

Aufsätze

lic. iur. Veronica Lynn¹

Die rückwirkende Randdatenerhebung bei Dritten

Besprechung von BGer [1B_241/2018](#) vom 8. Oktober 2018

Inhaltsübersicht:

I. Einleitung

II. Die rückwirkende Randdatenerhebung bei Dritten

1. Allgemein
2. Zulässigkeit
 - 2.1 «Benutzung» gemäss Art. 270 lit. b Ziff. 1 StPO
 - 2.2 Zulässigkeit im Rahmen von Art. 270 lit. b StPO

III. Voraussetzungen zur Anordnung einer rückwirkenden Randdatenerhebung

1. Verhältnismässigkeit
 - 1.1 Inhalt der Randdaten
 - 1.2 Randdaten als mildere Massnahme?
2. Subsidiarität

IV. Fazit

I. Einleitung

Mit dem Urteil [1B_241/2018](#) bekräftigt das BGer seine bisherige Rechtsprechung, wonach eine rückwirkende Randdatenerhebung nicht nur bei Anschlüssen der beschuldigten Person, sondern auch bei Anschlüssen Dritter zulässig sei² und, dass bei dieser Massnahme an das Erfordernis der Subsidiarität keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen.³

Die StA SH führte eine Strafuntersuchung wegen versuchten Betruges (sog. «Enkeltrick»- bzw. «Polizeitrück»-Betrug) und Missbrauchs einer Fernmeldeanlage gegen noch unbekannte Täterschaft, nachdem diese eine ältere Person am 28. Dezember 2017 mehrmals zwischen 9.30 Uhr und 14.50 Uhr auf dem Festnetz sowie auf dem Mobiltelefon angerufen und sich ihr gegenüber als Polizeiorgan ausgegeben habe. Die Geschädigte sei arglistig dazu bewegt worden, der Täterschaft Angaben über Ort und Betrag von Bargeld in verschiedenen Währungen und erheblicher Höhe, welches sie zu Hause aufbewahrte, zu machen. Noch am gleichen Tag habe eine andere Person aus dem Täterkreis die Geschädigte erneut

angerufen und sie dazu bewegt, das Bargeld in eine Tasche zu packen, ein Taxi zu rufen und von Schaffhausen an eine Adresse in Zürich zu fahren, an der sie das Bargeld an eine weitere Person hätte übergeben sollen. In Zürich angekommen, habe die Geschädigte jedoch vergeblich auf das Erscheinen dieser Kontaktperson gewartet und wurde stattdessen von der Täterschaft erneut auf dem Mobiltelefon angerufen, wobei ihr mitgeteilt wurde, die geplante Geldübergabe könne derzeit nicht stattfinden und man werde sie gleichentags um 22.00 Uhr noch einmal anrufen.

Am 12. April 2018 verfügte die StA SH die rückwirkende Teilnehmeridentifikation von Verbindungsteilnehmern auf zwei Telefonanschlüssen der Geschädigten für den Zeitraum zwischen 9.00 und 22.00 Uhr des 28. Dezember 2017 und beantragte beim kantonalen ZMG die Bewilligung der Randdatenerhebung. Das ZMG wies das Überwachungsgesuch mit Verfügung vom 16. April 2018 «zurzeit» ab, worauf die StA SH mit Beschwerde vom 17. Mai 2018 an das BGer gelangte. Dieses hiess die Beschwerde der StA SH gut und bewilligte die verfügte rückwirkende Teilnehmeridentifikation.

II. Die rückwirkende Randdatenerhebung bei Dritten

1. Allgemein

Die Überwachungsmassnahme der Erhebung von Randdaten (nachfolgend «RDE») des Post- und Fernmeldeverkehrs ist in [Art 273 StPO](#) geregelt, welcher im Zuge der Revision des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) per 1. März 2018 ebenfalls

revidiert wurde.⁴ Im Rahmen dessen wurde die Sachüberschrift von [Art 273 StPO](#) geändert, damit sie neu auch mit dem Inhalt des Artikels übereinstimmt.⁵ Sodann wurden Art. 273 Abs. 1 lit. a und b aStPO gestrichen und der Begriff der Randdaten geändert, indem auf die schwer verständliche, von Art. 5 aBÜPF übernommene Terminologie verzichtet wurde⁶ und [Art. 273 Abs 1 StPO](#) stattdessen zur Bestimmung der Randdaten des Fernmeldeverkehrs auf [Art. 8 lit b BÜPF](#) und der Randdaten des Postverkehrs auf [Art. 19 Abs. 1 lit b BÜPF](#) verweist.⁷

Bei der Überwachung des Fernmeldeverkehrs ist zwischen der Überwachung des *Inhalts* des Fernmeldeverkehrs (Call Content, d. h. der eigentliche Inhalt der Kommunikation; [Art. 269 ff StPO](#)), welche nur in Echtzeit möglich und erlaubt ist, und der Erhebung von *Randdaten* (Intercept Related Information, d. h. mit dem Verkehr bzw. der Verbindung verbundene Informationen; [Art 273 StPO](#)) zu unterscheiden.⁸ Die RDE kann sowohl aktiv, d. h. in Echtzeit ([Art. 273 Abs 1 StPO](#)), als auch rückwirkend ([Art. 273 Abs 3 StPO](#)) erfolgen.⁹ Eine Überwachung des Fernmeldeverkehrs bzw. eine RDE erfolgt in der Regel für die Dienste der beschuldigten Person.¹⁰ Eine Überwachung des Fernmeldeverkehrs eines *Dritten* ist gemäss [Art. 270 lit b StPO](#) jedoch dann möglich, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen angenommen werden muss, dass a) die beschuldigte Person den Fernmeldeanschluss des Dritten benutzt ([Art. 270 lit. b Ziff 1 StPO](#)) oder b) der Dritte für die beschuldigte Person bestimmte Mitteilungen entgegennimmt oder von dieser stammende Mitteilungen an eine weitere Person weiterleitet ([Art. 270 lit. b Ziff 2 StPO](#)). [Art. 270 lit b StPO](#) wurde zum Schutz der Privatsphäre von nicht mit der beschuldigten Person identischen Dritten erlassen.¹¹

2. Zulässigkeit

Im vorliegenden Fall sollten die Randdaten zwei verschiedener Anschlüsse der Geschädigten erhoben werden, die von der noch unbekannten Täterschaft mehrmals auf den beiden Anschlüssen angerufen

wurde, d. h., es sollten rückwirkend die Randdaten bei Anschlüssen eines Dritten erhoben werden. In dieser Konstellation würden sich aufgrund des Wortlauts von [Art. 270 lit b StPO](#) zunächst folgende zwei Schwierigkeiten ergeben, für welche die bundesgerichtliche Rechtsprechung eigene Lösungen entwickelt hat.

2.1 «Benutzung» gemäss Art. 270 lit. b Ziff. 1 StPO

Erstens war aufgrund des Wortlauts von [Art. 270 lit. b Ziff. 1 StPO](#) und der Entstehungsgeschichte des Artikels unklar, was genau unter einer «Benutzung» eines Anschlusses zu verstehen ist, d. h., ob eine Benutzung nur dann vorliegt, wenn die beschuldigte Person den Anschluss wie ihren eigenen braucht, oder auch, wenn die beschuldigte Person bloss auf den Anschluss des Dritten anruft. In [BGE 138 IV 232](#) setzte sich das BGer mit einer aktiven und inhaltlichen Überwachung eines Telefonanschlusses eines Dritten auseinander und kam mittels Auslegung von [Art. 270 lit. b Ziff. 1 StPO](#) zum Schluss, dass eine solche Überwachung des Drittanschlusses zulässig sei, wenn hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass – wie im vorliegenden Fall – die beschuldigte Person den Dritten anruft und sich daraus Hinweise auf die Straftat oder den Aufenthaltsort des Beschuldigten ergeben.¹²

2.2 Zulässigkeit im Rahmen von Art. 270 lit. b StPO

Zweitens ist der Wortlaut von [Art. 270 lit b StPO](#) auf die aktive und inhaltliche Überwachung von Fernmeldeanschlüssen zugeschnitten und nicht auf die RDE, die eben gerade nicht eine Überwachung des Inhalts zum Zweck hat, und schon gar nicht auf die rückwirkende RDE wie im vor-

liegenden Sachverhalt.¹³ Bei einer rückwirkenden RDE geht es weder um eine zu erwartende Benutzung des Drittanschlusses oder eine voraussichtliche Entgegennahme oder Weiterleitung von Mitteilungen durch den Dritten, da die Kommunikation bereits abgeschlossen ist, noch um eine inhaltliche Überwachung des Anschlusses.¹⁴ Im Fall einer beantragten rückwirkenden RDE bei Anschlüssen des Opfers eines Tötungsdelikts entschied das BGer, dass eine undifferenzierte Anwendung von [Art. 270 lit b StPO](#) auf die RDE zu stossenden Ergebnissen führen würde¹⁵ und eine rückwirkende RDE bei Anschlüssen eines Dritten zulässig sei. Gerade bei Opfern von Schwerverbrechen könne die RDE (etwa von Standorten des Mobiltelefons des Opfers oder betreffend Absender und Empfänger von Nachrichten und Anrufen) von grosser Wichtigkeit für die Fahndung und Verbrechensaufklärung sein.¹⁶ Die Massnahme sei deshalb zulässig, um zu ermitteln, wer das Opfer vor der Tat angerufen habe, und es müsse auch nicht darauf abgestellt werden, ob der Beschuldigte zum Zeitpunkt der RDE noch auf den Anschluss des Opfers anrufe, sondern es genüge die Vermutung, er habe dies vor der Tat getan.¹⁷ In [BGE 142 IV 34](#), auf den sich auch das hier zu referierende Urteil stützt, ging das BGer noch einen Schritt weiter und entschied, dass bei einer Zustimmung des von der rückwirkenden RDE betroffenen Dritten [Art. 270 lit b StPO](#) gar nicht anwendbar sei, da sich bei einer Zustimmung des Geheimnisherrn (d. h. des Inhabers des Anschlusses) kein Geheimnisschutz zu dessen Gunsten mehr aufdränge.¹⁸ Eine richterliche Genehmigung der RDE sei allerdings auch bei Zustimmung der betroffenen Person erforderlich.¹⁹

Im vorliegenden Urteil bestätigt das BGer nun erneut seine Rechtsprechung, wonach eine rückwirkende RDE bei Anschlüssen von Dritten zulässig²⁰ und [Art. 270 lit b StPO](#) bei schriftlicher Zustimmung des betroffenen Dritten nicht anwendbar sei. Eine Zustimmung der Geschädigten, deren Randdaten erhoben werden sollten, lag im vorliegenden Fall vor.²¹ Sodann stellt das BGer klar, dass auch in Fällen, in denen keine schriftliche Zustimmung eingeholt werden kann, wie z. B. im Fall der rückwirkenden RDE bei Anschlüssen des getöteten Opfers,²² das Aufklärungsinteresse dem Schutz der Privatsphäre vorgehen

kann.²³ Nach der einschlägigen Praxis des BGer verlangt eine rückwirkende RDE, wie jede Überwachungsmassnahme, ausserdem einen direkten Sachzusammenhang zwischen der Massnahme und dem untersuchten Delikt.²⁴

Es bleibt anzumerken, dass der vom BGer eingeschlagene Weg, den Anwendungsbereich von Überwachungsmassnahmen mittels Rechtsprechung in diesen Konstellationen auch auf Dritte auszuweiten, grundsätzlich zu überdenken wäre, weil – wie die Vorinstanz in BGer, Urteil v. 30. 8. 2013, [1B_251/2013](#), E. 2 festgehalten hat – nicht eindeutig ist, ob es tatsächlich Sache der Gerichte ist, «derartige Lücken als Folge unsorgfältiger Legiferierung zu schliessen» und durchaus fraglich ist, ob der Gesetzgeber tatsächlich «offensichtlich» davon ausging, dass «konkrete Spezialfragen der Auslegung von der Rechtsprechung zu klären seien», wie es das BGer in [BGE 138 IV 232](#), E. 5.2 sieht.

III. Voraussetzungen zur Anordnung einer rückwirkenden Randdatenerhebung

Im Anschluss prüfte das BGer, ob die einzelnen Voraussetzungen zur Anordnung einer solchen Massnahme im vorliegenden Fall erfüllt waren. Gemäss [Art 273 StPO](#) kann die Staatsanwaltschaft Auskunft über die Randdaten des Fernmeldeverkehrs der überwachten Person verlangen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind: es besteht (1.) der dringende Verdacht, (2.) ein Verbrechen, ein Vergehen oder eine Übertretung gemäss [Art. 179^{septies} StGB](#) (Missbrauch einer Fernmeldeanlage) sei begangen worden, und die Voraussetzungen von [Art. 269 Abs. 1 lit b und c StPO](#) sind erfüllt, d. h., (3.) die Schwere der Straftat muss die Überwachung rechtfertigen (*Verhältnismässigkeit*) und (4.) die bisherigen Untersuchungshandlungen müssen erfolglos geblieben sein oder die Ermittlungen wären sonst aussichtslos oder würden unverhältnismässig erschwert (*Subsidiarität*). Sodann darf die Auskunft (5.) bis sechs Monate rückwirkend verlangt werden ([Art. 273 Abs 3 StPO](#)).

Die Vorinstanz und das BGer kamen zum Schluss, dass die Voraussetzungen von Art. 273 Abs. 1 lit. a und Abs. 3 aStPO i. V. m. [Art. 269 Abs. 1 lit b StPO](#) im vorliegenden Fall gegeben sind: Es bestand ein dringender Tatverdacht eines Verbrechens, konkret eines versuchten Betrugs ([Art 146 StGB](#) i. V. m. [Art 22 StGB](#)) sowie einer Übertretung nach [Art. 179^{septies} StGB](#) (Missbrauch einer Fernmeldeanlage), die sechsmonatige Frist wurde eingehalten und auch die Voraussetzung der Verhältnismässigkeit war gege-

ben. Die Vorinstanz verneinte einzig die Voraussetzung der Subsidiarität (Art. 273 Abs. 1 lit. a aStPO i. V. m. [Art. 269 Abs. 1 lit c StPO](#)).²⁵

1. Verhältnismässigkeit

Indem sich die Gerichte im vorliegenden Fall auf die bisherige Rechtsprechung und Lehre berufen, verzichteten sie auf eine eingehende Prüfung der Voraussetzung der Verhältnismässigkeit: Zwar würden auch rückwirkende RDE zu einem Eingriff in den durch [Art 13 BV](#) verfassungsrechtlich geschützten Anspruch auf Schutz der Privatsphäre der Betroffenen führen, dieser Eingriff sei aber nach Praxis des BGer deutlich weniger einschneidend, weil bei der rückwirkenden RDE keine Kommunikationsinhalte behördlich überwacht würden und im Gegensatz zur inhaltlichen Gesprächsüberwachung oder zur aktiven RDE keine geheime Untersuchungsmassnahme erfolge.²⁶

Die Argumentation besteht also im Wesentlichen darin, dass die Überwachungsmassnahme der RDE eine

mildere Massnahme als eine inhaltliche Überwachung sei und deshalb einen weniger schwerwiegenden Eingriff in die Privatsphäre der betroffenen Person darstelle. In diesem Zusammenhang stellt sich dann allerdings die Frage, ob die von Lehre und Rechtsprechung bisher vorgenommene Abwägung bezüglich der Schwere des Eingriffs bei der (rückwirkenden) RDE weiterhin undifferenziert übernommen werden soll bzw. darf. Denn nur wenige Monate zuvor befasste sich dieselbe Abteilung des BGer in einem anderen Urteil²⁷ u. a. mit der Frage, ob die Speicherung und Herausgabe von Randdaten überhaupt zulässig sei.²⁸

1.1 Inhalt der Randdaten

Zu den Randdaten im Fernmeldeverkehr gehören gemäss [Art. 8 lit b BÜPF](#) die Daten, aus denen hervorgeht, mit wem, wann, wie lange²⁹ und von wo aus die überwachte Person Verbindung hat oder gehabt hat, sowie die technischen Merkmale der entsprechenden Verbindung. Als «technische Merkmale der entsprechenden Verbindung» gelten bei Mobiltelefonie etwa die Unterscheidungen von SMS, MMS, von ein- und ausgehendem Gesprächsverkehr und reinem Datenverkehr.³⁰ Der Begriff der Randdaten suggeriert dabei eine gewisse Harmlosigkeit, indem er den Eindruck erweckt, es handle sich hier lediglich um Daten, die nur «am Rande» der Kommunikation anfallen und somit um Daten ohne Inhalt.

Die gemeinnützige Organisation «Digitale Gesellschaft» hat – noch unter Geltung des alten Rechts – die Datentypen aufgearbeitet, welche von den Providern und Postdienstleistern zu jedem Kommunikationsvorgang gesammelt werden müssen. Zur bestürzend langen Liste der Datentypen, die auf ihrer Website³¹ eingesehen werden können, gehören u. a. Name, (E-Mail-)Adresse(n), Ausweis/Ausweisnummer, Beruf, Telefonnummer(n), Firma, Firmennummer, Telefonnummer, Telefonnummer der Gegenseite, Telefon-Anbieter, Telefon-Abonnement, Dauer des Abonnements, Art des Abschlusses, Details zu Zahlungen für den Abschluss (Art der Zahlung, Inhaber, Bank, Kontonummern [sic!]), Zeiten insb. Beginn und Ende des Anrufs, Art der Verbindung/Kommunikation, allfällige Um-/Weiterleitungen bei der Kommunikation. Zusätzlich bei Anrufen via Mobiltelefon werden gespeichert: IMSI- und IMEI-Nummern, PUK- und PUK2-Code (d. h. der Code zum Entsperren der SIM-Karte [sic!]), Zeiten insb. Beginn und Ende der Verbindung zu den im Gespräch genutzten Antennen, benutzte Antennen einschliesslich Adresse, Nummer und Koordinaten der Antenne und Hauptstrahlrichtung.

Unklar ist, ob alle oder welche dieser gespeicherten Daten genau an die Strafverfolgungsbehörden herausgegeben werden. Es kann jedoch vereinfacht gesagt werden, dass die Anbieter Daten darüber speichern, mit wem von wo aus und wann kommuniziert wurde, wer sich zu welchem Zeitpunkt und für welche Dauer ins Internet eingeloggt hat, teilweise sogar wer zu welchem Zeitpunkt auf welcher Website war, wer wem zu welchem Zeitpunkt eine E-Mail oder Nachricht versandt hat oder wo sich das Mobiltelefon gerade befindet und über die letzten sechs Monate befunden hat.

1.2 Randdaten als mildere Massnahme?

Angesichts dessen lässt sich nicht von der Hand weisen, dass – wie auch das BGer im Urteil [1C_598/2016](#) v. 2. 3. 2018 anerkannte, das aufgrund einer Beschwerde der «Digitalen Gesellschaft» ergangen ist – aus Randdaten in ihrer Gesamtheit gewisse Schlüsse auf das Privatleben der Benutzer von Fernmeldediensten gezogen werden können und sich daraus etwa Alltagsgewohnheiten, Aufenthaltsorte, Ortswechsel sowie Informationen über berufliche und persönliche Kontakte, das Beziehungsnetz und das soziale Umfeld ableiten lassen.³² Die Zusammenführung von Randdaten bzw. deren Kombination mit anderweitig erhobenen Daten ermöglicht somit, Profile zu erstellen, insbesondere Persönlichkeits- und Bewegungsprofile oder solche über das Kommunikationsverhalten an sich.³³ Mit der RDE wird zwar nicht der Inhalt der betreffenden Kommunikation ge-

liefert, das Datenpaket der Randdaten liefert aber dennoch inhaltliche Informationen über eine Person und einen Sachverhalt. Vor diesem Hintergrund wäre es interessant, wenn nicht sogar notwendig gewesen, zu untersuchen, ob der Eingriff in die Privatsphäre bei der RDE im Rahmen eines Strafverfahrens tatsächlich weniger schwer wiegt als bei einer inhaltlichen Überwachungsmassnahme gemäss [Art. 269 ff StPO](#) und somit die Voraussetzung der Verhältnismässigkeit einer RDE mit dem blossen Hinweis auf einen weniger schwerwiegenden Eingriff in die Privatsphäre wie im vorliegenden Urteil³⁴ in jedem Fall und auch weiterhin vorbehaltlos durchgewunken werden kann oder soll.³⁵ Während das BGer in Urteil [1C_598/2016](#) v. 2. 3. 2018 in der reinen Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten der Telekommunikation selbst noch keinen schweren Eingriff in die Privatsphäre sieht,³⁶ weist es doch auf die Möglichkeit der Verknüpfung von Randdaten, allenfalls in Kombination mit anderen Daten, auf Stufe der rückwirkenden Überwachung des Fernmeldeverkehrs hin, die einen zusätzlichen Eingriff bewirke.³⁷ Der Eingriff in die Privatsphäre nehme mit dem Zugriff und der Nutzung der Randdaten durch die zuständigen Behörden erheblich an Intensität zu.³⁸ Bedauerlicherweise unterliess es das BGer im vorliegenden Urteil gänzlich, sich mit diesen Überlegungen zur Verhältnismässigkeit bei rückwirkenden RDE auseinanderzusetzen.

2. Subsidiarität

Im vorliegenden Fall verneinte die Vorinstanz das Vorliegen der Voraussetzung der Subsidiarität gemäss Art. 273 Abs. 1 lit. a aStPO i. V. m. [Art. 269 Abs. 1 lit c StPO](#). Die rückwirkende RDE sei zwar für die Ermittlung der bislang unbekannten Täterschaft erforderlich, jedoch sollen die erforderlichen Randdaten aller Voraussicht nach auch auf anderem Weg erhältlich sein.³⁹ Es sei nämlich grundsätzlich davon auszugehen, dass Geschädigte uneingeschränkt mit den Ermittlungsbehörden kooperieren, weshalb es der StA SH möglich gewesen wäre, die erforderlichen Randdaten mithilfe der geschädigten Anschlussinhaberin und ohne Anordnung einer Überwachung in Erfahrung zu bringen.⁴⁰ Die StA SH hält dieser Ansicht folgende zwei Argumente entgegen: Erstens können Kunden zwar bei den Fernmeldediensteanbietern gemäss [Art 45 FMG](#) Auskunft über die für die Rechnungsstellung verwendeten Daten verlangen, der Identifikation von unbekannten Teilnehmern durch den Kunden stünden jedoch Hindernisse entgegen.⁴¹ Die Daten von dritten Teilnehmern würden nur dann an den Kunden herausgegeben, wenn dieser ausreichend glaubhaft mache, dass missbräuchliche Verbindungen erfolgt seien ([Art 45 FMG](#) i. V. m. [Art 82 FDV](#)), und es würden auch keine Standortdaten von dritten Teilnehmern übermittelt.⁴² So erfahre der Kunde insbesondere nicht die Standorte von mobilen Anschlüssen, von denen aus Anrufe auf seine Anschlüsse erfolgt seien.⁴³ Und zweitens widerspreche die von der Vorinstanz verlangte «faktische» Delegation von Untersuchungsaufgaben an die geschädigte Person [Art. 311 Abs 1 StPO](#), wonach die Staatsanwaltschaft die Beweiserhebungen selber durchführe. Das BGer folgt der Ansicht der StA SH, bejaht die Voraussetzung der Subsidiarität und stellt in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung klar, dass bei der rückwirkenden RDE bei Anschlüssen von Dritten zur Aufklärung von Verbrechen an das Erfordernis der Subsidiarität der Massnahme keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen.⁴⁴

Bedauerlicherweise findet im vorliegenden Urteil BGer [1C_598/2016](#) v. 2. 3. 2018 keinen Eingang, in dessen Nachgang Kunden bei Fernmeldediensteanbietern die Herausgabe der über sie gespeicherten Randdaten direkt gestützt auf [Art 8 DSG](#) verlangen können.

Unklar bleibt im vorliegenden Urteil ferner auch, ob und inwiefern Fernmeldediensteanbieter tatsächlich Standortdaten von dritten Teilnehmern, d. h. im vorliegenden Fall der anrufenden, bislang unbekannten Täterschaft, herauszugeben gewillt sind bzw. überhaupt herausgeben können. Zu den Randdaten gehört zwar auch, von wo aus der überwachte Anschluss Verbindung hat oder gehabt hat, weshalb bei jeder

Kommunikation der Standort desselben erfasst wird.⁴⁵ Gemäss Wortlaut von [Art. 8 lit b BÜPF](#) gilt dies jedoch nicht für den Standort des Kommunikationsanschlusses – d. h. im vorliegenden Fall für den Anschluss der Täterschaft, die auf den überwachten Anschluss angerufen hat –, und zwar auch dann nicht, wenn dieser erfassbar wäre.⁴⁶ Zudem gibt es für die Identifikation des Standorts auch technische Grenzen: So kann im Fall von Telefongesprächen über Mobiltelefone nur der Standort der Antenne und deren Hauptstrahlrichtung erfasst werden, im Fall von Datenverkehr über Mobiltelefone ist allerdings zurzeit noch nicht

einmal dies möglich.⁴⁷ Erfolgt der Anruf also bspw. zwischen zwei Kunden desselben Anbieters, so sollte die Identifikation des Standorts beider Gesprächsteilnehmer technisch grundsätzlich möglich sein. Bei der IP-Telefonie erfolgt das Telefonieren jedoch über Rechnernetze, und so ist z. B. bei Benutzung des Tor-Netzwerks, bei dem Datenpakete über mehrere Zwischenstationen geleitet werden, nur der Exit-Knoten sichtbar, der sich irgendwo auf der Welt befinden kann. Insofern würde das Argument der StA SH, dass nur mittels der betreffenden rückwirkenden RDE Standortdaten der auf den Anschluss anrufenden Täterschaft in Erfahrung gebracht werden könnten, an Gewicht verlieren.

Die Frage, ob es grundsätzlich oder zumindest in bestimmten Konstellationen überhaupt zweckdienlich erschiene, wenn die Staatsanwaltschaft bei der Untersuchung von Verbrechen unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität der Zwangsmassnahmen zunächst auf eine «zügige Mitarbeit» von Privaten, insbesondere Opfern, angewiesen wäre,⁴⁸ lässt das BGer offen.⁴⁹

IV. Fazit

Mit Urteil [1B_241/2018](#) hält das BGer an seiner zur rückwirkenden RDE bei Dritten entwickelten Rechtsprechung fest. Bedauerlicherweise unterlässt es das BGer, sich mit der in einem Urteil des gleichen Jahres aufgeworfenen Frage auseinanderzusetzen, ob die Überwachungsmassnahme der RDE tatsächlich – wie bisher angenommen – einen weniger schwerwiegenden Eingriff in die Privatsphäre der betroffenen Person darstelle als eine inhaltliche Überwachungsmassnahme. Und so wäre darüber hinaus grundsätzlich zu überdenken, ob es Aufgabe des BGer ist, den Anwendungsbereich von RDE mittels Rechtsprechung auf Dritte auszuweiten.

Stichwörter: Randdaten, Strafverfahren, Verhältnismässigkeit, Datenschutz, Überwachungsmassnahmen

Mots-clés : données accessoires, procédure pénale, proportionnalité, protection des données, mesures de surveillance

Zusammenfassung: Mit Urteil [1B_241/2018](#) v. 8. 10. 2018 bestätigt das Bundesgericht, dass rückwirkende Randdatenerhebungen gemäss [Art 273 StPO](#) nicht nur bei Anschlüssen der beschuldigten Person, sondern auch bei Anschlüssen von nicht beschuldigten Dritten, insbesondere beim Opfer der untersuchten Straftat, zulässig sind. Die rückwirkende Randdatenerhebung bei Anschlüssen von Dritten setzt eine untersuchungsrelevante Kommunikationsverbindung zwischen dem überwachten Drittanschluss und anderen Personen oder Fernmeldeanschlüssen voraus. Die gesetzlich vorgesehene richterliche Bewilligung von Randdatenerhebungen ist grundsätzlich auch dann notwendig, wenn der Dritte mit der Überwachung einverstanden ist. Stimmt die geschädigte Person der Überwachung schriftlich zu, sind die einschränkenden zusätzlichen Kriterien von [Art. 270 lit b StPO](#) nicht anwendbar, eine Überprüfung der Überwachungsvoraussetzungen von [Art 273 StPO](#) durch das Zwangsmassnahmengericht ist ausreichend. Wenn rückwirkende Randdatenerhebungen bei Anschlüssen von Dritten zur Aufklärung von Verbrechen

verfügt werden, dürfen an das Erfordernis der Subsidiarität der Massnahme keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden.

Résumé: Dans son arrêt [1B_241/2018](#), le Tribunal fédéral confirme que la collecte rétroactive de données accessoires en application de l'[art 273 CPP](#) est licite non seulement à partir des raccordements du prévenu, mais également depuis les raccordements de tiers non prévenus, notamment ceux de la victime de l'infraction instruite. La collecte rétroactive de données accessoires à partir des raccordements de tiers suppose l'existence d'une relation – pertinente pour l'instruction – de communication entre le raccordement tiers surveillé et d'autres personnes ou d'autres raccordements de télécommunication. En règle générale, l'autorisation judiciaire à laquelle la loi subordonne la collecte des données accessoires est nécessaire quand bien même le tiers aurait approuvé la surveillance. Si le lésé consent par écrit à la surveillance, les critères supplémentaires de limitation énoncés à l'[art. 270 let b CPP](#) ne s'appliquent pas ; une vérification par le tribunal des mesures de contrainte des conditions auxquelles l'[art 273 CPP](#) soumet la surveillance suffit. Lorsque la collecte rétroactive de données accessoires depuis les raccordements de tiers est ordonnée afin d'élucider des crimes, il ne faut pas poser des exigences trop élevées quant à la subsidiarité de la mesure.

¹ Rechtsanwältin und Doktorandin an der Juristischen Fakultät der Universität Zürich. Die Autorin dankt Herrn lic. iur. Viktor Györfy für seine wertvollen Anregungen bei der Entstehung dieses Beitrags.

² BGer [1B_241/2018](#), Urteil v. 8. 10. 2018, E. 3.1–3.5, dazu nachfolgend II.2.

³ BGer [1B_241/2018](#), Urteil v. 8. 10. 2018, E. 4.5, dazu nachfolgend III.2.

⁴ Im vorliegenden Fall erfolgten die betreffenden Anrufe am 28. 12. 2017. Der Sachverhalt enthält keine Angaben dazu, wann genau das Verfahren eingeleitet wurde, jedoch datieren die Verfügung der StA SH zur RDE als auch der Antrag zur Bewilligung beim ZMG vom 12. 4. 2018 und damit nach Inkrafttreten der neuen Fassung von [Art 273 StPO](#) am 1. 3. 2018. Bedauerlicherweise enthält das bundesgerichtliche Urteil keine Ausführungen darüber, weshalb im vorliegenden Fall [Art. 273 Abs. 1 aStPO](#) und nicht das neue Recht angewandt wurde. [Art. 448 Abs 1 StPO](#) statuiert den Grundsatz der sofortigen Anwendbarkeit des neuen Rechts auf hängige Verfahren, soweit die [Art. 449 ff StPO](#) nicht ausnahmsweise auf das bis- herige Verfahrensrecht verweisen (Fingerhuth, in: Donatsch/ Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 448 N 2). Gemäss [Art. 45 Abs 1 BÜPF](#) werden sodann laufende Überwachungen sofort nach neuem Recht fortgeführt (Hansjakob, Überwachungsrecht der Schweiz, Kommentar zu [Art. 269 ff StPO](#) und BÜPF, Zürich 2018, N 1879). Angesichts der Tatsache, dass mit der Revision von [Art. 273 Abs 1 StPO](#) allerdings bloss der Begriff der Randdaten geändert wurde, ohne dass sich der materielle Inhalt des Begriffs verändert hat (Botschaft zum Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [BÜPF], BBl 2013 2683 ff., 2781; Hansjakob [Fn. 4], N 847), ist dieser Punkt für die nachfolgenden Ausführungen vernachlässigbar.

⁵ Vgl. Botschaft BÜPF (Fn. 4), BBl 2013 2683 ff., 2781.

⁶ Hansjakob (Fn. 4), N 846 f.; Hansjakob, ZK StPO (Fn. 4), Art. 273 N 2.

⁷ Botschaft BÜPF (Fn. 4), BBl 2013 2683 ff., 2781. Vgl. dazu nachfolgend III.1.

⁸ Vgl. Hansjakob (Fn. 4), N 857; Betschmann, Randdatenerhebung im Fernmeldeverkehr gemäss [Art 273 StPO](#), AJP 2019, 358 ff., 358.

⁹ Hansjakob (Fn. 4), N 859; Betschmann (Fn. 8), 358 f.

¹⁰ Hansjakob (Fn. 4), N 877.

¹¹ BGer, Urteil v. 8. 10. 2018, [1B_241/2018](#), E. 3.3; [BGE 142 IV 34](#), E. 4.2.3; BGer, Urteil v. 30. 8. 2013, [1B_251/2013](#), E. 5.5; vgl. dazu nachfolgend II.2.2.

¹² [BGE 138 IV 239](#); Forster, Antennensuchlauf und rückwirkende Randdatenerhebung bei Dritten, in: Jositsch/Schwarzenegger/Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch zum 65. Geburtstag, Zürich 2017, 365 ff., 362; Hansjakob, ZK StPO, (Fn. 4), Art. 273 N 14.

¹³ Vgl. so auch BGer, Urteil v. 8. 10. 2018, [1B_241/2018](#), E. 3.3 und E. 4.6; Forster (Fn. 12), 361 f.; Hansjakob (Fn. 4), N 877.

¹⁴ [BGE 142 IV 34](#), E. 4.2.2; Forster (Fn. 12), 362, FN 19.

¹⁵ BGer, Urteil v. 30. 8. 2013, [1B_251/2013](#), E. 5.4.

¹⁶ BGer, Urteil v. 30. 8. 2013, [1B_251/2013](#), E. 5.6.

- 17 BGer, Urteil v. 30. 8. 2013, [1B_251/2013](#), E. 5.7; Hansjakob (Fn. 4), N 878; Forster (Fn. 12), 362 f.
- 18 [BGE142 IV 34](#), E. 4.2.3; Forster (Fn. 12), 363; Hansjakob (Fn. 4), N 879.
- 19 [BGE142 IV 34](#), E. 4.5; Forster (Fn. 12), 363 f.; Hansjakob (Fn. 4), N 879.
- 20 BGer, Urteil v. 8. 10. 2018, [1B_241/2018](#), E. 3.3 und 4.6.
- 21 BGer, Urteil v. 8. 10. 2018, [1B_241/2018](#), E. 4.7.
- 22 Vgl. BGer, Urteil v. 30. 8. 2013, [1B_251/2013](#), E. 5.5.
- 23 BGer, Urteil v. 8. 10. 2018, [1B_241/2018](#), E. 4.6; Forster (Fn. 12), 365; Hansjakob (Fn. 4), N 880.
- 24 BGer, Urteil v. 8. 10. 2018, [1B_241/2018](#), E. 3.5; [BGE142 IV 34](#), E. 4.3.3; BGer, Urteil v. 30. 8. 2013, [1B_251/2013](#), E. 5.5; Forster (Fn. 12), 365.
- 25 BGer, Urteil v. 8. 10. 2018, [1B_241/2018](#), E. 2 und 4.2. Dazu nachfolgend III.2.
- 26 BGer, Urteil v. 8. 10. 2018, [1B_241/2018](#), E. 3.4 und 4.1; Hansjakob (Fn. 4), N 895; Hansjakob, ZK StPO (Fn. 4), Art. 273 N 12.
- 27 BGer, Urteil v. 2. 3. 2018, [1C_598/2016](#).
- 28 Vgl. dazu nachfolgend III.1.2.
- 29 Hansjakob (Fn. 4), N 1456.
- 30 Hansjakob (Fn. 4), N 1458.
- 31 <https://www.digitale-gesellschaft.ch/2014/03/02/die-daten-aus-der-vorratsdatenspeicherung/> > (zuletzt besucht am 25. Oktober 2019).
- 32 BGer, Urteil v. 2. 3. 2018, [1C_598/2016](#), E. 5.4.
- 33 BGer, Urteil v. 2. 3. 2018, [1C_598/2016](#), E. 5.4.
- 34 BGer, Urteil v. 8. 10. 2018, [1B_241/2018](#), E. 3.4 und 4.1.
- 35 Auch der EuGH erachtet diesen Eingriff als besonders schwer (vgl. Urteile des EuGH [C-293/12](#) und [C-594/12](#) vom 8. 4. 2014, E. 65 sowie [C-203/15](#) und [C-698/15](#) vom 21. 12. 2016, E. 100; dazu auch Schlauri/Ranzoni, EuGH: Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie 2006/24/EG für ungültig erklärt, sic! 2014, 570 ff.).
- 36 BGer, Urteil v. 2. 3. 2018, [1C_598/2016](#), E. 5.5; der Entscheid wurde weitergezogen.
- 37 BGer, Urteil v. 2. 3. 2018, [1C_598/2016](#), E. 5.4.
- 38 BGer, Urteil v. 2. 3. 2018, [1C_598/2016](#), E. 5.4.
- 39 BGer, Urteil v. 8. 10. 2018, [1B_241/2018](#), E. 4.2.
- 40 BGer, Urteil v. 8. 10. 2018, [1B_241/2018](#), E. 4.2.
- 41 BGer, Urteil v. 8. 10. 2018, [1B_241/2018](#), E. 4.3.
- 42 BGer, Urteil v. 8. 10. 2018, [1B_241/2018](#), E. 4.3.
- 43 BGer, Urteil v. 8. 10. 2018, [1B_241/2018](#), E. 4.3.
- 44 BGer, Urteil v. 8. 10. 2018, [1B_241/2018](#), E. 4.5 mit Verweis auf BGer, Urteil v. 21. 8. 2012, [1B_265/2012](#), E. 2.3.3.
- 45 Hansjakob (Fn. 4), N 1457.
- 46 Hansjakob (Fn. 4), N 1457.
- 47 Hansjakob (Fn. 4), N 1457.
- 48 Zu Recht zweifelnd Hansjakob (Fn. 4), N 896.
- 49 BGer, Urteil v. 8. 10. 2018, [1B_241/2018](#), E. 4.5; ebenfalls offen gelassen in BGer, Urteil v. 21. 8. 2012, [1B_265/2012](#), E. 2.3.4.