

# Obergericht des Kantons Zürich

Präsident



Geschäfts-Nr.: XA210001-O/Z01

Der Präsident

(Obergerichtspräsident lic. iur. M. Langmeier)

*Eingegangen  
25.1.2022*

## Verfügung vom 18. Januar 2022

in Sachen

### Digitale Gesellschaft,

Erik Schönenberger, 4000 Basel,

Gesuchstellerin

betreffend **Akteneinsicht**

Nach Einsicht in die rechtzeitig erstattete Stellungnahme des Zwangsmassnahmengerichts des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Januar 2022 (act. 5; gleichentags überbracht; vgl. auch act. 4),

in Anwendung von § 12 Abs. 3 IAV,

**wird verfügt:**

1. Die Stellungnahme des Zwangsmassnahmengerichts des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Januar 2022 wird der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zugestellt.
2. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchstellerin, unter Beilage von Kopien der act. 4 und 5.

Zürich, 18. Januar 2022

Obergericht des Kantons Zürich  
Die Gerichtsschreiberin:



lic. iur. C. Heuberger Golta

# Obergericht des Kantons Zürich

Präsident



Hirschengraben 15, 8001 Zürich  
Briefadresse: Postfach, 8021 Zürich  
Paketadresse: Hirschengraben 15, 8001 Zürich  
Telefon 044 257 91 91

XA210001-O/GS

Obergericht des Kantons Zürich  
Zwangsmassnahmengericht

im Hause

Geschäfts-Nr.: XA210001-O/K02/CHG  
(Bitte in Antwort wiederholen)

Zürich, 3. Januar 2022

## Einladung zur Stellungnahme

Sehr geehrte Damen Oberrichterinnen Meier und Gerwig  
sehr geehrte Damen und Herren

Mit Bezug auf das beiliegende Gesuch der Digitalen Gesellschaft betreffend Akteneinsicht, bei Ihnen eingegangen am 17. Dezember 2021 und in der Folge an uns weitergeleitet, laden wir Sie höflich zu einer Stellungnahme ein.

Wir danken Ihnen für eine Antwort bis am 17. Januar 2022.

Freundliche Grüsse

Obergericht des Kantons Zürich  
Gerichtsschreiberin:

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'C. Heuberger Golta'. The signature is written in a cursive style.

lic. iur. C. Heuberger Golta

Beilagen: Kopien von act. 1 und 2/1-5

# Obergericht des Kantons Zürich

## Zwangsmassnahmengericht



5

Hirschengraben 15, 8001 Zürich  
Briefadresse: Postfach 2401, 8021 Zürich  
Paketadresse: Hirschengraben 15, 8001 Zürich

Heute,

17. Jan. 2022,

überbracht

C. Henzler  
Wolke

An den Präsidenten des  
Obergerichts des Kantons Zürich  
lic. iur. M. Langmeier

im Hause, überbracht

Geschäfts-Nr. XA210001

Zürich, 17. Januar 2022

### Stellungnahme zum Akteneinsichtsgesuch der Digitalen Gesellschaft vom 17. Dezember 2021

Sehr geehrter Herr Obergerichtspräsident

Gern nehme ich nach Rücksprache mit meinen beiden Richterkollegen lic. iur. C. Gerwig und lic. iur. D. Oehninger für das Zwangsmassnahmengericht des Obergerichts zum Akteneinsichtsgesuch der Digitalen Gesellschaft vom 16. Dezember 2021 innert Frist wie folgt Stellung:

1. Die digitale Gesellschaft ersucht um Einsicht in Entscheide betreffend den Einsatz von IMSI-Catchern, Server-Überwachungen, Überwachungssoftware und Antennensuchläufen. Dabei beruft sie sich auf den Grundsatz der Justizöffentlichkeit gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 UNO-Pakt II und Art. 30 Abs. 3 BV und verweist auf Art. 6 BÖG und Art. 20 IDG.
2. Vorab erlauben wir uns den Hinweis, dass sich der persönliche Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetz des Bundes auf die Bundesverwaltung beschränkt (Art. 2 BGÖ). Gemäss § 2b Abs. 1 IDG richten sich Einsichtsrechte Dritter in Strafverfahren sodann nach den spezialgesetzlichen Bestimmungen und nicht nach dem IDG, und zwar auch nach Abschluss des Verfahrens (vgl. dazu regierungsrätliche Weisung zu dieser Gesetzesänderung, S. 17). Beide Gesetze finden aus unserer Sicht somit vorliegend keine Anwendung.
3. a) Art. 30 Abs. 3 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pak II statuieren das Prinzip der Justizöffentlichkeit (vgl. dazu statt vieler Urteil des Bundesgerichts 1C\_194/2020 vom 27. Juli 2021 m.w.H.). Gemäss Art. 6 Abs. 1 EMKR hat jede Person

ein Recht darauf, dass über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage öffentlich verhandelt und das Urteil öffentlich verkündet wird. Gemäss Art. 30 Abs. 3 BV sind Gerichtsverhandlungen und Urteilsverkündungen öffentlich. Auch andere Formen der Bekanntmachung wie öffentliche Auflage oder Publikation im Internet sind von dieser Regelung umfasst. Der verfassungsmässige Grundsatz gilt indes nicht absolut. Das Gesetz kann Ausnahmen vorsehen (Art. 30 Abs. 3 BV).

b) Der Gesetzgeber hat in Art. 69 StPO das Öffentlichkeitsprinzip im Strafverfahren näher geregelt und dabei bestimmt, dass Verhandlungen vor dem erstinstanzlichen Gericht und dem Berufungsgericht sowie die mündliche Eröffnung von Urteilen und Beschlüssen dieser Gerichte mit Ausnahme der Beratung öffentlich sind (Art. 69 Abs. 1 StPO). Demgegenüber hat er verschiedene Verfahren, darunter das Vorverfahren und das Verfahren am Zwangsmassnahmengericht, als nicht öffentlich erklärt (Art. 69 Abs. 3 lit. a und b StPO).

Der Ausschluss der Öffentlichkeit in Verfahren des Zwangsmassnahmengerichts basiert dabei auf der Überlegung, dass diese Teil des geheimen Vorverfahrens bilden. Ein solcher Ausschluss wurde ausdrücklich als EMRK-konform erachtet, da dabei nicht über eine strafrechtliche Anklage zu entscheiden ist (Begleitbericht des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements von Juni 2001, S. 65 f., zu Art. 76 Abs. 3 Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung; vgl. auch Zürcher Kommentar StPO-Brüschweiler/Nadig/Schneebli, 3. A., Zürich 2020, Art. 69 N 9).

c) Die von der Digitalen Gesellschaft in diesem Zusammenhang zitierte Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 (BBl 2006 1085, S. 1152) bezieht sich auf Art. 67 Abs. 4 EStPO, der im Laufe der parlamentarischen Beratungen gestrichen und durch die heutige Regelung in Art. 69 Abs. 2 StPO ersetzt wurde, wonach ein Einsichtsrecht interessierter Dritter besteht in Entscheide gemäss Art. 69 Abs. 1 StPO, wenn die Parteien auf eine öffentliche Verkündung verzichtet haben, sowie in Strafbefehle (zum Ganzen AB 2006 S 1004 / BO 2006 E 1004; Geschäft 05.092).

Mit dieser gegenüber dem Entwurf systematisch und inhaltlich präzisierten Regelung von Art. 69 Abs. 2 StPO wurde in Verbindung mit Art. 69 Abs. 3 StPO unseres Erachtens klargestellt, dass bei nicht öffentlichen Verfahren gerade kein generelles Einsichtsrecht Dritter in Entscheide bestehen und das Öffentlichkeitsprinzip auch insofern (bewusst) eingeschränkt werden sollte (so auch Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St.Gallen 3. A. 2017, § 15 N 270 und Fn 474).

Gemäss dieser Regelung müssten bei nicht öffentlichen Verfahren allfällige Einsichtsrechte Dritter unseres Erachtens aber jedenfalls auf solche Entscheide beschränkt sein, denen - gleich wie den in Art. 69 Abs. 2 StPO genannten Entscheiden - strafverfahrenserledigender Charakter zukommt (vgl. für rechtskräftige Einstellungs- und Nichtanhandnahmeentscheide BGE 137 I 16, E. 2.2. ff. und Urteil des Bundesgerichts 1B\_68/2012 vom 3. Juli 2012, E. 3.4), was bei Genehmigungsentscheiden des Zwangsmassnahmengerichts nicht der Fall ist.

Auch aus den kantonalzürcherischen Regelungen (Informations- und Akteneinsichtsverordnung der obersten Gerichte (IAV) vom 12. Juli 2021 sowie internes Reglement des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. September 2011 über die Publikation von Entscheidungen) ergibt sich aus unserer Sicht nichts anders.

4. a) Im Weiteren ist die Akteneinsicht Dritter für abgeschlossene Verfahren im Kanton Zürich in § 19 Abs. 2 IAV geregelt, welche Bestimmung die Akteneinsicht Dritter bei einem wissenschaftlichen oder anderen schützenswerten Interesse vorsieht. Dabei muss es sich zwar nicht notwendigerweise um ein rechtlich geschütztes Interesse handeln (BGE 127 I 145; Urteil des Bundesgerichts 1B\_55/2019 vom 14. Juni 2019, E. 3.4). Schützenswert ist ein Interesse, wenn die Einsicht im Rahmen der beruflichen Tätigkeit erfolgt oder der Prüfung möglicher Ansprüche Verfahrensbeteiligter im Zusammenhang mit dem entsprechenden Verfahren dient (§ 21 IAV). Bloss faktische Interessen des Dritten, auch wenn diese ausgeprägter sind als beim Durchschnittsbürger, genügen indes nicht (ZR 117 (2018) Nr. 36). Einer Einsichtnahme durch Dritte dürfen sodann keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen.

b) Ein schützenswertes Interesse, das über ein generelles Interesse an der umfassenden Kenntnisnahme der Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts hinausgeht, macht die Digitale Gesellschaft unseres Erachtens nicht geltend.

Der beantragten Einsicht stehen sodann aus Sicht des Zwangsmassnahmengerichts auch gewichtige öffentliche Interessen entgegen.

Die Anordnung, Genehmigung und Durchführung geheimer Überwachungen erfolgen von Gesetzes wegen nicht parteiöffentlich. Der Betroffene hat davon keine Kenntnis. Damit soll der Massnahmenerfolg bestmöglichst gewährleistet werden. Die Verfahrensherrschaft liegt nicht bei uns. Es ist Sache der Staatsanwaltschaft, den Betroffenen nach Beendigung der Überwachung, spätestens bei Abschluss des Vorverfahrens, darüber zu informieren (Art. 279 Abs. 1 und Art. 298 Abs. 1 StPO). Auf den Zeitpunkt der Informierung hat das Zwangsmassnahmengericht keinerlei Einfluss und es erlangt davon auch keine Kenntnis.

Ganz unabhängig von den Überlegungen in Ziff. 3 ist bereits deshalb allergrösste Zurückhaltung bei der Beurteilung von Akteneinsichtsgesuchen Dritter in Genehmigungsent-scheide des Zwangsmassnahmengerichts geboten.

Hinzu kommt, dass bei Herausgabe solcher Entscheide nicht ausgeschlossen werden kann, dass dadurch die noch hängige Untersuchung gefährdet würde. Daran könnte auch eine Anonymisierung bzw. Schwärzung gewisser Passagen nichts ändern, welche ja nicht so weit gehen kann, dass der Entscheid nicht mehr verständlich ist. Auch dann besteht noch die Möglichkeit, dass bis zum Verfahrensabschluss ein Rückschluss auf am Verfahren beteiligte Personen und ihre Taten gezogen und die Untersuchung beeinflusst werden könnte. Aufgrund ähnlicher Bedenken (Gefährdung laufender oder künftiger Ermittlungen) hat der Bundesgesetzgeber beim Einsatz von besonderen technischen Geräten und Informatikprogrammen gemäss Art. 269bis und ter StPO (IMSI-Catcher und

Gowware) nicht nur bestimmt, dass diese Massnahmen vom Dienst für Überwachungen erst nach deren Abschluss statistisch erfasst werden dürfen, sondern dass darüberhinaus auch keinerlei Angaben zum jeweiligen Kanton der anordnenden Behörde publiziert werden dürfen (Art. 13 VÜPF; Erläuternder Bericht zum Entwurf 2017 zur Totalrevision der Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, S. 13 f.; entsprechend verzichtet auch das Zwangsmassnahmengericht des Obergerichts bei der Publikation seiner jährlichen Statistik im Rechenschaftsbericht auf eine separate Ausweisung dieser Verfahren).

c) Schliesslich möchten wir zu bedenken geben, dass ein Gesuch um Akteneinsicht in erledigte Verfahren in aller Regel die Bekanntgabe der massgeblichen Prozessnummer bzw. Entscheidungsdaten voraussetzen dürfte. Die von der Digitalen Gesellschaft demgegenüber beantragte Entscheidung nach Themengebieten wäre angesichts der in zeitlicher Hinsicht sehr ausgedehnten Anträge und bei jährlich mehreren hundert Genehmigungsentscheiden mit einem erheblichen bis ausserordentlichen Aufwand verbunden.

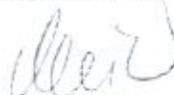
Soweit die Digitale Gesellschaft unseres Wissens am 16. März 2017, also noch vor Inkrafttreten der neuen gesetzlichen Grundlagen für den Einsatz von IMSI-Catchern und Gowware (Art. 269bis und ter StPO; 1. März 2018), ein konkreteres Einsichtsgesuch betr. das Verfahren TK130003 (Gowware) gestellt hat, das wir auch damals zuständigkeitshalber an das Präsidium weitergeleitet haben, dürfte schliesslich bereits einmal entschieden worden sein.

d) Aus Sicht des Zwangsmassnahmengerichts sind nach dem Gesagten auch die Voraussetzungen für eine Akteneinsicht gemäss § 19 Abs. 2 IAV nicht gegeben.

5. Aus all diesen Gründen ersuchen wir Sie, sehr geehrter Herr Obergerichtspräsident, dem Gesuch der Digitalen Gesellschaft nicht stattzugeben. Ebenso besteht nach dem Gesagten für das Zwangsmassnahmengericht keine Veranlassung, seine bisherige Publikationspraxis gemäss den Vorstellungen der Digitalen Gesellschaft zu ändern.

Freundliche Grüsse

Zwangsmassnahmengericht des Obergericht des  
Kantons Zürich



lic. iur. A. Meier