

BGer 1B_132/2020 vom 18. Juni 2020

Bundesgericht, 2020-06-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1B_132_2020

FR: TF 1B_132/2020 du 18 juin 2020

IT: TF 1B_132/2020 del 18 giugno 2020

Erwägungen

E. 1.1

Die zusammenhängenden Verfahren 1B_132/2020 und 1B_184/2020 sind zu vereinigen.

E. 1.2

Die Oberstaatsanwaltschaft ist zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 BGG i.V.m. Art. 381 Abs. 1-2 StPO); auch die Sachurteilsvoraussetzungen des drohenden nicht wieder gutzumachenden Rechtsnachteils (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG) und der kantonalen Letztinstanzlichkeit des Nichtbewilligungsentscheids (Art. 80 Abs. 2 BGG i.V.m. Art. 274 und Art. 281 Abs. 4 StPO) sind grundsätzlich erfüllt. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass durch die streitige Nichtgenehmigung der Überwachung die einzige erfolgsversprechende Möglichkeit entfalle, an die Passwörter des Beschuldigten zu gelangen und dadurch den Umfang und die Struktur des ihm zur Last gelegten umfangreichen Drogenhandels aufzuklären sowie Hinweise auf bisher nicht bekannte Mittäter, Lieferanten und Abnehmer sowie allfällig vorhandene, durch den Betäubungsmittelhandel erwirtschaftete Vermögenswerte zu gewinnen. Folglich drohe ein empfindlicher Beweisverlust und die erfolgreiche Weiterführung des Strafverfahrens werde stark erschwert. Die übrigen Eintretensvoraussetzungen von Art. 78 ff. BGG geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass, weshalb auf die Beschwerde grundsätzlich einzutreten ist.

E. 2

Die geheimen Überwachungsmassnahmen sind in den Art. 269 ff. StPO geregelt. Gemäss Art. 269 Abs. 1 StPO kann die Staatsanwaltschaft den Post- und Fernmeldeverkehr der beschuldigten Person und (in gewissen Fällen) von Drittpersonen überwachen lassen, wenn der dringende Tatverdacht besteht, eine in Art. 269 Abs. 2 StPO genannte Straftat sei begangen worden (lit. a), die Schwere der Straftat die Überwachung rechtfertigt (lit. b), und die bisherigen Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sind oder die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden (lit. c). Laut Art. 272 Abs. 1 StPO bedarf die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht.

E. 2.1

Im 2. Abschnitt des 8. Kapitels in den Art. 280-281 StPO wird die Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten geregelt. Dabei handelt es sich um eine Zwangsmassnahme im Sinne von Art. 196 StPO (BGE 145 IV 42 E. 3 S. 45, E. 4.5 S. 48). Gemäss Art. 280 lit. b StPO kann die Staatsanwaltschaft technische Überwachungsgeräte einsetzen, um Vorgänge an nicht öffentlichen oder nicht allgemein zugänglichen Orten zu beobachten oder aufzuzeichnen. Vorbehältlich der Bestimmungen der Art. 280 f. StPO richtet sich der Einsatz technischer Überwachungsgeräte im Übrigen nach den Art. 269-279

StPO , mithin nach den Bestimmungen über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 281 Abs. 4 StPO).

E. 2.2

Im Hinblick auf die vorinstanzliche Argumentation (vgl. E. 5.2 hiernach) ist in diesem Zusammenhang auch der mit der Totalrevision des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 16. März 2016 (BÜPF, SR 780.1), welche am 1. März 2018 in Kraft trat, neu eingeführte Art. 269ter StPO zu erwähnen. Mit dieser Bestimmung sollte eine klare gesetzliche Grundlage zum Einsatz besonderer Informatikprogramme (sogenannte Government Software oder GovWare) geschaffen werden, da die Auffassung vertreten wurde, der bestehende Art. 280 StPO könnte allenfalls nicht genügen, um eine Überwachung mittels neuer Technologien abzudecken. Ziel dieser Software sollte sein, den Inhalt der Kommunikation und die Randdaten des Fernmeldeverkehrs in unverschlüsselter Form abzufangen und auszuleiten (vgl. Botschaft zum BÜPF vom 27. Februar 2013, BBI 2013 2771 f.). Nach Art. 269ter Abs. 1 StPO kann die Staatsanwaltschaft das Einschleusen von besonderen Informatikprogrammen in ein Datenverarbeitungssystem anordnen, um den Inhalt der Kommunikation und die Randdaten des Fernmeldeverkehrs in unverschlüsselter Form abzufangen und auszuleiten, wenn: die Bedingungen von Art. 269 Abs. 1 und 3 erfüllt sind (lit. a); es sich um die Verfolgung einer in Art. 286 Abs. 2 genannten Straftat handelt (lit. b) und die bisherigen Massnahmen zur Überwachung des Fernmeldeverkehrs nach Art. 269 erfolglos geblieben sind oder die Überwachung mit diesen Massnahmen aussichtslos wäre oder unverhältnismässig erschwert würde (lit. c).

E. 3

Vorliegend ist unbestritten, dass der für die Anordnung einer geheimen Überwachungsmassnahme dringende Tatverdacht einer Katalogtat vorliegt (im Sinne von Art. 269 Abs. 1 lit. a-b und Abs. 2 lit. a und f i.V.m. Art. 281 Abs. 4 StPO), nämlich von qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (Art. 19 Abs. 2 BetmG) und qualifizierter Geldwäscherei (Art. 305bis Ziff. 2 StGB). Der Tatverdacht kann sich grundsätzlich auch gegen noch unbekannt Taterschaft richten (vgl. BGE 137 IV 340 E. 6.2-6.5 S. 350 f.). Auch die Subsidiarität der Überwachungsmassnahme (Art. 269 Abs. 1 lit. c StPO) wird von der Beschwerdeführerin ausreichend und überzeugend dargetan. Sie hat nachvollziehbar ausgeführt, es kämen keine anderen Untersuchungsmassnahmen in Frage, um an die Passwörter zu gelangen. Die Installation einer leistungsstarken Kamera oder der Einsatz eines konventionellen mechanischen Keyloggers seien keine erfolgsversprechenden Alternativen bzw. kämen aus taktischen Gründen nicht in Betracht. Eine Videoüberwachung setze ideale Licht- und Sichtverhältnisse - wie sie im nicht öffentlichen bzw. im nicht allgemein zugänglichen Wohnmobil nicht vorhanden seien - und eine leistungsstarke Kamera voraus und wäre überdies, wie auch ein konventioneller Keylogger, von Auge wahrnehmbar. Damit sind die Voraussetzungen von Art. 269 StPO grundsätzlich erfüllt. Umstritten ist vorliegend hingegen, ob der von der Beschwerdeführerin angeordnete software-basierte Keylogger ein Überwachungsgerät im Sinne von Art. 280 lit. b StPO darstellt, was die Vorinstanz verneinte.

E. 4.1

Die Vorinstanz begründete ihren Nichtbewilligungsentscheid damit, dass sich die von der Staatsanwaltschaft angeordnete Massnahme des Keyloggers nicht in Anwendung von Art.

280 f. StPO rechtfertigen bzw. darunter subsumieren lasse. Ein derartiger Eingriff in ein Datenverarbeitungssystem werde durch die Art. 280 f. StPO nicht gerechtfertigt. Stattdessen sei mit Art. 269ter StPO hierfür eine gesetzliche Grundlage geschaffen worden, wobei aber offengelassen werden könne, ob die vorliegend angeordnete Massnahme tatsächlich unter diesen Artikel subsumiert werden könne. Denn es sei fraglich, ob die Installation der Software dazu dienen solle, den Inhalt von Kommunikation und die Randdaten des Fernmeldeverkehrs abzufangen und auszuleiten, zumal die Staatsanwaltschaft dazu keine Ausführungen mache. In der Literatur würden Keylogger zwar unter Art. 280 lit. b StPO subsumiert. Diese würden aber als Geräte bezeichnet. Vorliegend handle es sich indessen um die Installation einer Software und nicht die eines Geräts. Sodann äussere sich die Literatur auch nicht zur Rechtfertigungsproblematik des Eindringens in ein Datenverarbeitungssystem (Art. 143bis StGB) durch einen Keylogger. Aus diesen Gründen sei die Genehmigung für die technische Überwachung mittels software-basiertem Keylogger nicht zu erteilen.

E. 4.2

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe sich in ihrer Nichtgenehmigung der Überwachung nicht mit dem Argument auseinandergesetzt, wonach nicht die Beschaffenheit, sondern die Art und Weise der Einsetzung eines Überwachungsinstrumentes für dessen Qualifikation als Gerät im Sinne von Art. 280 StPO ausschlaggebend sei. Die Wirkweise der von ihr angeordneten Installation des software-basierten Keyloggers sei absolut identisch mit derjenigen eines mechanischen Keyloggers, weshalb Ersterer ebenfalls unter Art. 280 lit. b StPO zu subsumieren sei. Im Übrigen beschränke sich die Funktion des Keyloggers analog der mechanischen Variante darauf, sämtliche Tastatureingaben aufzuzeichnen und auszuleiten, wobei das Update analog der mechanischen Variante vor Ort auf den fraglichen USB-Stick angebracht werden müsse und seine Wirkung direkt im Betriebssystem "N._____" entfalte. Schliesslich erfülle die Installation des Updates auf dem USB-Stick entgegen der Auffassung der Vorinstanz auch den Tatbestand des unbefugten Eindringens in ein Datenverarbeitungssystem nach Art. 143bis StGB nicht. Beim USB-Stick handle es sich weder um ein Datenverarbeitungssystem noch hätten für die Installation des Updates Zugangsschranken wie Verschlüsselungen oder Passwörter ausgeschaltet oder überwunden werden müssen. Da sich die Funktion des Keyloggers auf das Aufzeichnen und Ausleiten aller Tastatureingaben beschränke und folglich das Abfangen und Ausleiten von Kommunikationsinhalten oder Randdaten des Fernmeldeverkehrs gar nicht möglich sei, sei auch Art. 269ter StPO nicht einschlägig und die Genehmigung hätte gestützt auf Art. 280 lit. b StPO erteilt werden müssen.

E. 5.1

Beim Keylogger handelt es sich um eine Soft- oder Hardware, die in der Lage ist, die Tastatureingaben eines Users auf dem Rechner zu protokollieren, um so insbesondere die Eingabe von Passwörtern aufzeichnen bzw. ermitteln zu können. In der Literatur wird praktisch einhellig die Auffassung vertreten, dass Keylogger unter Art. 280 lit. b StPO zu subsumieren sind (vgl. EUGSTER/KATZENSTEIN, in: Basler Kommentar Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 28 zu Art. 280 StPO ; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, 2011, N. 2067; SCHMID/JOSITSCH, in: Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, N. 9 zu Art. 280 StPO , wohl auch THOMAS HANSJAKOB,

Überwachungsrecht der Schweiz, Kommentar zu Art. 269 ff. StPO und BÜPF, 2018, N. 413). HANSJAKOB hielt 2014 noch fest, es gehe seiner Ansicht nach zu weit, wenn man wie SCHMID (vgl. SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., N. 9 zu Art. 280 StPO) auch Keylogger unter Art. 280 lit. b StPO subsumiere, da lit. b das Aufzeichnen von Vorgängen, die Gegenstand einer Beobachtung sein können, meine (vgl. THOMAS HANSJAKOB, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 15 zu Art. 280 StPO). 2017 hielt er indessen fest, dass eine Bewilligung zum Einsatz technischer Überwachungsgeräte nach Art. 280 f. StPO benötige, wer GovWare für Keylogging nutzen wolle (vgl. THOMAS HANSJAKOB, Überwachungsrecht der Schweiz, Kommentar zu Art. 269 ff. StPO und BÜPF, 2017, N. 413).

In der erwähnten Literatur wird dabei nicht zwischen mechanischen bzw. physischen und software-basierten Keyloggern unterschieden. Einzig SCHMID spricht teilweise von "

Geräten zur Messung von Funkwellen von Computern ausserhalb von Wohnungen, sogenanntes W-Land-Scannen oder Keylogger", die unter Art. 280 lit. b StPO fallen würden (vgl. SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., N. 9 zu Art. 280 StPO). Demgegenüber spricht er im Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts nur von der "Messung von Funkwellen von Computern ausserhalb von Wohnungen, sogenanntes W-Land-Scannen oder Keylogger" und verzichtet auf den Begriff des Geräts (vgl. SCHMID/JOSITSCH, in: Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2017, N. 1166). Die Behauptung der Vorinstanz, in der Literatur würden nur Geräte unter Art. 280 lit. b StPO subsumiert und es werde nicht von einer zu installierenden Software gesprochen, trifft folglich nicht zu.

Eine wie von der Vorinstanz vorgenommene Unterscheidung zwischen einem mechanischen, d.h. einem eigentlichen "Gerät" und einem software-basierten Keylogger ergibt denn auch keinen Sinn. Zwar spricht Art. 280 lit. b StPO tatsächlich von Überwachungs

geräten , worunter gemäss dem üblichen Sprachgebrauch grundsätzlich ein physischer bzw. mechanischer Gegenstand verstanden wird. Allerdings führt die Beschwerdeführerin zu Recht aus, nicht die Beschaffenheit des Keyloggers sei vorliegend ausschlaggebend für dessen Qualifikation als Gerät im Sinne von Art. 280 StPO , sondern die Art und Weise der Einsetzung. Soweit die Wirkweise des software-basierten Keyloggers, wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht, absolut identisch ist und nicht über jene eines mechanischen Keyloggers hinausgeht, kann es nicht darauf ankommen, ob ein (kleiner) physischer Gegenstand (inkl. Softwarekomponente), der zwischen der Tastatur und dem Rechner zu montieren ist, sämtliche Tastatureingaben aufzeichnet oder ob die Eingaben gestützt auf eine Software gelesen werden, die sich vorliegend via Upload auf dem USB-Stick zwischen das Betriebssystem und die Tastatur schaltet. Sinn und Zweck der beiden Keyloggers ist derselbe und eine künstliche Unterscheidung einzig aufgrund der unterschiedlichen Beschaffenheit bzw. Installation rechtfertigt sich nicht. Der Auffassung der Vorinstanz, wonach der software-basierte Keylogger nicht unter Art. 280 lit. b StPO subsumiert werden könne, kann daher nicht gefolgt werden; sie verletzt Bundesrecht.

E. 5.2

Soweit die Vorinstanz weiter ausführte, Art. 280 StPO rechtfertige einen derartigen Eingriff in ein Datenverarbeitungssystem, wie er durch die Installation des software-basierten Keyloggers stattfinde, nicht, denn für diesen Zweck sei Art. 269ter StPO geschaffen

worden, kann ihr ebenfalls nicht gefolgt werden. Wie erwähnt handelt es sich sowohl bei Art. 280 StPO als auch bei Art. 269ter StPO um geheime Überwachungsmaßnahmen (vgl. E. 2 hiervor). Indessen ermöglicht eine unter Art. 269ter StPO zu subsumierende GovWare den Zugriff auf den kompletten Gesprächsinhalt des laufenden Telekommunikationsvorgangs auf dem überwachten Gerät (vgl. E. 2.2 hiervor). Die Wirkweise des Keyloggers beschränkt sich demgegenüber, wie von der Beschwerdeführerin berechneterweise ausgeführt, auf das Aufzeichnen und Ausleiten der Tastatureingaben der überwachten Person. Es ist mittels Keylogger nicht möglich, ganzheitliche Kommunikationsinhalte oder Randdaten des Fernmeldeverkehrs abzufangen und auszuleiten, sondern es kann einzig festgestellt werden, was

eine Person in ihre Tastatur eingibt. Damit wird aber keine Kommunikation im Wortsinn, d.h. eine Verständigung

untereinander bzw. ein

zwischenmenschlicher Austausch protokolliert. Aus diesem Grund kann ein Keylogger auch nicht unter Art. 269ter StPO subsumiert werden.

Darüber hinaus wird mit dem auf einen USB-Stick hochgeladenen software-basierten Keylogger auch nicht ein Informatikprogramm in ein Datenverarbeitungssystem eingeschleust. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht darauf hingewiesen hat, handelt es sich nämlich bei USB-Sticks nicht um Verarbeitungssysteme (vgl. PHILIPPE WEISSENBERGER, in: Basler Kommentar Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2019, N. 10 zu Art. 143bis StGB), weshalb Art. 269ter StPO auch insofern nicht zur Anwendung gelangen kann. Die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz zu Art. 143bis StGB sind folglich unbehelflich.

Im Übrigen wäre jedoch die Überwachung mittels Keylogger selbst dann zu genehmigen, wenn davon auszugehen wäre, dass tatsächlich Art. 269ter StPO vorliegend die zutreffende rechtliche Grundlage bilden würde. Denn die Voraussetzungen zur Anordnung einer Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten gemäss Art. 280 StPO und der Anordnung eines Einsatzes von besonderen Informatikprogrammen zur Überwachung des Fernmeldeverkehrs gemäss Art. 269ter StPO sind weitgehend identisch. Einzig hinsichtlich der verlangten Katalogtat verweisen die beiden geheimen Überwachungsmaßnahmen auf unterschiedliche Artikel. Während bei Art. 280 StPO eine Katalogtat nach Art. 269 Abs. 2 StPO ausreicht, ist für die Anordnung einer Massnahme nach Art. 269ter StPO eine Katalogtat nach dem engeren Katalog von Art. 286 Abs. 2 StPO erforderlich (vgl. Art. 269ter Abs. 1 lit. b StPO). Vorliegend ist diese Unterscheidung indessen nicht von Bedeutung, da dem Beschwerdeführer mit Art. 19 Abs. 2 BetmG und Art. 305bis Ziff. 2 StGB Delikte vorgeworfen werden, die in beiden Katalogen aufgeführt sind. Schliesslich verlangt Art. 269ter Abs. 1 lit. c StPO eine "verschärfte Subsidiarität". Während bei Art. 280 i.V.m. Art. 281 und Art. 269 Abs. 1 lit. c StPO ausreicht, dass die bisherigen Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sind, ist nach Art. 269ter Abs. 1 lit. c StPO erforderlich, dass bisherigen Massnahmen zur Überwachung des Fernmeldeverkehrs nach Art. 269 StPO der Erfolg versagt war. Wie den Akten entnommen werden kann, hat die Staatsanwaltschaft vorliegend Echtzeitüberwachung angeordnet, welche bisher erfolglos geblieben ist, weshalb auch diese Voraussetzung erfüllt wäre.

E. 5.3

Zusammenfassend ergibt sich, dass die angeordnete technische Überwachung mittels software-basiertem Keylogger die gesetzlichen Voraussetzungen nach Art. 280 lit. b StPO erfüllt und deren Genehmigung zu erteilen ist. Die Beschwerde ist begründet.

E. 5.4

Die Beschwerdeführerin hat schliesslich in ihrer Beschwerde vom 9. April 2020 nachvollziehbar dargelegt, weshalb die technische Überwachung mittels Keylogger einstweilen bis zum 1. Juli 2020 zu verlängern sei. Ihre Ausführungen, wonach sich der Tatverdacht gegen A. _____ während der Überwachungsperiode weiter erhärtet habe, sind überzeugend. Sie begründet sodann klar, dass Passwörter erfahrungsgemäss regelmässig geändert würden und für das Entsperren von passwortgeschützten Geräten, Daten oder Applikationen stets das aktuelle Passwort benötigt werde. Dieses Passwort werde man nur anhand von Eingaben, die A. _____ zeitlich nahe an seiner Verhaftung getätigt haben werde, erhältlich machen können. Da der Zeitpunkt der Verhaftung gegenwärtig noch offen ist, ist die technische Überwachung mittels Keylogger einstweilen, wie von der Beschwerdeführerin beantragt, bis zum 1. Juli 2020 zu verlängern.

E. 6

Somit sind die Beschwerden gutzuheissen und der angefochtene Entscheid vom 10. Februar 2020 sowie Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Entscheids vom 26. März 2020 aufzuheben. Die umstrittene optische Überwachung mittels software-basiertem Keylogger ist bis zum 1. Juli 2020 zu genehmigen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 4 BGG).

Ein Aufschalten des vorliegenden Entscheids in anonymisierter Form im Internet oder eine Abgabe an die Medien erfolgt erst nach vorheriger Rücksprache mit der untersuchungsleitenden Staatsanwaltschaft.

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