

Nachschlagewerk: ja  
BGHSt: nein  
Veröffentlichung: ja

StPO §§ 100 a, 100 b Abs. 1, Abs. 5, 100 c Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 100 d Abs. 1

1. Die Verwertung eines vom Beschuldigten mit Dritten in einem Kraftfahrzeug geführten Raumgesprächs kann auf eine schon bestehende, rechtsfehlerfrei ergangene Anordnung nach § 100 a StPO gestützt werden, wenn der Beschuldigte eine zuvor von ihm selbst hergestellte Telekommunikationsverbindung beenden wollte, diese jedoch aufgrund eines Bedienungsfehlers fortbesteht.
2. Ob § 100 a StPO in diesem Fall auch gegenüber einem am Raumgespräch beteiligten Dritten eine hinreichende Eingriffsgrundlage bietet, kann offen bleiben, wenn die Aufzeichnung jedenfalls auf eine Eilanordnung nach §§ 100 c Abs. 1 Nr. 2, 100 d Abs. 1 StPO hätte gestützt werden können und die Abwägung im Einzelfall ergibt, daß die Persönlichkeitsinteressen des Betroffenen gegenüber dem staatlichen Interesse an der Verfolgung einer Katalogtat nach § 100 a Abs. 1 StPO zurücktreten.

BGH, Urteil vom 14. März 2003 - 2 StR 341/02 - Landgericht Köln



**BUNDESGERICHTSHOF**

# IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

2 StR 341/02

vom

14. März 2003

in der Strafsache

gegen

1.

2.

wegen Verabredung eines schweren Raubes u. a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Verhandlung vom 12. März 2003 in der Sitzung vom 14. März 2003, an denen teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof

Dr. Rissing-van Saan,

die Richterin am Bundesgerichtshof

Dr. Otten,

die Richter am Bundesgerichtshof

Rothfuß,

Prof. Dr. Fischer,

die Richterin am Bundesgerichtshof

Roggenbuck,

Staatsanwalt

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwältin

für den Angeklagten  
- in der Verhandlung -

Rechtsanwältin

für den Angeklagten  
- in der Verhandlung -

als Verteidigerinnen,

Justizangestellte - in der Verhandlung -

Justizhauptsekretärin - bei der Verkündung -

als Urkundsbeamtinnen der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Die Revisionen der Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Köln vom 6. Februar 2002 werden verworfen.
2. Die Angeklagten haben die Kosten ihrer Rechtsmittel zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten O. wegen Verabredung zu in Tateinheit stehenden Verbrechen des schweren Raubs und der schweren räuberischen Erpressung zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren, den Angeklagten Y. wegen Verabredung zu in Tateinheit stehenden Verbrechen des schweren Raubs und der schweren räuberischen Erpressung in Tateinheit mit "einem Verstoß gegen das Waffengesetz" (gemeint: Führen einer halbautomatischen Selbstladekurzwaffe) zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt. Die von den Angeklagten hiergegen eingelegten, auf Verfahrensrügen und die Sachrüge gestützten Revisionen haben keinen Erfolg.

1. Nach den Feststellungen des Landgerichts verabredeten die Angeklagten sowie ein weiterer, nicht näher identifizierter Mittäter mit dem Namen oder Spitznamen "H. " spätestens in der Nacht vom 20./21. März 2001, gemeinsam unter Verwendung zweier einsatzbereiter, geladener Schußwaffen sowie weiterer gefährlicher Werkzeuge ein türkisches Vereinslokal in H. zu überfallen, in welchem zu diesem Zeitpunkt ein illegales Würfelspiel mit besonders hohen Einsätzen (eine sogenannte "Eröffnung") stattfinden sollte. Un-

ter Einsatz der mitgeführten Waffen sollte das auf dem Spieltisch liegende Geld weggenommen und sollten die Spieler zur Herausgabe weiteren mitgeführten Bargelds gezwungen werden.

Die Angeklagten begaben sich unter Mitführung der Waffen und von Gegenständen zur Maskierung gegen 3.20 Uhr zu dem Lokal; in Sichtweite der Eingangstür warteten sie im Pkw des Angeklagten Y. auf einen günstigen Tatzeitpunkt. Als ihnen ein im Lokal anwesender Vertrauensmann des Angeklagten Y. gegen 3.50 Uhr telefonisch mitteilte, das Spiel sei abgebrochen worden, und als die Spieler das Lokal verließen, entfernten sich die Angeklagten und "H. ", weil sie erkannt hatten, daß die Durchführung des Tatvorhabens unmöglich geworden war.

2. Die vom Angeklagten Y. erhobenen Verfahrensrügen eines Verstoßes gegen § 261 StPO und gegen § 265 StPO sind aus den vom Generalbundesanwalt ausgeführten Gründen unbegründet.

3. Die von beiden Angeklagten erhobene Rüge eines Verstoßes gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch Verwertung eines von der Polizei abgehörten "Hintergrundgesprächs" greift nicht durch.

a) Gegen den Angeklagten Y. war durch ermittelungsrichterlichen Beschluß vom 9. Februar 2001 wegen des Verdachts des bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (§ 30 a BtMG) gemäß § 100 a Satz 1 Nr. 4, § 100 b Abs. 1 Satz 1 StPO die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation mit einem von ihm regelmäßig benutzten Mobiltelefon für die Dauer von drei Monaten angeordnet worden. Seine Überzeugung von der abgeurteilten Verbrechensverabredung der Angeklagten hat das Landgericht unter anderem auf die Verwertung einer Aufzeichnung gestützt, die aufgrund ei-

nes Bedienungsfehlers des Angeklagten Y. zustande kam: Dieser rief von seinem Pkw aus mit Wissen der beiden anderen Fahrzeuginsassen um 3.23 Uhr den in dem Lokal anwesenden Vertrauensmann K. an, der das Gespräch aber nicht annahm, so daß sich die Mailbox seines Anschlusses einschaltete und die übliche Ansage erfolgte, der Anrufer könne eine Nachricht zur Aufzeichnung hinterlassen. Dies wollte der Angeklagte Y. nicht; er schloß daher die Tastaturklappe seines Mobiltelefons, um die Verbindung zu beenden, unterließ es aber aus Versehen, zuvor die Taste zur Gesprächstrennung zu drücken. Daher wurde für die Dauer von sieben Minuten bis zum automatischen Ende der Mailbox-Aufzeichnung das in dem Fahrzeug geführte Gespräch der Angeklagten und des "H. " übertragen und von der Polizei aufgezeichnet; die gleichzeitige Aufzeichnung auf der Mailbox des K. wurde später automatisch gelöscht. Nach den Feststellungen des Landgerichts ergaben sich aus dem in dem Pkw zwischen den Beteiligten geführten Gespräch, dessen Aufzeichnung in der Hauptverhandlung abgespielt und übersetzt wurde, gravierende Indizien für die Schuld der Angeklagten.

b) Das Landgericht hat - gegen den Widerspruch der Verteidiger in der Hauptverhandlung - den Inhalt der Gesprächsaufzeichnung während der Dauer der Mailbox-Aufnahme als verwertbar angesehen und dies auf § 100 a StPO gestützt. Es ist dabei davon ausgegangen, daß die von der Herstellung der Verbindung bis zu deren Beendigung übermittelten Inhalte unabhängig von einer Zweckbestimmung durch den Angeklagten Y. dem Begriff der Telekommunikation im Sinne des § 85 Abs. 1 Satz 2 TKG unterfielen und daß die Übertragung daher als Nachrichtenübermittlungsvorgang dem Anwendungsbereich des § 100 a StPO unterfiel (UA S. 49 f.). Ein unverwertbares Raumgespräch im Sinne der Senatsentscheidung BGHSt 31, 296 habe nicht vorgelegen, da der Angeklagte Y. willentlich die Verbindung zur Mailbox des K.

hergestellt habe; es komme nicht darauf an, aus welchen Gründen er eine ordnungsgemäße Beendigung unterließ. Der Gesprächsinhalt sei daher, da er sich gleichfalls auf eine Katalogtat im Sinne des § 100 a StPO bezog, ein gemäß § 100 b Abs. 5 StPO verwertbarer Zufallsfund.

Die Revisionen treten der Zuordnung der Übertragung zum Bereich der § 100 a StPO unterfallenden Telekommunikation entgegen; nach ihrer Auffassung lag, da ein willentlicher Kommunikationsvorgang nicht gegeben war, im Ergebnis ein Einsatz des Mobiltelefons als Abhörgerät vor, welcher von der Anordnung nach §§ 100 a, 100 b StPO nicht gedeckt war. Eine hypothetische Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs durch § 100 c StPO scheidet schon deshalb aus, weil § 100 c Abs. 1 Nr. 2 StPO eine bereits begangene Straftat voraussetze; hier sei aber die geplante Tat nicht einmal versucht worden. Es habe sich bei der Aufzeichnung daher um einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die grundrechtlich geschützte Privatsphäre gehandelt, der wie im Fall BGHSt 31, 296 zur Unverwertbarkeit der Aufzeichnung führen müsse.

Der Generalbundesanwalt hat die Ansicht vertreten, die nur versehentliche Übermittlung des Gesprächs stehe ihrer Einordnung als Telekommunikation im Sinne des § 100 a StPO nicht entgegen. Selbst wenn dies der Fall wäre, so sei eine Verwertung hier jedenfalls nach den zum sogenannten hypothetischen Ersatzeingriff entwickelten Grundsätzen (vgl. BGHSt 34, 39, 53; BGH NStZ 1997, 294, 295; Gössel, LR 25. Aufl. Einleitung Abschnitt K Rdn. 101; Jähnke, Odersky-FS 1996 S. 427, 433) zulässig gewesen.

c) Gegen die Verwertung bestehen im Ergebnis keine durchgreifenden Bedenken.

aa) Die Übertragung des Gesprächs unterfiel dem Begriff der Telekommunikation im Sinne von § 100 a StPO. Von dem dort früher verwendeten Begriff des "Fernmeldeverkehrs", der der Senatsentscheidung BGHSt 31, 296 zugrunde lag, unterscheidet sich dieser durch Art. 2 Abs. 9 Nr. 2 des Begleitgesetzes zum Telekommunikationsgesetz (BGBl 1997 I S. 3108) eingeführte Begriff namentlich dadurch, daß er die Vorgänge des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Nachrichten jeglicher Art, also grundsätzlich den gesamten Datenverkehr mittels Telekommunikationsanlagen umfaßt (vgl. dazu Bär CR 1993, 578, 582; CR 1998, 434, 435). Er ist insoweit inhaltsgleich mit der Legaldefinition des § 3 Nr. 16 TKG.

Hieraus ergibt sich freilich nicht schon ohne weiteres - wie das Landgericht wohl angenommen hat -, daß jeder technische Vorgang des Aussendens, Übermittels oder Empfangens von analog oder digital codierten Daten dem Eingriffsbereich des § 100 a StPO unterfällt. Dieser umfaßt vielmehr, wie auch die zur Einfügung des § 100 c durch Gesetz vom 15.7.1992 (BGBl I S. 1302) führende Diskussion zeigt, nur die mit dem Versenden und Empfangen von Nachrichten mittels Telekommunikationsanlagen in Zusammenhang stehenden Vorgänge. Voraussetzung für eine der Überwachung nach § 100 a StPO unterfallende Telekommunikation ist daher, daß sich eine Person einer Telekommunikationsanlage bedient, d. h. Kommunikation mittels einer solchen Anlage vornimmt (vgl. auch BGHSt 31, 296, 297). Dabei sind nicht nur unmittelbare "Nachrichten"-Inhalte, sondern auch alle sonstigen mit Aussenden, Übermitteln oder Empfangen verbundenen Vorgänge umfaßt. Voraussetzung des Vorliegens von Telekommunikation in diesem Sinne ist nicht, daß sich der Vorgang im konkreten Fall mit aktuellem Willen oder Wissen der betroffenen Person vollzieht. Das ist bei den Vorgängen des Empfangens (z. B. bei auf Anrufbeantworter gesprochenen mündlichen Nachrichten oder bei in einer Mailbox ein-



gehenden E-Mail-Schreiben) offensichtlich, gilt aber grundsätzlich auch für das Versenden von Nachrichten. So sind etwa von einem Funktelefon an die nächstgelegene Funkzelle eines Mobilnetzes übermittelte Standortdaten auch dann Gegenstand von Telekommunikation, wenn der Benutzer des aussendenden Endgeräts im Einzelfall kein aktuelles Bewußtsein von dem Vorgang hat; dasselbe gilt bei automatisierten Übertragungen. Telekommunikation im Sinne von § 100 a Abs. 1 StPO liegt jedenfalls dann vor, wenn der von einer Überwachungsanordnung Betroffene ein von ihm benutztes Mobiltelefon zum Aussenden von Nachrichten in Betrieb setzt oder wenn eine betriebsbereit gehaltene Telekommunikationsanlage Nachrichten Dritter empfängt.

Daher handelte es sich hier jedenfalls in der Zeitspanne, in welcher zwischen dem vom Angeklagten Y. benutzten Mobiltelefon und der Mailbox des K. eine Verbindung bestand, um eine Telekommunikationsverbindung im Sinne des § 100 a StPO. Es ist anerkannt, daß Überwachungsmaßnahmen nach § 100 a StPO auch die Übermittlung von Nachrichten zu der Mailbox eines Anschlusses erfassen, die von dem Inhaber der Mailbox - wenn auch zeitverzögert - abgerufen werden können (Nack in KK-StPO 4. Aufl. § 100 a Rdn. 7 m.w.N.; Gercke StraFo 2003, 76, 77; BGH - Ermittlungsrichter - NJW 1997, 1934 f.).

Auf den Inhalt übermittelter Nachrichten kommt es hierbei nicht an. Liegt eine Anordnung der Überwachung gemäß §§ 100 a, 100 b StPO vor, so ist für die mit der Überwachung beauftragte Stelle der Inhalt der Telekommunikation regelmäßig nicht vorhersehbar und in der Regel nicht erkennbar, ob die Nachrichtenübermittlung willentlich, unbeabsichtigt oder gar gegen den Willen des Betroffenen vorgenommen wird. Am Charakter der Übertragung als Telekommunikation ändert sich nichts, wenn nach Herstellung einer vom Betroffenen

willentlich oder irrtümlich - etwa durch Falschwahl - hergestellten Telefonverbindung sich die angerufene Person nicht meldet, ein automatisches Aufzeichnungsgerät (Anrufbeantworter, Mailbox) in Gang gesetzt wird oder etwa ohne Wissen des Anrufenden eine Weiterschaltung erfolgt. Dasselbe gilt für den Umstand, ob der Anrufende nach Herstellung der Verbindung tatsächlich mündliche Nachrichten übermittelt oder etwa schweigt. Auch die Frage, ob über eine Telefonverbindung übertragene Nachrichten und Gesprächsinhalte unmittelbar zur Kenntnisnahme durch die angerufene Person bestimmt sind, ob es sich um "Hintergrundgespräche", also etwa Rückfragen des Anrufenden bei anderen anwesenden Personen, oder um sogenannte Raumgespräche, das heißt Gespräche zwischen Anwesenden ohne Beteiligung an dem Telefongespräch handelt, ist für den Charakter der Übertragung selbst als Telekommunikationsvorgang zunächst ohne Bedeutung.

So hätte etwa hier, wenn Polizeibeamte das vom Mobiltelefon des Angeklagten Y. ausgehende Gespräch unmittelbar mitgehört hätten, kein Anlaß bestanden, die Aufzeichnung allein wegen des Schweigens des Angeklagten auf die Bereitschaftsansage des Mailbox-Automaten abzubrechen. Der Wille des Angeklagten, die Verbindung zu beenden, war nach außen nicht erkennbar. Das - überdies fremdsprachige - Raumgespräch mit den weiteren anwesenden Personen konnte ohne weiteres etwa der Klärung der Frage dienen, ob und gegebenenfalls welche Nachricht auf den Mailbox-Speicher gesprochen werden sollte; es stand dem Angeklagten frei, zu beliebiger Zeit während des Laufs der Mailbox-Aufzeichnung Nachrichten aufzusprechen.

Etwas anderes würde namentlich dann gelten, wenn die Telekommunikationsanlage von vornherein zielgerichtet ohne oder gegen den Willen des Betroffenen in Betrieb genommen worden wäre und daher allein die Funktion

einer "Abhörenanlage" im Sinne von § 100 c StPO gehabt hätte, denn hierdurch würde sich die Richtung des Grundrechtseingriffs ändern (vgl. auch BGHSt 34, 39, 43, 50). So lag es hier indes nicht. Die Verwertbarkeit von Inhalten der Telekommunikation folgt, soweit wie hier eine rechtsfehlerfreie Überwachungsanordnung vorliegt, grundsätzlich ohne Weiteres aus § 100 a StPO. Das gilt nach Ansicht des Senats auch für den Inhalt eines Raumgesprächs, das nach willentlicher Herstellung einer Telekommunikationsverbindung durch die Zielperson einer Überwachungsanordnung aus deren Sicht versehentlich übertragen wird. Zu dem in BGHSt 31, 296 entschiedenen Fall besteht insoweit ein Unterschied, als dort weder die Verbindung mit dem Anschluß eines Dritten durch den Betroffenen selbst hergestellt noch ihre versehentliche Aufrechterhaltung durch ihn verursacht wurde. Durchgreifende Gesichtspunkte, welche in jenem Fall für die Annahme eines Verwertungsverbots sprachen, wie der Umstand, daß dort die abgehörte Unterhaltung zwischen Eheleuten in der ehelichen Wohnung geführt wurde und deshalb der unantastbare Bereich privater Lebensgestaltung tangiert war, liegen hier nicht vor.

bb) Ob dies, namentlich unter dem Gesichtspunkt eines Zufallsfundes, ohne Weiteres auch für die Verwertbarkeit hinsichtlich des Angeklagten O. gilt, kann im Ergebnis offen bleiben. Selbst wenn die Überwachung und Aufzeichnung des Raumgesprächs durch die Anordnung nach §§ 100 a, 100 b StPO nicht gedeckt war, ergäbe sich hieraus nicht ohne weiteres ein Beweisverwertungsverbot (vgl. BVerfG NJW 2000, 3357; BGHSt 31, 304, 308; 34, 39, 52; 37, 30, 32; 38, 214, 219; 44, 243). Ob ein solches eintritt, bestimmt sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs durch Abwägung des staatlichen Interesses an der Aufklärung und Verfolgung von Straftaten gegen das individuelle Interesse des Bürgers an der Bewahrung seiner Rechtsgüter (vgl. dazu Meyer-Goßner StPO 46. Aufl. Einleitung Rdn. 55, 56 b m.w.N.), hier am

Schutz der grundrechtlich geschützten Privatsphäre und des nichtöffentlich gesprochenen Wortes gegen heimliche Eingriffe von außen.

Diese Abwägung ergibt hier kein Überwiegen schutzwürdiger Belange des Persönlichkeitsrechts der Angeklagten. Das aufgezeichnete Gespräch hatte die Planung eines schweren Verbrechens zum Gegenstand. Anders als in dem in BGHSt 31, 296 entschiedenen Fall war es weder örtlich noch nach dem Kreis seiner Teilnehmer einem engen, als höchstpersönlich zu bezeichnenden Lebenskreis zuzuordnen, welcher eine besonders hohe Eingriffsschwelle für staatliche Eingriffe erfordert. Zu berücksichtigen ist überdies die in der Schaffung des § 100 c Abs. 1 Nr. 2 StPO durch Gesetz vom 15. Juli 1992 (BGBl I 1302) zum Ausdruck gekommene gesetzgeberische Wertung. Danach kann das nichtöffentlich außerhalb einer Wohnung gesprochene Wort abgehört und aufgezeichnet werden, um eine in dem Tatbestandskatalog des § 100 a StPO aufgeführte schwere Straftat aufzuklären. Die Voraussetzungen für eine Anordnung nach § 100 c Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 1 StPO lagen hier vor; sie hätte, worauf der Generalbundesanwalt zutreffend hingewiesen hat, im Fall unmittelbaren Mithörens des Gesprächs gemäß § 100 d Abs. 1 auch durch Polizeibeamte als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft angeordnet werden können. Der Einwand der Revisionen, es habe keine im Sinne des § 100 c Abs. 1 Nr. 2 StPO "begangene" Straftat vorgelegen, geht insoweit schon deshalb fehl, weil nach den Feststellungen des Landgerichts die den Verbrechenstatbestand begründende Verabredung zwischen den Angeklagten schon vor der Fahrt zum geplanten Tatort getroffen wurde (UA S. 22 f.); darauf, daß die verabredete Tat später nicht versucht oder vollendet wurde, kommt es nicht an, da die Angeklagten von der Durchführung nicht freiwillig absahen.

Diese Gesichtspunkte ergeben hier ein eindeutiges Überwiegen des staatlichen Aufklärungsinteresses gegenüber dem Persönlichkeitsrecht der Angeklagten; mit dem in BGHSt 31, 296 ff. entschiedenen Fall ist die vorliegende Fallgestaltung nicht vergleichbar.

4. Die auf die Sachrüge gestützten Einwendungen der Revision des Angeklagten O. gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts haben keinen Erfolg. Sie erschöpfen sich im wesentlichen darin, den Beweiswert einzelner vom Landgericht erörterter Indizien in Frage zu stellen oder diese abweichend zu werten. Der Tatrichter hat seine Überzeugung von der Mittäterschaft des Angeklagten O. jedoch nicht auf eine isolierte Betrachtung einzelner - im übrigen rechtsfehlerfrei gewerteter - Beweisanzeichen, sondern auf eine Gesamtwürdigung aller Indizien gestützt, welche einen Rechtsfehler nicht erkennen läßt. Die vom Landgericht gezogenen Schlüsse sind möglich und jedenfalls nicht fernliegend; zwingend müssen sie nicht sein (BGHSt 29, 18, 20). Die Würdigung des widersprüchlichen Aussageverhaltens des Angeklagten durch das Landgericht begegnet im Ergebnis aus den vom Generalbundesanwalt dargelegten Gründen keinen rechtlichen Bedenken.

Auch im übrigen hat die Überprüfung des Urteils in sachlich-rechtlicher Hinsicht einen Rechtsfehler zu Lasten der Angeklagten weder im Schuldspruch noch im Strafausspruch ergeben.

Rissing-van Saan

Otten

Rothfuß

Fischer

Roggenbuck