



---

Abteilung I  
A-5403/2011

## **Urteil vom 2. Mai 2012**

---

Besetzung

Richter André Moser (Vorsitz),  
Richter Christoph Bandli, Richterin Kathrin Dietrich,  
Gerichtsschreiber Bernhard Keller.

---

Parteien

**Appellationsgericht Basel Stadt**, Bäumleingasse 1,  
4051 Basel,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD**,  
Informatik Service Center ISC-EJPD, Dienst Überwachung  
Post und Fernmeldeverkehr ÜPF, Fellerstrasse 15,  
3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Post- und Fernmeldeüberwachung.

**Sachverhalt:****A.**

Am 29. April 2011 verurteilte das Strafgericht Basel X. \_\_\_\_\_ wegen versuchter schwerer Körperverletzung, versuchter räuberischer Erpressung, mehrfachen Diebstahls und weiterer Delikte zu vier Jahren Freiheitsstrafe und einer Busse von Fr. 300.—. Gegen dieses Urteil erhob der Verurteilte Berufung beim Appellationsgericht Basel Stadt und stellte gleichzeitig, wie bereits im erstinstanzlichen Verfahren, den Antrag, es seien "vorsorglich und dringlich" genau bezeichnete Verbindungsnachweise von den entsprechenden Mobiltelefonie-Anbietern anzufordern.

**B.**

Das Appellationsgericht Basel Stadt hiess den Verfahrens Antrag gut und ersuchte mit Schreiben vom 4. Juli 2011 das Informatik Service Center ISC-EJPD, Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr (nachfolgend Dienst) um eine rückwirkende Fernmeldeüberwachung der vier Telefonnummern für die Zeit vom 10. bis 11. Februar 2011 bzw. für die Zeit bis zum 12. Februar 2011. Der Dienst scheint dieses Schreiben nicht erhalten zu haben, worauf es am 15. September 2011 per Fax nochmals übermittelt worden ist.

**C.**

Mit Schreiben vom 19. September 2011 lehnte der Dienst die Überwachungsmassnahme ab und bestritt die Zuständigkeit des Appellationsgerichts zur Anordnung von Überwachungsmassnahmen. Hierfür sei einzig die Staatsanwaltschaft befugt. Zudem äusserte der Dienst die Vermutung, dass infolge des Zeitablaufs die Fernmeldedienst-anbieterinnen (FDA) nicht mehr über die nachgesuchten Daten verfügten. Auf telefonische Nachfrage des Appellationsgerichts hin stellte sich der Dienst auf den Standpunkt, dass das Antwortschreiben materiell eine Verfügung darstellen könnte.

**D.**

Am 26. September 2011 erhebt das Appellationsgericht Basel Stadt (Beschwerdeführer) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht gegen die Ablehnung der Überwachungsmassnahme und beantragt als superprovisorische, eventuell als vorsorgliche Massnahme, die Sicherstellung der Daten bei den betroffenen FDA. In der Sache führt der Beschwerdeführer aus, der Wortlaut von Art. 273 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO,

SR 312.0) sei zu eng, auch ein Berufungsgericht müsse selbständig eine rückwirkende Telefonüberwachung anordnen können, insbesondere wenn die Staatsanwaltschaft auf diese Beweismassnahme verzichtet habe. Zudem würden mit dem Eingang der Anklageschrift die Befugnisse im Verfahren von der Staatsanwaltschaft auf das Gericht übergehen. Ferner sei das Appellationsgericht die Rechtsmittelinstanz des Zwangsmassnahmengerichts, das die Überwachungen durch die Staatsanwaltschaft genehmige. Schliesslich zeige auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft gegen Haftentlassungsentscheide des Zwangsmassnahmengerichts, dass wegen des öffentlichen Interesses an einer funktionierenden Strafjustiz nicht alleine auf den Wortlaut der Strafprozessordnung abgestellt werden könne.

#### **E.**

Mit Zwischenverfügung vom 30. September 2011 heisst das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen im Sinne eines Superprovisoriums gut und weist den Dienst (Vorinstanz) an, die FDA zu veranlassen, noch vorhandene Daten aus der Zeit bis zum 12. Februar 2011 bzw. für den Zeitraum vom 10. bis 11. Februar 2011 für die betreffenden Mobiltelefon-Nummern zu sichern und diese bis zum Entscheid über die Beschwerde nicht zu vernichten.

#### **F.**

Am 7. Oktober 2011 teilt die Vorinstanz mit, die betreffenden FDA würden nicht mehr über die gesuchten Daten verfügen.

#### **G.**

In ihrer Vernehmlassung vom 27. Oktober 2011 beantragt die Vorinstanz, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen. Die Vorinstanz bezweifelt, dass das Schreiben vom 19. September 2011 als Verfügung eingestuft werden kann; es sei eher eine Rückweisung des Antrages zur Verbesserung. Zudem verneint sie die Legitimation des Beschwerdeführers. In der Sache hält sie dafür, dass nach dem klaren Wortlaut von Art. 273 StPO einzig die Staatsanwaltschaft eine solche Überwachung anordnen könne.

#### **H.**

Der Beschwerdeführer betont in seiner Stellungnahme vom 7. November 2011 seine Standpunkte nochmals und hält an seiner Begründung fest.

**I.**

In einem Meinungs austausch über die Zuständigkeit vom 22. März und 5. April 2012 mit dem Bundesstrafgericht lehnt Letzteres seine Zuständigkeit ab.

**J.**

Am 18. April 2012 reicht der Beschwerdeführer eine spontane Entgegnung zu den kurzen materiellen Ausführungen des Bundesstrafgerichts ein und mit Schreiben vom 25. April 2012 weist er auf das Urteil des Bundesgerichts 1B\_188/2012 vom 19. April 2012 hin.

**K.**

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien wird in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen, soweit sie entscheidrelevant sind.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.****1.1.**

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern sie von Behörden erlassen wurden, die gemäss Art. 33 VGG als Vorinstanzen gelten und überdies keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Der Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr ist gemäss Art. 3 Abs. 1 der Verordnung vom 31. Oktober 2001 über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (VÜPF, SR 780.11) administrativ dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement zugeordnet und damit eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG.

**1.1.1.** Als Verfügung gelten gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und u.a. die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten oder das Nichteintreten auf solche Begehren zum Gegenstand haben. Mit ihrem Schreiben vom 19. September 2011 spricht die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die Berechtigung ab, eine Fernmeldeüberwachung zu beantragen und beruft sich hierbei auf öffentliches Recht des Bundes, nämlich das Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 betreffend

die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF, SR 780.1) sowie die Strafprozessordnung. Auch wenn das Schreiben der Vorinstanz nicht alle formellen Elemente einer Verfügung gemäss Art. 35 VwVG aufweist, ist diesem Verfügungscharakter zuzuerkennen und damit auch die Eignung, ein Anfechtungsobjekt für eine Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht zu sein. Zudem handelt es sich bei der Vorinstanz nicht um eine Strafbehörde im Sinne des zweiten Titels, ersten Kapitels der Strafprozessordnung, weshalb auch nicht ein strafprozessualer Rechtshilfesachverhalt (Art. 43 StPO) im Vordergrund steht (vgl. dazu auch die Stellungnahme des Bundesstrafgerichts vom 5. April 2012).

**1.1.2.** Selbst wenn der Auffassung der Vorinstanz gefolgt wird, es handle sich bei ihrer Antwort um eine Rückweisung zur Verbesserung, mithin um eine Zwischenverfügung, ist auf die Beschwerde einzutreten. Gemäss Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG ist die Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann. Gemäss Art. 273 Abs. 3 StPO können Auskünfte über Verkehrs- und Rechnungsdaten bis 6 Monate rückwirkend verlangt werden. Bis sich ein Gericht, insbesondere die Berufungsinstanz, mit dem Sachverhalt befasst, sind bereits ein von der Staatsanwaltschaft geleitetes Vorverfahren sowie das erstinstanzliche Hauptverfahren durchgeführt worden, so dass in diesem Zeitpunkt regelmässig nur noch wenige Tage dieser Frist übrig bleiben und jede Verzögerung, etwa durch eine Anweisung an die Staatsanwaltschaft, eine solche Beweismassnahme vereiteln kann. Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil ist demnach zu bejahen.

**1.2.** Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG ist nicht gegeben, so dass gegen die "Verfügung" der Vorinstanz vom 19. September 2011 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden kann. Im Übrigen sieht auch Art. 32 VÜPF die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege ausdrücklich vor.

**1.3.** Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung hat. Der Beschwerdeführer ist Adressat der Verfügung, seinem Antrag ist nicht stattgegeben worden, weshalb er grundsätzlich beschwert ist. Das allgemeine Beschwerderecht nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist an sich auf Privatpersonen zugeschnitten,

während Behörden gemäss Art. 48 Abs. 2 VwVG in der Regel nur dann zur Beschwerde berechtigt sind, wenn ihnen ein anderes Bundesgesetz dieses Recht einräumt. Bereits unter dem früheren Verfahrensrecht und der dazugehörigen Rechtsprechung zu Art. 103 Bst. a des Bundesrechtspflegegesetzes (OG, AS 60 271) liess das Bundesgericht nicht nur Privatpersonen, sondern auch ein Gemeinwesen oder einen anderen Träger hoheitlicher Aufgaben zur Beschwerde zu, sofern diese durch die angefochtene Verfügung oder den angefochtenen Entscheid gleich oder ähnlich wie ein Privater betroffen oder aber in schutzwürdigen eigenen hoheitlichen Interessen (rechtlicher oder tatsächlicher Natur) berührt waren; diese Praxis gilt nach wie vor (BGE 131 II 58 E. 1.3, 753 E. 4.3.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4494/2008 vom 15. Oktober 2008 E. 1.3.1). Auf eine solche Beschwerde ist indessen dann nicht einzutreten, wenn die Behörde einzig das Interesse an der richtigen Anwendung des massgebenden Rechts vorbringt. Erforderlich ist vielmehr, dass sie in ihren eigenen, beispielsweise finanziellen Interessen betroffen ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4494/2008 vom 15. Oktober 2008 E. 1.3.3). Diese Eintretensvoraussetzung ist hier gegeben, der Beschwerdeführer macht ein besonderes eigenes Interesse tatsächlicher Art an der ungehinderten Erfüllung seiner Rechtsprechungsaufgaben geltend; diese umfasst auch die Erhebung der notwendigen Beweise und wird durch den vorinstanzlichen Entscheid erschwert.

**1.4.** Zu den prozessualen Voraussetzungen für die materielle Beurteilung einer Beschwerde zählt grundsätzlich aber auch ein aktuelles Rechtsschutzinteresse im Urteilszeitpunkt (BGE 137 I 296 E. 4.2 mit Hinweisen). Die bei der Vorinstanz beantragte Beweismassnahme kann vorliegend nicht mehr durchgeführt werden, weil die dafür erforderlichen Daten nicht mehr vorhanden sind. Auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses kann indes gemäss Rechtsprechung dann verzichtet werden, wenn die aufgeworfene Frage sich jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen kann, an deren Beantwortung wegen der grundsätzlichen Bedeutung ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht und eine rechtzeitige richterliche Prüfung kaum möglich ist (Urteil des Bundesgerichts 2C\_842/2010 vom 13. Januar 2012 E. 1.3, BGE 131 II 670 E. 1.2; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-2401/2011 vom 6. Januar 2012 E. 3.6 und A-8107/2007 vom 12. Juni 2008 E. 2.4). Auch wenn ein aktuelles Rechtsschutzinteresse nicht mehr zu bejahen ist, besteht vorliegend dennoch ein über diese Beschwerde hinausgehendes Interesse an der Klärung der Frage, ob ein Strafgericht, insbesondere ein

Berufungsgericht, eine Fernmeldeüberwachung anordnen kann für Fälle, die bereits bei ihm hängig sind.

**1.5.** Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist daher einzutreten.

## **2.**

Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, dass einzig die Staatsanwaltschaft eine Überwachung des Fernmeldeverkehrs anordnen könne, nicht aber ein Strafgericht oder eine andere Behörde. Diese hätten solche Massnahmen über die Staatsanwaltschaft zu treffen. Die Vorinstanz stützt sich hierbei auf den Wortlaut von Art. 273 StPO, wonach bei gegebenen Voraussetzungen die Staatsanwaltschaft Auskunft verlangen kann darüber, wann und mit welchen Personen oder Anschlüssen die überwachte Person über den Post- oder Fernmeldeverkehr Verbindung hat oder gehabt hat sowie über Verkehrs- und Rechnungsdaten.

**2.1.** Der Beschwerdeführer macht demgegenüber geltend, der Wortlaut des Gesetzes greife mit Blick auf dessen gesamte Systematik wie auch Teleologie zu kurz. Ein Berufungskläger könne gemäss Art. 399 Abs. 3 Bst. c StPO Beweisanträge stellen sowie beantragen, dass die Verfahrensleitung der Rechtsmittelinstanz diese Beweise auf der Grundlage von Art. 62 i.V.m. Art. 332 Abs. 3 und 379 StPO vorsorglich selber erhebt. Dies müsse auch für eine rückwirkende Fernmeldeüberwachung gemäss Art. 273 StPO gelten, zumal das Berufungsgericht und nicht die Staatsanwaltschaft die Leitung über die Berufungsverfahren innehave.

**2.2.** Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut einer Gesetzesbestimmung. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (sog. Methodenpluralismus) (BGE 137 V 126 E. 4.1, 136 II 149 E. 3 je mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3895/2011 vom 18. April 2012 E. 4.1; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines

Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 25 Rz. 3 f.; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 90 ff.). Aufgrund des Wortlautes von Art. 269 und 273 StPO, wo in allen Amtssprachen bloss die Staatsanwaltschaft, le ministère public bzw. il pubblico ministero erwähnt wird, ist zu schliessen, dass einzig die Staatsanwaltschaften den Fernmeldeverkehr überwachen lassen können. Andere Strafbehörden nennen diese beiden Artikel unbestrittenermassen nicht.

**2.3.** Mit Blick auf die Systematik der Strafprozessordnung ist festzustellen, dass die Überwachung des Fernmeldeverkehrs im 5. Titel der Strafprozessordnung, den Zwangsmassnahmen geregelt ist. Dieser Titel umfasst mehrere Kapitel, wovon das erste allgemeine Bestimmungen enthält und die übrigen die einzelnen Zwangsmassnahmen regeln, darunter im 8. Kapitel 1. Abschnitt die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs. In den allgemeinen Bestimmungen dieses Titels, Art. 198 Abs. 1 StPO, ist zur Zuständigkeit für Zwangsmassnahmen festgehalten, dass die Staatsanwaltschaft (Bst. a), die Gerichte, in dringenden Fällen ihre Verfahrensleitung (Bst. b) und die Polizei in den gesetzlich vorgesehenen Fällen (Bst. c) Zwangsmassnahmen anordnen können. In verschiedenen Bestimmungen des 5. Titels sind die zuständigen Behörden ausdrücklich und abweichend von der allgemeinen Regelung genannt, beispielsweise in Art. 201 Abs. 1, Art. 210, 260 oder eben in Art. 269 Abs. 1 und Art. 273 Abs. 1 StPO. Gemäss dem Grundsatz, wonach eine spezielle Regelung die allgemeine Regel verdrängt, geht also eine besondere der allgemeinen Regelung vor (vgl. auch Botschaft des Bundesrats zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1216). Mit den Art. 269 Abs. 1 und Art. 273 Abs. 1 StPO hat der Gesetzgeber für die Fernmeldeüberwachung eine solche besondere Zuständigkeitsregelung getroffen. Für die hier strittigen Verkehrs- und Rechnungsdaten, eine besondere Art der Fernmeldeüberwachung, hat der Gesetzgeber mit Art. 273 Abs. 1 StPO sogar eine diesbezügliche ausdrückliche Zuständigkeit festgelegt.

Ein Überblick über das gesamte Kapitel der Zwangsmassnahmen ergibt, dass dem Gesetzgeber die unterschiedlichen Rollen, Aufgaben und Zuständigkeiten im Verlaufe eines Strafverfahrens bewusst waren; vereinzelt hat er eine differenzierte Regelung der Zuständigkeit getroffen, je nach Verfahrensstadium. So hat er beispielsweise für die Anordnung und Genehmigung der Sicherheitshaft (Art. 230 ff. StPO) die Zuständigkeiten der erst- und zweitinstanzlichen Gerichte ausdrücklich in

Abhängigkeit vom Stand eines Strafverfahrens geregelt (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 1B\_188/2012 vom 19. April 2012 E. 2.3).

Für die Auslegung unter systematischen Gesichtspunkten bedeutsam ist ferner die Zuständigkeitsregelung im Kapitel über die Rechtsmittel. Unter den allgemeinen Bestimmungen zu den Rechtsmitteln ist in Art. 388 StPO vorgesehen, dass die Verfahrensleitung der Rechtsmittelinstanz die notwendigen und unaufschiebbaren verfahrensleitenden und vorsorglichen Massnahmen trifft und damit namentlich die Staatsanwaltschaft mit unaufschiebbaren Beweiserhebungen beauftragen kann (Bst. a). Angesichts der vorne unter E. 1.1.2 genannten Befristung von Auskünften über Verkehrs- und Rechnungsdaten handelt es sich hierbei regelmässig um solche unaufschiebbare Beweiserhebungen, so dass die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 388 StPO gegeben sind. In der Botschaft (S. 1310) zu Art. 396 E-StPO, der unverändert zu Art. 388 StPO wurde, wird dazu ausgeführt, dass diese vorsorglichen Massnahmen unter anderem der Sicherstellung von Beweismitteln dienen.

Auch die Systematik der Strafprozessordnung lässt insgesamt eher darauf schliessen, dass einzig die Staatsanwaltschaft zur Anordnung der Fernmeldeüberwachung befugt ist, wobei sie im Rechtsmittelverfahren nur im Auftrag der Verfahrensleitung der Rechtsmittelinstanz handelt.

**2.4.** Die historische Auslegung stellt auf den Sinn ab, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab und fällt dementsprechend vor allem bei neueren Erlassen wie der StPO ins Gewicht. Bei der subjektiv-historischen Auslegung – und diese steht hier im Vordergrund – ist der subjektive Wille des Gesetzgebers das massgebliche Element. Es ist allerdings oft sehr schwierig, diesen Willen festzustellen, da es sich bei den rechtsetzenden Organen um Kollektivorgane handelt. Bei Bundesgesetzen stehen die Botschaft des Bundesrates – soweit die Räte ihr folgen – und die Voten der Berichterstatter der vorberatenden Kommissionen im National- und Ständerat im Vordergrund. Der subjektiv-historischen Methode sind allerdings Schranken gesetzt. Sie ist nur dort angezeigt, wo eine bestimmte Vorstellung klar als herrschender Wille des Gesetzgebers beim Erlass der Norm nachgewiesen werden kann (HÄFELIN/HALLER/ KELLER, a.a.O., Rz. 101 ff.). Die Regelung in der Strafprozessordnung hinsichtlich der Zuständigkeit zur Anordnung von Post- und Fernmeldeüberwachungen wird in der Botschaft nicht weiter thematisiert und das Parlament hat diese Bestimmung ohne Diskussion angenommen.

Vor dem Inkrafttreten der Strafprozessordnung war die Zuständigkeit in Art. 6 BÜPF (AS 2001 3096) geregelt. Die Anordnung einer Fernmeldeüberwachung im Zusammenhang mit der Verfolgung von strafbaren Handlungen lag damals in der Zuständigkeit des Bundesanwaltes, der eidgenössischen Untersuchungsrichter, der militärischen Untersuchungsrichter und den nach kantonalem Recht zuständigen Behörden. Diese Zuständigkeiten waren bereits in Art. 5 des Entwurfes zum BÜPF mit identischem Wortlaut vorgesehen. In der Botschaft des Bundesrats zu den Bundesgesetzen betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und über die verdeckte Ermittlung vom 1. Juli 1998 (BBl 1998 4241, S. 4268 f.) wird ausgeführt, dass es sich bei den kantonalen Behörden zumeist um diejenigen handle, welche die Voruntersuchung führten. Dies seien je nach Organisation der Strafrechtspflege Untersuchungsrichter, Staatsanwälte oder Amtsstatthalter. Zudem war in der Botschaft festgehalten, dass durch diese Formulierung nicht ausgeschlossen werden sollte, dass auch ein Polizeidirektor gestützt auf einen Antrag der Polizei die Überwachung anordnen konnte, soweit dies das kantonale Recht damals noch vorsah. Auch wenn die Wortwahl in der Botschaft, es handle sich zumeist um Behörden, welche Voruntersuchungen führten, die Strafgerichte nicht von vornherein ausschliesst, ergeben sich aus einer historischen Analyse weder Hinweise auf eine frühere Zuständigkeit der erst- oder zweitinstanzlichen Strafgerichte noch auf einen Willen des Gesetzgebers, eine solche Zuständigkeit einzuführen. Ein weiteres Indiz hierfür ist die bundesrechtliche Regelung zur Militärjustiz: Der Gesetzgeber hat in Art. 6 aBÜPF einzig die militärischen Untersuchungsrichter zur Anordnung der Post- und Fernmeldeüberwachung für zuständig erklärt, nicht aber die Divisionsgerichte bzw. Militärgerichte oder deren Präsidenten und auch nicht die Rechtsmittelinstanzen.

**2.5.** Die teleologische Auslegung stellt ab auf die Zweckvorstellung, die mit einer Rechtsnorm verbunden ist. Der Wortlaut einer Norm soll nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit den Zielvorstellungen des Gesetzgebers betrachtet werden. Auch bei der teleologischen Auslegung ist der Ausgangspunkt stets der Wortlaut der auszulegenden Norm und immer muss der Zweck in der Norm selber enthalten sein. Vom Wortlaut kann nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe für die Annahme vorliegen, dass der Wortlaut nicht dem Sinn der Norm entspricht (HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rz. 121 ff.).

Der Beschwerdeführer macht geltend, die teleologische und systematische Auslegung ergebe, dass auch ein Berufungsgericht befugt sein müsse, die Herausgabe der in der Vergangenheit liegenden Verkehrs- und Rechnungsdaten zum Fernmeldeverkehr zu verlangen. Aus dem Recht der Parteien zum Stellen von Beweisanträgen vor der ersten und zweiten Instanz (Art. 331 Abs. 2 und Art. 399 Abs. 3 Bst. c StPO), verbunden mit der gerichtlichen Beweisabnahme und der Zuständigkeit zur Leitung des Verfahrens, müsse das Recht fliessen, bei der Vorinstanz diese Daten zu beantragen. Mit der Überweisung des Verfahrens an das Gericht sei die Staatsanwaltschaft nicht mehr zur Anordnung von Zwangsmassnahmen zuständig. Könnten die Verkehrs- und Rechnungsdaten einzig über die Staatsanwaltschaft verlangt werden, so stelle sich weiter die Frage, ob die Staatsanwaltschaft an diesen gerichtlichen Auftrag gebunden sei, oder ob diese den Auftrag prüfen dürfe und ob sogar noch das Zwangsmassnahmengericht darüber befinden müsse. Dies sei insofern auch befremdlich, als die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren genau diese Beweismassnahme bereits abgelehnt hatte. Schliesslich sei die Beweismassnahme vergleichbar mit der Edition von Daten bei einem Dritten; es würden nämlich bei den FDA Daten erhoben, die diese von Gesetzes wegen sammeln und sechs Monate aufbewahren müssten. Überwachungsmassnahmen in Echtzeit in einem bereits an das Gericht überwiesenen Strafverfahren seien hingegen nicht vorstellbar.

Wie bereits in E. 2.3 festgestellt, hat der Gesetzgeber mit Art. 388 StPO eine Regelung für die Erhebung gewisser Beweise im Rechtsmittelverfahren geschaffen, indem die Rechtsmittelinstanz die Staatsanwaltschaft damit beauftragen kann. Eine eigene Zuständigkeit des Berufungsgerichts mag zwar – gerade wenn die Staatsanwaltschaft auf das Beweismittel verzichten wollte – sinnvoll und wünschbar sein und in der Lehre wird darauf hingewiesen, dass ein Auftrag an die Staatsanwaltschaft als Partei problematisch erscheint (vgl. NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, N. 4 zu Art. 388). Die Beauftragung der Staatsanwaltschaft ist jedoch so gesetzlich vorgesehen und vereitelt den Zweck des Gesetzes bzw. des Strafprozesses nicht, hier insbesondere die Wahrheitsfindung sowie die Sicherung und Abnahme der hierfür erforderlichen Beweise. Durch die gesetzliche Möglichkeit des Berufungsgerichts, die Staatsanwaltschaft mit der Beweiserhebung zu beauftragen, spielt es im Übrigen auch keine Rolle, dass sie in diesem Stadium das

Verfahren nicht mehr leitet, sondern Partei ist und die Anklage vertritt (Art. 16 Abs. 2 und Art. 104 Abs. 1 Bst. c StPO).

Anders als in den vom Bundesgericht beurteilten Fällen BGE 137 IV 22 und 340 sowie 1B\_188/2012 vom 19. April 2012 erscheint die Strafprozessordnung demnach in den seltenen Fällen, in denen erst die Berufungsinstanz Auskunft über die Verkehrs- und Rechnungsdaten des Fernmeldeverkehrs verlangt, nicht lückenhaft, zweckwidrig oder widersprüchlich. Es sind daher keine hinreichenden Gründe auszumachen, wonach der Wortlaut zu eng ist bzw. nicht den wahren Sinn wiedergibt.

### **3.**

Zusammenfassend ist die Auffassung der Vorinstanz, wonach nur die Staatsanwaltschaft eine Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs anordnen kann, nicht aber ein Berufungsgericht, nicht zu beanstanden. Sowohl nach dem Wortlaut wie auch nach der Systematik, der Entstehungsgeschichte und dem Zweck der Strafprozessordnung ergibt sich keine direkte Zuständigkeit eines Berufungsgerichts zu solchen Beweissmassnahmen. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

### **4.**

Die Verfahrenskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden auferlegt; anderen als Bundesbehörden, die Beschwerde führen und unterliegen, werden Verfahrenskosten auferlegt, soweit sich der Streit um vermögensrechtliche Interessen von Körperschaften oder autonomen Anstalten dreht (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Der Beschwerdeführer verfolgt eigene hoheitliche Interessen, weshalb keine Verfahrenskosten zu auferlegen sind.

### **5.**

Unabhängig vom Ausgang des Verfahrens haben im vorliegenden Fall weder die Vorinstanz noch der Beschwerdeführer Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**3.**

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ; Einschreiben)
- das Generalsekretariat EJPD (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

André Moser

Bernhard Keller

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: