

Antennensuchlauf und rückwirkende Randdatenerhebung bei Dritten

Bundesgerichtspraxis und gesetzliche Lücken betreffend Art. 273 und Art. 270 lit. b StPO

Inhaltsübersicht

I.	Gesetzliche Lücken bei der rückwirkenden Randdatenerhebung	357
1.	Der Fall «Rapperswil» als qualifizierte Randdatenerhebung	357
2.	Bundesgerichtspraxis zum Antennensuchlauf und mangelnde gesetzliche Regelung	359
3.	Überwachungsarten bei «Dritten» (insbesondere Geschädigten)	360
4.	Randdatenerhebung nur bei «Anschlussüberlassern»?	361
5.	Unspezifischer und unklarer Gesetzestext (Art. 270 lit. b StPO)	361
II.	Bisherige Praxis zur Randdatenerhebung bei Dritten	362
III.	Kriterien von BGE 142 IV 34	363
1.	Schriftliche Zustimmung der Drittperson	363
2.	Keine schriftliche Zustimmung der Drittperson	365
3.	Ergebnis im Leitentscheid BGE 142 IV 34	366
IV.	Fazit und Revisionsvorschlag (neuer Art. 273 Abs. 1 ^{bis} StPO)	366

I. Gesetzliche Lücken bei der rückwirkenden Randdatenerhebung

1. Der Fall «Rapperswil» als qualifizierte Randdatenerhebung

Die rückwirkende Randdatenerhebung nach Art. 273 StPO gewinnt in der Praxis zunehmend an Bedeutung. Zuletzt ist insbesondere die *Rasterfahndung* per *Antennensuchlauf* im Zusammenhang mit dem «Vierfach-Mord» von *Rapperswil* in den Fokus der öffentlichen Aufmerksamkeit geraten.¹ Die lange Zeit unbekannt gebliebene

¹ Vgl. z.B. die Berichterstattung im «Tages-Anzeiger» vom 18.5.2016, 3, und 20.5.2016.

Täterschaft hatte am 21. Dezember 2015 eine Familie in deren Wohnung überfallen, die Mutter genötigt, Bargeld an zwei Geldautomaten abzuheben, in dieser Zeit drei Angehörige der Mutter als Geiseln gehalten, ein (offenbar gefesselt und geknebeltes) Kind sexuell geschändet, den vier Opfern anschliessend die Kehlen durchgeschnitten und in der Wohnung Feuer gelegt. Trotz DNA-Spuren und Fingerabdrücken am Tatort konnten während Monaten keine Verdächtigen ermittelt werden. Mitte Mai 2016 wurde der (geständige) mutmassliche Täter gefasst und spurentechnisch überführt.

Die DNA-Vergleichsanalyse war erst möglich geworden, nachdem die Polizei den Hauptverdächtigen über einen *Antennensuchlauf* mit *Rasterfahndung* ermittelt hatte. Dabei war zunächst erhoben worden, welche mobilen Fernmeldeanschlüsse in der Nähe des *Tatortes* und im *Tatzeitraum* aktiv waren. Im Januar 2016 erhielt die Aargauer Kriminalpolizei die anonymisierten *Rohdaten* des Antennensuchlaufs zur Durchführung einer Rasterfahndung.² Es handelte sich um *Zehntausende* von Randdaten bzw. registrierten Mobiltelefonie-Aktivitäten.³ Aufgrund der Fachmeinung eines «Profilers» und gestützt auf weitere Indizien ging die Polizei davon aus, dass die Täterschaft vermutlich in Rupperswil oder Umgebung wohnte. Um eine *Schnittmenge* herauszufiltern, wurde mit grossem Aufwand abgeklärt, welche der zahlreichen mobilen Geräte, die in der Nähe des *Tatortes* über kürzere Zeit (bis wenige Stunden) aktiv waren, auch noch an *anderen* Antennenstandorten in Rupperswil und naher Umgebung *regelmässig*, d.h. über Monate hinweg, in Betrieb waren. Das waren dann nur noch wenige Geräte. Der Hauptverdächtige wohnte nur ca. 500 Meter vom Tatort entfernt. Da es in Rupperswil eine relativ grosse Antennendichte gibt, wurden an seinem Wohnort andere Antennen benutzt als am Tatort. Aus der *Schnittmenge* wurde das Smartphone des Hauptverdächtigen herausgefiltert und dieser als konkret Tatbeschuldigter identifiziert. Im Fall *Rupperswil* waren zunächst noch keine verdächtigen Personen bzw. Beschuldigten oder Drittpersonen bekannt, gegen welche die Überwachung «persönlich» hätte angeordnet werden können. Ähnlich wie im Fall, der BGE 137 IV 340 zugrunde lag, waren aber *schwere Verbrechen* erfolgt, und der Antennensuchlauf (mit Rasterfahndung) diente der gezielten *Identifizierung* der noch *unbekannten Täterschaft* bei bereits *objektiv*

² Da die *6-Monats-Frist* für die rückwirkende Randdatenerhebung (Art. 273 Abs. 3 StPO) *Ende Juni 2016 abgelaufen* wäre, war das Gesuch um richterliche Bewilligung des Antennensuchlaufs zügig zu stellen.

³ Hypothetisch ausgeschlossen werden konnten zwar die Geräte von zahlreichen *Passanten* (insbes. in vorbeifahrenden Autos) und diversen (unverdächtigen) *Nachbarn* am Tatort. Da jedoch nicht klar war, ob die Täterschaft allfällige Mobilgeräte *die ganze Tatzeit über* aktiv geschaltet hatte (oder nur kurz), konnten nicht einfach alle Geräte ausgeschlossen werden, die nur kurze Zeit aktiv waren («Passanten»). Eine ähnliche Problematik bestand bei den Geräten von diversen mutmasslichen «Nachbarn» (die auch *vor und nach der Tatzeit* regelmässig am Tatort aktiv waren): Auch die Geräte von Nachbarn konnten erst ausgeschlossen werden, wenn diese als mögliche Täter *mit Sicherheit ausser Betracht* fielen; dafür hätten die betreffenden Personen aber identifiziert und befragt werden müssen.

*konkretisiertem dringendem Tatverdacht von Schwerverbrechen.*⁴ Auch hatte die Staatsanwaltschaft den Antennensuchlauf (im Sinne einer «ultima ratio») angeordnet, nachdem es ihr trotz umfangreicher Untersuchungsanstrengungen nicht gelungen war, die Täterschaft zu ermitteln.

2. Bundesgerichtspraxis zum Antennensuchlauf und mangelnde gesetzliche Regelung

Die Rasterfahndung per Antennensuchlauf gewinnt an praktischer Bedeutung. Im Jahre 2015 wurden in der Schweiz 124 Antennensuchläufe durchgeführt. Dabei werden Verbindungs-Randdaten des mobilen Fernmeldeverkehrs von zunächst *unbestimmt vielen* (möglicherweise sehr vielen) Teilnehmern erfasst und (vorerst anonymisiert) miteinander abgeglichen, um aus Randdaten der Tatorte bzw. Tatzeiten (und weiteren Ermittlungsergebnissen) die *Schnittmenge* von konkret Verdächtigen zu ermitteln. Bei der *qualifizierten* rückwirkenden Randdatenerhebung (RDE) per *Antennensuchlauf* im Rahmen einer *Rasterfahndung* gegen *Unbekannt*, welche im Gesetz nicht näher geregelt ist, verlangt die Bundesgerichtspraxis (im Sinne von Art. 269 Abs. 1 lit. a und b StPO und im Gegensatz zur «einfachen» RDE nach Art. 273 Abs. 1 StPO) den dringenden Tatverdacht eines *Verbrechens*.⁵ Zudem müssen die Gesuchten (bei noch unbekannter Täterschaft) grundsätzlich *individualisierbar* sein, und es wird die *Subsidiarität* der Massnahme (im Sinne einer «ultima ratio» der Untersuchungsanstrengungen, Art. 269 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 273 Abs. 1 StPO) verlangt. Weiter muss bei Rasterfahndungen mittels Antennensuchlaufs die angepeilte verdächtige *Schnittmenge* der abgeglichenen Verkehrs- und Rechnungsdaten *voraussichtlich klein* sein.⁶ Die Analyse der zunächst *anonymisierten* Verbindungs-Randdaten und deren Abgleichung mit den übrigen Untersuchungsergebnissen (inklusive Schnittmengen-Ermittlung) erfolgt durch die *Staatsanwaltschaft*. Eine personenbezogene *Identifizierung* von Verbindungsteilnehmern ist erst beim eingeschränkten Kreis der *in das Fahndungsraster fallenden* Verdächtigen zulässig.⁷ Das Bundesgericht hat schon im Jahr 2011 darauf hingewiesen, dass die Rasterfahndung mittels Antennensuchlauf *im Gesetz nicht näher geregelt*

⁴ Vgl. BGE 137 IV 340, 350 Erw. 6.3.

⁵ Diesbezüglich hat das Bundesgericht einen *Mittelweg* eingeschlagen: Zwar ist nicht der Deliktskatalog von Art. 269 Abs. 2 StPO massgeblich, der für die *inhaltliche* Überwachung gilt. Es muss für eine *qualifizierte* RDE per Antennensuchlauf jedoch der dringende Verdacht eines *Verbrechens* vorliegen. Das heisst, die Kriterien sind strenger als bei *einfachen* RDE nach Art. 273 Abs. 1 StPO; vgl. auch S. GLESS/CH. GETH, Antennensuchlauf und Rasterfahndung – Neue Fragestellungen in der Debatte um Sicherheit und Freiheit, in: Kuhn et al. (Hrsg.), Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive, FS für Martin Killias, Bern 2013, 1033 ff.; T. HANSJAKOB, Zur Zulässigkeit von Antennensuchläufen, Jusletter vom 5.3.2012; K. JEKER/E. ROOS, Antennensuchlauf im Rahmen einer Rasterfahndung, fp 2012, 175 ff.

⁶ BGE 137 IV 340, 349 f. Erw. 6.1.

⁷ BGE 137 IV 340, 351 Erw. 6.4-6.5.

ist und dass sich *Modifikationen* gegenüber der Regelung der einfachen RDE (Art. 273 StPO) aufdrängen.⁸ Der Gesetzgeber hat leider die Gelegenheit verpasst, im Rahmen der Revision des neuen BÜPF (Referendumsvorlage vom 18. März 2016) bei nArt. 273 StPO entsprechende Regeln vorzusehen.⁹

3. Überwachungsarten bei «Dritten» (insbesondere Geschädigten)

Im vorliegenden Beitrag soll die Aufmerksamkeit auf eine weitere *spezifische* Problematik der rückwirkenden Randdatenerhebung (RDE) gerichtet werden, nämlich auf die (einfache) RDE bei *dritten* (nicht beschuldigten) *Personen*, namentlich *Opfern*. Der Fernmeldeverkehr kann zunächst *inhaltlich* (und zwar aktiv, während des Kommunikationsvorganges) geheim *überwacht* werden (nämlich unter den Voraussetzungen von Art. 269 Abs. 1-3 i.V.m. Art. 270-279 StPO). Art. 270 lit. b StPO regelt (unter der Marginalie «Gegenstand der Überwachung») die Überwachung der Fernmeldeanschlüsse von *nicht beschuldigten Drittpersonen*. Die inhaltliche geheime (s. Art. 279 StPO) Überwachung bedarf in allen Fällen der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht (Art. 272 Abs. 1 StPO).¹⁰ Art. 273 StPO regelt demgegenüber die (rückwirkende oder aktive) Erhebung von *Verbindungs-Randdaten* des Fernmeldeverkehrs (Art. 273 Abs. 1 lit. a und Abs. 3 StPO) sowie die Auskunft über *Verkehrs- und Rechnungsdaten* (Art. 273 Abs. 1 lit. b StPO).¹¹ Gemäss Art. 273 Abs. 1 (Ingress) StPO können diese Informationen von der Staatsanwaltschaft erhoben werden, wenn der dringende Verdacht eines *Verbrechens* oder *Vergehens* besteht und die Voraussetzungen von Art. 269 Abs. 1 lit. b und c StPO erfüllt sind.¹² Auch die RDE nach Art. 273 StPO bedarf¹³ der *Genehmigung* durch das Zwangsmassnahmengericht (Art. 273 Abs. 2 StPO).¹⁴

⁸ BGE 137 IV 340, 347-351 Erw. 5.4-6.5.

⁹ Vgl. BBl 2016, 2014. Die Revision wird voraussichtlich am 1. Januar 2018 in Kraft treten.

¹⁰ Die *inhaltliche* geheime Drittüberwachung war z.B. Streitgegenstand von BGE 138 IV 232 oder BGer vom 6.1.2014, 1B_441/2013; vgl. dazu M. FORSTER, Marksteine der Bundesgerichtspraxis zur strafprozessualen Überwachung des digitalen Fernmeldeverkehrs, in: L. Gschwend et al. (Hrsg.), Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2015, Zürich 2015, 615 ff., 633-635.

¹¹ Eine *Legaldefinition* der *Verkehrsranddaten* nach *kommenden* Recht (Revision) findet sich in Art. 8 lit. b nBÜPF, auf welche nArt. 273 Abs. 1 StPO verweist (BBl 2016, 1993, 2014; s.a. BGE 141 IV 108, 119-121, Erw. 5.1-5.2, 137 IV 340, 351 Erw. 6.4; FORSTER [Fn. 10], 620 f.). Die einfache rückwirkende RDE erfolgt regelmässig nicht geheim gegenüber der überwachten Person (vgl. BGE 142 IV 34, 38 Erw. 4.3.2).

¹² Welche – nebst derjenigen von lit. a – auch für die inhaltliche Überwachung nach Art. 269-272 StPO gegeben sein müssen.

¹³ Wie die *inhaltliche* Überwachung, Art. 272 Abs. 1 StPO.

¹⁴ BGE 142 IV 34, 36 Erw. 4.1 mit Hinweisen.

4. Randdatenerhebung nur bei «Anschlussüberlassern»?

Der Fernmeldeanschluss von (nicht beschuldigten) *Drittpersonen* darf (gemäss Art. 270 lit. b StPO) geheim überwacht werden, wenn «aufgrund bestimmter Tatsachen angenommen werden muss», dass *entweder* die beschuldigte Person den Anschluss der Drittperson «benutzt» (Ziffer 1, sogenannter «Anschlussüberlasser»¹⁵) *oder* die Drittperson für die beschuldigte Person *bestimmte* Mitteilungen *entgegennimmt* bzw. von dieser *stammende* Mitteilungen an eine weitere Person *weiterleitet* (Ziffer 2, sogenannter «Nachrichtenmittler»¹⁶). Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, dass unter die nach Art. 273 Abs. 1 lit. a StPO überwachbaren Drittpersonen zwar sogenannte «Anschlussüberlasser» fallen (Art. 270 lit. b Ziff. 1 StPO), *nicht* aber bloss «Nachrichtenmittler» (Art. 270 lit. b Ziff. 2 StPO). Letztere seien «vom Wortlaut von Art. 273 StPO nicht mehr gedeckt».¹⁷ Diese restriktive Ansicht entspricht nicht der einschlägigen Bundesgerichtspraxis:

5. Unspezifischer und unklarer Gesetzestext (Art. 270 lit. b StPO)

Die Wortlaute von Art. 270 lit. b Ziff. 1 und Ziff. 2 StPO sind auf die *aktive* (während des Kommunikationsvorganges) und *inhaltliche* (Kommunikationsinhalte) *geheime* Überwachung von Fernmeldeanschlüssen zugeschnitten.¹⁸ Der Gesetzestext von Art. 270 lit. b StPO passt für die rückwirkende Randdatenerhebung (RDE) nicht wirk-

¹⁵ Dabei handelt es sich um einen in der Literatur genauso geläufigen wie *unglücklich gewählten Begriff*. So sind Fälle denkbar, bei denen der Beschuldigte den Drittanschluss *gegen den Willen* des Dritten benutzt oder sogar *ohne dessen Wissen*. Das Gesetz verlangt jedenfalls kein bewusstes oder sogar freiwilliges «Überlassen»; andernfalls wären Mobiltelefone von Opfern oft nicht überwachbar (vgl. FORSTER [Fn. 10], 633 Fn. 78). Zur *inhaltlichen* Überwachung eines «Anschlussüberlassers» s. BGE 138 IV 232.

¹⁶ Zur *inhaltlichen* Überwachung eines «Nachrichtenmittlers» s. BGer vom 6.1.2014, 1B_441/2013.

¹⁷ So T. HANSJAKOB, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Zürcher Kommentar StPO, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 273 N 14. Eine *ähnliche* Auffassung hatte das *Berner Zwangsmassnahmengericht* (ZMG) im Fall vertreten, der *BGE 142 IV 34* zugrunde lag: Das ZMG hatte die rückwirkende Randdatenerhebung (RDE) auf dem Handy eines *Geschädigten* verweigert. Da der Geschädigte *keine Kommunikationsverbindung* zur *beschuldigten Person* gehabt hatte, sei auch keine RDE zulässig. Das BGer folgte dieser Gesetzesauslegung zwar nicht (s.a. BGer vom 30.8.2013, 1B_251/2013, Erw. 5.1); es wies die Beschwerde der Berner Staatsanwaltschaft gegen die verweigerte RDE aber mit einer *anderen* Begründung ab (fehlende Verhältnismässigkeit in der konkreten Konstellation, keine rechtzeitige Zustimmung des Geschädigten zur RDE, vgl. BGE 142 IV 34, 39-41 Erw. 4.4; dazu unten Ziff. III.3).

¹⁸ Vgl. BGE 138 IV 232; BGer vom 30.8.2013, 1B_251/2013, Erw. 5.3-5.5; FORSTER, (Fn. 10), 633-635; HANSJAKOB, in: ZH Komm. StPO (Fn. 17), Art. 270 N 5 ff.; M. JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, in: Basler Kommentar StPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 270 N 5 ff.; N. SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 270 N 3 ff.

lich.¹⁹ Die Systematik des Gesetzes spricht ausserdem für eine gewisse *selbstständige* Bedeutung der Bestimmungen über die RDE (Art. 273 StPO) gegenüber der *inhaltlichen* Überwachung (Art. 269-272 StPO). Wenn Art. 270-272 StPO unbesehen und «integral» auf die RDE anwendbar wären, würde es insbesondere wenig Sinn machen, in Art. 273 Abs. 2 StPO (nochmals) ausdrücklich zu erwähnen, dass die RDE durch das Zwangsmassnahmengericht *genehmigt* werden muss: Diese Vorschrift ergäbe sich dann ja schon («doppelt») aus Art. 272 Abs. 1 StPO. Das revidierte neue Gesetz sieht bei nArt. 270 lit. b (i.V.m. nArt. 273) StPO nur «kosmetische» terminologische Änderungen vor,²⁰ die auch für das Problem der RDE bei Dritten *keine Klärung* bringen werden. Ein *Reformvorschlag* (neuer Art. 273 Abs. 1^{bis} StPO) findet sich unten in Ziffer IV.

II. Bisherige Praxis zur Randdatenerhebung bei Dritten

In BGE 138 IV 232 hat sich das Bundesgericht mit der Zulässigkeit der geheimen *aktiven* (inhaltlichen) Überwachung (Art. 269-272 StPO) von Drittanschlüssen auseinandergesetzt. Eine solche Überwachung kann (über die in Art. 270 lit. b StPO ausdrücklich genannten Fälle hinaus) auch dann zulässig sein, wenn hinreichende konkrete Anhaltspunkte bestehen, dass der Beschuldigte die fragliche Drittperson *anruft* und sich daraus Hinweise auf die *Straftat* oder den *Aufenthalt* des *Beschuldigten* ergeben. Die anordnende Behörde hat bei inhaltlichen Überwachungen allerdings geeignete Anordnungen zu treffen, damit die mit der Ermittlung befassten Personen nicht Informationen erhalten, die mit dem Gegenstand der Untersuchung nicht im Zusammenhang stehen.²¹ In seinem Urteil 1B_251/2013 vom 30. August 2013 hatte das Bundesgericht den Fall einer *rückwirkenden Randdatenerhebung* (RDE) bzw. Teilnehmeridentifikation (nach Art. 273 Abs. 1 lit. a und Abs. 3 StPO) zu beurteilen, von der Telefonanschlüsse des *Opfers* eines *Tötungsdeliktes* betroffen waren. Das Bundesgericht erwog, dass Art. 270 lit. b StPO – selbst wenn die Bestimmung sinngemäss mitberücksichtigt würde – dieser Untersuchungsmassnahme grundsätzlich nicht entgegen zu halten sei. Gerade bei Opfern von Schwerverbrechen könne die RDE (etwa von Mobiltelefon-

¹⁹ Bei der rückwirkenden RDE (Art. 273 Abs. 1 lit. a und Abs. 3 StPO) geht es weder um eine zu erwartende «*Benutzung*» des Drittanschlusses durch den Beschuldigten (Art. 270 lit. b Ziff. 1 StPO), noch um eine voraussichtliche Entgegennahme oder Weiterleitung von «*Mitteilungen*» (vom Beschuldigten oder an ihn) durch die Drittperson (Art. 270 lit. b Ziff. 2 StPO). Die Kommunikation ist bei der rückwirkenden RDE vielmehr bereits *abgeschlossen*. Die erhobenen Randdaten sind hier – im Gegensatz zur (geheimen) aktiven RDE in Echtzeit – bereits bei der Fernmeldedienst-Anbieterin sicher gespeichert und verwahrt, weshalb diesbezüglich keine Kollusion mehr droht. Überdies bezieht sich die RDE (im Gegensatz zur aktiven Gesprächsüberwachung) nicht auf Nachrichteninhalte (BGE 142 IV 43, 37 Erw. 4.2.2).

²⁰ Vgl. BBl 2016, 2013 f., BBl 2013, 2779. Die Revision wird voraussichtlich auf 1. Januar 2018 in Kraft treten.

²¹ BGE 138 IV 232, 238 f. Erw. 6.1-6.2; vgl. dazu FORSTER (Fn. 10), 633-635.

Standorten des Opfers oder betreffend Empfänger und Absender von Nachrichten und Anrufen) von grosser Wichtigkeit für die Fahndung und Verbrechensaufklärung sein.²² Es sei auch sachwidrig, die RDE davon abhängig zu machen, dass der Beschuldigte den Anschluss des getöteten Opfers (noch) benutzt oder vermutlich darauf anrufen könnte. Das Zwangsmassnahmenggericht habe insofern in unzulässiger Weise die Bewilligungskriterien der aktiven Gesprächsüberwachung mit denjenigen der blossen rückwirkenden RDE vermischt. Im dort beurteilten Fall bestanden *konkrete Anhaltspunkte*, dass sich über die streitige rückwirkende RDE auf Anschlüssen des Opfers *wichtige Untersuchungsergebnisse* zur Aufklärung des Kapitalverbrechens ermitteln liessen. Der Beschuldigte hatte im Übrigen (vor dem Tötungsdelikt) sogar noch auf die Anschlüsse des Opfers angerufen.²³ Eine auf Teilnehmeridentifikation und Verkehrsdaten beschränkte Überwachung des Fernmeldeverkehrs kann im Übrigen auch *ausserhalb* von Strafverfahren angeordnet werden, um eine *vermisste Person* zu finden. Dabei dürfen auch Daten unbeteiligter Dritter eingesehen werden (Art. 3 Abs. 1 BÜPF).

III. Kriterien von BGE 142 IV 34

In BGE 142 IV 34 hat das Bundesgericht (mangels einer spezifischen gesetzlichen Regelung) weiter folgende *Grundsätze* zur rückwirkenden (einfachen) Randdatenerhebung bei Dritten entwickelt:

1. Schriftliche Zustimmung der Drittperson

Bei einer *Zustimmung* der von der rückwirkenden Randdatenerhebung (RDE) betroffenen Drittperson ist Art. 270 lit. b StPO *nicht anwendbar*, da bei einer Zustimmung des Geheimnisherrn (nämlich des Inhabers des Fernmeldeanschlusses) sich kein «Geheimnisschutz» zu dessen Gunsten mehr aufdrängt.²⁴ Hingegen muss auch bei schriftlicher *Zustimmung* der Drittperson eine *richterliche Prüfung* und *Bewilligung* der RDE nach Art. 273 StPO erfolgen, und es ist keine direkte *Edition* (nach Art. 265 StPO) bei den

²² BGer vom 30.8.2013, 1B_251/2013, Erw. 5.6.

²³ Vgl. BGer vom 30.8.2013, 1B_251/2013, Erw. 5.7. Das Bundesgericht hatte zuvor schon die RDE bei einem *anderen* getöteten Opfer in einem Fall genehmigt, bei dem die Drittanschlussproblematik (Art. 270 lit. b StPO) nicht ausdrücklich Streitgegenstand der Beschwerde war (vgl. BGer vom 21.8.2012, 1B_265/2012, Erw. 2.3).

²⁴ Vgl. BGE 142 IV 34, 37 f. Erw. 4.2.3. In solchen Fällen ist unter dem Gesichtspunkt der *Subsidiarität* der Überwachungsmassnahme (Art. 273 Abs. 1 i.V.m. Art. 269 Abs. 1 lit. c StPO) vorgängig zu prüfen, ob die Drittperson, welche die Datenerhebung wünscht, sich allenfalls direkt (mit einem privaten Gesuch gemäss Art. 45 FMG bzw. Art. 81 FDV) an die Fernmeldedienst-Anbieterin wenden kann (BGE 142 IV 34, 38 Erw. 4.2.3). *Antennenstandorte* des Fernmeldeanschlusses können auf diesem Wege allerdings *nicht* ermittelt werden (vgl. S. MOOR/R. STUDER, Randdatenerhebung bei Vorliegen der Einwilligung sowie bei Dritten, Jusletter vom 30.5.2016, N 15).

Fernmeldedienst-Anbieterinnen zulässig.²⁵ Die gesuchstellende Staatsanwaltschaft hat die Zustimmungserklärung *mit dem Überwachungsgesuch* beim Zwangsmassnahmen-gericht einzureichen (Art. 274 Abs. 1 lit. b StPO).²⁶

Keine «Zustimmung» (von nicht beteiligten Drittpersonen) ist bei *Antennensuchläufen* mit *Rasterfahndung* (gegen unbekannte Täterschaft) erforderlich (s. oben, Ziff. I.2). Hier richtet sich die (geheime) Überwachungsmassnahme *unmittelbar* gegen die (noch nicht identifizierte) *Täterschaft* und damit gegen *beschuldigte* Personen (Art. 270 lit. a StPO). Für den *indirekten* Schutz von *unverdächtigen Dritten* beim Antennensuchlauf mit Rasterfahndung als *qualifizierte RDE* hat das Bundesgericht (wiederum mangels einer gesetzlichen Regelung) *eigenständige* Kriterien (gestützt auf Art. 273 i.V.m. Art. 269 StPO) entwickelt.²⁷ Auch hier bringt die Revision nBÜPF/StPO *keine* spezifi-

²⁵ BGE 142 IV 34, 41 Erw. 4.5; a.M. MOOR/STUDER, (Fn. 24), N 24 ff. Der Ansicht dieser Autoren ist zunächst entgegen zu halten, dass in dem vom Bundesgericht beurteilten Fall *keine* einfache Datenabfrage (etwa nach Art. 45 FMG) durch den Inhaber des Fernmeldeanschlusses erfolgt war, sondern eine *Überwachungsverfügung* (Art. 273 StPO) der Staatsanwaltschaft, zu welcher die Drittperson erst *nachträglich*, auf Betreiben der Staatsanwaltschaft, ihre «Einwilligung» gab. Eine solche Zwangsmassnahmeverfügung bedarf laut Gesetz der Bewilligung durch das Zwangsmassnahmengericht (Art. 273 Abs. 2 StPO). Auch die von den Autoren gezogene Analogie zur Hausdurchsuchung oder Edition überzeugt nicht, zumal diese Beweiserhebungen gerade *ohne* vorgängige richterliche Bewilligung vollzogen werden können, egal ob eine «Einwilligung» der Betroffenen vorliegt oder nicht. Und schliesslich wird übersehen, dass es auch noch Konstellationen gibt, bei denen das «Recht auf Einwilligung» in eine Fernmeldeüberwachung mit den Interessen von *mitbetroffenen Dritten* kollidieren kann, was eine richterliche Interessenabwägung gebietet.

²⁶ BGE 142 IV 34, 40-41 Erw. 4.4-4.5.

²⁷ Vgl. oben, Ziff. I.2. Die Randdaten der *unverdächtigen* Verbindungsteilnehmer, die in einem ersten Schritt (Antennensuchlauf) erhoben werden, aber *nicht* in den *Raster* fallen, bleiben *anonymisiert*. Eine «Zustimmung» *aller* Verbindungsteilnehmer wäre schon wegen ihrer regelmässig *sehr grossen Zahl* auch praktisch gar nicht möglich (vgl. BGE 137 IV 340, 348 Erw. 5.6 sowie 350 Erw. 6.1 betreffend Rechtsschutz). Ausserdem müssten sie (bei einem Zustimmungserfordernis) ja alle *identifiziert* werden. Bei der Erhebung von Verbindungs-Randdaten per *Antennensuchlauf* im Rahmen einer *Rasterfahndung* gegen *Unbekannt* verlangt das Bundesgericht (im Gegensatz zu *einfachen RDE* nach Art. 273 Abs. 1 StPO) den dringenden Tatverdacht eines *Verbrechens*. Zudem müssen die gesuchten Zielpersonen bei noch unbekannter Täterschaft grundsätzlich *individualisierbar* sein. Weiter wird die *Subsidiarität* der Massnahme (im Sinne einer «ultima ratio» der Untersuchungsanstrengungen, Art. 269 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 273 Abs. 1 StPO) verlangt. Ausserdem muss bei Rasterfahndungen mittels Antennensuchlaufs die angepeilte verdächtige *Schnittmenge* der abgeglichenen Verbindungs- und Rechnungsdaten voraussichtlich *klein* sein (BGE 137 IV 340, 349 f. Erw. 6.1). Die Analyse der zunächst *anonymisierten* Verbindungs-Randdaten und deren Abgleichung mit den übrigen Untersuchungsergebnissen (inklusive Schnittmengen-Ermittlung) erfolgt durch die *Staatsanwaltschaft*. Eine personenbezogene *Identifizierung* von Verbindungsteilnehmern ist erst beim eingeschränkten Kreis der *in das Fahndungs-raster fallenden* Verdächtigen zulässig (BGE 137 IV 340, 351 Erw. 6.4-6.5).

schen gesetzlichen Regeln. Art. 270 lit. b StPO ist beim Antennensuchlauf *nicht* anwendbar, und es genügt, wenn das Zwangsmassnahmengericht die Überwachungsvoraussetzungen von Art. 273 StPO (im Lichte der Kriterien von BGE 137 IV 340) überprüft.

2. Keine schriftliche Zustimmung der Drittperson

Falls die rückwirkende Randdatenerhebung (RDE) auf dem Anschluss eines *getöteten Opfers* beantragt wird und für die Aufklärung und rechtliche Qualifikation des untersuchten Tötungsdeliktes von wesentlicher Bedeutung erscheint, kann Art. 270 lit. b StPO der Untersuchungsmassnahme nach Art. 273 StPO nicht entgegen gehalten werden.²⁸ Darüber hinaus gibt es aber auch Fälle mit *lebenden* Geschädigten, bei denen sich *ohne* deren Zustimmung eine RDE aufdrängen kann.²⁹ Mangels schriftlicher Zustimmung des Geheimnisherrn ist in Fällen einer rückwirkenden (einfachen) RDE bei nicht beschuldigten Dritten dem *Verhältnismässigkeitsgebot* besonders Rechnung zu tragen (vgl. Art. 197 Abs. 2 StPO).³⁰ Die Untersuchungsmassnahme setzt sodann (schon laut Gesetz) eine *untersuchungsrelevante Kommunikationsverbindung* zu *Personen* oder *Fernmeldeanschlüssen* voraus.³¹ Nach der einschlägigen Praxis des Bundesgerichtes verlangt eine rückwirkende RDE (wie jede Überwachungsmassnahme) ausserdem einen *direkten Sachzusammenhang* zwischen der *Massnahme* und dem untersuchten *Delikt*.³²

Eine Kommunikationsverbindung zwischen dem rückwirkend überwachten Dritten und der *beschuldigten Person* verlangen hingegen weder das Gesetz, noch die Bundesgerichtspraxis. Es gibt denn auch Fälle, bei denen zum Beispiel die *Antennenstandorte* des Mobiltelefons des *Opfers* oder dessen *Verbindungsdaten* mit *nicht beschuldigten* Dritten (z.B. anderen Geschädigten, Zeugen, Angehörigen, Rettungsdiensten, Polizei usw.) von besonderer Wichtigkeit für die Verbrechensaufklärung sind. Hier kann keine

²⁸ BGE 142 IV 34, 38 Erw. 4.2.3; BGer vom 30.8.2013, 1B_251/2013, Erw. 5.5.

²⁹ Siehe z.B. die unten in Fussnote 33 genannte Konstellation von *verschiedenen Opfern*. Denkbar sind sodann Fälle, bei denen aus *ermittlungstaktischen* Gründen keine Zustimmung der geschädigten Person zur RDE eingeholt werden soll.

³⁰ BGE 142 IV 34, 38-39 Erw. 4.3.1-4.3.2. Keine «Zustimmung» (von nicht verdächtigen Drittpersonen) ist bei *Antennensuchläufen* mit *Rasterfahndung* (gegen unbekannte Täterschaft) erforderlich (s. oben, Ziff. I/2). Hier richtet sich die (geheime) Überwachungsmassnahme *unmittelbar* gegen die (noch nicht identifizierte) *Täterschaft* und damit gegen *beschuldigte Personen*. Art. 270 lit. b StPO ist hier *nicht* anwendbar, und es genügt, wenn das Zwangsmassnahmengericht die Überwachungsvoraussetzungen von Art. 273 StPO überprüft (BGE 137 IV 340).

³¹ Art. 273 Abs. 1 lit. a StPO: «Mit welchen *Personen* oder *Anschlüssen* die überwachte Person (...) *Verbindung* hat oder gehabt hat», BGE 142 IV 34, 39 Erw. 4.3.3; s.a. BGE 141 IV 108, 123 f. Erw. 5.6, 128 Erw. 6.2, 137 IV 340, 347 Erw. 5.2; FORSTER (Fn. 10), 620 f.; HANSJAKOB, in: ZH Komm. StPO (Fn. 17), Art. 273 N 1 ff., 8.

³² BGE 142 IV 34, 39 Erw. 4.3.3; s.a. BGer vom 30.8.2013, 1B_251/2013, Erw. 5.5.

zusätzliche Kommunikationsverbindung mit der *beschuldigten Person* verlangt werden. Und zwar grundsätzlich *egal*, ob das Opfer, dessen Randdaten rückwirkend erhoben werden, der Massnahme ausdrücklich zustimmt oder nicht: Wenn das Opfer der Überwachung *zustimmt*, ist Art. 270 lit. b StPO gar nicht anwendbar (vgl. oben, Ziff. III.1). Wenn das Opfer *nicht zustimmt*, gibt es jedenfalls Konstellationen, bei denen das Aufklärungsinteresse dem Privatsphärenschutz vorgehen muss und die genannten Kriterien der Bundesgerichtspraxis anzuwenden sind.³³

3. Ergebnis im Leitentscheid BGE 142 IV 34

In dem in BGE 142 IV 34 beurteilten Fall hatte die Staatsanwaltschaft dem Zwangsmassnahmengericht (vor der Prüfung des Überwachungsgesuches) *keine* schriftliche *Zustimmung* des Privatstrafklägers zur rückwirkenden RDE auf seinem Mobiltelefon-Anschluss vorgelegt. Das Bundesgericht hat im Rahmen einer *gesamthaften Betrachtung* die *Verhältnis-* und *Gesetzmässigkeit* der strafprozessualen Zwangsmassnahme in der dortigen konkreten Konstellation verneint. Dabei hat es dem Umstand besonderes Gewicht beigemessen, dass die Überwachung bloss *indirekt* der Aufklärung der untersuchten Straftaten diene.³⁴ Im Übrigen *verwarf* das Bundesgericht die Ansicht der Staatsanwaltschaft, wonach gar keine *richterliche Genehmigung* der rückwirkenden RDE notwendig wäre, wenn sich die Staatsanwaltschaft um eine *Zustimmung* des betroffenen Dritten bemüht hat.³⁵

IV. Fazit und Revisionsvorschlag (neuer Art. 273 Abs. 1^{bis} StPO)

Die Kriterien von Art. 270 lit. b StPO sind nur sehr beschränkt auf die Randdatenerhebung bei nicht beschuldigten Dritten (Art. 273 StPO) anwendbar. Mangels kohärenter gesetzlicher Regelungen hat die Bundesgerichtspraxis erste Grundsätze für die Anwendung im Einzelfall entwickeln müssen. Auch das revidierte Recht bringt auf diesem Gebiet leider keine Klärungen. Eine analoge gesetzliche Lücke besteht auch bei der qualifizierten Randdatenerhebung mittels Antennensuchlaufs. Für die (einfache) Randdatenerhebung bei Dritten hat der Autor³⁶ dem Bundesamt für Justiz im Januar 2017 folgenden *Revisionsvorschlag* für einen *neuen Art. 273 Abs. 1^{bis} StPO* unterbreitet:

³³ *Beispiel:* Beim Mobiltelefon des *Opfers A* sind *Randdaten* erhältlich, die der *Aufklärung* eines *Schwerverbrechens* an *A* und *B* dienen. *Opfer A* *verweigert* die *Zustimmung*; *Opfer B* *verlangt* die *Randdatenerhebung* auf dem Mobiltelefon von *A* zur *Aufklärung* des *Schwerverbrechens*.

³⁴ Vgl. BGE 142 IV 34, 39-41 Erw. 4.4.

³⁵ Vgl. BGE 142 IV 34, 41 Erw. 4.5.

³⁶ Als Mitglied der vom BJ eingesetzten Arbeitsgruppe Revision StPO.

«Die Randdatenerhebung bei nicht beschuldigten Drittpersonen setzt (neben den Anforderungen von Absatz 1) das Vorliegen einer untersuchungsrelevanten Kommunikationsverbindung zu Personen oder Fernmeldeanschlüssen voraus.»

