

# Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: UH160086-O/U/HEI

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. Th. Meyer, Präsident, die Ersatzoberrichter  
Dr. iur. T. Graf und lic. iur. Th. Vesely sowie Gerichtsschreiber  
lic. iur. A. Weber

## **Beschluss vom 22. Juli 2016**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschwerdeführer

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,**

Beschwerdegegnerin

betreffend **Genehmigung Zufallsfund**

**Beschwerde gegen die Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts am  
Obergericht des Kantons Zürich vom 10. Februar 2012  
(TK110056-O/U31(121), Aktion "B. \_\_\_\_\_" betr. Widerhandlung gegen das  
Betäubungsmittelgesetz) gemäss Mitteilung der Staatsanwaltschaft II des  
Kantons Zürich vom 14. März 2016, B-3/2012/181100235**

## Erwägungen:

### I.

1. Die Kantonspolizei Zürich und die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich ermittelten unter dem Aktionsnamen B.\_\_\_\_\_ wegen des Verdachts des Handels mit grossen Mengen Kokain. Unter anderem wurde im Zeitraum von April bis August 2011 der Fernmeldeverkehr mehrerer Tatverdächtiger überwacht. Gestützt auf dadurch erlangte Informationen wurde C.\_\_\_\_\_ am 8. August 2011 in ... von Angehörigen des Grenzwachtkorps angehalten. Bei der Kontrolle seines Personenwagens kamen Kokain (rund 1.2 kg brutto) und Streckmittel (rund 10 kg) zum Vorschein (Urk. 7/1/1 und 7/1/4/1).

In der delegierten Einvernahme vom 21. September 2011 wurden C.\_\_\_\_\_ zahlreiche überwachte Gespräche vorgehalten, die ihn dahingehend belasteten, er habe im Auftrag von zwei Personen namens D.\_\_\_\_\_ und A.'\_\_\_\_\_ die sichergestellten Substanzen aus den Niederlanden in die Schweiz eingeführt. C.\_\_\_\_\_ anerkannte den Vorwurf im Grundsatz (Urk. 7/1/2, insbesondere Frage 104). Auch in der delegierten Einvernahme vom 16. November 2011 zeigte er sich prinzipiell geständig (Urk. 7/1/3 Frage 12). Auf Vorhalt eines Fotos von A.\_\_\_\_\_ erklärte er dort, nicht genau zu wissen, ob es sich dabei um den fraglichen A.'\_\_\_\_\_ handle. D.\_\_\_\_\_ glaubte er auf einem Foto von D.'\_\_\_\_\_ wiederzuerkennen (Frage 15 f.).

Mit Rapport vom 3. Februar 2012 orientierte die Kantonspolizei die Staatsanwaltschaft über die Ergebnisse dieser Einvernahmen und der Auswertung der Überwachungsprotokolle. Dabei hielt sie fest, die Staatsanwaltschaft müsse D.'\_\_\_\_\_ und A.\_\_\_\_\_ international zur Verhaftung ausschreiben (Urk. 7/1/4/1).

Am 7. Februar 2012 ersuchte die Staatsanwaltschaft das Zwangsmassnahmengericht des Obergerichts des Kantons Zürich in Anwendung von Art. 278 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 StPO, die Verwendung der aus den gegen andere Beschuldigte angeordneten und genehmigten Überwachungen gewonnenen Erkenntnisse gegen A.\_\_\_\_\_ zu genehmigen (Urk. 7/1/4/2 = 3/3). Tags darauf liess sie diesen und

D.'\_\_\_\_\_ zur Verhaftung ausschreiben (Urk. 7/1/5). Das Zwangsmassnahmengericht erteilte die beantragte Genehmigung mit Verfügung vom 10. Februar 2012 (Urk. 7/1/4/3 = 3/1).

A.\_\_\_\_\_ konnte am 1. Juli 2013 in Zürich verhaftet werden. Er wurde in Untersuchungshaft versetzt und am 28. August 2013 entlassen (Urk. 7/7/1+7).

Anlässlich der Schlusseinvernahme vom 23. März 2016 (Urk. 7/3/6 = 13) wurde A.\_\_\_\_\_ (nebst weiteren, hier nicht interessierenden Überwachungsmassnahmen im Rahmen der Aktion E.\_\_\_\_\_ [vgl. Urk. 7/ND1/2-3]) die Genehmigung der Verwendung der aus den geheimen Überwachungen in der Aktion B.\_\_\_\_\_ gewonnenen Erkenntnisse im Verfahren gegen ihn gemäss erwähnter Verfügung des obergerichtlichen Zwangsmassnahmengerichts vom 10. Februar 2012 im Sinne von Art. 279 Abs. 1 StPO mitgeteilt (in Urk. 7 unakturiertes Schreiben vom 14. März 2016 = Urk. 3/2 = Urk. 9).

2. A.\_\_\_\_\_ hat am 4. April 2016 gegen die Verfügung vom 10. Februar 2012 Beschwerde mit den folgenden Anträge erheben lassen (Urk. 2 S. 2):

1. Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung des Obergerichts Zürich, Zwangsmassnahmengericht, vom 10. Februar 2012 (Urk. 4/3) betr. Widerhandlung BetmG (Geschäfts-Nr. TK11056-O/U31(121)) sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Genehmigung zur Verwendung von Zufallsfunden gegen A.\_\_\_\_\_ nicht erteilt werden kann.
2. Die im Nachtragsrapport der Kantonspolizei Zürich vom 3. Februar 2012 (Urk. 4/) genannten Dokumente (Zufallsfunde) seien gestützt auf Art. 278 Abs. 4 StPO aus den Verfahrensakten auszusondern und nach Abschluss des Verfahrens zu vernichten.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse.

Die Staatsanwaltschaft liess sich mit Eingabe vom 22. April 2016 vernehmen. Sie schliesst auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 10).

In der Replik vom 17. Mai 2016 verlangt der Beschwerdeführer im Sinne eines Beweisantrags, die Staatsanwaltschaft sei zu verpflichten, sämtliche im Sinne von

Art. 312 StPO erteilten Aufträge einzureichen beziehungsweise im Falle von mündlichen Anweisungen diese in schriftlicher Form dem Obergericht mitzuteilen. Im Übrigen hält er dort an seinen Beschwerdeanträgen fest (Urk. 12).

Die der Staatsanwaltschaft mit Verfügung vom 7. Juni 2016 angesetzte Frist zur freigestellten Duplik verstrich ungenutzt am 20. Juni 2016 (Urk. 15 f.). Sie hat sich nicht weiter vernehmen lassen.

## II.

**1.1.** Nach Art. 279 Abs. 3 (i. V. m. Art. 393 Abs. 1 lit. c) StPO können Personen, deren Fernmeldeanschluss überwacht wurde oder die den überwachten Anschluss mitbenutzt haben, Beschwerde führen. Anfechtbar im diesem Sinne ist nicht bloss die Überwachung als solche beziehungsweise deren Genehmigung nach Art. 274 StPO. Auch Entscheide im Sinne von Art. 278 Abs. 3 StPO, mit denen die Verwendung von Zufallsfunden genehmigt wird, sind beschwerdefähig (vgl. BGE 140 IV 40 E. 1.1 und das Urteil des Bundesgerichts 6B\_795/2014 vom 6. Januar 2014 E. 2.3.6).

Gemäss Art. 279 Abs. 3 Satz 2 StPO beginnt die Beschwerdefrist mit Erhalt der Mitteilung zu laufen (beziehungsweise wird die Frist nach herkömmlicher und in Art. 90 Abs. 1 StPO verwendeter Terminologie dann ausgelöst; im Sinne dieser Vorschrift beginnt die Frist am Folgetag zu laufen). Vorliegend wurde die fragliche Genehmigung wie erwähnt am 23. März 2016 mitgeteilt, womit die Beschwerde einreichung am Montag, dem 4. April 2016, rechtzeitig erfolgte (Art. 90 Abs. 2 StPO).

Die übrigen Sachentscheidvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Das erhobene Rechtsmittel gegen die Verfügung 10. Februar 2012 ist zulässig. Zuständig zu dessen Beurteilung ist das Obergericht (§ 49 GOG). Dass das kantonale Recht trotz dem allgemeinen Bestreben, horizontale Rechtsmittel innerhalb desselben Gerichtes zu vermeiden (vgl. die Weisung des Regierungsrates vom 30. Oktober 2013 betreffend eine Revision des Gerichtsorganisationsgesetzes, Amtsblatt des Kantons Zürich Nr. 45 vom 15. November 2013,

lit. D/§ 29 und lit. D/§ 128), bereits den erstinstanzlichen Entscheid der obergerichtlichen Kompetenz zuweist (§ 47 lit. a GOG), ändert daran nichts.

**1.2.** Infolge Neukonstituierung der Kammer und Ferienabwesenheit eines Mitglieds ergeht der vorliegende Beschluss in anderer als den Parteien mit Verfügung vom 12. April 2016 angekündigter Besetzung.

**2.1.** Der amtliche Verteidiger bringt zur Begründung der Beschwerde im Wesentlichen zusammengefasst vor, angesichts der sechs Monate zwischen dem Ende der Überwachung, die bis zur Verhaftung C.\_\_\_\_s gedauert habe, und der Einreichung des Gesuches durch die Staatsanwaltschaft könne nicht mehr von einer unverzüglichen Einleitung des Genehmigungsverfahrens im Sinne von Art. 278 Abs. 3 StPO gesprochen werden. Schon im August 2011 sei die Identität des Beschwerdeführers festgestanden und sei für die Strafverfolgungsbehörden klar gewesen, dass gegen ihn ein dringender Tatverdacht bestanden habe. Die Zufallsfunde hätten denn auch weitere Ermittlungshandlungen ausgelöst. Insbesondere sei C.\_\_\_\_ bereits am 21. September 2011 unter anderem ausführlich zum namentlich genannten (Frage 56) Beschwerdeführer befragt worden. Es sei dabei versucht worden, den neuen Tatverdacht gegen den Beschwerdeführer durch das Vorspielen der Gespräche zu klären beziehungsweise zu erhärten. Bei der Einnahme habe es sich um eine delegierte gehandelt, weshalb davon auszugehen sei, dass der befragende Polizeibeamte vom zuständigen Staatsanwalt instruiert worden sei, ausführlich nach dem Beschwerdeführer zu fragen und die entsprechenden Zufallsfunde anlässlich der polizeilichen Befragung vorzuhalten. Damit seien die Zufallsfunde verwendet worden, um weitere Beweismittel, die belastenden Aussagen von C.\_\_\_\_, zu erlangen.

Art. 278 Abs. 3 StPO sei damit schwerwiegend verletzt worden. Die dadurch gewonnen Erkenntnisse dürften nicht verwendet werden und seien nach Art. 278 Abs. 4 StPO aus den Verfahrensakten auszusondern (Urk. 2 S. 4 ff.).

**2.2.** Die Staatsanwaltschaft verweist in ihrer Stellungnahme zunächst auf die Entstehungsgeschichte von Art. 278 StPO. Mit Erlass der Schweizerischen Strafprozessordnung seien die strafprozessualen Normen des Bundesgesetzes betreffend

die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) im Wesentlichen in die neue Prozessordnung überführt worden. Änderungen seien dabei nur vorgeschlagen worden, wo sie zur Integrierung notwendig gewesen seien, namentlich bei der Bezeichnung der Behörden und der Verfahrensabschnitte, sodann bei der Harmonisierung mit der Regelung anderer Zwangsmassnahmen, insbesondere der verdeckten Ermittlung, sowie schliesslich zur Behebung von Unklarheiten im bisherigen Gesetz, welche von der Lehre kritisiert worden seien, soweit sich diese (Kritik) als berechtigt erwiesen habe (unter Hinweis auf die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2006, BBI 2006 1085, S. 1248). Aus den weiteren Ausführungen der Botschaft liessen sich keine Hinweise darauf entnehmen, dass die vorliegend relevante altrechtliche Formulierung in a Art. 9 BÜPF ('so muss vor Einleitung weiterer Ermittlungen die Zustimmung der Genehmigungsbehörde eingeholt werden') aus den vorgenannten Überlegungen abgeändert worden sei. Vielmehr sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber sich lediglich redaktionell für eine andere Formulierung entschieden habe, jedoch weiterhin von der bis dahin geltenden Regelung ausgegangen sei und diese so auch in die neue Strafprozessordnung habe überführen wollen.

Für die Frage der Unverzüglichkeit sei somit nicht etwa ein Zeitfaktor relevant – weshalb auch nicht wie in Art. 274 StPO eine vierundzwanzigstündige Frist statuiert worden sei –, sondern ob der Antrag auf Genehmigung des Zufallsfunds vor Einleitung weiterer Ermittlungen erfolgt sei.

In diesem Zusammenhang sei festzuhalten, dass sich die altrechtliche Formulierung auf Ermittlungen gegen den Dritten beziehe, in casu also den Beschwerdeführer (unter Hinweis auf Hansjakob, Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 2. Aufl., St. Gallen 2006, Art. 9 N 39). Irrelevant seien somit Gesprächsvorhalte in Einvernahmen anderer beschuldigter Personen oder gar das blosses Erkennen einer neuen Person auf der Telefonüberwachung während der operativen Phase.

Vorliegend sei mit dem Auftrag zur Ausschreibung des Beschwerdeführers am 8. Februar 2012 die erste Ermittlungshandlung einen Tag nach dem Gesuch um Genehmigung des Zufallsfundes erfolgt.

Ohnehin sei die unverzügliche Einleitung der Überwachung gemäss Art. 278 Abs. 3 StPO als Ordnungsvorschrift zu qualifizieren (Urk. 10 S. 2 f.).

**2.3.** Replicando entgegnet der amtliche Verteidiger zusammengefasst, es sei nicht nachvollziehbar, wie der in Art. 278 Abs. 3 StPO verwendete Begriff 'unverzüglich' anders als in zeitlicher Hinsicht verstanden werden könne. Der Begriff komme in der Prozessordnung an verschiedenen Stellen vor. Illustrativ sei Art. 224 Abs. 1 StPO, wo verlangt werde, dass eine beschuldigte Person unverzüglich von der Staatsanwaltschaft zu befragen sei. Es sei einleuchtend, dass eine solche Befragung möglichst rasch, das heisse bei der erwähnten Bestimmung innert weniger Stunden, durchzuführen sei. Der Begriff 'unverzüglich' umfasse daher stets nur einen ganz kurzen Zeitraum und sicherlich nicht mehrere Monate. Für die Frage, ob eine Handlung 'unverzüglich' durchgeführt worden sei, sei der Zeitfaktor definitiv entscheidend. Dies ergebe eine wortgetreue Auslegung von Art. 278 Abs. 3 StPO. Die Genehmigung eines Zufallsfundes rund sechs Monate nach dessen Bekanntwerden könne ganz offensichtlich nicht mehr als 'unverzüglich' betrachtet werden.

Zum Hinweis der Staatsanwaltschaft auf die Entstehungsgeschichte von Art. 278 StPO merkt der amtliche Verteidiger sodann an, dass in der Botschaft unter dem Titel 'Zufallsfunde' festgehalten werde, die Regelung für die Verwendung sogenannter Zufallsfunde im Entwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung sei restriktiver als jene in aArt. 9 BÜPF. Es seien also sehr wohl auch inhaltliche Änderungen vorgenommen worden. Ganz generell könne gesagt werden, dass es sich bei der Formulierung 'unverzüglich' sicher nicht um ein redaktionelles Versehen handle. Obwohl angenommen werden dürfe, dass der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet habe, eine in Stunden oder Tagen bemessene Frist vorzugeben, um den Strafverfolgungsbehörden einen gewissen Spielraum offenzulassen, dürfte ebenso klar sein, dass dieser nicht mehrere Monate betrage.

Weiter widerspricht der amtliche Verteidiger der Staatsanwaltschaft, soweit diese geltend macht, vor dem Genehmigungsgesuch seien keine Ermittlungen gegen den Beschwerdeführer getätigt worden. Indem C.\_\_\_\_\_ zur Tatbeteiligung des Beschwerdeführers befragt worden sei, sei dies sehr wohl der Fall gewesen, denn

die daraus erlangten Beweismittel sollten nun im laufenden Strafverfahren auch gegen den Beschwerdeführer verwendet werden. In der am 21. September 2011, also vor Einholung der Genehmigung erfolgten Einvernahme von C.\_\_\_\_\_ sei diesem unter anderem das überwachte Gespräch vom 3. August 2011 vorgehalten worden (Frage 26: 'D.\_\_\_\_\_ und A.'\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ will 30'000.-- Franken in Euro wechseln, dazu noch 10'000.-- mehr, damit sie komplett sind. A.'\_\_\_\_\_ will es am nächsten Morgen erledigen. Was sagen sie dazu?'). Bereits daraus ergebe sich klar, dass der Zufallsfund vorgehalten werde, um eine allfällige Tatbeteiligung von D.\_\_\_\_\_ und A.'\_\_\_\_\_ abzuklären. Der Zufallsfund werde somit zur Klärung des 'neuen' Tatverdachts gegen den Beschwerdeführer verwendet. Weiter würden in dieser Einvernahme C.\_\_\_\_\_ diverse Zufallsfunde vorgehalten und werde dieser angehalten, zur Rolle des Beschwerdeführers auszusagen (Fragen 57, 58 und 59). Offensichtlich werde bereits durch die Befragung von C.\_\_\_\_\_ gegen den Beschwerdeführer ermittelt. In der delegierten Einvernahme von C.\_\_\_\_\_ vom 16. November 2011 habe der befragende Polizeibeamte gar bereits ein einzelnes Foto des Beschwerdeführers bereit gehabt, das er C.\_\_\_\_\_ gezeigt habe (Fragen 15 ff.). Dies demonstriere erneut eindeutig, dass bereits zu diesem Zeitpunkt gegen den Beschwerdeführer ermittelt worden sei. Die beiden delegierten Einvernahmen von C.\_\_\_\_\_ stellten bereits zu einem grossen Teil Ermittlungshandlungen gegen den Beschwerdeführer dar. Entsprechend führe auch das Zwangsmassnahmengericht in der Verfügung vom 10. Februar 2012 unter anderem aus, dass der Beschwerdeführer von C.\_\_\_\_\_ 'erheblich' belastet worden sei. 'Belastet' habe C.\_\_\_\_\_ den Beschwerdeführer jedoch nur auf Vorhalt der zu diesem Zeitpunkt noch nicht genehmigten Zufallsfunde. Im Nachtragsrapport der Kantonspolizei Zürich vom 3. Februar 2012, welcher bereits am 17. November 2012 eröffnet worden sei, werde unter anderem festgehalten, dass der Beschwerdeführer sich im November 2011 ins Ausland abgesetzt habe – offenbar seien bereits Nachforschungen angestellt worden – und er durch die Staatsanwaltschaft international zur Verhaftung habe ausgeschrieben werden müsse. Dies stelle eine interne Anordnung dar. Es zeige, dass die zu diesem Zeitpunkt noch nicht genehmigten Zufallsfunde von den Behörden intern bereits verwendet worden seien, was dem Grundgedanken von Art. 278 StPO zuwiderlaufe. Aus der

Schlusseilvernahme des Beschwerdeführers gehe unzweideutig hervor, dass er mit Vorhalten konfrontiert worden sei, welche sich einzig auf die C.\_\_\_\_\_ vorgehaltenen und damals noch nicht genehmigten Zufallsfunde vom 3., 4. und 7. August 2011 bezögen.

Schliesslich merkt der amtliche Verteidiger an, dass die rechtzeitige Einholung der Genehmigung des Zufallsfundes (bevor dieser in die Ermittlungen gegen die betreffende Person einflüsse) eine Gültigkeitsvorschrift darstelle (Urk. 12 S. 2 ff.).

**3.1.** Erkenntnisse über Straftaten einer Person, die in der Überwachungsanordnung keiner strafbaren Handlung beschuldigt wird (sogenannte personelle Zufallsfunde), können verwendet werden, wenn die Voraussetzungen für eine Überwachung dieser Person erfüllt sind (Art. 278 Abs. 2 StPO). Nach Art. 278 Abs. 3 StPO hat die Staatsanwaltschaft in solchen Fällen unverzüglich die Überwachung anzuordnen und das Genehmigungsverfahren einzuleiten.

**3.1.1.** Diese Bestimmung ist nach Lehre und Rechtsprechung dahingehend auszulegen, dass das Genehmigungsverfahren spätestens dann einzuleiten ist, wenn gestützt auf den Zufallsfund weitere Ermittlungen getätigt werden (Urteil des Bundesgerichts 1B\_274/2015 vom 10. November 2015 E. 3.2 [nicht publiziert in BGE 141 IV 459]: "Dans la mesure où celles-ci [les découvertes fortuites] n'ont pas été utilisées préalablement à l'autorisation [...], nul reproche ne peut être fait au Procureur."; Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich UH160001 vom 12. April 2016 E. II.1.6.1 [demnächst abrufbar auf [www.gerichtszh.ch](http://www.gerichtszh.ch) → Entscheide]; Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts des Kantons Basel-Land 350 12 50 vom 7. Februar 2012 E. 1.3 [abrufbar auf [www.bl.ch/zmg](http://www.bl.ch/zmg)]; Jean-Richard-dit-Bressel, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014 [BSK StPO], Art. 278 N 27; Hansjakob, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 278 N 19; Wolter, in: Goldschmid/Maurer/Sollberger [Hrsg.], Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008, S. 267 f.).

An dieser Auslegung ist auch vorliegend festzuhalten.

**3.1.2.** Das Genehmigungserfordernis bei geheimen Zwangsmassnahmen ist nicht zuletzt Ausgleich dafür, dass der betroffenen Person das rechtliche Gehör nicht gewährt wird, obwohl erheblich in ihre Rechtssphäre eingegriffen wird. Wird der Post- und Fernmeldeverkehr überwacht, sind naturgemäss nicht nur die Grundrechte der Zielperson tangiert, sondern auch jene ihres Kommunikationspartners. Dies alleine führt aber noch nicht dazu, dass die Überwachung auch gegenüber dieser Drittperson zu genehmigen ist. Nur wenn Erkenntnisse resultieren, die eine ursprünglich nicht verdächtige Person belasten und die darüber hinaus auch gegen diese verwendet werden sollen, verlangt Art. 278 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 StPO, dass ein Genehmigungsverfahren eingeleitet wird. Durch die weitere Verwendung der Informationen wird der durch die vorgängige Überwachung erfolgte Grundrechtseingriff perpetuiert. Auf Letzteres zielt das Genehmigungsverfahren nach Art. 278 Abs. 3 StPO. Solange aber die Erkenntnisse aus der geheimen Überwachung nicht verwendet werden, entsteht der betroffenen Person kein Nachteil, der über die ursprüngliche Überwachung, die nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, hinausginge. Sinn und Zweck der streitigen Norm ist es mit anderen Worten zu verhindern, dass ein Zufallsfund ohne richterliche Genehmigung verwendet wird (vgl. BSK StPO-Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 278 N 27). Damit aber ist kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb Art. 278 Abs. 3 StPO so zu verstehen wäre, dass bereits dann "unverzüglich" ein Genehmigungsverfahren einzuleiten wäre, wenn erkennbar ist, dass Erkenntnisse über Straftaten einer ursprünglich nicht verdächtigten Person vorliegen.

**3.1.3.** Dies steht entgegen dem Beschwerdeführer auch nicht zum Wortlaut der fraglichen Bestimmung in Widerspruch. Art. 278 Abs. 3 StPO gelangt "in den Fällen nach den Absätzen 1, 1<sup>bis</sup> und 2" zur Anwendung. Der hier relevante verwiesene Absatz 2 regelt, wann personelle Zufallsfunde "verwendet werden" können. Damit knüpft das Gesetz bezüglich des Genehmigungserfordernisses ausdrücklich an die *Verwendung* des Zufallsfundes und nicht schon an dessen Existenz an.

**3.1.4.** Im Ergebnis entspricht diese Auslegung der Vorgängerbestimmung von Art. 278 Abs. 3 StPO (Art. 9 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Überwa-

chung des Post- und Fernmeldeverkehrs in der bis zum Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung am 1. Januar 2011 geltenden Fassung [vgl. AS 2001 3096, S. 3101]), die wie folgt lautet: "Betreffen die Erkenntnisse Straftaten einer Person, die in der Anordnung keiner Straftat verdächtigt wird, so muss vor Einleitung weiterer Ermittlungen die Zustimmung der Genehmigungsbehörde eingeholt werden. [...]". Dem Beschwerdeführer ist zwar insoweit zuzustimmen, als die Neufassung der Norm prima vista gegen eine bloss redaktionelle Anpassung spricht, sondern vielmehr nahe legt, der Gesetzgeber habe auch inhaltlich etwas ändern wollen. Indessen findet sich in den Materialien nichts, was diese Auffassung stützen würde. Nachdem im Vorentwurf und im entsprechenden Begleitbericht bezüglich der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs einzig auf das gleichnamige Gesetz verwiesen worden war, das "mindestens hinsichtlich der strafprozessualen Normen unverändert in die eidgenössische Strafprozessordnung zu integrieren" sei (Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung des Bundesamtes für Justiz von Juni 2001, Art. 281-295, sowie Ziffer 256.1 des Begleitberichts dazu), unterbreitete der Bundesrat der Bundesversammlung die (bis auf eine hier nicht interessierende redaktionelle Änderung betreffend die Anwendbarkeit auf Zufallsfunde aus ausserstrafprozessualen Notsuchen) hernach Gesetz gewordene und bis heute geltende Formulierung (Art. 277 Abs. 3 des Entwurfes). Dabei äusserte er sich zum geänderten Wortlaut nicht, obwohl auch er der Meinung war, die strafprozessualen Bestimmungen des erwähnten Bundesgesetzes würden im Wesentlichen in die Prozessordnung überführt (Botschaft S. 1248). Lediglich auf die strengeren materiellen Voraussetzungen für die Verwendung eines Zufallsfundes bei einer neu entdeckten Straftat gegen die Zielperson der Überwachung (vgl. die entfallene Möglichkeit nach aArt. 9 Abs. 1 lit. a BÜPF) weist die Botschaft hin (S. 1251). Die parlamentarischen Beratungen passierte die Bestimmung dann diskussionslos (AB 2006 S 1035; AB 2007 N 990 [Curia Vista 05.092]).

Unter diesen Umständen kann nicht davon ausgegangen werden, der Gesetzgeber habe mit Erlass der Schweizerischen Strafprozessordnung hinsichtlich der Frage, wann die Staatsanwaltschaft um die Genehmigung des Zufallsfundes zu ersuchen hat, etwas ändern wollen, ansonsten zu erwarten gewesen wäre, dass

eine solche Abweichung vom erklärten Grundsatz, die bisher geltende Regelung über die geheime Überwachung unverändert in die Prozessordnung zu überführen, dokumentiert worden wäre.

**3.1.5.** Es bleibt demnach dabei, dass Art. 278 Abs. 3 StPO seinem Zweck entsprechend so auszulegen ist, dass in zeitlicher Hinsicht ein vor der Verwertung des Zufallsfundes gestelltes Genehmigungsgesuch genügt.

**3.2.** Zu prüfen ist nun, ob die Staatsanwaltschaft vorliegend das Genehmigungsgesuch im erläuterten Sinne unverzüglich stellte.

**3.2.1.** Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers stellen die Befragungen von C.\_\_\_\_\_ vom 21. September und vom 16. November 2011 keine Ermittlungshandlung gegen ihn (den Beschwerdeführer) dar. Wird – wie dies im Rahmen der Aktion B.\_\_\_\_\_ der Fall war – im Bereich des organisierten Betäubungsmittelhandels ermittelt, sind die Strafverfolgungsbehörden unweigerlich mit zahlreichen potentiell Verdächtigen konfrontiert. Eine effiziente Strafverfolgung aber ist nur möglich, wenn sich Polizei und Staatsanwaltschaft zunächst auf einzelne Beschuldigte konzentrieren und gewisse Priorisierungen vornehmen können. In diesem Sinne beschränkte sich hier das Strafverfahren zunächst auf den festgenommenen Drogenkurier. C.\_\_\_\_\_ wurde vorgeworfen, er habe im Auftrag Dritter in Holland Kokain und Streckmittel entgegengenommen und in die Schweiz eingeführt. Der Handel von Betäubungsmitteln beziehungsweise die Einfuhr davon bedingt die Beteiligung mehrerer Personen, wie Lieferanten, Abnehmer, Auftraggeber et cetera. Eine Befragung zu einem solchen Tatvorwurf kann selbstredend nicht erfolgen, ohne dass auch diese weiteren Personen zur Sprache kommen, die mit dem Beschuldigten (mutmasslich) unmittelbar interagierten. Die Erwähnung solcher Drittpersonen oder das Vorhalten von Beweismitteln, die nicht nur den Einvernommenen, sondern (notwendigerweise) auch jene belasten, führt deshalb nicht eo ipso dazu, dass die Vernehmung als Ermittlungshandlung gegen diese Dritten zu qualifizieren wäre. Entscheidend ist, auf wessen Tatbeitrag die Befragung zielt. Erst wenn der Fokus einer Einvernahme erkennbar darauf gerichtet wird, spezifisch (auch) der Tatbeteiligung weiterer Akteure auf den Grund zu gehen, kann von einer Ermittlungshandlung auch gegen diese gesprochen werden.

Solches ist vorliegend jedenfalls in Bezug auf den Beschwerdeführer nicht erkennbar. Zweck der Einvernahmen von C.\_\_\_\_\_ war es, diesem (im Hinblick auf die Abklärung des Sachverhaltes sowie zwecks Gewährung des rechtlichen Gehörs) die ihn belastenden überwachten Gespräche vorzuspielen. Dass diesen Beweiswert auch in Bezug auf den Beschwerdeführer zukommt und dieser in der Einvernahme erwähnt wurde, führt nach dem Gesagten für sich alleine nicht dazu, dass vorgängig eine Zufallsfundgenehmigung einzuholen gewesen wäre.

Die beanstandeten Fragen 26 und 57 bis 59 in der Einvernahme von 21. September 2011 (Urk. 7/1/2) stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit der C.\_\_\_\_\_ zur Last gelegten Drogeneinfuhr und dessen Tatbeitrag. Davon, dass er "ausführlich zu A.\_\_\_\_\_ befragt" worden wäre, kann keine Rede sein. Damit kam den dort vorgehaltenen Gesprächen im damaligen Zeitpunkt keine Zufallsfundqualität zu. Sie wurden nicht gegen den Beschwerdeführer verwendet, sondern gegen C.\_\_\_\_\_.

Auch aus dem blossen Vorhalt des Bildes des Beschwerdeführers in der Einvernahme von C.\_\_\_\_\_ vom 16. November 2011 (Urk. 7/1/3 Frage 15) kann unter den vorliegenden Umständen nicht auf Ermittlungshandlungen gegen jenen geschlossen werden. Wie er selber geltend macht, war den Strafverfolgungsbehörden seine Identität bereits aufgrund der überwachten Gespräche bekannt, also ohne dass dazu weitere Ermittlungen nötig gewesen wären. Durch den Vorhalt liess sich die Polizei lediglich bestätigen, was sie schon wusste. Diese Bestätigung stellt sodann keine gegen den Beschwerdeführer verwertbare Belastung dar, weshalb auch unter diesem Blickwinkel keine Ermittlungshandlung gegen ihn erkennbar ist.

**3.2.2.** Weiter kann eine solche entgegen dem Beschwerdeführer auch in dem von ihm (offenbar in Anlehnung an BSK StPO-Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 278 N 27) als "interne Anordnung" bezeichneten Begehren der Kantonspolizei gesehen werden, ihn und D.'\_\_\_\_\_ zur Verhaftung auszuschreiben. Im Rahmen der Delegation im Sinne von Art. 312 StPO handelt die Polizei anstelle der Staatsanwaltschaft. Hat sie den ihr erteilten Auftrag erfüllt, muss sie darüber Bericht erstatten. Bei dieser Gelegenheit kann sie im Hinblick auf die weitere Untersuchungs-

führung von ihr als sachgerecht erachtete Massnahmen empfehlen. Diese interne Rapportierung stellt keine selbständige Ermittlungshandlung dar. Sie ist Bestandteil der internen Meinungsbildung, die nur deshalb dokumentiert wird und Eingang in die Akten findet, weil die untersuchungsführende Person nicht selber handelt.

**3.2.3.** Der amtliche Verteidiger verlangt wie erwähnt, dass die von der Staatsanwaltschaft im Verfahren gegen C.\_\_\_\_\_ im Sinne von Art. 312 StPO erteilten Aufträge im Beschwerdeverfahren eingereicht beziehungsweise im Falle mündlicher Anweisung mitgeteilt werden. Diese würden aufzeigen, inwiefern die den Beschwerdeführer betreffenden Zufallsfunde schon vor deren Genehmigung durch das Obergericht verwendet worden seien. Mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit sei der befragende Polizeibeamte von der Staatsanwaltschaft instruiert worden, in der Befragung von C.\_\_\_\_\_ den Verdacht gegen den Beschwerdeführer abzuklären (Urk. 12 S. 2 und 5).

Damit verkennt der amtliche Verteidiger die Realität der Untersuchungsführung. Der Prozessordnung liegt zwar das Modell einer starken Staatsanwaltschaft zugrunde, die jederzeit Herrin des Untersuchungsverfahrens ist. Die Rechtswirklichkeit ist aber eine andere. Gerade bei umfangreichen Verfahren mit einer Vielzahl von Beteiligten und Beweismitteln ist die faktische Dominanz der Polizei gross. Nur sie hat die personellen Mittel und das Knowhow, um komplexe Ermittlungen zu tätigen. Der fallführende Staatsanwalt als Einzelkämpfer vermag dies nicht (vgl. Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, N 1356; Burger-Mittner, Die Grenzen des delegierten Ermittlungsauftrags an die Polizei, forumpoenale 2016, S. 90 ff.). So werden namentlich die Auswertung von Überwachungen, die regelmässig unzählige Gesprächsprotokolle generieren, sowie die entsprechenden Einvernahmen zwecks deren Vorhaltung stets an die Polizei delegiert. Erst wenn weitere Zwangsmassnahmen erforderlich sind oder der rechtserhebliche Sachverhalt weitgehend abgeklärt ist, kommt die Staatsanwaltschaft wieder zum Zuge. Entsprechend sind die von ihr vorgängig erteilten Delegationsaufträge in aller Regel sehr allgemein gehalten und an der Grenze dessen, was das vom Gesetzgeber intendierte Primat der staatsanwaltschaftlichen Untersuchungsführung erlaubt. Beispielhaft sind die im Verfahren gegen den Be-

schwerdeführer am 5. Juli 2013 erteilte Delegation, wo die Kantonspolizei beauftragt wird, "im Rahmen der bereits eröffneten Untersuchung ein polizeiliches Ermittlungsverfahren durchzuführen und insbesondere Folgendes abzuklären: Sämtliche relevanten Zuwiderhandlungen der beschuldigten Person betreffend Widerhandlung gegen das BetmG im Rahmen der Aktion 'B.\_\_\_\_\_'." (Urk. 7/2/6) sowie der gleichlautende Auftrag vom 15. August 2013 betreffend die Aktion E.\_\_\_\_ (Urk. 7/2/7). Es wäre deshalb lebensfremd anzunehmen, die Staatsanwaltschaft habe der Kantonspolizei mit der Erteilung des Auftrags, in dessen Erfüllung die fraglichen Überwachungen ausgewertet und C.\_\_\_\_ vorgehalten wurden, inhaltliche Weisungen erteilt, namentlich sie instruiert, den Verdacht gegen den Beschwerdeführer abzuklären. Dass die Überwachungen einen Tatverdacht auch gegen den Beschwerdeführer zu Tage gefördert hatten, konnte die Staatsanwaltschaft erst wissen, nachdem sie von der Polizei über die Auswertung orientiert worden war, also nicht schon, als der Auftrag dazu erteilt wurde.

Der Beweisantrag ist demnach abzuweisen. Es lässt sich ausschliessen, dass die Staatsanwaltschaft die Kantonspolizei schon vor Genehmigung des Zufallsfundes anwies, gegen den Beschwerdeführer zu ermitteln.

**3.2.4.** Was der Beschwerdeführer schliesslich aus den Vorhalten in der Schluss- einvernahme vom 23. März 2016 ableiten will, ist nicht nachvollziehbar. Dass die Beweismittel, auf die sich der ihm gemachte Tatvorwurf stützt (also die überwachten Gespräche), zuvor schon gegen C.\_\_\_\_ verwendet wurden, ist wie gesagt unerheblich. Zufallsfundqualität kommt ihnen nur insoweit zu, als sie den Beschwerdeführer belasten. In dieser Hinsicht wurden sie wie dargelegt erst nach Einleitung des Genehmigungsverfahrens verwendet.

Dass ihm in anderen Einvernahmen nicht nur die überwachten Gespräche, sondern auch Aussagen von C.\_\_\_\_ vorgehalten worden seien, macht der Beschwerdeführer nicht geltend.

**3.2.5.** Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass vor dem Gesuch um Genehmigung des Zufallsfundes vom 7. Februar 2012 keine Ermittlungen gegen den Beschwerdeführer eingeleitet wurden. Dies war erst mit der Ausschreibung

zur Verhaftung der Fall. Die Staatsanwaltschaft stellte das Genehmigungsgesuch demnach rechtzeitig.

**3.2.6.** Im Übrigen ist anzumerken, dass selbst dann eine unrechtmässig verzögerte Einholung der Zufallsfundgenehmigung zu verneinen wäre, wenn entgegen dem Ausgeführten hinsichtlich des massgeblichen Zeitpunkts statt auf die Einleitung von Ermittlungen gegen den Beschwerdeführer schon auf das Vorliegen diesen belastender Erkenntnisse abgestellt würde.

Die Frage, welche Frist mit "unverzüglich" konkret gemeint ist, kann nicht losgelöst vom Kontext beantwortet werden, in welchem das Wort steht. Es ist stets mit Blick darauf zu lesen, welche Rechtsgüter in welchem Masse durch die Verzögerung der fraglichen Handlung betroffen sind. Es kommt mithin auf deren Dringlichkeit an. Aus diesem Grund geht der Hinweis des Beschwerdeführers auf Art. 224 Abs. 1 StPO fehl, wo die unverzügliche Befragung der beschuldigten Person durch die Staatsanwaltschaft verlangt wird. Diese Bestimmung befasst sich mit dem Haftverfahren vor der Staatsanwaltschaft. Die beschuldigte Person ist in jener Konstellation ihrer Freiheit entzogen, ohne dass ein hafrichterlicher Titel vorliegt. Das ist nicht vergleichbar mit der hier zu beurteilenden Situation. Wird der Umstand, dass die neu verdächtige Person in erster Linie durch die weitere Verwendung des Zufallsfundes betroffen ist, nicht schon bei der Frage berücksichtigt, was die mit "unverzüglich" umschriebene Frist auslöst, so wäre dem jedenfalls im Rahmen der Beurteilung, welche Zeitspanne noch darunter fällt, Rechnung zu tragen.

Hinzu kommt, dass Polizei und Staatsanwaltschaft in Verfahren wie dem vorliegenden wie ausgeführt mit einer Vielzahl an Beweismitteln und potentiell in die mutmasslichen strafbaren Handlungen Involvierten konfrontiert sind. Die Mittel, die zur Strafverfolgung zu Verfügung stehen, sind indes beschränkt. Es muss den Behörden deshalb eine gewisse Zeit eingeräumt werden, die vorliegenden Informationen auszuwerten und zu entscheiden, wann sie die Ermittlungen auf Dritte ausdehnen wollen.

Vor diesem Hintergrund wäre im vorliegenden Fall die Gesuchseinreichung rund sechs Monate nach Abschluss der relevanten Überwachungen ohnehin noch als unverzüglich (das heisst "ohne Verzug") im Sinne von Art. 278 Abs. 3 StPO erfolgt zu bezeichnen. Dem Beschwerdeführer wäre auch aus diesem Grund nicht zu folgen.

**3.3.** Nachdem das Genehmigungsverfahren rechtzeitig eingeleitet wurde und weder geltend gemacht wird noch erkennbar ist, die materiellen Voraussetzungen nach Art. 278 Abs. 2 i. V. m. Art. 269 StPO seien nicht gegeben, erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Das Zwangsmassnahmengericht erteilte die Genehmigung im Sinne von Art. 278 Abs. 3 StPO zu Recht. Die Beschwerde ist abzuweisen.

**3.4.** Bei dieser Sachlage kann offen bleiben, inwieweit die Rechtzeitigkeit des Gesuchs überhaupt Gegenstand des Genehmigungsverfahrens vor dem Zwangsmassnahmengericht ist. Ist Art. 278 Abs. 3 StPO wie ausgeführt dahingehend auszulegen, dass die Genehmigung vor Einleitung weiterer Ermittlungen einzuholen ist, liegt es nahe, dass damit nicht das Fehlen vorgängiger Ermittlung als Voraussetzung für die Genehmigung des Zufallsfundes, sondern die vorgängige Ermächtigung als Voraussetzung für die Verwendung des Zufallsfundes beziehungsweise der dadurch gewonnenen Früchte statuiert wird. Bei dieser Lesart wäre nicht das Zwangsmassnahmen- sondern das Sachgericht (beziehungsweise die Untersuchungsbehörde) Adressat der Bestimmung.

**4.** Die Regelung der Kostenaufgabe sowie der Entschädigung der amtlichen Verteidigung ist dem Endentscheid vorzubehalten (Art. 421 Abs. 1 und Art. 135 Abs. 2 StPO). Zuhanden der das Strafverfahren abschliessenden Strafbehörde ist die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren in Beachtung der Bemessungskriterien von § 2 Abs. 1 lit. b bis d GebV OG (Bedeutung und Schwierigkeit des Falls sowie Zeitaufwand des Gerichts) und gestützt auf § 17 Abs. 1 GebV OG (Gebührenrahmen von 300 bis 12000 Franken) auf 1500 Franken festzusetzen.

**Es wird beschlossen:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Regelung der Kostenaufgabe und allfälliger Entschädigungen wird dem Endentscheid vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an:
  - Rechtsanwalt lic.iur. X.\_\_\_\_\_, zweifach für sich und den Beschwerdeführer (per Gerichtsurkunde)
  - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich, unter gleichzeitiger Rücksendung der beigezogenen Akten, Urk. 7 (gegen Empfangsbestätigung)
  - das Zwangsmassnahmengericht des Obergerichts des Kantons Zürich
5. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang an gerechnet, bei der Ersten öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Zürich, 22. Juli 2016

Obergericht des Kantons Zürich  
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. Th. Meyer

lic. iur. A. Weber