



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

StB 16/11

vom  
20. Dezember 2011  
in dem Verfahren

über den Einsatz besonderer Mittel der verdeckten Datenerhebung

des

Polizeipräsidiums

- Antragsteller/Beschwerdeführer/Rechtsbeschwerdeführer -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte

Betroffener:

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 20. Dezember 2011 beschlossen:

Der Beschluss des Landgerichts Mainz vom 5. September 2011 wird aufgehoben.

Die Sache wird an das Oberlandesgericht Zweibrücken verwiesen.

Gründe:

- 1 Der Antragsteller beabsichtigt, zu Zwecken der Gefahrenabwehr den Eingangsbereich des Mehrfamilienhauses, in dem der Betroffene wohnt, für einen Zeitraum von 30 Tagen mit einer Videoanlage heimlich zu überwachen, um auf der Grundlage eines Bewegungsbildes weitere Observationsmaßnahmen gegen den Betroffenen zu ermöglichen. Das Amtsgericht Mainz hat den Antrag auf richterliche Entscheidung über den Einsatz besonderer Mittel der verdeckten Datenerhebung nach § 28 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 Satz 4 des Polizei- und Ordnungsbehördengesetzes Rheinland-Pfalz (POG RP) mit Beschluss vom 29. Juli 2011 abgelehnt. Die dagegen gerichtete Beschwerde des Antragstellers hat das Landgericht Mainz durch Beschluss vom 5. September 2011 zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Antragsteller mit seiner - vom Landgericht zugelassenen - Rechtsbeschwerde. Das Rechtsmittel hat insofern Erfolg, als die Beschwerdeentscheidung mangels Zuständigkeit des Landgerichts aufzuheben und die Sache an das zuständige Beschwerdegericht zu

verweisen ist. Eine eigene Sachentscheidung des Senats kommt derzeit nicht in Betracht.

2           1. Der Bundesgerichtshof ist zur Entscheidung über die Rechtsbeschwerde entsprechend § 133 GVG berufen.

3           Der Landesgesetzgeber hat durch die Regelungen des § 21 Abs. 1 Satz 2, Satz 3, § 28 Abs. 4 Satz 6 POG RP die ihm nach § 40 Abs. 1 Satz 2 VwGO eröffnete Möglichkeit genutzt, bestimmte grundsätzlich dem Verwaltungsrechtsweg zugehörige Streitigkeiten der länderpolizeilichen Gefahrenabwehr einem anderen Rechtsweg mitsamt dem dafür geltenden Verfahrensrecht und Instanzenzug zuzuweisen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 7. Dezember 2010 - StB 21/10, NJW 2011, 690; vom 1. März 2011 - StB 28/10). Zwar verweist § 21 Abs. 1 Satz 3 POG RP ausdrücklich lediglich auf das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), nicht aber auf das Gerichtsverfassungsgesetz, das u.a. die Gerichtszuständigkeit im Rechtsmittelverfahren regelt. Aufgrund der Anordnung der Geltung des FamFG ergibt sich indes auch eine entsprechende Anwendung derjenigen Regelungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, die den Instanzenzug für Verfahren nach dem FamFG betreffen. Ohne den Rückgriff auf die Normen des Gerichtsverfassungsgesetzes liefen die durch die Gesamtverweisung auf das FamFG mit in Bezug genommenen Vorschriften über das Rechtsmittelverfahren leer, weil weder das FamFG selbst die gerichtliche Zuständigkeit normiert noch der Landesgesetzgeber hierzu - ihm grundsätzlich mögliche - eigene Regelungen getroffen hat (im Ergebnis ebenso OLG Zweibrücken, Beschluss vom 3. Mai 2011 - 3 W 45/11, NJW 2011, 3527; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. August 2011 - 3 Wx 188/11, juris Rn. 13). Angesichts dessen kommt es nicht entscheidend darauf an, dass sich aus der Begründung zur Neufassung des § 21 Abs. 1 Satz 3 POG RP (LT-

Drucks. 15/4879 S. 29) nicht ohne Weiteres entnehmen lässt, ob der Landesgesetzgeber bewusst den zuvor eröffneten Instanzenzug abändern wollte, der nach der früheren Verweisung auf das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) bestand.

4           2. Es fehlt eine Entscheidung des zuständigen Beschwerdegerichts, die als Grundlage einer Sachentscheidung des Senats dienen könnte. Dies ist im hier vorliegenden Verfahren von Amts wegen zu berücksichtigen. Die Sache ist daher an das zuständige Beschwerdegericht zu verweisen. Im Einzelnen:

5           a) Nach § 21 Abs. 1 Satz 3, § 28 Abs. 4 Satz 6 POG RP, § 58 FamFG, § 119 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b GVG war zur Entscheidung über die Beschwerde des Antragstellers nicht das Landgericht, sondern das Oberlandesgericht zuständig (ebenso OLG Zweibrücken, Beschluss vom 3. Mai 2011 - 3 W 45/11, NJW 2011, 3527; vgl. auch BT-Drucks. 16/6308 S. 167; aA, allerdings ohne nähere Begründung, Roos/Lenz, POG RP, 4. Aufl., § 21 Rn. 6). Ein Ausnahmefall, bei dem nach § 72 Abs. 1 Satz 2, § 119 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b GVG die Zuständigkeit des Landgerichts gegeben ist, liegt nicht vor.

6           b) Der Senat hat im Rechtsbeschwerdeverfahren die fehlende Zuständigkeit des Beschwerdegerichts von Amts wegen zu berücksichtigen. Hierzu gilt:

7           aa) Nach dem Wortlaut des § 72 Abs. 2 FamFG kann die Rechtsbeschwerde nicht darauf gestützt werden, dass das Gericht des ersten Rechtszugs seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen hat. Danach liegt es nahe, dass lediglich die Zuständigkeit des erstinstanzlichen Gerichts, nicht aber diejenige des Beschwerdegerichts im Rechtsbeschwerdeverfahren von der Überprüfung ausgeschlossen und damit die Zuständigkeit des Beschwerdegerichts als wesentliche Sachentscheidungsvoraussetzung von Amts wegen zu beach-

ten ist. Dies stünde auch mit der Gesetzesbegründung in Einklang, nach der zur Entlastung der Rechtsmittelgerichte von rein prozessualen Streitigkeiten Rechtsmittel und damit auch Rechtsbeschwerden vermieden werden sollen, "die ausschließlich die fehlende Zuständigkeit des erstinstanzlichen Gerichts rügen" (BT-Drucks. 16/6308 S. 206, 210).

8           bb) Allerdings hat der Bundesgerichtshof für das Rechtsbeschwerdeverfahren nach der Zivilprozessordnung angenommen, dass auch die Zuständigkeit des Beschwerdegerichts nicht zu prüfen sei (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Juli 2007 - VII ZB 6/05, NJW-RR 2007, 1498), und zur Begründung auf den Regelungsgehalt der § 576 Abs. 2, § 571 Abs. 2 Satz 2 ZPO sowie entsprechende Rechtsprechung zum zivilrechtlichen Revisionsverfahren (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2005 - KZR 28/03, NJW 2005, 1660, 1661 f.; vgl. auch BGH, Beschluss vom 5. November 2008 - XII ZR 103/07, NJW-RR 2009, 434, 435) verwiesen. Dort wird im Wesentlichen darauf abgestellt, der Gesetzgeber habe bei der Umgestaltung der Zivilprozessordnung durch das Zivilprozess-Reformgesetz vom 27. Juli 2001 (BGBl. I S. 1887) im Interesse der Verfahrensbeschleunigung und der Entlastung der Rechtsmittelgerichte die Nachprüfung der Zuständigkeit des vorinstanzlichen Gerichts durch das Rechtsmittelgericht deutlich einschränken und damit zugleich vermeiden wollen, dass die von dem vorinstanzlichen Gericht geleistete Sacharbeit hinfällig werde.

9           cc) Ob diese über den Gesetzeswortlaut hinausgehende Einschränkung der Prüfungskompetenz grundsätzlich auch für das an das Verfahren nach der Zivilprozessordnung angelehnte Rechtsbeschwerdeverfahren nach dem FamFG (vgl. etwa § 72 Abs. 3 FamFG; BT-Drucks. 16/6308 S. 166) gilt (dafür Joachim, in: Bahrenfuss [Hrsg.], FamFG, § 72 Rn. 9), bedarf hier letztlich keiner Entscheidung; denn jedenfalls aufgrund der gegebenen besonderen Verfah-

renskonstellation ist vorliegend die Zuständigkeit des Beschwerdegerichts von Amts wegen zu beachten. Dies beruht auf folgenden Erwägungen:

10 (1) Anders als bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, deren Verfahren in der Zivilprozessordnung geregelt ist, geht es hier um die Anordnung einer verdeckten polizeilichen Maßnahme. Diese hoheitliche, der Gefahrenabwehr dienende Datenerhebung, die dem Bereich des öffentlichen Rechts zugehört, ist notwendigerweise mit Eingriffen in die Grundrechte des Betroffenen sowie unbeteiligter Dritter verbunden. Diese Grundrechtsbeeinträchtigungen sind von derartigem Gewicht, dass ihre Anordnung einer richterlichen Entscheidung bedarf. Unter diesen Umständen kommt dem Umstand, dass das instantiell bzw. funktionell zuständige Gericht über die Maßnahme entscheidet, besondere Bedeutung zu.

11 (2) Trotz des drohenden Grundrechtseingriffs werden der Betroffene sowie Dritte, deren Rechte berührt werden können, vor der gerichtlichen Entscheidung entgegen der grundsätzlichen Regelung in § 23 Abs. 2, § 68 Abs. 3 Satz 1 FamFG nicht angehört. Zwar ist der durch die polizeiliche Maßnahme unmittelbar Betroffene nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG i.V.m. § 21 Abs. 1 Satz 3 POG RP Verfahrensbeteiligter. Jedoch widerspräche seine nach dem Gesetzeswortlaut vorgesehene Beteiligung an dem Verfahren dem eindeutigen polizeirechtlichen Gesetzeszweck, da § 28 POG RP ausdrücklich die *verdeckte* Datenerhebung regelt. Auch wenn § 28 Abs. 4 Satz 6, § 21 Abs. 1 Satz 3 POG RP allgemein auf das FamFG und damit auch auf die Vorschriften über die Beteiligung des Betroffenen verweisen, die keine etwa den § 33 Abs. 4 Satz 1, § 308 Abs. 1 Satz 2 StPO entsprechenden Regelungen zur Einschränkung des rechtlichen Gehörs enthalten, ist nach der Gesetzessystematik der Betroffene vor der Beendigung einer derartigen Maßnahme nicht am Verfahren zu beteiligen. Ansonsten wäre eine sinnvolle Gesetzesanwendung nicht möglich (vgl.

BVerfG, Beschluss vom 8. Januar 1959 - 1 BvR 396/55, BVerfGE 9, 89, 94 ff., 104 f.; s. auch BVerfG, Beschluss vom 16. Juni 1981 - 1 BvR 1094/80, BVerfGE 57, 346, 358 ff. mwN).

12           Im Hinblick auf diese Besonderheiten des Verfahrens hatte der Betroffene hier keine Gelegenheit, die Unzuständigkeit des Landgerichts geltend zu machen und es so zu einer Verweisung (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 1 FamFG) an das zuständige Beschwerdegericht zu veranlassen. Die Möglichkeit, im Verfahren gehört zu werden, schafft indes einen wesentlichen Teil der Rechtfertigung dafür, dass der Gesetzgeber es den Beteiligten zumutet, eine Entscheidung gegebenenfalls ohne weitere Korrekturmöglichkeit hinzunehmen (BVerfG, Beschluss vom 30. April 2003 - 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395, 409). In Fällen, in denen der Betroffene auf eine bevorstehende gerichtliche Entscheidung keinen Einfluss nehmen kann, soll die Einschaltung des Richters gewährleisten, dass die Interessen der nicht gehörten Beteiligten gebührend berücksichtigt und insbesondere die gesetzlichen Voraussetzungen derartiger Eingriffe genau beachtet werden (BVerfG, Beschluss vom 8. Januar 1959 - 1 BvR 396/55, BVerfGE 9, 89, 97). Mit dieser gerichtlichen Kontrollfunktion wäre es in der konkreten Sachlage nicht vereinbar, eine grundsätzlich von Amts wegen vorzunehmende Zuständigkeitsprüfung mit der Begründung zu versagen, die Prüfung entspreche nicht dem Willen des Gesetzgebers zur Verfahrensbeschleunigung und zur Entlastung der Rechtsmittelgerichte. Da durch die unterbliebene Anhörung des Betroffenen sein Anspruch auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG berührt wird, ist vielmehr in der konkreten Situation zumindest eine Einschränkung der Prüfungsmöglichkeit des Rechtsbeschwerdegerichts über den Wortlaut des § 72 Abs. 2 FamFG hinaus abzulehnen.

13           (3) Der Prüfungsumfang des Rechtsbeschwerdegerichts bei der hier vorzunehmenden Beurteilung der Rechtmäßigkeit polizeilicher Gefahrenabwehr-

maßnahmen lässt sich auch nicht mit der Erwägung einschränken, der Betroffene könne die fehlende Zuständigkeit des Beschwerdegerichts in einem Nachtragsverfahren geltend machen; denn eine solche nachträgliche Prüfung führt nur zu einem wenig effektiven Rechtsschutz (vgl. zur Bedeutung eines effektiven Rechtsschutzes BVerfG, Beschluss vom 30. April 2003 - 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395, 408), da in dem Fall, dass eine Maßnahme angeordnet wird, diese zum Zeitpunkt des Nachverfahrens regelmäßig bereits durchgeführt sein wird und somit der Grundrechtseingriff nicht mehr verhindert werden kann.

14 (4) Etwas anderes ergibt sich schließlich nicht vor dem Hintergrund, dass das Landgericht die Beschwerde des Antragstellers verworfen hat und der Betroffene daher durch die zweitinstanzliche Entscheidung nicht beschwert ist; denn die vom (unzuständigen) Beschwerdegericht getroffenen Feststellungen wären gemäß § 74 Abs. 3 Satz 4 FamFG, § 559 ZPO Grundlage für die Entscheidung über die Rechtsbeschwerde (vgl. Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 17. Aufl., § 74 Rn. 26 ff.) und könnten im Falle deren rechtlich abweichender Bewertung durch den Senat daher auch zu einem den Betroffenen beschwerenden Ausgang des Rechtsbeschwerdeverfahrens führen.

15 c) Auf die Rechtsbeschwerde ist die angefochtene Beschwerdeentscheidung gemäß § 74 Abs. 5 FamFG aufzuheben. Die Sache ist zur Entscheidung über die Beschwerde an das nach § 4 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. a GerOrgG RP zuständige Oberlandesgericht Zweibrücken zu verweisen (vgl. § 74 Abs. 6 FamFG). Aufgrund der allgemeinen Verweisung des Landesrechts auf das Verfahren des FamFG sind, wie bereits dargelegt, davon auch diejenigen Vorschriften umfasst, welche die Gerichtsverfassung für das Verfahren nach dem FamFG betreffen. Danach findet auch § 4 Abs. 3 Nr. 2 GerOrgG RP entspre-

chende Anwendung (ebenso OLG Zweibrücken, Beschluss vom 3. Mai 2011  
- 3 W 45/11, NJW 2011, 3527).

Becker

Pfister

von Lienen

Hubert

Schäfer