

**Bearbeiter:** Rocco Beck

**Zitiervorschlag:** BGH 2 StR 400/93, Urteil v. 08.10.1993, HRRS-Datenbank, Rn. X

---

**BGH 2 StR 400/93 - Urteil vom 8. Oktober 1993 (LG Frankfurt/Main)**

**BGHSt 39, 335; kein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich des Inhalts eines Telefongesprächs, wenn ein Ermittlungsbeamter mit Gestattung des Anschlussinhabers das Gespräch an einem Zweithörer mitverfolgt; Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses; "Hörfalle"; formelle Anforderungen an ein verlesbares richterliches Protokoll i.S.v. § 254 StPO; redaktioneller Hinweis.**

**§ 100a StPO; § 100b StPO; § 136a StPO; § 168a Abs. 4 S. 2 StPO; § 254 StPO; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 10 GG**

Leitsätze

- 1. Ein Polizeibeamter, der im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens ein Telefongespräch über einen Zweithörer mitverfolgt, handelt in der Regel nicht rechtswidrig, falls ihm dies vom Benutzer des Anschlusses, der die Mithörmöglichkeit bietet, gestattet ist; das gilt auch dann, wenn er das Gespräch ohne Wissen des anderen Teilnehmers mithört. (BGHSt)**
- 2. Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses reicht über den von den Beteiligten bestimmten und ihrer Disposition unterliegenden Geheimnisbereich nicht hinaus. Die grundrechtliche Gewährleistung dieses Geheimnisses beschränkt daher keinen der Kommunikationsbeteiligten in seinem Recht, allein zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er die Kommunikation geschlossen halten oder einem Dritten zugänglich machen will. Dessen Beteiligung ist kein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis. Das gilt auch dann, wenn der Dritte ohne Wissen und Wollen des anderen Kommunikationspartners beteiligt wird. (Bearbeiter)**
- 3. Ein verlesbares richterliches Protokoll i.S.v. § 254 StPO setzt voraus, dass dieses nicht nur der Richter, sondern, wie es § 168 a Abs. 4 Satz 1 StPO vorschreibt, auch der zur Vernehmung zugezogene Protokollführer unterschrieben hat. (Bearbeiter)**

Entscheidungstenor

Die Revisionen der Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 23. November 1992 werden verworfen.

Jeder Beschwerdeführer trägt die Kosten seines Rechtsmittels und die dem Nebenkläger durch sein Rechtsmittel entstandenen notwendigen Auslagen.

Gründe

**I.**

Das Landgericht hat beide Angeklagten des schweren Raubes in Tateinheit mit versuchter schwerer räuberischer Erpressung, darüberhinaus S. des tateinheitlichen Führens einer kurzen halbautomatischen Selbstladewaffe und E. der tateinheitlichen gefährlichen Körperverletzung schuldig gesprochen. Wegen dieser Tat hat es Freiheitsstrafen von sechs Jahren gegen S. sowie sechs Jahren und sechs Monaten gegen E. verhängt; diesen hat es darüberhinaus verurteilt, an den Nebenkläger ein Schmerzensgeld von 3.500 DM nebst Zinsen zu zahlen. Gegen E. hat es außerdem wegen eines Waffendelikts unter Einbeziehung der Strafen aus einem früheren Urteil auf eine zusätzliche Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten erkannt. Drei Schußwaffen nebst Munition hat es eingezogen. 1

**II.**

Gegen dieses Urteil richten sich die Revisionen der Angeklagten. Sie rügen die Verletzung förmlichen und sachlichen Rechts. 2

Die Rechtsmittel haben keinen Erfolg. Die Sachbeschwerden sind im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO unbegründet. Gleiches gilt für die allein vom Angeklagten E. vorgebrachte Rüge, der Zeuge F. sei, soweit er zum Vorfall vom 22. Februar 1992 ausgesagt habe, entgegen § 59 StPO nicht vereidigt worden; denn ein etwa darin zu erblickender Verfahrensfehler beschwert den Angeklagten nicht, da er in diesem Fall vom Vorwurf der versuchten Nötigung freigesprochen worden ist. 3

Anlaß zur Erörterung geben hiernach nur die von beiden Angeklagten gleichermaßen und mit übereinstimmender Begründung erhobenen Verfahrensrügen, die sich sämtlich auf die Verurteilung wegen der Tat vom 25. Februar 1992 (schwerer Raub in Tateinheit mit versuchter schwerer räuberischer Erpressung u.a.) beziehen. Hierzu hat das Landgericht im wesentlichen folgenden Sachverhalt festgestellt: 4

Am Abend des 25. Februar 1992 erschienen die beiden Angeklagten bei F. und begehrten Einlaß. Als dieser die Tür öffnete, drängte S. ihn mit gezogener Pistole in die Wohnung. E. schloß die Tür. S. drückte F. die Waffe in den Bauch und verlangte 20.000 DM, weil er mit Frau G. "rummache". Anschließend nahm S. mit Unterstützung von E. dem Tatopfer Schmuck im Wert von mehreren tausend Deutsche Mark ab, dem die Angeklagten einen Wert von mindestens 10.000 DM beimaßen. S. erklärte sinngemäß, man "nehme" diese Sachen "in Zahlung" - F. müsse aber binnen einer Woche einen Restbetrag von 10.000 DM zahlen. Um dieser Forderung Nachdruck zu verleihen, zückte E. unversehens - möglicherweise ohne vorherige Absprache mit S. - einen messerähnlichen Gegenstand (Dorn) und fuhr F. damit zweimal über das Gesicht; dabei brachte er ihm einen etwa 15 cm langen Schnitt auf der linken Wange bei. Auch rammte er den Dorn drohend in die Tischplatte, nahm ihn dann an sich und wiederholte dabei, daß F. die 10.000 DM binnen einer Woche zahlen müsse - andernfalls werde er ihn "umlegen". 5

1. Rüge des Verstoßes gegen §§ 100 a, 100 b StPO. 6

Die Beschwerdeführer beanstanden, daß sich das Landgericht die Überzeugung von ihrer Täterschaft und vom Tathergang unter Verwertung eines Telefongesprächs verschafft hat, das von der Zeugin G. mit S. geführt und ohne dessen Wissen von einem Kriminalbeamten mitgehört worden ist. 7

Dem liegt folgender Vorgang zugrunde: Der Zeuge F. hatte nach der Tat stark verängstigt bei der Zeugin G. angerufen und ihr von dem Vorfall berichtet. Tags darauf rief er auch bei der Kriminalpolizei an, fragte nach der Bearbeitung einer früheren Anzeige, bei deren Erstattung er und die Zeugin G. vergeblich um Personenschutz gebeten hatten, und schilderte sodann das Geschehen vom Vortag. Daraufhin wurde er zusammen mit der Zeugin G. für den folgenden Tag zur Vernehmung bestellt, die an diesem Tage, dem 27. Februar 1992, auch stattfand. Etwa zeitgleich wurde die Zeugin G. von dem Kriminalbeamten M. zu dem früheren Vorfall gehört. Im Anschluß an diese Vernehmung forderte der Kriminalbeamte M. die Zeugin G. auf, bei S. anzurufen und ihn auf den Überfall anzusprechen. Die Zeugin erklärte sich dazu bereit und war auch damit einverstanden, daß M. das Telefonat über einen Zweithörer mitverfolgte. Sie rief S. an und fragte ihn, wieso er von F. 20.000 DM fordere. S. erklärte darauf: Da sie nun bei F. sei, bekomme er eine "Ablöse"; er und "H." (E.) hätten F. bereits Uhr und Kette abgenommen; dieser müsse deshalb bis kommenden Donnerstag nur noch 10.000 DM zahlen; F. könne im übrigen froh sein, daß bei diesem "Besuch" noch C. dabei gewesen sei, sonst hätte ihn "H." noch schlimmer "aufgemischt". Sollte ihr F. nun seinerseits wegen des Geldes "Streß machen", so möge sie sich an ihn, S., wenden. 8

Der Kriminalbeamte M. fertigte über das mitgehörte Gespräch einen Vermerk. F. hielt sich in den folgenden Wochen nicht in seiner Wohnung auf. An dem Tag, an dem er zahlen sollte, gingen auf seinem Anrufbeantworter drei Anrufe ein, mit denen die Angeklagten ihn unter Drohungen und Beschimpfungen aufforderten, sich zu melden. Daraufhin erließ das Amtsgericht Haftbefehl gegen die Angeklagten. F., der bis zur Tat - ebenso wie die Angeklagten - im Frankfurter Bordellmilieu gelebt hatte, gab aus Angst seine bisherige Wohnung auf und zog in einen anderen Stadtteil. 9

Das Landgericht hat in der Hauptverhandlung den Kriminalbeamten M. als Zeugen gehört; es mißt dem von ihm geschilderten Telefongespräch bei der Beweiswürdigung entscheidende Bedeutung bei. Der Verwertung des Telefonats - so führt es in den Gründen des Urteils aus - stehe ein Verbot nicht entgegen; der Kriminalbeamte M. habe mit Zustimmung der Zeugin G. im Zuge der Ermittlungen wegen einer noch andauernden (versuchten) Erpressung gehandelt, ohne an der Rechtmäßigkeit seines Tuns zu zweifeln. 10

Die hiergegen erhobene Rüge der Beschwerdeführer ist unbegründet. Mit Recht hat das Landgericht den Kriminalbeamten M. als Zeugen über den Inhalt des Telefongesprächs vernommen und dessen Aussage über die dabei von S. abgegebenen Erklärungen seiner Überzeugungsbildung zugrundegelegt. Das Telefonat, das den Gegenstand der Vernehmung bildete, unterlag keinem Beweisverwertungsverbot. Die gegenteilige Auffassung der Beschwerdeführer beruht auf der Annahme, der Zeuge habe sich die Kenntnis vom Inhalt des Telefonats in 11

rechtswidriger Weise verschafft. Dies trifft indessen nicht zu.

Ein Polizeibeamter, der im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens ein Telefongespräch über einen Zweithörer mitverfolgt, handelt in der Regel nicht rechtswidrig, falls ihm dies vom Benutzer des Anschlusses, der die Mithörmöglichkeit bietet, gestattet ist; das gilt auch dann, wenn er das Gespräch ohne Wissen des anderen Teilnehmers mithört. 12

a) Ein Verstoß gegen die Bestimmungen der §§ 100 a, 100 b StPO liegt darin nicht. 13

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat die Frage, ob das bloße Mithören am Telefonhörer eine Überwachung des Fernmeldeverkehrs im Sinne dieser Vorschriften darstellen kann, unentschieden gelassen (BGH bei Holtz MDR 1989, 860 f). Der erkennende Senat verneint sie für den Fall, daß der Mithörer im Einverständnis mit dem Anschlußbenutzer handelt. Hört ein Polizeibeamter das Telefongespräch mit, so finden die §§ 100 a, 100 b StPO selbst dann keine Anwendung, wenn dies ohne Wissen des Gesprächspartners geschieht und der Aufklärung einer Straftat dient; einer richterlichen oder staatsanwaltlichen Anordnung bedarf es dazu nicht (so auch OLG Hamm NSTZ 1988, 515; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO 41. Aufl. § 100 a Rdn. 1 und Krey, Strafverfahrensrecht II Rdn. 472). Dies ist zwar nicht unbestritten (a.A. Amelung NSTZ 1988, 515; Krehl StV 1988, 376; KK-Laufhütte, StPO 2. Aufl. § 100 a Rdn. 5; wohl auch KK-Nack, StPO 3. Aufl. § 100 a Rdn. 5; G. Schäfer in Löwe/Rosenberg, StPO 24. Aufl. § 100 a Rdn. 9 a; Roxin, Strafverfahrensrecht 23. Aufl. S. 249 Rdn. 33), ergibt sich aber aus folgenden Überlegungen: 14

aa) Die §§ 100 a, 100 b StPO enthalten auf dem Gebiete des Strafverfahrens die von der Verfassung geforderte Gesetzesgrundlage für Eingriffe der öffentlichen Gewalt in das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1, 2 GG, Art. 3 § 10 Abs. 1 des Gesetzes zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses vom 13. August 1968, BGBl. I S. 949). Sie gelten mithin auch nur für Eingriffe in den Schutzbereich dieses Grundrechts (vgl. BGHSt 34, 39, 50). Diese Voraussetzung aber fehlt. Ein Polizeibeamter, der mit Erlaubnis des Anschlußbenutzers dessen Telefongespräch mithört, greift damit nicht in das dem anderen Teilnehmer zustehende Recht auf Wahrung des Fernmeldegeheimnisses ein. 15

Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses gegen Eingriffe der öffentlichen Gewalt, insbesondere der Post und anderer staatlicher Stellen (BVerfGE 67, 157, 172; 85, 386, 395 ff; OLG Köln NJW 1970, 1856; Jarass/Pieroth, GG 2. Aufl. Art. 10 Rdn. 9; Löwer in v. Münch/Kunig, GG 4. Aufl. Art. 10 Rdn. 12), bezieht sich auf den gesamten Fernmeldeverkehr, namentlich auf den Fernsprechverkehr und damit vor allem auf Telefongespräche; soweit dadurch Kommunikationsvorgänge und -inhalte geschützt sind, besteht die Schutzwirkung darin, daß Geheimhaltung gewährleistet, Vertraulichkeit verbürgt und insoweit die Privatsphäre der Beteiligten nach außen hin abgeschirmt wird (BVerfGE 85, 386, 395 ff; BVerwG ZBR 1984, 156 f; vgl. auch Jarass/Pieroth a.a.O. Rdn. 5; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG 7. Aufl. Art. 10 Rdn. 6 und Schuppert in AK-GG, 2. Aufl. Art. 10 Rdn. 24). Gegenstand dieses Schutzes ist die Kommunikation aber stets nur in der Form, die ihr von den Beteiligten selber gegeben wird. Wie sie die Kommunikation einrichten und ausgestalten, bleibt ihnen überlassen. Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses reicht über den von den Beteiligten bestimmten und ihrer Disposition unterliegenden Geheimnisbereich nicht hinaus. Die grundrechtliche Gewährleistung dieses Geheimnisses beschränkt daher keinen der Kommunikationsbeteiligten in seinem Recht, allein zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er die Kommunikation geschlossen halten oder einem Dritten zugänglich machen will. Dessen Beteiligung ist kein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis. Das gilt auch dann, wenn der Dritte ohne Wissen und Wollen des anderen Kommunikationspartners beteiligt wird. Ob und gegebenenfalls wann die dem Partner verheimlichte Einbeziehung eines Dritten unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten unzulässig sein kann, ist in diesem Zusammenhang nicht zu erörtern. Das Fernmeldegeheimnis jedenfalls verwehrt es keinem der Gesprächspartner, auf seiner Seite, auch ohne Einverständnis des Partners, einen Dritten in den Kommunikationsvorgang einzubeziehen, ihn aktiv oder auch passiv daran teilhaben zu lassen, insbesondere ihm die Möglichkeit zu eröffnen, sein Telefongespräch mittels einer der üblichen, von der Post dafür zugelassenen Einrichtungen mitzuhören. 16

Dies folgt daraus, daß - wie allgemein anerkannt ist - das Fernmeldegeheimnis zwischen den Kommunikationspartnern nicht gilt (BVerfG a.a.O.; BVerwG a.a.O.; BayObLGSt 1974, 30 f; Jarass/Pieroth a.a.O. Rdn. 7 a). Es begründet in ihrem Verhältnis zueinander keine Ansprüche auf Vertraulichkeit oder Geheimhaltung. Es schützt keinen Beteiligten vor Handlungen, mit denen der andere den sonst geschlossenen Bereich ihrer Kommunikation öffnet. So hindert es keinen der Partner daran, Außenstehende, auch ohne Einverständnis des jeweils anderen Teilnehmers, vom Inhalt der Kommunikation, namentlich eines zwischen ihnen geführten Telefongesprächs zu unterrichten (BVerfG, BayObLG, jeweils a.a.O.; OLG Hamm NSTZ 1988, 515). Freilich besteht zwischen der nachträglichen Unterrichtung vom Inhalt eines bereits beendeten Telefonats und der Beteiligung eines Mithörers am Gespräch selbst ein nicht zu leugnender Unterschied. Doch sind die Übergänge fließend. Dabei kann es nicht darauf ankommen, wie der Gesprächsteilnehmer die Äußerungen des Partners dem Dritten zur Kenntnis bringt, ob er sie ihm nach dem Gespräch mitteilt oder noch während des Gesprächs vernehmbar macht, sei es, daß er sie sogleich 17

wörtlich nachspricht oder sinngemäß wiederholt, sei es, daß er einen in das Gerät eingebauten Lautsprecher einschaltet oder den Dritten am selben Hörer, über einen Zweithörer oder eine Nebenstellenanlage mithören läßt. Soweit dadurch Geheimhaltungsinteressen des davon nicht unterrichteten Gesprächspartners berührt werden, gilt dies für alle genannten Fallvarianten in gleicher Weise.

Steht es hiernach jedem Fernsprechteilnehmer frei, einem Dritten das Mithören seines Gesprächs zu gestatten, ohne daß dadurch das Fernmeldegeheimnis verletzt wird, dann macht es auch keinen Unterschied, ob dieser Dritte eine Privatperson oder ein Polizeibeamter ist. Darf der Teilnehmer eine Privatperson in sein Telefongespräch einbeziehen, so ist er auch berechtigt, einen Polizeibeamten am Gespräch zu beteiligen. Daraus folgt aber, daß ein Polizeibeamter, der von einer Erlaubnis des Fernsprechteilnehmers zum Mithören seines Gespräches Gebrauch macht, das Recht des anderen Gesprächspartners auf Wahrung des Fernmeldegeheimnisses nicht beeinträchtigt. Eine andere Beurteilung ist auch dann nicht geboten, wenn der Polizeibeamte das Gespräch veranlaßt und dabei mithört, um im Rahmen strafprozessualer Ermittlungen eine Straftat aufzuklären und den zugrunde liegenden Sachverhalt zu erforschen. Zwar ist sein Handeln in solchem Fall Ausübung des ihm anvertrauten Amtes (§ 163 Abs. 1 StPO), stellt einen Akt der öffentlichen Gewalt dar und liegt mithin in der Schutz r i c h t u n g des Fernmeldegeheimnisses, das Eingriffe der öffentlichen Gewalt abwehren soll; doch fehlt es an einem solchen Eingriff hier deshalb, weil ein vom Anschlußbenutzer gestattetes Mithören den Schutz b e r e i c h des Fernmeldegeheimnisses unberührt läßt. Unter diesem Gesichtspunkt kommt es nicht darauf an, welche Stellung der Mithörer einnimmt, weshalb er das mitgehörte Gespräch veranlaßt, zu welchem Zwecke er mithört und ob er dabei in Ausübung öffentlicher Gewalt handelt. Von diesen Umständen hängt die Bestimmung der gegenständlichen Reichweite des Fernmeldegeheimnisses nicht ab. Wird aber dessen Schutzbereich - wie dargelegt - nicht berührt und liegt aus diesem Grunde kein Eingriff vor, so ist für die Anwendung der §§ 100 a, 100 b StPO, die einen solchen Eingriff voraussetzen, kein Raum; ein Verstoß gegen diese Bestimmungen scheidet aus.

bb) Der hier vertretenen Auffassung steht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Erfassung von Fernsprechdaten mittels Fangschaltungen und Zählervergleichseinrichtungen durch die Post (BVerfGE 85, 386; dazu Gusy JZ 1992, 1015; Schatzschneider NJW 1993, 2029; vgl. zu Zählervergleichseinrichtungen auch BGHSt 35, 32) nicht entgegen. Danach greift eine solche Erfassung in das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG ein und bedarf daher einer gesetzlichen Grundlage. Das Bundesverfassungsgericht hat sich dabei auf den Standpunkt gestellt, daß zur Rechtfertigung eines solchen Eingriffs die Einwilligung des Teilnehmers, der ihn beantragt habe, nicht ausreiche (ebenso: Amelung/Pauli MDR 1980, 801; Gusy JuS 1986, 95; Lenckner in Schönke/Schröder, StGB 24. Aufl. § 354 Rdn. 12; Samson in SK-StGB 4. Aufl. § 354 Rdn. 30; Schuppert in AK-GG 2. Aufl. Art. 10 Rdn. 71; Niggli, Deutsches Postrecht 2. Aufl. S. 128). Zwar dürfe jeder Fernsprechteilnehmer ohne Grundrechtsverstoß Dritte von seinen Telefongesprächen unterrichten. Daraus folge aber nicht, daß ein Teilnehmer mit Wirkung für den anderen auch gegenüber der Post auf die Wahrung des Fernmeldegeheimnisses verzichten könne. Wenn dessen Zweck darin liege, Kommunikationsvorgänge und -inhalte gegen staatliche Zugriffe abzuschirmen, sei jede staatliche Einschaltung, die nicht im Einverständnis mit beiden Kommunikationspartnern erfolge, Grundrechtseingriff (BVerfG a.a.O. 399).

Diese Ausführungen geben zu einer abweichenden Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts keinen Anlaß; denn es handelt sich hier um eine - in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht - wesentlich andere Konstellation. Der entscheidende Unterschied besteht darin, daß die Post durch Anbringung einer Fangschaltung oder Zählervergleichseinrichtung, also eine Maßnahme, die nur sie selbst treffen kann, die Identität des Anrufers und damit einen Umstand aufdeckt, den dieser gerade nicht in die Kommunikation einbringt, sondern vor dem Partner geheimhält. Demgegenüber macht der Mithörer von einer Möglichkeit Gebrauch, die ihm von einem der Kommunikationsbeteiligten eingeräumt wird, und erfährt dadurch nur das, was beide Partner in ihre Kommunikation einbringen. Dieser Unterschied wird nicht etwa - wie der Verteidiger in der Revisionsverhandlung gemeint hat - dadurch ausgeglichen, daß es in dem vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fall nur um die Identität des Anrufers, also einen Einzelumstand der Kommunikation, ging, während hier der gesamte Kommunikationsinhalt in Rede steht und der Mithörer, der sich davon Kenntnis verschafft, die Geheimhaltungsinteressen des anderen Gesprächspartners in dementsprechend stärkerem Maße beeinträchtigt. Dieser Erwägung, die - für sich genommen - zutreffend ist, kommt entscheidende Bedeutung deshalb nicht zu, weil die Schutzwirkung, die das Fernmeldegeheimnis für Einzelumstände der Kommunikation und für deren Inhalt entfaltet, die gleiche ist und durch eine rechtswirksame Einwilligung in ihrem gesamten Umfang beseitigt wird. Nach alledem liegt kein Widerspruch darin, einen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis bei der beschriebenen Maßnahme der Post zu bejahen, für das Handeln des Mithörers jedoch zu verneinen.

cc) Diese Auffassung seiner Entscheidung zugrundezulegen, sieht sich der Senat auch durch das in BGHSt 31, 304 abgedruckte Urteil des 4. Strafsenats nicht gehindert. Im dort entschiedenen Fall ist der Inhalt eines von der Polizei auf Tonband aufgenommenen Telefonats, das ein V-Mann mit dem Tatverdächtigen geführt hatte, für unverwertbar erklärt worden. Der 4. Strafsenat hat seine Entscheidung darauf gestützt, daß die Gesprächsaufzeichnung gegen § 201 Abs. 1 StGB verstieß. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

b) Scheidet hiernach eine Verletzung des Fernmeldegeheimnisses aus, so bedarf es der weiteren Prüfung, ob das - darüber hinausreichende - Persönlichkeitsrecht des Angeklagten S. (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) dadurch beeinträchtigt worden ist, daß ein Polizeibeamter sein Telefongespräch mit der Zeugin G. heimlich mitgehört hat. Dies ist jedoch ebenfalls zu verneinen. 22

aa) Das Verhalten des Polizeibeamten verstieß insbesondere nicht gegen § 201 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Nach diesem Vergehenstatbestand, der mit der Vertraulichkeit des Wortes einen Ausschnitt des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs schützt, wird bestraft, wer unbefugt das nicht zu seiner Kenntnis bestimmte nichtöffentlich gesprochene Wort eines anderen mit einem Abhörgerät abhört. Zu den Abhörgeräten in diesem Sinne zählen übliche und von der Post zugelassene Mithöreinrichtungen nicht. Der Senat schließt sich insoweit der Rechtsauffassung an, die der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs vertreten und insbesondere unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift überzeugend begründet hat (BGH NJW 1982, 1397; ebenso: LG Regensburg NSTZ 1983, 366; Lackner, StGB 20. Aufl. § 201 Rdn. 5; Dreher/Tröndle, StGB 46. Aufl. § 201 Rdn. 5; Samson in SK-StGB 4. Aufl. § 201 Rdn. 18; LK-Träger, StGB 10. Aufl. § 201 Rdn. 20; a.A.: LAG Berlin JZ 1982, 258; Lenckner in Schönke/Schröder, StGB 24. Aufl. § 201 Rdn. 19). 23

Auch außerhalb des Straftatbestands ist eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts nicht gegeben. Wie der VIII. Zivilsenat in der zitierten Entscheidung bereits 1982 ausgeführt hat, muß angesichts der Entwicklung im Fernsprechbereich jeder, der sich eines Fernsprechers bedient, damit rechnen, daß privaten Telefonanschlüssen Mithörgeräte angeschlossen sind und benutzt werden; darauf, daß dies unterbleibt, darf er grundsätzlich auch dann nicht vertrauen, wenn er von seinem Gesprächspartner keinen Hinweis auf den Anschluß eines solchen Gerätes erhält (zustimmend: Schlund JR 1982, 374 f). Dies gilt für den zehn Jahre späteren Zeitpunkt des hier in Rede stehenden Vorfalles erst recht. Seitdem ist die Entwicklung weiter vorangeschritten. In noch größerem Maße als damals finden heute Zusatzgeräte Verwendung, die Dritten ein Mithören von Gesprächen gestatten. Die Deutsche Bundespost-TELEKOM und private Unternehmen bieten zahlreiche Telefonapparate mit einer solchen Zusatzfunktion an, wobei freilich die als Zweithörer dienende Hörmuschel inzwischen weitgehend von Lautsprechern/Verstärkern abgelöst worden ist, die in den Telefonapparat integriert sind und die Stimme des Gesprächspartners für in der Nähe anwesende Personen vernehmbar machen (vgl. test 1992 Heft 7 S. 19 ff - "Verwirrende Vielfalt"). Soweit ein Fernsprechteilnehmer hiernach die Benutzung einer Mithöreinrichtung durch seinen Partner zu gewärtigen hat, ist der Schutzbereich seines Persönlichkeitsrechts nicht berührt. 24

Daß im vorliegenden Fall der verwendete Zweithörer nicht zu einem Privatanschluß, sondern zur Fernsprechanlage einer Behörde gehörte, rechtfertigt eine andere Beurteilung nicht. Unerheblich ist auch, daß der Mithörer hier keine Privatperson, sondern ein Polizeibeamter war, der in einer Strafsache zu ermitteln hatte. Denn unter dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsrechts und des Schutzes der Privatsphäre kommt es lediglich darauf an, daß der Fernsprechteilnehmer überhaupt mit dem Vorhandensein und der Benutzung einer Mithöreinrichtung rechnen muß. Wenn das Mithören eines Telefongesprächs durch eine Privatperson das Persönlichkeitsrecht des Gesprächspartners unberührt läßt, dann kann für das gleiche Handeln eines Polizeibeamten, selbst wenn es der Aufklärung einer Straftat zu dienen bestimmt ist, nichts anderes gelten. Aus dem nämlichen Grunde liegt darin gegenüber dem Gesprächspartner des Anschlußbenutzers auch kein polizeilicher "Informationseingriff", der nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung einer besonderen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedürfte (vgl. dazu: Vahle VR 1986, 258 ff; Weßlau, Vorfeldermitteilungen, 1989 S. 160 ff, 192 ff; Rogall, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalte im Strafprozeßrecht, 1992 S. 70 ff). 25

Für die Annahme einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts bleibt hiernach nur Raum, wenn das Verhalten des Teilnehmers, der einen Dritten mithören läßt, auf Täuschung angelegt ist, der Inhalt des Gespräches vertraulichen Charakter hat oder - soweit dies nicht zutrifft - der Gesprächspartner ausdrücklich erklärt, daß er Wert auf Vertraulichkeit lege (BGH a.a.O.; BGH WM 1985, 1481 f; für geschäftliche Gespräche: BGH NJW 1964, 165; OLG Bremen GA 1959, 308 mit Anm. Kretzschmar BB 1959, 829; einen Täuschungsfall betraf BAG BB 1983, 1727 mit zust. Anm. Schlund ebenda; zur Zulässigkeit heimlichen Mithörens allgemein: ders. BB 1976, 1491 und Kretzschmar BB 1959, 1068). So verhielt es sich aber nicht. Die Zeugin G. hat den Angeklagten S. nicht getäuscht, insbesondere auch nicht darüber, daß eine Mithörvorrichtung verwendet werde; auch insoweit hat sie keine Fehlvorstellung bei dem Angeklagten erweckt, sondern lediglich den Umstand ausgenutzt, daß dieser sich der Beteiligung eines Mithörers nicht versah. Ebensowenig war das Gespräch seinem Inhalte nach vertraulich, zumal es die Berechtigung einer Geldforderung gegen eine am Gespräch selbst nicht beteiligte Person zum Gegenstand hatte. Ungeachtet seines persönlichen Hintergrunds diente es aus der Sicht des Angeklagten S. eher der Erörterung einer "geschäftlichen" Angelegenheit. Schließlich hat der Angeklagte S. der Zeugin G. auch nicht etwa zu erkennen gegeben, daß er das Gespräch vertraulich behandelt wissen wollte, was - wenn ihm daran gelegen gewesen wäre - um so näher gelegen hätte, als er davon ausgehen mußte, daß die Zeugin ihrem Bekannten als dem eigentlichen Betroffenen davon 26

berichten werde.

bb) Die hier zugrundegelegte Rechtsauffassung, nach der ein vom Anschlußbenutzer gestattetes Mithören des Telefongesprächs den anderen Teilnehmer regelmäßig nicht in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt, steht nicht in Widerspruch zu der in BGHSt 34, 39 veröffentlichten Entscheidung des 3. Strafsenats. Danach ist es grundsätzlich unzulässig, das nichtöffentlich gesprochene Wort des Angeklagten mittels einer ihm gegenüber verborgen gehaltenen Abhöranlage auf Tonband aufzunehmen, um Art und Weise seiner Gesprächsführung als Beweismittel gegen seinen Willen verwerten zu können. Dieser Rechtsstandpunkt gründet sich darauf, daß eine heimliche Gesprächsaufzeichnung einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen darstellt und deshalb einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf, die im entschiedenen Fall nicht gegeben war (BGH a.a.O. 43 ff.). Auf das vom Anschlußbenutzer erlaubte Mithören seines Telefongesprächs trifft diese Begründung nicht zu. Der entscheidende Unterschied besteht darin, daß sich grundsätzlich niemand der Aufzeichnung seines nichtöffentlich gesprochenen Worts zu versehen braucht, zumal ein solches Handeln mit Strafe bedroht ist (§ 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB), während ein Fernsprechteilnehmer - wie ausgeführt - regelmäßig mit der Einbeziehung eines Mithörers durch seinen Gesprächspartner rechnen muß.

c) Schließlich verstößt es auch nicht gegen die Grundsätze eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens, etwa das Gebot des fairen Verfahrens, den Rechtsgedanken des § 136 a StPO oder das Schweigerecht des Beschuldigten, daß der Polizeibeamte M. die Zeugin G. zu einem Telefongespräch mit S. veranlaßt und dieses Gespräch in ihrem Einverständnis mitgehört hat.

Freilich handelte es sich dabei um ein "verdecktes" polizeiliches Vorgehen, das darauf angelegt war, die Beteiligung der Polizei dem Tatverdächtigen gegenüber zu verheimlichen, um damit ein Beweismittel gegen ihn zu schaffen. Die Heimlichkeit polizeilicher Initiative und Mitwirkung ist jedoch kein Umstand, der für sich allein schon die Unzulässigkeit eines solchen Verfahrens begründet. Weder rechtsstaatliche Grundsätze noch strafprozessuale Bestimmungen schließen es aus, im Rahmen der Aufklärung von Straftaten Methoden und Mittel anzuwenden, deren Gebrauch für den Tatverdächtigen nicht als polizeiliches Handeln erkennbar ist (ähnlich Rogall JZ 1987, 850). Ob es - wie das Schrifttum teilweise annimmt (Weßlau a.a.O. S. 204 ff. m.w.N.) - einen "Grundsatz der Offenheit staatlichen Handelns" gibt, kann dahingestellt bleiben, da er jedenfalls für diesen Bereich nicht ausnahmslos gilt. Zum einen zeigt sich dies an der (verfassungsgemäßen) Regelung der Telefonüberwachung (§§ 100 a, 100 b StPO). Zum anderen war bereits vor Einführung des § 110 a StPO durch das OrgKG vom 15. Juli 1992 (BGBl. I S. 1302) in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt, daß die Polizei unter bestimmten, hier nicht näher zu erörternden Voraussetzungen "verdeckte Ermittler" einsetzen darf und die Ergebnisse der Tätigkeit solcher Personen auch insoweit verwertbar sind, als es sich um selbstbelastende Äußerungen von Tatverdächtigen handelt (vgl. BVerfG NJW 1992, 168). Entsprechendes gilt für den Einsatz von V-Leuten, deren Handeln gerade dadurch geprägt ist, daß ihre Anleitung, Überwachung und Steuerung durch die Polizei nach außen hin, insbesondere für den Tatverdächtigen, nicht offenbar wird (vgl. etwa BGH GA 1975, 333; 1981, 89). Die Grenze strafprozessual und rechtsstaatlich zulässigen Handelns der Polizei ist erst dort überschritten, wo zu der Heimlichkeit des Vorgehens der Gebrauch unlauterer, von der Rechtsordnung mißbilligter Mittel hinzukommt.

Dies war jedoch hier nicht der Fall. Eine andere Beurteilung ist auch nicht deshalb geboten, weil das heimliche Vorgehen der Polizei im vorliegenden Fall einer Beschuldigtenvernehmung (§§ 136, 163 a StPO) insoweit ähnelte, als auch dabei ein Tatverdächtiger - freilich durch eine Privatperson im Rahmen eines privaten Gesprächs - zum Tatvorwurf befragt worden ist und ein polizeilicher Ermittlungsbeamter seine Äußerungen unmittelbar zur Kenntnis genommen hat. Die Freiheit des Beschuldigten, sich zum Vorwurf zu äußern oder zu schweigen (Nemo-tenetur-Grundsatz, vgl. §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163 a Abs. 3 Satz 2 StPO), wurde dadurch nicht berührt. Wer sich einer Privatperson gegenüber zum Tatvorwurf äußert, kann über die Freiwilligkeit dieses Tuns nicht im Zweifel sein, ebensowenig darüber, daß alles, was er dieser berichtet, verwertet werden darf, falls es zu einem Strafverfahren gegen ihn kommt und der andere in diesem Verfahren als Zeuge aussagen muß. Bei dem hier in Rede stehenden Vorgang ist auch die freie Willensentschließung und -betätigung des tatverdächtigen S. nicht in unzulässiger Weise beeinträchtigt worden; denn die Äußerungen S.'s sind nicht unter Verwendung verbotener Mittel herbeigeführt worden. Die Beschwerdeführer machen zwar geltend, daß S. durch Täuschung zu fermündlicher Selbstbelastung provoziert worden sei; doch trifft dies nicht zu. Weder die Zeugin G. noch der Polizeibeamte M. haben S. darüber getäuscht, daß der Anruf polizeilich veranlaßt war und von einem Polizeibeamten mitgehört werde.

Der Polizeibeamte ist S. gegenüber nicht in Erscheinung getreten. Der Anruf der Zeugin G. enthielt auch nicht etwa die konkludente Erklärung, das Gespräch werde nicht, insbesondere nicht durch einen Polizeibeamten mitverfolgt. Vielmehr hat sie diesen Umstand lediglich verschwiegen. Das bloße Verschweigen einer Tatsache steht jedoch - soweit keine Rechtspflicht zur Offenbarung gegeben ist - einer bewusst wahrheitswidrigen Behauptung nicht gleich (Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO 41. Aufl. § 136 a Rdn. 16; Hanack in Löwe/Rosenberg, StPO 24. Aufl. § 136 a Rdn.

36 f); eine Täuschung liegt nicht schon darin, daß der Betroffene über einen Umstand im unklaren gelassen wird (BGHR StPO § 136 a Abs. 1 Täuschung 4). Das gilt auch insoweit, als bei einer "verdeckten" Ermittlungsmaßnahme die Tatsache der polizeilichen Initiative und Beteiligung verschwiegen wird (vgl. BGHSt 33, 217, 223; Rogall in SK-StPO § 136 a Rdn. 57; so wohl auch Weßlau a.a.O. S. 220). Die Zeugen M. und G. haben einen Irrtum des S. hierüber nicht erst hervorgerufen ("erregt") oder seine Aufklärung unterbunden ("unterhalten"), sondern sich lediglich den unabhängig von ihrem Tun gegebenen Umstand zunutze gemacht, daß S. allgemein die Möglichkeit eines polizeilichen Mithörens bei privaten Telefongesprächen nicht in Betracht zog und daher auch bei dem hier in Rede stehenden Telefonat keinen entsprechenden Argwohn hegte. Die Ausnutzung eines bereits bestehenden Irrtums stellt jedoch keine Täuschung im Sinne des § 136 a StPO dar (Hanack a.a.O. Rdn. 38), sondern unterfällt dem Begriff der auch nach dieser Bestimmung erlaubten List (vgl. BGHSt 35, 328 f; BGHR StPO § 136 a Abs. 1 Täuschung 5).

Der im Schrifttum vertretenen Auffassung, daß die Verwendung einer "Hörfalle" stets (also nicht nur unter den Voraussetzungen einer Täuschung) unzulässig sei (vgl. dazu Kleinknecht/Meyer-Goßner a.a.O. Rdn. 4; KK-Boujong, StPO 3. Aufl. § 136 a Rdn. 6; Hanack a.a.O. Rdn. 13; Rogall a.a.O. Rdn. 22; Kühl StV 1986, 188; Beulke StV 1990, 184), ist nicht zuzustimmen, da damit die in § 136 a StPO gezogene Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen Mitteln verwischt würde. Die bloße Ausnutzung eines bestehenden Irrtums kann einer Täuschung allenfalls dort gleichgestellt werden, wo der Irrtum des Betroffenen im Vertrauen auf eine in Wirklichkeit nicht bestehende Sachlage gründet und dieses Vertrauen schutzwürdig ist. Diese Voraussetzung, unter der sich eine Überlistung als täuschungsähnliches Handeln darstellen läßt, war aber im vorliegenden Fall nicht gegeben. Wie bereits (unter b) ausgeführt worden ist, muß jeder, der sich eines Fernsprechers bedient, damit rechnen, daß dem Telefongerät seines Gesprächspartners eine Mithöreinrichtung angeschlossen ist und auch benutzt wird. Sein Vertrauen darauf, daß dies unterbleibt, also kein Dritter, insbesondere auch kein Polizeibeamter, "am anderen Ende" mithört, genießt demgemäß keinen rechtlichen Schutz. Die Ausnutzung eines solchen Vertrauens rechnet daher nicht zu denjenigen Mitteln und Methoden, die nach § 136 a StPO - in unmittelbarer oder entsprechender Anwendung - verboten sind.

## 2. Rüge des Verstoßes gegen § 254 StPO.

a) Die Beschwerdeführer erblicken zu Recht einen Verfahrensfehler darin, daß die Niederschrift der hafrichterlichen Vernehmung des Angeklagten E. vom 14. April 1992 in der Hauptverhandlung zum Zwecke der Beweisaufnahme über ein Geständnis verlesen worden ist. Diese Verlesung war unzulässig. Nach § 254 Abs. 1 StPO können zwar Erklärungen des Angeklagten, die in einem richterlichen Protokoll enthalten sind, zu dem genannten Zwecke verlesen werden. Ein verlesbares richterliches Protokoll war die Niederschrift aber nicht, da nur der Richter, nicht aber auch, wie es § 168 a Abs. 4 Satz 1 StPO vorschreibt, der zur Vernehmung zugezogene Protokollführer sie unterschrieben hatte (Rieß in Löwe/Rosenberg, StPO 24. Aufl. § 168 a Rdn. 57 m.w.N.).

b) Gleichwohl dringt die Rüge nicht durch, weil das Urteil nicht auf dem bezeichneten Verfahrensfehler beruht. Der Angeklagte E. hatte ausweislich der verlesenen Niederschrift bei der hafrichterlichen Vernehmung lediglich eingeräumt, am Tattage gemeinsam mit S. in der Wohnung des Zeugen F. gewesen zu sein. Dies ergab sich für das Landgericht aber unabhängig davon auch aus dem Telefongespräch der Zeugin G. mit dem Angeklagten S., über das der Kriminalbeamte M. in der Hauptverhandlung als Zeuge ausgesagt hat. Daß mit dem darin von S. erwähnten "H." der Angeklagte E. gemeint war - er heißt mit Vornamen Ha. - lag klar zutage. Wiewohl das Landgericht seine Überzeugung vom Tatgeschehen auch auf die Angaben des Angeklagten E. bei seiner hafrichterlichen Vernehmung gestützt hat, steht außer Frage, daß der Beweis für die Anwesenheit dieses Angeklagten allein schon mit dem festgestellten Inhalt des Telefonates erbracht war.

## 3. Rüge der Verletzung des § 59 StPO.

Die Beschwerdeführer beanstanden schließlich, daß die Zeugin G. nicht auf denjenigen Teil ihrer Aussage vereidigt worden ist, der den hier in Rede stehenden Überfall auf den Zeugen F. betraf.

Auch diese Rüge hat im Ergebnis keinen Erfolg. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Vereidigung der Zeugin in dem bezeichneten Umfang geboten war. Auf dem - unterstellten - Verfahrensverstoß beruht das Urteil jedenfalls nicht. Das Landgericht hat der Aussage dieser Zeugin kein besonderes Gewicht beigemessen. Die Täterschaft der Angeklagten und die Tat, bei der sie nicht anwesend war, sind aufgrund anderer Beweiserhebungen, insbesondere durch Vernehmung des Zeugen M. über das von ihm mitgehörte Telefongespräch, festgestellt worden. Die Beschwerdeführer deuten auch nur die Möglichkeit an, daß die Zeugin G. ihre Aussage, bei diesem Telefonat S.'s Stimme erkannt zu haben, nicht aufrechterhalten hätte, falls ihr der Eid abverlangt worden wäre. Das ist indessen ohne Belang. Selbst in diesem Falle hätte angesichts der Anbahnung, des Verlaufs und des Inhalts dieses Gesprächs kein ernsthafter Zweifel daran aufkommen können, daß ihr Gesprächspartner der Angeklagte S. gewesen ist.

**[Redaktioneller Hinweis:** Zur Überholtheit der Position des BGH zum Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht vgl. BVerfGE 106, 28, 35 ff und (auch) zu Art. 8 EMRK Gaede StV 2004, 44 ff.]