

Dr. Tobias Rudolph

Rechtsanwalt

-Vorab per Fax:

RA Dr. T. Rudolph • Albrecht-Dürer-Platz 4 • 90403 Nürnberg

An das Bundesverfassungsgericht

Postfach 1771

76006 Karlsruhe

Albrecht-Dürer-Platz 4
90403 Nürnberg

Gerichtsfach 202

Tel 0911 / 929 18 86

Fax 0911 / 274 06 77

Mobil 0179 / 537 40 94

RA@tobiasrudolph.de
www.tobiasrudolph.de

In Bürogemeinschaft mit
den Rechtsanwälten
Dr. Frank H. Schmidt und
Norbert Alois Oswald

In Kooperation
mit den Rechtsanwälten
Niepel & Seeber - München

Nürnberg, 19.12.2008-jw

Verfassungsbeschwerde

des Herrn A

- Beschwerdeführer -

Verfahrensbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. Tobias Rudolph, Albrecht-Dürer-Platz 4, 90403 Nürnberg

gegen

1. den Beschluss des Amtsgerichts Nürnberg – Ermittlungsrichter – vom ...
(Aktenzeichen ...)
2. den Beschluss des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom ... (Aktenzeichen ...),

sowie aller damit zusammenhängenden Entscheidungen

wegen

Verletzung des Grundrechts aus Art 13 I GG (Unverletzlichkeit der Wohnung) sowie 103 I GG (Verletzung des Gebots rechtlichen Gehörs).

Sparkasse Nürnberg
Kto-Nr. 511 53 65
BLZ 760 501 01

Steuer-Nr. 238/264/42212

Namens und im Auftrag des Beschwerdeführers erhebe ich Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht mit folgenden

Anträgen:

- I. Die angegriffenen Entscheidungen des Amtsgerichts Nürnberg sowie des Landgerichts Nürnberg-Fürth verletzen den Beschwerdeführer in seinen Grundrechten aus Art. 13 I GG sowie Art. 103 I GG.
- II. Der Freistaat Bayern hat dem Beschwerdeführer die im Verfassungsbeschwerdeverfahren entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten.

Eine schriftliche Vollmacht gemäß § 22 II BVerfGG wird nachgereicht werden.

Begründung:

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen Tatverdacht für einen richterlichen Durchsuchungsbeschluss gemäß §§ 102, 105 StPO.

Im konkreten Fall wurde der Tatverdacht der Hehlerei (§ 259 StGB) alleine auf die Tatsache gestützt, dass der Beschwerdeführer innerhalb von etwa zwei Monaten 182 Mobiltelefone über die Internetplattform Ebay verkauft haben soll.

A. Zulässigkeit und Annahmeveraussetzungen

1. Der Beschluss des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom ... wurde am ... zugestellt. Die Monatsfrist des § 93 BVerfGG läuft somit frühestens am ... ab.

Mit Schriftsatz vom ..., ergänzt durch den Schriftsatz vom ... wurde bezüglich des Beschlusses des Landgerichts Würzburg vom ... die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (§ 33a StPO) gerügt. Rein vorsorglich wurde auch eine weitere Beschwerde gemäß § 310 StPO eingelegt. Über diesen Antrag wurde bisher noch nicht entschieden.

Der Beschwerdeführer erhebt bereits jetzt Verfassungsbeschwerde, um die Frist des § 93 BVerfGG in jedem Fall zu wahren.

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen die Durchsuchungsanordnung gemäß § 102 StPO bzw. die darauf hin ergangene Beschwerdeentscheidung des Landgerichts (§ 304 StPO).

Parallel dazu wurde mit Schriftsatz vom ... Beschwerde gegen die richterliche Bestätigung der Beschlagnahme verschiedener Gegenstände, die bei der Durchsuchung mitgenommen wurden, eingelegt, sowie mit Schriftsatz vom ... gemäß § 98 Abs. II Satz 2 StPO beantragt festzustellen, dass die am ... ausgesprochene Beschlagnahme verschiedener (anderer) Gegenstände, rechtswidrig war. Über beide Anträge wurde noch nicht entschieden.

Sobald eine Entscheidung über die Gehörsrüge, die weitere Beschwerde bzw. die richterliche Entscheidung gemäß § 98 Abs. II Satz 2 StPO vorliegt, wird dies dem Bundesverfassungsgericht mitgeteilt werden.

2. Die Annahmeveraussetzungen des § 93a BVerfGG sind erfüllt. Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist zur Durchsetzung der Grundrechte des Beschwerdeführers unerlässlich.

B. Sachverhalt und Verfahrensgang

1. Am ... erließ das AG Nürnberg auf Antrag der Staatsanwaltschaft Nürnberg-Fürth in dem Ermittlungsverfahren ... einen Durchsuchungsbeschluss gegen den Beschwerdeführer (**Anlage 1**). Die Durchsuchung sollte in der Wohnung ... stattfinden. Wenige Tage zuvor war der Beschwerdeführer gemeinsam mit seiner Lebensgefährtin in eine neue Wohnung umgezogen. In der Heynstraße befanden sich jedoch noch Gegenstände von ihm.

Gemäß dem auf die §§ 102, 105 StPO gestützten Durchsuchungsbeschluss sollte nach folgenden Gegenständen gesucht werden:

„Mobiltelefone, Rechnungen, Computer, sonstige Schriftstücke oder Datenträger, welche Aufschluss über Herkunft und Verbleib der verkauften Mobiltelefone geben.“

Als Begründung wurde in dem Beschluss ausgeführt:

„Aufgrund der bisherigen Ermittlungen besteht folgender Verdacht:

Der Beschuldigte verkaufte im Zeitraum ... über die Internetplattform Ebay insgesamt 182 Mobiltelefone, davon 46 Stück originalverpackte Neuware. Preisvergleiche mit anderen Internet-Versandhäusern ergaben, dass die Mobiltelefone i.d.R. unter dem Preis der billigsten Anbieter abgegeben wurden.

Nach bisherigen Erkenntnissen ist zu vermuten, dass die verkauften Mobiltelefone aus vorangegangenen Diebstählen oder Betrugsstraftaten stammen und nun vom Beschuldigten in Gewinnerzielungsabsicht weiterverkauft werden.

Dies ist strafbar als Hehlerei gemäß § 259 StGB.

Die oben genannten Gegenstände können als Beweismittel von Bedeutung sein.

Die Durchsuchung steht in angemessenem Verhältnis zur Schwere der Tat und zur Stärke des Tatverdachts und ist für die Ermittlungen notwendig. Es ist zu vermuten, dass die Durchsuchung zum Auffinden der Gegenstände führen wird.“

2. Die Durchsuchung fand am ... gegen ... Uhr in der Wohnung ... statt. Der Beschwerdeführer war nicht anwesend und wurde durch einen der Ermittlungsbeamten über ein Mobiltelefon informiert. In der Wohnung anwesend war der Bruder des Beschwerdeführers. Es wurden eine Reihe von Gegenständen mitgenommen, darunter Meldebescheinigungen, Gehaltsabrechnungen, Steuerunterlagen, CD's, Kontounterlagen und ein Computer (vgl. Auflistung in dem Beschluss vom ...). Einige Unterlagen wurden nach ein paar Tagen wieder zurück gegeben (vgl. Auflistung in dem Schriftsatz vom ...).

3. Mit Schreiben vom ... zeigte sich Rechtsanwalt Dr. Rudolph als Verteidiger bei der Staatsanwaltschaft an und beantragte Akteneinsicht (**Anlage 2**).

4. Ebenfalls am ... wurde durch Rechtsanwalt Dr. Rudolph im Namen des Beschwerdeführers gegen den Durchsuchungsbeschluss Beschwerde gemäß § 304 StPO eingelegt (**Anlage 3**). In dieser Beschwerde wird ausgeführt.

„In dem angegriffenen Beschluss wird die Durchsuchung der Wohnung mit Nebenräumen sowie der Fahrzeuge des Beschuldigten angeordnet.

Es soll nach folgenden Gegenständen gesucht werden:

„Mobiltelefone, Rechnungen, Computer, sonstige Schriftstücke oder Datenträger, welche Aufschluss über Herkunft und Verbleib der verkauften Mobiltelefone geben.“

Als Begründung wird angegeben, der Beschuldigte habe im Zeitraum ... über die Internetplattform Ebay insgesamt 182 Mobiltelefone, davon 46 Stück originalverpackte Neuware verkauft. Preisvergleiche „mit anderen Internet-Versandhäusern“ hätten ergeben, dass die Mobiltelefone in der Regel unter dem Preis der billigsten Anbieter abgegeben wurden.

Weiter wird ausgeführt:

„Nach bisherigen Erkenntnissen“ sei zu vermuten, daß es sich um Hehlereiware handelt. Worin diese „bisherigen Erkenntnisse“ bestehen, wird in dem angegriffenen Beschluss nicht ausgeführt.

II.

Der Beschluss des Amtsgerichts Nürnberg trägt den rechtlichen Anforderungen an eine Wohnungsdurchsuchung nicht ausreichend Rechnung.

1) Art. 13 I GG garantiert die Unverletzlichkeit der Wohnung. Damit wird dem Einzelnen zur freien Entfaltung seiner Persönlichkeit ein Freiheitsraum gewährt, in dem er das Recht hat in Ruhe gelassen zu werden. In diese grundrechtlich geschützte Lebenssphäre greift eine Durchsuchung schwerwiegend ein (BVerfGE

42, 212, 219f; 59, 95, 97; 103, 142, 150f.). Dem Gewicht dieses Eingriffs und der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Schutzes der räumlichen Privatsphäre entspricht es, dass Art. 13 II GG die Anordnung der Durchsuchung grundsätzlich dem Richter vorbehält. Dieser hat eigenverantwortlich in jedem Einzelfall die Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen zu prüfen. Die richterliche Durchsuchungsanordnung ist keine bloße Formsache (BVerfGE 57, 346, 355). Der richterliche Durchsuchungsbeschluss dient auch dazu die Durchführung der Eingriffsmaßnahme messbar und kontrollierbar zu gestalten (BVerfGE 20, 162, 224; 42, 212, 220; 103, 142, 151). Hierfür ist es insbesondere erforderlich, dass der Durchsuchungsbeschluss den Tatvorwurf so beschreibt, dass der äußere Rahmen abgesteckt wird, innerhalb dessen die Zwangsmaßnahme durchzuführen ist. Dabei muss der Richter die aufzuklärende Straftat so genau umschreiben, wie es nach den Umständen des Einzelfalles möglich ist. Ein Durchsuchungsbefehl, der keinerlei tatsächliche Angaben über den Inhalt des Tatvorwurfs enthält und der den Inhalt der konkret gesuchten Beweismittel nicht erkennen lässt, wird rechtstaatlichen Anforderungen jedenfalls dann nicht gerecht, wenn solche Kennzeichnungen nach dem bisherigen Ergebnis der Ermittlungen ohne weiteres möglich und den Zwecken der Strafverfolgung nicht abträglich sind (BVerfGE 42, 212, 220; 44, 353, 371; 45, 82; 50, 48, 49; 71, 64, 65).

2) Diesen Anforderungen genügt der angegriffene Beschluss nicht. Es finden sich nur sehr kryptische Ausführungen dazu, auf welche Verdachtsgrundlagen die Durchsuchung gestützt wird. Hinsichtlich der Verdachtsgründe genügt zwar eine gewisse Konkretisierung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (vgl. BVerfG NStZ-RR 02, S. 172; BGH, NStZ-RR 02, S. 164; Meyer-Goßner, Kommentar zur StPO, § 105, Rn. 5a).

Wenn man die Ausführungen in dem angegriffenen Durchsuchungsbeschluss wörtlich nimmt, so würde der Verdacht alleine darauf gestützt, dass einige Mobiltelefone billiger als durch andere Verkäufer auf der Internetplattform Ebay angeboten wurden.

Dies kann kaum einen Verdacht der Hehlerei begründen.

Es wird in dem Durchsuchungsbeschluss kein Ebay-Account angegeben. Bekanntlich kommt es (trotz des damit verbundenen Verstoßes gegen Ebay-AGB) häufig zu Verkäufen unter anderen Namen.

Es werden keine konkreten Preise oder Vergleichspreise genannt.

Es wird nicht ausgeführt, ob die Angebote unter der Option „Versteigerung“ oder „Sofort Kaufen“ eingestellt worden waren. Sofern es sich um „klassische“ Ebay-Versteigerungen handelte, ist es völlig normal dass die Gegenstände häufig unter Marktwert abgegeben werden. Darin liegt das Geschäftskonzept von Ebay. Der Verkäufer hat keine (legale) Einflussmöglichkeit auf den erzielten Endpreis.

Auch für Angebote, die unter der Option „Sofort-Kaufen“ eingestellt wurden, gibt es vielfältige Gründe, weshalb diese günstiger als andere sein können.

Zum einen lebt davon das System der Marktwirtschaft. Konkurrenten passen sich früher oder später dem Preis an. Andernfalls, bei offenen Absprachen, läge ein kartellrechtlicher Verstoß gegen § 1 GBW vor.

Zum anderen ist es möglich, dass ein Anbieter die Möglichkeit hat, Geräte besonders günstig einzukaufen.

Privatanbieter oder Kleinunternehmer i.S.v. § 19 UStG haben darüber hinaus die Möglichkeit die Ware ohne den Aufpreis der Umsatzsteuer anzubieten. Damit werden die Waren automatisch schon einmal 19 % günstiger.

Auch ein gewerblicher Anbieter kann vielfältige Gründe haben, Ware günstig anzubieten. So ist es beispielsweise denkbar, dass ein gewerblicher Ebay- Handel sich noch in der Aufbauphase befindet. In dieser Phase ist es für einen Händler wichtig, möglichst viele positive Bewertungen nach dem Bewertungssystem von Ebay zu erhalten. Dazu bedarf es einen Anfangsumsatzes, der am besten durch günstige Preise zu schaffen ist.

3) Die Durchsuchungsanordnung ist nicht verhältnismäßig.

a) Die Durchsuchung ist nicht geeignet zum Zwecke der Strafverfolgung.

Wenn Mobiltelefone gefunden würden, lässt sich nichts darüber aussagen, ob die Mobiltelefone, die verkauft wurden, aus einer rechtswidrigen Vortat i.S.v. § 259 StGB stammen.

Computer als solche geben auch keinen Aufschluss über Herkunft und Verbleib der Mobiltelefone.

Informationen über den Verbleib der Mobiltelefone sind darüber hinaus ungeeignet, etwas über deren Herkunft zu ermitteln.

Geeignet zum Zwecke der Strafverfolgung wäre die Maßnahme allenfalls dann, wenn sie mit einer richterlichen Anordnung einer Beschlagnahme bestimmter Gegenstände i.S.d. §§ 94, 98 StPO verbunden worden wäre. Eine Beschlagnahme wurde indes nicht richterlich angeordnet, obwohl eine Verbindung der Beschlüsse nach §§ 94, 98 StPO und nach §§ 102, 105 StPO grundsätzlich zulässig gewesen wäre (vgl. Nack, in: Karlsruher Kommentar, 5. Aufl., § 98 Rn. 2).

Ebenso wie die Durchsuchung stellt eine Beschlagnahme einen Eingriff in den grundrechtlich geschützten Bereich des Betroffenen dar. Ordnet ein Richter - etwa gleichzeitig mit dem Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses - die Beschlagnahme von Gegenständen an, bevor diese von den Strafverfolgungsbehörden in amtlichen Gewahrsam genommen worden sind, so muss er die Gegenstände so genau bezeichnen, dass keine Zweifel darüber bestehen, ob sie von der Beschlagnahmeanordnung erfasst sind. Denn andernfalls würde die Entscheidung, welche Gegenstände unter die richterliche Beschlagnahmeanordnung fallen, nicht dem Richter obliegen, sondern den Strafverfolgungsbehörden (vgl. BVerfG vom 3.9.1991, 2 BvR 279/90, NJW 1992, S. 551 f.).

Eine richterliche Durchsuchungsanordnung alleine stellt noch keine Rechtsgrundlage für eine Beschlagnahme dar (vgl. BVerfG vom 09.11.2001, 2 BvR 436/01, NStZ 2002, S. 212 <213>; Nack, in: Karlsruher Kommentar, 5. Aufl., § 98 Rn. 2; Meyer-Goßner, 46. Aufl., § 105 Rn. 7).

Den Durchsuchungsbeamten wurde vorliegend nicht einmal eine richterliche Vorgabe im Sinne einer Leitlinie für eine mögliche Beschlagnahme gegeben.

b) Die Durchsuchung ist auch nicht erforderlich. Es hätten offensichtlich weniger einschneidende Mittel zur Verfügung gestanden, den Tatverdacht einer Hehlerei zu erhärten oder zu entkräften.

Es hätte etwa nahe gelegen, die Gewerbeaufsicht oder die Finanzbehörden zu befragen - beispielsweise darüber, ob Betriebsausgaben geltend gemacht wurden. In dem Beschluss finden sich keine Ausführungen darüber, ob derartige Ermittlungsansätze bereits durchgeführt wurden.

Es hätte auch nahe gelegen, die Käufer der Mobiltelefone zu befragen, ob Ihnen etwas über die Herkunft der Geräte bekannt ist. Dabei hätte sich eventuell herausgestellt, dass die Geräte aus einem Mobilfunkgeschäft stammen, in welchem die Lebensgefährtin des Beschuldigten arbeitet. Auch diesbezüglich finde sich in dem angegriffenen Beschluss keine Aussage darüber, ob entsprechende Ermittlungsansätze bereits verfolgt wurden.

Evtl. hätte sich durch eine Befragung der Käufer auch herausgestellt, dass die Mobilfunkgeräte mit Rechnungen geliefert wurden. Der Verdacht einer Hehlerei wäre dann nicht mehr aufrecht zu erhalten gewesen.

c) Die Durchsuchung ist auch nicht angemessen. In dem Beschluss wird die Verhältnismäßigkeit der Eingriffsmaßnahme lediglich formelartig behauptet. Der richterlichen Funktion eines Kontrollorgans wird eine solche Floskel nicht gerecht.

Da es sich bei einer Wohnungsdurchsuchung um einen schwerwiegenden Eingriff in die grundrechtlich geschützte Lebenssphäre des Einzelnen handelt (BVerfGE 42, 212, 219f; 59, 95, 97; 103, 142, 150f.) wäre es im vorliegenden Fall Aufgabe des Richters gewesen, sich in detaillierter Weise mit der Frage der Verhältnismäßigkeit auseinander zu setzen.“

5. Ebenfalls am ... wurde folgendes Schreiben an den ermittelnden Polizeibeamten P, der auch die Durchsuchung geleitet hat, per Fax übermittelt (**Anlage 4**):

„Sehr geehrter Herr P,

ich wurde von Herrn A im Rahmen des oben bezeichnetem Ermittlungsverfahrens beauftragt, gegen die Durchsuchung und Beschlagnahme, welche Sie durchgeführt haben, rechtlich vorzugehen.

In der Anlage schicke ich Ihnen eine entsprechende Vollmacht. Diese wurde auch bereits an die Staatsanwaltschaft Nürnberg-Fürth übermittelt.

Des weiteren habe ich Beschwerde gegen den Durchsuchungsbeschluss des AG Nürnberg gemäß § 304 StPO eingelegt.

Ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung gemäß § 98 Abs. 2 Satz 3 StPO wurde noch nicht gestellt, da mir kein Durchsuchungsprotokoll vorliegt. Ich bitte Sie, dieses schnellstmöglich zu übermitteln.

Der mir vorliegende richterliche Beschluss des AG Nürnberg vom ... enthält lediglich eine Durchsuchungsanordnung, keine Beschlagnahmeanordnung. Falls eine Beschlagnahme erfolgt sein sollte, wäre dies nur unter den Voraussetzungen des § 98 Abs. 1 StPO, d.h. bei Vorliegen von Gefahr im Verzug möglich.

Ich bitte um Mitteilung, ob eine Beschlagnahme in diesem Sinne durch die Polizei ausgesprochen wurde. Weiterhin bitte ich um Mitteilung, ob eine richterliche Bestätigung im Sinne vom § 98 Abs. 2 Satz 1 StPO eingeholt wurde. Sollte die Durchsuchung und/oder Beschlagnahme rechtswidrig gewesen sein, so befinden sich etwaig beschlagnahmte Gegenstände ohne Rechtsgrundlage im Besitz der Ermittlungsbeamten.

Ich beantrage die unverzügliche Herausgabe der beschlagnahmten Gegenstände an meinen Mandanten.

6. Eine schriftliche Antwort erfolgte auf das Schreiben vom ... nicht. Der Polizeibeamte P setzte sich als Reaktion vielmehr sich mit dem Beschwerdeführer A telefonisch in

Verbindung und vereinbarte einen Termin zur Herausgabe eines Teils der mitgenommenen Gegenstände für den Gegen ... Uhr fand ein Telefongespräch zwischen Herrn P und RA Dr. Rudolph statt. Daraufhin schrieb der Unterzeichnete folgendes Fax an den Polizeibeamten:

„Sehr geehrter Herr P,

in unserem heutigen Telefonat, ... Uhr, teilten Sie mir mit, Herr A sei vor wenigen Minuten bei Ihnen gewesen und habe den größten Teil der bei ihm beschlagnahmten Gegenstände wieder zurückerhalten.

Ein Computer, der von Ihnen im Rahmen der Durchsuchung am ... beschlagnahmt worden sei, befinde sich beim zuständigen Fachkommissariat zum Auslesen der Festplatte. Dies sei bereits im Laufe der letzten Woche veranlasst worden, noch bevor eine richterliche Bestätigung der Durchsuchung vorlag.

Eine solche richterliche Bestätigung sei erst nach Eingang meines Faxes vom ... beantragt worden. Eine richterliche Bestätigung liege bisher noch nicht vor.

Gleichwohl befinden sich neben dem Computer immer noch Unterlagen im Gewahrsam der Ermittlungsbehörden.

Sie hatten gegenüber meinem Mandanten, Herrn A geäußert, dieser habe „keinen Widerspruch“ gegen die Beschlagnahme geäußert. Auf meine Nachfrage bestätigten Sie mir, dass Herr A bei der Beschlagnahme am ... gar nicht anwesend war. In einem weiteren Gespräch bei Ihnen äußerte er, er wolle sich nicht zur Sache äußern. Mir gegenüber bestätigten Sie, dass ein ausdrückliches Einverständnis mit einer Sicherstellung durch Herrn A zu keinem Zeitpunkt erklärt wurde.

Falls es in diesem Punkt zu einem Missverständnis gekommen sein sollte, wird ein gegebenenfalls protokolliertes Einverständnis mit der Beschlagnahme hiermit ausdrücklich widerrufen.

Eine Durchsuchung darf nicht als bloßer Vorwand dafür benutzt werden, systematisch nach Gegenständen zu suchen, auf die sich die Durchsuchungsanordnung nicht bezieht (Meyer Goßner, § 108, Rn. 1, a. E., m.w.N.). Dies gilt erst recht für Beschlagnahmen, die ohne richterliche Anordnung erfolgt sind. Ich halte

daher das „Auslesen“ der Dateien für rechtswidrig, genauso wie die Beschlagnahme und Überprüfung beispielsweise von Software-CDs, die offensichtlich mit dem Tatvorwurf in keinerlei Zusammenhang stehen.

Mein Mandant berichtete, dass er Ihnen bei der Durchsuchung am ... telefonisch mitgeteilt habe, dass er umgezogen sei und nunmehr in der ... bei seiner Freundin C wohne. Er berichtete mir auch, dass in diesem Haus dann mehrere Polizisten aufgetaucht seien, lautstark an der Wohnungstür von Frau C geklingelt und geklopft hätten und Nachbarn befragt hätten, ob diesen etwas über Frau C oder Herrn A bekannt sei.“

7. Mit Schreiben vom ... teilte Herr Staatsanwalt X dem Rechtsanwalt des Beschwerdeführers mit, die angeforderten Akten seien „derzeit nicht entbehrlich“. Der Antrag auf Akteneinsicht sein vorgemerkt, Weiterhin wird in dem Schreiben mitgeteilt, dass die Ermittlungen noch nicht abgeschlossen seien (**Anlage 6**).

8. Mit Schreiben vom ... wurde erneute Akteneinsicht beantragt und auf den grundsätzlichen gesetzlichen Anspruch auf Akteneinsicht durch den Verteidiger gemäß § 147 StPO hingewiesen (**Anlage 7**).

9. Mit Schreiben vom ..., gerichtet an den Verteidiger, teilte Staatsanwalt X mit (Anlage 8):

„es wird mitgeteilt, dass sich derzeit weder die Akten noch Aktenbestandteile bei der Staatsanwaltschaft befinden, so dass weder die Fertigung von Zweitakten noch die Akteneinsicht in der Geschäftsstelle möglich sind. Grund sind die diversen Anträge der Verteidigung. Bei Rückkunft der Akten wird das Begehren - unaufgefordert - geprüft werden. Von „Erinnerungsschreiben“ bitte ich abzusehen.“

10. Am ... fand ein Telefongespräch zwischen dem Staatsanwalt und Rechtsanwalt Dr. Rudolph statt. Dabei ging es im Wesentlichen um Akteneinsicht. Herr Staatsanwalt X äußerte in diesem Gespräch, er „kenne die Akten noch gar nicht“.

11. Mit Schreiben vom ... an die Staatsanwaltschaft stellte der Verteidiger des Beschwerdeführers dar, dass aus seiner Sicht der Grund für die Verzögerung der Akteneinsicht nicht in den „diversen Anträgen der Verteidigung“ liegen kann, da diese der Staatsanwaltschaft bekannt gewesen sein müssen, bevor die Akten versandt wurden (**Anlage 10**).

12. Am ... erließ das AG Nürnberg - Ermittlungsrichter - folgenden Beschluss (**Anlage 11**):

„Die Beschlagnahme der folgenden Gegenstände:

- 1. Bescheinigung, Meldebescheinigung, Sozialversicherung (Kopie)*
- 2. Bescheinigung, (3 Lohn-/Gehaltsabrechnungen (Kopie)*
- 3. Bescheinigung, Einkommenssteuerbescheinigung ...*
- 4. Bescheinigung, Stundungsbescheid*
- 5. CD, 4 CD-Hüllen mit 8 CD´s/Kopien*
- 6. Computer/Zentraleinheit*
- 7. Rechnung, O2-Einzelverbindungsachweis*
- 8. Konto, 1 Geheft Kontoauszüge S Bank*
- 9. Konto, 1 Geheft Kontoauszüge P Bank,*

die am ... um ... Uhr in ... sichergestellt wurden, wird gemäß §§ 94, 98 Abs. 2 StPO angeordnet bzw. bestätigt.

Gründe:

Aufgrund der bisherigen Ermittlungen besteht folgender Verdacht:

Der Beschuldigte verkaufte im Zeitraum ... über die Internetplattform ebay insgesamt 182 Mobiltelefone, davon 46 Stück originalverpackte neue Ware.

Preisvergleiche mit anderen Internetversandhäuser ergaben, dass die Mobiltelefone in der Regel unter dem Preis der billigsten Anbieter abgegeben wurden.

Nach bisherigen Erkenntnissen ist zu vermuten, dass die verkauften Mobiltelefone aus vorangegangenen Diebstählen oder Betrugsstraftaten stammen und nun vom Beschuldigten in Gewinnerzielungsabsicht weiterverkauft werden.

Dies ist strafbar als Hehlerei gemäß § 259 StGB.

die oben genannten Gegenstände können als Beweismittel von Bedeutung sein.“

Der Beschluss ging ohne Begleitschreiben in der Kanzlei Dr. Rudolph am ... als Fax ein. Die Absender-Faxnummer lässt darauf schließen, dass das Fax von der Polizei abgesendet wurde. Eine förmliche Zustellung des Beschlusses durch den Ermittlungsrichter fand nicht statt.

13. Mit Schriftsatz vom ... wurde gegen den Beschluss des Ermittlungsrichters vom ... (Anlage 11) Beschwerde gemäß § 304 StPO eingelegt (**Anlage 12**). Die Beschwerde wurde wie folgt begründet:

„

I.

Der Beschluss ist schon deshalb rechtswidrig, da dem Betroffenen vor der Entscheidung kein rechtliches Gehör gemäß § 33 Abs. 3 StPO gewährt wurde (vgl. Meyer-Goßner § 98 StPO, Rn. 17).

Es wurde noch nicht einmal Akteneinsicht gewährt. Der Beschuldigte war während der Durchsuchung und Beschlagnahme nicht anwesend. Auf das Schreiben vom ... an die Kriminalpolizei, mit welchem um die Vorlage eines Durchsuchungsprotokolls gebeten wurde, wurde bis heute nicht reagiert.

Angesichts der Tatsache, dass der Beschuldigte bis heute nicht die Möglichkeit hatte, zu den äußerst vagen Tatvorwürfen und zu der Beschlagnahme selbst Stellung zu nehmen, wiegt der Verstoß gegen das Gebot rechtlichen Gehörs besonders schwer.

II.

Der Verdacht einer Straftat wird in dem angefochtenen Beschluss nicht dargelegt. Es wird lediglich mitgeteilt, dass der Beschuldigte Mobiltelefone über Ebay verkauft haben soll. Das begründet nicht den Verdacht einer Hehlerei.

Bezüglich des mangelnden Verdachts wird auf die Ausführungen in dem Schriftsatz vom ..., mit welchem Beschwerde gegen den Durchsuchungsbeschluss vom ... eingelegt wurde, Bezug genommen, dort insbesondere auf die Ausführungen Seite 6 und 7.

III.

Die Beschlagnahme durch die Ermittlungsbeamten war schon aufgrund eines Verstoßes gegen § 98 Abs. 1 S. 1 StPO rechtswidrig. Denn es lag keine „Gefahr im Verzug“ vor. Insbesondere war der Beschuldigte während der Durchsuchung nicht einmal anwesend, so dass eine Vereitelung der Beschlagnahme ausgeschlossen war. Darüber hinaus sind auch keine Umstände ersichtlich, die darauf schließen lassen, dass sich während einer laufenden Durchsuchung besondere Erkenntnisse ergeben haben, die ein sofortiges Einschreiten der Polizei erforderlich gemacht hätten. Die Durchsuchung fand tagsüber statt, d.h. während der gewöhnlichen Geschäftszeiten des Ermittlungsrichters. Ein Richter hätte jederzeit kontaktiert werden können.

Im Rahmen der richterlichen Bestätigung einer polizeilichen Beschlagnahme hat das Gericht zu prüfen, ob Gefahr im Verzug vorlag und ob somit die Kompetenz der Ermittlungspersonen für die Beschlagnahmeanordnung gegeben war (vgl. Meyer-Goßner, § 98 StPO Rn. 17, BVerfG, NJW 2002, S. 1333).

IV.

Die rechtswidrige Beschlagnahme durch die Ermittlungsbeamten kann auch nicht durch eine nachträgliche Beschlagnahmeanordnung durch das Gericht selbst ersetzt werden. Zwar wird in dem angefochtenen Beschluss formuliert, die Beschlagnahme werde „angeordnet bzw. bestätigt“. Richtigerweise kann ein Beschluss immer nur entweder eine eigenständige Anordnung durch das Gericht

selbst oder aber die Bestätigung einer Beschlagnahme durch die Ermittlungsbeamten darstellen.

Eine eigenständige Beschlagnahmeanordnung durch das Gericht selbst wäre auf § 98 Abs. 1 S. 1 StPO zu stützen, und nicht, wie in dem Beschluss angeführt, auf § 98 Abs. 1 S. 2 StPO.

Eine erneute Beschlagnahme durch das Gericht selbst im Sinne von § 98 Abs. 1 S. 1 StPO würde voraussetzen, dass zuvor ausgesprochen wird, dass die durch die Ermittlungsbeamten vorgenommene Beschlagnahme rechtswidrig war. Dies ist aber gerade nicht erfolgt.

V.

Abgesehen von der fehlenden Konkretisierung des Tatverdachts ist die Beschlagnahme schon deshalb offensichtlich rechtswidrig, da sie unverhältnismäßig ist. Insbesondere sind die beschlagnahmten Gegenstände nicht geeignet und erforderlich, als Beweismitteln den Tatverdacht zu erhärten.

Die Beschlagnahme von Meldebescheinigungen, Sozialversicherungsausweisen, Lohn- und Gehaltsabrechnungen, Einkommenssteuerbescheinigungen, Stundungsbescheiden usw. stellt typische Ausforschungsmaßnahmen dar, die in keinerlei Zusammenhang mit dem konkreten Verdacht stehen. Die Unterlagen sagen nichts über eine mögliche Herkunft der Mobiltelefone aus.

Dasselbe gilt für die Kontoauszüge und erst recht für die Beschlagnahme von CD`s.

Allenfalls geeignet, etwas über die Herkunft der angeblich verkauften Mobiltelefone auszusagen, wäre der Computer. Dessen Beschlagnahme ist jedoch angesichts des offenbar nicht vorhandenen Tatverdachts unverhältnismäßig und kann ebenfalls nur der (unzulässigen) Ausforschung dienen.“

Über diese Beschwerde wurde bis heute noch nicht entschieden.

14. Mit Schreiben vom ..., eingegangen am ..., teilte die Staatsanwaltschaft mit:

„Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt,

es wird mitgeteilt, dass auf der Geschäftsstelle Akteneinsicht genommen werden kann bis einschließlich Bl. 84 d. A.“

15. Am ... nahm Rechtsanwalt Dr. Rudolph auf der Geschäftsstelle Akteneinsicht. Einzelheiten wurden in dem Aktenvermerk vom ... (**Anlage 14**) dokumentiert:

„Ich habe heute in der Gerichtspost das Schreiben der Staatsanwaltschaft vom ... erhalten, mit welchem mitgeteilt wurde, dass Akteneinsicht auf der Geschäftsstelle bis einschließlich Blatt 84 d.A. genommen werden könne.

Ich begab mich daraufhin zur Geschäftsstelle, wo mir die Akten ausgehändigt wurden. Ich sprach bei Herrn Staatsanwalt X persönlich vor und bat um Erlaubnis, die Akten ins Büro mitnehmen zu dürfen, damit ich diese über das Wochenende kopieren lasse und persönlich zurückbringe.

Dies wurde mir verwehrt, mit der Begründung, der Staatsanwalt wolle die Originalakten nicht herausgeben, diese benötige sie selber. Zweit- und Drittakten seien bei den Gerichten bzw. der Polizei.

Auf meine Bitte hin, einzelne Aktenbestandteile zu kopieren, wurde mir zunächst gewährt, fünf Kopien anzufertigen. Nach der Durchsicht der Akten teilte ich der Mitarbeiterin in der Geschäftsstelle mit, dass mehr als fünf Kopien anfertigen sind und bat, mit dem Dienstvorgesetzten von Herrn Staatsanwalt X zu sprechen.

Die Geschäftsstellenbeamtin nahm daraufhin Rücksprache mit Herrn Staatsanwalt X. Im Anschluss an dieses Gespräch wurde mir erlaubt, mehr als fünf Kopien anzufertigen. Eine vollständige Anfertigung von Kopien war jedoch aus Zeitgründen nicht möglich.

16. Am ... wurde die Beschwerde vom ... (Anlage 12) ergänzend begründet (**Anlage 15**):

„In dem Beschwerdeverfahren (...) wird in Ergänzung der Beschwerde vom ... mitgeteilt, dass ich gemäß der Verfügung der Staatsanwaltschaft vom ... am ...

erstmals Gelegenheit hatte, auf der Geschäftsstelle Akteneinsicht zu nehmen. Eine vollständige Kopie der Ermittlungsakte konnte noch nicht angefertigt werden.

I.

Das Verfahren wurde durch einen Vermerk von P vom ... eingeleitet. In diesem Vermerk wird durch P ausgeführt: „Ein konkreter Hinweis auf eine Straftat hat sich bisher noch nicht ergeben“.

Weiter heißt es: „Bei Bekannt werden von Tatsachen die den hinreichenden Verdacht einer Straftat begründen, wird gesondert berichtet“.

In einem handschriftlichen Vermerk des Richters am Amtsgericht Z vom ... heißt es, Staatsanwalt V habe nach mündlicher Schilderung des Sachverhaltes mitgeteilt, „dass voraus. (sic!) der Anfangsverdacht (sic!) einer Straftat besteht.“

Bei diesen Vermerken kann allenfalls von Vorermittlungen (vgl. Meyer-Goßner, § 152 StPO, Rn. 4a) die Rede sein. Konkrete Tatsachen, die einen Anfangsverdacht (vgl. Meyer-Goßner, § 152 StPO, Rn. 4) begründen, lassen sich den Ermittlungsakten nicht entnehmen.

Zureichende tatsächliche Anhaltspunkte, die einen erhöhten Verdachtsgrad i.S.v. § 102 StPO begründen könnten (vgl. BVerfG NJW 1991, S. 690, BVerfG NJW 2005, S. 1707; 2007, S. 2749) sind erst recht nicht ersichtlich.

II.

Die Durchsicht der Akte ergibt, dass durch Herrn P ein Auskunftsersuchen an die Firma Ebay gestellt wurde, welches auf § 113 TKG gestützt wurde. Auf Bl. 3 d.A. befindet sich der Vermerk, dass durch Herrn A im Zeitraum vom ... insgesamt 22 Handys eingekauft worden seien sollen. Dies spricht gegen die Spekulation, dass die von Herrn A verkauften Handys Fehlerware darstellen. Auf Bl. 39 d.A. ergibt sich, dass Herr A während laufender Durchsuchung telefonisch gegenüber den Ermittlungsbeamten mitgeteilt habe, dass er bei der Firma Telefon arbeitet. Bei der Firma Telefon handelt es sich um ein Mobilfunkunternehmen.

Der von Herrn P in dem Vermerk vom ... angegebene primäre polizeiliche Zweck, die IMEI-Nummern der Handys zu präventiven Zwecken zu überprüfen (Bl. 4 d.A.),

hätte übrigens sehr viel einfacher erreicht werden können: Man hätte Herrn A einfach danach fragen können.

III.

Der Beschluss des Ermittlungsrichters vom ... wurde nicht durch das Gericht zugestellt. Die Absender-Faxnummer lässt vermuten, dass die Übermittlung der zwei Seiten durch die Kriminalpolizei erfolgte. Auf wessen Anordnung dies geschah lässt sich den Akten nicht entnehmen.

IV.

Bei schwerwiegenden bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen ist ein Beweisverwertungsverbot zumindest bezüglich beschlagnahmter Datenträger als Folge einer fehlerhaften Durchsuchung und Beschlagnahme verfassungsrechtlich geboten (vgl. BVerfG vom 12.04.2005, 2 BvR 1027/02).

Vorliegend hat das Gericht nicht einmal den Versuch unternommen, die gesetzlichen Voraussetzungen des § 98 Abs. 1 Satz 1 StPO („Gefahr im Verzug“) bei der Beschlagnahme durch Ermittlungspersonen zu rechtfertigen. Der Beschluss wurde durch das Gericht selbst nicht zugestellt, eine vorherige Anhörung gemäß § 33 Abs. 3 fand nicht statt.

Die Fehler wiegen offensichtlich so schwer, dass von einem Beweisverwertungsverbot auszugehen ist. Die Auswertung der Datenträger ist sofort zu unterbinden.“

Der in dem Schriftsatz in Bezug genommene „Antrag auf Erlass eines Beschlusses zur Wohnungsdurchsuchung gem. Art. 23, 24 PAG“ durch P vom ... lautet (**Anlage 10**):

„Die Kriminalspolizeidirektion regt aus folgenden Gründen den beschleunigten Erlass eines Beschlusses zur Wohnungsdurchsuchung gem. Art. 23 I Nr. 2, III Nr. 1 a, 24 PAG i. V. m. § 40/I/S. 1 VwGO

gegen

A

für dessen Wohnung, Keller/Dachboden, Nebenräume, Fahrzeuge, sowie die Auswertung von Datenträgern an.

Vorbemerkung:

Aufgrund kriminalpolizeilicher Erfahrungen, wonach wiederrechtlich erlangte Gegenstände u. A. auch über das Medium „Internet“ veräußert wurden, werden diesbezüglich auch verschiedene Internetauktionshäuser bzw. das dort angebotene Sortiment gesichtet.

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass dort sowohl die persönliche Anonymität, wie auch das „nur“ visuelle Vorhandensein der Ware, für Straftäter oftmals als einfacherer Weg des Absatzes angesehen wird.

Sachverhalt:

Im Zuge routinemäßiger Internet-Recherchen auf der Auktionsplattform Ebay, konnte über die allgemein zugänglichen Recherche-Tools festgestellt werden, dass im Zeitraum vom ..., durch Herrn A, eine größere Anzahl von teilweise hochwertigen Handys versteigert wurde.

Eine Nachfrage beim Gewerbeaufsichtsamt, ..., ergab, dass Herr A keinerlei Gewerbe angemeldet hat.

Es wurde daraufhin ein Auskunftsersuchen gem. § 113 TKG, an die Firma Ebay, gestellt.

Anhand der übersandten Auflistung konnten folgende Feststellungen getroffen werden: (Stand ...)

Im Zeitraum, vom ... wurden von Herrn A insgesamt 182 Handys versteigert.

- Bei 46 Stück der verkauften Handys handelte es sich um Neuware mit Originalsverpackung.*
- Für die darauffolgende Zeit wurden weitere 23 Handys zum Verkauf eingestellt.*

Ferner ist aus den Unterlagen ersichtlich, dass durch Herrn A, im Zeitraum vom ..., insgesamt 22 Handys angekauft wurden. Über die Herkunft der Differenz zu den oben genannten 182 Handys ist nichts bekannt.

Preisvergleiche mit anderen Internet-Versandhäusern ergaben, dass die Handys i.d.R. unter dem Preis der billigsten Anbieter abgegeben wurden.

Aufgrund der Vielzahl der versteigerten Handys innerhalb eines relativ kurzen Zeitraums sowie dem Umstand, dass nach Abgleich im Internet viele der angebotenen Handys, insbesondere diejenigen, die als neu und originalverpackt angeboten wurden, teilweise unter dem Preis der Groß-Discounter versteigert wurden, kann nicht ausgeschlossen werden, dass diese widerrechtlich erlangt wurden. Ein konkreter Hinweis auf eine Straftat hat sich bisher noch nicht ergeben.

Aufgrund dieser Tatsachen wird ein Durchsuchungsbeschluss gem. Artikel 23 PAG, insbesondere im Sinne des Absatz 1, Nummer 2, beantragt. Ein Betreten der Wohnung wäre aufgrund Art. 23 III Nr. 1 a PAG möglich, ist aber nicht ausreichend.

Da noch kein eindeutiger strafverfahrensrechtlicher Beweis geführt werden kann, soll auf die unterbindende Sicherstellung, gemäß Artikel 25 Nrn. 1, 2 PAG (siehe RN 12, Kommentar Honnacker/Beinkofer, 18. Aufl.) hingewirkt werden.

Begründung: Die Weitergabe eines ggf. rechtswidrig erlangten Handys könnte den Tatbestand des Betruges verwirklichen (Art. 25 Nr. 1 PAG), zu anderen würde durch eine Sicherstellung dem Schutz privater Rechte Rechnung getragen (Art. 25 Nr. 2 PAG).

Als primärer polizeilicher Zweck wird es angesehen, die IMEI-Nummern der vorhandenen Handys zu überprüfen, um so die Eigentumsverhältnisse nachvollziehen zu können, aber auch, insbesondere bei Neugeräten, den Vertriebsweg zu recherchieren.

Bei bekannt werden von Tatsachen, die den hinreichenden Verdacht einer Straftat begründen, wird gesondert nachberichtet.“

Der ebenfalls in Bezug genommene handschriftliche Aktenvermerk des Richters am AG Z (Ermittlungsrichter) vom ... lautet (**Anlage 17**):

„Herr Staatsanwalt V teilt nach mündlicher (Schilderung) des Sachverhalts mit, dass voraus. der Anfangsverdacht einer Straftat besteht, Die Akte möge daher zur StA übersandt werden.“

17. Mit Schreiben vom ... wandte sich der Verteidiger des Beschwerdeführers an den ermittelnden Polizeibeamten (**Anlage 18**):

„Sehr geehrter Herr P,

im Rahmen einer Durchsuchung in der ... am ... zwischen ... Uhr wurde eine Reihe von Gegenständen meines Mandanten A beschlagnahmt. Mir liegt ein Protokoll vor, mit welchem aufgelistet werden:

- 1. Meldebescheinigung Sozialversicherung*
- 2. Lohn-/Gehaltsabrechnungen*
- 3. Einkommensteuerbescheinigung ...*
- 4. Stundungsbescheid*
- 5. 4 CD-Hüllen mit 8 CDs/Kopien*
- 6. Computer/Zentraleinheit*
- 7. Rechnung O2 Einzelverbindungsanmeldung*
- 8. Kontoauszüge S Bank*
- 9. Kontoauszüge P Bank*

Exakt diese Gegenstände sind Gegenstand eines richterlichen Beschlusses des Amtsgerichts Nürnberg vom

Im Rahmen der Durchsuchung wurden durch die Ermittlungsbehörden jedoch auch noch andere Gegenstände gemäß § 98 Abs. 1 Satz 1 StPO durch die Ermittlungsbeamten aufgrund Gefahr im Verzug ohne richterlichen Beschluss beschlagnahmt. Diese Gegenstände wurden später an meinen Mandanten zurückgegeben.

Aus einem Vermerk von Ihnen vom ... ergibt sich, dass „nicht benötigte Schriftstücke/Gegenstände“ an Herrn A zurückgegeben wurden. Aus einem weiteren Vermerk vom ... ergibt sich, dass durch die Staatsanwaltschaft eine Durchsicht der Papiere am ... im Sinne von § 110 StPO angeordnet wurde (Bl. 14 d.A.).

Ich bitte um Klärung folgender Fragen:

- 1. Welche Gegenstände und Unterlagen wurden neben den oben genannten durch die Ermittlungsbehörden beschlagnahmt und zurückgegeben?*

Die Beschlagnahme dieser Gegenstände war noch nicht Gegenstand einer richterlichen Entscheidung.

- 2. Welche konkreten Anhaltspunkte für den Verdacht einer Straftat, die eine Beschlagnahme hätten rechtfertigen können, lagen zum Zeitpunkt der Beschlagnahme vor?*

Noch am ... hatten Sie in einem Vermerk festgehalten: „Ein konkreter Hinweis auf eine Straftat hat sich bisher noch nicht ergeben.“ (Bl. 4 d. A.).

- 3. Welche konkreten Anhaltspunkte bestanden aus Sicht der Ermittlungsbehörden zum Zeitpunkt der Beschlagnahme, um das gesetzliche Merkmal „Gefahr im Verzug“ (§ 98 Abs. 1 Satz 1 StPO) zu bejahen?*

Soweit aus den Akten ersichtlich fand die Durchsichtung zwischen ...Uhr statt, d. h. während normaler Geschäftszeiten des Ermittlungsrichters. Wurde versucht, einen Richter zu erreichen? Wenn ja, wann und wie oft?

- 4. Sie gaben bereits am ... die nach Ihrer persönlichen Einschätzung „nicht benötigten Schriftstücke“ an den Mandanten heraus (Bl. ... d. A.). Dies lässt darauf schließen, dass Sie die Schriftstücke bereits durchgelesen und bewertet haben, obwohl eine Anordnung gemäß § 110 StPO erst einige Tage später, nämlich am 21.10.2008 (Bl. 14 d. A.) vorlag.*

Auf welcher Rechtsgrundlage fand die Durchsicht der Papiere statt?“

Das Durchsuchungs-/Sicherstellungsprotokoll, auf welches in dem Brief Bezug genommen wird, befindet sich in **Anlage 19**.

Der Aktenvermerk des P vom ..., mit welchem der Ablauf der Durchsuchung am ... geschildert wird, befindet sich in **Anlage 20**.

Der Aktenvermerk vom ... befindet sich in **Anlage 21**.

Eine Antwort auf das Schreiben vom ... ist bis heute nicht erfolgt.

(Anmerkung: Bei den vorab per Post übermittelten Anlagen wurde versehentlich der Schriftsatz vom 14.11.2008 zwei Mal beigefügt - einmal als Anlage 15, ein weiteres Mal als Anlage 22).

18. Am ... richtete der Verteidiger des Beschwerdeführers ein Fax an den sachbearbeitenden Staatsanwalt X (**Anlage 23**), mit welchem die beiden Aktenvermerke vom ... und vom ... (Anlagen 9 und 14) übermittelt wurden.

Der Sachdarstellung in den Aktenvermerken wurde nicht widersprochen. Insbesondere wurde die Aussage in dem Telefongespräch vom ... (Anlage 9), wonach Herr Staatsanwalt X die Akten „gar nicht kenne“ nicht widerrufen.

Erst nach Anfertigung des Aktenvermerks vom ... ist dem Verteidiger die Verfügung des Staatsanwalts X vom ... (Anlage 17) zur Kenntnis gelangt, wonach von diesem persönlich der Vollzug des angegriffenen Durchsuchungsbeschlusses angeordnet wurde.

19. Am ... (versehentlich in der Druckversion mit „...“ bezeichnet) wandte sich der Verteidiger ein weiteres Mal an die Staatsanwaltschaft:

„Sehr geehrte Damen und Herren,

in oben bezeichnetem Ermittlungsverfahren bestand am ... Gelegenheit für den Verteidiger, auf der Geschäftsstelle Akteneinsicht zu nehmen. Die Anfertigung einer vollständigen Kopie war nicht möglich.

Ich beantrage erneut Akteneinsicht.

I.

Verdachtsgründe ließen sich bei der ersten Durchsicht den Ermittlungsakten nicht entnehmen.

Insbesondere ist die Behauptung der Ermittlungsbehörden, dass andere Internethändler ähnliche Handys zu teureren Preisen verkaufen, an keiner Stelle belegt.

Auf der Auflistung auf Bl. ... d. A. ist ersichtlich, dass ein Großteil der Handys, die verkauft wurden, mit dem Auktionstyp „Chinese Auction“ angeboten wurden. Laut telefonischer Auskunft von Frau D von Ebay Deutschland (Tel.: ...; vgl. Bl. ... d. A.) handelt es sich dabei um eine „klassische“ Ebay Auktion, d. h. ein Angebotsformat, bei welchem der Verkäufer keinen Einfluss auf den tatsächlichen Preis, der am Ende erzielt wird, hat. Es handelt sich bei den meisten der Verkäufe insbesondere nicht um Festpreisangebote. Die Argumentation, dass Herr A bewusst den Marktpreis unterbot, ist schon daher obsolet.

Da dem Unterzeichneten keine vollständigen Akten vorliegen, ist es derzeit nicht möglich, zu allen dokumentierten Verkäufen Stellung zu nehmen.

II.

Tatsächlich stammen die Mobilfunkgeräte nicht aus einem Diebstahl oder Betrug oder sonstigen mysteriösen Quellen.

Bei einem Großteil der Geräte handelt es sich um Billigware. Von den 10 auf Bl. ... d.A. aufgelisteten Mobiltelefonen wurden nur 2 als Neuware eingestellt. Die anderen wurden als „defekt für Bastler“ angeboten oder als „gebraucht“ bezeichnet.

Sämtliche Geräte stammen aus dem „Handyladen E Bei Herrn E handelt es sich um den Arbeitgeber der Lebensgefährtin von Herrn A, Frau C.

In dem Geschäftsbetrieb werden immer wieder Handys, die defekt sind und praktisch keinen Marktwert mehr haben, zurückgelassen. Im Laufe der Zeit sammelte sich bei Herrn E ein ganzer Karton mit derartiger Ausschussware an. Dieser Karton wurde im Wege der Schenkung an Frau C überlassen.

Bei einigen der defekten Geräte war es möglich, diese zu reparieren. Die Geräte wurden dann über den Ebay-Account von Herrn A verkauft.

Die hochwertigen Geräte, insbesondere diejenigen, die neu und original verpackt waren, stammen ebenfalls aus dem Handyladen von Herrn E. Es handelt sich dabei um Geräte, die von Kunden im Rahmen einer Vertragsverlängerung bzw. eines Neuabschlusses eines Vertrages erworben wurden. Kunden die bereits über ein Handy verfügen, benötigen manchmal kein neues Gerät. Für sie lohnt sich ein Rückverkauf der Geräte. Dabei wird gegen keine Vertragsbedingungen verstoßen; die Geräte sind entsperrt und frei handelbar.

Diejenigen Geräte, die Herr E von Kunden rückerworben hat, wurden dann im Rahmen eines Lohnausgleiches an Frau C übereignet. Entsprechende Belege füge ich in der Anlage als Kopien bei. Auch hierbei handelt es sich keinesfalls um eine rechtswidrige Vortat i.S.v. § 259 StGB sondern um einen ganz legalen Vorgang.

Insgesamt wurde ein Umsatz von etwa 10.000,00 € gemacht, bei einem Gewinn von ca. 2.500,00 €. Die entsprechenden Steuererklärungen sind noch in Bearbeitung.“

Bis heute wurde keine erneute bzw. ergänzende Akteneinsicht gewährt.

Die in Bezug genommene Auflistung der Ebay-Verkäufe findet sich als **Anlage 25**. Von der Auflistung wurde bislang nur die erste Seite kopiert. Die folgenden Seiten, die dem Verteidiger nicht schriftlich zur Verfügung stehen, weisen einen ähnlichen Inhalt auf.

Die Belege über die Herkunft der Mobiltelefone sind als **Anlage 26** beigefügt.

20. Mit Schriftsatz vom ... (Anlage 27) wurde

„beantragt,

gemäß § 98 Abs. II Satz 2 StPO festzustellen, dass die am ... ausgesprochene Beschlagnahme nachfolgend bezeichneter Gegenstände durch die Ermittlungsbehörden rechtswidrig war:

- 1. Notizbuch mit Visitenkarten/persönlichen Notizen*
- 2. Bankunterlagen, insbesondere Überweisungsträger*

3. *Verdienstabrechnungen*
4. *Nebenkostenabrechnungen*
5. *CDs mit Software Windows Home Edition, Epson Druckersoftware, Microsoft Works*

Begründung:

I.

Am ... fand in der (ehemaligen) Wohnung des Beschuldigten A, geb. ..., ..., eine Durchsuchung aufgrund eines richterlichen Durchsuchungsbeschlusses des AG Nürnberg vom ... (Az: ...) statt. Ein richterlicher Beschlagnahmebeschluss für bestimmte Gegenstände lag nicht vor.

Im Rahmen der Durchsuchung wurde durch die Polizei eine Reihe von Gegenständen gemäß § 98 Abs. 1 Satz 1 StPO beschlagnahmt. Der Beschuldigte war bei der Durchsuchung und bei der Beschlagnahme nicht anwesend.

Mit Beschluss vom ... wurde durch das Amtsgericht Nürnberg –Ermittlungsrichter- die Beschlagnahme folgender Gegenstände bestätigt (Az: ...):

- 10. Meldebescheinigung Sozialversicherung*
- 11. Lohn-/Gehaltsabrechnungen*
- 12. Einkommensteuerbescheinigung ...*
- 13. Stundungsbescheid*
- 14. 4 CD-Hüllen mit 8 CDs/Kopien*
- 15. Computer/Zentraleinheit*
- 16. Rechnung ... Einzelverbindungsnaehweise*
- 17. Kontoauszüge S Bank*
- 18. Kontoauszüge P Bank*

Ein anderer Teil der beschlagnahmten Gegenstände, nämlich diejenigen, die Gegenstand dieses Antrages sind, wurde bereits am ... durch Herrn P persönlich an den Mandanten ausgehändigt (Bl. ... d. A.).

Eine genauere Bezeichnung der Gegenstände ist derzeit nicht möglich, da ein Sicherstellungs- bzw. Beschlagnahmeprotokoll noch nicht vorgelegt wurde und vollständige Akteneinsicht bisher durch die Staatsanwaltschaft noch nicht gewährt wurde.

Eine Rechtsgrundlage für die Durchsicht der Schriftstücke durch die Ermittlungsbehörden im Sinne von § 110 StPO wurde erst einige Tage später, nämlich am ... durch eine staatsanwaltschaftliche Anordnung geschaffen (Bl. ... d. A.).

II.

Die Maßnahme hat sich durch die Rückgabe der Gegenstände bereits erledigt. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist jedoch, da es sich um einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff handelt, nach wie vor zulässig, Art. 19 IV GG.

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gemäß § 98 Abs. II Satz 1 StPO ist nicht durch den Beschluss des Ermittlungsrichters vom ... (Az.: ...) erledigt. Denn bei den Gegenständen, die Gegenstand des vorliegenden Antrags sind, handelt es sich um andere Gegenstände, als diejenigen, deren Beschlagnahme Gegenstand des Beschlusses vom ... ist.

III.

Die durch die Ermittlungsbehörden vorgenommene Beschlagnahme war rechtswidrig. Die rechtlichen Voraussetzungen des § 98 Abs. I Satz 1 StPO lagen nicht vor.

Ein Tatverdacht wurde bis heute noch nicht dargelegt. Der bloße Umstand, dass jemand Mobiltelefone über Ebay verkauft, begründet keinen Tatverdacht der Hehlerei – insbesondere dann nicht, wenn die Mobiltelefone zum großen Teil offensichtlich minderwertig sind und über die Option „einfache Auktion“ angeboten werden, bei welcher der Verkäufer keinen Einfluss auf den erzielten Verkaufspreis hat.

Gefahr im Verzug im Sinne von § 98 Abs. I Satz 1 StPO lag nicht vor. Die Beschlagnahme fand zwischen ... Uhr an einem Werktag statt. Der Beschuldigte war nicht einmal anwesend. Es hätte jederzeit ein Richter kontaktiert werden können. Soweit aus den Akten ersichtlich, wurde dies durch die Ermittlungspersonen nicht versucht.

Im Rahmen der richterlichen Überprüfung einer Beschlagnahme, die durch Ermittlungsbehörden durchgeführt wurde, obliegt es dem Gericht, festzustellen, ob

*Gefahr im Verzug vorlag (Meyer-Goßner, § 98, Rn. 17; BverfG NJW 2002, S. 1333).
War dies nicht der Fall, kann auch eine nachträgliche richterliche Bestätigung eine
rechtswidrig erfolgte Beschlagnahme nicht heilen.*

*Im Übrigen war die Beschlagnahme offensichtlich unverhältnismäßig, da sie schon nicht
geeignet war, die Tatvorwürfe der Hehlerei zu be- oder entkräftigen. Es ist nicht
ersichtlich, was persönliche Notizbücher, Nebenkostenabrechnungen, Software-CDs
usw. mit dem Tatverdacht einer Hehlerei zu tun haben sollen.“*

Eine Entscheidung über diesen Antrag steht noch aus.

21. Am ... erließ das Landgericht unter dem Aktenzeichen den Beschluss, der Gegenstand dieser Verfassungsbeschwerde ist. Dieser wurde am ... zugestellt und lautet:

*„I. Die Beschwerde des Beschuldigten gegen den Beschluss des Amtsgerichts
Nürnberg vom ..., mit dem die Durchsuchung der Wohnung mit Nebenräumen
und der Fahrzeuge des Beschuldigten angeordnet wurde. wird als unbegründet
verworfen.*

*II. der Beschwerdeführer trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens und seine
eigenen notwendigen Auslagen.*

Gründe:

I.

*Auf entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft ordnete das Amtsgericht mit
Beschluss vom ... die Durchsuchung der Wohnung mit Nebenräumen und der
Fahrzeuge des Beschuldigten A, ..., nach folgenden Gegenständen: Mobiltelefone,
Rechnungen, Computer, sonstige Schriftstücke oder Datenträger, welche Aufschluss
über Herkunft und Verbleib der verkauften Mobiltelefone geben, an. Wegen der
Einzelheiten der Begründung wird auf den genannten Beschluss (Bl. ... d. A.) Bezug
genommen.*

*Die Durchsuchung wurde am ... vollzogen. Dabei wurden verschiedene Unterlagen
(Gehaltsunterlagen, Kontoauszüge usw. und ein Computer sichergestellt.*

Mit Schriftsatz seines Verteidigers vom ... legte der Beschuldigte Beschwerde gegen den Durchsuchungsbeschluss ein und beantragte dessen Aufhebung. Er wendete sich hierin im Wesentlichen gegen die Bejahung und die Mitteilung des erforderlichen Tatverdachts in dem angegriffenen Beschluss sowie die Verhältnismäßigkeit der Anordnung. Wegen der Einzelheiten wird auf den Schriftsatz (Bl. ... d. A.) bezug genommen.

das Amtsgericht Nürnberg hat der Beschwerde unter dem ... nicht abgeholfen. die Staatsanwaltschaft hat am ... beantragt, die Beschwerde als unbegründet zu verwerfen.

II.

Die Beschwerde gegen den Durchsuchungsbeschluss des Amtsgerichts Nürnberg ist gemäß § 304 I StPO statthaft. Dass die Durchsuchung bereits vollzogen ist, macht die Beschwerde nicht unzulässig, da ein Interesse des Beschwerdeführers an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Maßnahme auch nach deren Erledigung fortbesteht, was grundsätzlich bei tiefgreifenden, tatsächlich jedoch nicht mehr fortwirkenden Grundrechtseingriffen wie einer richterlich angeordneten Durchsuchung zu bejahen ist.

die Beschwerde ist jedoch nicht begründet, da die Voraussetzungen der Anordnung einer Durchsuchung nach § 102 StPO: zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass eine bestimmte Straftat begangen wurde, und Bestehen der Begründeten Aussicht, dass der Zweck der Durchsuchung erreicht werden kann, insbesondere dass die Durchsuchung zur Auffindung von Beweismitteln führen wird, gegeben sind.

Im hiesigen Fall bestand nämlich aufgrund der vorliegenden Ermittlungsergebnisse der Verdacht, dass die vom Beschuldigten im Zeitraum vom ... über die Internetplattform „Ebay“ verkauften insgesamt 182 Mobiltelefone aus vorangegangenen Diebstählen oder Betrugsstraftaten stammten und von ihm in Kenntnis dessen in Gewinnerzielungsabsicht weiterverkauft wurden. Dieser Verdacht ergibt sich daraus, dass insbesondere aufgrund der Auskunft der Fa. Ebay feststeht, dass der beschuldigte, der kein Gewerbe angemeldet hat, als

Privatverkäufer innerhalb eines sehr kurzen Zeitraums von 6 Wochen eine große Anzahl von teils hochwertigen, teils auch originalverpackten Handys versteigerte. Die Versteigerungen erzielten zudem im Regelfall auch Erlöse, die unter dem Preis der billigsten Anbieter lagen. Angesichts der hohen Anzahl der durch den Beschuldigten als Privatanbieter versteigerten Geräte und durch deren teilweise Neuwertigkeit (Originalverpackung) besteht durchaus der Verdacht, dass diese nicht auf legalem Wege in Besitz des Beschuldigten gelangt sind.

Die Durchsuchungsanordnung war auch verhältnismäßig. Insbesondere war sie geeignet und erforderlich, um Beweismittel aufzufinden. Sehr nahe liegend war dabei die Vermutung, dass der Beschuldigte in seiner Wohnung Unterlagen und andere Beweismittel verwahrt, die Auskunft über die Herkunft und die Vertriebskanäle der veräußerten Geräte geben können. Demgegenüber erscheint es von vornherein aussichtslos, die Ersteigerer der Geräte, die zu dem Veräußerer aufgrund der Anonymität der Plattform regelmäßig keinerlei weiteren Kontakt haben und sich allein auf dessen Angaben zu der Ware verlassen müssen, zu deren Herkunft zu befragen.

Die Tatsache, dass nicht sofort auch eine Beschlagnahme aufgefundener Gegenstände angeordnet wurde, sondern diese erst nachträglich veranlasst wurde, ändert an der Rechtmäßigkeit der Durchsuchungsanordnung selbst nichts.

Die Beschwerde gegen den Durchsuchungsbeschluss ist daher als unbegründet zu verwerfen.“

22. Mit Schriftsatz vom ... (**Anlage 29**) wurde die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (§ 33a StPO) gerügt sowie hilfsweise weitere Beschwerde gemäß § 310 StPO eingelegt. Wörtlich wird ausgeführt:

„Es wird davon ausgegangen, dass ein anderer Rechtsbehelf gegen den Beschluss nicht statthaft ist. Insbesondere liegen die Voraussetzungen einer weiteren Beschwerde gemäß § 310 StPO nach dem Gesetzeswortlaut nicht vor.

Eine Analogie zu den Fällen des § 310 Abs. 1 StPO (Verhaftung, einstweilige Unterbringung, dinglicher Arrest) liegt zwar in den Fällen einer Beschwerde gegen eine Durchsuchung (§ 102 StPO) durchaus nahe. Auch hierbei handelt es sich wie in den in § 310 I StPO genannten Fällen um einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff.

Eine Gleichstellung von Freiheitsentziehung, Arrest und Durchsuchung fand in der Rechtsprechung des BVerfG zuletzt in einem anderen Zusammenhang statt, und zwar in Bezug auf das Akteneinsichtsrecht der Verteidigung (§ 147 StPO). Bei Untersuchungshaft ist seit längerem ein unbeschränktes Akteneinsichtsrecht aufgrund des Anspruchs auf rechtliches Gehör (§ 103 Abs. 1 GG) anerkannt (EGMR vom 13.02.2001; NJW 2002, 2013 ff.; Meyer-Goßner, § 147 StPO, Rn 25a, m.w.N.). Nach neuester Rechtsprechung wurden diese Gedanken auch auf die Fälle dinglichen Arrests (BVerfG, NJW 2002, 1048) und Durchsuchungen (BVerfG NStZ 2007, 274; vgl. Meyer-Goßner, § 147 StPO, Rn 25 b) übertragen.

Alle drei Fälle sind insoweit vergleichbar, als es sich um schwerwiegende Grundrechtseingriffe handelt, die unter einem grundsätzlichen Richtervorbehalt stehen und zu dauerhaften Belastungen des Beschuldigten im Strafprozess führen. Die Fallkonstellationen Haft, Arrest und Durchsuchung sind auch deshalb miteinander vergleichbar, da es sich um wichtige Instrumente der Ermittlungsbehörden im Strafprozess handelt.

Nach einem Bericht von Tobias Lill im Internetmagazin „Spiegel-online“ („Hausdurchsuchungen – Razzia im rechtsfreien Raum vom 31.12.2007“) wird die Anzahl der rechtswidrigen Hausdurchsuchungen in Deutschland nach rechtstatsächlichen Untersuchungen der Stiftung Pro Justitia auf einige tausend jährlich geschätzt. Allein beim Bundesverfassungsgericht sollen im Jahr 2006 über 90 entsprechende Verfassungsbeschwerden eingegangen sein. Eine Kopie des Artikels befindet sich in der Anlage.

Die Zulassung einer weiteren Beschwerde in Analogie zu § 310 Abs. 1 StPO scheint vor dem Hintergrund des Artikels 19 Abs. 4 GG nicht nur methodisch möglich, sondern verfassungsrechtlich geboten. Denn das Bundesverfassungsgericht ist organisatorisch nicht in der Lage, als eine Art „Superrevisionsinstanz“ sämtliche

umstrittenen Durchsuchungen auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen. Es stellt auch für einen Beschwerdeführer gerade in „Bagatellfällen“ eine unzumutbare Erschwerung des Rechtswegs dar, sämtliche Rechtsmittel inklusive einer Verfassungsbeschwerde ausschöpfen zu müssen, um Rechtssicherheit über die Rechtmäßigkeit einer durchgeführten Durchsuchung zu erlangen.

Gegen eine Analogie spricht der eindeutige Gesetzeswortlaut, § 310 Abs. 2 StPO.

Für den Fall, dass das Gericht eine Analogie zu § 310 Abs. 1 StPO bejaht, ist der vorliegende Schriftsatz als weitere Beschwerde anzusehen.

Zur Begründung:

I.

Der Beschluss des LG ist schon deshalb rechtswidrig, da gegen das Gebot rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) verstoßen wurde. Zum Zeitpunkt des Erlasses des LG-Beschlusses am ... war Akteneinsicht entgegen den gesetzlichen Anspruch gemäß § 147 Abs. 1 StPO noch nicht gewährt worden. Akteneinsicht war bereits mit Schriftsatz vom ... beantragt worden. Am ... wurde durch Herrn Staatsanwalt X mitgeteilt, dass sich die Akten derzeit nicht bei der Staatsanwaltschaft befinden und Zweitakten nicht angefertigt worden seien. Gemäß Verfügung der Staatsanwaltschaft vom ..., zugegangen am ... bestand für den Verteidiger am ... erstmals Gelegenheit, auf der Geschäftsstelle Akteneinsicht in die Ermittlungsakten zu nehmen (ohne die beschlagnahmten Beweismittel). Eine vollständige Kopie der Ermittlungsakten konnte bis heute nicht angefertigt werden. Zuletzt wurde erneut Akteneinsicht mit Schriftsatz vom ... beantragt. Auf diesen Schriftsatz gab es bislang noch keine Reaktionen der Ermittlungsbehörden.

Eine Angabe der jeweiligen Seitenzahlen aus den Ermittlungsakten ist nicht möglich, da diese dem Unterzeichneten nicht bekannt sind.

II.

Das LG nimmt in dem angegriffenen Beschluss Bezug auf eine „Auskunft der Fa. Ebay“, wonach feststehe, dass der Beschuldigte kein Gewerbe angemeldet habe und

als Privatverkäufer innerhalb eines sehr kurzen Zeitraums von 6 Wochen eine große Anzahl von teils hochwertigen, teils originalverpackten Handys versteigerte.

Diese Ausführungen sind keinesfalls geeignet, einen hinreichend konkretisierten Verdacht im Sinne von § 102 StPO zu begründen. Wie bereits im Rahmen der Beschwerde gegen den Beschluss ausgeführt, kann aus der Tatsache, dass Handys verkauft werden, keinesfalls geschlossen werden, dass es sich dabei um Hehlerware handelt. Tatsächlich hat eine erste Durchsicht der Ebay-Auskunft ergeben, dass nur ein sehr geringer Teil der verkauften Mobiltelefone neuwertig waren. Bei den meisten verkauften Geräten handelte es sich um „Billigware“, die durch Herrn A bzw. dessen Lebensgefährtin selbst repariert worden waren, nachdem sie ursprünglich entsorgt hatten werden sollen. Im Übrigen wurden einige der Mobiltelefone auch als „defekt“ angeboten.

Die Ausführungen in dem Beschluss des LG, es „erscheine von vornherein aussichtslos“ die Käufer der Geräte zu fragen, ob diesen etwas über die Herkunft bekannt sei, sind unzutreffend. Die behauptete „Anonymität der Plattform“ gehört der Vergangenheit an. Die Anforderungen an die Registrierung als Mitglied bei Ebay wurden in den letzten Jahren stark formalisiert. Ein Identitätsnachweis ist unumgänglich. Auf den Ebay-Foren und über das Bewertungssystem können sich Käufer untereinander sehr genau über einen Verkäufer und etwaige betrügerische Machenschaften austauschen - was auch rege geschieht. Viele kritische Käufer nehmen vorab per E-Mail Kontakt mit einem potenziellen Verkäufer auf und erkundigen sich nach der Herkunft eines Gerätes bzw. nach ausgewiesener Mehrwertsteuer usw.. Hätte man bei nur wenigen Käufer (deren Namen und Adressen aufgrund der Ebay-Auskunft den Ermittlungsbehörden bereits bekannt waren) nachgefragt, wäre mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen, dass es zu persönlichen Kontakten zwischen dem Verkäufer und dem Käufern kam, in deren Rahmen den Käufern mitgeteilt wurde, dass die Geräte aus einem Mobilfunkgeschäft stammen, in welchem die Lebensgefährtin von Herrn A arbeitet.

III.

Auf die Frage, ob die durch das Landgericht erstmals in Spiel gebrachte Ebay-Auskunft oder die fehlende Gewerbeanmeldung den Tatverdacht einer Hehlerei begründen, kommt es letztlich im vorliegenden Zusammenhang gar nicht an. Denn bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit eines richterlichen Durchsuchungsbeschlusses im Rahmen einer Beschwerde gemäß § 304 StPO darf das Landgericht keine eigene Entscheidung über die vorausgegangene Durchsuchungsanordnung aufgrund eigener Aktenkenntnis treffen. Der rechtliche Prüfungsmaßstab beschränkt sich vielmehr darauf ob die in dem richterlichen Ausgangsbeschluss genannten Tatsachen hinreichend konkret sind, um aus sich heraus alleine einen hinreichend konkreten Tatverdacht zu begründen. Es dürfen insbesondere bei bereits erledigten Maßnahmen keine neuen Verdachtsgründe „nachgeschoben“ werden.

In der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 09.11.2001 (2 BvR 436/01) führt das Bundesverfassungsgericht aus:

„Das Landgericht hat bei der Durchsuchungsanordnung zwar einen falschen Prüfungsmaßstab angelegt, indem es eine eigene Entscheidung über die Durchsuchungsanordnung getroffen hat, welche die vorerledigte Vollziehung der Maßnahme nicht mehr beeinflussen konnte. Darauf beruht der angegriffene Beschluss aber nicht, da die vom Landgericht aus seiner sich noch nachgebesserte ermittlungsrichterliche Durchsuchungsgestattung bereits den verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen genügte.“

Vorliegend genügt der Durchsuchungsbeschluss des AG ... nicht den verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen. Ob er diesen genügt hätte, wenn die von dem Landgericht zusätzlich ins Spiel gebrachten Punkte (Ebay-Auskunft; Gewerbeauskunft) mit aufgenommen worden wären, bedarf im vorliegenden Zusammenhang keiner Entscheidung.

IV.

Welche „Preisvergleiche“ mit „anderen (sic!) Internet-Versandhäusern“ durchgeführt wurden, und zu welchem Ergebnis diese gelangten, lässt sich den

Akten nicht entnehmen. Insbesondere ist nicht bekannt, ob die Preisvergleiche sich auch auf die defekten Mobiltelefone bezogen.

V.

Dadurch, dass das LG im Rahmen seiner Beschwerdeentscheidung neue Tatsachen ins Spiel brachte, die (zumindest aus Sicht des LG) auch entscheidungserheblich sind, und zu denen der Beschuldigte keine Möglichkeit hatte, Stellung zu nehmen, liegt eine neue und eigenständige Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, welche im Rahmen des § 33 a StPO zu korrigieren ist. „

Der in dem Schriftsatz in Bezug genommene Spiegel-Artikel ist in Anlage 29 mit angeheftet.

Am ... wurde der Schriftsatz vom ... (Anlage 29) wie folgt ergänzt (**Anlage 30**):

„Eine weniger einschneidende Maßnahme als eine Durchsuchung wäre auch ein „Testkauf“ gewesen, bzw. eine „Testanfrage“. Es ist bei Ebay-Angeboten ohne weiteres möglich, mit dem Verkäufer per E-Mail Kontakt aufzunehmen und diesen zu fragen, woher die angebotenen Mobiltelefone stammen.

Soweit ersichtlich wurde eine solche – mit sehr wenig Aufwand und ohne Vereitelungsrisiko durchzuführende – Maßnahme durch die Ermittlungsbehörden nicht ergriffen.“

Eine Reaktion auf die Gehörsrüge ist bis heute nicht erfolgt.

C. Grundrechtsverstöße

I. Verstoß gegen Art. 13 GG

a) Rechtlicher Maßstab

1. Art. 13 I GG garantiert die Unverletzlichkeit der Wohnung. Damit wird dem Einzelnen zur freien Entfaltung seiner Persönlichkeit ein Freiheitsraum gewährt, in dem er das Recht hat in Ruhe gelassen zu werden. In diese grundrechtlich geschützte Lebenssphäre greift eine Durchsuchung schwerwiegend ein (BVerfGE 42, 212, 219f; 59, 95, 97; 103, 142, 150f.). Dem Gewicht dieses Eingriffs und der verfassungsrechtlichen Bedeutung des

Schutzes der räumlichen Privatsphäre entspricht es, dass Art. 13 II GG die Anordnung der Durchsuchung grundsätzlich dem Richter vorbehält. Dieser hat eigenverantwortlich in jedem Einzelfall die Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen zu prüfen. Die richterliche Durchsuchungsanordnung ist keine bloße Formsache (BVerfGE 57, 346, 355).

2. Die Durchsuchung bedarf vor allem einer Rechtfertigung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Sie muss im Blick auf den bei der Anordnung verfolgten gesetzlichen Zweck Erfolg versprechend sein. Ferner muss gerade diese Zwangsmaßnahme zur Ermittlung und Verfolgung der Straftat erforderlich sein. Schließlich muss der jeweilige Eingriff in angemessenem Verhältnis zu der Schwere der Straftat und der Stärke des Tatverdachts stehen (vgl. BVerfGE 42, 212, 220). Der Richter darf die Durchsuchung nur anordnen, wenn er sich aufgrund eigenverantwortlicher Prüfung der Ermittlungen überzeugt hat, dass die Maßnahme verhältnismäßig ist (vgl. BVerfGE 96, 44, 51, vgl. auch zuletzt BVerfG, 2 BvR 1219/07 vom 21.1.2008).

b) Verstoß gegen das Grundrecht

1. Der Tatverdacht beruht vorliegend alleine darauf, dass der Beschwerdeführer Mobiltelefone über die Internetplattform Ebay verkauft hat. Dies ist kein hinreichender Grund für einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff.

Bei der Internetplattform Ebay handelt es sich um ein Online-Portal, auf welchem täglich viele Tausende Artikel umgesetzt werden. Artikel werden sowohl von Privatpersonen als auch von gewerblichen Verkäufern angeboten. Aus dem angegriffenen Beschluss ergibt sich nicht, ob die Verkäufe privat oder gewerblich stattgefunden haben sollen.

Die in dem Beschluss des AG ... aufgestellte Behauptung, dass die Mobiltelefone „i.d.R. unter dem Preis der billigsten Anbieter abgegeben wurden“ ist unzutreffend und an keiner Stelle belegt. Tatsächlich handelte es sich bei einem großen Teil der Geräte um defekte Ware bzw. Geräte, die im Handel aussortiert waren und durch den Beschwerdeführer selbst repariert wurden. Einen handelsüblichen Marktpreis haben diese Geräte nicht.

Einen Marktpreis haben allenfalls die 46 Neugeräte, die nach der Darstellung in dem Beschluss originalverpackt zum Verkauf angeboten wurden. Diese Geräte wurden jedoch in

Form einer Auktion eingestellt, bei welcher der Verkäufer keinen Einfluss auf den tatsächlich erzielten Endpreis hat. Der Endpreis wird bei der gewählten Form der Auktion de facto durch denjenigen Bieter bestimmt, der den zweithöchsten Preis bietet. Derjenige Bieter, der den höchsten Preis einstellt, bekommt den Zuschlag zu dem nächst niedrigeren Gebot. (Illegale) Einflussmöglichkeiten bestehen für einen Verkäufer allenfalls dahingehend, einen Preis „nach oben zu drücken“, etwa indem man sich unter einem Pseudonym an der eigenen Auktion beteiligt. Die Möglichkeit, ein Produkt unter dem Marktwert anzubieten, besteht nicht, da durch das System der Auktion der Marktpreis recht präzise ermittelt wird. Insbesondere bei Massenartikeln wie Mobiltelefonen kommt es angesichts der hohen Popularität von Ebay nur sehr selten zu „Ausreißern“ oder zu „Schnäppchen“. In der Regel beteiligen sich sehr viele Personen an der Auktion, die sich auf der Plattform sehr genau über die Vergleichspreise informieren. So war es auch bei den Auktionen des Beschwerdeführers.

2. Der Ermittlungsrichter ist seiner Verpflichtung zur eigenständigen gewissenhaften Überprüfung des Tatverdachts nicht nachgekommen.

Der Sachverhalt wurde zunächst durch den Polizeibeamten P in dem Antrag vom ... (Anlage 16) wie folgt bewertet: „Ein konkreter Hinweis auf eine Straftat hat sich bisher noch nicht ergeben.“

Seit dieser Feststellung wurden - soweit ersichtlich - keine weiteren Ermittlungsmaßnahmen getroffen.

Es kam lediglich zu einem Telefongespräch zwischen dem Ermittlungsrichter und dem (bis dahin sachbearbeitenden) Staatsanwalt V, wonach „voraussichtlich“ der „Anfangsverdacht“ einer Straftat bestehe.

Es sind keine Verdachtsmomente bekannt, die zwischen diesem Telefongespräch und dem Erlass des Durchsuchungsbeschlusses hinzukamen.

Das LG hat in der Beschwerdeentscheidung vom ... ebenfalls keine eigenständige Prüfung vorgenommen. Insbesondere hat es die unzutreffende und unsinnige Behauptung, die Mobiltelefone seien „unter dem Preis der billigsten Anlieger“ verkauft worden, ohne Tatsachengrundlage übernommen.

3. Die Durchsuchung war auch unverhältnismäßig, da es eine ganze Reihe von weniger belastenden Möglichkeiten gegeben hätte, die Herkunft der Mobiltelefone aufzuklären. Es wurden vor der Durchsuchung keine Testkäufe durchgeführt. Es wurden keine Käufer befragt. Es wurde nicht nach der Vorlage einer Rechnung gefragt. Es wurde nicht versucht, etwas über die Lebenssituation des Beschwerdeführers herauszubekommen, um herauszufinden, auf welchem Wege dieser legal Mobiltelefone (neu, gebraucht oder defekt) erwarb.

II. Verstoß gegen Art. 103 I GG (rechtliches Gehör)

Ob und inwieweit ein Verstoß gegen das Gebot des rechtlichen Gehörs vorliegt, wird dargelegt werden, nachdem eine Entscheidung über die Anhörungsrüge erfolgt ist.

Dr. Tobias Rudolph

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Strafrecht

Anlagen:

1. Beschluss des Amtsgerichts ...
2. Schreiben an die Staatsanwaltschaft ...
3. Beschwerde an das Amtsgericht ...
4. Schreiben an das Kriminalfachdezernat ...
5. Schreiben an das Kriminalfachdezernat ...
6. Schreiben der Staatsanwaltschaft ...
7. Schreiben an die Staatsanwaltschaft ...
8. Schreiben der Staatsanwaltschaft ...
9. Aktenvermerk Telefongespräch ...
10. Schreiben an die Staatsanwaltschaft ...

11. Beschluss des Amtsgerichts ...
12. Beschwerde an das Amtsgericht ...
13. Schreiben der Staatsanwaltschaft ...
14. Aktenvermerk vom ...
15. Schriftsatz an das Amtsgericht ...
16. Schreiben der Kriminalpolizeidirektion ...
17. Aktennotiz vom ...
18. Schreiben an das Kriminalfachdezernat ...
19. Durchsuchungs-/Sicherstellungsprotokoll vom ...
20. Aktenvermerk ...
21. Aktenvermerk ...
22. *Schriftsatz an das Amtsgericht ...*
23. Schreiben an die Staatsanwaltschaft ...
24. Schreiben an die Staatsanwaltschaft ...
25. Auktionsdaten vom ...
26. Rechnungsbelege des Handyladens ...
27. Schriftsatz an das Amtsgericht ...
28. Beschluss des Landgerichts ...
29. Schriftsatz an das Landgericht ...
30. Schriftsatz an das Landgericht ...