

Dokument	ZStrR 141/2023 S. 470
Autor	Wolfgang Wohlers
Titel	Elena Biaggini, Verwertbarkeit verdachtsbegründender Informationen aus Fernmeldeüberwachungen im Strafverfahren

ZStrR 141/2023 S. 470

Literatur

Elena Biaggini, *Verwertbarkeit verdachtsbegründender Informationen aus Fernmeldeüberwachungen im Strafverfahren*, (Zürcher Studien zum Strafrecht, Band 115), Zürich 2022, 292 Seiten, Schulthess Juristische Medien, ISBN 978-3-7255-9717-8

Angesichts dessen, dass das Ziel des Strafverfahrens darin besteht, die Berechtigung eines Straftatverdachts abzuklären, ist es aus psychologischer Sicht gut nachvollziehbar, dass Strafbehörden dahin tendieren, möglichst alle Erkenntnisquellen zu nutzen, die ihnen faktisch zur Verfügung stehen. Andererseits ist aber auch zu berücksichtigen, dass nicht nur der zwangsweise Zugriff auf personenbezogene Informationen, sondern auch deren Verwendung grundrechtlich relevante Eingriffe darstellen – und dies unabhängig davon, ob es um die Begründung eines Anfangsverdachts, die Verwendung als Ansatz für weitere Ermittlungen oder die Verwertung als Beweismittel geht. Vor diesem Hintergrund kann die Verwendung (und Verwertung) von personenbezogenen Informationen im Strafverfahren weder allein damit begründet werden, dass man über diese verfügt, noch reicht es aus, dass kein Verwertungsverbot eingreift. Wie Elena Biaggini in ihrer von Sarah Summers betreuten und von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich im Frühjahrssemester 2022 als Dissertation abgenommenen Abhandlung immer wieder – und vollkommen zu Recht – betont, bedarf die Verwendung personenbezogener Informationen allein schon aufgrund der zu konstatierenden Grundrechtsrelevanz einer gesetzlichen Grundlage (vgl. z.B. N 10 und passim).

In der Vergangenheit ist vornehmlich über die Frage diskutiert worden, unter welchen Voraussetzungen das Nichteinhalten der in der [StPO](#) kodifizierten Verfahrensformen die Verwertbarkeit prozessordnungswidrig gewonnener Erkenntnisse infrage stellt. Diese Problematik hat mit dem Inkrafttreten der Schweizerischen [StPO](#) eine Regelung in [Art. 141 StPO](#) gefunden. Die von [Art. 141 StPO](#) nicht erfassten Fälle, in denen Private beweisrelevante Informationen gewonnen und diese den Strafbehörden zur Verfügung gestellt haben, hat in den letzten Jahren eine von der Rechtsprechung entwickelte Lösung gefunden, die im Schrifttum weitgehend auf Zustimmung gestossen ist und diese Problematik damit für die Strafrechtspraxis gelöst hat. In jüngerer Zeit sind nun aber zunehmend Fallgestaltungen in den Fokus getreten, in denen den Strafbehörden ermittlungs- bzw. beweisrelevante Informationen nicht von Privaten, sondern von anderen staatlichen Stellen zur Verfügung gestellt werden. Die Rechtsprechung scheint sich diesbezüglich auf den Standpunkt stellen zu wollen, dass die Verwertbarkeit der so erlangten Informationen über eine analoge Anwendung des [Art. 141 StPO](#) zu beurteilen sei. In der Literatur finden sich einige wenige, eher kurze Stellungnahmen, die durchaus unterschiedliche Ansätze verfolgen und die eine in sich gefestigte herrschende Mei-

ZStrR 141/2023 S. 470, 471

nung nicht erkennen lassen (vgl. hierzu die konzise Darstellung des Meinungsstands bei N 278 ff.). Vor diesem Hintergrund ist es sehr verdienstvoll, dass die Verfasserin die Thematik monografisch aufarbeitet. Ziel ihrer Abhandlung ist es, «ausgehend von den bestehenden Ansätzen in Rechtsprechung und Doktrin ein übergreifendes Verwertbarkeitskonzept für verdachtsbegründend wirkende Informationen als Beweismittel im Strafverfahren zu erarbeiten» (N 10).

Die Abhandlung ist – abgesehen von der Einleitung, in der die Problemstellung entfaltet wird (N 1 ff.), und der Schlussbetrachtung (N 573 ff.) – in vier grössere Teile gegliedert. Im ersten Teil entfaltet und belegt die Verfasserin zunächst die These der Erosion des klassischen Paradigmas der (tat-)verdachtsgesteuerten Beweiserhebung, wobei sie konkret auf die im Rahmen der Fernmeldeüberwachung in Kauf genommene Generierung von Zufallsfunden sowie auf die Übernahme von Erkenntnissen verweist, die von Nachrichtendiensten oder von Polizeibehörden im Rahmen von deren präventiv-polizeilicher Tätigkeit gewonnen worden sind (N 15 ff.). Hieran anschliessend legt die Verfasserin dar, dass die Informationsverarbeitung im Strafverfahren als Grundrechtseingriff zu qualifizieren ist und deshalb auf gesetzlicher Grundlage zu erfolgen hat (N 30 ff.). Im zweiten Teil greift die Verfasserin beispielhaft die Informationserhebungsvorgänge im Rahmen der Überwachung des Fernmeldeverkehrs heraus (N 74 ff.), wobei sie als Besonderheit der Fernmeldeüberwachung die Dauer und die Streubreite der insoweit zur Anwendung kommenden Massnahmen herausarbeitet und aufzeigt, dass die Randdatenerhebung der Sache nach Rasterfahndungen ermöglicht. Im dritten Teil greift die Verfasserin die im ersten Teil entwickelte These des Strukturwandels im Beweisrecht wieder auf und belegt die Tendenz hin zur verdachtsbegründenden Informationserhebung an drei Beispielen: an den im Zuge der Überwachung des Fernmeldeverkehrs anfallenden Zufallsfunden (N 132 ff.), an dem als Massnahme zur Begründung eines personenbezogenen Verdachts dienenden Antennensuchlauf (N 169 ff.), für den es an einer gesetzlichen Grundlage fehlt und bezüglich dessen sich das Bundesgericht als Ersatzgesetzgeber betätigt hat (N 206 ff.), und schliesslich an der Verwendung von Erkenntnissen, die Nachrichtendienste im Vorfeld des Entstehens eines strafprozessual relevanten Anfangsverdachts und teilweise mit Mitteln gewonnen haben, die den Strafbehörden nicht zur Verfügung stehen, wie z.B. die Funk- und Kabelaufklärung gemäss [Art. 38 ff. NDG](#) (N 247 ff.).

Mit den ersten drei Teilen hat die Verfasserin das Feld bereitet, um sodann im vierten Teil, bei dem es sich um das eigentliche Herzstück der Abhandlung handelt, eine Neukonzeption zur Verwertbarkeit verdachtsbegründender Informationen zu entwickeln (N 312 ff.). Die Verfasserin geht hierzu in drei Schritten vor: Sie arbeitet die konventions- und verfassungsrechtlichen Vorgaben heraus (N 315 ff.), sie entwickelt die Kriterien, anhand derer die Verwendbarkeit der infrage stehenden Informationen beurteilt werden soll (N 376 ff.), und sie zeigt an den zwei Bei-

ZStrR 141/2023 S. 470, 472

spielen des Antennensuchlaufs und der durch Nachrichtendienste generierten Erkenntnisse auf, wie sich dieses Konzept konkret auswirkt (N 467 ff.).

Die Analyse der konventions- und verfassungsrechtlichen Vorgaben ergibt, dass der aus dem Fehlen gesetzlicher Grundlagen resultierende Verstoss gegen [Art. 8 EMRK](#) entgegen der h.M. zu einem Verwertungsverbot führen muss, denn bei Informationseingriffen, die ohne gesetzliche Grundlage erfolgen, erscheine – so Biaggini im Anschluss an eine sorgfältige und überzeugende Analyse – «die Fairness des Verfahrens bereits ab initio derart erschüttert, dass von einer grundsätzlichen Unverwertbarkeit des Beweismittels ausgegangen werden sollte» (N 351). Dieser Standpunkt, der ersichtlich nicht der herrschenden Meinung entspricht, verdient Beachtung und sollte Anlass sein, die verbreitet vertretene These, nach der sich (fast) keine Verwertungsverbote aus der [EMRK](#) ableiten lassen, nochmals auf den Prüfstand zu stellen.

Eine zweite, nicht weniger wichtige Erkenntnis betrifft die Mindestanforderungen, denen der Gesetzgeber aus verfassungsrechtlichen Gründen bei der Ausgestaltung der Normen zu genügen hat, die einen Zugriff auf Informationen ermöglichen, wobei hier das Erfordernis hinreichend bestimmter Rechtsgrundlagen unter anderem auch die Notwendigkeit umfasst, den Verwendungszweck zu konkretisieren (N 363 ff., 370). Insgesamt lässt sich – so die Verfasserin – «die Notwendigkeit positivrechtlicher Verwendungsregeln für sämtliche Informationsverarbeitungsvorgänge im Strafverfahren ableiten, welche sich an den Vorgaben von [Art. 13 Abs. 2 BV](#) zu bemessen haben» (N 375).

Das von Biaggini propagierte Konzept zur Beurteilung der Verwertbarkeit verdachtsbegründender Informationen baut auf der im ersten Teil der Abhandlung entwickelten Erkenntnis auf, dass eine Zweckänderung einen Grundrechtseingriff darstellt, der als solcher einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Um zu gewährleisten, dass der Gesetzgeber durch eine inflationäre Schaffung von Zweckumwidmungsnormen den Zweckbindungsgrundsatz aushöhlt und im Ergebnis die im Strafprozessrecht kodifizierten Grenzen der Beweiserhebung umgeht, bedarf es eines Kriteriums, das zu gewährleisten vermag, «dass neue Verwendungszwecke durch das Einführen neuer Zweckumwidmungsnormen jedenfalls nicht beliebig geschaffen werden können» (N 399). Insoweit kommt es nach Biaggini entscheidend darauf an, ob die Strafbehörden abstrakt gesehen die Möglichkeit gehabt hätten, selbst legal auf die infrage stehenden Erkenntnisse zuzugreifen (hypothetischer Ersatzeingriff, vgl. N 395 ff.), was zu verneinen ist, wenn es – wie z.B. beim nachrichtendienstlich möglichen Zugriff im Rahmen der Funk- oder Kabelaufklärung – an einem vergleichbaren strafprozessualen Instrument fehlt und/oder der Zugriff als strafprozessuales Instrument gegen [Art. 140 StPO](#) verstossen würde (vgl. zusammenfassend N 424). Ein Verwendungsverbot ist damit im

Ergebnis dann anzunehmen, wenn es entweder an einer Zweckumwidmungsnorm gänzlich fehlt (vgl. N 442 ff.) oder die Voraussetzungen, unter denen die Zweckumwidmungsnorm die Verwendung im Strafverfahren zulässt, nicht erfüllt sind (vgl. N 448 ff.). Sind die infrage stehenden Normen nicht rechtmässig, sondern rechtswidrig gewonnen worden, soll es auf eine Interessenabwägung ankommen (N 457), die jedenfalls «für den Fall einer bewussten und missbräuchlichen Umgehung der Erhebungsvorschriften im Sinne einer Beweisausforschung [...] zwingend zur Annahme der absoluten Unverwertbarkeit führen muss» (N 458).

ZStrR 141/2023 S. 470, 473

norm die Verwendung im Strafverfahren zulässt, nicht erfüllt sind (vgl. N 448 ff.). Sind die infrage stehenden Normen nicht rechtmässig, sondern rechtswidrig gewonnen worden, soll es auf eine Interessenabwägung ankommen (N 457), die jedenfalls «für den Fall einer bewussten und missbräuchlichen Umgehung der Erhebungsvorschriften im Sinne einer Beweisausforschung [...] zwingend zur Annahme der absoluten Unverwertbarkeit führen muss» (N 458).

Im Rahmen der die Abhandlung abschliessenden, beispielhaften Anwendung des erarbeiteten Konzepts auf konkrete Fallgestaltungen zeigt die Verfasserin im Hinblick auf den Antennensuchlauf die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage auf und setzt sich im Anschluss an die Feststellung, dass diese de lege lata nicht vorhanden ist, im Einzelnen mit der Frage auseinander, welchen Anforderungen diese de lege ferenda zu genügen hätte (N 470 ff.). Bezogen auf das zweite Beispiel der durch Nachrichtendienste gewonnenen Erkenntnisse geht es vor allem darum, welchen Anforderungen eine Zweckumwidmungsnorm genügen muss, wobei die Verfasserin aufzeigt, dass [Art. 60 Abs. 3 NDG](#) in seiner derzeit geltenden Fassung den Anforderungen nicht zu genügen vermag (vgl. N 523 ff.).

Die Verfasserin hat eine Abhandlung vorgelegt, die aus mehreren Gründen sehr zu loben ist: Sie behandelt ein Problemfeld, das nicht nur praktisch höchst bedeutsam, sondern auch rechtlich höchst diffizil ist. Das von der Verfasserin entwickelte Konzept wird sicherlich nicht auf ungeteilte Zustimmung stossen, die Abhandlung setzt aber Massstäbe, die in der weiteren Diskussion zwingend zu beachten sind und mit denen sich auch der Gesetzgeber auseinandersetzen sollte, wenn er sich – was auch aus der Sicht des Rezensenten unvermeidlich ist – der Frage zuwendet, wo und wie die zweckändernde Verwendung anderweitig generierter Erkenntnisse zu Zwecken der Strafverfolgung zulässig sein soll. Gerade deswegen, weil die von der Verfasserin – zu Recht! – nicht gerade tief gesetzten Hürden sicherlich auf Widerstand treffen werden, wäre es aus Sicht des Rezensenten zu begrüssen gewesen, wenn die Verfasserin ihren Standpunkt, dass die Berücksichtigungsfähigkeit des hypothetischen Ersatzeingriffs «aus dem Umgehungsverbot strafprozessualer Schranken der Beweissammlung abgeleitet werden [könne], welches sich seinerseits zumindest mittelbar im Grundsatz der Formstrenge nach [Art. 2 Abs. 2 StPO](#) sowie [Art. 139 Abs. 1 StPO](#) verankern lässt» (N 400; vgl. auch N 441), etwas tiefer gehend begründet hätte.

Der von der Verfasserin propagierten Interessenabwägung in den Fällen, in denen die ursprüngliche Erhebung der Informationen rechtswidrig erfolgt ist, könnte man aus Sicht des Rezensenten das Konzept entgegensetzen, auf die jeweilige Zweckumwidmungsnorm abzustellen: Wenn man auch rechtswidrig erlangte Erkenntnisse als verwendungsfähig anerkennen will, dann muss sich die Zweckumwidmungsnorm so interpretieren lassen, dass diese sinngemäss lautet: «Die gewonnenen Erkenntnisse können auch dann für Zwecke der Strafverfolgung verwendet werden, wenn sie rechtswidrig gewonnen worden sind.» Geht man davon aus, dass

ZStrR 141/2023 S. 470, 474

der Gesetzgeber so etwas nicht anordnen wollte, sollte man gar nicht erst in eine wie auch immer geartete Abwägung einsteigen, sondern derartige Erkenntnisse nicht verwenden – und dies auch dann nicht, wenn es um schwerwiegendere Delikte geht. Mit diesen Erwägungen ist man aber schon mitten drin in einer Diskussion der Sachfragen, die zukünftig – um es noch einmal zu betonen – ohne eine Berücksichtigung der vorliegenden Arbeit lege artis nicht erfolgen kann.

Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Basel