Zeitschrift: Reihe Kriminologie / Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie = Collection criminologie / Groupe suisse de travail de criminologie

Herausgeber: Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie

Band: 24 (2006)

Artikel: Geheime Überwachungsmassnahmen im Entwurf zu einer eidgenössischen Strafprozessordnung

Autor: Goldschmid, Peter

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-1051077

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 07.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

PETER GOLDSCHMID

GEHEIME ÜBERWACHUNGSMASSNAHMEN IM ENTWURF ZU EINER EIDGENÖSSISCHEN STRAFPROZESSORDNUNG

Zusammenfassung
Der Entwurf der schweizerischen Strafprozessordnung regelt im Kapitel «Geheime Überwachungsmassnahmen» fünf Massnahmen: Die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, den Einsatz technischer Überwachungsgeräte, die Observation, die Überwachung von Bankbeziehungen und die verdeckte Ermittlung. Soweit diese Massnahmen bereits bundesrechtlich geregelt sind, übernimmt der Entwurf grundsätzlich die bestehenden Bestimmungen, trägt jedoch daran geübter Kritik Rechnung. So knüpft etwa die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs weiterhin an einen Straftatenkatalog an; dieser wurde aber angepasst und gilt neu für die Erhebung von Randdaten nicht mehr. Die Regelung des Einsatzes technischer Überwachungsgeräte basiert auf jener der Fernmeldeberwachung, berücksichtigt aber die Unterschiede der beiden Massnahmen und weicht insofern von den meisten bestehenden Regelungen ab. Der Entwurf legt absolute Schranken des Einsatzes technischer Überwachungsgeräte fest. Obschon die Rechtsprechung bis anhin offen gelassen hat, ob eine Observation in Grundrechte eingreife, enthält der Entwurf eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage. Die Anordnungsvoraussetzungen sind verglichen mit andern geheimen Überwachungsmassnahmen jedoch weniger streng und auch die Polizei hat die Kompetenz zur Anordnung. Die Überwachung künftiger Bankbeziehungen kann sich heute nicht auf eine gesetzliche Grundlage abstützen, sondern erfolgt aufgrund von blossen Richtlinien ohne Verbindlichkeit, was angesichts des Eingriffscharakters der Massnahme problematisch erscheint. Bei der verdeckten Ermittlung übernimmt der Entwurf das Konzept des Bundesgesetzes über die verdeckte Ermittlung (BVE) nicht. Während das BVE zwei Phasen der verdeckten Ermittlung kennt (eine erste zwecks Einschleusung ins kriminelle Milieu und die zweite zwecks Aufklärung einer konkreten Straftat), lässt der Entwurf diese Massnahmen nur noch beim Verdacht auf eine bestimmte Straftat zu. Damit entfällt auch die bisherige Anordnungskompetenz des Polizeikommandos für die verdeckte Ermittlung in der ersten Phase.

Mesures de surveillance dans le projet de code de procédure pénale unifiée
Le Projet de Code de procédure pénale suisse prévoit cinq mesures sous le chapitre «Mesures de surveillance secrètes»: la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, l'emploi de mesures techniques de surveillance, l'observation, la surveillance des relations bancaires et l'investigation secrète. Puisque ces mesures sont déjà réglementées au niveau fédéral, le Projet reprend en principe les

dispositions existantes, en tenant toutefois compte des critiques émises à leur encontre. Ainsi, la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication s'attache encore à un catalogue d'infractions; ce dernier a toutefois été adapté et ne s'applique désormais plus à la collecte de données dites «accessoires». La réglementation de l'utilisation de dispositifs techniques de surveillance, basée sur celle de la surveillance de la correspondance par télécommunication, prend toutefois en considération les différences entre ces deux mesures et déroge sur ce point à la plupart des dispositions existantes. Le Projet fixe notamment des limites absolues à l'utilisation de procédés techniques de surveillance. Même si la jurisprudence a jusqu'à présent laissé ouverte la question de savoir si une observation constituait une atteinte aux droits fondamentaux, le Projet contient une base légale expresse à ce sujet. Les conditions pour ordonner une observation sont moins strictes que celles régissant les autres mesures de surveillance secrètes, la police étant elle-même compétente pour l'ordonner. Il n'existe à ce jour aucune base légale pour la surveillance des relations bancaires futures; celle-ci découle de simples directives à caractère non contraignant, ce qui semble problématique eu égard au caractère intrusif de cette mesure. En ce qui concerne l'investigation secrète, le Projet ne reprend pas le concept de la Loi fédérale sur l'investigation secrète (LFIS). Alors que la LFIS prévoit deux phases de l'investigation secrète (la première ayant pour but d'infiltrer le milieu criminel et la seconde d'élucider une infraction concrète), le Projet autorise de telles mesures uniquement en cas de soupçon portant sur une infraction déterminée. C'est pourquoi la compétence d'ordonner de telles mesures – exercée par les autorités de police jusqu'à présent – est supprimée dans le cadre de la première phase de l'investigation secrète.

1 Einleitung

Am 21. Dezember 2005 hat der Bundesrat die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts und die Entwürfe zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung zu Handen des Parlamentes verabschiedet.[1] Diese Verabschiedung stellt einen markanten Zwischenschritt dar in einem Prozess, der zumindest 1994 begonnen hat mit der Einsetzung einer Expertenkommission, die zu prüfen hatte, ob eine Vereinheitlichung des Strafprozessrechts in der Schweiz sinnvoll wäre.[2]

1 BBl 2006 1085

2 Vgl. *Aus 29 mach 1 – Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung.* Bericht der Expertenkommission «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts», EJPD, Bern Dezember 1997.

Nunmehr ist das Vorhaben – um ein der Umgebung von Interlaken angepasstes Bild zu brauchen – in der Berghütte angelangt, von der aus es über den Weg der parlamentarischen Beratung auf den Vorgipfel der Verabschiedung durch das Parlament und den Hauptgipfel der Inkraftsetzung gelangen soll.

Grundlage für den jetzigen Entwurf der Strafprozessordnung bildete der Vorentwurf vom Juni 2001,[3] der in die Vernehmlassung geschickt wurde. Er regelte nur einige geheime Überwachungsmassnahmen und sparte Artikel aus, in welche die prozessualen Regelungen des damals erst verabschiedeten, aber noch nicht in Kraft stehenden Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000[4] betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) und des damals in der parlamentarischen Beratung stehenden Bundesgesetzes vom 20. Juni 2003[5] über die verdeckte Ermittlung (BVE) eingefügt werden sollten.

Ab Sommer 2004 werden die Bestimmungen über geheime Überwachungsmassnahmen überarbeitet und vervollständigt. Vorweg war zu entscheiden, ob die bestehenden Regelungen betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und die verdeckte Ermittlung inhaltlich möglichst unverändert in die Strafprozessordnung integriert werden sollten, oder ob die Einarbeitung gleich Anlass zu einer grösseren Revision der beiden Erlasse sein sollte.

Gegen eine Änderung über das in formeller Hinsicht Notwendige hinaus (wie etwa Anpassungen der Bezeichnung der Behörden) sprachen zwei Gründe:

- Zum einen handelt es sich sowohl beim BÜPF als auch beim BVE um Gesetze, die das Parlament erst vor kurzem beraten und verabschiedet hat (Verabschiedung BÜPF: Oktober 2000; BVE: Juni 2003). Gewisse Fragen hatte das Parlament also erst gerade

3 Vorentwurf und Begleitbericht zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, EJPD, Bern Juni 2001. Publiziert unter http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/sicherheit/gesetzgebung/strafprozess.html.
4 SR 780.1
5 SR 312.8

diskutiert und entschieden, weshalb sich eine gewisse Zurückhaltung bei Änderungen aufdrängte.[6]

- Zudem hätte eine umfassende Revision der geltenden Regeln über die Post- und Fernmeldeverkehrsüberwachung sowie die verdeckte Ermittlung nahe gelegt, über die vorgesehenen Neuerungen eine Vernehmlassung durchzuführen. Wie erwähnt, enthielt der Vorentwurf zur Strafprozessordnung lediglich Leerstellen, in welche die prozessualen Bestimmungen der beiden Gesetze eingefügt werden sollten. Als der Vorentwurf zur Strafprozessordnung in die Vernehmlassung geschickt wurde, waren die beiden Gesetze zudem noch nicht in Kraft bzw. noch nicht verabschiedet. Aus dem in die Vernehmlassung geschickten Vorentwurf ergab sich somit höchstens indirekt, wie die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und die verdeckte Ermittlung geregelt werden sollten. Die Durchführung einer neuen Vernehmlassung über die Regelung der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und der verdeckten Ermittlung hätte jedoch grosse Auswirkungen auf den Zeitplan der Vereinheitlichung des Strafprozessrechts gehabt und das Vorhaben erheblich verzögert.

Aus diesen beiden Gründen orientierten wir uns bei der Überführung der Regelungen über die Post- und Fernmeldeverkehrsüberwachung und die verdeckte Ermittlung grundsätzlich an den bestehenden Regelungen des BÜPF und des BVE. Dies schliesst allerdings nicht aus, dass die Strafprozessordnung gegenüber dem heutigen Recht gewisse Abweichungen aufweist.

Der Entwurf der Strafprozessordnung kennt fünf geheime Überwachungsmassnahmen und regelt diese im 5. Titel über die Zwangsmassnahmen. In dessen 8. Kapitel finden sich die folgenden Massnahmen:

- Die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs;

6 Dies obschon der Gesetzgeber in einem andern Fall bekanntlich sogar so genannte Nachbesserungen eines Gesetzes vorgenommen hat, bevor dieses überhaupt in Kraft getreten ist.

- die Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten;
- die Observation;
- die Überwachung von Bankbeziehungen und
- die verdeckte Ermittlung.

Die Regelungen dieser Massnahmen sind nachfolgend näher darzulegen, wobei vor allem auf Änderungen gegenüber dem geltenden Recht einzugehen sein wird.

2 Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 268–278 E-StPO)

Ein ständiger Diskussionspunkt bei der Regelung dieser Massnahme, ist die Frage des Deliktskatalogs. Bekanntlich zählt das BÜPF in Art. 4 Abs. 2 und 3 die Tatbestände abschliessend auf, bei denen eine Überwachung zulässig ist. Vor allem seitens der Praxis erwächst einem solchen Deliktkatalog Kritik[7] und zwar sowohl was den Grundsatz angeht als auch hinsichtlich seines Inhalts. Die Kritik erhebt sich zumeist im Zusammenhang mit dem Problem der sog. Zufallsfunde, also dann, wenn die Überwachung Erkenntnisse liefert, die für die Verfolgung einer Straftat nützlich sind, diese aber nicht in der Überwachungsanordnung genannt ist.[8] Akzentuiert wird die Problematik, wenn die «neu entdeckte» Straftat im Deliktskatalog nicht enthalten ist. Tatsächlich kann ein Deliktskatalog in der praktischen Anwendung Schwierigkeiten bieten. Denn in einer relativ frühen Phase des Verfahrens lässt sich ein Sachverhalt oft noch nicht eindeutig unter einen Tatbestand subsumieren. Soll die Überwachung nicht übermässig eingeschränkt werden, muss der Deliktskatalog zwangsläufig

7 BEAT KÜNZLI, *Praktische Probleme bei der Umsetzung des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs,* in: *Mehr Sicherheit – weniger Freiheit? Ermittlungs- und Beweistechniken hinterfragt*, hrsg. von URSULA CASSANI/VOLKER DITTMANN/RENIE MAAG/SILVIA STEINER, Chur/Zürich 2003, 195, 211 ff.

8 Von Zufallsfund ist auch die Rede, wenn sich der Tatverdacht gegen eine weitere, bisher nicht beschuldigte Person richtet. Dazu JUDITH NATTERER, *Die Verwertbarkeit von Zufallsfunden aus der Telefonüberwachung im Strafverfahren,* Diss. Basel, Bern 2001, S. 26 f.

relativ weit sein, was ihn natürlich eines Teils seiner einschränkenden Wirkung beraubt. Trotz dieser grundsätzlichen Bedenken folgt der Entwurf der Strafprozessordnung dem geltenden Recht und enthält in Art. 268 E-StPO ebenfalls einen Deliktskatalog. Der Grund dafür liegt zum einen im bescheidenen Alter des BÜPF, zum andern aber auch darin, dass das Parlament das Für und Wider von Deliktskatalogen auch nach der Verabschiedung des BÜPF diskutiert und für die verdeckte Ermittlung ebenfalls einen Straftatenkatalog beschlossen hat.[9]

Hingegen trägt der Entwurf der Kritik am Inhalt des Katalogs teilweise Rechnung. Enthalten sind nunmehr beispielsweise auch die Tatbestände der Rassendiskriminierung (Art. 261bis StGB) und des Völkermordes (Art. 264 StGB). Mit dem jetzigen Katalog wird zudem ein unbefriedigender Zustand beseitigt, der im Verhältnis von Fernmeldeüberwachung und verdeckter Ermittlung besteht: Heute sind die Deliktskataloge des BÜPF und des BVE so, dass nicht bei jedem Delikt, für das eine verdeckte Ermittlung angeordnet werden darf, auch eine Fernmeldeüberwachung möglich ist.[10] Dies kann die Sicherheit von verdeckten Ermittlern erheblich beeinträchtigen. Nunmehr umfasst der Katalog der überwachungsfähigen Delikte alle Straftaten, zu deren Verfolgung eine verdeckte Ermittlung zulässig ist (vgl. Art. 268 Abs. 2 und Art. 285 Abs. 2 E-StPO).

Die vorgesehene Regelung berücksichtigt auch die Kritik im Zusammenhang mit der Erhebung von Randdaten.[11] Heute können solche nur zur Aufklärung einer Katalogtat verlangt werden. Nunmehr soll ihre Erhebung bei allen Verbrechen oder Vergehen sowie beim Verdacht auf Missbrauch einer Fernmeldeanlage nach Art. 179^{septies} StGB möglich sein (Art. 272 Abs. 1 E-StPO). Damit wird berück-

9 Vgl. Amtliches Bulletin Nationalrat 2001 1838 f.; 2002 1263; 2003 362; Amtliches Bulletin Ständerat 2002 1073 ff.; 2003 488.

10 Dazu THOMAS HANSJAKOB, *Das neue Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung,* ZStrR 122 (2004) 101 ff.

11 THOMAS HANSJAKOB, BÜPF/VÜPF. *Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs,* St. Gallen 2002; N 2 zu Art. 5 BÜPF.

sichtigt, dass die Erhebung von Randdaten einen weniger schweren Grundrechtseingriff bedeutet als die Überwachung des gesamten Fernmeldeverkehrs. Allerdings hält der Gesetzesentwurf am Erfordernis einer richterlichen Genehmigung für die Auskunft über Randdaten fest (Art. 272 Abs. 2 E-StPO). Keine Änderung erfährt auch die Dauer, für die rückwirkend Auskünfte verlangt werden können; sie beträgt weiterhin sechs Monate (Art. 272 Abs. 3 E-StPO). Während der Überarbeitung des Vorentwurfs äusserten verschiedene Strafverfolgungsbehörden den Wunsch nach einer Erhöhung dieser Dauer. Zwar sieht der Entwurf davon ab, jedoch nicht primär aus sachlichen Gründen, sondern vielmehr deshalb, weil ein Postulat der Sicherheitspolitischen Kommission des Ständerates verlangt, die Frage einer Verlängerung zu prüfen.[12] Der Entwurf will der Antwort darauf nicht vorgreifen; die Botschaft[13] legt jedoch dar, dass die Regelung je nach Ergebnis dieser Überprüfung zu ändern sein wird.

Ebenfalls für eine mögliche spätere Änderung aufgespart, bleibt die Frage der Kosten für Überwachungsmassnahmen. Bei der Überarbeitung des Vorentwurfs erhielten wir Kenntnis, dass dieses Thema den Strafverfolgungsbehörden offenbar unter den Nägeln brennt. Es wurde geltend gemacht, die heutigen Kosten seien viel zu hoch und im Rahmen der Strafprozessordnung sei Remedur zu schaffen. Wir konnten diesem Anliegen jedoch nicht – oder besser: noch nicht – entsprechen, weil auch hier die Dinge im Fluss sind. Die Höhe der aktuellen Kosten dürfte demnächst einer Überprüfung unterzogen werden. Sollte diese zum Ergebnis führen, die Kostenpflicht sei grundsätzlich beizubehalten, aber die heute in einer Verordnung festgelegten Kosten seien zu reduzieren, so genügt eine Anpassung der entsprechenden Verordnung. Weder eine Änderung des BÜPF, das in Art. 16 den Grundsatz der Entgeltlichkeit festlegt, noch eine Regelung in der Strafprozessordnung wären notwendig, und die Änderung einer blossen Verordnung erfolgt nicht auf dem Weg der

12 Postulat 05.3006 der Sicherheitspolitischen Kommission des Ständerates vom 21. Februar 2005 («Effizientere Bekämpfung von Terrorismus und organisiertem Verbrechen»).

13 BBl 2006 1251

Gesetzgebung. Nur für den Fall einer völligen Unentgeltlichkeit der Fernmeldeüberwachung bedürfte es einer Änderung des BÜPF im Gesetzgebungsverfahren. Eine Klärung der Grundfrage, ob die Kostenpflicht ganz zu entfallen habe oder ob die Kosten bloss der Höhe nach anzupassen seien, hätte die zeitlichen Vorgaben unseres Projektes gesprengt und zu einer grossen Verzögerung geführt. Deshalb wird auch hier die bisherige Regelung beibehalten, im Wissen darum, dass sie im Rahmen der parlamentarischen Beratungen womöglich noch zu ändern sein wird.

Schliesslich ist noch auf eine Änderung des Entwurfs gegenüber dem BÜPF hinzuweisen, die im Parlament womöglich noch für Diskussionen sorgen wird: Es geht um die heikle Frage der Verwertbarkeit von Zufallsfunden. Das geltende Recht erlaubt die Verwendung von Erkenntnissen über andere als die in der Anordnung genannten Straftaten in zwei Fällen: Erstens wenn diese Straftaten die Voraussetzungen für eine Überwachung erfüllen (Art. 9 Abs. 1 Bst. b BÜPF) oder – zweitens – wenn sie zusätzlich zur vermuteten Straftat begangen werden (Art. 9 Abs. 1 Bst. a BÜPF). Im letzten Fall braucht die zufällig entdeckte Straftat somit nicht im Deliktskatalog enthalten zu sein. Diese Regelung erscheint als Fremdkörper.[14] Denn die Verwendung von Zufallsfunden ist grundsätzlich nur zulässig, wenn die zufällig gewonnen Erkenntnisse auch sonst hätten erlangt werden können, also wenn ein entsprechender Verdacht wegen der neu entdeckten Straftaten oder die neu verdächtigen Personen bereits im Zeitpunkt der Anordnung der Überwachung bestanden hätte. Davon sieht die heute geltende Regelung ab. Zudem ergibt sich heute die Schwierigkeit, dass die Verwertung nur möglich ist, wenn ein Schuldspruch hinsichtlich der in der Anordnung genannten Tat erfolgt, so dass über die Verwertbarkeit eigentlich erst im Urteilszeitpunkt entschieden werden kann.[15] Aus diesen Gründen

14 Kritisch dazu JUDITH NATTERER, *Die Verwertbarkeit von Zufallsfunden aus der Telefonüberwachung im Strafverfahren,* Diss. Basel, Bern 2001, S. 129 f.

15 THOMAS HANSJAKOB, BÜPF/VÜPF. *Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs,* St. Gallen 2002; N 5 ff. zu Art. 9 BÜPF.

enthält der Entwurf diese Konstellation für die Verwendung von Zufallserkenntnissen nicht mehr.

3 Einsatz technischer Überwachungsgeräte (Art. 279 – 280 E-StPO)

Für den Einsatz technischer Überwachungsgeräte gelten grundsätzlich die gleichen Voraussetzungen wie für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs. Es muss also auch hier der dringende Tatverdacht auf eine im Deliktskatalog aufgeführte Straftat bestehen, die Schwere im Einzelfall muss den Eingriff rechtfertigen und andere Mittel müssen entweder bereits erfolglos angewandt worden sein oder sie würden voraussichtlich nicht zum Ziel führen (vgl. Art. 280 Abs. 3 E-StPO). Insoweit übernimmt der Entwurf der Strafprozessordnung die Regelung des Vorentwurfs. Dieser hatte in Art. 296 festgehalten: «Unter den Voraussetzungen von Artikel xx – xx [gemeint waren jene für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs] können für die Zwecke des Strafverfahrens Abhör-, Ton- und Bildaufnahmegeräte eingesetzt werden.»

Der Vorentwurf übernahm damit den Mechanismus der allermeisten kantonalen Regelungen und jener des Bundesstrafprozesses, welche den Einsatz technischer Überwachungsgeräte quasi als Appendix oder als erste Ableitung der Post- und Fernmeldeüberwachung behandeln.

Eine solche Regelung erscheint jedoch problematisch. Einmal weil sie den Gegenstand der Überwachung nicht näher umschreibt; vor allem aber lassen sich die Regeln für die Überwachung von Drittanschlüssen oder von Drittpersonen bei der Fernmeldeüberwachung nur schwerlich auf den Einsatz technischer Überwachungsgeräte übertragen. Dies erscheint umso bedenklicher, als der Einsatz technischer Überwachungsgeräte einen schwerer wiegenden Eingriff in Grundrechte bewirken kann als die Überwachung des Post- und

Fernmeldeverkehrs. Folglich müsste die gesetzliche Grundlage für den Einsatz technischer Überwachungsgeräte zumindest ebenso bestimmt sein wie jene für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, jedenfalls nicht etwa unbestimmter.[16]

Diesen Bedenken trägt die Regelung des Entwurfs Rechnung: Zunächst indem er den Zweck des Einsatzes umschreibt. Einmal geht es um die Abhörung oder Aufzeichnung von Äusserungen im privaten Kreis (Art. 279 Bst. a E-StPO). Selbstverständlich folgt die Überwachung nichtöffentlicher Äusserungen, die am Telefon gemacht werden, den Regeln über die Überwachung des Fernmeldeverkehrs. Weiter können nach Art. 279 Bst. b E- StPO Vorgänge an nicht allgemein zugänglichen Orten beobachtet oder aufgezeichnet werden, und schliesslich gilt als technische Überwachung auch der Einsatz von Geräten, mit denen sich der Standort einer Person oder von Sachen jederzeit feststellen lässt (Art. 279 Bst. c E-StPO). Damit ist die Möglichkeit gemeint, durch das Anbringen kleiner Sender ein Bewegungsprofil von Personen oder Sachen (insbesondere von Fahrzeugen) zu erstellen. Weil im geltenden Recht eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage dafür zumeist fehlt, soll sie mit dem Entwurf zur Strafprozessordnung geschaffen werden.

Wie erwähnt, bietet eine sinngemässe Übertragung der Bestimmungen über die Fernmeldeüberwachung auf den Einsatz technischer Überwachungsgeräte vor allem bei der Frage Schwierigkeiten, wer oder was überwacht werden darf. Wie lässt sich beispielsweise die Regelung auf den Einsatz technischer Überwachungsgeräte übertragen, dass der Fernmeldeanschluss einer Drittperson überwacht werden darf, wenn diese für die beschuldigte Person bestimmte Mitteilungen entgegennimmt? Wegen dieser Unsicherheit über das Objekt einer technischen Überwachung legt Art. 280 Abs. 1 E-StPO zunächst fest, dass nur die beschuldigte Person Ziel der Überwachung

16 Zum Ganzen PETER GOLDSCHMID, *Der Einsatz technischer Überwachungsgeräte im Strafprozess,* Diss. Bern 2001.

sein darf. In Konsequenz dürfen gemäss Satz 2 Räumlichkeiten Dritter nur dann überwacht werden, wenn anzunehmen ist, dass sich die beschuldigte Person darin aufhält.

Anders als die geltenden Regelungen stellt der Entwurf zudem absolute Schranken der Überwachung auf: Zum einen dürfen inhaftierte beschuldigte Personen nicht überwacht werden (Art. 280 Abs. 2 Bst. a E-StPO). Unzulässig ist es also beispielsweise, eine von zwei Untersuchungshäftlingen belegte Zelle zu überwachen in der Annahme, aus den Gesprächen zwischen ihnen liessen sich Erkenntnisse zur Aufklärung der verfolgten Tat gewinnen. Angesichts der starken Einschränkungen, die mit der Untersuchungshaft ohnehin einhergehen, stünde einem Untersuchungsgefangenen einzig der Weg offen, sich durch ständiges Schweigen einer Überwachung zu entziehen. Genau besehen könnte sogar das Schweigen nachteilig sein, nämlich dann, wenn sich auch aus ihm Schlüsse ziehen liessen. Dabei ist nicht einmal ausschlaggebend, ob tatsächlich eine Überwachung stattfindet; wegen der Heimlichkeit der Massnahme wird ein Untersuchungshäftling ständiges Schweigen vorziehen, wenn die blosse Möglichkeit einer Überwachung besteht. Weil die *Möglichkeit* der geheimen Überwachung von Untersuchungsgefangenen deshalb den Kernbereich der persönlichen Freiheit berühren könnte, schliesst sie der Entwurf aus. Zu beachten ist jedoch, dass eine Überwachung dann zulässig ist, wenn sie nicht zu Beweiszwecken, sondern namentlich aus Sicherheitsgründen, angeordnet wird.

Weiter ist der Einsatz technischer Überwachungsgeräte untersagt zur Überwachung von Räumlichkeiten oder Fahrzeugen von Personen, denen aufgrund ihres Berufes ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht (Art. 280 Abs. 2 Bst. b E-StPO). Die Einschränkung gilt natürlich nicht, wenn die Berufsperson selber beschuldigt ist. Ist dies nicht der Fall, wäre beispielsweise die akustische Überwachung des Büros des Verteidigers der beschuldigten Person unzulässig. Diese Regelung ist strenger als jene bei der Fernmeldeüberwachung, wo auch Anschlüsse von Berufspersonen überwacht werden dürfen, je-

doch eine Triage der Ergebnisse unter richterlicher Leitung vorzunehmen ist. Der Grund für diesen Unterschied liegt in der unterschiedlichen Regelung der Überwachung Dritter bei der Post- und Fernmeldeüberwachung einerseits und dem Einsatz technischer Überwachungsgeräte andererseits: Bei der Fernmeldeüberwachung dürfen Dritte überwacht werden beim Verdacht, sie würden Mitteilungen der beschuldigten Person oder Vierter zwecks Weitergabe entgegennehmen (Art. 269 Bst. b Ziff. 2 i.V.m. Art. 270 Abs. 1 E-StPO). Dagegen ist eine Überwachung von Räumlichkeiten Dritter mit technischen Geräten nur zulässig, wenn anzunehmen ist, dass die beschuldigte Person selber sie benutzt. Benutzt die beschuldigte Person aber Räumlichkeiten von Berufspersonen, ist zu vermuten, dass sich dabei Vorgänge abspielen, die vom Zeugnisverweigerungsrecht der Berufsperson umfasst sind. Die Überwachung würde somit den Schutzzweck dieses Zeugnisverweigerungsrechts unterlaufen.

4 Observation (Art. 281 – 282 E-StPO)

Unter Observation wird eine Ermittlungstätigkeit verstanden, bei der Vorgänge oder Personen im öffentlichen Raum systematisch und über eine gewisse Zeit beobachtet und registriert werden. Ob eine Observation in Grundrechte eingreift und somit einer gesetzlichen Grundlage bedarf, lässt die Rechtsprechung heute noch offen. Dennoch regelt der Entwurf die Observation ausdrücklich und folgt damit dem Konzept der Expertenkommission von 1997.[17] Weil der Eingriffscharakter dieser Massnahme jedoch nicht zweifelsfrei feststeht, und weil es um die Wahrnehmung von Vorgängen an öffentlichen Orten geht, sind die Voraussetzungen im Vergleich zu den andern geheimen Massnahmen wesentlich geringer:

17 *Aus 29 mach 1 – Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung.* Bericht der Expertenkommission «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts», EJPD, Bern Dezember 1997, S. 127.

So kann bereits die Polizei im Ermittlungsverfahren eine die Observation anordnen; zudem genügt ein gewöhnlicher Tatverdacht und eine Genehmigung, wie sie andere geheime Massnahmen als Korrektiv zu ihrer Heimlichkeit verlangen, ist nicht erforderlich. Immerhin muss die Staatsanwaltschaft eine polizeilich angeordnete Observation genehmigen, sobald sie länger als zwei Wochen dauert.

Mit einer Observation einhergehen dürfen auch Bild- und Tonaufzeichnungen. Sofern dadurch jedoch Vorgänge an nicht allgemein zugänglichen Orten erfasst werden sollen, sind die Voraussetzungen für den Einsatz technischer Überwachungsgeräte zu beachten.

5 Überwachung von Bankbeziehungen (Art. 283 – 284 E-StPO)

Ebenfalls weniger strenge Voraussetzungen als für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs oder den Einsatz technischer Überwachungsgeräte gelten für die Überwachung der Bankbeziehungen einer beschuldigten Person. Eine solche Überwachung ist nicht nur bei bestimmten Delikten zulässig, sondern bei jedem Verbrechen oder Vergehen. Auch hier genügt ein gewöhnlicher Verdacht.

Mit dieser Massnahme wird eine Bank aufgefordert, Dokumente und Informationen herauszugeben und zu liefern, die noch nicht vorhanden sind, von denen aber angenommen wird, dass sie entstehen werden. Es geht dabei insbesondere um Auszüge über Konten.

An sich könnten die Strafverfolgungsbehörden die Banken auch in regelmässigen und kurzen Abständen zur Herausgabe solcher Dokumente auffordern. Mit der Möglichkeit, die Herausgabe *künftiger* Unterlagen und Informationen anzuordnen, soll ein solches aufwendiges Vorgehen vermieden werden.

Allerdings schlägt sich die Tatsache, dass sich die fraglichen Informationen auch über den Weg der Edition erlangen liessen, bei der Anordnungskompetenz nieder: Zuständig zur Anordnung ist nämlich das Zwangsmassnahmengericht und nicht – wie bei der Post- und Fernmeldeüberwachung und beim Einsatz technischer Überwachungsgeräte – die Staatsanwaltschaft, über deren Anordnung das Zwangsmassnahmengericht im Genehmigungsverfahren zu befinden hat. Die Überwachung von Bankbeziehungen kann also erst *nach* dem Entscheid des Zwangmassnahmegerichts, und nicht schon auf Anordnung der Staatsanwaltschaft durchgeführt werden. Die Anordnungskompetenz der Staatsanwaltschaft ist entbehrlich, weil die Gefahr eines Beweismittelverlustes nicht besteht, da die gesuchten Unterlagen auch mittels Edition erlangt werden können.

6 Verdeckte Ermittlung

Die letzte geheime Überwachungsmassnahme im Entwurf, ist die verdeckte Ermittlung. Bekanntlich ist sie heute bereits bundesrechtlich geregelt. Bei der Überführung der Bestimmungen des BVE in die Strafprozessordnung haben wir allerdings recht einschneidende Änderungen vorgenommen und sind damit vom Grundsatz abgewichen, neue Gesetze inhaltlich möglichst unverändert in die Strafprozessordnung zu integrieren. Welches waren die Gründe für diese Abkehr?

Das BVE unterscheidet zwei Phasen der verdeckten Ermittlung:[18] In der ersten soll ein verdeckter Ermittler in ein mutmasslich kriminelles Umfeld eingeschleust werden, bevor ein Strafverfahren eingeleitet ist. Der verdeckte Ermittler soll noch nicht konkrete Straftaten aufklären, sondern sich in der Umgebung einleben und das Vertrauen der Zielpersonen gewinnen. Zuständig für die Anordnung in dieser Phase ist der Polizeikommandant.

18 Botschaft zu den Bundesgesetzen betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und über die verdeckte Ermittlung vom 1. Juli 1998, BBl 1998 4285.

In der zweiten Phase geht es um den Einsatz in einem Strafverfahren, d.h. die Ermittlung aufgrund eines Verdachts auf ein konkretes Delikt.

Diese Regelung erscheint widersprüchlich, denn auch für die Anordnung einer verdeckten Ermittlung in der ersten Phase bedarf es nach dem BVE des Verdachts auf eine im Deliktskatalog genannte Straftat. Wenn nun aber ein derartiger Verdacht besteht, sind die Strafverfolgungsbehörden zur Eröffnung eines Verfahrens verpflichtet. Für die erste Phase besteht somit nach der Konstruktion des BVE genau besehen gar kein Raum. Sie würde bloss dann einen Sinn ergeben, wenn es hier für den Einsatz verdeckter Ermittler noch keines Tatverdachts bedürfte. Allerdings wäre dies rechtsstaatlich sehr problematisch, denn damit würde die Möglichkeit der Verdachtsausforschung geschaffen. Deshalb behält der Entwurf die erste Phase nicht bei. Vielmehr kann nur noch die Staatsanwaltschaft eine verdeckte Ermittlung anordnen, und dies auch nur zur Aufklärung einer bestimmten Straftat. Dennoch lässt sich verdeckte Ermittlung in einem recht frühen Stadium anordnen, weil bloss ein gewöhnlicher, nicht aber ein dringender Verdacht vorausgesetzt ist. Damit wird dem praktischen Bedürfnis Rechnung getragen, dass sich verdeckte Ermittler zunächst im kriminellen Umfeld einleben können müssen.

Im Vergleich zur geltenden Regelung ist der Wegfall der ersten Phase die wichtigste Änderung. Hinzuweisen ist aber noch auf eine weitere Änderung, bei der sich für einmal nicht die Meinungen der Praktiker und Theoretiker gegenüberstanden, sondern sich vielmehr die Praktiker untereinander uneins waren: Es geht um die Frage, wer verdeckte Ermittler vor ihrem Einsatz instruiert. Gemäss Art. 11 BVE erfolgt eine Instruktion durch die Verfahrensleitung über die Führungsperson des verdeckten Ermittlers. Die Verfahrensleitung darf jedoch keinen *direkten* Kontakt mit dem verdeckten Ermittler haben. Diese Lösung wird von der Polizei gefordert. Dagegen wollten die Staatsanwälte die Möglichkeit, verdeckte Ermittler persönlich zu instruieren, nicht zuletzt um sich selber ein Bild des verdeck-

ten Ermittlers machen zu können. Schliesslich trügen sie auch die Verantwortung für den Ablauf einer Untersuchung. Diese Auffassung ist überzeugend – wegen der Notwendigkeit einlässlicher Instruktion gerade von ausländischen Ermittlungsteams. Art. 289 E-StP legt deshalb fest, dass die Staatsanwaltschaft sowohl die Führungsperson als auch den verdeckten Ermittler vor ihrem Einsatz instruiert.

7 Schlussbemerkungen

Der Entwurf zur Strafprozessordnung regelt die geheimen Überwachungsmassnahmen zwar nicht revolutionär anders als das geltende Recht, sondern nimmt an diesem behutsame Anpassungen vor. Immerhin finden sich die zur Zeit an verschiedenen Orten verstreuten Regelungen nunmehr am Ort, wo sie hingehören: in der schweizerische Strafprozessordnung.