



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

StB 51/18

vom
20. Februar 2019
in dem Ermittlungsverfahren
gegen

alias:

wegen des Verdachts der Begehung eines Kriegsverbrechens gegen Personen
gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 1, 3 und 9 VStGB

hier: Beschwerde des Generalbundesanwalts gegen die teilweise Ablehnung
der Postbeschlagnahme

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts am 20. Februar 2019 gemäß § 304 Abs. 5 StPO beschlossen:

Die Beschwerde des Generalbundesanwalts gegen den Beschluss des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs vom 26. September 2018 (4 BGs 191/18) wird verworfen.

Die Kosten des Rechtsmittels hat die Staatskasse zu tragen.

Gründe:

I.

- 1 Der Generalbundesanwalt führt gegen den Beschuldigten ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Begehung eines Kriegsverbrechens gegen Personen gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 1, 3 und 9 VStGB.
- 2 Mit dem angefochtenen Beschluss vom 26. September 2018 hat der Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs den Antrag des Generalbundesanwalts abgelehnt, im Einzelnen benannte Postdienstleister zu verpflichten, Auskunft über an den Beschuldigten gerichtete, nicht mehr in ihrem Gewahrsam befindliche Postsendungen zu erteilen, insbesondere Namen und Anschriften der Absender (retrograde Postdaten). Denn für eine solche Anordnung fehle es an einer Rechtsgrundlage.

3 Dagegen wendet sich der Generalbundesanwalt mit seiner Beschwerde, mit der er weiter die Auffassung vertritt, der von ihm geltend gemachte "Auskunftsanspruch" könne auf § 94 StPO gestützt werden. Dies ergebe sich aus dem allgemeinen Regelungsgehalt der Vorschrift und ihrem Kontext. § 94 StPO ermächtige zu Eingriffen in Art. 10 Abs. 1 GG und werde insbesondere nicht von § 99 StPO verdrängt; durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine auf die Anwendung von § 94 StPO gestützte Verpflichtung der Postdienstleister zur Auskunft bestünden nicht.

4 Die Beschwerde, der der Ermittlungsrichter nicht abgeholfen hat, bleibt erfolglos.

II.

5 Die gemäß § 304 Abs. 5 StPO statthafte Beschwerde ist unbegründet. Es fehlt - de lege lata - an einer Rechtsgrundlage für die Verpflichtung von Postdienstleistern zur Erteilung von Auskünften über Postsendungen, die sich nicht mehr in ihrem Gewahrsam befinden.

6 1. Die Frage, ob und gegebenenfalls aufgrund welcher Rechtsgrundlage die Strafverfolgungsorgane auf retrograde Postdaten zugreifen können, ist in Rechtsprechung und Literatur allerdings umstritten.

7 a) In einigen Entscheidungen und von einem Teil der Literatur wird die Möglichkeit des staatlichen Zugriffs auf solche Daten mit einer direkten oder analogen Anwendung von § 99 StPO begründet (BGH, Beschlüsse vom 11. Juli 2012 - 3 BGs 211/12, juris; vom 31. August 2011 - 2 BGs 458/11, unveröffent-

licht; KK-Greven, StPO, 8. Aufl., § 99 Rn. 11; BeckOK StPO/Graf, § 99 Rn. 3; Schmidt, NJW 2017, 681).

8 Teilweise wird unter Berufung auf eine Entscheidung des Bundverfassungsgerichts (BVerfG, Beschluss vom 16. Juni 2009 - 2 BvR 902/06, BVerfGE 124, 43, 58 f.) auch vertreten, die Auskunftspflicht lasse sich auf § 94 StPO stützen (LG Ingolstadt, Beschluss vom 13. Februar 2018 - 2 Qs 4/18, juris; LG Landshut, Beschluss vom 21. Mai 2012 - 6 Qs 82/12, juris; BeckOK StPO/Engelstätter, RiStBV 84 Rn. 4 f.; Lampe, jurisPR-StrafR 24/2009 Anm. 2; Krause, NZWiSt 2017, 60; Weisser, wistra 2016, 387).

9 b) In neueren Entscheidungen des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs und vom überwiegenden Teil der Literatur wird die Möglichkeit einer Beschlagnahme der retrograden Postdaten bzw. eines dahingehenden Auskunftsanspruchs der Strafverfolgungsorgane hingegen unter Verweis auf das Fehlen einer gemäß Art. 10 Abs. 2 GG notwendigen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage abgelehnt (BGH, Beschluss vom 27. Oktober 2016 - 1 BGs 107/16, NJW 2017, 680; LG Hamburg, Beschluss vom 12. Februar 2009 - 628 Qs 05/09, juris; Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, StPO, 62. Aufl., § 99 Rn. 14; Radtke/Hohmann, StPO, § 99 Rn. 16; HK-StPO/Gercke, 5. Aufl., § 99 Rn. 11; SSW-StPO/Eschelbach, 3. Aufl., § 99 Rn. 22; Graf, StPO, 3. Aufl., § 99 Rn. 3; LR/Menges, StPO, 27. Aufl., § 99 Rn. 30; MüKoStPO/Günther, § 99 Rn. 48; SK-StPO/Wohlens/Greco, 5. Aufl., § 99 Rn. 19; Wimmer, StraFo 2018, 221, 224; Pannenberg, StV 2017, 433).

10 2. Der Senat entscheidet die Rechtsfrage im Sinne der letztgenannten Auffassung.

- 11 a) Die für die Beschlagnahme retrograder Postdaten erforderliche gesetzliche Grundlage ergibt sich nicht aus § 99 StPO, und zwar weder aus einer direkten noch aus einer entsprechenden Anwendung der Vorschrift.
- 12 aa) Gemäß § 99 StPO ist die Beschlagnahme der an den Beschuldigten gerichteten Postsendungen zulässig, die sich im Gewahrsam von Personen oder Unternehmen befinden, die geschäftsmäßig Post- oder Telekommunikationsdienste erbringen oder daran mitwirken. In der sich daraus ergebenden Verpflichtung zur Herausgabe von Postsendungen ist nach allgemeiner Meinung als weniger intensiver Eingriff und mithin rechtstechnisch als Minus zugleich die Verpflichtung enthalten, Auskunft über die Postsendungen zu erteilen. Falls die Voraussetzungen der Postbeschlagnahme erfüllt sind, kann mithin statt dieser auch lediglich die diese betreffende Auskunft verlangt werden (BGH, Beschlüsse vom 11. Juli 2012 - 3 BGs 211/12, juris Rn. 7; vom 27. Oktober 2016 - 1 BGs 107/16, BGHR StPO § 99 Auskunftersuchen 1 Rn. 4; LR/Menges, StPO, 27. Aufl., § 99 Rn. 29; KK-Greven, StPO, 8. Aufl., § 99 Rn. 11; HK-StPO/Gercke, 5. Aufl., § 99 Rn. 11).
- 13 Diese Möglichkeit stellt sich allerdings lediglich als eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar und schafft daher keine weitergehenden Zugriffsmöglichkeiten als die Postbeschlagnahme selbst. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 99 Satz 1 StPO erstreckt sich die Auskunftspflicht deshalb - ebenso wie die Herausgabepflicht - nur auf diejenigen Postsendungen, die sich noch im Gewahrsam der Postunternehmen befinden, nicht hingegen auf bereits weitergeleitete (so auch BGH, Beschluss vom 27. Oktober 2016 - 1 BGs 107/16, BGHR StPO § 99 Auskunftersuchen 1 Rn. 5; LR/Menges, StPO, 27. Aufl., § 99 Rn. 29; MüKoStPO/Günther, § 99 Rn. 48; HK-StPO/Gercke, 5. Aufl., § 99 Rn. 11; SSW-StPO/Eschelbach, 3. Aufl., § 99 Rn. 22; SK-StPO/

Wohlers/Greco, 5. Aufl., § 99 Rn. 19; Welp, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [1974], S. 126 mwN; Kurth, NStZ 1983, 541). Andernfalls würde sich die Auskunftspflicht gegenüber der - mangels aktuellem Gewahrsam nicht möglichen - Beschlagnahme nicht als Minus, sondern als Aliud darstellen (vgl. SSW-StPO/Eschelbach, 3. Aufl., § 99 Rn. 22; Weisser, wistra 2016, 387, 389).

14 bb) Eine analoge Anwendung des § 99 StPO scheidet ebenfalls aus. Aufgrund des eindeutigen Wortlauts dieser Vorschrift ("im Gewahrsam") fehlt es schon an der für eine Analogie erforderlichen Regelungslücke an sich. Eine solche wäre hier auch nicht planwidrig, weil der Gewahrsam der Postdienstleister eine Tatbestandsvoraussetzung der Postbeschlagnahme darstellt und damit die Fälle des Nicht-mehr-Gewahrsams aufgrund einer bewussten gesetzgeberischen Entscheidung nicht von § 99 StPO erfasst werden.

15 Etwaige Wertungswidersprüche vermögen eine analoge Anwendung ebenfalls nicht zu rechtfertigen (so aber wohl Schmidt, NJW 2017, 681, 682); es geht nicht darum, dass die Fälle des Nicht-mehr-Gewahrsams de facto einen größeren Schutz genießen würden als die des Noch-Gewahrsams. Vielmehr würde sich - wie dargelegt - die Auskunftspflicht für retrograde Postdaten gerade nicht als ein Minus zu einer tatsächlich nicht (mehr) möglichen Beschlagnahme, sondern als ein Aliud darstellen, weshalb es insoweit an der Vergleichbarkeit der Fallkonstellationen fehlt.

16 b) Eine Auskunftspflicht der Postunternehmen über retrograde Postdaten lässt sich auch nicht auf § 94 StPO stützen.

- 17 aa) Zwar kommt diese Vorschrift grundsätzlich als Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in das durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützte Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis in Betracht, weil die in den §§ 99, 100a und 100g StPO normierten Regelungen insoweit nicht abschließend sind (BVerfG, Beschluss vom 16. Juni 2009 - 2 BvR 902/06, BVerfGE 124, 43, 58 f.). In der von den Vertretern der Anwendbarkeit von § 94 StPO zum Beleg ihrer Auffassung zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ging es der Sache nach indes nur darum, dass es der Wortsinn von § 94 StPO - trotz dessen ursprünglichen Zuschnitts auf körperliche Gegenstände - gestatte, als "Gegenstand" des staatlichen Zugriffs auch nichtkörperliche Gegenstände wie E-Mails, die sich in dem entschiedenen Fall zudem im aktuellen Gewahrsam des Providers befanden, zu verstehen (BVerfG, Beschluss vom 16. Juni 2009 - 2 BvR 902/06, BVerfGE 124, 43, 60 f.).
- 18 Mit einer solchen Fallkonstellation ist der vorliegende Fall nicht vergleichbar: Es geht nicht um die Frage, ob unkörperliche Gegenstände vom Wortsinn des § 94 StPO erfasst werden, sondern vielmehr darum, ob - auch wenn eine Beschlagnahme des Gegenstands aufgrund verlorenen Gewahrsams an ihm nicht mehr möglich ist - beim ehemaligen Gewahrsamsinhaber Auskunft über diesen Gegenstand verlangt werden kann. Eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung von elektronischer und nicht elektronischer Post (so: Lampe, jurisPR-StrafR 24/2009 Anm. 2, S. 4; Krause, NZWiSt 2017, 60, 62) liegt mithin nicht vor.
- 19 bb) Ein Rückgriff auf § 94 StPO als Ermächtigungsgrundlage kommt nach allgemeinen Grundsätzen nur in Betracht, soweit diese Vorschrift den Anforderungen genügt, die im Hinblick auf den jeweiligen Grundrechtseingriff von

Verfassungen wegen zu stellen sind. Dies ist für Eingriffe in den verfassungsrechtlich besonders sensiblen Bereich retrograder Daten indes nicht der Fall.

20 Das verdeutlicht ein Blick auf die für Grundrechtseingriffe von ähnlichem Gewicht relevanten Vorschriften der §§ 100a, 100g und 100j StPO sowie die in den §§ 100e, 101 ff. StPO normierten zugehörigen Verfahrensregeln. Daraus ergibt sich, dass Grundrechtseingriffe der hier in Rede stehenden Art Differenzierungen erfordern, die sich § 94 StPO nicht entnehmen lassen, etwa nach der Art der Daten, nach dem betroffenen Zeitraum (vgl. § 100g Abs. 1 Satz 3 StPO), nach dem Ort der Datenerhebung (vgl. § 100g Abs. 5 StPO) sowie nach dem zur Entscheidung befugten Organ und der Art und Weise der Durchführung der Maßnahme (vgl. §§ 100 Abs. 1 u. 3, 100e, 101a StPO).

21 cc) Dass § 94 StPO keine zureichende Grundlage für eine Verpflichtung von Postunternehmen zur Erteilung von Auskünften über retrograde Postdaten darstellt, wird durch einen Blick auf die Vorschrift des § 39 Abs. 3 Satz 3 PostG bekräftigt. Danach ist die Verwendung der zur Erbringung der Postdienstleistung notwendig erlangten Kenntnisse für andere Zwecke nur dann zulässig, wenn dafür eine spezielle gesetzliche Ermächtigung gegeben ist, die sich ausdrücklich auf Postsendungen oder den Postverkehr beziehen muss (BT-Drucks. 13/7774, S. 30). Bei der Kollision eines staatlichen Eingriffsrechts oder Auskunftsanspruchs mit dem Postgeheimnis hat die Pflicht zur Wahrung dieses Geheimnisses grundsätzlich Vorrang; das Postgeheimnis tritt nur dann zurück, wenn sich die Befugnisnorm ausdrücklich auf postalische Vorgänge bezieht, wodurch allgemeine Auskunftspflichten bzw. -befugnisse, die - wie § 94 StPO - nicht auf den Postverkehr oder Postsendungen Bezug nehmen, ausgegrenzt werden sollen (BT-Drucks. 13/7774, S. 30).

- 22 dd) Auch im Übrigen ergeben sich aus dem Gesetzgebungsverfahren zu dem Begleitgesetz zum Telekommunikationsgesetz (BegleitG) vom 17. Dezember 1997 (BGBl. I, S. 3108), mit dem die Vorschrift des § 99 StPO in ihre aktuelle Fassung gebracht wurde, Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber eine Anwendbarkeit von § 94 auf retrograde Postdaten nicht für gegeben erachtete:
- 23 Die Frage der Normierung einer strafprozessualen Auskunftspflicht der Postdienstleister wurde in den im Jahr 1997 zeitlich parallelaufenden Gesetzgebungsverfahren zum BegleitG und zum Postgesetz (PostG) mehrfach von verschiedener Seite aufgeworfen und erörtert. Eine im Regierungsentwurf in § 41 Abs. 3 PostG-E vorgesehene Auskunftspflichtung der Postdienstleister über bestimmte personenbezogene Daten (BT-Drucks. 13/7774, S. 13 u. 31) wurde nach einer entsprechenden Beschlussempfehlung des Ausschusses für Post und Telekommunikation gestrichen, weil "aufgrund der bestehenden Regelungen der Strafprozessordnung" keine Notwendigkeit für eine solche Regelung bestünde (BT-Drucks. 13/8702, S. 38). Dem Vorschlag des Bundesrats, im Zuge der Neufassung des § 99 StPO durch das BegleitG ein Auskunftsrecht ausdrücklich zu regeln (BT-Drucks. 13/8453, S. 4), trat die Bundesregierung nicht näher, weil die Prüfung keinen weiteren Gesetzgebungsbedarf ergeben habe (BT-Drucks. 13/8453, S. 12).
- 24 Dabei ist indes zu berücksichtigen, dass bereits im Jahr 1974 darauf hingewiesen worden war, dass die - damals auf Nr. 74 Abs. 1 Satz 1 RiStBV gestützte - Praxis der Postverwaltung und der Strafverfolgungsbehörden, Auskunft über den in der Vergangenheit abgeschlossenen Postverkehr einzufordern und zu erteilen, nicht durch eine gesetzliche Grundlage gedeckt sei (Welp, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [1974], S. 126 mwN, vgl. auch: Kurth, NStZ 1983, 541). Dies war dem Gesetzgeber

auch bewusst, wie die im Gesetzgebungsverfahren in Bezug genommene Kommentierung zeigt (vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 43. Aufl., § 99 Rn. 13), die das Recht, Auskunft zu verlangen, zwar bejaht und damit begründet hatte, dass es als geringeres Recht in der Beschlagnahmefugnis enthalten sei, auf der anderen Seite aber darauf hingewiesen hatte, dass die Auskunft deswegen auch nur im selben Umfang und unter denselben Voraussetzungen zulässig sei, unter denen die Postbeschlagnahme zulässig wäre.

25 ee) Danach scheidet § 94 StPO in den hier in Rede stehenden Fällen als Eingriffsgrundlage aus (so auch BGH, Beschluss vom 27. Oktober 2016 - 1 BGs 107/16, NJW 2017, 680; Graf, StPO, 3. Aufl., § 99 Rn. 3; Wimmer, StraFo 2018, 221, 224; Pannenberg, StV 2017, 433).

26 c) Schließlich folgt eine Auskunftspflicht in Bezug auf retrograde Postdaten auch nicht aus Nr. 84 Satz 2 der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV). Danach ist die Auskunft zwar auch über Postsendungen zu erteilen, die sich "nicht mehr im Machtbereich des Postunternehmens befinden". Die RiStBV stellen indes schon aufgrund ihrer Rechtsnatur als interne Verwaltungsvorschriften bzw. innerdienstliche Weisungen im Sinne des § 146 GVG keine tragfähige Rechtsgrundlage für Grundrechtseingriffe dar (vgl. BGH, Beschluss vom 27. Oktober 2016 - 1 BGs 107/16, BGHR StPO § 99 Auskunftersuchen 1 Rn. 8; Maunz/Dürig/Durner, GG, 85. EL, Art. 10 Rn. 135). Die über die gesetzlichen Regelungen hinausgehenden Vorgaben in Nr. 84 Satz 2 RiStBV erweisen sich vielmehr im Ergebnis als rechtswidrig (LR/Menges, StPO, 27. Aufl., § 99 Rn. 30; Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, StPO, 62. Aufl., § 99 Rn. 14; SK-StPO/Wohlers/Greco, 5. Aufl., § 99 Rn. 19).

27

3. Zur Änderung dieses mit Blick auf das in der Verfassung verankerte Gebot einer effektiven Strafverfolgung (st. Rspr.; vgl. zuletzt BVerfG, Beschluss vom 27. Juni 2018 - 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, NJW 2018, 2385 Rn. 89) möglicherweise unbefriedigenden Rechtszustandes ist somit allein der Gesetzgeber berufen (so bereits Welp, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [1974], S. 128).

Schäfer

Gericke

Tiemann