Urteilskopf

101 IV 350

83. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 31. Oktober 1975 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen T.
Regeste (de):
Art. 7 des BG betr. den Telegrafen- und Telefonverkehr bestimmt lediglich, unter welchen Voraussetzungen die Post-, Telefon- und Telegrafenbetriebe von Bundesrechts wegen einem Gesuch der kantonalen Strafbehörden um Abhören von Telefongesprächen entsprechen müssen.

Vom zuständigen kantonalen Recht hängt es ab, ob diese Zwangsmassnahme überhaupt angeordnet werden darf.

Regeste (fr):
L'Art. 7 de la LF réglant la correspondance télégraphique et téléphonique est exclusivement destiné à indiquer à quelles conditions les PTT sont tenus, en vertu du droit fédéral, d'accepter une requête des autorités pénales cantonales tendant à l'écoute de conversations téléphoniques.

C'est en revanche au droit cantonal qu'il appartient de déterminer si une telle mesure peut être ordonnée.

Regesto (it):
L'art. 7 della LF sulla corrispondenza telegrafica e telefonica stabilisce solamente a quali condizioni l'Azienda delle poste, dei telefoni e dei telegrafi è tenuta, in base al diritto federale, ad accogliere una domanda delle autorità penali cantonali con cui è chiesto l'ascolto di conversazioni telefoniche.

Spetta, per converso, al diritto cantonale stabilire se tale misura possa di per sé essere ordinata.

Sachverhalt ab Seite 350

BGE 101 IV 350 S. 350

A.- T. wurde vom Obergericht des Kantons Zürich am 13. September 1974 der Zuhälterei, der wiederholten Hehlerei, des versuchten Betrugs und der Anstiftung zu falschem Zeugnis schuldig erklärt und zu 30 Monaten Gefängnis sowie zu bedingt aufgeschobener Landesverweisung für 10 Jahre verurteilt. Für den Schuldspruch wegen Zuhälterei stellte das Obergericht u.a. auf Telefonabhörprotokolle ab, ausgenommen solche, die Gespräche enthielten, welche T. mit seinem Verteidiger geführt hatte.

B.- Eine von T. eingereichte kantonale Nichtigkeitsbeschwerde hat das Kassationsgericht des Kantons Zürich am 14. Mai 1975 dahin gutgeheissen, dass das Obergericht über

BGE 101 IV 350 S. 351

die Anklage der Zuhälterei unter Ausschluss der Telefonabhörprotokolle neu zu urteilen habe.

C.- Mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, den Entscheid des Kassationsgerichtes aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Das Abhören von Telefongesprächen greift in das durch Art. 36 Abs. 4 BV geschützte Telefongeheimnis ein und bedarf daher zur Rechtfertigung der gesetzlichen Grundlage (BGE 82 I 239, BGE 90 I 38 E. 4). § 104 StPO-ZH ermächtigt die Strafbehörden, Telegramme und andere "Sendungen" zu beschlagnahmen. Nach der für den Kassationshof verbindlichen Auslegung durch die Vorinstanz (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP) schliesst diese Vorschrift aber nicht das Abhören von Telefongesprächen in sich, ebensowenig wie eine andere Rechtsregel des kantonalen Rechts.

3. Es bleibt deshalb zu prüfen, ob schon Art. 7 des Telegrafen- und Telefongesetzes (TVG) die kantonalen Strafbehörden ermächtigt, in einer bei ihnen hängigen Bundesstrafsache ein Abhören von Telefongesprächen anzuordnen, wie die Staatsanwaltschaft behauptet, oder ob diese Vorschrift bloss die Voraussetzungen umschreibt, die gegeben sein müssen, damit die Telefonverwaltung als Organ des Bundes den Kantonen Rechtshilfe gewähren und Telefongespräche abhören muss, sofern das massgebliche kantonale Recht selber diese prozessuale Massnahme zulässt.
Es ist davon auszugehen, dass die Telefonüberwachung durch die PTT unter den hier gegebenen Umständen ein Akt der Rechts- bzw. Amtshilfe einer Verwaltungsstelle des Bundes an die Strafbehörden des Kantons Zürich war (vgl. BGE 79 IV 180 ff.). Die Zulässigkeit einer Rechtshilfe richtet sich in erster Linie nach dem massgebenden kantonalen Strafprozessrecht (BGE 79 IV 183 E. 3). Dass ein Kanton berechtigt ist, mit Wirkung für seine Gerichte zu bestimmen, mit welchen Zwangs- und Beweismitteln die Wahrheit erforscht werden darf, folgt aus seiner Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiete des Prozessrechtes (Art. 64bis Abs. 2 BV,

Art. 365 StGB). Das massgebende kantonale Recht kann im vorliegenden Fall nur jenes des Kantons Zürich sein; denn dort ist das Strafverfahren hängig und dort befanden sich die überwachten Telefonanschlüsse. Nach diesem Recht war aber, wie das Kassationsgericht für den Kassationshof verbindlich festgestellt hat, diese Beweiserhebung unzulässig.

4. Seit dem Entscheid in BGE 79 IV 180 hat sich der Rechtszustand nicht geändert. Die seitherigen Änderungen des Art. 7 TVG (Ziff. I des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968, AS 1969 S. 1117, BBl 1968 I 393; Ziff. II des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1972, AS 1973 S. 925, BBl 1971 II 369, 481) haben die Rechtshilfepflicht der PTT gegenüber den Strafbehörden eingeschränkt, aber keine selbständige strafprozessuale Norm eingeführt, die von Bundesrechts wegen die kantonalen Strafbehörden ermächtigen würde, ohne eine entsprechende kantonale Norm Telefone abzuhören. Jene Revisionen bezweckten eine Stärkung des Telefongeheimnisses, eine Einschränkung der Rechtshilfepflicht der PTT, nicht die Schaffung der gesetzlichen Grundlage für die kantonalen Strafbehörden, Telefongespräche abhören zu lassen. Weder der Gesetzestext wurde in dieser Richtung geändert noch der unmittelbare Normadressat ("Post-, Telefon- und Telegrafenbetriebe").

Die systematische Stellung (Ausnahme von der Geheimhaltungspflicht, die Art. 6 TVG den mit telefondienstlichen Verrichtungen betrauten Personen auferlegt) blieb die gleiche. Hätte die Gesetzesänderung bezweckt, die Zulässigkeit des Telefonabhörens als prozessuales Beweis- und Zwangsmittel einzuführen, d.h. die Strafverfolgungsbehörden dazu zu ermächtigen, hätte dies im Gesetzestext oder in der Systematik zum Ausdruck kommen müssen. Auch die Gesetzgebungsarbeiten geben keine Anhaltspunkte. Sie nehmen wiederholt auf BGE 79 IV 180 Bezug. Für die Revision von 1968 gab er sogar den eigentlichen Anstoss. Es ging lediglich darum, die Abhörung einzuschränken. Den Kantonen hiefür eine gesetzliche Grundlage, die ihnen nach dem Präjudiz fehlte, zu geben, stand nicht zur Diskussion. Bei der zweiten Revision ging es um die parlamentarische Immunität, also wiederum nicht darum, das Abhören von Telefongesprächen als strafprozessuale Institution generell zu regeln. Doch kam die Frage in diesem Zusammenhang zur Sprache. Zwar fand der Bundesrat, im Gegensatz zur Kommission,

Art. 7 TVG, da er der Bundesgesetzgebung angehöre, würde Art. 66 BStP und Art. 81 MStGO hinreichend ergänzen. Doch sei es aus Gründen der Rechtssystematik und der Klarheit gerechtfertigt, die Telefonüberwachung in diesen Bestimmungen ausdrücklich zu erwähnen und zu regeln. Für den Art. 66 BStP geschah es denn auch inzwischen bei Erlass des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (Ziff. 2 des Anhanges dazu). "Diejenigen Kantone" - fährt die Stellungnahme des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 25. August 1971 fort -, "die insbesondere in älteren Strafprozessordnungen keine Bestimmungen über die Telefonabhörung kennen, gingen offenbar ihrerseits auch von der Auffassung aus, dass das Telegrafen- und Telefonverkehrsgesetz ihre Strafprozessordnungen ergänze. Weil es sich hier um das Verhältnis zwischen eidgenössischem und kantonalem Recht handelt, ist eine Einladung an die betreffenden Kantone zur Ergänzung ihrer strafprozessualen Vorschriften durchaus geboten" (BBl 1971 II 482/483; auch 374, 381). Die Zweckmässigkeit allein, das Telefonabhören prozessual zu vereinheitlichen, genügt aber nicht, diese Rechtsänderung auf dem Wege der Rechtsprechung zu vollziehen. Dazu bedarf es eines Aktes des Bundesgesetzgebers. Aus der Abgrenzung von Bundes- und kantonalem Recht, dem anwendbaren Recht in Rechtshilfeverfahren im allgemeinen, dem Wortlaut und der systematischen Stellung des Art. 7 TVG sowie der bisherigen Entwicklung der Bundesgesetze ergibt sich somit, dass Art. 7 TVG die Gesetzgebungsbefugnis der Kantone betreffend Telefonüberwachung beschränkt, für die kantonalen Strafbehörden aber keine gesetzliche Grundlage schafft, die Überwachung anzuordnen. Wenn das Kassationsgericht fand, für die Telefonüberwachung habe eine gesetzliche Grundlage gefehlt, die so gewonnenen Beweise seien ausser Recht zu weisen, hat es folglich keinen Satz des Bundesrechts verletzt.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.