



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

StB 21/21

vom
20. Mai 2021
in dem Ermittlungsverfahren
gegen

wegen Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschuldigten und seines Verteidigers am 20. Mai 2021 gemäß § 304 Abs. 5 StPO beschlossen:

Auf die Beschwerde des Generalbundesanwalts wird der Beschluss des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs vom 14. April 2021 (2 BGs 127/21) dahin geändert, dass die Befristung entfällt.

Gründe:

I.

- 1 Der Generalbundesanwalt führt gegen den Beschuldigten ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland gemäß § 129a Abs. 1 Nr. 1, § 129b Abs. 1 StGB. Der Beschuldigte wird verdächtigt, sich im Jahr 2014 im Irak der Vereinigung "Islamischer Staat" als Mitglied angeschlossen zu haben und bis Ende 2015 dort für den IS tätig gewesen zu sein. Am 27. Oktober 2020 wurden auf der Basis eines Durchsuchungsbeschlusses des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs die Wohnräume des Beschuldigten durch Beamte des Landeskriminalamtes S. durchsucht. Dabei wurden zwei Mobiltelefone, ein Laptop sowie ein USB-Stick aufgefunden. Diese Speichermedien wurden gemäß § 110 Abs. 1 StPO zur Durchsicht vorläufig sichergestellt und zur polizeilichen Auswertung mitgenommen. Der bei der Durchsuchung anwesende Beschuldigte erhob hiergegen keinen Widerspruch.

2 Mit Schreiben vom 29. Oktober 2020 legte der Verteidiger des Beschuldigten beim Landeskriminalamt S. "Widerspruch" gegen die vorläufige Sicherstellung ein. Der Generalbundesanwalt teilte dem Verteidiger daraufhin unter dem 5. November 2020 mit, dass die sichergestellten Datenträger zunächst auf ihre Beweisrelevanz hin durchgesehen werden müssten. Am 4. Februar 2021 verfügte der Generalbundesanwalt die Herausgabe eines der Mobiltelefone, des Laptops und des USB-Sticks an den Beschuldigten, weil bei deren Durchsicht durch die Polizei keine verfahrensrelevanten Daten festgestellt worden waren. Zugleich beantragte der Generalbundesanwalt beim Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs, die vorläufige Sicherstellung des zweiten Mobiltelefons Apple iPhone 7 richterlich zu bestätigen. Dessen Durchsicht dauere aufgrund der erheblichen gespeicherten Datenmengen noch an.

3 Mit Beschluss vom 14. April 2021 hat der Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs gemäß § 110 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO die vorläufige Sicherstellung des Mobiltelefons Apple iPhone 7 bestätigt, diese Entscheidung allerdings bis zum Ablauf des 21. Mai 2021 befristet. Eine unbefristete richterliche Bestätigung der Sicherstellung zur Durchsicht komme mit Blick auf den Verfahrensgang nicht in Betracht. Der Widerspruch des Verteidigers vom 29. Oktober 2020 sei erst am 4. Februar 2021 dem Ermittlungsrichter vorgelegt worden. Erst am 23. März 2021 und nur auf gerichtliche Nachfrage hin habe der Generalbundesanwalt eine Zusammenstellung der aktuellen Ermittlungsergebnisse nachgereicht. In entsprechender Anwendung des § 98 Abs. 2 Satz 1 StPO hätte die richterliche Bestätigung der vorläufigen Sicherstellung zur Durchsicht vom Generalbundesanwalt binnen drei Tagen beantragt werden müssen. Die gesetzlich gebotene zügige Antragstellung der Staatsanwaltschaft sei über mehrere Monate verzögert worden. Zudem lasse sich der vorgelegten Ermittlungsakte nicht entnehmen, welche Untersuchungshandlungen wann und mit

welchem Ergebnis vorgenommen wurden. Die Ermittlungsakte ergebe daher keinen Aufschluss darüber, ob eine weitere Sicherstellung über einen längeren Zeitraum vertretbar wäre. Vor diesem Hintergrund wäre eine unbefristete richterliche Genehmigung der weiteren vorläufigen Sicherstellung des Mobiltelefons unverhältnismäßig.

4 Gegen diesen Beschluss des Ermittlungsrichters hat der Generalbundesanwalt Beschwerde erhoben. Er wendet sich gegen die zeitliche Befristung der Sicherstellungsbestätigung. Der Ermittlungsrichter hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

II.

5 1. Die Beschwerde ist statthaft und auch im Übrigen zulässig.

6 Bei der ermittelrichterlichen Bestätigung einer vorläufigen Sicherstellung bei einer Durchsuchung aufgefundener Gegenstände zum Zwecke der Durchsicht nach § 110 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO analog handelt es sich um eine die Durchsuchung betreffende Entscheidung im Sinne des § 304 Abs. 5 StPO (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Juli 2018 - StB 4/18, juris Rn. 10).

7 2. Das Rechtsmittel hat in der Sache Erfolg. Die vom Ermittlungsrichter angeordnete zeitliche Befristung der als solche zu Recht erfolgten richterlichen Bestätigung der vorläufigen Sicherstellung des Mobiltelefons zur Durchsicht hat zu entfallen.

- 8 a) Zwar hat der Beschuldigte bei der Wohnungsdurchsuchung am 27. Oktober 2020 gegen die vorläufige Sicherstellung des Mobiltelefons durch die Polizei und dessen Mitnahme keinen Widerspruch erhoben. Der Generalbundesanwalt war deshalb nicht von Amts wegen gehalten, gemäß § 110 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 98 Abs. 2 Satz 1 StPO analog binnen drei Tagen nach erfolgter Wohnungsdurchsuchung und Mitnahme des Mobiltelefons eine ermittelungsrichterliche Bestätigung der vorläufigen Sicherstellung zu erwirken.
- 9 Der vom Verteidiger des Beschuldigten unter dem 29. Oktober 2020 erhobene "Widerspruch" stellt jedoch einen in entsprechender Anwendung des § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO statthaften Antrag auf ermittelungsrichterliche Entscheidung über die vorläufige Sicherstellung des Mobiltelefons dar, der jederzeit gestellt werden kann (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 24. Mai 2017 - 2 BvQ 27/17, juris; vom 28. April 2003 - 2 BvR 358/03, NJW 2003, 2669, 2671; vom 30. Januar 2002 - 2 BvR 2248/00, NJW 2002, 1410, 1411; vom 29. Januar 2002 - 2 BvR 94/01, NStZ-RR 2002, 144, 145; Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, StPO, 64. Aufl., § 98 Rn. 23; § 110 Rn. 10). Somit war und ist eine gerichtliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der vorläufigen Sicherstellung zur Durchsicht geboten.
- 10 b) Die Mitnahme des bei der Wohnungsdurchsuchung aufgefundenen Mobiltelefons Apple iPhone 7 im Rahmen einer vorläufigen Sicherstellung sowie die nach wie vor fortdauernde polizeiliche Durchsicht des Speichermediums auf beweisrelevante Daten sind noch Teil der richterlich angeordneten Durchsuchung und von § 110 Abs. 1 StPO gedeckt.
- 11 aa) Das sichergestellte Mobiltelefon durfte als elektronisches Speichermedium, dessen Durchsicht auf Beweisrelevanz im Rahmen der Wohnungsdurchsuchung vor Ort nicht möglich war, zur Auswertung mitgenommen und hierfür einstweilen sichergestellt werden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 30. Januar 2002

- 2 BvR 2248/00, NJW 2002, 1410, 1411; BGH, Beschlüsse vom 5. Juni 2019 - StB 6/19, juris Rn. 17; vom 5. August 2003 - StB 7/03, NStZ 2003, 670 Rn. 7; Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, StPO, 64. Aufl., § 110 Rn. 2a).

12 Da die Durchsicht des Mobiltelefons noch Teil der Durchsuchung ist (BVerfG, Beschlüsse vom 20. November 2019 - 2 BvR 886/19 u.a., NJW 2020, 384 Rn. 39; vom 20. September 2018 - 2 BvR 708/18, NJW 2018, 3571 Rn. 25; vom 30. Januar 2002 - 2 BvR 2248/00, NJW 2002, 1410, 1411; BGH, Beschluss vom 5. August 2003 - StB 7/03, NStZ 2003, 670 Rn. 2; Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, StPO, 64. Aufl., § 110 Rn. 10), ist ihre (weitere) Zulässigkeit allerdings davon abhängig, dass die rechtlichen Voraussetzungen für eine Wohnungsdurchsuchung gemäß § 102 StPO nach wie vor gegeben sind (BVerfG, Beschlüsse vom 20. November 2019 - 2 BvR 886/19 u.a., NJW 2020, 384 Rn. 39; vom 20. September 2018 - 2 BvR 708/18, NJW 2018, 3571 Rn. 25; Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, StPO, 64. Aufl., § 110 Rn. 10). Das ist der Fall. Der Beschuldigte ist der ihm zur Last gelegten Tat weiterhin verdächtig. Zudem ist auch zum jetzigen Zeitpunkt zu vermuten, dass die (weitere) Untersuchung des Mobiltelefons zur Auffindung beweisrelevanter Daten führen wird.

13 bb) Die Fortdauer der vorläufigen Sicherstellung ist auch unter dem Gesichtspunkt des Gebots der zügigen Auswertung zur Durchsicht mitgenommener potentieller Beweismittel (vgl. BVerfG, Beschluss vom 30. Januar 2002 - 2 BvR 2248/00, NJW 2002, 1410; BGH, Beschluss vom 5. August 2003 - StB 7/03, NStZ 2003, 670 Rn. 8; LG Frankfurt a.M., Beschluss vom 4. September 1996 - 5/29 Qs 16/96, NJW 1997, 1170; LG Saarbrücken, Beschlüsse vom 20. September 2016 - 2 Qs 26/16, NStZ-RR 2016, 346; vom 10. September 2010 - 2 Qs 24/10, BeckRS 2010, 25477; SSW-StPO/Hadamitzky, 4. Aufl., § 110 Rn. 9; Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, StPO, 64. Aufl., § 110 Rn. 2a; SK-StPO/Wohlers/Jäger, 5. Aufl., § 110 Rn. 24) zum jetzigen Zeitpunkt nicht zu beanstanden.

- 14 Ausweislich eines Vermerks des Generalbundesanwalts vom 6. Mai 2021 sind in dem Mobiltelefon Daten in besonders großem Umfang gespeichert, und zwar 304.758 Bilder und Videos, 336.710 Chatnachrichten und 34.125 Audiodateien. Die gespeicherten Bilder und Videos wurden bereits vollständig ausgewertet. Zudem wurden bislang knapp 334.000 der in arabischer Sprache verfassten Chatnachrichten gesichtet. Es steht noch eine Sichtung der übrigen Chatnachrichten und der Audiodateien aus. Eine Spiegelung des elektronischen Speichermediums und Fortsetzung der Durchsicht unter Nutzung von Datenkopien scheidet nach Mitteilung des Generalbundesanwalts schon deshalb aus, weil die gespeicherten Dateien unter Umständen nur unter Verwendung des Mobiltelefons auswertbar seien.
- 15 Damit liegen ungeachtet des Umstandes, dass das Mobiltelefon bereits am 27. Oktober 2020 sichergestellt wurde, keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Durchsicht nicht mit der gebotenen Intensität betrieben wird und bereits zu einem früheren Zeitpunkt hätte abgeschlossen werden können. Unter Berücksichtigung der Schwere des gegen den Beschuldigten erhobenen Tatvorwurfs ist die vorläufige Sicherstellung mithin derzeit - noch - verhältnismäßig.
- 16 Nach Abschluss der Durchsicht wird der Generalbundesanwalt entweder die richterliche Beschlagnahme des Mobiltelefons oder dessen Herausgabe an den Beschuldigten zu bewirken haben (vgl. BVerfG, Beschluss vom 30. Januar 2002 - 2 BvR 2248/00, NJW 2002, 1410, 1411; BGH, Beschluss vom 5. August 2003 - StB 7/03, NStZ 2003, 670 Rn. 8; SK-StPO/Wohlers/Jäger, 5. Aufl., § 110 Rn. 27).
- 17 c) Eine - vom Gesetz nicht vorgesehene - zeitliche Befristung der gerichtlichen Bestätigung der vorläufigen Sicherstellung des Mobiltelefons scheidet aus.

Im Rahmen einer gerichtlichen Entscheidung nach § 110 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO analog hat der nach § 98 Abs. 2 Satz 3 StPO zuständige Richter allein darüber zu befinden, ob zum Entscheidungszeitpunkt die vorläufige Sicherstellung des betreffenden Gegenstandes für eine (weitere) Durchsicht zum Zwecke des Auffindens von Beweismitteln rechtmäßig ist. Eine eigenständige prognostische Bewertung des erforderlichen und verhältnismäßigen sachlichen und zeitlichen Umfangs noch ausstehender beziehungsweise möglicher weiterer Auswertungen ist ihm versagt.

18 aa) Die Entscheidung, in welchem Umfang eine inhaltliche Durchsicht potentieller Beweismittel nach § 110 StPO notwendig ist, wie sie im Einzelnen zu gestalten und wann sie zu beenden ist, obliegt vielmehr dem Ermessen der Staatsanwaltschaft (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 28. April 2003 - 2 BvR 358/03, NJW 2003, 2669, 2671; vom 30. Januar 2002 - 2 BvR 2248/00, NJW 2002, 1410, 1411; BGH, Beschluss vom 5. August 2003 - StB 7/03, NStZ 2003, 670 Rn. 7; LG Saarbrücken, Beschluss vom 20. September 2016 - 2 Qs 26/16, NStZ-RR 2016, 346, 347; SSW-StPO/Hadamitzky, 4. Aufl., § 110 Rn. 8). Die Rechtskontrolle durch den Ermittlungsrichter beschränkt sich deshalb darauf, ob die Staatsanwaltschaft im Entscheidungszeitpunkt die Grenzen des ihr zukommenden Ermittlungsermessens überschritten hat. Jedwede gerichtliche Entscheidung über einen Zeitpunkt, bis zu dem die Durchsicht eines vorläufig sichergestellten Gegenstandes abgeschlossen sein muss, enthielte notwendigerweise eigene Wertungen des Ermittlungsrichters hinsichtlich des Umfangs der in der Sache gebotenen Ermittlungen und griffe daher in den Ermessensspielraum der Staatsanwaltschaft ein.

19 Zudem lässt sich in aller Regel der erforderliche und unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten statthafte Umfang von weiteren Sichtsmaßnahmen nicht vorab bestimmen. Einerseits kann sich aus Erkenntnissen, die bei einer

fortschreitenden Durchsicht erlangt werden, die Gebotenheit weiterer Sichtsmaßnahmen ergeben. Andererseits können neue Erkenntnisse, etwa überraschende Erfolge bei einer Dekryptierung von Daten oder die Erlangung von Passwörtern, die erforderliche Zeitdauer einer Durchsicht erheblich verkürzen. Die richterliche Festlegung einer Frist für eine Durchsicht eines vorläufig sichergestellten Gegenstandes könnte sich mithin auch zum Nachteil des Betroffenen auswirken.

20 Daher ist eine gerichtliche Befristung der Dauer einer vorläufigen Sicherstellung potentiell beweisrelevanter Gegenstände nicht statthaft (so auch LG Saarbrücken, Beschlüsse vom 20. September 2016 - 2 Qs 26/16, NStZ-RR 2016, 346; vom 14. Juli 2016 - 2 Qs 16/16, NStZ 2016, 751, 752; Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, StPO, 64. Aufl., § 110 Rn. 8a; aA LR/Tsambikakis, StPO, 27. Aufl., § 110 Rn. 31; SK-StPO/Wohlers/Jäger, 5. Aufl., § 110 Rn. 29).

21 bb) Eine zeitliche Befristung kommt vorliegend auch nicht ausnahmsweise deshalb in Betracht, weil der Generalbundesanwalt den als Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu verstehenden "Widerspruch" des Verteidigers des Beschuldigten erst nach geraumer Zeit dem Ermittlungsrichter vorgelegt hat. Die Dreitage-Frist des § 98 Abs. 2 Satz 1 StPO bezieht sich nicht auf die vorliegende Fallkonstellation eines erst im Nachgang zu einer vorläufigen Sicherstellung eines Gegenstandes gestellten Antrages auf gerichtliche Entscheidung, der bei der ermittlungsführenden Staatsanwaltschaft oder Polizeidienststelle und nicht bei dem Gericht (vgl. § 98 Abs. 2 Satz 3 und Satz 4 StPO) eingereicht worden ist. Allerdings ist in einem solchen Fall die unverzügliche Weiterleitung des Antrages durch die Staatsanwaltschaft an das zuständige Gericht geboten. Ein diesbezügliches Versäumnis darf aber nicht durch eine zeitliche Beschränkung einer in der Sache gebotenen Fortsetzung der Durchsicht eines elektronischen Speicherme-

diums oder sonstigen vorläufig sichergestellten Gegenstandes sanktioniert werden. Dies gilt auch deshalb, weil das Gesetz vorsieht, dass der Betroffene seinen Antrag auf gerichtliche Entscheidung direkt beim Gericht einreicht.

- 22 cc) Durch die Beschränkung der Überprüfungscompetenz des Ermittlungsrichters auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung wird der Rechtsschutz des von der vorläufigen Sicherstellung Betroffenen nicht verkürzt. Denn er kann nach erfolgter gerichtlicher Bestätigung zu einem späteren Zeitpunkt - gegebenenfalls auch wiederholt - erneut einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 110 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO analog stellen, wenn sich nach seinem Dafürhalten die Sach- und daraus resultierend die Rechtslage geändert hat, etwa wegen Verzögerungen im weiteren Verlauf der Durchsicht oder einer Unverhältnismäßigkeit der fort dauernden Sicherstellung angesichts fortgeschrittenen Zeitablaufs (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 30. Januar 2002 - 2 BvR 2248/00, NJW 2002, 1410, 1411; vom 29. Januar 2002 - 2 BvR 94/01, NStZ-RR 2002, 144, 145; BGH, Beschluss vom 5. August 2003 - StB 7/03, NStZ 2003, 670 Rn. 8).

Schäfer

Paul

Kreicker