

vom

18. Februar 2014

in dem Ermittlungsverfahren

gegen

wegen Verdachts der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung

im Ausland

hier: sofortige Beschwerde des Generalbundesanwalts gegen den Beschluss

des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs vom 16. Mai 2013

- 2 - Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers sowie des Beschuldigten und seines Verteidigers am 18. Februar 2014

gemäß § 101 Abs. 7 Satz 3, § 304 Abs. 5 StPO beschlossen:

Die sofortige Beschwerde des Generalbundesanwalts gegen den

Beschluss des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs vom

16. Mai 2013 - 2 BGs 147/13 - wird verworfen.

Die Kosten des Rechtsmittels sowie die dem Beschuldigten und

Rechtsanwalt R. dadurch entstandenen notwendigen Auslagen trägt die Staatskasse.

Gründe:

I.

Der Generalbundesanwalt führt gegen den Beschuldigten ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Mitgliedschaft in einer terroristischen

Vereinigung im Ausland. Auf seinen Antrag ordnete der Ermittlungsrichter des

Bundesgerichtshofs am 6. Dezember 2011 in diesem Verfahren die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation über die vom Beschuldigten

genutzten Fernmeldeanschlüsse an. Bei der Durchführung dieser Anordnung

wurden am 12. Dezember 2011 zwei Anrufe des Rechtsanwalts R. aufgezeichnet. In dem ersten Telefonat ab 18:02:03 Uhr sprach Rechtsanwalt

R. mit einer unbekanntenen Person, in dem zweiten ab 18:54:47 Uhr mit

dem Beschuldigten selbst. Inhalt der Telefonate war das Angebot des Rechtsanwalts R., den Beschuldigten in dem gegen ihn geführten Ermittlungsverfahren anwaltlich zu vertreten. Es wurde ein Besprechungstermin für den

1

- 3 - Folgetag vereinbart. Mit Schreiben vom 13. Dezember 2011 legitimierte sich

Rechtsanwalt R. als Verteidiger des Beschuldigten unter Beifügung einer

unterzeichneten Strafprozessvollmacht.

Über die Ergebnisse der am 30. Dezember 2011 beendeten Überwachung erstellte das Bundeskriminalamt unter dem 28. Februar 2012 einen Zwischenbericht. Mit Schreiben vom 10. August 2012 benachrichtigte der Generalbundesanwalt den Beschuldigten sowie Rechtsanwalt R. von den Maßnahmen. Im eigenen wie auch im Namen des Beschuldigten beantragte

Rechtsanwalt R. mit am 22. August 2012 eingegangenem Schreiben, die

Rechtswidrigkeit der Überwachung der beiden Telefongespräche vom 13. Dezember 2011 festzustellen. Der Generalbundesanwalt trat den Anträgen entgegen, ordnete jedoch mit Verfügung vom 6. September 2012 die Sperrung der

entsprechenden Aufzeichnungen für eine Verwendung zu anderen Zwecken als

die der gerichtlichen Überprüfung der Maßnahmen an (§ 101 Abs. 8 Satz 3

StPO).

Mit Beschluss vom 16. Mai 2013 hat der Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs unter Verwerfung der weitergehenden Anträge die Rechtswidrigkeit des Vollzugs der angeordneten Überwachung in Bezug auf Rechtsanwalt

R. insoweit festgestellt, als die Aufzeichnungen beider Telefonate nicht

mit Ablauf des 28. Februar 2012 gelöscht wurden, hinsichtlich des Beschuldigten sei die unterbliebene Löschung zu dem genannten Zeitpunkt bezüglich des

zweiten, ab 18:54:47 Uhr geführten Gesprächs rechtswidrig. Hiergegen wendet

sich der Generalbundesanwalt mit der sofortigen Beschwerde.

2

3

- 4 -II.

Das Rechtsmittel ist zulässig. Der Senat entnimmt den Materialien den

Willen des Gesetzgebers, die sofortige Beschwerde nach § 101 Abs. 7 Satz 3

StPO auch gegen Entscheidungen des Ermittlungsrichters über die Art und

Weise des Vollzugs einer Maßnahme nach § 101 Abs. 1 StPO zuzulassen (BT Drucks. 16/5846, S. 62 f.; aA SK-StPO/Frisch, 4. Aufl., § 304 Rn. 66). Diese

erweist sich jedoch als unbegründet.

1. Die anlässlich der verfahrensgegenständlichen Telefongespräche erlangten Erkenntnisse dürfen - wie der Ermittlungsrichter zutreffend festgestellt

hat - gemäß § 160a Abs. 1 Satz 2 und 5 StPO nicht verwendet werden, da

Rechtsanwalt R. über diese als Verteidiger des Beschuldigten gemäß

§ 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StPO das Zeugnis verweigern dürfte.

a) Nach dieser Vorschrift bekanntgeworden ist dem Berufsausübenden

all das, was ihm in anderer Weise als durch Anvertrauen im Sinne des Mitteilens in der erkennbaren Erwartung des Stillschweigens (hM, vgl. SK -StPO/

Rogall, 4. Aufl., § 53 Rn. 62 mwN; weitergehend - SK-StGB/Hoyer, 56. Ergänzungslieferung, § 203 Rn. 20 f.) in funktionalem Zusammenhang mit seiner Berufsausübung zur Kenntnis gelangt, unabhängig davon, von wem, aus welchem

Grund oder zu welchem Zweck er sein Wissen erworben hat (BGH, Beschluss vom 16. Februar 2011 - IV ZB 23/09, NJW 2011, 1077, 1078 zu § 43a Abs. 2 BRAO; OLG Köln, Beschluss vom 4. Juli 2000 - Ss 254/00, NJW 2000, 3656, 3657; SK-StPO/Rogall, 4. Aufl., § 53 Rn. 63; Radtke/Hohmann/Otte, StPO, § 53 Rn. 10; LR/Ignor/Bertheau, StPO, 26. Aufl., § 53 Rn. 17). Nicht erfasst sind allein solche Tatsachen, die er als Privatperson oder nur anlässlich seiner Berufsausübung in Erfahrung gebracht hat (BGH, Beschluss vom 15. Novem-4

5

6

- 5 -ber 2006 - StB 15/06, BGHSt 51, 140, 141; OLG Bamberg, Beschluss vom

11. August 1983 - 4 Ws 401/83, StV 1984, 499, 500). Wenn auch eigene Tätigkeiten oder Äußerungen des Zeugnisverweigerungsberechtigten mangels eigener Wahrnehmung nicht bekanntgewordene Tatsachen sein können (vgl.

BGHSt 51, 140, 142 f.), so werden sie dennoch dann vom Zeugnisverweigerungsrecht erfasst, wenn Angaben über diese Tätigkeiten oder Äußerungen

Rückschlüsse auf geschützte Tatsachen zulassen (BGH, Urteil vom 20. Dezember 1977 - 1 StR 287/77, bei Holtz MDR 1978, 281).

b) Ausgehend von diesen Grundsätzen unterliegt der gesamte Inhalt

beider verfahrensgegenständlicher Telefongespräche dem Schutz des § 53

StPO. Ungeachtet des Umstands, von wem die Initiative für die Telefonate

ausging, standen die Äußerungen der Gesprächspartner von Rechtsanwalt

R. jeweils in direktem Bezug zu dessen Funktion. Da das Weigerungsrecht des Verteidigers nicht von seiner Beziehung zum Beschuldigten, sondern

allein vom Vernehmungsgegenstand abhängt (vgl. BGH, Urteil vom 20. Februar

1985 - 2 StR 561/84, BGHSt 33, 148, 152), kommt es auch nicht darauf an,

dass die den ersten Anruf entgegennehmende Person zu keinem Zeitpunkt ein

Mandatsverhältnis mit Rechtsanwalt R. begründen wollte.

c) Dass zum Zeitpunkt der Telefonate ein Mandatsverhältnis zwischen

Rechtsanwalt R. und dem Beschuldigten noch nicht bestand, ist ebenfalls ohne Bedeutung. Denn das berufsbezogene Vertrauensverhältnis, das zu

schützen § 53 StPO beabsichtigt (vgl. KK-Senge, StPO, 7. Aufl., § 53 Rn. 1),

beginnt nicht erst mit Abschluss des zivilrechtlichen Geschäftsbesorgungsvorganges, sondern umfasst auch das entsprechende Anbahnungsverhältnis

(BGHSt aaO S. 151 zum Arzt-Patienten-Verhältnis; SK-StPO/Rogall aaO,

Rn. 84, 101). Ein Beschuldigter, der auf der Suche nach einem Verteidiger ist,

7

8

- 6 - bringt jedem Rechtsanwalt, mit dem er zu diesem Zweck kommuniziert, typischerweise das Vertrauen entgegen, dass der Inhalt dieser Gespräche vertraulich behandelt wird, unabhängig davon, ob anschließend ein Verteidigungsverhältnis zustande kommt (Schäfer, Festschrift für Hanack, 1999, 77, 82).
Damit

besteht bereits zu diesem Zeitpunkt die Sonderbeziehung, die von einer - vornehmlich zu § 203 StGB vertretenen (S/S-Lenckner/Eisele, StGB, 28. Aufl.,

§ 203 Rn. 15 mwN; ablehnend OLG Köln aaO) und vom Generalbundesanwalt

für seine Argumentation herangezogene - Ansicht über den funktionalen Zusammenhang mit der Berufsausübung hinaus verlangt wird. Der Senat kann

daher offenlassen, ob dieser Ansicht zu folgen wäre (ebenso BGH aaO, S.

150 f.).

d) Dieses Verständnis des Tatbestandsmerkmals des Bekanntwerdens

ist - unabhängig davon, ob es tatsächlich, wie der Generalbundesanwalt meint,

Ergebnis einer weiten bzw. ausdehnenden Auslegung ist (so ausdrücklich BGH,

Urteil vom 20. Dezember 1977 - 1 StR 287/77, bei Holtz MDR 1978, 281; SKStPO/Rogall aaO, Rn. 63; Radtke/Hohmann/Otte aaO; LR/Ignor/Bertheau,

StPO aaO) - vom dargelegten Schutzzweck der Norm her geboten. Das bestehende Spannungsverhältnis zwischen der Gewährung eines Zeugnisverweigerungsrechts und der verfassungsrechtlichen Pflicht des Staates zur bestmöglichen Erforschung der materiellen Wahrheit als unerlässliche Voraussetzung

der Verwirklichung des Schuldprinzips wurde vom Gesetzgeber gesehen. Dennoch hat er - im Bewusstsein der zu § 53 StPO ergangenen Rechtsprechung - dem Vertrauensverhältnis zunächst nur zum Verteidiger, später auch zu dem

nicht verteidigenden Rechtsanwalt uneingeschränkten Vorrang eingeräumt und

in § 160a Abs. 1 StPO ein absolutes Erhebungs- und Verwendungsverbot statuiert (BT-Drucks. 16/5846, S. 25, 35 f.; BT-Drucks. 17/2637, S. 6). Soweit das

9

- 7 - Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang die Pflicht zur Wahrheitserforschung betont hat, geschah dies mit Blick auf den am Maßstab des

Gleichheitsgrundsatzes des Art. 3 Abs. 1 GG zu messenden, abschließenden

Charakters der in § 53 StPO aufgeführten Berufsgruppen (Beschluss vom

19. Juli 1972 - 2 BvL 7/71, BVerfGE 33, 367, 383 zum Sozialarbeiter; Beschluss vom 15. Januar 1975 - 2 BvR 65/74, NJW 1975, 588, 589 zum Tierarzt). Eine Einschränkung des Schutzes des Vertrauensverhältnisses ist damit

nicht zu rechtfertigen oder gar verfassungsrechtlich geboten (vgl. BVerfG, Urteil

vom 3. März 2004 - 1 BvR 2378/98 u.a., BVerfGE 109, 279, 329).

e) Darauf, ob die einzelnen Äußerungen aus objektiver Sicht vertrauensund damit schutzwürdig erscheinen, kann es nicht ankommen. Derjenige, der

Vertrauen sucht, muss, um dieses Vertrauen aufbauen zu können, im Vorfeld

sicher sein, dass sämtliche vom Berufsausübenden in seiner Funktion gewonnenen Erkenntnisse unabhängig von der Bewertung durch Dritte dem Zeugnisverweigerungsrecht unterfallen. Allerdings findet der Schutz bei solchen Informationen eine Grenze, die gerade mit dem Ziel erteilt werden, sie an Dritte weiterzugeben (BGH, Beschluss vom 20. Juli 1990 - StB 10/90, StV 1990, 433;

OLG Hamm, Beschluss vom 20. Januar 2009 - 5 Ws 24/09, NStZ 2010, 164).

Dies trifft bezogen auf einen Verteidiger zwar auf die Mitteilung des Bestehens eines Mandatsverhältnisses - wie vorliegend mit Schreiben vom 13. Dezember 2011 geschehen - zu. Davon unberührt bleibt jedoch, dass darauf bezogene weitere Erkenntnisse wie der Umstand, wann, auf wessen Initiative und aus welchen Gründen es zu einer Kontaktaufnahme gekommen war, grundsätzlich nicht offengelegt werden sollen.

10

- 8 -2. Der Ermittlungsrichter ist auch zutreffend von einem Vorrang der Regelung des § 160a Abs. 1 Satz 5 i.V.m. Satz 3 StPO gegenüber § 101 Abs. 8

StPO ausgegangen, weshalb sich die unterlassene Löschung der Aufzeichnung seit 28. Februar 2012 als rechtswidrig erweist. Dem Generalbundesanwalt ist allerdings darin zuzustimmen, dass das Ziel der Regelung, einer Perpetuierung der Verletzung des Erhebungsverbots nach § 160a Abs. 1 Satz 1 StPO vorzubeugen und die Einhaltung des Verwertungsverbots nach § 160a Abs. 1 Satz 2

StPO abzusichern (BT-Drucks. 16/5846, S. 36), die Schaffung des absoluten Lösungsgebots nicht zwingend erfordert hätte. Es hätte vielmehr ausgereicht, eine - vorliegend allerdings auch nicht am 28. Februar 2012 vorgenommene, sondern erst mit Verfügung vom 6. September 2012 angeordnete - Sperrung der Daten wie nach § 101 Abs. 8 Satz 3 Halbs. 2 StPO vorzusehen. Gegen ein Nebeneinander beider Vorschriften sprechen jedoch Wortlaut und Gesetzgebungsgeschichte; ein solches ist auch verfassungsrechtlich nicht geboten.

a) Der Wortlaut des § 160a Abs. 1 Satz 3 StPO ist eindeutig. Während

§ 101 Abs. 8 StPO zwischen Löschung im Sinne des Unkenntlichmachens gespeicherter personenbezogener Daten (§ 3 Abs. 4 Nr. 5 BDSG) und Sperrung

zum Zwecke der gerichtlichen Überprüfung der Maßnahme (vgl. § 3 Abs. 4

Nr. 4 BDSG) unterscheidet, verlangt § 160a Abs. 1 Satz 3 StPO stets die Löschung. Da beide Regelungen durch dasselbe Gesetz (Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom

21. Dezember 2007) eingeführt wurden, kann ausgeschlossen werden, dass

der Gesetzgeber - ohne dies deutlich zu machen - dem Begriff der Löschung in

§ 160a Abs. 1 Satz 3 StPO unter bestimmten Voraussetzungen auch als Sper-

12

- rung im Sinne des § 101 Abs. 8 Satz 3 Halbs. 2 StPO verstanden wissen wol lte.

b) § 160a Abs. 1 Satz 3 StPO stellt auch nicht lediglich eine Spezialregelung gegenüber der Löschung im Sinne des § 101 Abs. 8 Satz 1 StPO dar, die

den Anwendungsbereich für die Sperrung von Daten nach § 101 Abs. 8 Satz 3

Halbs. 2 StPO unberührt ließe. Eine Datensperrung nach dieser Vorschrift

kommt nur dann in Betracht, wenn der Inhalt ansonsten für die Strafverfolgung

nicht mehr erforderlicher und deshalb grundsätzlich zu löschender Erkenntnisse

(§ 101 Abs. 8 Satz 1 StPO) lediglich zu Zwecken der gerichtlichen Überprüfung

der Maßnahme aufbewahrt werden soll. Diese Gewährleistung nachträglichen

Rechtsschutzes übernimmt nach dem Willen des Gesetzgebers im Rahmen

des § 160a Abs. 1 StPO jedoch die durch § 160a Abs. 1 Satz 4 StPO vorgesehene Regelung, wonach unter Verzicht auf eine inhaltliche Speicherung der

Aufzeichnungen zur Sicherung etwaiger Rechtsschutzbegehren die Tatsache

der Erlangung der unverwendbaren Erkenntnisse sowie der Löschung der entsprechenden Aufzeichnungen aktenkundig zu machen ist (BT-Drucks. 16/5846,

S. 36). Dabei handelt es sich um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers. § 160a Abs. 1 Satz 3 und 4 StPO wurde § 100c Abs. 5 Satz 2 und 4 StPO

nachgebildet, der seinerseits mit Gesetz vom 24. Juni 2005 zur Umsetzung des

Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 eingeführt wurde.

Bezogen auf letztgenannte Bestimmungen wurden ausdrücklich etwaige der

Vernichtung der erlangten Daten entgegenstehende Belange des (nachträglichen) Rechtsschutzes mit

Blick auf den Menschenwürdebezug von Aufzeichnungen aus dem Kernbereich privater

Lebensgestaltung als unerheblich bezeichnet (BT-Drucks. 15/4533, S. 15). Dies hatte das

Bundesverfassungsgericht in Abweichung von dem allgemeinen Grundsatz, wonach Art. 19 Abs. 4

GG eine Abstimmung der Pflicht zur Vernichtung mit der Rechtsschutzgarantie

13

- 10 -verlange (BVerfG, Urteil vom 3. März 2004 - 2 BvR 2378/98 u.a., BVerfGE 109,

279, 380 f.), in diesem Zusammenhang gefordert. Denn wegen des Risikos einer Vertiefung der Persönlichkeitsverletzung habe jede weitere Aufbewahrung

von höchstpersönlichen Daten, die nicht hätten erhoben werden dürfen, zu unterbleiben, auch wenn dadurch ein mögliches Interesse der Betroffenen auf

vollständige Kenntnis darüber, welche Gesprächsinhalte von den Strafverfolgungsbehörden überwacht wurden, unbefriedigt bleibt (BVerfG aaO, S. 332 f.).

c) Dass der Gesetzgeber auch bei dem Schutz der Vertraulichkeit des

Verhältnisses eines Beschuldigten zu seinem Verteidiger Aspekte der Garantie

der Menschenwürde in seine Überlegungen miteinbezogen und deswegen etwaige Belange eines nachträglichen Rechtsschutzes hintangestellt hat, ist von

den Fachgerichten hinzunehmen; auch mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG bestehen insoweit keine Bedenken. Die für die Verkürzung der Rechtsschutzgarantie

erforderliche Menschenwürderelevanz der personenbezogenen Erkenntnisse

aus dem Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Mandant folgt daraus,

dass § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StPO nicht nur generell den Schutz dieses Verhältnisses bezweckt, sondern seine Funktion darüber hinaus auch darin liegt

dafür Sorge zu tragen, dass der Beschuldigte nicht zum bloßen Objekt eines

Strafverfahrens wird (BVerfG aaO, S. 322; BVerfG, Beschluss vom 12. Oktober

2011, 2 BvR 236/08 u.a., BVerfGE 129, 208, 263 f.; BT-Drucks. 16/5846,

S. 25). Diese gesteigerte Bedeutung spiegelt sich auch in der Differenzierung

zwischen den einzelnen Berufsgruppen in § 160a Abs. 1 und Abs. 2 StPO wider (vgl. zu der Verfassungsgemäßheit dieser Unterscheidung im Lichte des

Art. 3 Abs. 1 GG BVerfG aaO, S. 261 ff.).

14

- 11 -d) Dass die unterschiedlichen Normen betreffend die Löschung und Speicherung von Daten sowie die diesbezüglichen Rechtsschutzmöglichkeiten insgesamt nicht ausgewogen aufeinander abgestimmt sind (vgl. KK -Bruns aaO,

§ 100c Rn. 37), lässt ein anderes Verständnis der § 160a Abs. 1 Satz 3 und 4

StPO angesichts der Eindeutigkeit der Auslegung nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte nicht zu.

Becker Hubert Mayer

15