BGE 143 I 310

Bundesgericht (BGE), 2017-03-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_143 I 310

FR: ATF 143 I 310

IT: DTF 143 I 310

Regeste

Regeste Art. 151 Abs. 2 und Art. 297 Abs. 3 StPO; Art. 13 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 und Art. 36 BV; Art. 8 EMRK; Entdeckung der verdeckten Ermittlung durch die Beschuldigte, Schutz der verdeckten Ermittler. Für die sofortige und unwiederbringliche Löschung von Bildaufnahmen der verdeckten Ermittler auf Datenträgern der Beschuldigten bestand eine hinreichende gesetzliche Grundlage (E. 3.3). Die Massnahme war jedoch unverhältnismässig. Die Staatsanwaltschaft hätte zumindest Kopien der Aufnahmen sicherstellen und zu den Akten geben müssen (E. 3.4).

Erwägungen

E. 2.1

Die Vorinstanz erachtet es nicht als glaubhaft, dass es das Ziel der Hausdurchsuchung gewesen sei, Beweismittel zu erheben. Mit der Hausdurchsuchung habe die Beschwerdeführerin vielmehr einzig die Löschung der Fotos der verdeckten Ermittler bezweckt. Die Beschwerdeführerin wendet ein, diese Annahme sei offensichtlich unhaltbar.

E. 2.2

Gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG kann die Feststellung des Sachverhalts nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann. Offensichtlich unrichtig im Sinne von Art. 97 Abs. 1 BGG bedeutet willkürlich (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Was die Beschwerdeführerin mit der Hausdurchsuchung bezweckte, ist eine Sachverhaltsfrage (vgl. BGE 126 IV 209 E. 2d S. 215; BERNARD CORBOZ, in: Commentaire de la LTF, 2. Aufl. 2014, N. 27 und 30 zu Art. 105 BGG).

E. 2.3

Die Hausdurchsuchung fand am 30. April 2015 statt. Nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz (Art. 105 Abs. 1 BGG) wurden die anlässlich der Hausdurchsuchung sichergestellten Mobiltelefone und das sichergestellte iPad am Vormittag des 1. Mai 2015 zu einem Polizeiposten gesandt und dort C. am folgenden Tag wieder ausgehändigt. Der Anwalt der Beschwerdegegnerin verlangte nachträglich die Siegelung. Am 5. Mai 2015 wurden drei USB-Sticks der Beschwerdegegnerin versiegelt. Nach der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme der Beschwerdegegnerin am 6. Mai 2015 wurden dieser nach Rücksprache mit dem Staatsanwalt sämtliche sichergestellten EDV-Mittel wieder ausgehändigt. Die umgehende Rückgabe der beschlagnahmten Mobiltelefone und des iPads nach der Entfernung der Fotos der verdeckten Ermittler ohne Sicherstellung von Daten sowie der Umstand, dass die Staatsanwaltschaft keine Entsiegelung der USB-Sticks verlangte, stellen gewichtige Indizien dafür dar, dass es ihr

nicht um die Erhebung von Beweismitteln ging, sondern einzig um die Entfernung der Fotos der verdeckten Ermittler. Mit Blick darauf ist die entsprechende Annahme der Vorinstanz nicht offensichtlich unhaltbar. Willkür kann BGE 143 I 310 S. 314 ihr nicht vorgeworfen werden. Die Beschwerde ist im vorliegenden Punkt unbegründet.

E. 3.1

Die Vorinstanz kommt zum Schluss, für den von der Beschwerdeführerin vorgenommenen Grundrechtseingriff habe keine genügende gesetzliche Grundlage bestanden. Zudem sei dieser unverhältnismässig gewesen.

E. 3.2

Das Vorgehen der Beschwerdeführerin stellte einen Eingriff in die Privatsphäre gemäss Art. 13 Abs. 1 BV dar. Danach hat jede Person Anspruch insbesondere auf Achtung ihres Privatlebens und ihrer Wohnung. Durch die Beschlagnahme der Datenträger betroffen war zudem die Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 Abs. 1 BV (BGE 128 I 129 E. 3.1.3 S. 133 mit Hinweis). Gemäss Art. 36 BV bedürfen Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr (Abs. 1). Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein (Abs. 3). Das Vorgehen der Beschwerdeführerin stellte ebenso einen Eingriff dar in das Recht auf Achtung des Privatlebens gemäss Art. 8 EMRK . Nach Ziffer 2 dieser Bestimmung darf eine Behörde in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

E. 3.3.1

Nach der Rechtsprechung verlangt das Legalitätsprinzip gemäss Art. 36 Abs. 1 BV im Interesse der Rechtssicherheit und der rechtsgleichen Rechtsanwendung eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze. Diese müssen so präzise formuliert sein, dass die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach ausrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können (BGE 139 I 280 E. 5.1 S. 284; BGE 138 I 378 E. 7.2 S. 391; je mit Hinweisen). BGE 143 I 310 S. 315 Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte verlangt für die Einschränkung von Garantien der EMRK ebenso eine hinreichende Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage (BGE 136 I 87 E. 3.1 S. 91 mit Hinweisen; JULIANE PÄTZOLD, in: Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, Karpenstein/Mayer [Hrsg.], 2. Aufl. 2015, N. 93 ff. zu Art. 8 EMRK ; MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, in: EMRK, Handkommentar, Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer [Hrsg.], 4. Aufl. 2017, N. 104 ff. zu Art. 8 EMRK). Das Gebot der Bestimmtheit rechtlicher Normen darf nicht absolut verstanden werden. Der Gesetzgeber kann nicht darauf verzichten, allgemeine und mehr oder minder vage Begriffe zu verwenden, deren Auslegung und Anwendung der Praxis überlassen werden muss. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Er hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei

der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab (BGE 139 I 280 E. 5.1; BGE 138 I 378 E. 7.2 S. 391; je mit Hinweisen). In gewissem Ausmass kann die Unbestimmtheit von Normen durch verfahrensrechtliche Garantien gleichsam kompensiert werden und es kommt dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit besondere Bedeutung zu (BGE 140 I 353 E. 8.7 S. 373; BGE 136 I 87 E. 3.1 S. 90 f.; BGE 128 I 327 E. 4.2 S. 339 f.). Wo die Unbestimmtheit von Rechtssätzen zu einem Verlust an Rechtssicherheit führt, muss die Verhältnismässigkeit umso strenger geprüft werden (RAINER J. SCHWEIZER, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 25 zu Art. 36 BV ; MARKUS H.F. MOHLER, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, 2012, S. 215 N. 646). Im Polizeirecht stösst das Bestimmtheitserfordernis wegen der Besonderheit des Regelungsbereichs auf besondere Schwierigkeiten. Die Aufgabe der Polizei kann nicht von vornherein abschliessend und bestimmt umschrieben werden. Die Polizeitätigkeit richtet sich gegen nicht im Einzelnen bestimmbare Gefährdungsarten und Gefährdungsformen in vielgestaltigen und wandelbaren Verhältnissen und ist demnach situativ den konkreten Verhältnissen anzupassen. Die Schwierigkeit der Regelung der Polizeitätigkeit ist der Grund für BGE 143 I 310 S. 316 die Anerkennung der polizeilichen Generalklausel in Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV (BGE 136 I 87 E. 3.1 S. 90; BGE 128 I 327 E. 4.2 S. 340 f.; je mit Hinweisen). Wohl können unter Umständen für Einzelbereiche der Polizeitätigkeit - etwa den Schusswaffengebrauch - zumindest gewisse Wertungen getroffen und Güterabwägungen im Hinblick auf die Einzelfallentscheidung vorgenommen werden. Für den allgemeinen Bereich der Ordnungs- und Sicherheitspolizei ist dies indessen kaum denkbar. Trotz des Bemühens um Konkretisierung typisierter Handlungsformen kann nicht auf höchst unbestimmte Regelungen sowohl in Bezug auf die Voraussetzungen des polizeilichen Handelns als auch hinsichtlich der zu treffenden Massnahmen verzichtet werden (BGE 128 I 327 E. 4.2 S. 341 f.).

E. 3.3.2

Die Strafprozessordnung regelt die Zwangsmassnahmen im 5. Titel (Art. 196 ff.). Gemäss Art. 196 StPO sind Zwangsmassnahmen Verfahrenshandlungen der Strafbehörden, die in Grundrechte der Betroffenen eingreifen und die dazu dienen; a. Beweise zu sichern; b. die Anwesenheit von Personen im Verfahren sicherzustellen; c. die Vollstreckung des Endentscheides zu gewährleisten. Nach der willkürfreien Feststellung der Vorinstanz (oben E. 2.3) ging es der Beschwerdeführerin nicht um die Sicherung von Beweisen, sondern einzig um die Löschung der Fotos der verdeckten Ermittler. Die Beschwerdeführerin vernichtete somit Beweise. Ihr Vorgehen stellt unstreitig keine Zwangsmassnahme im Sinne von Art. 196 StPO dar. Auf die Bestimmungen über die Hausdurchsuchung (Art. 244 f. StPO) und Beschlagnahme (Art. 263 ff. StPO) lässt es sich somit nicht stützen.

E. 3.3.3

Wie sich aus den heutigen bundesgerichtlichen Urteilen 1B_114/2016 und 1B_117/2016 (BGE 143 I 292 und 304) ergibt, war die Anordnung und Genehmigung des Einsatzes der verdeckten Ermittler rechtmässig. Die Beschwerdeführerin sicherte diesen die Anonymität zu (Art. 288 Abs. 2 StPO), was das Haftgericht jeweils genehmigte (Art. 289 Abs. 4 lit. b StPO). Art. 151 StPO sieht Massnahmen zum Schutz verdeckter Ermittlerinnen und Ermittler vor. Danach haben verdeckte Ermittlerinnen und Ermittler, denen die Wahrung der Anonymität zugesichert worden ist, Anspruch darauf, dass ihre wahre Identität während des ganzen Verfahrens und nach dessen Abschluss gegenüber jedermann geheim gehalten

wird, ausser gegenüber den Mitgliedern der mit dem Fall BGE 143 I 310 S. 317 befassten Gerichte, und keine Angaben über ihre wahre Identität in die Verfahrensakten aufgenommen werden (Abs. 1). Die Verfahrensleitung trifft die notwendigen Schutzmassnahmen (Abs. 2). Gemäss Art. 297 Abs. 3 StPO ist bei Beendigung des Einsatzes darauf zu achten, dass die verdeckten Ermittlerinnen und Ermittler keiner abwendbaren Gefahr ausgesetzt werden. Wie dargelegt, ging es der Beschwerdeführerin um die Abwendung von Gefahren, denen die verdeckten Ermittlerinnen und Ermittler ausgesetzt sein konnten, nachdem die Beschwerdegegnerin deren Einsatz bemerkt hatte. Bei der Gefahrenabwehr geht es in der Sache um Polizeirecht (nicht publ. E. 1.4). Die Gefahren, denen verdeckte Ermittlerinnen und Ermittler ausgesetzt sein können, sind vielfältig. Deshalb kann schwer im Voraus gesagt werden, welche Schutzmassnahmen im Einzelnen erforderlich sein können. Im Lichte der dargelegten Rechtsprechung zum Polizeirecht dürfen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage daher keine hohen Anforderungen gestellt werden. Gemäss Art. 151 Abs. 2 StPO trifft die Verfahrensleitung die notwendigen Massnahmen zum Schutz der verdeckten Ermittlerinnen und Ermittler. Für Schutzmassnahmen bestand somit eine gesetzliche Grundlage. Die Frage ist, ob das Eindringen in die Wohnung der Beschwerdegegnerin, die Sicherstellung der Datenträger und die sofortige und unwiederbringliche Löschung der Fotos der verdeckten Ermittler - wie das Art. 151 Abs. 2 StPO verlangt - zu deren Schutz notwendig waren oder ob nicht weniger weit gehende Massnahmen genügt hätten. Insoweit verweist diese Bestimmung auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Wenn sodann gemäss Art. 297 Abs. 3 StPO die Staatsanwaltschaft bei Beendigung des Einsatzes darauf zu achten hat, dass die verdeckten Ermittlerinnen und Ermittler keiner abwendbaren Gefahr ausgesetzt werden, bedeutet das, dass die Staatsanwaltschaft eine derartige Gefahr abwenden muss und sie somit eine Handlungspflicht zum Schutz der verdeckten Ermittler trifft. Unter den dargelegten Umständen ist in Art. 151 Abs. 2 jedenfalls in Verbindung mit Art. 297 Abs. 3 StPO eine hinreichende gesetzliche Grundlage für das Vorgehen der Beschwerdeführerin zu erblicken. Da sowohl Art. 151 Abs. 2 als auch Art. 297 Abs. 3 StPO einen geringen Bestimmtheitsgrad aufweisen und es um einen erheblichen Grundrechtseingriff geht (dazu unten E. 3.4.3), genügt die gesetzliche Grundlage allerdings nur knapp. Umso grösseres Gewicht kommt BGE 143 I 310 S. 318 nach der angeführten Rechtsprechung der Prüfung der Verhältnismässigkeit zu.

E. 3.4.1

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar erweist. Erforderlich ist eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation. Eine Massnahme ist unverhältnismässig, wenn das angestrebte Ziel mit einem weniger schweren Grundrechtseingriff erreicht werden kann (BGE 140 I 353 E. 8.7 S. 373 f. mit Hinweisen).

E. 3.4.2

Die Beschwerdeführerin bringt vor, wäre die Beschwerdegegnerin im Besitz der Fotos der verdeckten Ermittler geblieben, hätte dies zu deren Enttarnung führen können. Im Internet gebe es Webseiten, deren Betreiber es darauf angelegt hätten, die wahre Identität von verdeckten Ermittlern offenzulegen. Die Beschwerdegegnerin stellt das nicht in Abrede. Die Löschung der Fotos war geeignet, die Enttarnung der verdeckten Ermittler zu

verhindern. Sollte es zutreffen, dass die Beschwerdegegnerin - wie sie geltend macht - weiterhin im Besitz von Fotos der verdeckten Ermittler geblieben ist, änderte dies entgegen ihrer Ansicht nichts an der Geeignetheit der Massnahme. Diese ist ex ante zu beurteilen. Die Geeignetheit der Massnahme wäre nur zu verneinen gewesen, wenn von vornherein klar gewesen wäre, dass die Polizei nicht an sämtliche Fotos der verdeckten Ermittler gelangen konnte. So verhielt es sich aber nicht. Die Beschwerdeführerin durfte davon ausgehen, dass es ihr gelingen werde, alle Fotos der verdeckten Ermittler zu löschen. Sollten die ausführenden Beamten bestimmte Fotos übersehen haben, spräche das nicht gegen die Geeignetheit der Massnahme.

E. 3.4.3

Die Beschwerdeführerin drang in die Wohnung der Beschwerdegegnerin ein, stellte Datenträger sicher und löschte 24 Fotos. Dies stellt insgesamt einen erheblichen Grundrechtseingriff dar. Die Beschwerdeführerin bringt vor, wären die verdeckten Ermittler enttarnt worden, wären diese an Leib und Leben gefährdet gewesen. Eine derartige Gefährdung sei bereits von der Beschwerdegegnerin und C. ausgegangen. Hinzu komme, dass die verdeckten Ermittler BGE 143 I 310 S. 319 auch in anderen Fällen, in gefährlichem Umfeld, eingesetzt worden seien bzw. weiterhin eingesetzt würden. Hätte eine ernstliche Gefahr für Leib und Leben der verdeckten Ermittler bestanden, wäre der Grundrechtseingriff der Beschwerdegegnerin zumutbar gewesen. Die Vorinstanz hält dafür, die verdeckten Ermittler seien durch die Beschwerdegegnerin "kaum unmittelbar bedroht" gewesen. Die Beschwerdeführerin wendet ein, diese Annahme sei offensichtlich unhaltbar. Wie es sich damit verhält, kann dahingestellt bleiben; ebenso, ob die verdeckten Ermittler durch andere Personen, in deren Umfeld sie eingesetzt wurden bzw. noch werden, erheblich gefährdet gewesen wären. Selbst wenn die Zumutbarkeit des Grundrechtseingriffs zu bejahen wäre, änderte dies am Ergebnis nichts.

E. 3.4.4

Die Beschwerdeführerin hat die Fotos der verdeckten Ermittler sofort unwiederbringlich gelöscht. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, mildere Massnahmen hätten zu Erreichung des von der Beschwerdeführerin angestrebten Ziels genügt. So hätte es gereicht, die Gesichter der verdeckten Ermittler auf den Fotos unkenntlich zu machen ("Verpixelung"). Die Beschwerdeführerin bemerkt dazu, sie habe keine Möglichkeit zu einer hundertprozentig irreversiblen Verpixelung der Fotos gesehen; erst recht nicht der Fotos, die im Internet ("Facebook") publiziert worden seien. Wäre es technisch und mit vertretbarem personellem sowie finanziellem Aufwand möglich gewesen, die Gesichter und allfällige weitere persönliche Merkmale der verdeckten Ermittler - wie z.B. Tätowierungen - auf den Fotos irreversibel unkenntlich zu machen, hätte die Beschwerdeführerin dies tun müssen und wäre die vollständige Löschung der Fotos nicht erforderlich gewesen. Ob diese Möglichkeit bestand, kann offenbleiben. Selbst wenn das nicht der Fall gewesen sein sollte, wäre das Vorgehen der Beschwerdeführerin unverhältnismässig gewesen. Die Beschwerdeführerin löschte die Fotos sofort und stellte davon keine Kopien sicher. Dazu wäre sie aber verpflichtet gewesen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Fotos im Strafverfahren hätten Bedeutung erlangen können. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, die verdeckten Ermittler hätten die Grenzen des Zulässigen überschritten. Es ist denkbar, dass sich aus den Fotos für die Beurteilung dieser Frage hätten Anhaltspunkte ergeben können. Zudem ist zu erwarten, dass im Falle einer Anklageerhebung das BGE 143 I 310 S. 320 Gericht die verdeckten Ermittler als Zeugen oder Auskunftspersonen befragen wird

(vgl. Art. 288 Abs. 2 StPO). Auch für die Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Aussagen der verdeckten Ermittler hätten die Fotos allenfalls bedeutsam sein können. Die Beschwerdeführerin verunmöglichte es mit der sofortigen unwiederbringlichen Löschung überdies, dass die Fotos der Beschwerdegegnerin bei deren Obsiegen im Rechtsmittelverfahren zurückgegeben werden konnten. Die sofortige und unwiederbringliche Löschung der Fotos ging demnach zu weit. Die Beschwerdeführerin hätte davon zumindest Kopien anfertigen müssen, die in den Akten abzulegen gewesen wären. Der Grundrechtseingriff war somit unverhältnismässig. (...)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.