

# **OW\_GERICHTE AbR 1990/91 Nr. 39 vom 26. November 2015**

OW Obergericht, 2015-11-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow\\_gerichte\\_AbR\\_1990\\_91 Nr. 39](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_1990_91_Nr_39)

FR: OW\_GERICHTE AbR 1990/91 Nr. 39 du 26 novembre 2015

IT: OW\_GERICHTE AbR 1990/91 Nr. 39 del 26 novembre 2015

## **Regeste**

AbR 1990/91 Nr. 39, S. 126: Art. 36 Abs. 4 BV; Art. 179octies und 400bis StGB; Art. 85 OW-StPO Telefonüberwachung. Obwalden kennt die Telefonüberwachung nur im Rahmen prozessualer Ermittlungen, nicht aber als präventivpolizeiliche Massnahm

## **Erwägungen**

### **E. 1**

a) Gemäss Art. 36 Abs. 4 BV ist die Unverletzlichkeit des Post- und Telegrafengeheimnisses gewährleistet (vgl. BGE 115 IV 70 E. 2). Zusätzlichen Schutz hat das Grundrecht durch das StGB erfahren, das die Verletzung des Brief- und Telefongheimnisses unter Strafe stellt (Art. 179 - 179septies). Gemäss Art. 179octies Abs. 1 StGB ist indessen nicht strafbar, wer in Ausübung ausdrücklicher, gesetzlicher Befugnis die amtliche Überwachung des Post-, Telefon- oder Telegrafverkehrs einer Person anordnet oder technische Überwachungsgeräte (Art. 179bis ff.) einsetzt, wenn er unverzüglich die Genehmigung des zuständigen Richters einholt. Die Genehmigung kann erteilt werden zur Verfolgung oder Verhütung eines Verbrechens oder eines Vergehens, dessen Schwere oder Eigenart den Eingriff rechtfertigt, oder einer mit Hilfe des Telefons begangenen Straftat (Abs. 2). b) Der Kanton Obwalden hat in Art. 85 StPO die gesetzliche Grundlage zur amtlichen Überwachung des Post-, Telefon- und Telegrafverkehrs geschaffen. Danach kann der Verhörerichter eine Überwachung anordnen, wenn a) ein Verbrechen oder Vergehen, dessen Schwere oder Eigenart den Eingriff rechtfertigt, oder eine mit Hilfe des Telefons begangene Straftat verfolgt wird und b) bestimmte Tatsachen die zu überwachende Person als Täter oder Teilnehmer verdächtig machen und c) die notwendigen Ermittlungen ohne die Überwachung wesentlich erschwert würden oder andere Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sind. Grundsätzlich ist zu unterscheiden zwischen Überwachungsmassnahmen im Rahmen prozessualer Ermittlungen und präventivpolizeilichen Massnahmen. Während der Bundesstrafprozess beide Möglichkeiten vorsieht, indem einerseits Art. 66 den Untersuchungsrichter zur Anordnung der Massnahmen im Rahmen prozessualer Ermittlungen ermächtigt und andererseits Art. 72 die Bundesanwaltschaft ermächtigt, vor Einleitung der Voruntersuchung und namentlich auch zur Verhinderung einer strafbaren Handlung solche Massnahmen zu verfügen, sieht Art. 85 OW-StPO die amtliche Überwachung im Sinne einer präventivpolizeilichen Massnahme nicht vor. c) Die in einem obiter dictum vertretene Auffassung des Bundesgerichtes, dass die Auslegung des praktisch gleich lautenden Art. 171b BE-StPO auch als ausreichende gesetzliche Grundlage für präventive Massnahmen haltbar wäre, sofern es Schwere oder Eigenart des befürchteten Deliktes den Eingriff rechtfertigten (BGE 112 Ia 20 f. E. c), vermag nicht zu überzeugen (vgl. zur Problematik der Gleichschaltung prozessualer und polizeilicher Kompetenzen Detlef Krauss, Zur Reform der

baselstädtischen Strafprozessordnung, in Festschrift für Kurt Eichenberger, Basel 1982, 769). Art. 179 octies Abs. 2 StGB spricht von Massnahmen "zur Verfolgung oder Verhütung eines Verbrechens oder Vergehens" und Art. 400bis StGB differenzierte klar zwischen prozessualen und präventiven Massnahmen: Einerseits ermächtigte Ziff. 2 Abs. 1 die Kantone im Sinne einer befristeten Übergangsregelung, Überwachungsmassnahmen im Sinne von Art. 179 octies unter den Voraussetzungen von Art. 66 BStP anzuordnen, an welche Bestimmung sich sowohl Art. 171b BE-StPO wie auch An. 85 OW-StPO anlehnen und die als Voraussetzung verlangt, dass ein "Verbrechen oder Vergehen ... verfolgt wird", und sich somit klar auf begangene Delikte bezieht, die Gegenstand prozessualer Ermittlungen bilden. Andererseits ermächtigte Ziff. 2 Abs. 2 - ebenfalls als zeitlich begrenzte Übergangsregelung - die kantonalen Polizeidirektoren zur präventiven Anordnung der Massnahmen. Die Kompetenznormen von Art. 400bis Ziff. 2 StGB galten indessen nur bis zum 1. Oktober 1982 und es war dann Sache der Kantone zu entscheiden, ob und in welchem Umfange sie legiferieren wollten, wobei sie diesbezüglich frei waren (Martin Schubarth, Kommentar zum StGB, Bern 1984, N. 5 zu Art. 179 octies und 400bis). Wenn nun ein Kanton bei dieser Ausgangslage sich darauf beschränkte, eine Norm nach Massgabe von Art. 66 BStP zu schaffen, so hat er damit die Anordnung von Überwachungsmassnahmen offensichtlich auf Delikte, die Gegenstand von prozessualen Ermittlungen bilden, also begangene Delikte, beschränkt und auf den präventiven Einsatz solcher Massnahmen verzichtet. Nichts anderes ergibt sich aus den Materialien zur StPO-Novelle vom 23. September 1982. d) Was die hier zur Debatte stehenden vermuteten Zuwiderhandlungen gegen das BetmG betrifft, gilt es allerdings zu beachten, dass gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG bereits eine Zuwiderhandlung begeht, wer Anstalten trifft, um sich irgendwie an Handel, Transport oder Lagerung von Betäubungsmitteln zu beteiligen (vgl. diesbezüglich BGE 112 Ia 20 f. E. c).

### **E. 3**

a) Art. 85 Abs. 2 StPO sieht nun vor, dass auch Drittpersonen überwacht werden können, wenn die Voraussetzungen bei einer Person erfüllt sind und angenommen werden muss, dass sie für diese Person Mitteilungen entgegennehmen oder weitergeben oder dass diese deren Telefonanschluss benützt. Aufgrund der Möglichkeit, unter gewissen Voraussetzungen den Telefonanschluss von Drittpersonen zu überwachen, erachtet die Praxis grundsätzlich auch die Überwachung öffentlicher Sprechstationen oder öffentlich zugänglicher Sprechstationen in Restaurants als zulässig (ZBJV 1986, 32; Niklaus Oberholzer, Grundzüge des st. gallischen Strafprozessrechts, St. Gallen 1988, 220 f.). Besonders heikel ist die Überwachung öffentlich zugänglicher Sprechstationen deshalb, weil durch die Massnahme Drittpersonen, welche weder verdächtig sind noch mit dem Verdächtigen telefonieren, dadurch unmittelbar betroffen werden können (vgl. dazu Peter Noll, Methoden von Überwachung verdächtiger Personen, ZStR 1975, 68 f. Jörg Paul Müller/Stefan Müller, Grundrechte Besonderer Teil, Bern 1985, 40f.). Es ist daher ein besonderes Augenmerk auf die Verhältnismässigkeit und damit die Güterabwägung zwischen dem Anspruch Unbeteiligter auf die Wahrung des grundrechtlich geschützten Telefongeheimnisses und der Legitimität des Zwecks zu richten. Ergibt sich ein qualifiziertes Missverhältnis zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung zuungunsten Betroffener, ist die Massnahme unverhältnismässig (Ulrich Zimmern, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, Basel 1978, 16 f.). Die bernische Anklagekammer erwog in diesem Zusammenhang, dass das Telefongeheimnis von Drittpersonen dann nicht verletzt werde, wenn die Gespräche von Benützern öffentlicher

Sprechstationen, die mit der Strafsache bzw. dem Verdächtigen nichts zu tun haben, dem Untersuchungsrichter nicht gemeldet werden (ZBJV 1986, 32). Dies trifft zu, setzt aber nicht nur voraus, dass konkret Verdächtige namhaft gemacht werden, sondern auch, dass die PTT einem solchen selektiven Überwachungsauftrag überhaupt nachkommen kann, was bei einer häufig frequentierten Sprechstation und einer längere Zeit andauernden Überwachung kaum der Fall sein dürfte. b) Die Polizei vermutet aufgrund der Tatsache, dass zahlreiche, das Restaurant X. frequentierende Gäste als der Drogenszene zugehörig bekannt sind, dass dort auch Drogenhandel getätigt werde und Drogengeschäfte auch über den dortigen Münzautomaten abgewickelt würden und dass sich aus Gesprächen Hinweise auf Zuwiderhandlungen gegen das BetmG ergeben könnten. Aus den Akten ergibt sich ausser allgemeinen Feststellungen nicht, wer, der zudem konkret eines Verbrechens oder Vergehens verdächtigt würde, den Münzautomaten benützt haben soll. Aufgrund der "flächendeckenden" Überwachungsanordnung ist es auch gar nicht möglich, das Telefongeheimnis Unbeteiligter angemessen zu wahren. Soll unter solchen Umständen die Überwachung sämtlicher über eine öffentlich zugängliche Sprechstation laufender Gespräche verhältnismässig und damit verfassungsmässig sein, bedarf es konkreter, auf bestimmte Personen hinweisender Verdachtsmomente oder aber - im Fall unbekannter Täterschaft - konkreter Hinweise auf ein Verbrechen oder Vergehen. Dies ist vorliegend aber nicht der Fall. Die Akten liefern auch keine Anhaltspunkte, die einen konkreten Verdacht hinsichtlich auf Handel, Transport oder Lagerung von Betäubungsmitteln gerichteter Anstalten begründeten. Unter diesen Umständen wäre aber die Anordnung der Überwachung unverhältnismässig und verfassungswidrig. Der ganz allgemeine Verdacht, dass Personen, die der Drogenszene zugerechnet werden, zwangsläufig mehr oder weniger häufig mit dem BetmG in Konflikt geraten dürften und dass sich durch Telefonate solcher Personen vielleicht Hinweise auf begangene oder bevorstehende Zuwiderhandlungen gegen das BetmG ergeben könnten, rechtfertigt die Überwachung einer öffentlich zugänglichen Sprechstation nicht. Die Überwachung darf insbesondere nicht dazu dienen, einen konkreten Verdacht erst zu begründen (Amtl. Bull. NR 1977, 470). Schliesslich gilt es auch zu bedenken, dass solchen Überwachungsmaßnahmen, soweit sie losgelöst von konkreten prozessualen Ermittlungsverfahren angeordnet werden, präventivpolizeilicher Charakter zukommt, wofür aber die StPO, wie schon eingangs vermerkt, keine gesetzliche Grundlage enthält. Abgesehen davon bedürfte aber auch der präventive Einsatz solcher Massnahmen das Vorliegen bestimmter Umstände, die auf eine Vorbereitung eines Verbrechens oder Vergehens schliessen lassen (siehe vergleichsweise Art. 72 Abs. 2 BStP). Die Anordnung des Verhörrichters vom 6. Dezember 1990 kann nicht genehmigt werden. (Publiziert in der SJZ 1992, 11, Nr. 3) del fr | it Schlagworte person verbrechen vergehen verdacht restaurant polizei kanton telefon verhältnismässigkeit grundrecht rahm umstände obwalden untersuchungsrichter strafuntersuchung Mehr Deskriptoren anzeigen Normen Bund BV: Art.36 StGB: Art.179 Art.179octies Art.179septies Art.400bis StPO: Art.85 Art.85a BetmG: Art.19 SJZ 1992 S.11 Leitentscheide BGE 112-IA-18 S.20 115-IV-67 S.70 AbR 1990/91 Nr. 39

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