

§§ 53, 101, 160 a, 304, 311 StPO

## Zufälliges Abhören von Gesprächen mit künftigem Verteidiger

BGH, Beschl. v. 18.02.2014 – StB 8/13

### Fall

Der Generalbundesanwalt führte gegen den Beschuldigten B ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland. Auf seinen Antrag ordnete der Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs am 06.12.2011 in diesem Verfahren die Überwachung der Telefonanschlüsse des B an. Am 12.12.2011 wurden bei der Durchführung der Anordnung zwei Anrufe des Rechtsanwaltes R aufgezeichnet. Im ersten Telefonat sprach R mit einer unbekanntenen Person, im dem zweiten knapp eine Stunde später mit dem Beschuldigten B. Inhalt beider Telefonate war das Angebot des R, den B in dem gegen ihn geführten Ermittlungsverfahren anwaltlich zu vertreten. Mit Schreiben vom 13.12.2011 legitimierte sich R als Verteidiger des B unter Beifügung einer unterzeichneten Vollmacht. Am 20.12.2011 beendete das BKA die Überwachung und erstellte am 28.02.2012 einen Zwischenbericht. Mit Schreiben vom 10.08.2012 benachrichtigte der Generalbundesanwalt gemäß § 101 Abs. 4 Nr. 3 StPO den B und den R von den Maßnahmen. R verlangte daraufhin im eigenen wie auch im Namen des B, gemäß § 101 Abs. 7 S. 2 StPO die Rechtswidrigkeit der Überwachung der beiden Telefongespräche vom 13.12.2011 festzustellen. Der GBA ordnete am 06.09.2012 die Sperrung der Aufzeichnungen für eine Verwendung zu anderen Zwecken als die der gerichtlichen Überprüfung der Maßnahmen an, § 101 Abs. 8 S. 3 StPO.

Der Ermittlungsrichter des BGH stellte mit Beschluss vom 16.05.2013 unter Verwerfung der weitergehenden Anträge die Rechtswidrigkeit des Vollzugs der Überwachung in Bezug auf R insoweit fest, als die Aufzeichnungen beider Telefonate nicht mit Ablauf des 28.02.2014 gelöscht wurden. In Bezug auf den B sei die unterbliebene Löschung des zweiten Gesprächs rechtswidrig gewesen. Der Beschluss stellt zudem fest, dass die anlässlich der Telefongespräche erlangten Erkenntnisse nicht verwendet werden dürfen, da R als Verteidiger des B das Zeugnis hätte verweigern dürfen. Der GBA möchte allerdings Erkenntnisse aus den beiden Gesprächen weiterhin verwenden.

Welche Möglichkeiten hat der GBA, gegen diesen Beschluss vorzugehen? Zeitpunkt des Falles ist der 16.05.2013.

### Entscheidung

I. Statthafter Rechtsbehelf gegen die die Rechtswidrigkeit einer Überwachungsmaßnahme feststellende Entscheidung ist die **sofortige Beschwerde** gemäß § 101 Abs. 7 S. 3 StPO. Nach § 304 Abs. 4 S. 1 StPO ist gegen Beschlüsse und Verfügungen des BGH zwar keine Beschwerde zulässig. Dies gilt gemäß Abs. 5 der Vorschrift nicht hinsichtlich Verfügungen des Ermittlungsrichters des BGH, wenn sie die Verhaftung, einstweilige Unterbringungen, Beschlagnahme, Durchsuchung oder die in § 101 Abs. 1 StPO bezeichneten Maßnahmen betreffen. Dies gilt nach ganz h.M. nicht nur hinsichtlich der Frage des Ob der Anordnung, sondern auch hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Art und Weise des Vollzugs (a.A.: SK-StPO/Frisch, 4. Aufl., § 304 Rn. 66). Die Frist für den

### Leitsatz

Gemäß § 160 a Abs. 1 StPO darf ein Verteidiger nicht mit Ermittlungsmaßnahmen überwacht werden. Erkenntnisse hieraus sind sofort zu löschen. Dies gilt auch dann, wenn die Gespräche, um die es geht, im Vorfeld der Mandatierung geführt worden und ohne Rücksicht auf deren Schutzwürdigkeit des Inhalts. Mit der Löschung der Daten darf nicht bis zur nachträglichen Entscheidung über die Zulässigkeit der Maßnahme zurückgestellt werden. Eine Sperre der Daten zum Zweck der gerichtlichen Überprüfung ist nicht ausreichend.

(Leitsatz des Bearbeiters)

Was das Motiv des GBA gewesen ist, sofortige Beschwerde einzulegen, teilen die Entscheidungsgründe nicht mit. Es ist jedoch anzunehmen, dass es dem GBA um Erkenntnisse aus den Telefonaten geht, die er weiter nutzen will. Dies kann eine Verwertung im Verfahren gegen B sein oder eine Verwendung in sonstiger Weise. Ein Verwendungsverbot, wie es § 160 a Abs. 1 S. 2 StPO enthält, würde dazu führen, dass Erkenntnisse auch nicht zur Begründung der Neuleitung eines weiteren Verfahrens benutzt werden dürfen. Vgl. hierzu Meyer-Goßner, StPO, 57. Aufl. 2014, § 160 a Rn. 4 und Einl. Rn. 57 d.

Rechtsbehelf beträgt gemäß § 311 Abs. 2 StPO eine Woche ab Bekanntmachung. Diese Frist ist eingehalten worden.

Zuständig für die Entscheidung über die Beschwerde ist nach § 135 Abs. 2 GVG der BGH.

II. Die sofortige Beschwerde ist begründet, wenn der Ermittlungsrichter des BGH in seinem Beschluss vom 16.05.2013 das Recht nicht richtig angewendet hätte.

1. Fraglich ist daher zunächst, ob zutreffend festgestellt worden ist, dass die Erkenntnisse aus den Telefongesprächen nicht verwendet werden dürfen, weil R hierüber das Zeugnis verweigern dürfte.

Gemäß § 160 a Abs. 1 S. 1, 2 und 5 StPO ist eine Ermittlungsmaßnahme, die sich gegen eine in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StPO genannte Person – insbesondere den Verteidiger des Beschuldigten – richtet und voraussichtlich Erkenntnisse erbringen würde, über die diese das Zeugnis verweigern dürfte, unzulässig. Dennoch erlangte Erkenntnisse dürfen nicht verwertet werden. Dies gilt auch, wenn durch eine Ermittlungsmaßnahme, die sich nicht gegen eine solche Person richtet, Erkenntnisse erlangt werden, über die sie das Zeugnis verweigern dürfte. Maßgebend ist damit, ob R ein Zeugnisverweigerungsrecht hinsichtlich des Inhaltes der Telefonate zustehen würde. Gemäß § 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO hat der Verteidiger des Beschuldigten über das, was ihm in dieser Eigenschaft anvertraut oder bekannt geworden ist, ein Zeugnisverweigerungsrecht.

a) Fraglich ist, was unter „bekannt geworden“ zu verstehen ist.

„[6] Nach dieser Vorschrift ist **bekanntgeworden ist dem Berufsausübenden all das, was ihm in anderer Weise als durch Anvertrauen im Sinn des Mitteilens in der erkennbaren Erwartung des Stillschweigens (...) 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 (...). Nicht erfasst sind allein solche Tatsachen, die er als Privatperson oder nur anlässlich seiner Berufsausübung in Erfahrung gebracht hat (...).** Wenn auch eigene Tätigkeiten oder Äußerungen des Zeugnisverweigerungsberechtigten mangels eigener Wahrnehmung nicht bekanntgeworden sein können (...), so werden sie dennoch dann vom Zeugnisverweigerungsrecht erfasst, wenn Angaben über diese Tätigkeiten oder Äußerungen Rückschlüsse auf geschützte Tatsachen zulassen (...).

[7] 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 (...), kommt es auch nicht darauf an, dass die den ersten Anruf entgegennehmende Person zu keinem Zeitpunkt ein Mandatsverhältnis mit Rechtsanwalt R begründen wollte.“**

b) Gegen ein Zeugnisverweigerungsrecht könnte sprechen, dass zum Zeitpunkt der Aufzeichnungen noch kein Mandatsverhältnis zwischen R und B bestand.

„[8] **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 (...) beginnt nicht erst mit Abschluss des zivilrechtlichen Geschäftsbesorgungsvertrages, sondern umfasst auch das**

Die Ausführungen über den Vernehmungsgegenstand sind wie folgt zu verstehen: Es ist nicht maßgebend, ob der Zeuge eine Sonderbeziehung zum Angeklagten oder einer dritten Person hat. Wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, darf der Zeuge das Zeugnis verweigern, egal von welchem Mandanten er dies ableitet. Maßgebend ist also der Gegenstand der Vernehmung und nicht die Person des Mandanten. Vgl. hierzu BGH, Urt. v. 20.02.1985 – 2 StR 561/85 Rn. 17. Ob für ein ZVR des Verteidigers noch eine typischerweise auf Vertrauen beruhende Sonderbeziehung jenseits des funktionalen Zusammenhangs zur Berufsausübung bestehen muss, hat der BGH in dieser Entscheidung offengelassen, da dieses Merkmal offensichtlich gegeben wäre.

**entsprechende Anbahnungsverhältnis (...).** Ein Beschuldigter, der auf der Suche nach einem Verteidiger ist, 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(...).“

c) Schließlich könnte danach zu differenzieren sein, ob der Inhalt der Kommunikation schutzwürdig ist oder nicht.

„[10] Darauf, ob die einzelnen Äußerungen aus objektiver Sicht vertrauens- und 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.**(...)“

Die Feststellung der Unverwertbarkeit der Gesprächsinhalte ist damit rechtsfehlerfrei.

2. Fraglich ist, ob dies auch hinsichtlich der Nichtlöschung der Aufzeichnungen gilt. Da die Löschung für die gerichtliche Überprüfung zurückgestellt worden ist, sind diese an sich gemäß § 101 Abs. 8 S. 3 StPO zu sperren gewesen. Dies widerspricht allerdings § 160 a Abs. 1 S. 3 u. 5 StPO, wonach Aufzeichnungen über derartige Gespräche sofort zu löschen sind. Fraglich ist, welche Norm Vorrang hat.

„[11] Der Ermittlungsrichter ist auch zutreffend von einem **Vorrang der Regelung des § 160 a Abs. 1 Satz 5 i. V. m. S. 3 gegenüber § 101 Abs. 8 StPO ausgegangen**, weshalb sich die unterlassene Löschung der Aufzeichnung seit dem 28. Februar 2012 als rechtswidrig erweist.(...)“

[12] Der Wortlaut des § 160 a Abs. 1 Satz 3 StPO ist eindeutig. Während § 101 Abs. 8 StPO zwischen Löschung im Sinne des Unkenntlichmachens gespeicherter personenbezogener Daten (...) und Sperrung zum Zwecke der gerichtlichen Überprüfung der Maßnahme (...) unterscheidet, verlangt § 160 a Abs. 1 Satz 3 StPO stets die Löschung (...).

[13] **§ 160 a 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 2 Halbs. 2 StPO unberührt ließe.** Eine Datensperre nach dieser Vorschrift kommt nur dann in Betracht, wenn der Inhalt ansonsten für die Strafverfolgung nicht mehr erforderlich und grundsätzlich zu löschende Erkenntnisse (...) lediglich zu Zwecken der gerichtlichen Überprüfung der Maßnahme aufbewahrt werden soll. **Diese Gewährleistung nachträglichen Rechtsschutzes übernimmt nach dem Willen des Gesetzgebers im Rahmen des § 160 a Abs. 1 StPO jedoch die durch § 160 a 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** (...). Dabei handelt es sich um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers.(...)“

Damit hätten die Gespräche sofort nach Kenntnis des Zwischenberichts gelöscht werden müssen.

**Ergebnis:** Der angegriffene Beschluss des Ermittlungsrichters des BGH enthält keine Rechtsfehler. Die zulässige sofortige Beschwerde ist unbegründet.

Dr. Martin Soyka

Die Grenze ist dort zu ziehen, wo Informationen mit dem Ziel erteilt werden, sie an Dritte weiterzugeben, z.B. die Mitteilung des Bestehens des Mandatsverhältnisses.