

26. Juli 2011

Geheime Überwachung

Rück-ID Drittperson

Eine Rück-ID ist bei einer geschädigten Person nicht möglich (Enkeltrickbetrug).

Sachverhalt

Die Staatsanwaltschaft führt ein Verfahren gegen Unbekannt wegen Betrugs. Am 19. Juli 2011 ordnete die Staatsanwaltschaft die rückwirkende Überwachung der Rufnummer x von A.____ (Geschädigte) an. Mit Eingabe vom gleichen Tag beantragte sie beim Zwangsmassnahmengericht die Genehmigung dieser rückwirkenden Überwachung. Mit präsidialer Verfügung vom 22. Juli 2011 wurde die Staatsanwaltschaft aufgefordert, bei A.____ anzufragen, ob sie mit dem Einholen dieser Auskünfte einverstanden ist. Der Aktennotiz der Staatsanwaltschaft vom 25. Juli 2011 ist zu entnehmen, dass A.____ mit einer rückwirkenden Teilnehmeridentifikation einverstanden ist.

Erwägungen

2.

2.1

(...)

Gemäss Art. 270 StPO darf der Fernmeldeanschluss der beschuldigten Person (lit. a) oder von Drittpersonen überwacht werden, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen angenommen werden muss, dass die beschuldigte Person den Fernmeldeanschluss der Drittperson benutzt (lit. b Ziff. 1), oder die Drittperson für die beschuldigte Person bestimmte Mitteilungen entgegennimmt oder von dieser stammende Mitteilungen an eine weitere Person weiterleitet (lit. b Ziff 2). In Art. 270 StPO wird die selbstständige, geheime Überwachung von Fernmeldeanschlüssen von Opfern einer Straftat beziehungsweise von geschädigten Personen nicht erwähnt. Folglich ist nachfolgend zu prüfen, ob eine solche geheime Überwachungsmassnahme gegenüber geschädigten Personen zulässig ist.

2.2 Die Art. 269 ff. StPO regeln die geheimen Überwachungsmassnahmen im Bereich der strafprozessualen Zwangsmassnahmen. Dabei geht es um geheime prozessuale Zwangsmassnahmen, die in einem Strafverfahren ohne Wissen der betroffenen Person (hier der geschädigten Person) durchgeführt werden sollen. Da geheime Zwangsmassnahmen in die Privatsphäre der betroffenen Person und regelmässig auch in die Privatsphäre Dritter eingreifen, sind besondere Schutzmassnahmen erforderlich. In diesem Sinne hält bereits Art. 197 Abs. 1 StPO fest, dass Zwangsmassnahmen nur ergriffen werden können, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind (lit. a), ein hinreichender Tatverdacht vorliegt (lit. b), die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können (lit. c) und die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt (lit. d). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich / St. Gallen 2009, Art. 197 N 1). Zwangsmassnahmen, welche - wie vorliegend - in die Grundrechte nicht beschuldigter Personen eingreifen, sind gemäss Art. 197 Abs. 2 StPO besonders zurückhaltend einzusetzen. Wie oben dargelegt, bedürfen sie zudem auch einer klaren gesetzlichen Grundlage.

Die Voraussetzungen der geheimen Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs sind im Einzelnen in den Art. 269 ff. StPO geregelt. Art. 269 Abs. 1 lit. c StPO ruft in Erinnerung, dass die strafprozessuale (geheime) Überwachung des Fernmeldeverkehrs nur unter Beachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes (Art. 197 lit. c StPO) zulässig ist. Dies bedeutet, dass die Staatsanwaltschaft zuerst andere und vor allem weniger einschneidende Untersuchungshandlungen durchführen muss, bevor sie eine Überwachung nach Art. 269 ff. StPO überhaupt anordnen darf (SCHMID, a.a.O., Art. 269 RN 10).

Dazu kommt, dass gemäss dem Gesetzeswortlaut von Art. 270 lit. b StPO eine geheime Überwachung einer Drittperson nur möglich ist, wenn die beschuldigte Person den Drittanschluss benutzt oder benutzen lässt. Eine Benutzung eines Drittanschlusses durch die beschuldigte Person gemäss Art. 270 lit. b Ziff. 1 StPO liegt nur dann vor, wenn diese den Drittanschluss wie ihren eigenen gebraucht. Somit ist die geheime Überwachung eines Drittanschlusses aufgrund der Annahme, die beschuldigte Person werde darauf anrufen respektive habe darauf angerufen, grundsätzlich ausgeschlossen. Eine derartige Überwachung käme einer Umgehung der in Art. 270 lit. b Ziff. 2 StPO statuierten Voraussetzungen gleich, unter welchen Drittpersonen überwacht werden dürfen (in diesem Sinne auch die Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, BBl **2006** 1249). Die Überwachung des Anschlusses einer Drittperson ohne das Ziel, einen von der beschuldigten Person über diesen Anschluss geführten oder gesteuerten Informationsaustausch zu erfassen, ist nur in Bezug auf die Randdaten zur Rettung von vermissten Personen gemäss Art. 3 des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF, SR 780.1) geregelt (vgl. MARC JEAN-RICHARD-DIT-

BRESSEL, in: Marcel Alexander Niggli / Marianne Heer / Hans Wiprächtiger [Herausgeber], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basel 2011, Art. 270 N 13).

Gemäss HANSJAKOB soll es zulässig sein, die Fernmeldeanschlüsse von Opfern beziehungsweise geschädigten Personen in Anwendung von Art. 270 lit. b Ziff. 1 StPO zu überwachen, wenn zu erwarten sei, die beschuldigte Person werde auf diese Anschlüsse anrufen oder - im Fall von rückwirkenden Randdatenerhebungen nach Art. 273 StPO -, die beschuldigte Person habe darauf angerufen (THOMAS HANSJAKOB, in: Andreas Donatsch / Thomas Hansjakob / Viktor Lieber [Herausgeber], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich / Basel / Genf 2010, Art. 270 RN 13). Dieser Ansicht schliesst sich WOLTER an und führt im Weiteren aus, dass jedoch in jedem Einzelfall zu prüfen ist, ob mildere Formen der Überwachung genügen. Zudem sollte versucht werden, eine Einwilligung des Opfers einzuholen (ROLAND WOLTER, in: Peter Goldschmid / Thomas Maurer / Jürg Sollberger [Herausgeber], Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008, S. 259 f. und 263). Diesbezüglich ist zunächst festzuhalten, dass diese Ansicht nicht vom Wortlaut von Art. 270 lit. b Ziff. 1 StPO gedeckt wird, da die beschuldigte Person den Drittanschluss diesfalls nicht wie ihren eigenen benutzt, sondern lediglich auf diesen anruft. Des Weiteren ist festzustellen, dass eine geheime strafprozessuale Überwachung des Fernmeldeverkehrs mit Zustimmung des Anschlussinhabers im Gesetz nicht vorgesehen ist. Darüber hinaus ist bei Vorliegen der Zustimmung des Anschlussinhabers grundsätzlich keine geheime Überwachungsmaßnahme nötig, da mit Einverständnis der betroffenen Person rückwirkende Randdaten beziehungsweise Namen und Adressen der anrufenden Anschlüsse in Anwendung von Art. 45 Fernmeldegesetz (FMG) festzustellen sind. Das primär von der Staatsanwaltschaft angestrebte Ziel, die Identifikation der unbekannteren Täterschaft, kann somit durch mildere Massnahme erreicht werden. Folglich hat die Staatsanwaltschaft noch nicht alle zumutbaren und tauglichen Untersuchungshandlungen ausgeschöpft, weshalb ihr Antrag schon in Beachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes (Art. 197 Abs. 1 lit. c StPO und Art. 269 Abs. 1 lit. c StPO) abzuweisen ist. Im Übrigen ist festzustellen, dass es an einer klaren gesetzlichen Grundlage fehlt, um eine geheime Überwachung (selbst mit Einverständnis der betroffenen geschädigten Person) anzuordnen respektive zu genehmigen und hier mit Hinweis auf die obigen Erwägungen zu Art. 197 Abs. 1 lit. c StPO sowie Art. 269 Abs. 1 lit. c StPO offen bleiben kann, ob sich eine geheime zum Zwecke der Abwehr von Angriffen dienende Überwachung des Anschlusses der geschädigten Person bei andauernden schweren Straftaten gestützt auf Art. 15 StGB bzw. Art. 17 StGB rechtfertigen liesse.

Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts vom 26. Juli 2011 (350 11 344)