipold

RA Prof. Dr. Werner Leitner

RA Dr. Panos Pananis

RA Dr. Manfred Parigger

RA Christof Püschel

RA Prof. Dr. Ulrich Sommer

RA Dr. Rainer Spatscheck

und die

Arbeitsgemeinschaft

Strafrecht des DAV

### Redaktion

RA Prof. Dr. Ferdinand Gillmeister

RA Dr. Klaus Leipold

RA Prof. Dr. Werner Leitner

RA Michael Rosenthal

### Schriftleitung

RA Dr. Klaus Leipold

RA Michael Rosenthal

Jetzt bestellen!  
Einbanddecken 20  
Tel. 0228/91911-0

Deutscher Anwaltverlag GmbH, Wachsbleiche 7, 53111 Bonn  
ZKZ 26104, PVSt, DPAAG, Entgelt bezahlt  
\*26104# 174124 #12/2014\*  
Strafverteidigerbüro Herrn Prof. Dr. Ulrich Sommer  
Neusser Str. 99  
50670 Köln



der Maßstab herangezogen werden, für welchen Zweck die Täterinnen den Betrag verwendet haben. Deren etwaige brisante wirtschaftliche Situation wäre dann heranzuziehen. Vereinfacht gesprochen: Sind die Täter bettelarm und kaufen sich von den geringen Beträgen etwas zu essen, könnte durchaus die Frage gerechtfertigt sein, ob man insoweit wirklich von einer wirtschaftlich wertlosen Vermögensausgabe sprechen könnte. Sie entspräche der Spende in den Hut eines Bettlers.

Interessant mutet zunächst das weitere Argument an, den mit der Spende verfolgten sozialen Zweck als relevante wirtschaftliche Position zu betrachten. An dieser Stelle scheint das Oberlandesgericht allerdings außer Acht zu lassen, dass so der Blick zwangsläufig auf einen Schaden bei der karitativen Einrichtung gerichtet wird. Der dort nicht angekommene Betrag wäre nämlich diese wirtschaftlich relevante Position, die sozusagen ihre positive (soziale) Wirkung durch die Einbehaltung des Geldbetrages durch die Einwerbenden nicht entfalten konnte. Dennoch geht (offensichtlich) der Großteil der Gerichte durch die Instanzen wie selbstverständlich davon aus, dass der Schaden beim getäuschten Spender entstanden sein soll.

Wie aber wäre die soziale Verwendung des gespendeten Betrages an sich wirtschaftlich messbar? Und noch schwieriger: Wie soll die subjektive Enttäuschung des Spenders wirtschaftlich messbar gemacht werden?

Denn so erstarkt an dieser Stelle doch wieder die rein subjektive Komponente, nachdem eine wirtschaftliche Betrachtungsweise kaum machbar erscheint. Denn was ist der verfolgte soziale Zweck anderes als die vermeintlich sinnvolle Ausgabe, die dem Gebenden das gute Gefühl vermittelt, das Richtige getan zu haben, etwas Richtiges getan zu haben. Dieses subjektive Wohlgefühl oder Wohlmeinen aber sollte nicht den Unterschied machen zwischen einer freiwilligen Vermögens-einbuße, die völlig in Ordnung geht, und einer solchen, die die scharfen Konsequenzen des Strafrechts mit sich bringt. Denn dann kann die Schwelle zum strafbaren Betrug immer schon dann überschritten sein, wenn der Gebende sich mit dem Satz „Ich dachte aber, dass ...“ zu Wort meldet.

## V. Fazit

Nach alledem wäre der Gesetzgeber gehalten, klarstellend einzugreifen. Soll das scharfe Schwert des Strafrechts weiterhin auf diese Fälle angewandt werden, so würde die Einführung eines Straftatbestandes des Spenden- und Bettelbetrugs als § 264b StGB die Bestimmtheit bringen, die den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zum Verschleifungsverbot Rechnung tragen würden.

## Entscheidungen

### Europarecht

EMRK Art. 6 Abs. 1

**Der maßgebliche Zeitpunkt für die Bestimmung der unzulässigen Tatprovokation ist der Zeitpunkt, zu dem der spätere Beschuldigte erstmals von der Polizei angesprochen wird. Der Konventionsverstoß kann nur durch den Abschluss der so erlangten Beweismittel geheilt werden (Red).**

EGMR [Kammer], Entscheidung vom 23.10.2014 – 54648/09 (*Furcht ./. Deutschland*)

#### Die Tatsachen

#### Die Umstände der Rechtssache

##### A. Das Ermittlungsverfahren

6. Mit Beschl. v. 18.10.2007 genehmigte das AG Aachen den Einsatz von bis zu fünf verdeckten Ermittlern gegen S und fünf weitere Personen (nicht den Bf) gemäß § 110a Abs. 1 Nr. 1 und § 110b Abs. 2 Nr. 1 StPO ... . Zuvor waren gegen die sechs

Verdächtigen strafrechtliche Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts auf Handel mit Betäubungsmitteln eingeleitet worden. Vor dem Beschluss des AG hatte sich der polizeiliche Verdacht bestätigt, insbesondere durch Informationen, die aus der Telekommunikationsüberwachung und Observation der Verdächtigen erlangt wurden.

7. Die Polizei beschloss zu versuchen, zwischen S und den verdeckten Ermittlern Kontakt über den Bf herzustellen, der ein guter Freund des S und sein Geschäftspartner im Immobilienhandel war. Der nicht vorbestrafte Bf wurde zu diesem Zeitpunkt nicht der Beteiligung am Betäubungsmittelhandel verdächtigt.

8. Ab dem 16.11.2007 nahmen zwei verdeckte Ermittler, P und D, Kontakt zum Bf auf. Sie besuchten ihn in seinem Restaurant und gaben vor, an dem Kauf von Immobilien für den Betrieb eines Clubs interessiert zu sein. In den folgenden Wochen unterbreitete der Bf den verdeckten Ermittlern mehrere Immobilienangebote und besichtigte mit ihnen die Immobilien.

9. Der Bf stellte anschließend Kontakt zwischen den beiden verdeckten Ermittlern und S her, um einen Zigarettenschmug-

gel zu organisieren, nachdem einer der verdeckten Ermittler vorgespiegelt hatte, einen geeigneten Lkw für den Transport der Zigaretten ins Ausland an der Hand zu haben. S weigerte sich jedoch, direkt mit dem verdeckten Ermittler P telefonisch zu kommunizieren, und schlug vor, weiterhin über den Bf zu kommunizieren. Als der verdeckte Ermittler D dem Bf am 23.1.2008 mitteilte, das Risiko, beim Zigaretenschmuggel erwischt zu werden, sei zu hoch angesichts der möglichen Gewinne, offenbarte der Bf, dass sie (d.h. S und andere und er selbst) auch mit Kokain und Amphetamin handeln würden. Er erklärte, dass er nicht an dem Drogenhandel an sich beteiligt sein wolle, sondern lediglich eine Provision erhalte. Die verdeckten Ermittler bekundeten ihr Interesse am Transport und Erwerb von Drogen.

10. Am 1.2.2008 erklärte der Bf jedoch bei einem Anruf des verdeckten Ermittlers P, dass er an keinerlei Geschäften mehr interessiert sei außer am Betrieb seines Restaurants.

11. Am 7.2.2008 erweiterte das AG Aachen in Ansehung der Äußerungen des Bf gegenüber dem verdeckten Ermittler D vom 23.1.2008 den Beschl. v. 18.10.2007 auf den Bf.

12. Am 8.2.2008 besuchte der verdeckte Ermittler P den Bf in seinem Restaurant, zerstreute dessen Misstrauen gegen die verdeckten Ermittler und nahm ihm die Angst, eine Freiheitsstrafe verbüßen zu müssen, falls der Drogenhandel entdeckt würde. Daraufhin arrangierte der Bf zwei Drogenkäufe (Kokain und Amphetamin) der verdeckten Ermittler von S am 16.2.2008 (10 kg Amphetaminpaste und 40 g Kokain) und am 12.3.2008 (rund 250 kg Amphetaminpaste). Am letztgenannten Tag wurden der Bf und S nach der Übergabe der Drogen an die verdeckten Ermittler festgenommen. Der Bf hätte von S für die Vermittlung des zweiten Geschäfts mit den verdeckten Ermittlern eine Provision von mehr als 50.000 EUR erhalten.

B. Das Verfahren vor dem LG Aachen

13. Am 22.10.2008 sprach das LG Aachen den Bf schuldig des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in zwei Fällen und verurteilte ihn zu fünf Jahren Haft.

14. Das LG hat den Sachverhalt wie oben dargelegt (s. Rn 6–12) festgestellt und festgehalten, dass der Bf die Straftaten in der mündlichen Verhandlung gestanden hatte. Weiter hat es ... die schriftlichen Berichte der verdeckten Ermittler D und P verlesen, die während der Ermittlungsmaßnahme angefertigt worden waren. Das Gericht stellte fest, dass der Bf anerkannt habe, dass diese Berichte im Wesentlichen korrekt waren. Es war der Ansicht, das Vorbringen des Bf sei nicht bewiesen, nämlich dass am 23.1.2008 der verdeckte Ermittler als Erster die Möglichkeit des Drogenhandels zur Sprache gebracht und der Bf auf diesen Vorschlag nur reagiert habe. In diesem Zusammenhang hält es fest, dass die verdeckten Ermittler während ihrer Ermittlungen sorgfältig darauf geachtet hätten, keine illegalen Geschäftsvorgänge oder bestimmte Arten oder Mengen von Drogen vorzuschlagen, sondern auf ihr jeweiliges Gegenüber gewartet hätten, den ersten Schritt zu tun, bevor sie selber konkreter geworden seien.

15. Bei der Festsetzung der Strafe hat das LG die beträchtlichen Mengen der gehandelten Drogen als erschwerenden Umstand gewertet. Jedoch gab es beachtliche Umstände, die zu einer Herabsetzung der Strafe geführt haben, die vor dem Hintergrund der Menge der gehandelten Drogen als relativ mild angesehen werden müsse. Der Bf hatte die Straftaten im Kern gestanden und keine Vorstrafen gehabt. Weiter hat er hauptsächlich mit Amphetamin gehandelt, was keine harte Droge ist. Angesichts der Mitwirkung der verdeckten Ermittler bestand zudem keine Gefahr, dass die Drogen in freiem Umlauf auf dem Markt hätten geraten können.

16. Das LG Aachen erklärte weiter, ein besonders gewichtiger Faktor für die Milderung der Strafe sei gewesen, dass der Bf durch eine staatliche Behörde zur Begehung der Straftaten verleitet worden sei. Vor der gegen ihn gerichteten verdeckten Ermittlungsmaßnahme habe gegen den nicht vorbestraften Bf keinerlei Verdacht auf Verwicklung in den Betäubungsmittelhandel bestanden. ... Gleichwohl stellte das LG fest, dass der Bf zur Begehung der fraglichen Straftaten nicht angestiftet worden sei. ...

17. Darüber hinaus hob das LG hervor, dass der Bf am 1.2.2008 aus Angst vor Strafe auf jegliches Drogengeschäft verzichtet hatte. Dennoch hätten die verdeckten Ermittler den Bf am 8.2.2008 erneut kontaktiert und seine Zweifel zerstreut, nachdem sich die gerichtliche Genehmigung zum Einsatz verdeckter Ermittler auch auf ihn erstreckte. Das LG war der Auffassung, dass die Art und Weise, in der die verdeckten Maßnahmen durchgeführt worden seien, nämlich durch Kontaktaufnahme mit dem Bf als einer Person, die keiner Straftat verdächtig war, um Kontakte mit dem verdächtigen S herzustellen, von Anfang an das Risiko mit sich gebracht habe, den Bf in einen Drogenhandel hineinzuziehen.

18. Das LG hat weiter festgestellt, dass die Beteiligung des Bf an den Straftaten weniger bedeutsam gewesen sei als die von S, da er nur den Kontakt zwischen S und den verdeckten Ermittlern hergestellt und S gegen sie abgeschirmt habe. Der Bf hatte offensichtlich keine Kontakte zur Drogenszene gehabt, abgesehen von seinen Kontakten zu S.

C. Das Verfahren vor dem Bundesgerichtshof ...

D. Das Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht ...

E. Spätere Ereignisse

23. Am 16.6.2011 hat das LG Aachen den Rest der Strafe nach Verbüßung von zwei Dritteln zur Bewährung ausgesetzt.

II. Nationales Recht und Rechtspraxis

A. Vorschriften über verdeckte Ermittler ...

B. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ...

### Das Recht

I. Die behauptete Verletzung von Art. 6 Abs. 1 der Konvention

A. Zulässigkeit ...

B. Begründetheit

1. *Verstieß die strafrechtliche Verfolgung des Beschwerdeführers gegen Art. 6?*

(a) Das Vorbringen der Parteien ...

(b) Würdigung durch den Gerichtshof

*(i) Die maßgebenden Grundsätze*

46. ...

47. Der Einsatz verdeckter Ermittler kann hingenommen werden, vorausgesetzt, er unterliegt klaren Beschränkungen und Sicherheitsmaßnahmen (vgl. *Teixeira de Castro v. Portugal*, 9.6.1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-IV, §§ 35-36; und *Ramanauskas v. Litauen* [GC], no. 74420/01, § 52, ECHR 2008, § 54). Während die Zunahme organisierten Verbrechens zweifellos angemessene Maßnahmen erfordert, kommt dem Recht auf ein faires Verfahren gleichwohl eine so herausragende Stellung zu, dass es der Zweckmäßigkeit nicht geopfert werden darf (vgl. *Teixeira de Castro*, § 36). Das öffentliche Interesse an der Verbrechensbekämpfung rechtfertigt nicht die Verwendung von Beweismitteln, die als Ergebnis polizeilicher Anstiftung entstanden sind, denn dies würde den Beschuldigten dem Risiko aussetzen, von Anfang an des Rechts auf ein faires Verfahren beraubt zu werden (vgl. u.a. *Teixeira de Castro*, §§ 35-36; *Edwards and Lewis v. Vereinigtes Königreich* [GC], nos. 39647/98 und 40461/98, §§ 46 und 48, ECHR 2004-X; *Vanyan v. Russland*, no. 53203/99, § 46, 15.12.2005; *Khudobin v. Russland*, no. 59696/00, § 133, ECHR 2006-XII (extracts); *Ramanauskas v. Litauen* [GC], § 54; und *Bannikova v. Russland*, no. 18757/06, § 34, 4 November 2010).

48. Wenn der Gerichtshof mit dem Einwand polizeilicher Anstiftung oder Fallenstellerei befasst wird, versucht er festzustellen, ob angestiftet oder eine Falle gestellt worden ist (materielle Prüfung der Anstiftung; vgl. *Bannikova*, § 37). Polizeiliche Anstiftung liegt vor, wenn die beteiligten Beamten sich nicht darauf beschränken, strafbare Handlungen im Wesentlichen passiv zu untersuchen, sondern einen solchen Einfluss auf die Person ausüben, dass eine Tat begangen wird, die sonst nicht begangen worden wäre, um die Tat beweisen zu können ... (vgl. *Ramanauskas*, § 55 m.w.N.; und *Bannikova*, § 37; vgl. auch *Pyrgiotakis v. Griechenland*, no. 15100/06, § 20, 21.2.2008). Der tragende Gedanke hinter dem Verbot polizeilicher Anstiftung liegt darin, dass es Aufgabe der Polizei ist, Verbrechen zu verhüten und aufzuklären, nicht aber, zu ihnen anzustiften.

49. Um polizeiliche Anstiftung und Fallenstellerei unter Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 von zulässigen Methoden der verdeckten Ermittlungsarbeit abzugrenzen, hat der Gerichtshof die folgenden Kriterien entwickelt.

50. Um zu entscheiden, ob die Ermittlungen „im Wesentlichen passiv“ gewesen sind, untersucht der Gerichtshof die Gründe der verdeckten Maßnahme und das Verhalten derer, die sie ausführen. Der Gerichtshof stützt sich dabei darauf, ob es objektive Gründe für den Verdacht gegeben hat, der Bf sei in kriminelle Aktivitäten verwickelt oder geneigt, eine Straftat zu begehen (vgl. *Bannikova*, § 38).

51. In diesem Zusammenhang ist der Gerichtshof insbesondere der Auffassung, dass die nationalen Behörden keine guten Gründe für die Vermutung haben, eine Person sei in den Betäubungsmittelhandel verwickelt, wenn sie keine Vorstrafen hat, gegen sie noch keine Ermittlungsverfahren geführt worden sind und nichts nahelegt, dass sie zu einer Straftat geneigt war, bevor

sie von der Polizei angesprochen wurde (vgl. *Teixeira de Castro*, § 38; bestätigt in *Edwards and Lewis*, §§ 46 und 48; *Khudobin*, § 129; *Ramanauskas*, § 56 und *Bannikova*, § 39; vgl. auch *Pyrgiotakis*, § 21). Abhängig von den Umständen des Einzelfalls kann darüber hinaus das Folgende als Anzeichen für bereits begangene oder geplante Straftaten dienen: Die Vertraulichkeit des Bf mit den aktuellen Preisen für Betäubungsmittel und die Möglichkeit, Betäubungsmittel kurzfristig zu beschaffen (vgl. *Shannon v. Vereinigtes Königreich* (dec.), no. 67537/01, ECHR 2004-IV), ebenso ein finanzieller Vorteil des Beschwerdeführers aus dem Geschäft (vgl. *Khudobin*, § 134 und *Bannikova*, § 42).

52. Um die legitime Unterwanderung durch einen verdeckten Ermittler von der Anstiftung zu einer Straftat abzugrenzen, untersucht der Gerichtshof sodann die Frage, ob auf den Bf Druck ausgeübt worden ist, die Tat zu begehen. In Betäubungsmittelfällen ist der Gerichtshof der Auffassung, eine passive Haltung sei aufgegeben, wenn die ermittelnden Behörden die Initiative im Kontakt mit dem Beschwerdeführer ergreifen, ihr Angebot trotz einer ursprünglichen Ablehnung wiederholen, hartnäckig [zur Tat] auffordern, den Preis über den Durchschnitt anheben oder das Mitgefühl des Bf mit der Behauptung von Entzugserscheinungen wecken (vgl. u.a. *Bannikova*, § 47; und *Veselov und andere v. Russland*, nos. 23200/10, 24009/07 und 556/10, § 92, 2.10.2012).

53. Wenn der Gerichtshof diese Kriterien anwendet, liegt die Beweislast bei den Ermittlungsbehörden. Es ist Aufgabe der Staatsanwaltschaft zu beweisen, dass es zu keiner Anstiftung gekommen ist, vorausgesetzt, das Vorbringen des Beschuldigten ist nicht völlig unwahrscheinlich ...

*(ii) Anwendung dieser Grundsätze auf die vorliegende Sache*

54. Der Gerichtshof hat zu prüfen, ob der Bf die Drogendelikte, für die er verurteilt worden ist, als Folge polizeilicher Tatprovokation unter Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 (materielle Prüfung der Provokation) begangen hat. Dies wäre der Fall, wenn die verdeckten Ermittler die Aktivitäten des Bf nicht im Wesentlichen passiv untersucht, sondern einen solchen Einfluss auf ihn ausgeübt hätten, dass er zur Begehung von Drogendelikten verleitet worden ist, die er sonst nicht begangen hätte.

55. Im Hinblick auf die in der Rechtsprechung des Gerichtshofs etablierten Kriterien zur Unterscheidung polizeilicher Tatprovokation von zulässigen verdeckten Ermittlungsmethoden (s. Abs. 49 bis 53) stellt der Gerichtshof fest, dass es zum Zeitpunkt, als die verdeckten Ermittler erstmals an den Bf im November 2007 herantraten, keinen objektiven Tatverdacht gab, er sei in den Drogenhandel verwickelt. Der Beschluss des AG Aachen vom 18.10.2007 genehmigte strafrechtliche Ermittlungen durch verdeckte Ermittler nur gegen S und fünf weitere Personen, nicht gegen den Bf. Gegen den Bf sind zu diesem Zeitpunkt keine Ermittlungen eingeleitet worden. Der Bf, der keine Vorstrafen hatte, wurde von den verdeckten Ermittlern nicht wegen des Verdachts auf irgendeine Verwicklung in den Drogenhandel angesprochen, sondern weil er ein guter Freund des Verdächtigen S war und daher als ein Mittel angesehen wurde, um Kontakte zu S herzustellen.

56. Zu dem Argument der Regierung, der Bf sei trotzdem für die Begehung von Straftaten prädisponiert gewesen, da er selbst die Möglichkeit erwähnte, Drogen zu liefern, zu liefernde Drogenmengen vorgeschlagen, sich selbst als Teil einer Gruppe mit S dargestellt habe und in der Lage gewesen sei, Drogengeschäfte über seine Kontakte zu S schnell einzuleiten, stellt der Gerichtshof Folgendes fest. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Bestimmung, ob es einen objektiven Verdacht dafür gab, dass die betreffende Person zur Begehung einer Straftat geneigt war, ist der Zeitpunkt, in dem die Person (erstmals) von der Polizei angesprochen worden ist (s. Rn 51). Als die verdeckten Ermittler ... damit begonnen haben, den Bf im November 2007 zu kontaktieren und zu treffen, waren die Ermittlungsbehörden ... nicht der Ansicht, der Bf sei zum Handel mit Betäubungsmitteln geneigt gewesen. Es ist daher unerheblich, dass die Genehmigung des AG Aachen, den Umfang der Ermittlungen auch auf den Bf auszudehnen (s. Rn 11), auf der Annahme einer solchen Neigung beruhte, umso weniger, als der Bf bereits zu diesem Zeitpunkt erklärt hatte, nicht an irgendwelchen Geschäften außer dem Betrieb seines Restaurants interessiert zu sein (s. Rn 10). Nach dem Vorbringen des Bf war diese wichtige Information noch nicht einmal von der StA an das AG Aachen mitgeteilt worden (s. Rn 39 oben). Unter diesen Umständen können die von der Regierung genannten Sachverhaltselemente nicht beweisen, dass die Schlussfolgerung tragfähig begründet war, der Bf sei geneigt gewesen, mit Drogen zu handeln.

57. Der Gerichtshof prüft ferner die Frage, ob der Bf durch die verdeckten Ermittler unter Druck gesetzt wurde, die Straftaten zu begehen, derentwegen er verurteilt wurde. Er stellt in diesem Zusammenhang fest, dass das LG unter Hinweis auf die von den Ermittlern über die gesamte verdeckte Ermittlungsmaßnahme erstellten Berichte und das Vorbringen des Bf festgestellt hat, dass die verdeckten Ermittler sorgfältig darauf geachtet hätten, nicht konkrete illegale Geschäftstransaktionen oder spezifische Arten oder Mengen von Drogen vorzuschlagen, bevor nicht ihre jeweiligen Gegenüber, der Bf oder S, den ersten Schritt gemacht hätten. In diesem Zusammenhang ist es, wie die Regierung betont, von Bedeutung, dass der Bf die Möglichkeit aufbrachte, den Verkauf von Drogen durch S zu arrangieren, wenn auch in einem Kontext, der von den verdeckten Ermittlern gründlich vorbereitet worden war und zum Verkauf von Drogen durch S führte.

58. Allerdings kommt der Gerichtshof nicht umhin festzustellen, dass der Bf am 1.2.2008, nachdem er von dem verdeckten Ermittler P angerufen worden war, diesem erklärte, er sei an der Teilnahme an einem Drogendeal nicht mehr interessiert. Dennoch kontaktierte der verdeckte Ermittler P den Bf am 8.2.2008 erneut und brachte ihn dazu, mit der Organisation des Verkaufs von Drogen durch S fortzufahren. Mit diesem Verhalten gegenüber dem Bf haben die Ermittlungsbehörden klar die passive Haltung verlassen und die Begehung der Straftaten durch den Bf veranlasst. In Anbetracht des ihnen vorliegenden Materials traten die Be-

hörden erneut an den Bf heran, um es zu ermöglichen, einen Drogenhandel aufzuziehen und eine Strafverfolgung einzuleiten, sowohl gegen den Bf ... als auch gegen S, mit dem die Behörden nur über den Bf kommunizieren konnten.

59. In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen ist festzustellen, dass die in Rede stehende verdeckte Maßnahme über die bloß passive Untersuchung der bereits bestehenden kriminellen Aktivitäten hinausging und sich zu einer polizeilichen Tatprovokation steigerte, wie sie in der Rechtsprechung des Gerichtshofs gemäß Art. 6 Abs. 1 der Konvention definiert ist. Die als Ergebnis der polizeilichen Tatprovokation erlangten Beweismittel wurden in den anschließenden Strafverfahren gegen den Bf verwertet.

2. *Ist die Opfereigenschaft des Beschwerdeführers entfallen?*

(a) Das Vorbringen der Parteien

(b) Würdigung durch den Gerichtshof

(i) *Die einschlägigen Grundsätze*

62. Der Gerichtshof weist erneut darauf hin, dass es zunächst den nationalen Behörden obliegt, Wiedergutmachung für jegliche Verletzung der Konvention zu leisten (siehe u.a. *Siliadin v. Frankreich*, Wiedergutmachung, Nr. 73316/01, § 61, EGMR 2005-VII, und *Scordino v. Italien* (Nr. 1) [GK], Nr. 36813/97, § 179, EGMR 2006-V). Eine Entscheidung oder Maßnahme zugunsten des Bf ist grundsätzlich nicht ausreichend, um ihm seinen Status als „Opfer“ im Sinne des Artikel 34 der Konvention zu entziehen, sofern nicht die nationalen Behörden, entweder ausdrücklich oder der Sache nach, dies eingeräumt haben und anschließend eine Wiedergutmachung für die Verletzung der Konvention geleistet haben (siehe u.a. *Eckle v. Deutschland*, 15.7.1982 § 66, Serie A Nr. 51; *Dalban v. Rumänien* [GC], Nr. 28114/95, § 44, EMRK 1999-VI; *Scordino* (Nr. 1), a.a.O., § 180; und *Gäffen v. Deutschland* [GK], Nr. 22978/05, § 115, EGMR 2010).

63. Die Frage einer Wiedergutmachung, die angemessen und ausreichend ist, um einen Verstoß gegen ein Konventionsrecht auf nationaler Ebene zu heilen, hat der Gerichtshof grundsätzlich von den Umständen des Einzelfalls abhängig gemacht, insbesondere von der Art der in Rede stehenden Konventionsverletzung (siehe *Gäffen*, a.a.O., § 116; vgl. auch *Scordino* (Nr. 1), a.a.O., § 186.).

64. In Fällen polizeilicher Tatprovokation unter Verstoß gegen Artikel 6 Abs. 1 der Konvention hat der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung wiederholt, dass das öffentliche Interesse an der Bekämpfung der schweren Verbrechen wie Drogenhandel nicht die Verwertung der als Ergebnis polizeilicher Tatprovokation erlangten Beweise rechtfertigen kann (s. die in Rn 47 zitierte Rspr). Damit das Verfahren fair i.S.v. Artikel 6 Abs. 1 der Konvention ist, müssen alle als Ergebnis der polizeilichen Tatprovokation erlangten Beweise ausgeschlossen werden oder es muss ein Verfahren mit ähnlichen Konsequenzen angewandt werden (siehe *Lagutin u.a. v. Russland*, Nr. 6228 / 9, 19123/09, 19678/07, 52340/08 und 7451/09, § 117, 24.4.2014 m.w.N.).

(ii) *Anwendung dieser Grundsätze auf die vorliegende Rechtssache*

65. Bei der Beurteilung, ob die innerstaatlichen Gerichte, entweder ausdrücklich oder der Sache nach, eine Verletzung von Artikel 6 Abs. 1 anerkannt haben, stellt der Gerichtshof fest, dass das LG Aachen, das den der verdeckten Ermittlungsmaßnahme zugrunde liegenden Sachverhalt im Detail dargelegt hat, in seinem Urteil gegen den Bf wegen unerlaubten Handel-treibens mit Betäubungsmittel feststellt, dass der Bf von einer staatlichen Behörde zur Begehung von Straftaten verleitet – aber nicht angestiftet – worden ist. ... Das LG betont insbesondere das Fehlen des Verdachts der Beteiligung am Drogenhandel gegen den Bf vor der verdeckten Ermittlungsmaßnahme gegen diesen sowie die Tatsache, dass die Behörden ungeachtet ihrer ansonsten zurückhaltenden Vorgehensweise wieder Kontakt mit dem Bf aufnahmen und seinen Argwohn und seine Angst zerstreuten, nachdem er auf jegliche Beteiligung an dem Drogengeschäft verzichtet hatte (s. Rn 16–18 oben).

66. Der Gerichtshof merkt jedoch an, dass – nach dem Vorbringen der Regierung – das LG nicht anerkannt hat, es habe eine unzulässige polizeiliche Tatprovokation nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs vorgelegen. Der Gerichtshof weist darauf hin, dass sich das LG nicht ausdrücklich auf Artikel 6 Abs. 1 der Konvention, auf entsprechende Rechte nach dem Grundgesetz oder auf die ständige Rechtsprechung des BGH zu unzulässiger polizeilicher Tatprovokation bezogen hat (siehe Rn 26–31), die mit der Begründung des LG im Einklang zu stehen scheint. Dennoch ist er der Auffassung, dass er im Hinblick auf das Folgende die Frage offen lassen kann, ob das LG durch seine vorstehenden Feststellungen eine Verletzung von Artikel 6 Abs. 1 der Sache nach angenommen hat.

67. Selbst wenn man eine Feststellung der Verletzung von Artikel 6 Abs. 1 der Konvention durch das LG annimmt, hat der Gerichtshof weiter festzustellen, ob dieses Gericht hinreichende Wiedergutmachung für die Verletzung der Konvention leistete. Er stellt fest, dass das LG ausdrücklich festgestellt hat, dass ein besonders gewichtiger Faktor für die Milderung der Strafe gewesen sei, dass der Bf durch eine staatliche Behörde zur Begehung von Straftaten verleitet worden ist.

68. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine erhebliche Milderung der Strafe als hinreichende Wiedergutmachungsleistung für einen Verstoß gegen Artikel 6 Abs. 1 betrachtet werden kann, stellt der Gerichtshof Folgendes fest. Nach der fest etablierten Rechtsprechung des Gerichtshofes erlaubt Artikel 6 Abs. 1 der Konvention nicht die Verwertung von Beweisen, die als Ergebnis polizeilicher Tatprovokation erlangt wurden. Damit das Verfahren nach dieser Bestimmung fair ist, müssen alle als Ergebnis der polizeilichen Tatprovokation erlangten Beweise ausgeschlossen werden oder ein Verfahren mit ähnlichen Konsequenzen gelten (s. Rn 47 und 64). In Anbetracht dieser Rechtsprechung ist festzustellen, dass jede Maßnahme, die nicht zum Ausschluss solcher Beweise vor Gericht oder zu ähnlichen Konsequenzen führt, ebenfalls als nicht ausreichend angesehen werden muss, eine

angemessene Wiedergutmachung für die Verletzung von Artikel 6 Abs. 1 herbeizuführen.

69. Der Gerichtshof stellt fest, dass im vorliegenden Fall die aus der polizeilichen Tatprovokation erlangten Beweise bei der Verhandlung des Bf verwertet und seine Verurteilung auf dieses Material gestützt wurde. Daneben ist der Gerichtshof, nicht zuletzt im Hinblick auf die Bedeutung des Materials für den Beweis der Schuld des Bf, nicht davon überzeugt, dass auch eine erhebliche Milderung der Strafe des Bf als ein Verfahren mit ähnlichen Folgen wie dem Ausschluss des beanstandeten Beweismittels angesehen werden kann. Daraus folgt, dass dem Bf keine hinreichende Wiedergutmachung für die Verletzung von Artikel 6 Abs. 1 gewährt worden ist.

70. Der Gerichtshof möchte hinzufügen, dass, obwohl es plausibel erscheint, dass die über den Bf verhängte Strafe wegen unerlaubten Handel-treibens mit Betäubungsmitteln als Folge der polizeilichen Tatprovokation deutlich gemildert wurde, die genaue Höhe der Milderung der Strafe im Urteil nicht niedergelegt wurde und damit nicht eindeutig messbar gewesen ist.

71. In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen kann der Bf weiterhin beanspruchen, Opfer einer Verletzung von Artikel 6 § 1 zu sein.

### 3. Ergebnis

72. Dementsprechend liegt eine Verletzung von Artikel 6 § 1 der Konvention vor.

*Mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. Reinhard Birkenstock, Köln  
Übersetzung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Ulrich Sommer, Köln*

*Anmerkung:* Der Gerichtshof in Straßburg intoniert den Totentanz für einen Zombie der deutschen Rechtsprechung, der sogenannten Strafzumessungslösung bei polizeilicher Tatprovokation. Die Entscheidung ist unmissverständlich: Wurde ein Angeklagter zu der Tat durch staatliche Stellen verleitet, ist das gegen ihn geführte Verfahren von Beginn an unfair. Eine Kompensation durch Milderung der Strafe ist nicht möglich. Vielmehr sind die derart gewonnenen polizeilichen Erkenntnisse aus dem gerichtlichen Verfahren vollständig auszuschließen.

Eine Anmerkung hierzu erscheint überflüssig, gäbe es nicht die gelegentliche Erfahrung, dass die Integration menschenrechtlicher Vorgaben in lieb gewonnene Denkmuster eine Überforderung deutscher Richter sein kann. Untote werden schon einmal mit dem respektlosen Hinweis revitalisiert, dass der EGMR keine Ahnung von den Besonderheiten in deutschen Gerichtssälen habe. Die Bestattung eines des Rechtsstaats unwürdigen Phänomens wird der deutschen Rechtsprechung angesichts jahrzehntelangen Schulterchlusses mit ungezügelter polizeilichen Verbrechensproduktionen nicht als zwangsläufige Folge erscheinen. Zur Erinnerung:

V-Männer sind ein Massen-Phänomen, ohne dass ihr Auftreten gesellschaftlich, moralisch und rechtlich abschließend erfasst ist. Die Idee, Polizisten zu Ermittlungszwecken als getarnte Agenten in das bürgerliche Leben einzuschleusen, ist der Vorstellungswelt der StPO von 1877 fremd. Ablehnend verfahren Rechtsprechung

und Literatur mit diesem Phänomen insbesondere, wenn die Idee der schlichten Aufklärung im kommunikativen Kontakt in die Aktivitäten eines „Lockspitzels“ mündeten.<sup>1</sup> Alle geheim agierenden Agenten tragen die hohe Potenz eigenen strafbaren Verhaltens mit sich. Überzeugendes Agieren in Verbrecherkreisen gelingt nur beim Mitmachen. Zurückhaltung erhöht die Gefahr der Enttarnung. Hemmschwellen sinken im Bewusstsein der Solidarität der Ermittlungsbehörden und der Chance auf Vertuschung. Polizeiliche Effektivität setzt hier oft menschliche Defizite beim Agenten im Sozialverhalten und der Empathie voraus. Ihm geht es nicht nur um optimale Entlohnung. Er muss über Raffinesse und Skrupellosigkeit verfügen, ein unfassbares Manipulationsvermögen besitzen, das zumeist durch eine suggestive bis hin zu histrionischen Persönlichkeit gefördert wird.<sup>2</sup> Der eigenen kriminalistischen Logik folgend befindet er sich getarnt in kriminellen Umfeld. Sein Einsatz nach der StPO dient der Aufklärung erfolgter Straftaten. Tatsächlich stöbert er eher selten Beweise für gemutmaßte vergangene Straftaten auf. Die eigene Wahrnehmung eines neuen kriminellen Geschehens ist sein faktisches Einsatzziel. Effektive Kontrolle dieser Wahrnehmung lässt sich durch ihn erreichen, wenn das Geschehen selbst animiert und gesteuert wird. Die Konsequenz verdeckter polizeilicher Arbeit liegt damit in der Provokation einer Straftat, der Observation des animierten Täters und dessen anschließender Überführung.

Die rechtliche Einordnung dieses Phänomens wurde in Deutschland durch das Bundesverfassungsgericht vorgegeben. Ohne dass es hierfür irgendwelche kriminologischen Untersuchungen gab, behaupteten drei Verfassungsrichter bar jeder ergänzenden Begründung, dass die Ermittlungsbehörden auf den Einsatz verdeckter Ermittler grundsätzlich angewiesen seien.<sup>3</sup> Der Kernsatz taugte zum selbstreferentiellen Begründungssystem. Die Strafsenate des BGH nahmen ohne eigene weitergehende Begründung die Prämisse auf. Polizeiliche Zeitschriften verbreiteten mit Verve die neue Wahrheit. Der Trend ist international, auch der EGMR mag nicht daran rütteln.

Menschenrechtlich mochte sich Straßburg nicht mit unerträglich erscheinenden Folgen für den provozierten und bespitzelten Bürger abfinden. Staatliche Stellen können nicht selbst eine Straftat produzieren, um anschließend den provozierten Täter zu bestrafen. Die Fairness eines Strafverfahrens im Sinne der Menschenrechtskonvention kann unwiderruflich durch inakzeptable Ermittlungsmethoden verletzt sein. Beispielhaft hatte der EGMR dies gerade für den Einsatz von Lockspitzeln beschrieben.<sup>4</sup> Konventionwidrig ist ein Verfahren, wenn vor Gericht Beweismittel präsentiert werden, die sich als Ergebnis einer polizeilichen Provokation darstellen. Das gesamte Verfahren ist unfair, jeder einzelne Tag einer Haft ungerechtfertigt, selbst wenn der agierende Beschuldigte nur über vermittelnde Dritte der polizeilichen Provokation folgt. Der Staat hat sich auch das Handeln Privater, die unter seiner Lenkung agieren, zurechnen zu lassen.<sup>5</sup>

In seiner grundlegenden Entscheidung *Teixeira de Castro* betonte der EGMR,<sup>6</sup> dass ein Verfahren von Anfang an („ab initio“) unfair sei, wenn die Struktur eines Strafprozesses darauf aus-

gelegt sei, einen zur Tat nicht entschlossenen Bürger zu einer Straftat zu provozieren und die Erkenntnisse zu dieser provozierten Tat durch den Provokateur anschließend selbst in der Rolle des Zeugen in die Hauptverhandlung einführen zu lassen.

Auch wenn der Gerichtshof keine konkreten prozessualen Konsequenzen für ein nationales Recht ziehen kann, verbleibt seit Jahrzehnten entsprechend der deutschen Dogmatik kaum ein anderer Weg, als das gesamte *Procedere* als menschenrechtswidrig zu bewerten und angesichts eines Verfahrenshindernisses einzustellen.<sup>7</sup> Als „Perversion staatlicher Macht“ untergräbt ein solches Vorgehen jede Legitimation staatlichen Handelns im Rahmen der Strafrechtspflege und lässt keinen Raum für eine Strafe des Provozierten.<sup>8</sup> Zum Teil wird in dieser Konstellation ein persönlicher Strafausschlussgrund angenommen.<sup>9</sup> Die Mehrheit der Literatur plädiert trotz des grundsätzlichen Verfahrensmangels (lediglich) für die Annahme eines Beweisverwertungsverbots.<sup>10</sup>

Der BGH hat sich demgegenüber in einer anderen Vorstellungswelt eingerichtet. Auch wenn der unbescholtene Bürger allein von der Polizei zu einer Straftat animiert wurde, halten es die deutschen Richter für angemessen, wenn der derart Verstrickte über seine Rolle in dem Gesamtgeschehen jahrelang im Gefängnis nachdenkt, allenfalls bedacht mit einem Schicksalsrabatt.

Deutsche Richter haben sich längst von der Idee einer Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs verabschiedet und sich für eine sogenannte „Strafzumessungslösung“ entschieden.<sup>11</sup> Die Auseinandersetzung mit dem Phänomen der staatlichen Pflege eines unfairen Vorgehens wird verdrängt und auf die Frage der Kompensation im Verfahren reduziert.<sup>12</sup> Unter Ausblendung der eigenen staatlichen Verantwortung für das verbrecherische Geschehen kann sich die Rechtsprechung nicht von der Vorstellung lösen, dass auch den animierten Täter ein

<sup>1</sup> RG ZStW 33 (1913), 694, das den Einsatz „entschieden mißbilligte“; für „eines Rechtsstaates unwürdig“ hielt dies OG Zürich DStRZ 1920, 121; die Bewertungen des Untergrundagenten in der Literatur reichten von „unmoralischem Charakter“ (Kohler, in: Annalen, 40, 1874, S. 64) bis zur Abqualifizierung seiner „verächtlichen, unwürdigen Manöver“ (Glaser, Kleinere Schriften 1868, S. 121).

<sup>2</sup> Eisenberg, GA 2014, 404 ff., 412.

<sup>3</sup> BVerfGE 57, 250.

<sup>4</sup> EGMR, *Teixeira de Castro ./. Portugal*, EuGRZ 1999, 660 = NStZ 1999, 47 m. Anm. Sommer = StV 1999, 127 m. Anm. Kempf; *Ramanauskas ./. Litauen*, HRRS 2008 Nr. 200; *Pyrgiotakis ./. Griechenland*, HRRS 2008, 292 ff. (Nr. 500).

<sup>5</sup> EGMR *Allan ./. UK*, StraFo 2003, 162; *Ramanauskas ./. Litauen*, NJW 2009, 3565.

<sup>6</sup> EGMR, *Teixeira de Castro ./. Portugal*, EuGRZ 1999, 660 = NStZ 1999.

<sup>7</sup> S. hierzu z.B. Conen, StRR 2009, 84; Sinner/Kreutzer, StV 2000, 114; Esser, in: LR, Art. 6 EMRK Rn 263; so auch anfänglich Überlegungen des BGH, s. NJW 1981, 1626; StV 1982, 221.

<sup>8</sup> Roxin, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, S. 222 ff.; Wolter, NStZ 1993, 1, 10; SK-StPO/Wolter, § 110c Rn 10; Gaede, HRRS 2008, 285.

<sup>9</sup> S. z.B. Stuckenberg in LR, § 206a Rn 85.

<sup>10</sup> S. z.B. Fischer/Maul, NStZ 1992, 7, 13; Kinzig, StV 1999, 292; Wolter, Festgabe BGH Bd. IV 2000, S. 980.

<sup>11</sup> BGHSt 45, 321; 47, 44; NStZ 2008, 39 f.

<sup>12</sup> *El-Ghazi/Zerbes*, HRRS 2014, 209 ff.

eigenes Verschulden trifft und dies grundsätzlich nicht sanktionslos hingenommen werden dürfe. Konstruiert wird in diesen Fällen daher ein eigener, schuldunabhängiger Strafmilderungsgrund der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation.

In der vorliegenden Entscheidung *Furcht ./. Deutschland* hatte der EGMR erstmalig Gelegenheit, sich unmittelbar mit der Frage auseinanderzusetzen, ob diese Strafzumessungslösung im Sinne der Konvention eine angemessene Kompensation darstellt. Diesem Ansatz hat der EGMR eine deutliche Absage erteilt. Steht die Verletzung der Konvention durch Tatprovokation fest, lässt sich eine Kompensation auch durch „erhebliche Strafmilderung“ nicht erreichen. Der Gerichtshof verlangt vielmehr eine strikte Beachtung der verfahrensrechtlichen Folgen der Provokation, nämlich den Ausschluss aller hierdurch erlangten Beweismittel. Unabhängig von rechtsethischen Fragen der Berechtigung staatlichen Strafens ist die Konsequenz der Freispruch des provozierten Angekl., wenn die restlichen Beweise zur Überführung nicht ausreichen.

Nahezu peinlich berührt musste der EGMR darauf hinweisen, dass die aufgezeigte Konsequenz seiner jahrelangen gefestigten Rechtsprechung entspricht. Dies dürfte auch vom BGH erkannt worden sein. Es wurde schlicht nicht akzeptiert. Der offene Konflikt ist jetzt formuliert.

Sollte der BGH tatsächlich konventionskonform die Totenglocke für die Strafzumessungslösung läuten, sind prozessuale Verschärfungen in deutschen Gerichtssälen vorprogrammiert. Die Polizei wird das unkontrollierte Feld der Bespitzelung nicht aufgeben. Die Provokation und damit die kriminaltaktische Funktionalisierung von Menschen wird die Tätigkeit von Strafverteidigern ebenso begleiten wie Richter, die von dessen juristischer Flankierung beseelt sind. Die richterliche Allzweckwaffe der freien Beweiswürdigung wird verstärkt eingesetzt, um das Ergebnis einer Tatprovokation zu negieren und so deren Konsequenzen zu umgehen. Verteidigung wird auf anderen Feldern kämpfen müssen, um beispielsweise zu belegen, dass der Mandant tatsächlich maßgeblich von Polizeibeamten zu seinem Tun verführt worden ist. Die Problematik der konfrontativen Befragung und die Konsequenzen ihres Scheiterns werden noch stärker in den Fokus der Strafverteidigung gegen V-Leute geraten.

*Rechtsanwalt Prof. Dr. Ulrich Sommer, Köln*

## Verfahrensrecht

### StPO § 103

**Der Durchsuchungsbeschluss gegen einen unverdächtigen Dritten muss nicht nur enthalten, warum Geschäftsunterlagen des Verdächtigen bei ihm zu finden sein sollen, sondern auch die gesuchten Gegenstände zweifelsfrei beschreiben (Red).**

LG Koblenz, Beschl. v. 27.10.2014 – 4 Qs 66/14

Der Beschuldigte ist Gesellschafter und Geschäftsführer der Firma N GmbH ... Im Rahmen einer Betriebsprüfung bei dieser Firma wurde unter anderem festgestellt, dass diese Firma ... einen Pkw ... leaste. Im Leasingvertrag wurde eine Laufleistung von 200.000 km festgelegt. Darauf basierend wurden die Leasingsonderzahlungen sowie die monatlichen Leasingraten festgelegt, welche sodann von der GmbH als Betriebsausgabe verbucht wurden. Nach Ablauf des Leasingvertrages wurde das Fahrzeug an den Leasinggeber zurückgegeben, der das Fahrzeug an den Vater des Beschuldigten, VN, ... veräußerte. Unterlagen zur Abrechnung im Rahmen der Leasingrücknahme wurden im Rahmen der Betriebsprüfung nicht vorgelegt. Aus einem in einem Zivilverfahren vorgelegten Sachverständigen-gutachten ergibt sich, dass das Fahrzeug ... einen Kilometerstand vom 21.527 km hatte.

Mit Vermerk vom 12.8.2014 leitete das FinA u.a. wegen dieses Sachverhalts ein Steuerstrafverfahren ... gegen den Beschuldigten ein. Auf Antrag des FinA Koblenz erließ das AG Koblenz am 18.8.2014 ... einen Durchsuchungsbeschluss bezüglich der Wohnräume des VN zur Auffindung von „Unterlagen jeglicher Art, die unmittelbare und mittelbare Beweisbedeutung im Sinne des Tatvorwurfs haben können, insbesondere Aufzeichnungen über betriebliche Einnahmen und Ausgaben nebst Belegen, Bankunterlagen, Schriftverkehr und alle sonstigen Belege, die Aufschluss über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Beschuldigten geben können“.

Der Betroffene legte ... Beschwerde gegen den Durchsuchungsbeschluss ein. ...

II. Die Beschwerde des Betroffenen ist gem. § 304 Abs. 1, Abs. 2 StPO zulässig. Dem steht nicht entgegen, dass die Durchsuchung durch den Antrag des Finanzamts, die Beschlagnahme der sichergestellten Gegenstände anzuordnen (§ 98 StPO), abgeschlossen ist (dazu BGH, Beschl. v. 3.8.1995 in NJW 1995, 3397). Denn die Notwendigkeit eines effektiven Rechtsschutzes gegen den Eingriff in das Grundrecht des Betroffenen aus Art. 13 Abs. 1 GG gebietet, dass auch nach Abschluss der Durchsuchung deren Rechtmäßigkeit mit dem grundsätzlich gegen diese Maßnahme gesetzlich vorgesehenen Rechtsmittel zur Überprüfung gestellt werden kann (BGH, Beschl. v. 13.10.1999 in NJW 2000, 85; Beschl. v. 21.11.2001 in NSTz 2002, 215). Sie ist auch begründet und führt zur Feststellung, dass der Beschluss gegen § 103 StPO verstößt. Die Voraussetzungen einer Durchsuchung bei anderen Personen gem. § 103 StPO waren zwar bei Beschlusserrlass grundsätzlich erfüllt, der Beschluss erfüllte aber die formellen Anforderungen an einen Durchsuchungsbeschluss nach § 103 StPO nicht.

Der Beschuldigte ist ... [der Steuerhinterziehung] ... verdächtig. ... Im Zeitpunkt der Durchsuchungsanordnung bestand ... Grund zu der Annahme, dass die N GmbH von der Leasinggesellschaft nach Rücknahme des geleasteten Pkw ... eine Wertersatzung erhalten hat, die sie nicht versteuert hat.

Gem. § 103 Abs. 1 StPO ist die Durchsuchung bei nicht tatverdächtigen Personen – abgesehen von anderen, hier nicht relevanten Zwecken – nur zulässig zur Beschlagnahme