

7. Februar 2012

Geheime Überwachung

Zufallsfund

Übergangsrechtliche Fragen betreffen Genehmigung eines Zufallsfonds. Zuständigkeit für die Genehmigung eines Zufallsfonds, wenn die ursprüngliche Überwachung in einem anderen Kanton oder durch den Bund erfolgt ist (1.2). Zeitpunkt der Genehmigung eines Zufallsfonds (1.3). Folgen der verspäteten Einreichung eines Genehmigungsgesuchs (1.3.1).

Sachverhalt

Die Bundesanwaltschaft führte gegen A.____ ein Verfahren wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, versuchter Tötung, Gefährdung durch Sprengstoffe in verbrecherischer Absicht und Beteiligung an einer verbrecherischen Organisation. Im Rahmen dieses Verfahrens wurde die Rufnummer x von B.____ überwacht. Am 15. November 2010 verfasste die Bundeskriminalpolizei eine Strafanzeige gegen A.____ wegen Versicherungsbetrugs und Urkundenfälschung. Diese Anzeige wurde im November/Dezember 2011 an den Kanton Basel-Landschaft abgetreten. Die Staatsanwaltschaft hat am 1. Februar 2012 ein Gesuch um Genehmigung der Erkenntnisse (Zufallsfund) aus der Überwachung von B.____ im Verfahren gegen A.____ wegen Versicherungsbetrugs und Urkundenfälschung beantragt.

Erwägungen

1.2 Im vorliegenden Fall ist die Überwachung der Rufnummer x von B.____ am 18. Juli 2008 durch die Bundesanwaltschaft angeordnet und am 22. Juli 2008 durch das Bundesstrafgericht genehmigt worden (Art. 5 lit. a Ziff. 1 BÜPF und Art. 6 Abs. 1 lit. a BÜPF). Gemäss Art. 448 StPO werden Verfahren, welche bei Inkrafttreten dieses Gesetzes hängig sind, nach neuem Recht durchgeführt, soweit nichts anderes vorgesehen ist. Verfahrenshandlungen, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes angeordnet oder durchgeführt worden sind, behalten ihre Gültigkeit. Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes hängig sind, werden von den nach neuem Recht zuständigen Behörden weitergeführt, soweit nicht

anderslautende Bestimmungen bestehen (Art. 449 Abs. 1 StPO). Sollen die Ergebnisse einer Telefonüberwachung aus einem Kanton in einem anderen Kanton verwendet werden und ist diesbezüglich die Genehmigung eines Zufallsfunds notwendig, so ist das Zwangsmassnahmengericht am Ort, wo das neue Verfahren geführt werden soll, für die Genehmigung des Zufallsfunds zuständig (THOMAS HANSJAKOB, Andreas Donatsch / Thomas Hansjakob / Viktor Lieber [Herausgeber], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 278 N 18). Diese Zuständigkeitsvorschrift muss auch im Verkehr zwischen der Bundesanwaltschaft und den kantonalen Staatsanwaltschaften gelten.

1.3 Die Genehmigung kann auch noch nach Einstellung der Überwachung beantragt werden, wenn erst die weiteren Ermittlungen, z.B. die Befragung der überwachten beschuldigten Person einen konkreten Tatverdacht gegen eine Drittperson ergeben und die Überwachungsergebnisse auch im Verfahren gegen diese verwendet werden sollen bzw. weitere Ermittlungsergebnisse auf einen Verdacht bezüglich eines neuen Delikts hinweisen. Auf jeden Fall ist die Genehmigung vor Einleitung weiterer Ermittlungen und bevor die Ergebnisse der beschuldigten Person vorgehalten werden, einzuholen. Im Fall von sofort erforderlichen Massnahmen kann sie auch nachträglich innert der Frist von Art. 274 StPO (Genehmigungsverfahren) eingeholt werden (ROLAND WOLTER, in: Peter Goldschmid / Thomas Maurer / Jürg Sollberger, Kommentierte Textausgabe zur schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008, S. 267 f.). Die Staatsanwaltschaft hat das Genehmigungsverfahren spätestens dann einzuleiten, wenn sie die mit der Auswertung der laufenden Überwachungsmassnahme betraute Person instruiert, auch auf den neuen Tatverdacht zu achten (interne Anweisung), oder wenn sie zur Klärung des neuen Tatverdachts weitere Untersuchungshandlungen veranlasst (externe Anordnung; MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, in: Marcel Alexander Niggli / Marianne Heer / Hans Wiprächtiger [Herausgeber], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basel 2011, Art. 278 RN 27).

1.3.1 Der Genehmigungsbedarf der Überwachungsmassnahme ist eine klare, sofort feststellbare Voraussetzung, nach welcher sich die Strafverfolgungsbehörden zu richten haben. Was als Zufallsfund zu gelten hat, wirft hingegen komplexe Fragen auf und ist nicht in jedem Fall eindeutig zu beantworten. Verkennt die Staatsanwaltschaft deshalb, dass eine Erkenntnis als Zufallsfund zu würdigen und mithin genehmigungsbedürftig ist, begeht sie einen weit weniger schwerwiegenden Fehler als wenn sie eine Überwachung anordnet, ohne eine Genehmigung einzuholen. Während des Vorverfahrens ist die Aktenlage denn auch ständig im Fluss und bei veränderten Verhältnissen muss es möglich bleiben, die Genehmigung zur Verwendung des Zufallsfundes - nach einem allfällig zunächst durch das

Zwangsmassnahmengericht verneinten Verdacht auf eine schwere Katalogtat - erneut zu beantragen (JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, a.a.O., Art. 278 N 31/32).

Art. 278 Abs. 3 StPO impliziert, dass die Staatsanwaltschaft unverzüglich bzw. spätestens zum Zeitpunkt, in welchem sie die Erkenntnisse aus einer genehmigten Überwachung verwenden will, beim Zwangsmassnahmengericht eine Zufallsfundgenehmigung einzuholen hat.

Das Erfordernis der Genehmigung ist am ehesten eine Gültigkeitsvorschrift i.S.v. Art. 141 Abs. 2 StPO (vgl. JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, a.a.O., Art. 278 N 30), welche vom Sachrichter bei der Beurteilung der Verwertbarkeit von Beweisen zu beachten ist. Dieser hat schlussendlich zu prüfen, ob es sich allenfalls um einen Zufallsfund handelt und für diesen eine Genehmigung der zuständigen Instanz vorliegt oder nicht.

Die Genehmigungsfrist gemäss Art. 278 Abs. 3 StPO hingegen stellt eine Ordnungsfrist dar, deren Verletzung durch das Zwangsmassnahmengericht festgestellt werden kann. Eine Nichtgenehmigung eines Zufallsfundes wegen dieser Bestimmung bzw. ein Nichteintreten auf einen verspäteten Genehmigungsantrag erscheint jedoch nur dann angebracht, wenn festzustellen ist, dass das Untersuchungsverfahren nahezu beendet ist, sodass kein Platz mehr besteht für die Verwendung von Zufallsfunden.

Im vorliegenden Fall kann festgestellt werden, dass die Bundesanwaltschaft - soweit dies aus den wesentlichen Akten ersichtlich wird - gestützt auf die Anzeige der Bundeskriminalpolizei vom 15. November 2010 wegen Versicherungsbetrugs und Urkundenfälschung keine Ermittlungshandlungen vorgenommen hat. Die Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft hat sich nach Eingang der Strafanzeige der Bundeskriminalpolizei am 10. November 2011 mit Schreiben an die Bundesanwaltschaft vom 30. Dezember 2011 nach einer Zufallsfundgenehmigung erkundigt und erhielt mit E-Mail vom 31. Januar 2012 die Rückmeldung, dass keine Zufallsfundgenehmigung eingeholt worden sei. Insofern liegt eine Verletzung der Ordnungsfrist gemäss Art. 278 Abs. 3 StPO vor.

Auch wenn festgestellt werden muss, dass der Genehmigungsantrag zu spät eingereicht worden ist, ist auf den entsprechenden Antrag einzutreten, ist doch von einem Versehen der zuständigen Behörden im vom Kanton Basel-Landschaft nunmehr an Hand genommenen Verfahren auszugehen.

Inwieweit der vorliegende Zufallsfund vor Einleitung des Genehmigungsverfahrens bereits im Verfahren gegen A.____ wegen Betrugs und Urkundenfälschung verwendet wurde und allenfalls unter einem Verwertungsverbot im Sinne von Art. 141 StPO unterliegt, ist nicht durch dieses Gericht zu beurteilen.

Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts vom 7. Februar 2012 (350 12 50)