

# **BStGer BB.2015.3 vom 3. Februar 2015**

Bundesstrafgericht, 2015-02-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger\\_BB.2015.3](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_BB.2015.3)

FR: TPF BB.2015.3 du 3 février 2015

IT: TPF BB.2015.3 del 3 febbraio 2015

## **Regeste**

Ergänzung der Akten; Parteianträge (Art. 318 i.V.m. Art. 394 lit. b e contrario StPO).

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Bundesanwaltschaft kann bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts Beschwerde nach den Vorschriften der Art. 393 ff. StPO erhoben werden (Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO i.V.m. Art. 37 Abs. 1 StBOG). Zur Beschwerde berechtigt ist jede Partei oder jeder andere Verfahrensbeteiligte, welche oder welcher ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheides haben (Art. 382 Abs. 1 StPO; Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBI 2006 S. 1308). Die Beschwerde gegen schriftlich oder mündlich eröffnete Entscheide ist innerhalb zehn Tagen schriftlich und begründet einzureichen (Art. 396 Abs. 1 StPO). Mit ihr gerügt werden können gemäss Art. 393 Abs. 2 StPO Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung (lit. a), die unvollständige oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) sowie die Unangemessenheit (lit. c).

### **E. 1.2**

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen den von der Beschwerdegegnerin erlassenen Beweisergänzungsentscheid vom 19. Dezember 2014 (act. 1.1), soweit damit die Beweisanträge Ziff. 1–3 abgewiesen werden. Im Beweisergänzungsbegehren vom 9. Dezember 2014 hatte der Beschwerdeführer rechtshilfweise Erhebungen in den USA bei Facebook über verschiedene FB-Konten beantragt. Geklärt werden sollte nach dem Beschwerdeführer, bezüglich welcher FB-Konversationen und -Chats der jeweilige Inhaber in welchem Zeitpunkt noch Datenherrschaft ausgeübt hatte bzw. diese Daten noch zugänglich gewesen waren. Insbesondere auch wollte er eruiert haben,

- 4 -

welche Konversationen und Chats zu welchem Zeitpunkt unwiderruflich für den FB-User gelöscht gewesen seien. Mithin liegt ein taugliches Anfechtungsobjekt vor. Der Beschwerdeführer ist Beschuldigter und vom Entscheid in seinen rechtlich geschützten Interessen direkt betroffen und damit zur Beschwerde legitimiert. Im Übrigen ist die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdegegnerin hat im Rahmen des Strafverfahrens gegen den Beschwerdeführer sowie die Mitbeschuldigten B. und C. wegen Unterstützung einer kriminellen Organisation etc. rechtshilfweise in den USA FB-Konten und -daten erheben

lassen. Diese Unterlagen dienen der Beschwerdegegnerin als Beweismittel. Aus dem Zwischenbericht der BKP vom 28. November 2014 (act. 1.2) ergibt sich, dass die Beweisführung der Beschwerdegegnerin mindestens teilweise auf Zuordnung von FB-Konten, den sich darauf befindlichen Inhalten sowie dem Inhalt von Chats zwischen den Beschuldigten und weiteren Personen, welche von der Beschwerdegegnerin dem IS zugeordnet werden, beruht.

### **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer verlangt in seinem Rechtsbegehren im Beschwerdeverfahren, dass die Beschwerdegegnerin rechtshilfweise (zusätzlich) erheben lasse, welche Konversationen und Chats vom Inhaber des jeweils von der Beschwerdegegnerin bezeichneten FB-Kontos noch zugänglich gewesen seien bzw. wo dieser noch Datenherrschaft habe ausüben können und Inhalte nicht bereits gelöscht hätte. Diese ergänzende Beweiserhebung sei deshalb erforderlich, weil nur damit ein Beweisverwertungsverbot für diese Beweismittel geprüft werden könne.

Ein Beweisverwertungsverbot bestehe erstens, weil die Beschwerdegegnerin es unterlassen habe, für diese Erhebung die Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts einzuholen, was gemäss StPO erforderlich sei. Die neuere Strafprozessordnung gehe hier den Bestimmungen des älteren Staatsvertrages mit den USA (Staatsvertrag vom 25. Mai 1973 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen [RVUS; SR 0.351.933.6]) vor.

Zweitens bestehe ein generelles Beweisverwertungsverbot für eine rückwirkende Datenerhebung, selbst wenn sie beim Fernmeldedienstanbieter noch vorhanden seien. Art. 273 StPO sehe nur eine rückwirkende Randdatener-

- 5 -

hebung und überdies nur für sechs Monate vor. Das Beweisergänzungsbegehren begründe sich daraus, dass geklärt werden müsse, ob von der Beschwerdegegnerin Daten erhoben worden seien, die vom FB-Konto bereits gelöscht worden seien und somit nicht mehr hätten erhoben werden dürfen. Damit die Verteidigung das Beweisverwertungsverbot prüfen könne, benötige sie diese Angaben. Erst damit könne sie beantragen, die entsprechenden Chat-Inhalte aus den Akten zu weisen (act. 1).

Die Beschwerdegegnerin stellt sich auf den Standpunkt, die rechtshilfweise Erhebung in den USA richte sich nach dem RVUS und die Frage der Anwendbarkeit der Art. 269 ff. StPO stelle sich damit nicht.

### **E. 3.1**

Gemäss Art. 394 lit. b StPO ist die Beschwerde gegen die Ablehnung von Beweisanträgen durch die Staatsanwaltschaft nicht zulässig, wenn der Antrag ohne Rechtsnachteil vor dem erstinstanzlichen Gericht wiederholt werden kann. Der Beschwerdeführer macht dazu geltend, der Rechtsnachteil liege darin, dass er nach wie vor in Untersuchungshaft sei und die schnellstmögliche Klärung der Beweisfrage hinsichtlich dieser zentralen Beweismittel habe Auswirkungen auf den von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten dringenden Tatverdacht.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Rechtsnachteil gleichbedeutend mit dem nicht wieder gutzumachenden Nachteil i. S. v. Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG (Urteile des

Bundesgerichts 1B\_55/2013 vom 7. März 2013, E. 1.2; 1B\_189/2012 vom 17. August 2012, E. 2.2). Der "Rechtsnachteil" misst sich nach den Ausführungen in Lehre und Rechtsprechung dabei an der Frage, ob der Beweis (mit ausreichender Wahrscheinlichkeit) auch noch im Verfahren vor Gericht erhoben werden kann oder doch wenigstens eine solche Beweisabnahme nicht unverhältnismässig aufwändig und im Hauptverfahren nur unter klar erschwerten Bedingungen möglich ist (z. B. GUIDON, BSK StPO, 2. Aufl., 2014, Art. 394 N. 6 f.; KELLER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 394 N. 3 f.; beide mit Verweis auf die Rechtsprechung). Es geht um den drohenden Beweisverlust (Urteil des Bundesgerichts 1B\_73/2014 vom 21. Mai 2014, E. 2.1; Beschluss des Bundesstrafgerichts BB.2013.14 vom 16. Mai 2013, E. 1.3).

Vorliegend wird vom Beschwerdeführer zwar entgegen der ihm obliegenden Verpflichtung nicht dargetan, inwiefern ein derartiger Rechtsnachteil vorliegen soll. Ob und bis wann solche Daten bei Facebook gespeichert bleiben

- 6 -

und eine spätere Beweisergänzung im Gerichtsverfahren noch tatsächlich möglich ist, entzieht sich den Kenntnissen des Gerichts. Denkbar ist, dass auch bei Facebook ab einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr auf alle früher einmal gespeicherte Daten zurückgegriffen werden kann und dann dieser Beweis nicht mehr abgenommen werden könnte. Ob darüber hinaus der nicht wieder gutzumachenden Nachteil – Voraussetzungen für das Eintreten auf eine Beschwerde gegen abgelehnte Beweisanträge – unter Umständen auch in der auf das Beweismittel abgestellten Begründung eines dringenden Tatverdachts für fortbestehende Untersuchungshaft liegen könnte, wie dies der Beschwerdeführer postuliert, braucht hier nicht entschieden zu werden. Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, ist die Beschwerde nämlich ohnehin abzuweisen.

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer begründet die Beschwerde und sein Beweisergänzungsbegehren mit der Argumentation, dessen Abnahme würde die von ihm geltend gemachte Unverwertbarkeit der erhobenen FB-Konten und -Chats klären. Die Relevanz des Beweisergänzungsbegehrens hängt damit von der Frage der Unverwertbarkeit im Sinne von Art. 277 StPO ab, welche verlangt, dass Dokumente und Datenträger aus nicht-genehmigten Überwachungen sofort zu vernichten sind und die durch die Überwachung gewonnenen Erkenntnisse nicht verwertet werden dürfen.

### **E. 3.3**

Die Prüfung der Unverwertbarkeit von Beweismitteln, sei dies nun unter Art. 141 StPO oder unter einer anderen Bestimmung der StPO, welche die Verwertbarkeit von Beweismitteln thematisieren, ist eine Frage der Prüfungsdichte oder Prüfungsintensität im Beschwerdeverfahren. Sie ist nicht mit der Kognition zu verwechseln oder gleichzustellen, was entscheidend ist, wenn sich die Beschwerdeinstanz bei der Überprüfung Zurückhaltung auferlegt: Wo die Beschwerdeinstanz nämlich nicht die gleiche spezielle Sachkenntnis hat, muss ihr zugebilligt werden, nicht ohne Not von der Auffassung der Vorinstanz abzuweichen und ihr eigenes Ermessen anstelle des Ermessens der Vorinstanz (ausgenommen des erstinstanzlichen Strafgerichts) zu setzen (GUIDON, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Berner Diss., Zürich/St. Gallen 2011, N. 548 ff.). Es kann nicht Sinn und Zweck des Beschwerdeverfahrens sein, eine weitgehende

Vorentscheidung über jene Fragen herbeizuführen, welche vom Sachrichter (definitiv) zu entscheiden sind. Anders zu entscheiden würde bedeuten, in der Schlussphase von Ermittlungen aufgrund des praktisch vollständigen Prozessstoffs, eine dem Sachrichterentscheid vergleichbare weitgehende Überprüfung der Tat- und Rechtsfragen vorzunehmen, was zu einer sachlich und funktional nicht vertretbaren Vorentscheidung führen würde (GUIDON, a.a.O., N. 552 mit Hinweis; Beschluss des Bundesstrafgerichts BB.2011.35 vom

- 7 -

## E. 6

Dezember 2012, E. 3.4; 1B\_179/2012 vom 13. April 2012, E. 2.4; bestätigt in 1B\_334/2014 vom 24. Oktober 2014, E. 5.2). Daraus ist zu folgern, dass eine diese Fragestellung thematisierende Beschwerde nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden kann. In der Sache selbst (Prüfungsdichte) muss hingegen gelten, dass die Frage der Verwertbarkeit nach Art. 140 f. StPO mit Zurückhaltung zu prüfen und eine solche nur in völlig klaren Fällen zu verneinen ist. Im Vorverfahren gilt nämlich anders als im Verfahren vor dem Sachrichter der Grundsatz in dubio pro duriore (BGE 138 IV 86 E. 4.1.1; 137 IV 219 E. 7.1, 7.2). Daraus ist als Ergebnis abzuleiten, dass Beweismaterial nur bei völlig eindeutiger Unverwertbarkeit im Sinne des Art. 141 Abs. 5 StPO auf dem Beschwerdeweg aus den Akten und damit aus der Verfügungsgewalt der Staatsanwaltschaft als untersuchender Behörde entfernt werden soll (TPF 2013 72 E. 2.1 und 2.2; Beschluss des Bundesstrafgerichts BV.2014.24 vom 2. Oktober 2014, E. 6.3.2; vgl. KELLER, a.a.O., Art. 393 StPO N. 41).

4. Der Beschwerdeführer begründet die mögliche Unverwertbarkeit der Erhebungen bei Facebook mit den Bestimmungen der Art. 269 ff., insbesondere Art. 273 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 StPO. Die Schweizer Strafverfolgungsbehörden müssten auch bei rechtshilfeweisen Erhebungen nach diesen Vorschriften vorgehen, insbesondere dürfe nicht mehr erhoben werden als was nach den Bestimmungen der StPO zulässig sei. Diese Argumentation überzeugt nicht.

- 8 -

4.1 Vorab kann offen bleiben, ob FB-Aufzeichnungen, wären sie in der Schweiz gespeichert, überhaupt dem Fernmeldegeheimnis unterstehen, da Facebook kein "Anbieter von Fernmeldedienstleistungen" ist; er ist nicht mit fernmeldedienstlichen Aufgaben "betraut" (BGE 136 II 508 E. 3.1). Bejahte man dies trotzdem, so deshalb weil eine Ähnlichkeit insofern mit den Fernmeldedienstleistern besteht, als auch über ein solches Medium Informationen vergleichbar mit E-Mails oder SMS ausgetauscht werden können. Dieser Verkehr ist auch nicht zwingend öffentlich. Vielmehr kann der Zugang durch den Kontoinhaber eingeschränkt werden, so dass nur eine kleine, ausgewählte Gruppe von Personen Zugang erhält.

4.2 Entscheidend ist vorliegend einzig, dass die Erhebung der FB-Aufzeichnungen im vorliegenden Fall nicht in der Schweiz, sondern auf dem Rechtshilfegeweg im Ausland erfolgte. Gemäss dem dabei massgeblichen Art. 4 Abs. 1 RVUS sind nur die Zwangsmassnahmen im ersuchten Staat zulässig, die sein Recht für Ermittlungs- und Gerichtsverfahren wegen einer seiner Gerichtsbarkeit unterworfenen Handlung vorsieht. Der Entscheid über die nachgesuchte Zwangsmassnahme erfolgt gemäss Art. 4 Abs. 4 RVUS nur aufgrund des eigenen Rechts des ersuchten Staates. Mithin werden auf

Rechtshilfeersuchen der Schweiz an die USA von diesen nur solche Massnahmen vorgenommen, die in den USA zulässig sind. Das gilt mindestens prima vista auch für die Frage, in welchem zeitlichen Umfang welche Art von Informationen (Inhalt oder bloss Randdaten) erhoben werden dürfen. Ersuchen werden sodann gemäss Art. 9 Abs.1 RVUS nach den Vorschriften ausgeführt, die für Ermittlungen oder Verfahren im ersuchten Staat anzuwenden sind, mithin wiederum nach dem Recht der USA. Wenn die USA solche Erhebung nach ihrem landesinternen Verfahrensrecht durchführen, bestimmen sich Zuständigkeit und formelle Voraussetzungen ausschliesslich nach US-Recht. Damit ist bereits klaggestellt, dass das Fehlen einer Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht irrelevant war. Es kann auch nicht davon gesprochen werden, der Weg über die Rechtshilfe über die USA sei eine Umgehung (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 6B\_805/2011 vom 12. Juli 2012, E. 2.3, 2.4), liegen doch die zwei FB-Server in den USA und ein weiterer in einem europäischen Land, jedenfalls nicht in der Schweiz (gemäss Wikipedia). Der richterliche Genehmigungsvorbehalt ist eine Verfahrensregel der Schweiz, andere Staaten können dies anders regeln. Im Schweizer Recht (IRSG/StPO) finden sich zudem keine Vorschriften, wonach für ein Gesuch um geheime Massnahmen an einen ausländischen Staat eine Genehmigung des Schweizer Zwangsmassnahmengerichts einzuholen ist. Es gibt keinen Anhaltspunkt und wird vom Beschwerdeführer auch nicht behauptet, dass die Erhebungen an sich und in ihrem Umfang

- 9 -

sowie bezüglich der Verfahrensvorschriften nicht dem Recht der USA entsprochen haben. Aus dem Umstand, dass die USA diese Rechtshilfe ohne Weiteres gewährt haben, ist vielmehr davon auszugehen, dass diese dort zulässig war. Nachdem der Beschwerdeführer mit keinem Wort dargetan hat, dass die Beweiserhebungen zu Facebook in den USA gegen geltendes US-Recht verstossen soll, spricht im heutigen Zeitpunkt nichts dafür, dass die fraglichen Erhebungen einem (zudem nur potentiellen) Beweiserhebungsverbot unterliegen.

Das Beweiserfüllungsbegehren erweist sich damit für die vom Beschwerdeführer aufgeworfenen Beweisfrage als unbegründet. Im Übrigen argumentiert der Beschwerdeführer (zu Recht) nicht damit, eine allfällig später nicht mehr mögliche Beweiserhebung zur Frage, wann welche Inhalte auf welchen Konten sichtbar gewesen sind, würde ihn in der Beweiswürdigung treffen. Nicht er, sondern die Beschwerdegegnerin, welche u. a. mit den FB-Kontakten die mutmasslich strafbare Verhalten zu beweisen trachtet, trägt die Beweislast dafür, wer wann was auf welchen FB-Konten gelesen und geschrieben hat. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

5.

5.1 Die unentgeltliche Rechtspflege für die beschuldigte Person beschränkt sich auf die Beiordnung einer amtlichen Verteidigung bei Prozessarmut (Urteil des Bundesgerichts 6B\_758/2013 vom 11. November 2013, E. 3.2).

5.2 Der Beschwerdeführer verweist auf seine Mittellosigkeit und beantragt die amtliche Verteidigung (act. 1 S. 2, 8). Um die amtliche Verteidigung zu gewähren, wird indes neben der Mittellosigkeit auch vorausgesetzt, dass das Verfahren nicht aussichtslos sei (vgl. statt vieler den Beschluss des Bundesstrafgerichts BH.2014.2 vom 29. April 2014, E. 9.1). Vorliegend war die Beschwerde aufgrund der klaren Rechtslage hinsichtlich Anwendbarkeit des RVUS anstelle der Bestimmungen von Art. 269 ff. StPO für die

FB-Erhebun- gen, der nach der publizierten Rechtsprechung (TPF 2013 72 E. 2.1, 2.2) bekannten Zurückhaltung der Beschwerdekammer bei der Beurteilung von Beweisverwertungsverböten und des nach bisheriger Praxis nicht anzuneh- menden nicht wieder gutzumachenden Nachteils, aussichtslos. Damit ist für das Beschwerdeverfahren die amtliche Verteidigung aufgrund Aussichtslo- sigkeit abzuweisen.

5.3 Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die Gerichts- kosten zu tragen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die aufgrund seiner wahrscheinli- chen Bedürftigkeit reduzierte Gerichtsgebühr ist auf Fr. 1'000.-- festzusetzen

- 10 -

(Art. 73 StBOG i. V. m. Art. 5 und 8 Abs. 1 des Reglements des Bundesstraf- gerichts vom 31. August 2010 über die Kosten, Gebühren und Entschädi- gungen in Bundesstrafverfahren [BStKR; SR 173.713.162]).

- 11 -

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