

SBK.2022.200 / cb

(ZM.2021.291; STA.2021.179)

Art. 343

Entscheid vom 24. Oktober 2022

Besetzung

Oberrichter Richli, Präsident
Oberrichterin Massari
Oberrichterin Schär
Gerichtsschreiber Burkhard

Beschwerde-
führer

A._____, [...]
z.Zt.: Zentralgefängnis Lenzburg, Wilstrasse 51, 5600 Lenzburg
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Kenad Melunovic,
[...]

Beschwerde-
gegnerin

Kantonale Staatsanwaltschaft,
Bleichemattstrasse 7, 5001 Aarau

Anfechtungs-
gegenstand

Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts des Kantons Aargau vom
24. Januar 2022 betreffend Genehmigung eines Zufallfundes (Art. 278
Abs. 3 StPO) aus der ausländischen Überwachung der Kommunikations-
plattform ANOM

in der Strafsache gegen A._____

Die Beschwerdekammer entnimmt den Akten:

1.

Die kantonale Staatsanwaltschaft ersuchte das Bundesamt für Justiz mit Schreiben vom 27. August 2021, wegen des gegen den Beschwerdeführer gerichteten Verdachts auf qualifizierte Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz und Geldwäscherei bei der zuständigen US-Behörde rechtshilfweise die Übermittlung folgender Beweismittel zu beantragen:

- Inhalt der Nachrichten (sowohl Text als auch Audio) an und von dem ANOM-Gerät JID [B@anom.one](#), IMSI C. Zeitraum: Ab Oktober 2019 bis zur Schliessung der Plattform ANOM.
- Alle zugehörigen Metadaten, einschliesslich GPS Daten, des ANOM-Geräts JID [B@anom.one](#), IMSI C. Zeitraum: Ab Oktober 2019 bis zur Schliessung der Plattform ANOM.

Diesem Gesuch vom 27. August 2021 ist folgender Sachverhalt zu entnehmen:

- Bei B. wurden am 13. April 2021 bei einer in Spreitenbach stattgefundenen Verkehrskontrolle 9 Gramm und bei einer anschliessenden Hausdurchsuchung 172 Gramm Kokain sichergestellt. B. gab in der Folge an, im Auftrag des Beschwerdeführers Drogen-Kurierfahrten durchgeführt zu haben. Auch gab er an, dass der Beschwerdeführer mindestens einen Teil der am 8. April 2021 am Wohnort von C. in Q. sichergestellten 4 Kilogramm Kokain geliefert habe.
- Gestützt auf diese Erkenntnisse bzw. wegen des Verdachts auf illegalen Betäubungsmittelhandel ordnete die kantonale Staatsanwaltschaft am 11. Mai 2021 die rückwirkende Überwachung der vom Beschwerdeführer benutzten und bereits bekannten Schweizer Mobiltelefonnummer (D) sowie den Einsatz eines IMSI-Catchers an, was beides vom Zwangsmassnahmengericht des Kantons Aargau mit Verfügung vom 12. Mai 2021 genehmigt wurde. Weiter ordnete die kantonale Staatsanwaltschaft am 12. Mai 2021 die Observation des Beschwerdeführers an.
- Aufgrund dieser Untersuchungshandlungen ermittelte die kantonale Staatsanwaltschaft eine weitere vom Beschwerdeführer benutzte, ihr bis dato aber nicht bekannte Rufnummer aus Grossbritannien (IMSI C), gestützt worauf sie die Verwendung eines Kryptogeräts durch den Beschwerdeführer vermutete.
- Am 20. Mai 2021 ordnete die kantonale Staatsanwaltschaft die Echtzeitüberwachung der vom Beschwerdeführer verwendeten Schweizer Mobiltelefonnummer (D) und das Anbringen eines GPS-Trackers am vom Beschwerdeführer benutzten Fahrzeug (AG [...]) an, was beides vom Zwangsmassnahmengericht des Kantons Aargau mit Verfügungen

vom 25. Mai 2021 und 20. August 2021 (Verlängerung) genehmigt wurde.

- Der von der kantonalen Staatsanwaltschaft gehegte Verdacht, dass es sich beim mutmasslich vom Beschwerdeführer verwendeten Kryptogerät um ein "ANOM Gerät" handeln könnte, wurde im Rahmen internationaler polizeilicher Amtshilfe vom FBI bestätigt. Dem vom Beschwerdeführer verwendeten Kryptogerät wurde als JID (Jabber Identifier) B@anom.one zugeordnet.
- Nachdem der Beschwerdeführer nach Schliessung der ANOM Plattform mehrfach für kurze Treffen ins Ausland (Kroatien, Italien und Deutschland) gereist war, beantragte die kantonale Staatsanwaltschaft rechtshilfeweise die grenzüberschreitende Observation des Beschwerdeführers in Deutschland und die Verwendung der in Deutschland erhobenen Daten aus der GPS-Überwachung des vom Beschwerdeführer verwendeten Fahrzeugs, was ihr von den deutschen Behörden genehmigt wurde.
- In der Folge ergab sich der Verdacht, dass der Beschwerdeführer am 18. Juni 2021 zusammen mit D. nach Spanien geflogen sei, um von dort unter Verwendung von zwei – mutmasslich vom Beschwerdeführer auch für andere Drogentransporte verwendeten – Lieferwagen eine grössere Menge Betäubungsmittel (mutmasslich Marihuana) in die Schweiz zu transportieren. Beide Lieferwagen wurden in der Folge mit GPS-Trackern versehen, was vom Zwangsmassnahmengericht des Kantons Aargau mit Verfügung vom 15. Juli 2021 genehmigt wurde.

2.

2.1.

Die kantonale Staatsanwaltschaft stellte am 16. Dezember 2021 beim Zwangsmassnahmengericht des Kantons Aargau – gestützt auf Art. 278 Abs. 3 StPO – ein Gesuch um "Genehmigung eines Zufallsfunds" aus der ausländischen Überwachung der Kommunikationsplattform ANOM (IMSI C, JID B@anom.one). Dieses Gesuch bezog sich auf vom U.S. Department of Justice dem Bundesamt für Justiz am 9. November 2021 in Form eines USB-Sticks übermittelte Daten, zu welchen die Kantonspolizei Aargau am 8. Dezember 2021 bereits auch einen Rapport erstellt habe.

Mit Eingabe vom 20. Dezember 2021 ergänzte die kantonale Staatsanwaltschaft ihr Gesuch durch Nachreichung einer "Dokumentation der amerikanischen Strafverfolgungsbehörden" zur "Vorgehensweise bei Vollzug dieser Überwachungsmassnahme".

2.2.

Das Zwangsmassnahmengericht des Kantons Aargau verfügte am 24. Januar 2022 Folgendes:

" Die Ergebnisse der ausländischen Überwachung der Kommunikationsplattform ANOM (Inhalts- und Randdaten) dürfen auch im Strafverfahren der Schweizer Strafverfolgungsbehörden gegen den Beschuldigten A. wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz verwendet werden."

3.

3.1.

Nachdem dem Beschwerdeführer der Genehmigungsantrag der kantonalen Staatsanwaltschaft vom 16. Dezember 2021 (samt Ergänzung vom 20. Dezember 2021) und die Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts des Kantons Aargau vom 24. Januar 2022 mit Schreiben datiert vom 1. Juni 2022 (zugestellt am 9. Juni 2022) zur Kenntnis gebracht worden waren, erhob er mit Eingabe vom 20. Juni 2022 Beschwerde. In der Sache stellte er folgende Anträge:

" 1.

In Gutheissung der Beschwerde sei die Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts (Baden) vom 24. Januar 2022 betreffend die Genehmigung eines Zufallsfundes (Art. 278 Abs. 2 und 3 StPO) aus der ausländischen Überwachung der Kommunikationsplattform ANOM ([...]) aufzuheben;

2.

Das Gesuch der Staatsanwaltschaft vom 20. Dezember 2021 um Genehmigung eines Zufallsfundes aus einer Überwachung vom 16. Dezember 2021 sei abzuweisen bzw. die Genehmigung sei nicht zu erteilen;

3.

Die Staatsanwaltschaft sei anzuweisen, die rechtshilfeweise erlangte ANOM-Dokumentation und -Kommunikation (Inhalts- und Randdaten von der «flash drive containing the requested Anom, data provided by the Federal Bureau of Investigation (FBI)» in Anwendung von Art. 277 Abs. 1 StPO sofort zu vernichten; eventualiter sei im Sinne von Art. 278 Abs. 4 StPO von den Verfahrensakten gesondert aufzubewahren und nach Abschluss des Verfahrens zu vernichten;

4.

Es sei festzustellen, dass die rechtshilfeweise erlangten Erkenntnisse aus der ANOM-Dokumentation und -Kommunikation («flash drive containing the requested Anom, data provided by the Federal Bureau of Investigation (FBI)» nicht verwertbar sind (Art. 277 Abs. 2 StPO);

5.

Die Staatsanwaltschaft sei superprovisorisch mit sofortiger Wirkung, allenfalls vorsorglich (superprovisorisch) und die Staatsanwaltschaft sei anzuweisen, diese im weiteren Verlauf des Strafverfahrens und im Rahmen von Verfahrenshandlungen nicht mehr zu verwenden;

6.

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 7.7 % MWST zu Lasten des Staats."

In prozessualer Hinsicht stellte er folgende Anträge:

" 7.

Es seien die Akten der Vorinstanz [...] sowie die Verfahrensakten der Staatsanwaltschaft [...] beizuziehen;

8.

Die Vorinstanz oder die Staatsanwaltschaft seien anzuweisen, dem Obergericht die Verfügungen des Zwangsmassnahmengerichts vom 12. Mai 2021 ([...]) und 8. Dezember 2021 ([...]) samt den dazugehörigen Akten einzureichen. Diese seien der Verteidigung zur Einsicht zuzustellen.

9.

Es sei eine Übersetzung aller für die sich stellenden Genehmigungsfragen rechtsrelevanten englischen Dokumente in die deutsche Amtssprache zu übersetzen. Die Übersetzungen seien den Parteien zustellen.

10.

Die Staatsanwaltschaft sei anzuweisen, dem Obergericht die dem Rechtshilfeersuchen vom 27. August 2021 (offenbar) vorausgegangenen «Abklärungen der Kantonspolizei bei den amerikanischen Strafverfolgungsbehörden» wie auch die Bestätigung der amerikanischen Strafverfolgungsbehörden, woraus ergeben, woher die Information stammt, wonach es sich bei der beim Beschwerdeführer gemessenen IMSI-Nummer um ein ANOM-Gerät handle und die zugehörige JID-B@anom.one laute. Diese Akten seien dem Beschwerdeführer (Verteidigung) zur Einsicht zuzustellen.

11.

Es seien die der Mitteilung vom 1. Juni 2022 beigelegte, am 20. Dezember 2021 von den amerikanischen Behörden edierte Dokumentation «Operation Trojan Shield Technical Details (Last update: August 31, 2021)» in die Amtssprache Deutsch übersetzen zu lassen und dem Beschwerdeführer (Verteidigung) zur Stellungnahme und allfälliger Stellung von Prozessanträgen zuzustellen;

12.

Es sei ein technisches Gutachten in Auftrag zu geben, welches in präziser Weise die fernmeldetechnischen Funktionsweise der ANOM-Überwachung beschreibt und diese in der Weise in Bezug zu den hiesigen technischen Überwachungsmassnahmen setzt, die einen Vergleich zulässt;

Kurz: Was ist ANOM und was macht ANOM genau und womit ist ANOM vergleichbar?

13.

Es sei von Amtes wegen ein Rechtsgutachten zur Frage der Formgültigkeit und Rechtmässigkeit der Operation Trojan Shield bzw. von ANOM **nach amerikanischen Recht** sowie zur Rechtsfrage, ob es sich bei der Operation Trojan Shield des FBI um eine «**Überwachung**» nach amerikanischem Recht handelt, einzuholen;

14.

Die Staatsanwaltschaft sei anzuweisen, dem Obergericht die von ihr im Gesuch vom 20. Dezember 2021 erwähnten gerichtlichen Genehmigungen des «United States District Court for the Southern District of California» zu edieren;

15.

Diese seien in die deutsche Amtssprache zu übersetzen;

16.

Es sei hiernach von Amtes wegen ein weiteres Rechtsgutachten, diesmal zur Frage, ob es sich bei ANOM auch nach schweizerischen Recht um eine «Überwachung» oder etwas anderes handelt, anzuordnen."

3.2.

Das Zwangsmassnahmengericht des Kantons Aargau teilte mit Eingabe vom 27. Juni 2022 mit, unter Hinweis auf die Begründung des angefochtenen Entscheids auf eine Vernehmlassung zu verzichten.

3.3.

Die kantonale Staatsanwaltschaft beantragte mit Beschwerdeantwort vom 29. Juni 2022 die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolgen.

3.4.

Mit Eingabe datiert vom 18. Oktober 2022 (Postaufgabe am 19. Oktober 2022) informierte die kantonale Staatsanwaltschaft die Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts darüber, dass ihr (jedoch noch nicht offiziell) ergänzende Unterlagen der USA betreffend die Kommunikationsplattform ANOM vorlägen, die für den Ausgang des Beschwerdeverfahrens wesentlich seien und die sie schnellstmöglich nachreichen werde.

Die Beschwerdekammer zieht in Erwägung:

1.

Der angefochtene Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts des Kantons Aargau bezweckte die Genehmigung von Zufallsfunden und erging gestützt auf Art. 278 Abs. 3 StPO. Er kann daher vom Beschwerdeführer mit Beschwerde angefochten werden (Art. 279 Abs. 3 StPO; BGE 140 IV 40 E. 1.1). Auf die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde ist einzutreten.

2.

2.1.

Vorab zu prüfen ist die auch von der kantonalen Staatsanwaltschaft in ihrem Genehmigungsgesuch thematisierte Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengerichts des Kantons Aargau, über die Verwertbarkeit der fraglichen Beweise zu befinden. Die von der kantonalen Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 18. Oktober 2022 angekündigten ergänzenden Unterlagen der USA dürften (wie auch nachfolgende Erwägungen zeigen) für diese Prüfung ohne Belang sein, weshalb deren Eingang nicht abzuwarten ist.

2.2.

Im Strafprozessrecht ist die Frage der Verwertbarkeit von Beweismitteln grundsätzlich dem Sachrichter (Art. 339 Abs. 2 lit. d StPO) bzw. der den Endentscheid fällenden Strafbehörde zu unterbreiten. Vom Sachrichter

kann erwartet werden, dass er in der Lage ist, die unzulässigen Beweise von den zulässigen zu unterscheiden und sich bei der Würdigung ausschliesslich auf Letztere zu stützen. Der Betroffene kann den Endentscheid nötigenfalls auch noch mit Berufung anfechten (Art. 398 StPO) und die Angelegenheit schliesslich an das Bundesgericht weiterziehen (BGE 143 IV 387 E. 4.4).

Zur Regel, dass im Untersuchungsverfahren noch nicht abschliessend über Beweisverwertungen entschieden wird, gibt es jedoch Ausnahmen:

- Eine solche liegt insbesondere vor, wenn das Gesetz ausdrücklich die sofortige Rückgabe aus den Akten bzw. Vernichtung rechtswidriger Beweise vorsieht. Ebenso verhält es sich, wenn aufgrund des Gesetzes oder der Umstände des Einzelfalles die Unverwertbarkeit bereits ohne Weiteres feststeht (BGE 143 IV 387 E. 4.4).
- Weitere Ausnahmen mit ähnlicher Wirkung liegen etwa vor, wenn Verwertungsverbote im Entsiegelungsprozess des Vorverfahrens (Art. 248 Abs. 3 lit. a StPO) von einem Zwangsmassnahmengericht zu prüfen sind oder wenn – was hier bedeutsam wäre – die Beweisverwertung von einem Genehmigungsentscheid eines Zwangsmassnahmengerichts abhängt (vgl. etwa Art. 277 und Art. 278 StPO). Wenngleich auch in einem solchen Fall der abschliessende Entscheid über die Beweiswürdigung dem Sachrichter vorbehalten bleibt, können die von einem Zwangsmassnahmengericht in einem Genehmigungsentscheid beurteilten Fragen nicht nochmals dem Sachrichter vorgetragen werden (Urteil des Bundesgerichts 1B_92/2019 vom 2. Mai 2019 E. 1.1).

Insofern stellt ein eigenständiges Beweisgenehmigungsverfahren einen erheblichen Eingriff in die nach der gesetzlichen Konzeption grundsätzlich dem Sachgericht vorbehaltene Kompetenz dar, frei über die Verwertbarkeit der erhobenen Beweise zu befinden, weshalb es hierzu in Beachtung von Art. 2 Abs. 2 StPO, wonach Strafverfahren nur in den vom Gesetz vorgesehenen Formen durchgeführt werden können, einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage bedarf. Art. 18 StPO konkretisiert dies zudem dahingehend, dass das Zwangsmassnahmengericht für die Anordnung und Genehmigung von anderen (als Untersuchungs- oder Sicherheitshaft) Zwangsmassnahmen nur zuständig ist, soweit es "in diesem Gesetz" vorgesehen ist, was insbesondere auch für Überwachungsmassnahmen gilt (DANIEL KIPFER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 2 zu Art. 18 StPO).

2.3.

Die kantonale Staatsanwaltschaft äusserte sich in ihrem Genehmigungs-gesuch zur Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengerichts des Kantons

Aargau dahingehend, dass sich das Bundesgericht bislang noch nicht ausdrücklich dazu geäußert habe, ob in Fällen wie vorliegend ein Beweisgenehmigungsverfahren vor einem Zwangsmassnahmengericht erforderlich sei. Literatur und kantonale Rechtsprechung gingen aber davon aus, dass Erkenntnisse aus einer ausländischen Überwachung über die Bestimmung der Zufallsfundgenehmigung (Art. 278 Abs. 2 StPO) zu überführen seien (mit Hinweisen auf THOMAS HANSJAKOB, Überwachungsrecht der Schweiz, Kommentar zu Art. 269 ff. StPO und zum BÜPF, 2017, N. 404; Urteil des Züricher Obergerichts UH190264 vom 11. September 2020, in ZR 120/2021 [8/2021] S. 230).

Das Zwangsmassnahmengericht des Kantons Aargau bejahte seine Zuständigkeit gerade mit dieser Begründung gestützt auf Art. 278 Abs. 2 und 3 StPO (E. 2.1 der angefochtenen Verfügung).

Der Beschwerdeführer äusserte sich mit Beschwerde nicht zur Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengerichts des Kantons Aargau.

2.4.

Der angefochtenen Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts des Kantons Aargau vom 24. Januar 2022 lag das mit 16. Dezember 2021 datierte Gesuch der kantonalen Staatsanwaltschaft um "Genehmigung eines Zufallsfunds aus einer Überwachung (Art. 278 Abs. 3 StPO)" zu Grunde. Aus diesem Gesuch ergibt sich, dass die fraglichen Beweismittel im Rahmen der unter internationaler (aber soweit ersichtlich nicht schweizerischer) Beteiligung zustande gekommenen US-amerikanischen Operation "TROJAN SHIELD" erhoben wurden. Dabei sei zunächst vom FBI eine Firma für vermeintlich abhörsicher verschlüsselte Kommunikation namens ANOM mit Sitz in Panama gegründet worden. Sodann seien insgesamt rund 12'000 spezielle Geräte (Kryptohandys) an mutmasslich kriminelle Personen vertrieben worden, um diesen eine vermeintlich abhörsichere Kommunikation über das Kommunikationssystem der Firma ANOM zu ermöglichen.

Weiter ist den Akten zu entnehmen, dass die auf diese Weise vom FBI in Bezug auf den Beschwerdeführer erhobenen Informationen den schweizerischen Strafverfolgungsbehörden nicht sozusagen automatisch zur Verfügung gestellt wurden, sondern erst gestützt auf ein internationales Rechtshilfeersuchen der Schweiz an die USA, welches im Rahmen eines gegen den Beschwerdeführer geführten Strafverfahrens von der kantonalen Staatsanwaltschaft veranlasst worden war.

2.5.

Bei der Firma ANOM handelte es sich somit offensichtlich nicht um einen klassischen Fernmeldedienstanbieter, der in der Schweiz einen eigenen Fernmeldedienst betrieben hat. Vielmehr war sie Teil einer nur von auslän-

dischen Strafverfolgungsbehörden durchgeführten Operation zur Verbrechensbekämpfung. Diese Operation wurde zudem nicht im Rahmen einer konkreten strafrechtlichen Untersuchung gegen den Beschwerdeführer oder eine bestimmte Drittperson durchgeführt, sondern ohne einen konkreten Tatverdacht und in diesem Sinne rein präventiv, woran nichts ändert, dass sie in einem (rein) verbrecherischen Umfeld durchgeführt worden sein soll (vgl. hierzu auch nachfolgende E. 2.7).

2.6.

Ob bzw. inwieweit die einzig von ausländischen Strafverfolgungsbehörden durchgeführte komplexe Operation ANOM der Sache nach überhaupt als eine geheime Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs i.S.v. Art. 269 ff. StPO zu qualifizieren ist, ist gerade auch angesichts dessen, dass sie etwa auch den Vertrieb von manipulierten Kryptohandys umfasste, nicht ohne Weiteres klar, kann aber in Beachtung der nachfolgenden Erwägungen offenbleiben.

2.7.

2.7.1.

Im Rahmen der Operation ANOM wurde die Kommunikation über hierfür eigens geschaffene Kryptohandys, die zuvor angeblich ausschliesslich an Mitglieder krimineller Organisationen vertrieben worden waren, systematisch überwacht. Dem lag aber (wie bereits in E. 2.5) ausgeführt, kein konkreter Tatverdacht zugrunde, sondern einzig die auf kriminalistischer Erfahrung beruhende Erwartung, dass diese Kryptohandys ausschliesslich für kriminelle Machenschaften benutzt würden (vgl. hierzu die Ausführungen der kantonalen Staatsanwaltschaft in ihrem Genehmigungsgesuch). Nach schweizerischem Recht wäre die Operation ANOM damit den sog. präventiven Vorermittlungen zuzuordnen, die sich als polizeiliche Abklärungen und Massnahmen definieren lassen, die auf Verdachtsbegründung ausgerichtet sind oder die auf einem bloss vagen, noch unbestimmten Anfangsverdacht, kriminalistischen Erfahrungswerten oder auf einer blossen Vermutung oder Hypothese gründen, die ohne vorgängige Konkretisierung und Verdichtung (oder Entkräftung) für die Einleitung eines gerichtspolizeilichen Ermittlungsverfahrens gemäss Art. 306 StPO aber nicht genügen (vgl. hierzu BGE 140 I 353 E. 6.1).

2.7.2.

Der (sachliche) Anwendungsbereich von Art. 269 ff. StPO ist in Art. 1 BÜPF festgelegt (BGE 143 IV 21 E. 3.1) und umfasst "im Rahmen eines Strafverfahrens" angeordnete und durchgeführte Überwachungen des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 1 Abs. 1 lit. a BÜPF). Präventive Vorermittlungen ohne konkreten Tatverdacht, wie sie hier im Raume stehen, sind in der Schweiz gesetzlich nicht in der Schweizerischen Strafprozessordnung geregelt, sondern im Nachrichtendienstgesetz (NDG, SR 121) und allenfalls auch in kantonalen Polizeigesetzen (BGE 140 I 353 E. 5.5.2; THOMAS

HANSJAKOB, a.a.O., N. 454 ff. und 1329 ff.; vgl. hierzu für den Kanton Aargau auch § 35e PolG [polizeiliche Massnahmen im Internet] i.V.m. §§ 35a [präventive Observation], 35c [präventive verdeckte Fahndung] und 35d [präventive verdeckte Ermittlung] PolG).

2.7.3.

Gestützt auf das Gesagte kann die Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengerichts des Kantons Aargau zum Erlass des angefochtenen Entscheids nicht direkt aus Art. 278 Abs. 2 und 3 StPO abgeleitet werden. Aus dem gleichen Grunde sind auch die Bestimmungen in der Schweizerischen Strafprozessordnung zur verdeckten Ermittlung (Art. 285a ff. StPO) bzw. zur verdeckten Fahndung (Art. 298a ff. StPO) nicht einschlägig (vgl. hierzu etwa auch TANJA KNODEL, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 17a zu Art. 286 StPO, wonach präventive verdeckte Ermittlungen oder Fahndungen vom Geltungsbereich der Schweizerischen Strafprozessordnung ausgenommen und kantonal zu regeln sind).

Auch eine andere gesetzliche Grundlage für ein Genehmigungsverfahren für aus präventiven Vorermittlungen gewonnene Beweise ist nicht ersichtlich. Zwar enthält zumindest das Nachrichtendienstgesetz eine in gewissem Sinne vergleichbare Regelung zu Art. 278 StPO, wonach nur Erkenntnisse bezüglich Straftaten verwendet werden dürfen, für deren Verfolgung auch die vergleichbare strafprozessrechtliche Überwachungsmassnahme hätte angeordnet werden dürfen (Art. 60 Abs. 3 NDG). Eine "weitere Angleichung an das Strafprozessrecht" liegt aber nicht vor, weil das Nachrichtendienstgesetz primär anderen Zwecken dient als die Strafverfolgung und auch andere Verwaltungsbereiche verpflichtet sind, bei ihnen vorliegende Informationen über Straftaten an die Strafverfolgungsbehörden weiterzuleiten (Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 S. 2193 f.). Dass für vom Nachrichtendienst des Bundes (oder ausländischen Behörden) erhobene und an schweizerische Strafverfolgungsbehörden weitergeleitete Beweismittel ein Genehmigungsverfahren vor einem Zwangsmassnahmengericht stattzufinden hätte, lässt sich jedenfalls weder dem Nachrichtendienstgesetz noch der Schweizerischen Strafprozessordnung entnehmen.

2.8.

2.8.1.

Fehlt es damit an einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage für die Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengerichts des Kantons Aargau zum Erlass des angefochtenen Entscheids, bleibt zu prüfen, ob sich diese Zuständigkeit aus einer analogen Gesetzesanwendung (namentlich der Bestimmungen von Art. 269 ff. StPO) ergibt.

2.8.2.

Eine analoge Gesetzesanwendung ist einzig bei einer Lücke im Gesetz zulässig. Eine solche besteht dann, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt jedoch kein Raum für eine richterliche Lückenfüllung (BGE 141 III 43 E. 2.5.1).

2.8.3.

Die hier strittigen Beweismittel wurden ohne jegliches Zutun von schweizerischen Strafverfolgungsbehörden durch ausländische Strafverfolgungsbehörden erhoben, ohne dass diese selbst in der Schweiz erkennbar tätig geworden wären. Die Rechtmässigkeit einer solchen Beweiserhebung kann selbstredend nicht von einer Genehmigung eines hiesigen Zwangsmassnahmengerichts (oder einer anderen hiesigen Instanz) abhängig gemacht werden, um so präventiv möglichen Grundrechtsverletzungen zu begegnen (vgl. hierzu auch CLAUDIO RIEDI, Auslandsbeweise und ihre Verwertung im schweizerischen Strafverfahren, Diss. 2018, S. 327 f., wonach – was in einer Konstellation wie vorliegend offensichtlich gerade nicht zum Tragen kommen kann – die vorweggenommene Prüfung einer Telefonüberwachungsmassnahme durch ein Zwangsmassnahmengericht den Bürger vor rechtswidrigen Eingriffen durch die Strafverfolgungsbehörden schützen soll und wonach das im Falle einer Nichtgenehmigung resultierende Beweisverwertungsverbot verhindern soll, dass "der Richtervorbehalt" zu einer blossen Empfehlung verkommt). Auch einer Pflicht, zumindest derartig erlangte Beweise von einem hiesigen Zwangsmassnahmengericht genehmigen zu lassen, käme unter Umständen wie vorliegend keine präventive Wirkung in Bezug auf mit der eigentlichen Beweiserhebung ev. einhergehende Grundrechtsverletzungen zu.

2.8.4.

Zwar mag es durchaus gute Gründe geben, gerade auch bei präventiven Vorermittlungen, die nach hiesigem Recht von einem Zwangsmassnahmengericht (oder einer anderen Instanz als dem Sachgericht) zu genehmigen wären, die aber wegen ihres Auslandsbezugs nicht genehmigt werden können, sozusagen kompensatorisch zumindest die daraus gewonnenen Erkenntnisse von einem Genehmigungsentscheid eines Zwangsmassnahmengerichts (oder einer anderen Instanz) abhängig zu machen (vgl. hierzu etwa SABINE GLESS, Beweisverbote in Fällen mit Auslandsbezug, Juristische Rundschau [JR] Heft 8/2008, S. 321 f., wonach ein neu zu schaffendes Beweisinterlokut bzw. ein "clearing-Verfahren" sicherstellen könnte, dass die Bedingungen, welche Zuverlässigkeit und Fairness der Beweisführung in der Rechtsordnung absichern, auch im Falle der Verwertung von

Auslandsbeweisen gelten, dass Voraussetzung hierfür aber auch eine umfassende Klärung der Prämissen für ein solches Verfahren und der Ausgestaltung in concreto wäre).

Dies allein ist aber kein hinreichender Anlass, um für Fälle wie vorliegend durch richterliche Lückenfüllung ein Beweisgenehmigungsverfahren vor einem Zwangsmassnahmengericht einzuführen, weil diese Fälle namentlich in Beachtung von Art. 141 StPO auch *de lege lata* durchaus in einer rechtsstaatlich zumindest befriedigenden Weise gehandhabt werden können, weshalb der Verzicht auf ein Beweisgenehmigungsverfahren (für Fälle wie vorliegend) nicht als Ausdruck eines gesetzgeberischen Versehens zu werten ist (vgl. hierzu auch CLAUDIO RIEDI, a.a.O., S. 74 ff., wonach ein Beweisinterlokut zwar den Vorteil hätte, dass das Sachgericht sein Urteil unbefangen von unverwertbaren Informationen fällen könnte, dies es aber nicht rechtfertige, im Ausland erhobene Beweise zu privilegieren und ein eigenes Verfahrensinstitut zu schaffen, um deren Verwertbarkeit quasi vorfrageweise durch eine vom Sachrichter getrennte Behörde überprüfen zu lassen).

Darüber hinaus ist *de lege lata* auch keine Gesetzesbestimmung ersichtlich, mit der sich analog angewandt in überzeugender Weise eine Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengerichts des Kantons Aargau zum hier angefochtenen Entscheid begründen liesse. So hat gerade Art. 278 StPO nicht zum eigentlichen Zweck, allfällige Mängel von bereits stattgefundenen Beweiserhebungen nachträglich zu sanktionieren, zumal derartigen Mängeln auch ansonsten (namentlich in Beachtung von Art. 141 StPO) angemessen Rechnung getragen werden kann. Vielmehr geht es bei Art. 278 StPO um Beweiserhebungen, die an sich rechtens waren, jedoch Erkenntnisse zu Tage gefördert haben, die nicht im Zusammenhang mit der abzuklärenden Straftat oder der beschuldigten Person stehen (vgl. Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 S. 1183; vgl. hierzu auch THOMAS HANSJAKOB, a.a.O., N. 1128, wonach das Zwangsmassnahmengericht nur zu prüfen habe, ob "zur Verwertung" [richtig wohl: "zur Verfolgung"] des Zufallfundes eine Überwachung zulässig gewesen wäre und wonach es falsch wäre, die Verwertung eines Zufallfundes einzig wegen Dahinfallens der Voraussetzungen für die "Grundüberwachung" nicht zuzulassen). Bei präventiven Vorermittlungen, die darauf abzielen, einen konkreten Tatverdacht erst noch zu begründen, kann richtigerweise aber gar nicht von "Zufallsfunden" im Sinne von Art. 278 StPO gesprochen werden (vgl. hierzu auch MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 12 zu Art. 278 StPO, wonach das Bundesgericht Zufallsfunde als Erkenntnisse definiere, die "aus verdachtsgesteuerten Untersuchungshandlungen stammen, aber mit diesem Verdacht nichts zu tun haben"; vgl. zudem auch die in N. 50 zu Art. 278 StPO geäußerten generellen

Zweifel an der Richtigkeit der Beschränkung der Verwertbarkeit von Zufallsfunden).

2.9.

2.9.1.

Zusammengefasst gibt es de lege lata keine gesetzliche Grundlage, gestützt auf welche sich das Zwangsmassnahmengericht des Kantons Aargau zum Erlass des hier angefochtenen Beweisgenehmigungsentscheids hätte als zuständig erachten dürfen. Diesbezüglich liegt auch keine Lücke im Gesetz vor, die richterlich (etwa durch analoge Anwendung anderer Bestimmungen, wie namentlich Art. 278 StPO) zu füllen wäre. Dementsprechend ist die von der kantonalen Staatsanwaltschaft und vom Zwangsmassnahmengericht des Kantons Aargau angeführte Lehrmeinung (von THOMAS HANSJAKOB), wonach die Ergebnisse einer ausländischen (dort selbständig und rechtmässig verfügten) Überwachung, die in der Schweiz verwertet werden sollen, (analog) nach den Regeln über den Zufallsfund i.S.v. Art. 278 StPO zu genehmigen sind, zumindest nicht auf Fälle wie vorliegend zu beziehen, in welchen es einzig um Erkenntnisse aus rein präventiven (seien es ausländische oder inländische, genehmigte oder nicht genehmigte) Vorermittlungen geht. Nicht einschlägig ist auch der Hinweis auf den Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich UH190264 vom 11. September 2020, ging es dort doch um eine im Kanton Zürich gegen eine bestimmte Personengruppe wegen des Verdachts der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz geführte Ermittlungsaktion. Schliesslich ist auch keine höchstrichterliche Rechtsprechung ersichtlich, aus der sich etwas anderes ergäbe.

2.9.2.

Damit ist erstellt, dass das Zwangsmassnahmengericht des Kantons Aargau nicht zuständig war, die von der kantonalen Staatsanwaltschaft rechtshilfweise erhältlich gemachten Beweismittel als "Zufallsfunde" zu qualifizieren und zu genehmigen. Hätte dieser Entscheid Bestand, würde dadurch grundlos die an sich dem Sachrichter zukommende Kompetenz, uneingeschränkt auch über die Verwertbarkeit der fraglichen Beweise zu befinden, erheblich beschnitten. Dass durch eine Aufhebung des fraglichen Entscheids die Rechtssicherheit gefährdet wäre, ist nicht festzustellen, weshalb von Amtes wegen die Nichtigkeit des aus formellen Gründen qualifiziert falschen Entscheids festzustellen ist (vgl. hierzu etwa Urteil des Bundesgerichts 2C_72/2016 vom 3. Juni 2016 E. 5.1, wonach fehlerhafte Entscheide – was jederzeit von Amtes wegen zu beachten ist – nichtig sind, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird, wobei als Nichtigkeitsgründe vorab die funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der verfügenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht fallen).

2.9.3.

Auf die weiteren Vorbringen und Anträge des Beschwerdeführers, welche einzig im Zusammenhang mit dem Genehmigungsverfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht des Kantons Aargau erfolgten, ist bei diesem Ergebnis nicht weiter einzugehen. Auch kann (wie bereits in E. 2.1 angedeutet) mangels Relevanz darauf verzichtet werden, den Eingang der von der kantonalen Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 18. Oktober 2022 in Aussicht gestellten ergänzenden Unterlagen abzuwarten. Vielmehr ist das gegen den nichtigen Entscheid gerichtete Beschwerdeverfahren als gegenstandslos geworden von der Geschäftskontrolle abzuschreiben, womit sich auch der Antrag des Beschwerdeführers, die kantonale Staatsanwaltschaft sei superprovisorisch anzuweisen, die fraglichen Beweismittel nicht mehr zu verwenden, erledigt hat.

3.

Bei diesem Verfahrensausgang besteht keine Veranlassung, die Kosten des Beschwerdeverfahrens gestützt auf Art. 428 Abs. 1 StPO dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Vielmehr sind sie auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 423 Abs. 1 StPO). Die Entschädigung des amtlichen Verteidigers des Beschwerdeführers ist am Ende des Strafverfahrens von der dann zumal zuständigen Instanz festzulegen (Art. 135 Abs. 2 StPO).

Die Beschwerdekammer entscheidet:

1.

Es wird von Amtes wegen festgestellt, dass die Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts des Kantons Aargau vom 24. Januar 2022 nichtig ist, und die hiergegen gerichtete Beschwerde wird als gegenstandslos geworden von der Geschäftskontrolle abgeschrieben.

2.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden auf die Staatskasse genommen.

Zustellung an:
[...]

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Strafsachen (Art. 78 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. Dieselbe Beschwerde kann erhoben werden gegen selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide, wenn

diese einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 44 Abs. 1, Art. 78, Art. 90, Art. 93, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42, Art. 100 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich eine Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG). Für die Beschwerdelegitimation ist Art. 81 BGG massgebend.

Aarau, 24. Oktober 2022

Obergericht des Kantons Aargau

Beschwerdekammer in Strafsachen

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Richli

Burkhard