

Abteilung I

Die Durchsuchung – eine prozessual „stille Veranstaltung“. Verfassungsrechtliche und strafprozessuale Grenzen bei Durchsuchungen¹

Heiko Ahlbrecht

Mit großer Freude und Dankbarkeit darf ich seit vielen Jahren den Forschungs- und Lehrbetrieb der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover mitgestalten. Verbunden mit den herzlichsten Glückwünschen zum 50-jährigen Bestehen greife ich mit den rechtlichen Grenzen der Kommunikation und der strafprozessualen Maßnahmen bei Durchsuchungen ein nach wie vor praxisrelevantes Thema auf, dem bereits meine Antrittsvorlesung gewidmet war. Der richterliche Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss erlaubt den Zutritt zu den zu durchsuchenden Räumlichkeiten und die Durchführung der Durchsuchung sowie etwaige Beschlagnahmen/Sicherstellungen. Die regelmäßig bei dieser Gelegenheit stattfindenden Befragungen sind hiervon strafprozessual nicht erfasst.

Die Durchsuchung ist eine stille Veranstaltung! Ansprachen, informativische Befragungen und Vernehmungen² am Durchsuchungsort sind ohne Einwilligung des Hausrechtsinhabers – mit Ausnahme der Feststellung der Personalien – unzulässig! Die Entscheidung über kommunikative Mithilfe liegt allein beim Hausrechtsinhaber und den individuell Betroffenen und sollte sehr gut überlegt werden. Diese grundsätzliche Ausgangslage wird von durchsuchenden Ermittlungsbehörden regelmäßig negiert und der Hinweis auf die Rechtslage gelegentlich regelrecht als Provokation empfunden. Die in diesem Kontext aufgeworfenen strittigen Detailfragen haben

-
- 1 Dieser Beitrag basiert wesentlich auf meiner Antrittsvorlesung vom 30.10.2015 an der Leibniz Universität Hannover und ist mit maßgeblicher Unterstützung von Herrn Assessor *Julian Stolz* finalisiert worden, dem ich für seine hervorragende Mitarbeit und Recherchetätigkeit ausdrücklich danke!
 - 2 Vernehmungen sind Befragungen in amtlicher Eigenschaft, bei denen entsprechend der Verfahrensrolle zu befehlen ist. Informativische Befragungen sind formlose Erkundigungen zur Klärung der Verdachtslage und zu möglichen Auskunftspersonen, vgl. *Kölbel/Ibold*, in: *Knauer/Kudlich/Schneider* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur StPO*, Bd. 2, 2. Aufl., München 2024, § 163a Rn. 7 ff.

dementsprechend eine hohe Praxisrelevanz und werden im Folgenden dargestellt.³

I. Einführung und Problemstellung

Durchsuchungen sind überraschend für Betroffene, seien es Beschuldigte oder Zeugen. Diesen Effekt nutzen Ermittler gerne zur Informationsgewinnung, indem sie spontan Auskunft von den vor Ort anwesenden Personen verlangen oder deren beiläufige Äußerungen für Ermittlungszwecke verwerten.⁴ Es fällt Betroffenen naturgemäß schwer, diese ungewohnte Situation schweigend über sich ergehen zu lassen. Denn die meisten Menschen sind ihrem Wesen nach auf Kommunikation ausgerichtet und fühlen sich unwohl, angespannte Stille auszuhalten.⁵ Neben vermeintlich unverfänglichen Gesprächen mit den Ermittlern lässt sich deshalb häufig auch ein Austausch der Betroffenen untereinander beobachten. Hinzu kommen Kontaktaufnahmen mit nicht anwesenden Dritten, wie z.B. Familienangehörigen oder dem Rechtsbeistand.⁶ Angesichts der Fülle von Kommunikationsvorgängen, auf die Ermittler am Durchsuchungsort live zugreifen können, rückt die Frage nach den verfassungsrechtlichen und strafprozessualen Grenzen dieser Art der verfahrensrelevanten Informationsgewinnung in den Fokus.⁷

3 Vgl. *Park*, Durchsuchung und Beschlagnahme, 5. Aufl., München 2022, § 2 Rn. 303: allgemeine Ratschläge seien nicht möglich; Bsp. „Home-Office“ für aktuelle Relevanz, vgl. *Wischmeyer*, in: Dreier (Begr.), Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 4. Aufl., Tübingen 2023, Art. 13 Rn. 23.

4 Die Äußerungen finden meist durch Aktenvermerke der Durchsuchungsbeamten Eingang in die Ermittlung: vgl. *Sterzinger*, Durchsuchung von Büro- und Kanzleiräumen durch die Steuerfahndung, NJOZ 2010, 1766; näher zu den Risiken auch: *Arnmann*, Vernehmung und Verhaftung anlässlich der Durchsuchung, StraFo 2021, 142.

5 Vgl. *Witting/Arnmann*, Kartellrecht, in: Volk/Beukelmann (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 3. Aufl., München 2020, § 25 Rn. 195; Ermittler nutzen diese Schwäche, indem sie keine Reaktion zeigen und so zu weiteren Auskünften animieren.

6 Vgl. zum Telefonat mit dem Verteidiger: *Burhoff* (Hrsg.), Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 9. Aufl., Bonn 2022, Rn. 2013 ff.

7 Grundsätzlich zur staatlichen Informationsbeschaffung durch Kommunikation: *Soiné*, Lügen, Leugnen, Täuschen – Zulässigkeit und Grenzen verbaler und nonverbaler Irreführung im Rechtsstaat, JA 2023, 503.

II. Verfassungsrechtliche und strafprozessuale Rahmenbedingungen

Entscheidend sind vielzählige rechtliche Rahmenbedingungen bei der Durchsuchung. Denn ob staatliche Informationsgewinnung durch Kommunikation am Durchsuchungsort ausnahmsweise zulässig ist oder rechtmäßig verweigert werden kann, lässt sich nicht isoliert, sondern nur bei genauerer Betrachtung der betroffenen Grundrechte, der Reichweite strafprozessualer Ermittlungsbefugnisse sowie der gesetzlichen Mitwirkungspflichten und -grenzen der anwesenden Personen beantworten.

1. Betroffene Grundrechte und strafprozessuale Ermittlungsbefugnisse

a) Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG)

Artikel 13 Abs. 1 GG als primär betroffenes Grundrecht formuliert klar und leicht verständlich: „*Die Wohnung ist unverletzlich.*“ Diese Grundrechtsverbürgung betont den hohen Stellenwert der Wohnung im Verfassungsgefüge, die dem Einzelnen im Hinblick auf die Menschenwürde und seiner freien Entfaltung der Persönlichkeit einen elementaren Lebensraum gewährleistet.⁸ Die Wohnung ist ein Bereich, den prinzipiell niemand anderes betreten und an dem niemand stören darf.⁹ Er ist eine Privatsphäre, ein persönlich-familiärer, eigener Herrschaftsbereich gegenüber dem Staat.¹⁰ Die Wohnung ist der Rückzugsort, an den man aus der Gesellschaft flüchten kann. Die Verfassungsnorm enthält darum im Ausgangspunkt ein Verbot für Organe der öffentlichen Gewalt, gegen den Willen des Wohnungsinhabers in die Wohnung einzudringen oder darin zu verweilen.¹¹

Zur „Wohnung“ gehören dabei alle Räume, die der allgemeinen Zugänglichkeit durch räumliche Abschottung entzogen und zur Stätte privaten Wirkens gemacht worden sind.¹² Da die effektive Gewährleistung der Berufsfreiheit auch den räumlichen Schutz der Arbeitsstätte erfordert, umfasst

8 BVerfG NJW 2001, 1121 (1122); BVerfG NJW 1993, 2035 (2037); BVerfGE 42, 212 (219).

9 BVerfG NJW 1993, 2035 (2037); *Papier*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 102. EL, München 2023, Art. 13 Rn. 1.

10 Vgl. BVerfGE 139, 245 (265) m.w.N.; vgl. auch *Kühne*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 9. Aufl., München 2021, Art. 13 Rn. 9.

11 BVerfG NJW 1993, 2035 (2037); BVerfG NJW 1987, 2499.

12 Vgl. BGH NJW 2013, 2687 (2688); *Jarass*, in: ders./Pieroth (Begr.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, 17. Aufl., München 2022, Art. 13 Rn. 4.

Art. 13 Abs. 1 GG nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG auch (nicht allgemein zugängliche) Arbeits-, Dienst-, Betriebs- und Geschäftsräume.¹³ Diese dienen zwar wirtschaftlichen und sozialen Kontakten, sodass sie teils aus der privaten Intimsphäre entlassen worden sind, doch hebt dies den Privatcharakter nicht auf, sondern vermindert lediglich die Schutzwirkung des Art. 13 Abs. 1 GG.¹⁴ Die Berufsausübung am Arbeitsplatz ist Teil der Persönlichkeitsentfaltung und soll grundsätzlich ebenfalls von Störungen verschont bleiben. Dementsprechend hat das BVerfG die Anwendbarkeit des Grundrechts auf juristische Personen und Personenvereinigungen gemäß Art. 19 Abs. 3 GG anerkannt.¹⁵ Nutzen Ermittlungsbehörden diesen geschützten Rückzugsort für informatorische Befragungen oder Vernehmungen, wird in den Schutzbereich von Art. 13 Abs. 1 GG eingegriffen.¹⁶ Das Vorgehen bedarf dann nach allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen einer Rechtfertigung.

Eingriffe in diese geschützte Sphäre lässt das Grundgesetz zu Durchsuchungszwecken unter den Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 2 GG zu. Es fordert die Anordnung durch einen Richter, der aufgrund seiner Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG) die Rechte des Betroffenen im Einzelfall am besten und sichersten gewährleisten kann.¹⁷ Die Durchsuchung unterliegt zudem einem (qualifizierten) Gesetzesvorbehalt, sodass Exekutive und Judikative – ohne Einwilligung des Wohnungsinhabers – eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für ihr Handeln benötigen.¹⁸ Das BVerfG versteht Durchsuchung dabei als ziel- und zweckgerichtetes Suchen staatlicher Organe nach Personen oder Sachen zur Ermittlung eines Sachverhaltes, um etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will.¹⁹ Strafprozessuale Durchsuchungen sind auf

13 BVerfG NJW 1971, 2299 (2299 f.); BVerfG NJW 2009, 281; für Art. 8 EMRK: EGMR NJW 1993, 718 (719).

14 BVerfG NJW 1971, 2299 (2300 f.); BVerfGE 97, 228 (266); *Kluckert*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 57. Ed., München 2024, Art. 13 Rn. 3.

15 BVerfG NJW 1976, 1735; BVerfGE 76, 83 (88); *Kluckert* (Fn. 14), Art. 13 Rn. 5.

16 So wohl auch *Wismeyer* (Fn. 3), Art. 13 Rn. 41, wonach Art. 13 GG das Zugangsbestimmungsrecht über die Wohnung in physischer und informationeller Hinsicht schützt.

17 BVerfG NSTZ 1992, 91 (92); BVerfG NJW 2001, 1121 (1122); BVerfG NJW 2019, 1428 (1429).

18 Zum Gesetzesvorbehalt des Art. 13 Abs. 2 GG vgl. nur *Wismeyer* (Fn. 3), Art. 13 Rn. 57.

19 BVerfG NJW 1979, 1539; BVerfG NJW 1987, 2499; auch BGH wistra 2007, 28; BVerwG NJW 2005, 454 (455).

den Zweck, Beweismittel oder den Beschuldigten zu finden, begrenzt.²⁰ Der Richter muss im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren sicherstellen, dass jeder Grundrechtseingriff messbar und kontrollierbar bleibt.²¹

Für die Strafverfolgung bilden §§ 102, 103 StPO die beschriebenen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen.²² Beim Tatverdächtigen (§ 102 StPO) kann die Wohnung sowohl zum Zwecke der Ergreifung des Verdächtigen als auch dann durchsucht werden, wenn zu vermuten ist, dass die Durchsuchung zur Auffindung von Beweismitteln führen werde. Voraussetzung ist immer ein Anfangsverdacht gegen den Verdächtigen.²³ Dieser liegt vor, wenn es nach kriminalistischer Erfahrung *möglich* erscheint, dass eine verfolgbare Straftat begangen worden ist.²⁴ Bei anderen Personen (§ 103 StPO), z.B. Zeugen oder juristischen Personen, kann eine Durchsuchung nur stattfinden, wenn *erwiesene* Tatsachen dafür sprechen, dass sich Beweismaterial im Durchsuchungsobjekt befindet.²⁵ Ein bloßer Tatverdacht reicht nicht aus. Vielmehr bedarf es Indizien, aus denen zu schließen ist, dass sich die gesuchte Person, Spur oder Sache in den zu durchsuchenden Räumen befindet.²⁶ Wie §§ 105 Abs. 2, 106, 107 StPO und ein Umkehrschluss zu §§ 110a ff. StPO zeigen, ist die Durchsuchung eine offene Ermittlungsmaßnahme.²⁷ Ermittler haben deshalb kein Recht darauf, die Durchsuchung heimlich oder in Abwesenheit der Betroffenen durchzuführen.²⁸

Gleichzeitig lässt sich §§ 102, 103 StPO aber nicht entnehmen, dass die Ermittlungsbehörden (quasi „im Gegenzug“) zu Vernehmungen und Befra-

20 Vgl. *Wischmeyer* (Fn. 3), Art. 13 Rn. 54; *Hegmann*, in: Graf (Hrsg.), BeckOK StPO, 51. Ed., München 2024, § 102 Rn. 3.

21 BVerfG NJW 1976, 1735; BVerfG NStZ 1992, 91 (92); BVerfG NJW 2001, 1121 (1122); BVerfG NJW 2003, 2669.

22 Zuletzt BVerfG NJW 2024, 575 (576).

23 BVerfG NStZ-RR 2023, 216 (217); BGH NStZ 2022, 692; *Hauschild*, in: Knauer et al. (Hrsg.), MüKo StPO (Fn. 2), Bd. 1, 2023, § 102 Rn. 8.

24 *Peters*, in: Schneider (Hrsg.), MüKo-StPO (Fn. 2), § 152 Rn. 35 m.w.N.

25 *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 66. Aufl., München 2023, § 103 Rn. 6.

26 BVerfG NJW 2016, 1645; BGH BeckRS 2021, 3096; *Henrichs/Weingast*, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Aufl., München 2023, § 103 Rn. 5.

27 BVerfG, NJW 2006, 976 (981); *Herrmann/Soiné*, Durchsuchung persönlicher Datenspeicher und Grundrechtsschutz, NJW 2011, 2922 (2923); *Heuchemer*, Hausdurchsuchung und Beschlagnahme und die Wirksamkeit von Rechtsbehelfen im Wirtschaftsstrafrecht, NZWiSt 2012, 137.

28 *Herrmann/Soiné* (Fn. 27), NJW 2011, 2923; *Heuchemer* (Fn. 27), NZWiSt 2012, 138; *Püschel*, Prävention und praktische Verhaltensregeln, PStR 2006, 89 (93).

gungen der Anwesenden befugt sind.²⁹ Ein Rückgriff auf diese Vorschriften (sowie die legitimierende richterliche Durchsuchungsanordnung) zur Rechtfertigung dieser Art von Eingriff in Art. 13 GG überzeugt aufgrund der unterschiedlichen Zwecke von Durchsuchung und Befragung/Vernehmung nicht.³⁰ Die Ermittlungsgeneralklauseln der §§ 161, 163 StPO scheiden als Rechtsgrundlage ebenfalls aus,³¹ weil damit nur geringfügige Grundrechtseingriffe gerechtfertigt werden können.³² Das Eindringen in die räumliche Privatsphäre durch Befragungen vor Ort hätte aufgrund des Schutzgehalts des Art. 13 GG indes einer eigenen Regelung bedurft. Fehlt eine solche, darf dieser Umstand nicht durch Rückgriff auf die Generalklausel unterlaufen werden.³³ Die strafprozessualen Befugnisse aus §§ 102, 103 StPO erlauben demnach keine Informationsgewinnung mittels Kommunikation durch die Durchsuchungsbeamten.

b) Telekommunikationsgeheimnis (Art. 10 GG) und allg.
Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)

Neben der Unverletzlichkeit der Wohnung können auch das Telekommunikationsgeheimnis und die allgemeine Handlungsfreiheit der Anwesenden betroffen sein.³⁴ Art. 10 Abs. 1 GG statuiert wortgleich zu Art. 13 Abs. 1 GG, dass das Telekommunikationsgeheimnis „unverletzlich“ ist. Das Grundrecht schützt die Vertraulichkeit der individuellen Kommunikation.³⁵ Geschützt sind die Kommunikationsteilnehmer dabei unabhängig von Ausdrucksform (Sprache, Bilder, ...) und Übermittlungsart der konkret

29 Wie hier wohl *Witting/Arnemann*, Kartellrecht (Fn. 5), Rn. 195, wonach eine Einvernahme des Betroffenen vor Ort nicht in Betracht komme, weil diese nicht vom Beschluss erfasst sei.

30 Im Ergebnis übereinstimmend: v. *Döllen*, Ermittlungen gegen Unternehmen – Verteidigungsstrategien, in: Momsen/Grützner (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht – Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis, 2. Aufl., München 2020, § 12 Rn. 22; ähnlich *Sterzinger* (Fn. 4), NJOZ 2010, 1766, wonach die Vernehmung nicht Teil der Durchsuchung sei.

31 Vgl. v. *Döllen*, Verteidigungsstrategien (Fn. 30), Rn. 20.

32 BGH NSTZ 2007, 279 (281); *Kölbel/Ibold* (Fn. 2), § 161 Rn. 7.

33 Zur Sperrwirkung bei Ermittlungsgeneralklauseln: *Kölbel/Ibold* (Fn. 2), § 161 Rn. 8 f.

34 Der Begriff des Telekommunikationsgeheimnisses wird bspw. verwendet von BVerfG NJW 2020, 2235 (2238).

35 BVerfG NJW 2020, 2235 (2237); Überblick bei *Bantlin*, Grundrechtsschutz bei Telekommunikationsüberwachung und Online-Durchsuchung, JuS 2019, 669.

gewählten Telekommunikationstechnik.³⁶ Auch neuere Techniken wie z.B. E-Mails, Messenger-Dienste und Chats unterfallen dem Schutzbereich.³⁷ Umstritten ist dagegen, ob auch die Möglichkeit (d.h. der Zugang) zu vertraulicher Kommunikation vom Grundrechtsschutz des Art. 10 GG erfasst wird.³⁸ Die herrschende Meinung verneint dies, sieht insoweit aber den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG (und ggf. Art. 12 Abs. 1 GG) eröffnet, so dass keine spürbaren Schutzlücken bestünden.³⁹ Auch juristische Personen und Personenvereinigungen können sich auf Art. 10 Abs. 1 GG berufen.⁴⁰

In den Schutzbereich beider Grundrechte kann bei einer Durchsuchung auf vielfältige Weise eingegriffen werden. Die größte praktische Relevanz dürften Fälle haben, in denen Ermittler die Kommunikation der Betroffenen mit Dritten unterbinden. Dabei steht dem berechtigten Kommunikationswunsch der Betroffenen die Gefahr gegenüber, dass unbeschränkte Kommunikation zur Warnung anderer Tatbeteiligter oder zur Verdunklung missbraucht wird.⁴¹ Gleichzeitig kann es für die Ermittler aber auch von Interesse sein, Gesprächsinhalte mit an- und abwesenden Personen in Erfahrung zu bringen. Gem. Art. 10 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG müssen die Durchsuchungsbeamten etwaige Eingriffe in die genannten Grundrechte ebenfalls auf eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage stützen können. Die §§ 102, 103 StPO scheiden insoweit aus, denn die persönliche Handlungsfreiheit (und konsequenterweise auch das Telekommunikationsgeheimnis) wird durch den Durchsuchungsbeschluss nicht eingeschränkt.⁴² Oder anders formuliert: Die Betroffenen dürfen sich trotz Durchsuchung grundsätzlich frei bewegen und Kontakt mit anderen aufnehmen.

Eine Grenze ergibt sich insoweit indes aus § 164 StPO (Festnahme von Störern). Die Vorschrift kommt als Grundlage für die Unterbindung von Kommunikation (sog. Telefonsperre) bei Störungen grundsätzlich als mil-

36 BVerfGE 124, 42 (54).

37 Ogorek, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz (Fn. 14), Art. 10 Rn. 37.

38 Vgl. zum Streitstand: Ogorek (Fn. 37), Art. 10 Rn. 55 m.w.N.

39 Vgl. hierzu Ogorek (Fn. 37), Art. 10 Rn. 55.

40 BVerfGE 106, 28 (43); gleiches muss auch für den Zugang nach Art. 2 Abs. 1 GG gelten.

41 Park, Durchsuchung (Fn. 3), § 2 Rn. 220.

42 Kusnik, Wenn die Staatsanwaltschaft im Unternehmen ermittelt: Abläufe und Verhaltensleitlinien bei einer Durchsuchung der Geschäftsräume, CCZ 2015, 22 (25); Burhoff (Hrsg.), Hdb. Ermittlungsverfahren (Fn. 6), Rn. 2014; a.A. wohl OLG Karlsruhe StraFo 1997, 13 (15), wonach der Durchsuchungsbeschluss auch zu derartigen Maßnahmen berechtige.

dere Maßnahme gegenüber der dort geregelten Festnahme in Betracht.⁴³ Allerdings liegt die tatbestandlich vorausgesetzte Störung nicht bei jeglicher Kommunikation, sondern nur bei Verdunklungshandlungen vor.⁴⁴ Eine generelle Telefonsperre dürfte sich damit kaum rechtfertigen lassen.⁴⁵ Der Kontakt des Beschuldigten zum eigenen Rechtsanwalt darf zudem nie unterbunden werden.⁴⁶ Der unbeschränkte Zugang zum Verteidiger folgt bereits aus §§ 137 Abs. 1 S. 1 StPO, 148 StPO.⁴⁷ Um Missbrauch zu vermeiden, dürfen die Durchsuchungsbeamten zwar sicherstellen, dass tatsächlich nur der gewünschte Gesprächspartner kontaktiert wird; das Mithören des Gesprächsinhalts ist aber ausgeschlossen.⁴⁸ Gleiches gilt im Ausgangspunkt auch für die Kontaktaufnahme des Unverdächtigen mit seinem Rechtsanwalt.⁴⁹ Soweit beim Nicht-Beschuldigten zum Teil vertreten wird, dass ein Mithören des Telekommunikationsvorgangs hier möglich sei,⁵⁰ ist dies im Grundsatz unzutreffend, weil die geschützte Kommunikation ebenfalls Verfassungsrang hat und die Voraussetzungen des § 164 StPO nicht vorschnell bejaht werden dürfen,⁵¹ sodass ein Mithören nur bei konkreten Anhaltspunkten einer (bevorstehenden) Störung erfolgen darf. Diese Maßstäbe sind auch auf Kommunikation mit anderen (bspw. Angehörigen) zu übertragen.

43 *Park*, Durchsuchung (Fn. 3), § 2 Rn. 222.

44 *Rengier*, Praktische Fragen bei Durchsuchungen, insbesondere in Wirtschaftsstrafsachen, NStZ 1981, 372 (375); Telefonieren ist i.d.R. keine Störung, vgl. *Burhoff* (Hrsg.), Hdb. Ermittlungsverfahren (Fn. 6), Rn. 1752; *Rettenmaier*, Verteidigung in Wirtschaftsstrafsachen, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt (Hrsg.), Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Aufl., München 2020, Kap. 31 Rn. 110.

45 Vgl. *Rettenmaier*, Wirtschaftsstrafsachen (Fn. 44), Rn. 110; unter Hinweis auf die Notwendigkeit, den Geschäftsbetrieb aufrechtzuerhalten, vgl. weiter *Michalke*, Wenn der Staatsanwalt klingelt – Verhalten bei Durchsuchung und Beschlagnahme, NJW 2008, 1490 (1492).

46 Vgl. *Park*, Durchsuchung (Fn. 3), § 2 Rn. 291; für eine Ausnahme bei Verdacht der Tatbeteiligung des Anwalts: *Webel*, in: Joecks/Jäger/Randt, Steuerstrafrecht – Kommentar, 9. Aufl., München 2023, § 399 AO Rn. 71.

47 *Park*, Durchsuchung (Fn. 3), § 2 Rn. 221.

48 *Park*, Durchsuchung (Fn. 3), § 2 Rn. 221.

49 Vgl. *Tsambikakis*, in: Becker et al. (Hrsg.), Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz – Großkommentar, Bd. 3, Teilbd. 1, 27. Aufl., Berlin/Boston 2019, § 105 Rn. 127 für Betroffene nach § 103 StPO.

50 OLG Karlsruhe StraFo 1997, 13 (15); *Park*, Durchsuchung (Fn. 3), § 2 Rn. 222 f.

51 Kritisch bspw. zu § 164 StPO als Rechtsgrundlage für Kontaktsperren zur Sicherung hypothetischer Anschlussdurchsuchungen, *El Duwaik*, in: Graf (Hrsg.), BeckOK StPO (Fn. 20), § 164 Rn. 5.

Für die Kommunikation unter Anwesenden ergibt sich ein noch differenzierteres Bild. Zwar ist ein Kommunikationsverbot überzeugenderweise ebenfalls an den Voraussetzungen des § 164 StPO zu messen.⁵² Ein Mit-hören der Gespräche unter Anwesenden durch die Ermittler ist dagegen schon faktisch kaum zu verhindern. Denn es wird unmöglich sein, deren Durchsuchung auf eine visuelle und nicht auditive Wahrnehmung der durchsuchten Räumlichkeiten zu begrenzen. Entscheidender ist deshalb, dass die Betroffenen nicht kommunizieren müssen und sollten⁵³ und damit die Möglichkeit der Informationsgewinnung selbst in der Hand haben. Hier können Schulungen und Weisungen des Arbeitgebers ansetzen.

2. Keine Mitwirkungspflichten der von der Durchsuchung Betroffenen

Ungeachtet strafprozessualer Ermittlungsbefugnisse sind Vernehmungen und Befragungen vor Ort nicht gerechtfertigt, da sie nicht auf (verfassungskonforme) Mitwirkungspflichten der Betroffenen gestützt werden können.

a) Pflicht zur Angabe von Personalien

Nach einhelliger Auffassung besteht eine Pflicht von Beschuldigten und Zeugen zur Angabe ihrer Personalien gegenüber den Durchsuchungsbeamten, da sie als potentielle Beweismittel in Betracht kommen und die Verweigerung bußgeldbewehrt ist (§ 111 OWiG).⁵⁴ Allerdings setzt § 111 OWiG einen Auskunftsanspruch begrifflich voraus und verpflichtet nicht selbst zur Auskunftserteilung.⁵⁵ Bedenkt man den Stellenwert des Art. 13 Abs. 1 GG als verfassungsrechtliche Garantie eines privaten Zufluchtsorts, lässt sich an einer Auskunftspflicht innerhalb der „eigenen vier Wände“ durchaus zweifeln. Eine solche Konstellation war – soweit ersichtlich – noch nicht Gegenstand verfassungsrechtlicher Entscheidungen. Obgleich

52 Großzügiger insoweit *Park*, Durchsuchung (Fn. 3), § 2 Rn. 222; *Rengier* (Fn. 44), NStZ 1981, 375 in Bezug auf kurzzeitige Telefonsperre bspw. des Pförtners, um eine Warnung der Geschäftsleitung über das Eintreffen der Durchsuchungsbeamten zu unterbinden.

53 Zu informatorischen Gesprächen mit Ermittlern: *Burhoff* (Hrsg.), Hdb. Ermittlungsverfahren (Fn. 6), Rn. 1846.

54 *Kusnik* (Fn. 42), CCZ 2015, 27.

55 *Gerhold*, in: Graf (Hrsg.), BeckOK OWiG, 41. Ed., München 2024, § 111 Rn. 1; *Rogall*, in: Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum OWiG, 5. Aufl., München 2018, § 111 Rn. 3 f.

unter dogmatischen Gesichtspunkten spannend, dürften die praktischen Auswirkungen gering sein. Denn die Behörden könnten beim späteren Verlassen der Räumlichkeiten oder mittels Auskunftsverlangen bspw. bei Meldebehörden die Personalien feststellen. Die Verweigerung führt deshalb allein zu einer zeitlichen Verzögerung ohne erkennbare Vorteile für die Betroffenen und soll deshalb nicht weiter vertieft werden. Kommunikation über die eigenen Personalien sollte daher nicht verweigert werden.

b) Aussage- und Zeugenpflichten der Anwesenden

aa) Beschuldigter

Auf informatorische Befragungen muss der Beschuldigte nicht reagieren.⁵⁶ Aber auch wenn die Durchsuchungsbeamten an Ort und Stelle die Vernehmung des Beschuldigten anordnen, steht ihm in der Sache ein vollumfängliches Aussageverweigerungsrecht zu.⁵⁷ Das Recht zu schweigen und sich nicht selbst zu belasten ist ein fundamentales Menschenrecht (Art. 6 Abs. 2 EMRK), über das der Beschuldigte bzw. der tatverdächtige Zeuge (vgl. § 55 StPO) zu belehren ist (§ 136 Abs. 1 S. 2 StPO).⁵⁸ Er muss danach weder aussagen, noch darf er zur Kooperation gezwungen werden.⁵⁹ Dieses Recht gilt gegenüber jeder staatlichen Person und ist umfassend – der Beschuldigte hat keine Pflicht zur aktiven Mitwirkung,⁶⁰ sondern allein zur passiven Duldung.⁶¹ Grundsätzlich besteht nicht einmal eine Präsenzpflicht. Die

56 Vgl. *Burhoff* (Hrsg.), Hdb. Ermittlungsverfahren (Fn. 6), Rn. 1846; *Rettenmaier*, Wirtschaftsstrafsachen (Fn. 44), Rn. 110.

57 Vgl. *Park*, Durchsuchung (Fn. 3), § 2 Rn. 171; vgl. BVerfG NJW 1981, 1431 ff.

58 Umfassend *Schmitt*, in: *Meyer-Goßner/ders.*, StPO (Fn. 25), Einl. Rn. 29a.

59 BGH StV 1986, 325 (326); *Rengier* (Fn. 44), NStZ 1981, 376; vgl. auch *Kusnik* (Fn. 42), CCZ 2015, 27.

60 Vgl. BVerfG NJW 1981, 1431 (1431 f.); BVerfG NJW 2005, 1640 (1641 f.); *Köhler* (Fn. 25), § 95 Rn. 5; *Kusnik* (Fn. 42), CCZ 2015, 25; *Püschel* (Fn. 28), PStR 2006, 93; bzgl. der Herausgabe des E-Mail-Passworts: *Zimmermann*, Der strafprozessuale Zugriff auf E-Mails, JA 2014, 321 (322); *Kasiske*, Neues zur Beschlagnahme von E-Mails beim Provider, StraFo 2010, 228 ff.; *Obenhaus*, Cloud Computing als neue Herausforderung für Strafverfolgungsbehörden und Rechtsanwaltschaft, NJW 2010, 651 (652).

61 Vgl. BVerfG NJW 1981, 1431; BVerfG NJW 1966, 1603 (1612); ausdrücklich für den Beschuldigten *Rengier* (Fn. 44), NStZ 1981, 376; *Sommermeier*, Neuralgische Aspekte der Betroffenenrechte und ihres Rechtsschutzes bei strafprozessualen Hausdurchsuchungen, NStZ 1991, 257 (259).

Verweigerung jeder Art der Kommunikation (mit Ausnahme der Angabe der Personalien) ist für Beschuldigte und tatverdächtige Zeugen dementsprechend zulässig.

bb) Zeugen

Etwas differenzierter sind die Mitwirkungspflichten von unverdächtigen Personen zu betrachten, die im durchsuchten Objekt mehr oder weniger zufällig angetroffen werden (z.B. Unternehmensangestellte). Generell obliegt Zeugen die staatsbürgerliche Pflicht aus Art. 33 Abs. 1 GG, vor Gericht oder der Staatsanwaltschaft zu erscheinen, wahrheitsgemäße Angaben zu machen und die Aussage ggf. zu beeden.⁶² Gegenüber Polizei (Ausnahme: § 163 Abs. 3 S. 1 StPO), Zoll und Steuerfahndung müssen Zeugen zur Sache auch bei förmlicher Vernehmung indes keine Auskünfte erteilen. Die Aussagepflicht ist auf den Richter (§ 48 Abs. 1 Satz 2 StPO), die Staatsanwaltschaft (§ 161a Abs. 1 Satz 1 StPO), Ermittlungspersonen im Auftrag der Staatsanwaltschaft (§ 163 Abs. 3 Satz 1 StPO) und die Bußgeld- und Strafsachenstelle (BuStra, § 46 Abs. 2 OWiG, § 399 Abs. 1 AO) beschränkt.⁶³ Steht dem Zeugen ein Zeugnisverweigerungsrecht nach §§ 52 ff. StPO oder ein Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO zu, kann er auch den Letztgenannten gegenüber die Aussage verweigern. Besteht kein derartiges Recht, muss im Ergebnis zur Sache ausgesagt werden.

Es besteht aber keine Aussagepflicht gerade am Durchsuchungsort. Die Rechtsprechung hat diese konkrete Konstellation bisher nicht entschieden. Teile der Literatur – genauer: Richter und Ermittlungsbeamte – bejahen dies unter Annahme einer „Annexkompetenz“ zur Durchsuchungsbefugnis.⁶⁴ Demnach soll die Anordnung einer Durchsuchung solche Vorbe-

62 BVerfG NJW 1979, 32; BVerfG NJW 2002, 955; *Schmitt* (Fn. 58), Vor § 48 Rn. 5; *Bär*, EDV-Beweissicherung, in: Wabnitz et al. (Hrsg.), WirtschaftsStrafR-HdB (Fn. 44), Kap. 28 Rn. 62.

63 Vgl. hierzu v. *Döllen*, Verteidigungsstrategien (Fn. 30), Rn. 21.

64 *Hadamitzky*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 5. Aufl., Hürth 2023, § 105 Rn. 34; *Bär*, Handbuch zur EDV-Beweissicherung, Stuttgart u.a. 2007, Rn. 445; für die besonders praxisrelevante Durchsuchung von EDV-Anlagen: *Köhler* (Fn. 25), § 95 Rn. 3a; *Gercke*, in: ders./Temming/Zöller (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl., Heidelberg 2023, § 94 Rn. 20; *Bär*, EDV-Beweissicherung (Fn. 62), Rn. 38, 63 ff.; *Greven*, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), KK-StPO (Fn. 26), § 94 Rn. 4c; wohl auch LG Trier, NJW 2004, 869 (870).

reitungs- und Begleitmaßnahmen umfassen, die mit der Durchsuchung typischerweise verbunden sind oder nur geringfügig in den Rechtskreis des Betroffenen eingreifen und dem Betroffenen im Hinblick auf den hohen Rang des staatlichen Strafanspruchs zugemutet werden können.⁶⁵ Verschiedene Literaturstimmen argumentieren ergänzend, dass die Ladung der Staatsanwaltschaft (wie im Übrigen auch die des Richters) form- und anders als im Zivilverfahren auch fristlos möglich sei und folglich ad hoc und mündlich ausgesprochen werden könne.⁶⁶ Der Zeuge sei über sein Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO ausreichend geschützt und bedürfe deshalb keiner Vorbereitungszeit auf die Vernehmung.⁶⁷ Zudem befänden sich unverdächtige Zeugen im Regelfall nicht in einer besonders schützenswerten Lage, die eine vorherige Überlegungsfrist als rechtsstaatlich geboten erscheinen ließe.⁶⁸ Eine sofortige Ladung soll deshalb dann möglich sein, wenn der Zeuge keiner Vorbereitung bedarf, was bei Durchsuchungen häufig der Fall sein dürfte,⁶⁹ weil er beispielsweise keine Schriftstücke o.ä. beschaffen muss.

Diese Argumentation überzeugt nicht. Der Zweck der Durchsuchung liegt einzig und allein in der Ergreifung des Beschuldigten und dem Auffinden von Beweismitteln, nicht in der Vernehmung potenzieller Zeugen oder Beschuldigter.⁷⁰ Solche Maßnahmen außerhalb der Durchsuchungszwecke sind nicht Gegenstand der richterlichen Prüfung und folglich vom Durchsuchungsbeschluss auch nicht gedeckt.⁷¹ Dass die StPO insofern kein

65 BGH NJW 1997, 2189 (bezogen auf § 100c Abs. 1 Nr. 2 StPO); vgl. auch LG Freiburg NJW 1996, 3021 (3022); *Tsambikakis* (Fn. 49), § 105 Rn. 124; *Jäger/Wohlers*, in: Wolter (Hrsg.), SK-StPO – Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 6. Aufl., Köln 2023, § 105 Rn. 63 m.w.N. (und unter der Einschränkung, dass beide Kriterien kumulativ vorliegen müssen).

66 *Kusnik* (Fn. 42), CCZ 2015, 27; *Rengier* (Fn. 44), NStZ 1981, 376; *Bär*, EDV-Beweissicherung (Fn. 62), Rn. 65; *Weingarten*, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), KK-StPO (Fn. 26), § 161a Rn. 8.

67 *Rengier* (Fn. 44), NStZ 1981, 376; im Ergebnis wohl auch *Schmitt* (Fn. 58), § 48 Rn. 1a, § 51 Rn. 2; **a.A.** wohl zu § 48 StPO: *Ignor/Bertheau*, in: Becker et al. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg StPO (Fn. 49), Bd. 2, § 48 Rn. 12; *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), SK-StPO – Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 5. Aufl., Köln 2018, § 48 Rn. 36; *Arneemann* (Fn. 4), StraFo 2021, 143 f.

68 *Rengier* (Fn. 44), NStZ 1981, 376.

69 So wohl *Rogall* (Fn. 67), § 48 Rn. 25, 36; *Bader*, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), KK-StPO (Fn. 26), § 48 Rn. 6.

70 *Jäger/Wohlers* (Fn. 65), § 102 Rn. 17; in § 102 StPO genannte Zwecke sind abschließend.

71 Vgl. zur Reichweite der Prüfungscompetenz: *Tsambikakis* (Fn. 49), § 105 Rn. 40.

ausdrückliches Verbot enthält, kann nicht zur Zulässigkeit führen, denn die Ermittler müssen positiv darlegen, auf welche gesetzliche Regelung sie ihren Grundrechtseingriff stützen können.⁷² Eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für Befragungen und Vernehmungen in der Wohnung der Betroffenen fehlt aber. Denn wenn nach zutreffender (herrschender) Auffassung die §§ 102 ff. StPO nicht zu Durchsuchungen zum Auffinden von Zeugen ermächtigen,⁷³ kann ihnen erst recht nicht entnommen werden, dass angetroffene Zeugen – für den Hausrechtsinhaber eingriffsintensiver – sogar am Durchsuchungsort befragt oder vernommen werden dürfen. Im Übrigen fehlt den §§ 102 ff. StPO die erforderliche Bestimmtheit für weitergehende Kompetenzen.⁷⁴ Auch auf § 161a Abs. 1 S. 1 StPO lässt sich eine Vernehmungskompetenz am Durchsuchungsort nicht stützen, denn bereits der Wortlaut hebt die Pflicht des Zeugen zum *Erscheinen vor der Staatsanwaltschaft* hervor. Das gesetzliche Leitbild geht also von einer Vernehmung in den Räumlichkeiten der Ermittlungsbehörden aus. Zwar findet § 161a Abs. 1 S. 1 StPO auch Anwendung, wenn der Staatsanwalt den Zeugen aufsucht.⁷⁵ Ein Aufsuchen ist aber nicht erforderlich, wenn der Zeuge zur (unverzüglichen) Vernehmung in den Räumlichkeiten der Ermittlungsbehörden bereit ist. Vor dem Hintergrund, dass der Zeuge nicht zum Objekt des Verfahrens gemacht und durch kurzfristige Vernehmungen „überfahren“ werden darf,⁷⁶ fehlt es demnach an einem legitimen Grund für die Vernehmung vor Ort und den damit einhergehenden Eingriff in die Privatsphäre des Hausrechtsinhabers.

Die Gegenauffassung übersieht insoweit auch das verfassungsrechtliche Gewicht von Art. 13 Abs. 1 GG. In einem grundrechtlich so sensiblen Bereich lassen sich nicht einfach grundrechtsbeschränkende Annexkompetenzen für Maßnahmen statuieren, die erhebliche Eingriffsintensität aufweisen und eine gänzlich andere Zwecksetzung als die in Art. 13 Abs. 2 GG vorgesehene Maßnahme haben. Eine Befragung vor Ort ist auch nicht notwendig, da die Zeugen ohne weiteres später vernommen werden können. Den Ermittlern entstehen dadurch keine Nachteile, denn auch im weiteren

72 Zu den Anforderungen an eine solche Ermächtigungsgrundlage vgl. bspw. Jarass (Fn. 12), Art. 13 Rn. 16.

73 Vgl. Jäger/Wohlers (Fn. 65), § 102 Rn. 21; Tsambikakis (Fn. 49), § 102 Rn. 21.

74 Vgl. außerdem zur notwendigen Konkretisierung des Durchsuchungszwecks und der aufzufindenden Beweismittel: Tsambikakis (Fn. 49), § 105 Rn. 51 ff.

75 Vgl. nur Weingarten (Fn. 66), § 161a Rn. 4.

76 Bär, EDV-Beweissicherung (Fn. 62), Rn. 65.

Verlauf unterliegt der Zeuge unverändert der Wahrheitspflicht.⁷⁷ Wären die Zeugen nicht zufällig anwesend, könnten die Ermittler ohnehin nicht auf sie zurückgreifen. Die unbedingte Notwendigkeit einer Befragung vor Ort lässt sich deshalb nicht plausibilisieren. Ergänzend sei erwähnt, dass sich Angestellte eines Unternehmens dadurch überdies völlig unvermittelt in einer Zwangslage befinden. Auf der einen Seite steht ihre Zeugenpflicht, auf der anderen Seite Loyalitäts- und Schutzpflichten gegenüber ihrem Arbeitgeber,⁷⁸ sodass bei unbedachten Äußerungen straf- und arbeitsrechtliche Konsequenzen drohen. All dies legt nahe, dass keine Mitwirkungspflicht in Gestalt einer Auskunftspflicht gerade am Durchsuchungsort besteht.

Schließlich verkennt diese Position die Bedeutung des Rechts auf den anwaltlichen Zeugenbeistand gem. § 68b StPO (im Detail s.u.) und das Recht auf geschützte Vorbesprechung mit dem Zeugenbeistand. Denn die prozessuale Festlegung, ob es sich bei dem zu Befragenden tatsächlich um einen Zeugen, einen möglicherweise gefährdeten Zeugen oder tatsächlich doch einen Verdächtigen handelt, liegt insbesondere während der Durchsuchung allein bei den Ermittlungsbehörden. Als prozessuales Gegengewicht dient der Zeugenbeistand im Schutzinteresse des zu Befragenden.

c) Mitwirkungspflicht nach § 95 StPO und Parallelbetrachtung in anderen Rechtsgebieten

Während sich aus den §§ 102 ff. StPO und der Zeugenpflicht mithin keine Mitwirkungspflicht des Betroffenen vor Ort ableiten lassen, finden sich entsprechende Pflichten bei der Beschlagnahme gem. § 95 StPO⁷⁹ und in anderen Rechtsgebieten, wie z.B. dem Wettbewerbsrecht (§ 59b Abs. 3 Nr. 3 GWB),⁸⁰ dem Handelsrecht (§ 261 HGB) oder dem Steuerrecht (§ 200 AO, § 27b Abs. 2 S. 1 UStG). Die Existenz gesetzlicher Mitwirkungspflichten in anderen Rechtsbereichen legt im Umkehrschluss nahe, dass aus der fehlen-

77 Zur Wahrheitspflicht: Zöller, in: Gercke et al. (Hrsg.), HK-StPO (Fn. 64), § 161a Rn. 4.

78 Vgl. allgemein zu den Loyalitäts- und Verschwiegenheitspflichten: Glinke, in: Keller/Schönknecht/dies., Geschäftsgeheimnisschutzgesetz, München 2021, § 1 Rn. 51.

79 Vgl. zur Reichweite der Pflicht bspw. Nadeborn/Friedrich, Sag mir, wie weit willst du geh'n? – Umfang der Mitwirkungspflichten des Dritten nach § 95 Abs. 1 StPO, NZWiSt 2023, 48 ff.

80 Vgl. Klumpp/Seitz, in: Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost (Hrsg.), Die 10. GWB-Novelle – Das neue Kartellrecht, München 2021, Kap. 2 Rn. 357.

den Normierung bei strafprozessualen Durchsuchungen gerade keine Ansprache- und Auskunftsbefugnis der Ermittler vor Ort hergeleitet werden kann. In Bezug auf § 27b Abs. 2 S. 2 UStG wird unter Berufung auf den Wortlaut der Vorschrift,⁸¹ der ausdrücklich nur den Unternehmer zur Auskunft verpflichtet, zudem vertreten, dass dies bei Angestellten gerade nicht der Fall sei und daher eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage zur Vernehmung der Angestellten fehle.⁸² Überträgt man diesen überzeugenden Gedanken auf die strafprozessuale Durchsuchung, wäre eine entgegen dem Willen des Arbeitgebers durchgeführte Befragung von Mitarbeitern vor Ort auch hier nicht zulässig. Zuletzt stützen auch die Regelungen des § 95 StPO und § 261 HGB keine gegenteilige Betrachtung, da beide Normen eindeutig nur auf Mitwirkungen bei Beweisgegenständen zugeschnitten sind und daher für die Frage, ob der Zeuge selbst als (personales) Beweismittel vor Ort zur Verfügung stehen muss, nichts hergeben.

3. Grenzen der Mitwirkungspflicht und Kommunikation

Weder strafprozessuale Ermittlungsbefugnisse noch gesetzliche Mitwirkungspflichten können dementsprechend zur Rechtfertigung der Informationsgewinnung mittels Kommunikation bei Durchsuchungen herangezogen werden. Darüber hinaus sprechen zahlreiche rechtliche Grenzen der Mitwirkungspflichten ebenfalls für die Ausgangsthese der Durchsuchung als „stille Veranstaltung“.

a) Hausrecht

Eine erste und entscheidende Grenze folgt aus dem in Art. 13 GG verfassungsrechtlich verankerten Hausrecht.⁸³ Es bleibt dem Hausherrn, im Unternehmen also der Geschäftsleitung, unbenommen, sich unter Inanspruchnahme des Hausrechts zu verbitten, dass die betrieblichen Räumlichkeiten für informatorische Befragungen und Vernehmungen von an-

81 Vgl. zu den verfassungsrechtlichen Implikationen des § 27b UStG den Aufsatz von Wolter, *Steuerstrafrechtlich-verfassungsrechtliche Implikationen der Umsatzsteuer-Nachschau – Ein zahnlöser Tiger*, NZWiSt 2015, 217 ff.

82 Hannisch, in: Weymüller (Hrsg.), BeckOK UStG, 40. Ed., München 2024, § 27b Rn. 42.1.

83 Vgl. hierzu *Papier* (Fn. 9), Art. 13 Rn. 19.

wesenden Personen bzw. Mitarbeitern genutzt werden.⁸⁴ Zwar muss der Arbeitgeber wie jeder Betroffene die Durchsuchung dulden. Der durch die richterliche Anordnung legitimierte Aufenthalt der Beamten beschränkt sich aber auf die Suche nach bestimmten Beweismitteln und erlaubt nicht die Nutzung der Wohnung oder des Unternehmensgeländes zu anderen Zwecken, wie z.B. der Befragung von Unternehmensangehörigen zur Sache.⁸⁵ Ein Verweilen zu diesem Zweck wäre nur mit Zustimmung des Hausrechtsinhabers statthaft. Der richterliche Durchsuchungsbeschluss legitimiert aus verfassungsrechtlicher Sicht nämlich einzig und allein die Durchsuchung (s.o.). Vernehmungen und informatorische Anhörungen an Ort und Stelle gehen darüber weit hinaus. Die Geltendmachung des Hausrechts gegenüber den Ermittlern gehört deshalb zu den anerkannten Standards in den Checklisten zu Durchsuchungssituationen.⁸⁶ Die Erfahrungen in der Praxis sind gleichwohl indifferent und hängen davon ab, wie professionell oder aufgeheizt die Durchsuchungssituation vor Ort ist.

b) Direktionsrecht des Arbeitgebers

Anknüpfend an die Ausübung des Hausrechts stellt sich weiterhin die Frage, ob Arbeitgeber in Ausübung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts ihre Mitarbeiter anweisen dürfen, in der Durchsuchungssituation keine Angaben zur Sache zu machen. Rechtlich gestützt wird das Direktionsrecht auf § 106 GewO.⁸⁷ Eine derartige Anweisung setzt den Mitarbeiter in ein erhebliches Spannungsverhältnis. Der Konflikt zwischen arbeitsrechtlicher Loyalitätspflicht und gesetzlicher Wahrheitspflicht als Zeuge ist offenkundig. Eine solche Weisung kann die Zeugenpflicht keineswegs aushebeln und schützt weder vor den Konsequenzen einer Falschaussage, noch gewährt sie eigenständige Auskunftsverweigerungsrechte.⁸⁸ Ob dem Arbeitgeber dort ein Weisungsrecht (zum Schweigen) zukommt, wo keine gesetzliche Mit-

84 *Burhoff* (Hrsg.), Hdb. Ermittlungsverfahren (Fn. 6), Rn. 1754; v. *Döllen*, Verteidigungsstrategien (Fn. 30), Rn. 22; *Arnemann* (Fn. 4), *StraFo* 2021, 144.

85 *Burhoff* (Hrsg.), Hdb. Ermittlungsverfahren (Fn. 6), Rn. 1754; *Püschel* (Fn. 28), *PStR* 2006, 93.

86 *Burhoff* (Hrsg.), Hdb. Ermittlungsverfahren (Fn. 6), Rn. 1754.

87 Vgl. *Preis*, in: Müller-Glöge/ders./Gallner/Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 24. Aufl., München 2024, § 106 GewO Rn. 1 m.w.N.

88 Vgl. hierzu *Minoggio*, *Firmenverteidigung*, 2. Aufl., Münster 2010, Rn. 566, 1140; *Kusnik* (Fn. 42), *CCZ* 2015, 27 f.

wirkungspflicht des Arbeitnehmers besteht, erscheint dagegen denkbar.⁸⁹ Letztlich ist es dem Arbeitgeber aber – wie ausgeführt – nicht verwehrt, Befragungen aufgrund seines Hausrechts zu untersagen. Macht er hiervon Gebrauch, kann es den Beschäftigten nicht verwehrt werden, sich auf die Weisung ihres Arbeitgebers zu berufen und auf dessen Grundstück keine Angaben zu machen. Denn ob der Arbeitgeber die Befragung vor Ort mittels Hausrechts (gegenüber dem Staatsanwalt) oder arbeitsrechtlichen Direktionsrechts (gegenüber den Mitarbeitern) untersagt, führt zum gleichen Ergebnis und darf in der rechtlichen Beurteilung nicht zur Unzulässigkeit der Weisung führen.

In einer solchen Weisung ist deshalb weder eine unzulässige Störung der Durchsuchung nach § 164 StPO⁹⁰ noch eine versuchte Strafvereitelung zu sehen. Der Betriebsinhaber ist nur dazu verpflichtet, die Durchsuchung zu dulden.⁹¹ Störungen des Arbeitsverhältnisses seiner Mitarbeiter muss er nicht tolerieren. Es bietet sich jedoch aus praktischen Gründen an, die Weisung offen und transparent zu machen, um in der Durchsuchungssituation Druck von den Mitarbeitern zu nehmen. Akzeptieren Ermittlungsbehörden die Verweigerung vor Ort nicht, kann durch die transparente Weisung die Auseinandersetzung über deren Zulässigkeit direkt mit der Geschäftsleitung geführt werden und wird nicht dem einzelnen Mitarbeiter auferlegt.

c) Recht auf Anwesenheit des Hausrechtsinhabers und des Verteidigers

Der Gefahr unbedachter Äußerungen von Betroffenen lässt sich auch damit begegnen, dass Arbeitgeber und Rechtsbeistand bei der Durchsuchung anwesend sind. Wie festgestellt, haben die Ermittler kein Recht auf eine heimliche Durchsuchung.⁹² Nach § 106 Abs. 1 S. 1 StPO hat der Inhaber der durchsuchten Räume vielmehr das Recht, der Durchsuchung beizuwohnen. Im Unternehmen sind dies die Organe und/oder Personen in leitender Position wie beispielsweise Prokuristen oder Niederlassungsleiter.⁹³ Diese können die Wahrnehmung ihres Anwesenheitsrechts auf einen anwaltli-

89 *Minoggio*, Firmenverteidigung (Fn. 88), Rn. 1141.

90 Keine Störung bei strafprozessual rechtmäßigem Verhalten, *Zöller/Niedernhuber*, in: Gercke et al. (Hrsg.), HK-StPO (Fn. 64), § 164 Rn. 3.

91 Vgl. *Burhoff* (Hrsg.), Hdb. Ermittlungsverfahren (Fn. 6), Rn. 1754.

92 *Herrmann/Soiné* (Fn. 27), NJW 2011, 2923; *Heuchemer* (Fn. 27), NZWiSt 2012, 137 f.

93 *Jäger/Wohlers* (Fn. 65), § 106 Rn. 4.

chen Organvertreter übertragen. Ein gesetzliches Anwesenheitsrecht des Verteidigers des Betroffenen während der Durchsuchung besteht hingegen nicht.⁹⁴ Allerdings darf der Hausrechtsinhaber dem Verteidiger die Anwesenheit gestatten, ohne dass in der Anwesenheit an sich eine Störung im Sinne des § 164 StPO liegt.⁹⁵ Die Anwesenheit des Rechtsbeistands kann deshalb ein probates Mittel sein, um der beiläufigen Informationsgewinnung durch Gespräche mit den Ermittlern oder unbedachten Äußerungen entgegenzuwirken.

Die Verantwortung für die Einschaltung des Rechtsbeistands liegt indes allein beim Betroffenen, da keine Hinweis- oder Informationspflichten seitens der Ermittlungsbehörden bestehen. Es besteht zudem keine Pflicht, das Erscheinen des abwesenden Hausrechtsinhabers abzuwarten, es sei denn, dieser befindet sich in der Nähe und es tritt durch das Abwarten keine wesentliche Verzögerung der Durchsuchung ein.⁹⁶ Auch das Erscheinen des Verteidigers muss nicht abgewartet werden.⁹⁷ Um Informationsgewinnung der Ermittler durch Kommunikation effektiv kontrollieren zu können, bedarf es deshalb guter Vorbereitung auf etwaige Durchsuchungen, um in der zeitkritischen Situation angemessen reagieren zu können.

d) Unternehmensinterne Durchsuchungsschulungen und Umgang mit Durchsuchungen

Naheliegender erscheint es zunächst, Mitarbeiter in dieser Hinsicht zu schulen und auf etwaige Durchsuchungssituationen vorzubereiten. Gleichzeitig ist es zulässig, beim Eintreffen der Beamten alle Mitarbeiter (bspw. per Mail) über die Durchsuchung zu informieren und in diesem Zusammenhang Hinweise zum Umgang mit etwaigen Kontakt- oder Vernehmungsversuchen der Ermittler und zur Vermeidung beiläufiger Kommunikation zu geben (Schweigerecht, Recht auf einen Zeugenbeistand, Kostenübernahme...). Eine Störung gem. § 164 StPO, die zur Unterbindung dieser Hinweise berechtigen würde, liegt bei strafprozessual zulässigem Verhalten nicht

94 Rettenmaier, Wirtschaftsstrafsachen (Fn. 44), Rn. 115; vgl. auch Schlothauer, in: Müller/Schlothauer/Knauer (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 3. Aufl., München 2022, § 3 Rn. 68.

95 Vgl. Gercke (Fn. 64), § 106 Rn. 6 f.

96 Vgl. statt vieler Tsambikakis (Fn. 49), § 106 Rn. 3.

97 Jäger/Wohlers (Fn. 65), § 106 Rn. 10; Tsambikakis (Fn. 49), § 106 Rn. 13, die ein Abwarten aber aus Fairness- und Verhältnismäßigkeitsgründen befürworten.

vor.⁹⁸ Zu vermeiden ist indes alles, was den Eindruck von Verdunklungshandlungen erwecken könnte.⁹⁹

Trotz des Grundsatzes der „stillen Veranstaltung“ muss die Unternehmensleitung im Einzelfall allerdings abwägen, ob eine begrenzte Kooperation (und damit Kommunikation) sinnvoll ist, um etwaige negative Auswirkungen auf den Geschäftsbetrieb zu verhindern oder die Durchsuchungsmaßnahmen auf das notwendige Minimum zu beschränken (bspw. durch Benennung maßgeblicher Räume oder das Aufschließen von verschlossenen Türen).¹⁰⁰ Hier lassen sich angesichts der Vielfältigkeit denkbarer Fallgestaltungen aber keine allgemeingültigen Aussagen treffen.

e) Recht auf einen anwaltlichen Zeugenbeistand (§ 68b StPO)

Schließlich bildet auch das gesetzliche Recht auf einen Zeugenbeistand eine effektive Grenze für informatorische Befragungen und Vernehmungen am Durchsuchungsort. Denn jeder Zeuge hat einen Anspruch auf ein faires Verfahren und darf nicht zu dessen bloßem Objekt gemacht werden.¹⁰¹ Bevor dem Zeugen, der anwaltlichen Rat verlangt, hierzu keine Gelegenheit eingeräumt wurde, kann die Vernehmung daher nicht beginnen.¹⁰² Jedenfalls bis zum Eintreffen eines Rechtsanwalts muss die Vernehmung dann unterbrochen werden. Es kann dem Zeugen nämlich nicht verwehrt werden, vor der Vernehmung ad hoc einen anwaltlichen Zeugenbeistand zu verlangen.¹⁰³ Auf eine Selbstbelastungsgefahr kommt es insoweit nicht an.¹⁰⁴ Damit gewinnt man Zeit und erreicht in der Regel, dass mangels einer ausreichenden Zahl an Zeugenbeiständen keine Vernehmung vor Ort stattfinden kann. Die Standard-Checklisten¹⁰⁵ für Durchsuchungssituationen im Unternehmen sehen deshalb regelmäßig vor, dass die Mitarbei-

98 Zöller/Niedernhuber (Fn. 90), § 164 Rn. 3.

99 Michalke (Fn. 45), NJW 2008, 1492.

100 Vgl. bspw. Burhoff (Hrsg.), Hdb. Ermittlungsverfahren (Fn. 6), Rn. 1853; zu sinnvollen Gesprächen zur Klärung des eigenen Status oder zum Ausräumen von Haftgründen vgl. Arnemann (Fn. 4), StraFo 2021, 142 f.

101 BVerfG NJW 1975, 103 (104); Bär, EDV-Beweissicherung (Fn. 62), Rn. 65.

102 Zum Anwesenheitsrecht des Zeugenbeistands vgl. Maier, in: Kudlich (Hrsg.), MüKo-StPO (Fn. 23), § 68b Rn. 15 ff.

103 BVerfG NJW 1975, 103 (104 f.).

104 Vgl. zum Zweck des Rechts auf einen Zeugenbeistand: Slawik, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), KK-StPO (Fn. 26), § 68b Rn. 1.

105 Vgl. statt vieler Michalke (Fn. 45), NJW 2008, 1494.

ter entsprechend sensibilisiert werden, ihr Recht auf einen anwaltlichen Zeugenbeistand geltend zu machen (§ 68b Abs.1 Satz 1 StPO). Auch die Übernahme entsprechender Kosten durch den Arbeitgeber und eine entsprechende Kommunikation an die Mitarbeiter kann deshalb ratsam sein und erfüllt nicht den Tatbestand der Strafvereitelung.¹⁰⁶

III. Konsequenzen für die Kommunikation während der Durchsuchung und Fazit

Die §§ 102 ff. StPO enthalten Ermächtigungen zu Vernehmungen und Anhörungen am Durchsuchungsort und sind als strafprozessuale Vorschriften im Lichte des Art. 13 Abs.1 GG entsprechend eng auszulegen. Jeder den Grundrechtseingriff vertiefende Akt ist zu vermeiden und das verfassungsrechtlich geschützte Hausrecht des Inhabers der durchsuchten Räumlichkeiten zu respektieren. Die Ermittlerpraxis muss diese Vorgaben zwingend beachten, auch wenn die Verlockung groß sein mag, anwesende Mitarbeiter zu Kooperation und Auskünften verpflichten oder animieren zu wollen. Bei der Durchsuchung besteht für alle Betroffenen (Beschuldigte und Zeugen) *am Durchsuchungsort* nur die Pflicht, ihre Personalien anzugeben. Zu Angaben zur Sache sind sie *während der Durchsuchung* nicht verpflichtet. Der Arbeitgeber darf seine Mitarbeiter zu einem solchen Verhalten anweisen. Es besteht auch keine Präsenzpflcht. Die Durchsuchung muss „nur“ geduldet und ertragen werden.

Die Durchsuchung ist und bleibt strafprozessual eine „stille Veranstaltung“.

106 Vgl. *Kempf/Schilling/Oesterle*, Der Unternehmensanwalt, in: Volk/Beukelmann (Hrsg.), MAH WirtschaftsStrafR (Fn. 5), § 10 Rn. 243.