

Die Verteidigung im Medizinstrafrecht mit prozessualen Mitteln - insbesondere beim Sichtungsverfahren (§ 110 StPO) und mittels des Datenschutzrechts (z.B. § 48 BDSG)

Dr. Oliver Pragal, LL.M. (Cape Town)

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Strafrecht



Deutscher **Anwalt** Verein
Arbeitsgemeinschaft
Medizinrecht

15. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag Brennpunkte des Arztstrafrechts

- I. Einleitung: Warum das Ganze?
- II. Verteidigungsansätze im Sichtungsverfahren gem. § 110 StPO
- III. Verteidigungsansätze anhand von § 48 BDSG
- IV. Verteidigungsansätze anhand der Aktenunvollständigkeit
- V. Zusammenfassung

I. Einleitung: Warum das Ganze?

- Wahrung prozessualer Rechte
- Erarbeitung einer Verhandlungsposition
- ggf. Beweisverwertungsverbote

II. Verteidigungsansätze im Sichtungsverfahren gem. § 110 StPO

- Anfangsverdacht -> Verfahrenseinleitung -> Antrag auf Durchsuchung -> Durchsuchungsbeschluss -> Durchsuchung
- Ziel: Beschlagnahme von relevanten Beweismitteln
- Schwerpunkt: IT / E-Mails
- „Kombinationsbeschlüsse“ praktisch selten
- Prüfung der potentiellen Beweisrelevanz erforderlich: Sichtungsverfahren gem. § 110 StPO (vorläufige Sicherstellung)

II. Verteidigungsansätze im Sichtungsverfahren gem. § 110 StPO

§ 110 Durchsicht von Papieren und elektronischen Speichermedien

- (1) Die Durchsicht der Papiere des von der Durchsuchung Betroffenen steht der Staatsanwaltschaft und auf deren Anordnung ihren Ermittlungspersonen (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) zu.*
- (2) Im Übrigen sind Beamte zur Durchsicht der aufgefundenen Papiere nur dann befugt, wenn der Inhaber die Durchsicht genehmigt. Andernfalls haben sie die Papiere, deren Durchsicht sie für geboten erachten, in einem Umschlag, der in Gegenwart des Inhabers mit dem Amtssiegel zu verschließen ist, an die Staatsanwaltschaft abzuliefern.*
- (3) Nach Maßgabe der Absätze 1 und 2 ist auch die Durchsicht von elektronischen Speichermedien bei dem von der Durchsuchung Betroffenen zulässig. Diese Durchsicht darf auch auf hiervon räumlich getrennte Speichermedien erstreckt werden, soweit auf sie von dem elektronischen Speichermedium aus zugegriffen werden kann, wenn andernfalls der Verlust der gesuchten Daten zu befürchten ist. Daten, die für die Untersuchung von Bedeutung sein können, dürfen gesichert werden.*
- (4) Werden Papiere zur Durchsicht mitgenommen oder Daten vorläufig gesichert, gelten die §§ 95a und 98 Absatz 2 entsprechend.*

II. Verteidigungsansätze im Sichtungsverfahren gem. § 110 StPO

- Zweck: Feststellung potentieller Beweisrelevanz (nicht: „Auswertung“)

beweisrelevant



Antrag StA



Beschlagnahme



Auswertung

nicht beweisrelevant



Rückgabe

II. **Verteidigungsansätze im Sichtungsverfahren gem. § 110 StPO**

- Abstimmung der Suchbegriffe
- Teilnahme an der Sichtung
- Dauer der Sichtung
- Auswertung statt Sichtung
- späterer Entfall des Tatverdachts
- Missachtung des Richtervorbehalts
- Rechtsmittel

II. Verteidigungsansätze im Sichtungsverfahren gem. § 110 StPO

➤ Abstimmung der Suchbegriffe

– Warum?

- Eingrenzung der Suche
- Vermeidung von Zufallsfunden (§ 108 StPO)
- Vermeidung eines *bias*:

„A Hierarchy of Expert Performance (HEP) applied to Digital Forensics: Reliability and Biasability in Digital Forensics Decision Making” (Sunde / Dror, vgl. <https://t.ly/CcCHX>).

II. Verteidigungsansätze im Sichtungsverfahren gem. § 110 StPO

➤ Abstimmung der Suchbegriffe

Article

A Hierarchy of Expert Performance (HEP) applied to Digital Forensics: Reliability and Biasability in Digital Forensics Decision Making

May 2021 · *Forensic Science International Digital Investigation* 37(2)

DOI: [10.1016/j.fsidi.2021.301175](https://doi.org/10.1016/j.fsidi.2021.301175)

License · [CC BY-NC-ND 4.0](#)

Authors:



Nina Sunde
Norwegian Police University College, Osl...



Itiel Dror
Cognitive Consultants International (CCI-...

Abstract

In order to examine the biasability (impact of contextual information) and reliability (consistency) of digital forensic observations, interpretations and conclusions, 53 digital forensics (DF) examiners analysed the same evidence file. For biasability, some DF examiners were provided with contextual information suggesting guilt or innocence, and a control group received no contextual information. **As per biasability, the results suggest that their observations were affected by the biasing contextual information.** As per reliability, the results suggest low reliability between DF examiners in observations, interpretations and conclusions. For improving DF work, as well as for transparency, it is important to study and assess the biasability and reliability of their decision making.

II. Verteidigungsansätze im Sichtungsverfahren gem. § 110 StPO

➤ Abstimmung der Suchbegriffe

- wohl kein Rechtsanspruch (*Doege*, NStZ 2022, 466, 471; *Wenzl*, NStZ 2021, 395, 399) – aber einen Versuch ist es wert!
- Argumentation:
 - s.o. (Eingrenzung / keine Suche nach Zufallsfunden)
 - Hinweis auf das Gebot des fairen Verfahrens gem. Art. 6 EMRK (Sichtung ist Durchsuchung, die eine offene Maßnahme mit Anwesenheitsrecht darstellt)
 - zumindest Offenlegung beantragen zwecks Gelegenheit zur Stellungnahme / Gewähr der Suche nach Entlastendem (§ 160 Abs. 2 StPO)

II. Verteidigungsansätze im Sichtungsverfahren gem. § 110 StPO

- Teilnahme an der Sichtung

- genereller Rechtsanspruch strittig (*Doege*, NStZ 2022, 466) – aber einen Versuch ist es wert!

- Argumentation

- BVerfG NJW 2009, 2431:

- „Gleichwohl kann es im Einzelfall geboten sein, den oder die Inhaber des jeweiligen Datenbestands in die Prüfung der Verfahrenserheblichkeit sichergestellter Daten einzubeziehen“*

- LG Kiel, Beschluss vom 18. Juni 2021 – 3 Qs 14/21, NZWiSt 2021, 408: bei Sichtung von größerem Datenbestand eines Dritten

II. Verteidigungsansätze im Sichtungsverfahren gem. § 110 StPO

➤ Dauer der Sichtung

- keine starre Grenze (nur Beschleunigungsgebot, Art. 6 EMRK)
- Kriterien
 - Menge / Komplexität der „Papiere“ bzw. Daten
 - Stärke des Verdachts / Schwere des Vorwurfs
 - Beeinträchtigung des Betroffenen (Spiegelung?)
 - sukzessive Rückgabe
 - nicht: fehlende Ressourcen / Überlastung
- Beispiele (vgl. *Cordes/Reichling* NStZ 2022, S. 712, 714)
 - LG Frankfurt (NStZ 97, 564 f.): **15 Monate** „noch hinnehmbar“ wg. „außerordentlich umfangreichem Datenbestand sowie internationaler Bezüge“

II. Verteidigungsansätze im Sichtungsverfahren gem. § 110 StPO

➤ *Auswertung* statt bloßer Sichtung

- Sichtung nur insoweit, wie für Prüfung des Beschlagnahmeantrags erforderlich (Ermessen, vgl. BGH, Beschl. v. 05.08.2003, StB 7/03, juris Rn. 15)
- Überschreitung:
 - Anfertigung von „Auswertungsvermerken“
 - Anlage von „Beweismittelordnern“ oder „Fallakten“
 - Verwertung zu Folge-Ermittlungsmaßnahmen
- gilt auch bei richterlicher Bestätigung der vorl. Sicherstellung
- Praxis: häufig unbewusster, fließender Übergang
- BVerfG (Beschl. v. 17.11.2022 – 2 BvR 827/21): Auswertung vor Beschlagnahme *ist* „nicht unerheblicher Verfahrensverstoß“

II. Verteidigungsansätze im Sichtungsverfahren gem. § 110 StPO

➤ späterer Entfall des Tatverdachts

- grds. maßgeblich: Sach- und Rechtslage zur Zeit des Erlasses des DuSu-B.
- *„wird aber im weiteren Ermittlungsverfahren etwa durch die Vorlage neuer Beweismittel der Anfangsverdacht wieder beseitigt, so ist die Fortführung der Durchsuchung in Form der Durchsicht der aufgefundenen Unterlagen rechtswidrig“* (BVerfG, Beschluss vom 18. März 2009 – 2 BvR 1036/08, juris Rn. 54)
- keine „Extrapolation“ von bekannten auf unbekannte Fälle:
„Die Durchsuchung soll einen gegebenen Tatverdacht belegen, nicht erst die Tatsachen herbeischaffen, um ihn zu begründen.“ (BVerfG, Beschluss vom 13. März 2014 – 2 BvR 974/12, juris Rn. 17)

➤ Beschwerde gegen DuSu-Beschluss

➤ falls dennoch Beschlagnahme: Beschwerde gegen Beschlagnahmebeschluss

II. Verteidigungsansätze im Sichtungsverfahren gem. § 110 StPO

➤ (1/3) Missachtung des Richtervorbehalts (Übergang zur Auswertung)

- grds. ist die **förmliche Beschlagnahme** erforderlich (vgl. § 98 Abs. 1 StPO)
„Eine inhaltliche Auswertung der Beweismittel ist den Ermittlungsbehörden erst nach richterlicher Anordnung der Beschlagnahme gem. § 94 Abs. 2 i.V.m. § 98 Abs. 1 Satz 1 StPO gestattet“ (BVerfG, Beschluss vom 17. November 2022, 2 BvR 827/21, juris)
- *„Abgeschlossen ist [...] erst dann, wenn die StA eine Entscheidung über den weiteren Verbleib der vorläufig sichergestellten [...] Gegenstände getroffen hat, etwa indem sie die Rückgabe an den Berechtigten verfügt oder – wie hier im Hinblick auf die in dem Beweismittelordner abgehefteten Unterlagen erforderlich und schließlich geschehen – einen Antrag auf richterliche Beschlagnahme stellt.“ (vgl. BGH, Beschluss vom 3. August 1995, StB 33/95, juris Rn. 8; LG Hamburg, Beschl. v. 10.07.2024, Az.: 630 Qs 8/24)*

II. Verteidigungsansätze im Sichtungsverfahren gem. § 110 StPO

➤ (2/3) Missachtung des Richtervorbehalts

- Beschlagnahme entbehrlich durch Einwilligung (Sicherstellung nach § 94 Abs. 1 StPO)?
- konkludente Einwilligung durch Schweigen?
 - **Var. 1:** Fließender Übergang von Sichtung in Auswertung ohne Mitteilung?
 - **Nein**, bloßes Schweigen besitzt keinen Erklärungswert
 - **Var. 2:** Mitteilung der StA: „*Sichtung beendet*“ / Betroffener und RA widersprechen nicht
 - **Nein**, bloßes Schweigen besitzt keinen Erklärungswert
 - Sensibilität der Patientendaten erfordert ausdrückliche Einwilligung (Strafbarkeitsrisiken nach § 203 StGB!)

II. Verteidigungsansätze im Sichtungsverfahren gem. § 110 StPO

➤ (3/3) Missachtung des Richtervorbehalts

– Rechtsverlust bei ausdrücklicher Einwilligung des Betroffenen?

- „Rettungsanker“ LG Kiel, StV-S 2022, S.8:

Einwilligung unwirksam, wenn keine Aufklärung über deren Widerruflichkeit (ex-nunc) sowie bzgl. des Zweck der Datenverarbeitung erfolgte (vgl. § 500 Abs. 1 StPO i.V.m § 51 Abs. 3 S. 3 bzw. Abs. 4 S. 3 BDSG)

II. Verteidigungsansätze im Sichtungsverfahren gem. § 110 StPO

➤ (1/2) Rechtsmittel

- Antrag auf gerichtliche Entscheidung (vgl. § 110 Abs. 4 i.V.m. § 98 Abs. 2 S. 2 StPO analog)
 - Unterbindung weiterer Sichtung bzw. Auswertung
 - Feststellung der Rechtswidrigkeit erfolgter Maßnahmen
- Erfolgchancen:
 - Abstimmung Suchbegriffe: **gering**
 - Teilnahme an Sichtung: **mittel, fallabhängig**
 - Dauer der Sichtung: **fallabhängig**
 - Auswertung statt Sichtung: **hoch**
 - Missachtung des Richtervorbehalts: **hoch**
- bei Nachholung der Beschlagnahme: Beschwerde

II. Verteidigungsansätze im Sichtungsverfahren gem. § 110 StPO

➤ (2/2) Rechtsmittel

- Rechtsverlust durch Verwirkung (LG Hamburg, Beschl. v. 10.07.2024 – 630 Qs 8/24)?

II. Verteidigungsansätze im Sichtungsverfahren gem. § 110 StPO

➤ Beweisverwertungsverbote

- BVerfG, Beschluss vom 12.04.2005 – 2 BvR 1027/02 = NJW 2005, 1917):
„Zumindest bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen ist ein Beweisverwertungsverbot als Folge einer fehlerhaften Durchsuchung und Beschlagnahme von Datenträgern und darauf vorhandenen Daten geboten“
- BVerfG (Beschl. v. 17.11.2022 – 2 BvR 827/21): Auswertung vor Beschlagnahme *ist „nicht unerheblicher Verfahrensverstoß“*
- Folge: Beschlagnahme unzulässig mangels Beweisbedeutung
- ggf. Beschwerde erheben!
- Verwertungswiderspruch erheben!

II. Verteidigungsansätze im Sichtungsverfahren gem. § 110 StPO

➤ Löschung von Auswertungsergebnissen?

- Lösungsanspruch aus § 98 Abs. 2 StPO (LG Stralsund, Beschl. v. 26.07.2022 – 26 Qs 45/21; BeckRS 2022, 52746)?
 - *„Alle von sichergestellten Datenträgern gefertigten unveränderten elektronischen Dateien, die an Stelle der Originaldateien treten (Images) sind zu löschen.“*
- Lösungsanspruch aus §§ 75 Abs. 2 BDSG i.V.m. § 500 Abs. 1 StPO **auch in Bezug auf Sekundärquellen** (*Cordes/Reichling*, NStZ 22, 712, 716; *Hiéramente/Wagner*, StV-S 4/2023, S. 172, 173)

III. Verteidigungsansätze anhand von § 48 BDSG

§ 48 BDSG

Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten

- (1) Die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten ist nur zulässig, wenn sie zur Aufgabenerfüllung unbedingt erforderlich ist.*
- (2) Werden besondere Kategorien personenbezogener Daten verarbeitet, sind geeignete Garantien für die Rechtsgüter der betroffenen Personen vorzusehen. Geeignete Garantien können insbesondere sein:*

III. Verteidigungsansätze anhand von § 48 BDSG

- 1. spezifische Anforderungen an die Datensicherheit oder die Datenschutzkontrolle,*
- 2. die Festlegung von besonderen Aussonderungsprüffristen,*
- 3. die Sensibilisierung der an Verarbeitungsvorgängen Beteiligten,*
- 4. die Beschränkung des Zugangs zu den personenbezogenen Daten innerhalb der verantwortlichen Stelle,*
- 5. die von anderen Daten getrennte Verarbeitung,*
- 6. die Pseudonymisierung personenbezogener Daten,*
- 7. die Verschlüsselung personenbezogener Daten oder*
- 8. spezifische Verfahrensregelungen, die im Fall einer Übermittlung oder Verarbeitung für andere Zwecke die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung sicherstellen.*

III. Verteidigungsansätze anhand von § 48 BDSG

- Beispiel: Bei Durchsuchung einer Praxis/Klinik wird der Elo- und/oder Mail-Server gespiegelt
- Geltung im Ermittlungsverfahren gem. § 500 Abs. 1 StPO
- Gesundheitsdaten erfasst (vgl. Art. 9 Abs. 1 DSGVO)
- **Abs. 1: „unbedingte Erforderlichkeit“** (*Albers*, in: Beck-OK, DS-Recht, § 48 Rn. 25)
 - „Verarbeitung muss sich auf das **absolut notwendige beschränken** (st. Rspr. vgl. zuletzt EuGH ZD 2017, 324 Rd-Nr. 30)“
 - „Daraus folgt, dass die Aufgabe ohne die Verarbeitung der Daten nicht, nicht vollständig oder nicht in rechtmäßiger Weise erfolgen kann (...). Insoweit wird die Verarbeitung hier als *conditio sine qua non* mit Blick auf die Zweckerfüllung konzipiert.“

III. Verteidigungsansätze anhand von § 48 BDSG

- **Abs. 1: „unbedingte Erforderlichkeit“**
 - diesen Voraussetzungen muss die Begründung für die Durchsuchung, Durchsicht und ggf. Beschlagnahme gerecht werden
 - Argumentation mit alternativen Maßnahmen geboten
 - sodann ggf. Beschwerde gegen den DuSu-Beschluss

III. Verteidigungsansätze anhand von § 48 BDSG

➤ Abs. 2: „Schutzgarantien“

- StA / Polizei um Stellungnahme bzgl. Katalog des § 48 Abs. 2 BDSG bitten
- sodann ggf. Antrag auf gerichtliche Entscheidung
 - Untersagung
 - Feststellung der Rechtswidrigkeit

IV. Verteidigungsansätze anhand der Aktenunvollständigkeit

- LG Nürnberg-Fürth (Beschl. v. 27.05.2022 Az.: 12 Qs 24/22)
 - *„Die schlüssige Behauptung eines Abrechnungsbetrugs im Vertragsarztbereich setzt regelmäßig voraus, dass die für die Abrechnung maßgeblichen Verträge und Regelwerke in den fallrelevanten Auszügen Bestandteil der Akte werden.“*
 - *„Liegen die maßgeblichen (und nicht gerichtsbekannten) Regelwerke nicht der Akte bei und sind sie nicht im Internet frei abrufbar – zahlreiche Verträge aus dem Bereich der KVB sind nicht frei zugänglich –, kann die Beschwerdekammer schwerlich annehmen, der Ermittlungsrichter habe bei Erlass des Durchsuchungsbeschlusses einen schlüssig dargelegten Verdacht i.S.d. § 152 Abs. 2 StPO vor sich gehabt.“*
 - *„Der schlanke Hinweis der GenStA in der Zuschrift vom 18. Mai 2022 auf die vom Bundessozialgericht postulierte „Pflicht zur peinlich genauen Abrechnung“ ersetzt die Darlegung der Abrechnungsgrundlagen nicht.“*
- Beschwerde gegen DuSu-Beschluss

V. Zusammenfassung

- prozessuale Verteidigung ist nicht „l'art pour l'art“
- exakte Analyse der jeweiligen Maßnahme und Eingriffsermächtigungen erforderlich
- Disziplinierungseffekt / „Augenhöhe“
- Beweisverwertungsverbote
- wichtig: „*fortiter in re - suaviter in modo*“



Dr. Oliver Pragal, LL.M. (Cape Town)
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht
Pragal & Prinzenberg Rechtsanwälte



Visitenkarte



BTK20 – our office (Drohnenvideo)

A photograph of two men in suits and glasses, likely lawyers, in a professional office setting. One man is seated and looking towards the camera, while the other is standing and looking slightly away. The background features dark wood paneling and a red curtain.

**PRAGAL
PRINZENBERG**
Rechtsanwälte

Wirtschafts
Straf | Recht

PRAGAL & PRINZENBERG

Brooktorkai 20
20457 Hamburg

mail@pragal-prinzenberg.de
pragal-prinzenberg.de