



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

1 StR 534/05

vom  
7. März 2006  
in der Strafsache  
gegen

wegen Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 7. März 2006 beschlossen:

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 28. Juli 2005 wird verworfen, da die Nachprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigung keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben hat (§ 349 Abs. 2 StPO).

Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Rechtsmittels zu tragen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht München I hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu der Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten verurteilt. Ferner ordnete es den Verfall von 10.085,-- € an und zog eine Feinwaage, Mobiltelefone und sonstige Gegenstände gemäß § 74 Abs. 1 StPO ein.
- 2 Die Revision ist aus den in der Antragsschrift des Generalbundesanwalts vom 20. Dezember 2005 dargelegten Gründen unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.
- 3 Der ergänzenden Erörterung bedarf nur die Rüge der unzulässigen Verwertung einiger gemäß § 100a StPO aufgezeichneter Telefongespräche.

4            Diese Rüge ist bereits nicht in zulässiger Form erhoben; sie wäre aber  
auch unbegründet.

5            Zwar bemängelt der Beschwerdeführer durchaus zu Recht, dass in den  
von der Revision aufgegriffenen Fällen die der Überwachung der Telekommuni-  
kation zugrunde liegenden richterlichen Beschlüsse bzw. Eilanordnungen des  
Staatsanwalts den an derartige Entscheidungen inhaltlich zu stellenden Anfor-  
derungen auch nicht annähernd genügen, wenn auch - im Hinblick auf ein Ver-  
wertungsverbot - auf die tatsächlichen Voraussetzungen zum Anordnungszeit-  
punkt abzustellen ist. Ob diese jeweils gegeben waren, kann hier dahinstehen.  
Denn die Rüge ist mangels ausreichenden, teilweise unzutreffenden Vortrags in  
der Revisionsbegründung (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) bereits unzulässig. Sie  
wäre im Übrigen auch unbegründet, und zwar schon deshalb, da der Verwer-  
tung der Telefongespräche in der Hauptverhandlung nicht widersprochen wur-  
de.

6            Hierzu im Einzelnen:

I.

7            Der Rüge liegt Folgendes zu Grunde:

8            1. Beanstandet wird die Verwertung von 11 Telefongesprächen, die am  
8., 9., 22., 23. Oktober, 2., 4. und 5. November 2004 geführt wurden. Soweit der  
Aufzeichnung richterliche Beschlüsse zugrunde lagen, beschränkten sich diese  
in der Begründung - teilweise formularmäßig durch ankreuzen der entspre-  
chenden Zeilen - in zwei Fällen auf folgenden Text:

„Nach den bisherigen Ermittlungen steht der Beschuldigte im Ver-  
dacht, gewerbsmäßig in nicht geringer Menge mit Betäubungsmitteln  
Handel zu treiben.

Der Sachverhalt ist nach dem Betäubungsmittelgesetz unter Strafe gestellt. Die angeordnete Maßnahme ist zum Schuldnachweis erforderlich. Im Hinblick auf die erhebliche Strafandrohung des BtmG entspricht die angeordnete Maßnahme auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.“

- 9 Ein weiterer Beschluss (vom 2. November 2004) begnügt sich gar mit folgender Begründung:

„Nach den bisherigen Ermittlungen steht der Beschuldigte im Verdacht, eine Katalogtat i.S. des § 100a StPO begangen zu haben.

Der Sachverhalt ist unter Strafe gestellt. Die angeordnete Maßnahme ist zum Schuldnachweis erforderlich. Im Hinblick auf die erhebliche Strafandrohung bei Katalogtaten entspricht die angeordnete Maßnahme auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.“

- 10 Zwei Eilanordnungen des Staatsanwalts vom 8. Oktober 2004 haben folgenden Wortlaut:

„Nach §§ 100a I, 100 b StPO wird wegen Gefahr im Verzug die Überwachung und Aufzeichnung des Telekommunikationsverkehrs auf Ton- und Schrifträger, unter gleichzeitiger Schaltung einer Zählervergleichseinrichtung bzw. die Herausgabe von Gesprächsverbindungen für den

Telefonanschluss [.....]

Anschlussinhaber:

angeordnet.

Die Anordnung tritt außer Kraft, wenn sie nicht bis zum 11.10.2004 vom Richter bestätigt wird.“

11 Eine weitere Begründung der Anordnung sowie eine Dokumentation  
über das Vorliegen der Voraussetzungen einer Eilmaßnahme wurden vom  
Staatsanwalt in keinem Fall - auch nicht nachträglich - gefertigt.

12 Die Eilanordnungen waren am 8. Oktober 2004 um ca. 10.00 Uhr und  
um 13.32 Uhr per Fax an die Polizei übermittelt worden.

13 2. Über den Inhalt aufgezeichneter Telefongespräche wurde in der  
Hauptverhandlung Beweis erhoben:

14 a) Am 2. Verhandlungstag wurde der Zeuge KOK G. „zum Vorspielen  
der Telefonate“ wieder in den Sitzungssaal gerufen. Ausweislich der Sitzungs-  
niederschrift verfügte der Vorsitzende zunächst - wie auch in der Revisionsbe-  
gründung vorgetragen - das Vorspielen dreier, in deutscher Sprache am 21.  
und 22. September 2004 geführter Gespräche. Darunter also keines der Ge-  
spräche, deren Verwertung gerügt wird.

15 b) Zum weiteren Ablauf trägt die Revision Folgendes vor (Unterstre-  
ichungen sind hinzugefügt):

„Die Verfügung wurde zunächst nicht ausgeführt. Die Sitzung wurde  
kurz unterbrochen und später fortgesetzt. Die Verteidigung werset-  
ze sich der Inaugenscheinnahme und der Verwertung der aufge-  
zeichneten Telefongespräche.

Sodann verkündete der Vorsitzende nach geheimer Beratung des  
Gerichts folgenden (Bl. 671 d. EA)

Beschluss:

Es werden sodann folgende, in deutscher Sprache geführte Telefo-  
nate, in Augenschein genommen, wobei der Augenschein durch Ab-  
spielen des Gesprächs durchzuführen ist.

Gespräch vom .....“ [es folgt die Aufzählung von 28 Gesprächen aus der Zeit vom 21. September bis zum 5. November 2004, darunter nun auch die Gespräche, deren Verwertung die Revision rügt.]

16 c) In der Sitzungsniederschrift findet sich hierzu Folgendes:

„Die Verfügung“ [des Vorsitzenden zum Vorspielen der drei Gespräche vom 21. und 22. September 2004] „wurde zunächst nicht ausgeführt. Die Sitzung wurde kurz unterbrochen und fortgesetzt. Der Verteidiger beantragte einen Gerichtsbeschluss über das Vorspielen der abgehörten Telefonate. Der Staatsanwalt erklärte, dass er keine Veranlassung sieht, einen derartigen Beschluss zu beantragen und verweist im Übrigen auf § 238/II StPO. Der Vorsitzende verkündete nach geheimer Beratung des Gerichts folgenden“ [bereits oben genannten] „Beschluss ...“ [über das Vorspielen der schon erwähnten 28 Gesprächen aus der Zeit vom 21. September bis zum 5. November 2004].

17 d) Ergänzend äußerte sich der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft in einer dienstlichen Stellungnahme, der sich der Vorsitzende der erkennenden Strafkammer in seiner Stellungnahme anschloss und gegen deren Inhalt von keiner Seite Einwendungen erhoben wurden:

„... Nachdem der Vorsitzende zu erkennen gegeben hatte, dass die Einführung der polizeilichen Aussage des Angeklagten durch KOK G. zunächst nicht geplant sei - das Protokoll vermerkt insoweit, dass KOK G. ‚zum Vorspielen der Telefonate‘ erschienen sei (Protokoll vom 25.07.2005, Bl. 670) und nachdem der Vorsitzende erklärt hatte, dass im Hinblick auf den Verteidigerwechsel und aufgrund der Tatsache, dass der Angeklagte derzeit keine Angaben zur Sache mache, eine Notwendigkeit zur Vernehmung von 3 weiteren Zeugen nicht gegeben sei (Protokoll vom 25.07.2005, Bl. 670), war aus meiner Sicht der Verteidiger des Angeklagten verärgert. Nach Ankündigung des Verteidigers hinsichtlich der 3 Zeugen am nächsten Hauptverhandlungstag einen Beweisantrag stellen zu wollen, wurde KOK G. zum Vorspielen von Tü-Gesprächen in den Sitzungssaal gerufen. Nachdem der Vorsitzende eine Verfügung zur Inaugenscheinnahme von 3 Telefongesprächen getroffen hatte, und sich damit manifestiert hatte, dass KOK G. für diesen

damit manifestiert hatte, dass KOK G. für diesen Verhandlungstag nur zum Vorspielen der Tü-Gespräche geladen war, kam es zu einer Unterbrechung der Hauptverhandlung. Danach äußerte der Verteidiger des Angeklagten sinngemäß, „er könne auch anders“ und beantragte dann - ohne irgendeine Begründung dafür abzugeben und ohne die Unzulässigkeit der vorherigen Verfügung des Vorsitzenden bzw. des Vorspielens der Telefonate oder eine Beschwerde des Angeklagten zu behaupten - „einen Gerichtsbeschluss über das Vorspielen der abgehörten Telefonate“ (Protokoll vom 25.07.2005, Band III, Bl. 671) ..... Anschließend erging ein Gerichtsbeschluss über die Inaugenscheinnahme von 28 Telefongesprächen. Der Beschluss enthielt keine Begründung, offensichtlich weil von der Verteidigung auch keine Begründung für die Beantragung eines Gerichtsbeschlusses gegeben worden war.“

18 e) „Der Beschluss wurde ausgeführt“, so die Sitzungsniederschrift. Einwendungen dagegen waren zuvor von keiner Seite mehr erhoben worden. Nach der Verlesung einiger amtsgerichtlicher Beschlüsse, die den Aufzeichnungen der Gespräche zugrunde lagen, beantragte der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft das Vorspielen eines weiteren Gesprächs vom 21. September 2004. Nach entsprechender Verfügung des Vorsitzenden wurde auch dieses Telefonat in der Hauptverhandlung angehört. Auch hiergegen wurden weder vorher oder nachher Einwendungen erhoben. Auch im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung wurde die Verwertbarkeit aller angehörten Gespräche von niemandem in Frage gestellt.

19 f) Der Zeuge KOK G. wurde übrigens dann an jenem Sitzungstag auf Anregung des Verteidigers und des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft „doch noch dazu vernommen, was der Angeklagte in seiner polizeilichen Vernehmung vom 02.12.2004 (Bl. 323 d - Bl. 324 c) ausgesagt hatte (Protokoll vom 25.07.2005, Band III, Bl. 674)“, so die oben genannte dienstliche Stellungnahme.

20                   3. Der Beschwerdeführer meint, mangels einzelfallbezogener Gründe der Anordnungen der Überwachung der Telekommunikation und, soweit es sich um Eilanordnungen des Staatsanwalts handelte - mangels Darstellung der Umstände, die die Annahme von „Gefahr im Verzug“ rechtfertigten - hätte die Strafkammer die Akten dahingehend auswerten müssen, ob nach seinerzeitigem Ermittlungsstand die Anordnung der Maßnahmen vertretbar war. Die Strafkammer setze sich indes an keiner Stelle des Urteils - über die schlichte Feststellung, dass die Überwachung verschiedener Telefonanschlüsse angeordnet war, hinaus - mit den Voraussetzungen der Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation auseinander.

## II.

21                   Die Revision ist - insoweit - schon unzulässig. Die Rüge wurde nicht in der gebotenen Form (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) erhoben. Die den - behaupteten - Mangel enthaltenden Tatsachen werden in der Revisionsbegründung nicht beziehungsweise unzutreffend vorgetragen.

22                   a) Während in der Revisionsbegründung behauptet wird

„Die Verteidigung widersetzte sich der Inaugenscheinnahme und der Verwertung der aufgezeichneten Telefongespräche“,

äußerte sich der Verteidiger laut Sitzungsniederschrift - was dadurch bewiesen ist (§ 274 StPO) und zudem durch die unwidersprochenen dienstlichen Erklärungen bestätigt wird - wie folgt:

„Der Verteidiger beantragte einen Gerichtsbeschluss über das Vorspielen der abgehörten Telefonate.“

- 23            Ob ein bloßer Antrag auf einen Gerichtsbeschluss gemäß § 238 Abs. 2 StPO einem Widerspruch gegen die Verwertung der abgehörten Telefonate - mangels Vorliegens der Voraussetzungen für die Anordnung der Überwachung der Telekommunikation - gleichzusetzen ist, wie der Revisionsführer in der Gegenerklärung zum Antrag des Generalbundesanwalts behauptet, muss das Revisionsgericht selbst bewerten können. In der Revisionsbegründung darf dies nicht - verdeckt - als Tatsachenbehauptung vorweggenommen werden. Denn dann ist es dem Revisionsgericht nicht möglich, allein aufgrund des Vortrags in der Revisionsbegründung eine eigene umfassende Überprüfung des Verfahrens im Hinblick auf den behaupteten Rechtsfehler vorzunehmen. Damit genügt der Revisionsvortrag schon deshalb nicht den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO.
- 24            b) Darüber hinaus teilt die Revisionsbegründung nichts zur Verdachtslage und zu den übrigen Eingriffsvoraussetzungen zum Zeitpunkt des Erlasses der beanstandeten Entscheidungen zur Überwachung der Telekommunikation mit. Auch dies ist jedoch unverzichtbar zur revisionsgerichtlichen Überprüfung, ob die beanstandeten Maßnahmen - unabhängig vom Inhalt der zugrunde liegenden Entscheidungen - zu Recht oder zu Unrecht angeordnet wurden. Dass damit keine überspannten Anforderungen gestellt werden, zeigt die Revisionsgegnerklärung der Staatsanwaltschaft, die - teilweise unter Hinweis auf entsprechende Aktenteile, die dann in die Revisionsbegründung aufzunehmen gewesen wären - die Grundlage für die entsprechenden richterlichen Beschlüsse und die Eilanordnungen des Staatsanwalts darzustellen, in der Lage war. Auch deshalb genügt die Revisionsbegründung nicht den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO.
- 25            Ein Fall, in dem die Überwachung der Telekommunikation in einem anderen Verfahren, dessen Akten vom Landgericht nicht beigezogen wurden, an-

geordnet worden war (diese Situation liegt BGHSt 47, 362 [363, Leitsatz Nr. 3] zugrunde), ist hier nicht gegeben. Dass auch dann, wenn alle relevanten Unterlagen Bestandteil der Verfahrensakten sind, allein die fehlende Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Überwachungsmaßnahme durch die Strafkammer einen eigenständigen Rechtsfehler begründet, weshalb dann auch entsprechender Vortrag genügt, besagt auch die soeben zitierte Entscheidung des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs (BGHSt 47, 362) nicht (vgl. zu dieser Entscheidung hinsichtlich des darin verlangten generellen Überprüfungsgebots - dies ablehnend - Beschluss des Senats vom heutigen Tag - 7. März 2006 - 1 StR 316/05, Rdn. 13, sowie hier unter Rdn. 29).

### III.

26 Die Revision wäre auch unbegründet.

27 a) Der Revision ist allerdings dahingehend uneingeschränkt zuzustimmen, dass die Begründungen der richterlichen Entscheidungen zu den Abhörmaßnahmen, die der Revisionsrüge zugrunde liegen, in keiner Weise den an diese inhaltlich zu stellenden Anforderungen genügen. Die - gemäß § 34 StPO - zu begründenden Beschlüsse, die die Überwachung der Telekommunikation anordnen beziehungsweise gestatten (§ 100b Abs. 1 Satz 1 StPO) oder bestätigen (§ 100b Abs. 1 Satz 3 StPO) müssen zumindest eine knappe Darlegung der den Tatverdacht begründenden Tatsachen und der Beweislage enthalten, um die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme zu ermöglichen, wobei in geeigneten Fällen auch eine konkrete Bezugnahme auf Aktenteile genügen kann (BGHSt 47, 362 [366]). Keinesfalls darf sich der Richter mit der formelhafte Zitierung des Gesetzestextes begnügen und dabei gar - wie hier in einem Fall - den zugrunde liegenden Straftatbestand verschweigen („Katalogtat“).

28            Entsprechendes gilt für die Eilanordnungen des Staatsanwalts. Zu beanstanden ist dabei zudem das Fehlen jeglicher - auch nicht nachträglicher - Dokumentation der tatsächlichen Grundlagen, die es gerechtfertigt erscheinen ließen, davon auszugehen, dass eine richterliche Entscheidung ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks nicht rechtzeitig zu erlangen war. Dabei hätte es auch einer Darstellung dazu bedurft, welche Versuche unternommen wurden, den zuständigen Richter zu erreichen, oder weshalb wegen besonderer Eilebedürftigkeit selbst hierzu keine Zeit war (vgl. BVerfG NJW 2001, 1121 [1124]). Denn dies versteht sich an einem Werktag am Vormittag, aber auch um die Mittagszeit keineswegs von selbst.

29            b) Die ungenügende Fassung der richterlichen oder staatsanwaltschaftlichen Anordnungen der Überwachung der Telekommunikation begründet jedoch nicht per se die Rechtswidrigkeit dieser Maßnahmen mit der Folge der Unverwertbarkeit der hieraus gewonnenen Erkenntnisse. Entscheidend sind vielmehr die tatsächlichen Voraussetzungen zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Überwachung der Telekommunikation, d.h. ob danach die Gestattung der Überwachung und, soweit es sich um staatsanwaltschaftliche Eilanordnungen handelte, auch die Annahme von Gefahr im Verzug, vertretbar war. Inwieweit die Strafkammer in diesem Fall das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen zur vertretbaren Anordnung der Überwachung der Telefongespräche - während der Verfahrensvorbereitung oder während der Hauptverhandlung - überprüfte, ist offen. Von Amts wegen muss dies jedenfalls im Grundsatz nicht geschehen (vgl. Senat, Beschluss vom heutigen Tag - 7. März 2006 - 1 StR 316/05 Rdn. 8 ff.; dass der Kernbereich privater Lebensführung betroffen ist, liegt hier fern). Der Darstellung einer entsprechenden Überprüfung - wenn sie gleichwohl während der Hauptverhandlung erfolgte - und deren tatsächlicher Grundlagen in den Urteilsgründen bedarf es nicht. Zur Vermeidung der Überfrachtung der schriftlichen Urteilsgründe ist dies regelmäßig sogar tunlichst zu

vermeiden. § 267 Abs. 1 Satz 2 StPO gebietet auch unter Berücksichtigung der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Darstellung der Beweiswürdigung nicht die Darstellung des Gangs der Ermittlungen oder der Voraussetzungen einzelner Maßnahmen während des Ermittlungsverfahrens. Werden insoweit - mittels einer Verfahrensrüge - Fehler geltend gemacht, die den Bestand des Urteils in Frage stellen, so wird der entsprechende Vortrag (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO), sofern er schlüssig ist, hinsichtlich der behaupteten tatsächlichen Grundlagen vom Revisionsgericht im Freibeweisverfahren überprüft.

30           c) Dessen bedürfte es - sofern die Rüge in zulässiger Form erhoben worden wäre - hier aber schon deshalb nicht, da der Verwertung der Gespräche, auf die sich die Revisionsrüge bezieht, weder bis zu dem gemäß § 257 StPO maßgebenden Zeitpunkt - und auch nicht während der weiteren Hauptverhandlung - widersprochen wurde. Dies wäre jedoch notwendig gewesen, schon weil das Verwertungsverbot für den Angeklagten disponibel ist (vgl. Senat, Beschluss vom 7. März 2006 - 1 StR 316/05 Rdn. 8).

31           Dabei kann hier dahinstehen, ob ein bloßer - weiter nicht begründeter oder wenigstens entsprechend kommentierter - Antrag gemäß § 238 Abs. 2 StPO nach einer Verfügung über die Einführung von Ergebnissen einer Überwachung der Telekommunikation in die Hauptverhandlung grundsätzlich als Widerspruch gegen die Verwertung dieser Ergebnisse wegen Fehlens der Anordnungsvoraussetzungen zu werten ist. Da dies dann die Überprüfungspflicht durch das Gericht auslöst (vgl. Senat, Beschluss vom heutigen Tag - 7. März 2006 - 1 StR 316/05 Rdn. 8), wird regelmäßig eine entsprechende Klarstellung zu fordern sein. Hier jedenfalls ist auszuschließen, dass der Antrag gemäß § 238 Abs. 2 StPO überhaupt von Zweifeln an der Verwertbarkeit - aus welchem Grund auch immer - der gewonnenen Erkenntnisse getragen war. Ursache war - wie die unwidersprochen gebliebenen dienstlichen Stellungnahmen,

an deren Richtigkeit zu zweifeln, der Senat keinen Anlass sieht, ergeben - ausschließlich die Erklärung des Vorsitzenden über den geplanten Umfang der Beweisaufnahme (insbesondere hinsichtlich des Gegenstands der Vernehmung des Zeugen KOK G. ) an jenem Hauptverhandlungstag: „er“, der Verteidiger „könne auch anders“, ersichtlich mit dem prozessordnungswidrigen, nämlich die Verfahrensleitung durch den Vorsitzenden (§ 238 Abs. 1 StPO) in Frage stellenden Ziel, das Gericht zu maßregeln.

32 d) Letztlich kommt es aber auch hierauf nicht an. Wäre der Antrag als Widerspruch gegen die Verwertung wegen fehlender Voraussetzungen der Anordnung der Überwachung der Telekommunikation zu werten, so beträfe dies nur die drei von der Verfügung des Vorsitzenden erfassten Gespräche vom 21. und 22. September 2004. Das Abhören der elf Gespräche aus der Zeit vom 8. Oktober bis zum 5. November 2004, das die Revision angreift, wurde jedoch erst mit dem danach verkündeten Beschluss angeordnet. Gegen dessen Vollzug, also auch gegen das Anhören der elf aufgezeichneten Gespräche, auf die sich die Revisionsrüge bezieht, erhob der Angeklagte beziehungsweise sein Verteidiger dann keinen Einwand. Auch nach dem Vorspielen der Gespräche, nach der Verlesung von Anordnungen zur Überwachung der Telekommunikation und auch im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung wurde die Möglichkeit der Verwertung der angehörten Telefonate nie auch nur in Frage gestellt, geschweige denn, wurde ein förmlicher Widerspruch gegen deren Verwertung erhoben.

33 e) Abschließend sei auf Folgendes hingewiesen: Aufgrund der in der Gegenerklärung der Staatsanwaltschaft zur Revisionsbegründung mitgeteilten tatsächlichen Grundlagen - teilweise unter Hinweis auf die entsprechenden Akteile - für die Anordnung der Überwachungsmaßnahmen zum Anordnungszeitpunkt bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass diese Anordnungen

nicht zumindest rechtlich vertretbar waren. Ferner wird in dieser Gegenerklärung hinsichtlich der beiden beanstandeten Eilanordnungen des Staatsanwalts auch der Zwang zum sofortigen Handeln ausreichend belegt.

Nack

Kolz

Hebenstreit

Elf

Graf