



Bundesgerichtshof

Ermittlungsrichter

2 BGs 147/13
2 BJs 125/11-1

BESCHLUSS

vom

16. Mai 2013

In dem Ermittlungsverfahren

gegen

...

wegen des Verdachts der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland gemäß §§ 129a, 129b StGB u. a.

hier: Anträge auf gerichtliche Überprüfung nach § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO

1. Auf Antrag von Rechtsanwalt R. wird festgestellt, dass der Vollzug der mit Beschluss des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs vom 6. Dezember 2011 - 2 BGs 660/11 - angeordneten Überwachung des Telefonanschlusses des Beschuldigten mit der Rufnummer (1) ... insoweit rechtswidrig war, als die Aufzeichnungen der Gespräche am 12. Dezember 2011 ab 18:02:03 Uhr mit dem Anschluss (2) ... und ab 18:54:47 Uhr mit dem Anschluss (3) ... nicht spätestens mit Ablauf des 28. Februar 2012 gelöscht worden sind.

2. Auf Antrag des Beschuldigten wird festgestellt, dass der Vollzug der vorgenannten Telefonüberwachung insoweit rechtswidrig war, als die Aufzeichnung des Gesprächs am 12. Dezember 2011 ab 18:54:47 Uhr mit dem Anschluss (3) ... nicht spätestens mit Ablauf des 28. Februar 2012 gelöscht worden ist.
3. Die weiter gehenden Anträge werden verworfen.
4. Soweit die Anträge Erfolg haben, fallen die Kosten des Verfahrens und die insoweit entstandenen notwendigen Auslagen der Antragsteller der Staatskasse zur Last; im Übrigen tragen die Antragsteller die durch ihre Anträge veranlassten Verfahrenskosten.

Gründe:

I.

- 1 Der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof führt gegen den Beschuldigten ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland gemäß §§ 129a, 129b StGB, das bislang noch nicht abgeschlossen ist. In dem Verfahren ordnete der Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs am 6. Dezember 2011 für die Dauer von einem Monat u.a. die Überwachung des Telefonanschlusses des Beschuldigten mit der Rufnummer (1) ... an. Im Zuge dieser Überwachung, die noch am 6. Dezember 2011 geschaltet und bis zum 30. Dezember 2011 vollzogen wurde, wurden am 12. Dezember 2011 ab 18:02:03 Uhr ein Gespräch mit dem

Anschluss (2) ... zwischen Rechtsanwalt R. und einer unbekannt weiblichen Person und ab 18:54:47 Uhr ein weiteres Gespräch mit dem Anschluss (3) ... zwischen dem Beschuldigten und Rechtsanwalt R.

aufgezeichnet. Die inhaltliche Protokollierung der beiden Gespräche erfolgte am 13. Dezember 2011 durch Mitarbeiter des Bundeskriminalamts. Mit Schreiben vom 13. Dezember 2011 bestellte sich Rechtsanwalt R. unter Vorlage einer Verteidigervollmacht vom gleichen Tage zum Verteidiger des Beschuldigten. Der Vermerk des Bundeskriminalamts über die inhaltliche Auswertung der gesamten im Überwachungszeitraum aufgezeichneten Telekommunikation über den Anschluss des Beschuldigten (Rufnummer (1) ...) datiert vom 28. Februar 2012.

2 Jeweils mit Schreiben vom 10. August 2012 benachrichtigte der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof den Beschuldigten und Rechtsanwalt R. von der durchgeführten Telekommunikationsüberwachung. Am 22. August 2012 stellte Rechtsanwalt R. sowohl für den Beschuldigten als auch in eigenem Namen Anträge auf nachträgliche gerichtliche Überprüfung gemäß § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO, mit denen jeweils die Aufzeichnung der beiden Gespräche am 12. Dezember 2011 und die fortdauernde Speicherung der Gesprächsaufzeichnungen beanstandet werden. Im Hinblick auf diese Anträge veranlasste der Generalbundesanwalt gemäß § 101 Abs. 8 Satz 3 StPO die Sperrung der noch gespeicherten Gesprächsdaten durch das Bundeskriminalamt.

3 Die Anträge auf gerichtliche Überprüfung nach § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO richten sich bei am erkennbaren Rechtsschutzziel orientierter Auslegung nicht gegen die mit Beschluss des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs vom 6. Dezember 2011 erfolgte Anordnung der Telekommunikationsüberwachung gemäß § 100a StPO, sondern allein gegen die Art und Weise des Vollzugs die-

ser Überwachungsmaßnahme insoweit, als die beiden Gespräche am 12. Dezember 2011 aufgezeichnet und gespeichert wurden. Die Anträge sind in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang begründet; im Übrigen bleiben sie ohne Erfolg.

II.

4 1. Soweit der Beschuldigte die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufzeichnung und Speicherung des Gesprächs am 12. Dezember 2011 ab 18:02:03 Uhr begehrt, ist sein Antrag mangels Antragsbefugnis nach § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO unzulässig. Der Beschuldigte war an diesem Telefongespräch nicht gemäß § 101 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 StPO beteiligt und gehört damit nicht zu dem nach § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO antragsbefugten Personenkreis. Weder die gegen den Beschuldigten als Anschlussinhaber ergangene Anordnung der Telekommunikationsüberwachung noch ein den Beschuldigten betreffender Gesprächsinhalt vermitteln dem Beschuldigten ein Rechtsschutzinteresse an der Überprüfung der Art und Weise der Überwachung eines von anderen Personen geführten Telefongesprächs.

5 2. Im Übrigen erweisen sich die Anträge als zulässig. § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO dient als spezielle, bei beendeten Maßnahmen die allgemeinen Rechtsbehelfe verdrängende Sonderregelung (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Oktober 2008 - StB 12-15/08, BGHSt 53, 1, 2 f.) der Gewährung von nachträglichem Rechtsschutz gegen die Anordnung und die Art und Weise des Vollzugs von verdeckten Ermittlungsmaßnahmen u.a. gemäß § 100a StPO. Der Begriff des Vollzugs in § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO umfasst die Durchführung der Ermittlungsmaßnahme in ihrer Gesamtheit bis zum vollständigen Abschluss (zum Benachrichtigungsverfahren vgl. OLG Celle, StraFo 2012, 183), so dass die

Durchführung der Telekommunikationsüberwachung mittels automatisierter Ausleitung und Aufzeichnung der Gesprächsdaten sowie die Einhaltung eines sich gegebenenfalls aus § 160a Abs. 1 Satz 3 und 5 StPO ergebenden Löschungsgebots zur gerichtlichen Überprüfung gestellt werden kann.

III.

6 Soweit der Beschuldigte bei dem Gespräch ab 18:54:47 Uhr und Rechtsanwalt R. hinsichtlich beider Telefonate die Überwachung mittels automatisierter Ausleitung und Aufzeichnung der Gesprächsdaten beanstanden, bleiben die Anträge ohne Erfolg.

7 Aus dem Vorschriften des § 100a StPO und § 160a Abs. 1 Satz 5 StPO folgt keine Verpflichtung der Strafverfolgungsbehörden, eine Telekommunikationsüberwachung durch Mithören in Echtzeit umzusetzen (vgl. Nack in KK-StPO, 6. Aufl., § 100a Rdn. 40; Griesbaum in KK-StPO, 6. Aufl., § 160a Rdn. 11; Graf in Graf, StPO, 2. Aufl., § 100a Rdn. 53; Patzak in Graf, StPO, 2. Aufl., § 160a Rdn. 6; Schmitt in Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl., § 100a Rdn. 24, 26). Dies ergibt sich, worauf der Generalbundesanwalt zu Recht hinweist, sowohl aus dem Fehlen einer mit § 100c Abs. 5 Satz 1 StPO vergleichbaren Regelung als auch aus der Entstehungsgeschichte der Vorschriften (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG, BT-Drucks. 16/5846, S. 35, 44 f.). Der Gesetzgeber hat sich - verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. BVerfGE 129, 208, 245 ff. zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung) - für ein Regelungskonzept entschieden, das den verfassungsrechtlich gebotenen Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation mit durch die Überwachungsan-

ordnung nur mittelbar betroffenen Berufsgeheimnisträgern im Sinne des § 160a Abs. 1 Satz 1 StPO nicht bei der Erhebung der Gesprächsdaten, sondern in der nachgelagerten Auswertungsphase durch Normierung eines umfassenden Verwendungsverbots und flankierender Löschungs- und Dokumentationspflichten gewährleisten soll. Ob sich in Ausnahmekonstellationen aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Verpflichtung zur Echtzeitüberwachung ergeben könnte, kann hier offen bleiben, da für eine solche atypische Sachlage keine tatsächlichen Anhaltspunkte ersichtlich sind.

IV.

- 8 Die Anträge auf gerichtliche Überprüfung sind begründet, soweit die Antragsteller - Rechtsanwalt R. bezüglich beider Telefonate, der Beschuldigte hinsichtlich des Gesprächs ab 18:54:47 Uhr - sich dagegen wenden, dass die Gesprächsaufzeichnungen nicht spätestens mit Abschluss der inhaltlichen Auswertung der gesamten im Überwachungszeitraum angefallenen Kommunikationsdaten am 28. Februar 2012 gelöscht worden sind. Die Aufzeichnungen des Inhalts der beiden Telefonate unterfallen dem Verwendungsverbot des § 160a Abs. 1 Satz 2 und 5 StPO und damit dem Löschungsgebot des § 160a Abs. 1 Satz 3 und 5 StPO, das gegenüber der allgemeinen Regelung über die Datenlöschung in § 101 Abs. 8 Satz 1 StPO vorrangig ist und durch diese Vorschrift in ihrem Geltungsanspruch nicht relativiert wird.
- 9 1. Werden bei einer Telekommunikationsüberwachung, die sich nicht gegen einen Berufsgeheimnisträger nach § 160a Abs. 1 Satz 1 StPO richtet, von dieser Person Erkenntnisse erlangt, hinsichtlich derer sie zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt wäre, dürfen diese Erkenntnisse nach § 160a Abs. 1 Satz 5 StPO in entsprechender Anwendung des Verwendungsverbots des

§ 160a Abs. 1 Satz 2 StPO nicht verwendet werden. Aufzeichnungen hierüber sind gemäß § 160a Abs. 1 Satz 3 und 5 StPO unverzüglich zu löschen. Der Schutzbereich des Verwendungsverbots beurteilt sich in gegenständlicher Hinsicht ausschließlich nach der Reichweite des dem betroffenen Berufsgeheimnisträger zustehenden Zeugnisverweigerungsrechts aus § 53 Abs. 1 StPO. Das Zeugnisverweigerungsrecht eines Rechtsanwalts nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO bezieht sich auf alle Tatsachen, die dem Rechtsanwalt bei der Ausübung seines Berufs anvertraut oder bekannt geworden sind. Dies ist weit auszulegen (vgl. BGH, Urteil vom 7. April 2005 - 1 StR 326/04, BGHSt 50, 64, 71; Senge in KK-StPO, 6. Aufl., § 53 Rdn. 16; Ignor/Bertheau in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 53 Rdn. 17). Bei einem im Kontext der Berufsausübung als Rechtsanwalt geführten Telefongespräch sind die Identität des Gesprächspartners und der Inhalt von dessen Gesprächsäußerungen in Sinne des § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO bekannt geworden und unterliegen damit dem Zeugnisverweigerungsrecht des Rechtsanwalts. Da die bei einem Gespräch inhaltlich aufeinander bezogenen Gesprächsbeiträge der Beteiligten für die Frage der Zuerkennung des Zeugnisverweigerungsrechts wegen möglicher Rückschlüsse auf die Äußerungen des jeweiligen Anderen und der Gefahr von Fehldeutungen nicht isoliert betrachtet werden können, erstreckt sich das Zeugnisverweigerungsrecht auch auf den Inhalt der Äußerungen des weigerungsberechtigten Rechtsanwalts und erfasst den Inhalt des Gesprächs im Ganzen (vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 1977 - 1 StR 287/77, bei Dallinger, MDR 1978, 281; Senge aaO; Ignor/Bertheau aaO; vgl. auch Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Stärkung des Schutzes von Vertrauensverhältnissen zu Rechtsanwälten im Strafprozessrecht, BT-Drucks. 17/2637, S. 7). Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts kommt es auf den Inhalt des berufsbezogenen Telefonats nicht an. Insbesondere hängt das Bestehen eines Zeugnisverweigerungsrechts des Rechtsanwalts nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO nicht davon

ab, dass das in Ausübung des Berufs als Rechtsanwalt geführte Gespräch "inhaltlich-funktionalen Beratungscharakter" besitzt, eine "mandatsbezogene Beratung" zum Gegenstand hat oder dem Austausch von Informationen dient, "die eines besonderen Vertraulichkeitsschutzes bedürfen".

10 Da die beiden Telefonate am 12. Dezember 2011 von Rechtsanwalt R. im unmittelbaren Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs als Rechtsanwalt geführt wurden, dürfte er nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO über den Inhalt der Gespräche das Zeugnis verweigern. Die Gesprächsaufzeichnungen unterliegen daher dem Verwendungsverbot des § 160a Abs. 1 Satz 2 und 5 StPO.

11 2. Für die demnach unverwertbaren Gesprächsaufzeichnungen gilt das Gebot der unverzüglichen Löschung gemäß § 160a Abs. 1 Satz 3 und 5 StPO. Das Lösungsgebot des § 160a Abs. 1 Satz 3 und 5 StPO hat Vorrang gegenüber § 101 Abs. 8 Satz 1 StPO und wird durch diese Vorschrift nicht relativiert.

12 § 160a Abs. 1 Satz 3 und 5 StPO ist im Verhältnis zu § 101 Abs. 8 Satz 1 StPO die speziellere Regelung. Während § 101 Abs. 8 Satz 1 StPO die Löschung solcher personenbezogener Daten regelt, die aus rechtmäßig durchgeführten verdeckten Ermittlungsmaßnahmen nach § 101 Abs. 1 StPO herrühren und im Strafverfahren verwertbar sind, dient das Lösungsgebot des § 160a Abs. 1 Satz 3 und 5 StPO der Absicherung des sich aus § 160a Abs. 1 Satz 2 und 5 StPO ergebenden umfassenden Verwendungsverbots (vgl. BT-Drucks. 16/5846, S. 36; Griesbaum aaO Rdn. 10; Zöller in HD-StPO, 5. Aufl. § 160a Rdn. 8; vgl. auch BVerfGE 109, 279, 332 f., 334 f. zum Kernbereichsschutz bei der akustischen Wohnraumüberwachung). Um eine Perpetuierung des Eingriffs in die Vertraulichkeit der Kommunikation mit den in § 160a Abs. 1 Satz 1 StPO genannten Berufsheimnisträgern zu verhindern, ordnet § 160a

Abs. 1 Satz 3 und 5 StPO ohne jede Einschränkung die Löschung der unverwertbaren Erkenntnisse an. Dass die Verpflichtung zur Löschung der unverwertbaren Erkenntnisse aus § 160a Abs. 1 Satz 3 und 5 StPO entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts nicht zusätzlich vom Vorliegen der in § 101 Abs. 8 Satz 1 StPO normierten Voraussetzungen abhängig ist, zeigt schließlich ein Vergleich der miteinander nicht zu vereinbarenden Regelungsinhalte beider Vorschriften. So sind Erkenntnisse, die einem umfassenden Verwendungsverbot im Strafverfahren unterliegen, unter keinem denkbaren Gesichtspunkt für die Strafverfolgung erforderlich. Und den sich aus der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG ergebenden Anforderungen (vgl. BVerfGE 100, 313, 364 f.) wird im Regelungskonzept des § 160a Abs. 1 StPO gerade nicht durch ein Aufschieben der Datenlöschung, sondern durch eine auch die Erlangung der Erkenntnisse umfassenden Dokumentationspflicht Rechnung getragen (vgl. BT-Drucks. 16/5846 S. 36; vgl. auch BVerfGE 109, 279, 332 f.).

- 13 3. Die nicht verwertbaren Aufzeichnungen der beiden in Rede stehenden Telefongespräche am 12. Dezember 2011 wären mithin nach § 160a Abs. 1 Satz 3 und 5 StPO unverzüglich zu löschen gewesen. Unter Berücksichtigung der Zeitspanne, die für die notwendige Bewertung zur zutreffenden rechtlichen Einordnung der Erkenntnisse erforderlich war, hätte die Löschung der Gesprächsaufzeichnungen spätestens mit Abschluss der inhaltlichen Auswertung der gesamten im Überwachungszeitraum erfassten Telekommunikation am 28. Februar 2012 erfolgen müssen. Soweit dies unterblieben ist, ist die Rechtswidrigkeit des Vollzugs der Überwachungsmaßnahme festzustellen.

V.

- 14 Die Kosten- und Auslagenentscheidung ergibt sich aus § 473a StPO.

VI.

Rechtsmittelbelehrung:

15 Gegen diesen Beschluss ist gemäß § 101 Abs. 7 Satz 3 StPO die sofortige Beschwerde statthaft. Diese ist binnen einer Woche schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle beim Bundesgerichtshof - Ermittlungsrichter - einzu legen (§ 306 Abs. 1, § 311 Abs. 2 StPO). Bei schriftlicher Einlegung ist für die Wahrung der Wochenfrist der Eingang der Beschwerde beim Bundesgerichtshof maßgebend, nicht deren Absendung. Die Frist beginnt mit dem Tag der Zustellung der Entscheidung.

Bender
Richter am Bundesgerichtshof