

21. Februar 2012

Geheime Überwachung

Verfahrensrechtliche Fragen

Folgen der Verletzung der Frist gemäss Art. 274 Abs. 1 StPO (E. 1.2.1, in casu offen gelassen). Umfang der wesentlichen Akten (E. 1.2.2). Eine Delegation der Kompetenz zur Anordnung einer geheimen Überwachung (Zwangsmassnahme) an Untersuchungsbeauftragte ist nicht möglich (E. 1.3).

Sachverhalt

Die Staatsanwaltschaft führt gegen A.____ ein Verfahren wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz. Sie ordnete am 17. Februar 2012 die Echtzeit-Überwachung der Rufnummer x des Mobiltelefons einer unbekannt Person an. Die entsprechende Anordnung ist i.V. durch ein nicht identifizierbare Person unterzeichnet worden. Gleichentags hat sie beim Zwangsmassnahmengericht die Genehmigung dieser Überwachung beantragt. Dieser Antrag ist am 20. Februar 2012 beim Zwangsmassnahmengericht eingegangen.

Erwägungen

1.2.1 Die 24-Stundenfrist beginnt mit der Übermittlung der Anordnung zu laufen, wobei es sich um eine Ordnungsvorschrift handelt, bei der mindestens geringfügige Überschreitungen die Gültigkeit der Anordnung nicht tangieren (NIKLAUS SCHMID, Praxiskommentar [nachfolgend Praxiskommentar], Zürich/St. Gallen 2009, Art. 274 N 4).

Die Staatsanwaltschaft hat ihre Anordnung vom 17. Februar 2012 gemäss beigelegtem Fax-Report gleichentags um 7.38 Uhr dem Informatik Service Center (ISC) des EJPD, Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr, in Bern übermittelt, weshalb sie das Genehmigungsgesuch spätestens am 18. Februar 2012 dem Zwangsmassnahmengericht hätte einreichen müssen. Das betreffende Gesuch mit der Anordnung samt Akten ist jedoch erst am 20. Februar 2012 (Montag) per Einschreiben vom 17. Februar 2012 (Freitag) beim Zwangsmassnahmengericht eingegangen.

Das Genehmigungsgesuch der Staatsanwaltschaft ist demnach nicht innert der 24-Stundenfrist eingegangen, sondern erst 3 Tage nach der Anordnung, d.h. 2 Tage zu spät. Obwohl es sich hier um eine Ordnungsvorschrift handelt, kann nicht mehr von einer geringfügigen Überschreitung der Frist gesprochen werden. Da es sich bei der Bestimmung von Art. 274 Abs. 1 StPO um eine Stundenfrist handelt, muss auch angenommen werden, dass mit einer geringfügigen Überschreitung ebenfalls nur Stunden und nicht - wie vorliegend - mehrere Tage gemeint sind (vgl. Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts Obwalden vom 25. Oktober 2011).

Inwieweit vorliegend diese Fristverletzung zu einem Nichtgenehmigungsentscheid führen müsste oder aufgrund des Umstands, dass der 17. Februar 2012 ein Freitag war, ausnahmsweise dennoch eine Genehmigung zu erteilen wäre, kann jedoch offen gelassen werden, da - wie nachfolgend dargelegt - die Genehmigung ohnehin aufgrund von Erwägungen zur Sache selbst nicht zu erteilen ist.

1.2.2 Gemäss Art. 274 Abs. 2 zweiter Satz StPO kann das Zwangsmassnahmengericht eine Ergänzung der Akten verlangen. Die Bestimmung stellt klar, dass das Zwangsmassnahmengericht einen unvollständigen Genehmigungsantrag nicht einfach ablehnen soll, sondern verpflichtet ist, von Amtes wegen fehlende Akten nachzufordern, wenn sich aus dem Genehmigungsantrag ergibt, dass die Akten vorhanden wären und für die Beurteilung des Gesuchs beigezogen werden müssten (THOMAS HANSJAKOB, in: Andreas Donatsch / Thomas Hansjakob / Viktor Lieber [Herausgeber], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich/Basel/Genf 2010,, Art. 274 N 15). Die Verdachtsgründe und die Beziehung der Zielperson zum Anschluss sind durch die Akten zu dokumentieren (MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, in: Marcel Alexander Niggli / Marianne Heer / Hans Wiprächtiger [Herausgeber], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basel 2011, Art. 274 N 5). Die bereits vorhandenen Akten die relevant sind, sind beizulegen (SCHMID, Praxiskommentar, a.a.O., Art. 274 N 6). Das Dossier soll sicherstellen, dass nachvollzogen werden kann, aufgrund welcher Unterlagen das Zwangsmassnahmengericht entschieden hat (so auch: ROLAND WOLTER, in: Peter Goldschmid / Thomas Maurer / Jürg Sollberger [Herausgeber], Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008, S. 265). Es ist nicht die Aufgabe des Zwangsmassnahmengerichts als Genehmigungsbehörde sicherzustellen, dass bezüglich der Rechtmässigkeit einer Überwachung eine lückenlose Dokumentation vorliegt, oder darauf hinzuweisen, dass es für eine Beilage aus einer bisherigen Überwachung an einem Zufallsfund fehlt. Es muss sich aus den relevanten Akten - ohne Ergänzung auf Aufforderung des Zwangsmassnahmengerichts hin - ergeben, dass die beigelegten Unterlagen, welche belegen sollen, dass eine Überwachung zulässig ist, rechtmässig erhoben worden sind. Andererseits muss aus den relevanten Akten ersichtlich

werden, weshalb eine bestimmte Rufnummer in Zusammenhang mit dem Strafverfahren steht. Zusätzlich hat auch ohne Weiteres aus den relevanten Akten ersichtlich zu werden, in welchem Verfahren eine Überwachung angeordnet wird, wer die Zielperson ist, wer der Anschlussinhaber ist und in welcher Beziehung dieser zu der überwachten Person steht (vgl. auch Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts Basel-Landschaft vom 26. August 2011 [350 11 387]).

Vorliegend hat die Staatsanwaltschaft dem Zwangsmassnahmengericht neben dem Genehmigungsantrag vom 17. Februar 2012 die Anordnungsverfügungen vom 17. Februar 2012, den Antrag der Polizei Basel-Landschaft vom 8. Februar 2012 sowie die Protokolle der überwachten Gespräche von A.____ mit der unbekannt Person in Holland vom 17. November 2011 bis zum 7. Februar 2012 (6 Seiten) eingereicht (Eingang per Post am 20. Februar 2012).

Es ist festzustellen, dass die zwei zitierten Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts vom 18. November 2011 (350 11 530/531) nicht eingereicht wurden. Im Weiteren wurde auch keine Zufallsfundgenehmigung betreffend die Erkenntnisse aus diesen oder weiteren Telefonüberwachungen gegen A.____ in einem allfällig zu eröffnenden Verfahren gegen einen unbekannt Lieferanten aus Holland eingereicht (vgl. auch die nachfolgenden Erwägungen unter Ziff. 2).

Inwieweit vorliegend diese Akten ausnahmsweise seitens des Zwangsmassnahmengerichts nachzufordern gewesen wären oder dieser Mangel allenfalls zu einem Nichtgenehmigungsentscheid geführt hätte, kann jedoch offen gelassen werden, da - wie nachfolgend dargelegt - die Genehmigung ohnehin aufgrund von Erwägungen zur Sache selbst nicht zu erteilen ist.

Nur am Rande im Zusammenhang mit den einzureichenden Akten ist festzustellen, dass die Staatsanwaltschaft bzw. die Polizei Basel-Landschaft in ihren Anträgen Ausführungen betreffend eine Anhaltung von B.____ machen, diese jedoch durch nichts belegt sind und sich insbesondere aufgrund der Ausführungen die für das vorliegende Verfahren nicht relevante Frage stellt, ob die Erkenntnisse gegen B.____ aus den Telefonkontrollen gegen A.____ einen Zufallsfund im Sinne von Art. 278 Abs. 2 StPO darstellen.

1.3 Aus Art. 46 Abs. 1 BV ergibt sich die derogatorische Kraft des Bundesrechts, welche besagt, dass die Kantone das Bundesrecht nach Massgabe der Verfassung und Gesetz umzusetzen haben. Somit kann festgehalten werden, dass Art. 311 Abs. 1 StPO lediglich eine Delegation von Untersuchungshandlungen an Untersuchungsbeauftragte ermöglicht. Insofern wird die Organisationsautonomie der Kantone gemäss Art. 14 Abs. 1 und 2 StPO eingeschränkt. Es gibt keinen Handlungsspielraum dafür, dass die Anordnung von Zwangsmassnahmen an Nichtstaatsanwälte/Nichtstaatsanwältinnen delegiert werden kann.

Es ist deshalb unzulässig, im Rahmen der Organisationsautonomie der Kantone im Bereich der Strafbehörden (Art. 123 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 14 Abs. 1 und 2 StPO), den Erlass von Zwangsmassnahmen Untersuchungsbeauftragten zu ermöglichen, da diese Tätigkeit den Staatsanwälten/Staatsanwältinnen vorbehalten ist (Art. 311 Abs. 1 StPO). Selbst wenn der Erlass von Zwangsmassnahmen durch Untersuchungsbeauftragte möglich wäre, müsste die entsprechende gesetzliche Grundlage im Kanton Basel-Landschaft in einem Gesetz im formellen Sinn geschaffen werden (§ 63 Abs. 1 KV). § 12 EG StPO verunmöglicht es, Untersuchungsbeauftragte mit dem Erlass von Zwangsmassnahmen zu betrauen. Diese eindeutige Bestimmung kann nicht durch eine entsprechende Norm in einem Dekret abgeändert werden, auch wenn die entsprechende Kompetenz nur für den Einsatz im Pikett gilt. Dies gilt umso mehr, als § 12 EG StPO im Einklang mit den entsprechenden Bestimmungen der StPO (u.a. Art. 311 StPO) ist und das Dekret EG StPO im Widerspruch zum kantonalen Gesetz im formellen Sinn und zum Bundesrecht steht (vgl. Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts vom 23. September 2011 [350 11 453]).

Die Anordnung einer Telefonüberwachung gemäss Art. 269 StPO ist eine Zwangsmassnahme. Vorliegend lässt sich nicht nachvollziehen, ob die Anordnung vom 17. Februar 2012 und das betreffende Genehmigungsgesuch an das Zwangsmassnahmengericht vom gleichen Tag von einem Staatsanwalt oder einer Staatsanwältin unterschrieben worden sind, wurden sie doch von einer nicht identifizierbaren Person in Vertretung der Staatsanwältin C.____ unterzeichnet. Immerhin lässt sich feststellen, dass der Untersuchungsbeamte D.____ die Anordnung am 17. Februar 2012, 07.38 Uhr, an das ISC sandte.

Weitere Abklärungen, ob die formellen Anforderungen in diesem Sinne vorliegend erfüllt sind, erübrigen sich, ist doch wie erwähnt, die Genehmigung ohnehin aufgrund von Erwägungen zur Sache selbst nicht zu erteilen. Anzumerken ist immerhin, dass der Antrag der Polizei Basel-Landschaft vom 8. Februar 2012 bereits am 9. Februar 2012 bei der Staatsanwaltschaft eingegangen ist, womit zumindest insofern von keiner Dringlichkeit auszugehen ist, welche eine allenfalls fragwürdige Stellvertretung für die Anordnung vom 17. Februar 2012 begründen könnte.

Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts vom 21. Februar 2012 (350 12 95)