

# **BGer 1B\_191/2018 vom 16. Oktober 2018**

Bundesgericht, 2018-10-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1B\\_191\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1B_191_2018)

FR: TF 1B\_191/2018 du 16 octobre 2018

IT: TF 1B\_191/2018 del 16 ottobre 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Bei Genehmigungsentscheiden betreffend geheime Überwachungen, welche vom Betroffenen nachträglich angefochten werden und bei konnexen Entscheiden über die Verwertbarkeit von Zufallsfunden ( Art. 278 StPO ) handelt es sich grundsätzlich um Zwangsmassnahmen- und Zwischenentscheide mit nicht wieder gutzumachendem Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG . Nach Eintritt der Rechtskraft dieser im StPO-Beschwerdeverfahren zu prüfenden Entscheide können die betreffenden Fragen vor dem Sachrichter nicht nochmals aufgeworfen werden ( BGE 140 IV 40 E. 1.1 S. 42 f. mit Hinweisen).

### **E. 1.2**

Auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen von Art. 78 ff. BGG sind grundsätzlich erfüllt und geben zu keinen weiteren Vorbemerkungen Anlass.

### **E. 1.3**

Bei Beschwerden, die gestützt auf das Recht auf Privatsphäre ( Art. 13 BV ) gegen strafprozessuale Überwachungsmassnahmen erhoben werden, prüft das Bundesgericht im Hinblick auf die Schwere des Eingriffes die Auslegung und Anwendung der StPO frei. Art. 98 BGG gelangt bei strafprozessualen Zwangsmassnahmen nicht zur Anwendung. Soweit jedoch reine Sachverhaltsfragen und damit Fragen der Beweiswürdigung zu beurteilen sind, greift das Bundesgericht nur ein, wenn die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen (Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 Abs. 2 BGG ; s.a. BGE 143 IV 316 E. 3.3 S. 319; 330 E. 2.1 S. 334; 138 IV 186 E. 1.2 S. 189; 137 IV 122 E. 2 S. 125; 340 E. 2.4 S. 346; nicht amtl. publ. E. 1.3 von BGE 140 IV 40 ).

### **E. 2**

Der Beschwerdeführer bringt vor, seine Anträge im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren stützten sich "primär auf den Umstand, dass die Genehmigung von Zufallsfunden mit Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts (...) vom 2. März 2016" zu Unrecht erfolgt sei, "womit auch sämtliche gestützt darauf (...) gegen den Beschwerdeführer erfolgten Überwachungsmassnahmen" dahinfallen müssten. Die Zufallsfunde hätten auf Einsätzen eines IMSI-Catchers gegen andere Zielpersonen zum Zweck der Identifikation von Ruf- und IMEI-Nummern beruht, "obwohl solche Einsätze gar nicht genehmigt" worden seien. Darüber hinaus habe es an einer gesetzlichen Grundlage für die IMSI-Catcher-Einsätze gefehlt. Aus den analogen Gründen (weder richterliche Bewilligung noch gesetzliche Grundlage) seien auch die weiteren IMSI-Catcher-Einsätze gegen den Beschwerdeführer selber (als Zielperson) unzulässig und nicht verwertbar. Er rügt in diesem Zusammenhang eine Verletzung von Art. 13 BV und Art. 8 EMRK (Privatsphäre)

sowie von Art. 272 Abs. 1, Art. 277 und Art. 280 f. StPO.

### **E. 3.1**

Die Staatsanwaltschaft kann den Post- und Fernmeldeverkehr der beschuldigten Person und (in gewissen Fällen) von Drittpersonen überwachen, wenn der dringende Tatverdacht besteht, eine in Art. 269 Abs. 2 StPO genannte Straftat sei begangen worden (Art. 270 i.V.m. Art. 269 Abs. 1 lit. a StPO ). Zudem muss die Schwere der Straftat die Überwachung rechtfertigen, und die bisherigen Untersuchungshandlungen müssen erfolglos geblieben bzw. es muss dargetan sein, dass die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden ( Art. 269 Abs. 1 lit. b-c StPO ). Die Überwachung bedarf der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht ( Art. 272 Abs. 1 StPO ). Dokumente und Datenträger aus nicht genehmigten Überwachungen sind sofort zu vernichten ( Art. 277 Abs. 1 StPO ); durch solche Überwachungen gewonnene Erkenntnisse dürfen nicht verwertet werden ( Art. 277 Abs. 2 StPO ).

Unter den Voraussetzungen von Art. 273 StPO ist auch eine rückwirkende oder aktive Teilnehmeridentifikation bzw. die Erhebung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs zulässig. Die geheime Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten und die Observation richten sich nach den Bestimmungen von Art. 280-283 StPO . Seit dem 1. März 2018 ist in Art. 269bis StPO der Einsatz von besonderen technischen Geräten zur Überwachung des Fernmeldeverkehrs geregelt. Dazu gehört der sogenannte "IMSI-Catcher".

### **E. 3.2**

Werden durch die Überwachung andere Straftaten als die in der Überwachungsanordnung aufgeführten bekannt, so können die Erkenntnisse gegen die beschuldigte Person verwendet werden, wenn zur Verfolgung dieser Straftaten eine Überwachung hätte angeordnet werden dürfen ( Art. 278 Abs. 1 StPO ). Erkenntnisse über Straftaten einer Person, die in der Anordnung keiner strafbaren Handlung beschuldigt wird, können verwendet werden, wenn die Voraussetzungen für eine Überwachung dieser Person erfüllt sind ( Art. 278 Abs. 2 StPO ). In den Fällen nach Art. 278 Abs. 1 und 2 StPO ordnet die Staatsanwaltschaft unverzüglich die Überwachung an und leitet das Genehmigungsverfahren ein ( Art. 278 Abs. 3 StPO ). Aufzeichnungen, die nicht als Zufallsfunde verwendet werden dürfen, sind von den Verfahrensakten gesondert aufzubewahren und nach Abschluss des Verfahrens zu vernichten ( Art. 278 Abs. 4 StPO ).

### **E. 3.3**

Die Staatsanwaltschaft teilt der geheim überwachten beschuldigten Person (und den nach Art. 270 lit. b StPO überwachten Drittpersonen) spätestens mit Abschluss des Vorverfahrens Grund, Art und Dauer der Überwachung mit ( Art. 279 Abs. 1 StPO ). Die Mitteilung kann mit Zustimmung des Zwangsmassnahmengerichts aufgeschoben oder unterlassen werden, wenn die Erkenntnisse nicht zu Beweis Zwecken verwendet werden bzw. wenn der Aufschub oder das Unterlassen zum Schutze überwiegender öffentlicher oder privater Interessen notwendig ist ( Art. 279 Abs. 2 StPO ). Personen, deren Fernmeldeanschluss überwacht wurde oder die den überwachten Anschluss mitbenutzt haben, können Beschwerde nach den Art. 393-397 StPO führen; die Beschwerdefrist beginnt mit Erhalt der Mitteilung zu laufen ( Art. 279 Abs. 3 StPO ).

### **E. 3.4**

Auch in BGE 140 IV 40 hatte das Bundesgericht die Verwendbarkeit eines Zufallsfundes zu beurteilen, der neue Verdachtsgründe gegen eine andere Person ( Art. 278 Abs. 2 StPO ) zutage förderte, die bei den ersten (bereits richterlich bewilligten) Überwachungen noch nicht als Zielperson bzw. beschuldigte Person genannt war. Gestützt auf den Zufallsfund wurde auch gegen den neu Beschuldigten eine geheime Überwachung angeordnet, die dieser nachträglich anfocht. Der Anwalt des Beschuldigten stellte sich auf den Standpunkt, er müsse die Rechtmässigkeit aller früheren Überwachungen überprüfen können, die "kaskadenweise" zum Zufallsfund gegen seinen Mandanten führten. Das Bundesgericht stellte klar, dass jene Beweisergebnisse der früheren Überwachungen, welche unmittelbar den Zufallsfund begründen, in die Akten des neuen Verfahrens übernommen werden müssen: Eine rechtmässige Verwendung des Zufallsfundes und eine neue inhaltliche Überwachung des Fernmeldeverkehrs setzen insbesondere den dringenden Tatverdacht eines Katalogdeliktes voraus (Art. 269 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 2 StPO).

Soweit der dringende Tatverdacht auf den Zufallsfund gestützt wird, müssen die betreffenden Überwachungsergebnisse dem Zufallsfund-Betroffenen somit offengelegt werden. Auch muss überprüfbar sein, dass die früheren Überwachungen richterlich bewilligt wurden. Kein Anspruch besteht hingegen auf volle Einsicht in die übrigen Akten und Ergebnisse früherer Überwachungen gegen andere Zielpersonen. Folglich kann der vom Zufallsfund Betroffene die bereits richterlich genehmigten (Primär-) Überwachungen nicht nochmals vollständig aufrollen und selber anfechten. Geprüft wird vielmehr, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der Verwendung des Zufallsfundes und der neuen Überwachung erfüllt sind ( BGE 140 IV 40 E. 4.2-4.3 S. 43 f.; s.a. BGE 141 IV 459 E. 4.1 S. 461 f.; Urteil 1B\_59/2014 vom 28. Juli 2014 E. 4.11; vgl. zu dieser Praxis Marc Forster, Marksteine der Bundesgerichtspraxis zur strafprozessualen Überwachung des digitalen Fernmeldeverkehrs, in: Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015, Zürich 2015, S. 615 ff., 629-631; s.a. Thomas Hansjakob, Überwachungsrecht der Schweiz, Kommentar zu Art. 269 ff. StPO und zum BÜPF, Zürich 2018, Rz. 1128, 1173).

### **E. 3.5**

Seit dem 1. März 2018 ist Art. 269bis StPO in Kraft, der den Einsatz des sogenannten IMSI-Catchers regelt. Dieses technische Gerät zur Überwachung des Fernmeldeverkehrs simuliert, vereinfacht gesagt, eine Mobilfunkantenne. Es steuert die in der näheren örtlichen Umgebung des Catchers betriebenen Mobiltelefone in der Weise, dass sie sich statt an der nächstgelegenen Mobilfunkantenne beim IMSI-Catcher anmelden. Die Daten werden dann vom Catcher an die nächste Mobilfunkantenne weitergeleitet. Der Benutzer merkt also nicht, dass sein Datenverkehr über den Catcher geleitet wird. Er kann normal telefonieren und auch Daten übermitteln und empfangen.

Mit dem IMSI-Catcher können einerseits die Telefonnummern der angemeldeten Mobiltelefone (verknüpft mit der IMSI ["International Mobile Subscriber Identity"]) erfasst werden, andererseits wird auch das verwendete Gerät eindeutig identifiziert (durch die IMEI ["International Mobile Equipment Identity"]), denn jedes Mobiltelefon meldet sich bei jeder neuen Antenne automatisch mit IMSI und IMEI an. Die Kenntnis dieser Daten ist erforderlich, um eine konventionelle Fernmeldeüberwachung verfügen zu können. Mit dem Einsatz von IMSI-Catchern ist es auch möglich, den Datenverkehr selbst abzugreifen, d.h. Telefongespräche mitzuhören oder andere übermittelte Daten zu analysieren. Der IMSI-Catcher erlaubt sodann die genaue Standortermittlung eines eingeschalteten Mobiltelefons (vgl. HANSJAKOB, Überwachungsrecht, Rz. 543 ff.; DERSELBE, in:

Zürcher Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, Art. 269bis N. 2 und 7; DERSELBE, Das neue BÜPF, ZStrR 134 [2016] S. 437 f.; SOPHIE DE SAUSSURE, Le IMSI-Catcher: fonctions, applications pratiques et légalité, Jusletter 30. November 2009, Rz. 4 ff.; SYLVAIN MÉTILLE, Les mesures de surveillance prévues par le CPP, Jusletter 19. Dezember 2011, Rz. 25; EMANUEL JAGGI, Die Revision des BÜPF, ZStrR 133 [2015] S. 282; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar StPO, 3. Aufl. 2018, Art. 269bis N. 1; Botschaft vom 27. Februar 2013 zum revidierten BÜPF, BBl 2013 2769).

### **E. 3.6**

Nach Art. 269bis Abs. 1 StPO kann die Staatsanwaltschaft den Einsatz besonderer technischer Geräte zur Überwachung des Fernmeldeverkehrs anordnen, um Gespräche mitzuhören oder aufzunehmen oder eine Person oder Sache zu identifizieren oder deren Standort zu ermitteln, wenn die Voraussetzungen von Art. 269 StPO erfüllt sind (lit. a), die bisherigen Massnahmen zur Überwachung des Fernmeldeverkehrs nach Art. 269 StPO erfolglos geblieben sind oder die Überwachung mit diesen Massnahmen aussichtslos wäre oder unverhältnismässig erschwert würde (lit. b), und die für den Einsatz dieser Geräte aufgrund des Fernmelderechts nötigen Bewilligungen zum Zeitpunkt des Einsatzes vorliegen (lit. c). Auch der Einsatz des IMSI-Catchers bedarf als geheime Fernmeldeüberwachung der vorgängigen Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht (Art. 272 Abs. 1 i.V.m. Art. 269 StPO ; vgl. Botschaft, BBl 2013 2770).

### **E. 3.7**

In seinem Urteil 1B\_251/2017 vom 21. Februar 2018 (E. 6.5-6.7) hat das Bundesgericht entschieden, dass schon altrechtlich (für vor dem 1. März 2018 verfügte Überwachungen) eine ausreichende gesetzliche Grundlage für den Einsatz des IMSI-Catchers bestand. Gestützt auf Art. 280 f. StPO ist nicht nur die Standortermittlung zulässig, sondern auch die Ermittlung von IMSI- und IMEI-Nummern (Identität des mit der Rufnummer registrierten Anschlussinhabers sowie Gerätenummer).

Die Artikel 280-281 StPO regeln die "Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten". Art. 280 umschreibt den Zweck des Einsatzes, Art. 281 Voraussetzungen und Durchführung. Gemäss Art. 280 StPO kann die Staatsanwaltschaft technische Überwachungsgeräte einsetzen, um das nicht öffentlich gesprochene Wort abzuhören oder aufzuzeichnen (lit. a), Vorgänge an nicht öffentlich oder nicht allgemein zugänglichen Orten zu beobachten oder aufzuzeichnen (lit. b), und den Standort von Personen oder Sachen festzustellen (lit. c). Nach Art. 281 StPO darf der Einsatz nur gegenüber der beschuldigten Person angeordnet werden (Abs. 1). Im Übrigen richtet sich der Einsatz technischer Überwachungsgeräte nach den Artikeln 269-279 StPO (Abs. 4). Für den IMSI-Catcher-Einsatz ist daher (auch altrechtlich) eine vorgängige Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht erforderlich (Art. 281 Abs. 4 i.V.m. Art. 272 Abs. 1 StPO ; Urteil 1B\_251/2017 E. 6.7).

### **E. 4.1**

Soweit der Beschwerdeführer sinngemäss geltend macht, frühere Überwachungen, die gar nicht gegen ihn persönlich sondern gegen andere Zielpersonen richterlich bewilligt worden waren, seien bundesrechtswidrig gewesen, kann auf die Vorbringen mangels Beschwerdelegitimation nicht eingetreten werden ( Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG i.V.m. Art. 279 Abs. 3 StPO ; BGE 140 IV 40 E. 4.1 S. 43). Ein eigenes Rechtsschutzinteresse liegt

hingegen vor, soweit er geltend macht, die gegen ihn als Zielperson neu angeordneten Überwachungen (insbesondere von eigenen Telefonanschlüssen) basierten auf einer unzulässigen Verwendung von ihm belastenden Zufallsfunden oder seien in anderer Weise bundesrechtswidrig. Auch muss er nachprüfen können, ob die Überwachungen, aus denen die Zufallsfunde resultierten, richterlich bewilligt wurden ( BGE 140 IV 40 E. 4.2-4.3 S. 43 f.; Urteil 1B\_59/2014 vom 28. Juli 2014 E. 4.11).

#### **E. 4.2**

Das Gesetz macht die Zulässigkeit von Überwachungsmassnahmen nicht von der Frage abhängig, ob frühere konnexe Massnahmen gegen andere Zielpersonen rechtmässig angeordnet worden waren oder nicht. Zu prüfen ist in Fällen wie dem vorliegenden vielmehr, ob eine zulässige Verwendung von Zufallsfunden vorliegt ( Art. 278 StPO ) und die gesetzlichen Voraussetzungen der konkreten Überwachungsmassnahmen erfüllt sind. Massgeblich ist dabei die tatsächliche Situation im Zeitpunkt der Anordnung der Massnahmen ( BGE 140 IV 40 E. 4.2 S. 43).

Gemäss Art. 278 Abs. 2 StPO können neu erlangte Erkenntnisse über Personen, die in der früheren Überwachungsanordnung noch keiner strafbaren Handlung beschuldigt worden waren, für weitere Untersuchungsmassnahmen verwendet werden, wenn die Voraussetzungen für eine Überwachung dieser Personen erfüllt sind (sog. "Kaskadenüberwachung", vgl. Forster, a.a.O., S. 629-631; Hansjakob, Überwachungsrecht, Rz. 1167-1173). Für inhaltliche Fernmeldeüberwachungen sind die diesbezüglichen gesetzlichen Voraussetzungen zu prüfen (insbesondere der dringende Tatverdacht eines Katalogdeliktes), für IMSI-Catcher-Einsätze die einschlägigen Regeln (nämlich altrechtlich Art. 280 f. StPO, für neurechtliche Fälle Art. 269bis StPO ). Auch die Überwachung gestützt auf entsprechende Zufallsfunde bedarf zudem einer Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht (Art. 278 Abs. 3 i.V.m. Art. 274 StPO ; BGE 140 IV 40 E. 4.2.1 S. 43).

#### **E. 4.3**

Gemäss den Feststellungen des Obergerichtes hat der Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren zwar eingeräumt, dass das Zwangsmassnahmengericht des Kantons Bern diverse IMSI-Catcher-Einsätze gegen andere Zielpersonen bewilligt habe. Er macht jedoch (auch vor Bundesgericht) geltend, das Gerät sei nicht nur für Standortüberwachungen eingesetzt worden, sondern auch noch zur Ermittlung von IMSI- und IMEI-Nummern. Dies sei unzulässig, da dafür keine gesetzliche Grundlage bestanden habe. Die darauf beruhenden Überwachungsergebnisse und Zufallsfunde (gegen ihn als Zielperson) seien daher nicht verwertbar. Und auch für die Catcher-Einsätze gegen ihn selber fehle es (analog) an einer gesetzlichen Grundlage. Das Aargauer Zwangsmassnahmengericht (ZMG) habe am 2. März 2016 die Verwendung der Zufallsfunde zu Unrecht bewilligt. Die darauf gestützten Überwachungen seien widerrechtlich und nicht verwertbar.

#### **E. 4.4**

Die Rüge des Beschwerdeführers, wonach keine gesetzliche Grundlage für die altrechtlichen IMSI-Catcher-Einsätze (gegen ihn oder andere Zielpersonen) und für die Ermittlung von IMSI- und IMEI-Nummern bestanden habe, ist nach der oben (E. 3.5-3.7) dargelegten Rechtsprechung des Bundesgerichtes unbegründet.

#### **E. 4.5**

Wie im angefochtenen Entscheid mit Recht erwogen wird, fehlt es hier auch nicht an der bundesrechtskonformen Beantragung und richterlichen Genehmigung der fraglichen IMSI-Catcher-Einsätze:

Der Beschwerdeführer räumt zwar ein, dass das Berner ZMG (am 11. August, 9. Oktober und 24. Dezember 2015) die IMSI-Catcher-Einsätze gegen dritte Zielpersonen bewilligt hat. In den ersten Genehmigungen (vom 11. August und 9. Oktober 2015) sei jedoch noch "nicht spezifiziert" worden, dass neben einer Standortüberwachung auch die Ermittlung von Ruf- und Gerätenummern bewilligt werde. Ein analoger Mangel betreffe die vom Aargauer ZMG (gegen ihn als Zielperson) verfügten Catcher-Einsätze. In den drei Genehmigungsentscheiden sei von "technischer Überwachung mittels Einsatzes eines IMSI-Catchers" die Rede bzw. von "Standortidentifikation gemäss Art. 280 lit. c StPO mittels Einsatz eines IMSI-Catchers".

Auch dieser Argumentation des Beschwerdeführers kann nicht gefolgt werden. Da mittels technischer Überwachung des Fernmeldeverkehrs auch die Ermittlung von Ruf- und Gerätenummern (als Verbindungsranddaten) grundsätzlich zulässig ist (Art. 280 f. i.V.m. Art. 273 StPO, vgl. dazu oben, E. 3.7), musste dies in den altrechtlichen richterlichen Bewilligungen nicht noch ausdrücklich "spezifiziert" werden. Eine inhaltliche Überwachung des Fernmeldeverkehrs per Catcher-Einsatz (Art. 280 lit. a i.V.m. Art. 269 ff. StPO) wurde unbestrittenermassen weder verfügt noch durchgeführt. Die Ansicht der Vorinstanz, die fraglichen IMSI-Catcher-Einsätze seien von den zuständigen Gerichten genehmigt worden, hält vor dem Bundesrecht stand.

#### **E. 4.6**

Nach dem Gesagten durften die kantonalen Instanzen die Zufallsfunde gegen den Beschwerdeführer verwenden und (im Rahmen der einschlägigen Vorschriften) grundsätzlich geheime Überwachungen gegen ihn als Zielperson anordnen. Für die bewilligten IMSI-Catcher-Einsätze (sowohl gegen ihn als auch gegen dritte Zielpersonen) bestand eine ausreichende gesetzliche Grundlage.

#### **E. 5**

Der Beschwerdeführer bestreitet zwar noch das Vorliegen eines dringenden Tatverdacht (und die Subsidiarität der Überwachungen) als materielle Voraussetzung für die diversen angefochtenen Massnahmen. Seine Vorbringen erschöpfen sich jedoch in pauschalen Bestreitungen. Im angefochtenen Entscheid werden die betreffenden materiellen Voraussetzungen, bezogen auf die einzelnen Überwachungen, ausführlich dargelegt. Der Beschwerdeführer setzt sich mit den betreffenden Erwägungen der Vorinstanz nicht nachvollziehbar auseinander. Insoweit ist auf die Beschwerde mangels gesetzeskonformer Substanziierung nicht einzutreten ( Art. 42 Abs. 2 Satz 1 BGG ).

#### **E. 6**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird.

Der Beschwerdeführer stellt ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege. Er ist im Strafverfahren amtlich verteidigt und legt seine finanzielle Bedürftigkeit glaubhaft dar. Seine Beschwerde kann auch noch nicht in allen Punkten als zum Vornherein geradezu aussichtslos bezeichnet werden. Da die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, ist das Gesuch zu bewilligen ( Art. 64 BGG ).

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