

Digitale Gesellschaft, CH-4000 Basel

Obergericht des Kantons Zürich
Hirschengraben 15
Postfach
8021 Zürich

11. Februar 2022

**Geschäfts-Nr.: XA210001 / Antwort auf Stellungnahme des
Zwangsmassnahmegerichts vom 17. Januar 2022**

Sehr geehrter Herr Obergerichtspräsident, sehr geehrte Damen und Herren

Hiermit erlaube ich mir, eine Stellungnahme zur Antwort des Zwangsmassnahmegerichts vom 17. Januar 2022 einzureichen.

Vorab ist festzustellen, dass die Abweisung des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. März 2017 betreffend dem Gesuch um Zustellung des Entscheides (TK130003 vom 31. Januar 2014) vom 16. März 2017 aufgrund eines mangelnden rechtskräftigen Entscheides nicht in materielle Rechtskraft erwachsen und daher nicht massgeblich ist, weshalb der Beantwortung des vorliegenden Gesuchs kein formelles Hindernis entgegensteht. Das Gesuch vom 16. März 2017 deckt sich ausserdem in materieller Hinsicht nicht mit dem aktuellen Gesuch vom 16. Dezember 2021. Mit dem Inkrafttreten der Art. 269^{bis} und 269^{ter} StPO am 1. März 2018 wurde die gesetzliche Grundlage für IMSI-Catchern und GovWare geschaffen. Diese Gesetzesänderung steht in keinem Zusammenhang mit dem vorliegenden Einsichtsgesuch vom 16. Dezember 2021. Aus dieser Bezugnahme wird einzig ersichtlich, dass für Serverüberwachungen und Antennensuchläufe keine gesetzliche Grundlage besteht.

Das Gesuch vom 16. Dezember 2021 stützt sich ausdrücklich auf Art. 30 Abs. 3 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II und verweist nebenbei in seiner Begründung auf Art. 6 BGÖ und Art. 20 IDG.

Art. 30 Abs. 3 BV, Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II umfassen zwei Teilansprüche: den Anspruch auf ein öffentliches Verfahren und die öffentliche Urteilsverkündung. Der Anspruch auf eine öffentliche Urteilsverkündung garantiert die

öffentliche Verkündung von Entscheiden. Der Anspruch auf Kenntnisnahme von Urteilen kann auch durch die Auflegung eines Entscheides bei der Gerichtskanzlei, der Veröffentlichung in einer amtlichen Sammlung oder mit der Publikation im Internet erfüllt werden. Er gilt nicht absolut, ein Gesetz im formellen Sinn kann Ausnahmen vorsehen, wie dies in Art. 69 StPO auch so umgesetzt wurde. Art. 69 StPO ist aber im Lichte der grund- und menschenrechtlichen Ansprüche, die die Schweizer Bundesverfassung und die Europäische Menschenrechtskonvention garantieren, auszulegen, damit der Zweck der Justizöffentlichkeit, eine Grundlage für das Vertrauen in die Gerichtsbarkeit in einer demokratischen Gesellschaft mittels einer Kontrolle der Justiz durch die Öffentlichkeit also mittels Transparenz der Rechtsprechung zu schaffen, erfüllt wird. Der Grundsatz ist von zentraler rechtsstaatlicher und demokratischer Bedeutung. Die demokratische Kontrolle durch die Rechtsgemeinschaft soll Spekulationen begegnen, die Justiz benachteilige oder privilegiere einzelne Prozessparteien oder die Ermittlungen würden einseitig und rechtsstaatlich fragwürdig geführt (BGE 143 I 194 E. 3.1; BGE 139 I 129 E. 3.3).

Auf den ersten Blick steht die Auslegung von Art. 69 StPO mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 30 Abs. 3 BV in Einklang. Diese äussern sich nicht explizit zu Zwangsmassnahmeverfahren und gewähren eine relativ grosse *margin of appreciation*. Gewisse Grundsätze wurden bisher aber ausformuliert.

Der Grundsatz der Öffentlichkeit von Gerichtsverfahren in Art. 6 Ziff. 1 EMRK enthält, wie auch Art. 30 Abs. 3 BV, zwei Aspekte: die Durchführung öffentlicher Anhörungen und die öffentliche Verkündung von Urteilen (Sutter v. Switzerland, §27; Tierce and Others v. San Marino, §93). Es handelt sich um zwei separate Rechte. Die Tatsache, dass eines der Rechte nicht verletzt wird, bedeutet nicht automatisch, dass das andere Recht nicht verletzt werden kann (Artemov v. Russia, §109). Beiden Rechten gemeinsam ist der Zweck von Art. 6 Ziff. 1 EMRK, nämlich ein faires Verfahren in einer demokratischen Gesellschaft zu gewährleisten.

Die Garantie eines öffentlichen Verfahrens ist an eine strafrechtliche Anklage gebunden und gilt nicht absolut. Die Anforderungen an ein faires Verfahren unterscheiden sich je nach Art des Strafverfahrens, wobei die Anforderungen beim harten Kern des Strafrechts am strengsten sind (Jussila v. Finland, §§41-43). Der zweite Gehalt, die öffentliche Verkündung von Gerichtsentscheiden, ist hingegen nicht an eine strafrechtli-

che Anklage gebunden, da es sich um zwei separate Rechte mit unterschiedlichen Zielen handelt (Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial, criminal limb, Ziff. 315 ff.).

Ob die im innerstaatlichen Recht vorgesehenen Formen der Öffentlichkeit dem Anspruch in Art. 6 Ziff. 1 EMRK genügen, beurteilt sich nach den Besonderheiten des betreffenden Verfahrens und unter Bezugnahme auf Ziel und Zweck vom zweiten Gehalt in Art. 6 Abs. 1 EMRK (Pretto and Others v. Italy, §26; Axel v. Germany, §31). Ob der Zweck vom Recht auf Veröffentlichung des Urteils, die Kontrolle der Justiz durch die Öffentlichkeit zu gewährleisten und das Recht auf ein faires Verfahren zu schützen, erfüllt ist, ist im Lichte des gesamten Verfahrens zu beurteilen, wobei dieser unter Gesamtbetrachtung des Verfahrens erreicht werden muss (Axel v. Germany, §32). Ein zeitliches Limit der Gewährung der Justizöffentlichkeit besteht nicht.

Die Pflicht zur Veröffentlichung von Urteilen besteht gerade auch dann, wenn das Verfahren unter Ausschluss der Öffentlichkeit durchgeführt wurde (HRC, General Comment no. 32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, Ziff. 29; Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 977). Gerade in solchen Situationen ist die Publikation des Urteils erforderlich, um der demokratischen Öffentlichkeit Kenntnis vom Verfahren zu geben und um eine Kontrolle der Justiz zu ermöglichen (Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 970 ff.).

Insbesondere bei Zwangsmassnahmen, bei denen es sich um Eingriffe in höchstensible Grund- und Menschenrechte handelt und meist erst ein Tatverdacht vorliegt, ist die Gewährleistung dieser Mindestgarantien von grundsätzlicher Bedeutung. Der Teilgehalt der Justizöffentlichkeit, die öffentlichen Urteilsverkündung, muss unabhängig vom Anspruch der Verfahrensöffentlichkeit gesehen werden und ist besonders im geheimen Zwangsmassnahmeverfahren, wo besonders einschneidende Zwangsmassnahmen beurteilt werden, entsprechend verhältnismässig anzuwenden.

Wie von den Gesetzgebenden gewollt, wurde das Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht in Art 69 Abs. 3 StPO explizit von der Verfahrensöffentlichkeit ausgenommen. Zweck des Ausschlusses der Öffentlichkeit bei einem Zwangsmassnahmeverfahren im Vorverfahrensstadium ist die Gefährdung der laufenden Untersuchungen und somit der Schutz der Geheimhaltungsinteressen. Ein laufendes Verfahren mit Geheimhaltungsinteresse vor dem Zwangsmassnahmengericht öffentlich zu machen, wäre also grundsätzlich durchaus geeignet, den Zweck der Geheimhaltung des Ver-

fahrens zu vereiteln und den Massnahmeerfolg zu gefährden. Der Zweck des geheimen Zwangsmassnahmeverfahrens wird also erfüllt, solange ein Geheimhaltungsinteresse vorliegt.

Dies betrifft den Teilgehalt der Justizöffentlichkeit, die Verfahrensöffentlichkeit, das Recht auf Veröffentlichung des Urteils ist davon zu trennen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt der Grundsatz der öffentlichen Urteilsverkündung auch dann, wenn das vorausgegangene Strafverfahren nicht öffentlich durchgeführt wurde, denn die möglichen Einschränkungen des Öffentlichkeitsgrundsatzes betreffen grundsätzlich nur die Verhandlungen, nicht aber die öffentliche Verkündung des Urteils (BGE 124 IV 234 E.3c).

Mit Beendigung der Massnahme oder mit Mitteilung an die betroffene Person fällt das Geheimhaltungsinteresse weg und es besteht keine Notwendigkeit mehr, die Öffentlichkeit auszuschliessen. Die Veröffentlichung eines Zwangsmassnahmeentscheides wird umso wichtiger, als es sich bei Zwangsmassnahmen um besonders schwerwiegende Eingriffe in Grund- und Menschenrechten handelt und daher eine Kontrolle des Justizwesens in einer demokratischen Gesellschaft im Hinblick auf die Wahrung des Rechts auf ein faires Verfahren mittels genügender Transparenz zu gewährleisten ist (Pretto and Others v. Italy, §27).

Zudem besteht im Vorverfahren erst ein Tatverdacht gegen eine Person, umso mehr ist eine Kontrolle der Justiz angezeigt. Gerade dann ist der Grundsatz der Transparenz im Hinblick auf die zentrale rechtsstaatliche und demokratische Bedeutung der Justizöffentlichkeit besonders wichtig und geboten. Inwiefern bei Wegfall des Geheimhaltungsinteresses im Zwangsmassnahmeverfahren allergrösste Zurückhaltung bei Einsichtsgesuchen geboten ist beziehungsweise was einer Veröffentlichung der Entscheidungen entgegen steht, ist nicht ersichtlich.

Folglich sind Verfahren betreffend geheimen Überwachungsmaßnahmen zwar grundsätzlich geheim, wobei eine Veröffentlichung der Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts nach Wegfall des Geheimhaltungsinteresses, unabhängig des Anspruchs der Verfahrensöffentlichkeit, notwendig ist, um die Grundrechte zu schützen, Transparenz zu wahren und damit die Kontrolle des Justizwesens in einer demokratischen Gesellschaft im Hinblick auf die besonders grundrechtssensiblen Zwangsmassnahmen zu sichern.

Gemäss Bundesgericht können nicht jegliche Information aus dem Bereich der nicht-gerichtlichen Verfahrenserledigungen ohne Straffolgen durch Sach- und Prozessentscheide durch Ermittlung- und Untersuchungsbehörden bzw. Staatsanwaltschaften von vornherein völlig ausgeschlossen werden, denn damit würden rechtsstaatlich unzulässige Reservate möglicher behördlicher Willkür oder intransparenter "Geheimjustiz" geöffnet werden (BGE 134 I 286 E. 6.3). Urteile des Zwangsmassnahmengerichts sind keine Sachentscheide. Gemäss Bundesgericht würde eine allzu rigide formale Unterscheidung von materiellen Straferkenntnissen bzw. Strafverfügungen der rechtsstaatlichen Funktion des Öffentlichkeitsprinzips nicht ausreichend Rechnung tragen. Ausserdem übersähe diese strikte Trennung, dass in gewissen Fällen auch Einstellungsverfügungen den strafprozessualen Sachentscheiden zuzurechnen sind (BGE 134 I 286 E. 6.4). In Strafverfahren wiegen nicht selten die Folgen von (geheimen) Zwangsmassnahmen für die betroffene Person schwerer als der Sachentscheid, welcher das Strafverfahren abschliesst, dies u.U. auch bei Verurteilungen. Gerade auch deshalb dürfen nicht allzu strenge Anforderungen an die Veröffentlichung gestellt werden.

Mit Wegfall des Geheimhaltungsinteresse ist also nicht ersichtlich, inwiefern ein öffentliches Zugänglichmachen eines Entscheides ein noch hängiges Verfahren gefährden könnte. Entgegen der Ansicht des Zwangsmassnahmengerichts kann einer allfälligen drohenden Gefährdung in einer noch laufenden Untersuchung wie vom Bundesgericht bestätigt durch eine Anonymisierung genügend Rechnung werden. Dies wird in der Praxis, wie u.a. publizierte Entscheide des Obergerichts und des Bundesgerichts in Rechtsmittelverfahren zeigen, mitunter durchaus auch so gehandhabt. So wurde beispielsweise der Entscheid UE130087 des Obergerichts vom 3. Februar 2014 auf www.gerichte-zh.ch publiziert (und in einem Blogeintrag von Rechtsanwalt Martin Steiger vom 25. März 2014 thematisiert [<https://steigerlegal.ch/2014/04/25/files-sharing-massenabmahnungen-urteil/>]), bevor die Person, auf welches das Strafverfahren eigentlich abzielte, eruiert worden war. Sollten einer anonymisierten Publikation während laufenden Verfahren im Einzelfall überwiegende Interessen entgegenstehen, so ist der Entscheid zumindest nachträglich zu publizieren (vgl. als Beispiel dafür den nachstehend referierten Entscheid des Bundesgerichts zum Einsatz von Keylogger-Software), wobei die Justizöffentlichkeit damit gewährt wird. Die Kantone Freiburg sowie Baselland publizieren teilweise bereits anonymisierte Zwangsmassnahmengerichtsentscheide. All dies zeigt, dass die Umsetzung der Justizöffentlichkeit im Zwangsmassnahmeverfahren durchaus möglich ist und ein Wandel des Verständnisses der Justizöffentlichkeit im Zwangsmassnahmeverfahren bereits stattgefunden hat.

Mit Blick auf die Entstehungsgeschichte von Art. 69 StPO wird ersichtlich, dass es nicht der Zweck von Art. 69 StPO sein sollte, den Anspruch auf Justizöffentlichkeit in vollem Umfang zu beschränken. Aufgrund dessen, dass die Verhandlungen des Zwangsmassnahmengerichts Teil der geheimen Voruntersuchungen bildet, wurde ein Ausschluss vom EJPD 2001 als EMRK-konform betrachtet (Begleitbericht des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung vom Juni 2001, S. 65 f. zu Art. 76 Abs. 3). Diese Beurteilung bezieht sich auf Verhandlungen und nicht auf die Veröffentlichung der Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts. Über eine mögliche Einsichtnahme von Zwangsmassnahmeentscheiden, wenn das Geheimhaltungsinteresse wegfällt, hat sich das EJPD nicht geäußert.

Die Informationsfreiheit in Art. 16 Abs. 3 BV lässt eine klare Entwicklungsrichtung hin zu einem Konsens auf kantonaler Ebene in Richtung eines umfassenden Rechts auf Zugang zu amtlichen Informationen erblicken. Das Grundrecht ist dahingehend auszuliegen, dass ein Anspruch auf Einsicht in Akten gewährleistet sein muss, ohne dass dafür ein individuelles Einsichtsinteresse bestehen müsste. Dieser Einsichtsanspruch bezieht sich zwar auf amtliche Dokumente des Staates und nicht auf Justizakten. Die Weiterentwicklung der diesbezüglichen Praxis auf kantonaler Ebene und dessen Verankerung auf Verfassungs- oder einfachgesetzlicher Ebene ist Ausdruck der elementaren rechtsstaatlichen und demokratischen Bedeutung des Anspruchs auf Einsicht in amtliche Akten (zum Ganzen Schefer/Cueni, Die Informationsfreiheit nach Art. 16 Abs. 1 und 3 BV, in: Jusletter 7. Februar 2022). Die Veröffentlichung der Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts und der damit einhergehenden Transparenz erscheint mit Blick auf das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Praxis des Zwangsmassnahmengerichts als notwendig.

Die Notwendigkeit besteht gerade auch deshalb, weil die gesetzlichen Grundlagen für sich allein nicht deutlich machen, welche Zwangsmassnahmen in der Praxis unter welchen Voraussetzungen zur Anwendung gelangen. Dies betrifft Zwangsmassnahmen, welche strafprozessual (ausdrücklich) geregelt sind, aber auch solche, bei denen zumindest als fraglich erscheint, ob sie über eine gesetzliche Grundlage verfügen. Neues Beispiel dazu sind die Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts vom 10. Februar 2020 und 26. März 2020 sowie des Bundesgerichts vom 18. Juni 2020 zur Frage, ob eine auf einem Zielcomputer eingeschleuste, als Keylogger eingesetzte Software als technisches Überwachungsgerät i.S.v. Art. 280 ff. StPO gelten kann oder ob darauf

Art. 269^{ter} zur Anwendung gelangt. Das Zwangsmassnahmengericht hatte sich dagegen ausgesprochen, dass sich der Einsatz einer Keylogger-Software auf Art. 280 ff. StPO zu stützen vermag, das Bundesgericht dafür. Hätte das Bundesgericht seinen Entscheid nicht nachträglich publiziert (1B_132/2020, 1B_184/2020), dann hätten die Rechtsunterworfenen und alle näher an der Praxis der Zwangsmassnahmengerichte interessierten Kreise (insb. Journalist:innen, Strafverteidiger:innen sowie Organisationen, welche sich für die Grundrechte in diesem Bereich einsetzen) keine Kenntnis von dieser Praxis.

Im Lichte der oben gemachten Ausführungen wiegt das öffentliche Interesse an der Veröffentlichung der Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts besonders schwer.

Die Informations- und Akteneinsichtsverordnung regelt das Akteneinsichtsrecht in Gerichtsakten für Dritte bei abgeschlossenen Strafverfahren. Bei Zwangsmassnahmeentscheide handelt es sich um Entscheide, die in einem laufenden Strafverfahren ergehen. Da es sich nicht um ein abgeschlossenes Strafverfahren handelt, ist nicht ersichtlich, inwiefern §§ 19 ff. der Informations- und Akteneinsichtsverordnung und §151d GOG vorliegend anwendbar sind. Ausserdem stellt die Informations- und Akteneinsichtsverordnung höhere Anforderungen an die Einsicht durch Dritte als das Gesetz selbst, damit liegt eine Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips vor. Weiter wird nicht Einsicht in Strafverfahrensakten verlangt, sondern um die Einsicht in den Entscheid. Unter Bezugnahme auf das Verhältnismässigkeitsprinzip können nicht die gleich strengen Voraussetzungen angewendet werden. Der verfassungsmässige Anspruch der Justizöffentlichkeit betrifft Gerichtsentscheide und nicht generell Gerichtsakten. Inwiefern §§ 19 ff. der Informations- und Akteneinsichtsverordnung sowie §151d GOG ausschlaggebend für Einsichtsgesuche in Zwangsmassnahmeentscheide sind, ist nicht ersichtlich.

Das Recht auf Bekanntgabe eines Strafurteils kann jede Person geltend machen, die ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht (BGE 124 IV 234 E. 3d; BGE 115 V 244 E.4d; Sutter v. Switzerland, §34). Angesichts der Bedeutung, welche der öffentlichen Urteilsverkündung insbesondere in Strafsachen im Allgemeinen zukommt, sind mit Bezug auf Einschränkungen dieses Rechts strenge Massstäbe anzulegen. Es genügt deshalb, wenn die betroffene Person ein ernsthaftes Interesse an der Kenntnisnahme eines Strafurteils glaubhaft macht (BGE 124 IV 234 E. 3d). Die Digitale Gesellschaft als gemeinnützige Organisation setzt sich für Grund- und Menschenrechte, eine offene Wissenskultur sowie weitreichende Transparenz und Beteiligungsmöglichkeiten

an gesellschaftlichen Entscheidungsprozessen ein. Unsere Tätigkeit orientiert sich an den Bedürfnissen der Bürger:innen und Konsument:innen in der Schweiz und international. Unser Ziel ist der Erhalt und die Förderung einer freien, offenen und nachhaltigen Gesellschaft auf dem Hintergrund der Persönlichkeits- und Menschenrechte. Dabei befassen wir uns insbesondere mit Themen wie Datenschutz und Überwachung. Ein genügendes Interesse an der Einsicht in die Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts ist damit ohne Weiteres gegeben.

Auch wenn die Verfahrensherrschaft nicht beim Gericht, sondern bei der verfahrensleitenden Behörde liegt, wird das Gericht zumindest in gewissen Fällen, z.B. von der Beendigung einer Überwachung durchaus informiert (Art. 275 Abs. 2 StPO). Unabhängig davon, ob das Zwangsmassnahmengericht informiert wird oder nicht, bleibt es die Aufgabe des Gerichts seinen Entscheid öffentlich zugänglich zu machen.

Ein für das Zwangsmassnahmengericht administrativer Mehraufwand kann bei der vorliegenden rechtsstaatlich sensiblen Diskussion über die Frage, inwieweit der Grundrechtsanspruch der Justizöffentlichkeit vor dem Zwangsmassnahmengericht gilt, beziehungsweise ausgeschlossen werden kann, nicht als valables Argument mitberücksichtigen werden.

Abschliessend bitte ich nochmalig um Gutheissung des Einsichtsgesuchs und dem Gesuch um Veröffentlichung der genannten Entscheide vom 16. Dezember 2021 und darum, die bisherige Publikationspraxis zu ändern.

Mit freundlichen Grüssen



Erik Schönenberger
Geschäftsleiter