



DAS MILITÄRKASSATIONSGERICHT
LE TRIBUNAL MILITAIRE DE CASSATION
IL TRIBUNALE MILITARE DI CASSAZIONE

789

hat am 24. April 2007

an seiner in Murten abgehaltenen Sitzung, an der als Richter Oberst Theo Bopp (Präsident), Oberstlt Philippe Colelough, Obgfr Bruno Roelli, als Ersatzrichter Maj Hans Munz, Obgfr Olivier Derivaz und als Gerichtsschreiber Fachof André Moser teilgenommen haben,

entschieden

über die Beschwerde gemäss Art. 10 Abs. 5 lit. b BÜPF des

X. _____,

geb. ..., von ..., whft. ...,

amtlich verteidigt durch Fürsprecher Hugo Feuz,

gegen

die Überwachungsanordnungen des ao Untersuchungsrichters
des Militärgerichts 4 vom 23. Januar, 10. April und 20. Juni 2006

bzw.

die Genehmigungsverfügungen des Stellvertreters des Präsidenten des
Militärkassationsgerichts, Oberst i Gst Paul Tschümperlin,
vom 25. Januar, 13./25. April und 21. Juni 2006

(Telefonüberwachung)

Das Militärkassationsgericht hat festgestellt:

A. Am 8. Januar 2006 veröffentlichte der "SonntagsBlick" mit dem Titel "Exklusiv: Der Beweis - Es gibt CIA Gefängnisse in Europa" einen der militärischen Geheimhaltung unterstehenden, an den Strategischen Nachrichtendienst gerichteten Bericht der Führungsunterstützungsbasis der Armee (Report COMINT SAT), welcher den Inhalt eines am 10. November 2005 vom ägyptischen Aussenministerium an die ägyptische Botschaft in London gesendeten Fax wiedergibt. Darin wird von ägyptischen Quellen berichtet, welche die Existenz von amerikanischen Gefängnissen in Rumänien und anderen Balkanstaaten bestätigen würden.

B. Auf Anordnung des Obergerichtes vom 9. Januar 2006 eröffnete der ao Untersuchungsrichter des Militärgerichts 4 (im Folgenden auch: ao Untersuchungsrichter) mit Verfügung vom 11. Januar 2006 eine vorläufige Beweisaufnahme gegen unbekannte Täterschaft wegen Verletzung militärischer Geheimnisse durch Weiterleitung geheim klassifizierter Dokumente an Dritte (Verfahren MG 4 06 1).

Die Bundesanwaltschaft hatte am 10. Januar 2006 ebenfalls ein gerichtspolizeiliches Ermittlungsverfahren wegen Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen gemäss Art. 293 StGB und wegen Amtsgeheimnisverletzung gemäss Art. 320 StGB eröffnet.

Mit Untersuchungsbefehl vom 23. Mai 2006 liess der Obergericht durch den ao Untersuchungsrichter des Militärgerichts 4 auf dessen Antrag hin eine Voruntersuchung gegen X.____, Informationsbeauftragter des Strategischen Nachrichtendienstes, eröffnen (Verfahren MG 4 06 182).

C. Im Rahmen der vorläufigen Beweisaufnahme MG 4 06 1 und der Voruntersuchung MG 4 06 182 wurden betreffend X.____ vom ao Untersuchungsrichter am 23. Januar, am 10. April und am 22. Juni 2006 rückwirkende, die Randdaten erhebende und am 10. April zusätzlich zwei laufende, auch den Gesprächsinhalt einbeziehende Überwachungen des Fernmeldeverkehrs angeordnet und vom Stellvertreter des Präsidenten des Militärkassationsgerichts (im Folgenden auch: Präsident Stv MKG) jeweils genehmigt. Erfasst von einer rückwirkenden Überwachung wurden u.a. die von X.____ benutzten

Telefonnummern xxx xxx xx xx (geschäftliches Mobiltelefon), xxx xxx xx xx (Privatanschluss), xxx xxx xx xx (Privatanschluss Lebenspartnerin), xxx xxx xx xx (Mobiltelefon von X.____), von einer laufenden Überwachung die Telefonnummer xxx xxx xx xx (Telefonanschluss am Arbeitsplatz) sowie das Mobiltelefon mit der Telefonnummer xxx xxx xx xx. Die rückwirkenden Überwachungen betrafen im Wesentlichen die Zeitspanne vom 15. November 2005 bis 20. Juni 2006, die laufenden jene vom 2. Mai bis 2. Juni 2006.

Mit Anordnungen vom 25. bzw. 26. Mai 2006 hob der ao Untersuchungsrichter die mit Verfügung vom 10. April 2006 angeordneten laufenden Überwachungen mit sofortiger Wirkung auf.

- D.** Mit Schreiben vom 15. Dezember 2006 teilte der ao Untersuchungsrichter X.____ mit, dass gegen ihn rückwirkende und laufende Fernmeldeüberwachungen angeordnet worden seien und der Präsident Stv MKG diese genehmigt habe, und gab ihm die Details der betroffenen Fernmeldeanschlüsse sowie der fraglichen Zeiträume bekannt, unter Beifügung einer Rechtsmittelbelehrung.
- E.** Mit Eingabe vom 15. Januar 2007 lässt X.____ durch seinen amtlichen Verteidiger beim Militärkassationsgericht Beschwerde erheben gegen die erfolgten Überwachungsmassnahmen. Beantragt wird die Feststellung, dass den am 23. Januar, 10. April und 20. Juni 2006 angeordneten Überwachungsmassnahmen und den diese betreffenden Genehmigungsverfügungen vom 25. Januar, 13./25. April und 21. Juni 2006 die Rechtmässigkeit fehle. Die anordnende Behörde sei sodann anzuweisen, die aus den angefochtenen Überwachungsmassnahmen gewonnenen Dokumente und Datenträger aus den Akten zu weisen und zu vernichten.
- F.** In seiner Vernehmlassung vom 7. Februar 2007, welche in der Folge dem Beschwerdeführer zur Einreichung einer Replik zugestellt wurde, schliesst der ao Untersuchungsrichter des Militärgerichts 4 auf Abweisung der Beschwerde.

Mit Schreiben vom 9. Februar 2007 gab der Präsident des Militärkassationsgerichts dem amtlichen Verteidiger die vorliegende Zusammensetzung des Gerichts bekannt unter Hinweis darauf, dass der für die Genehmigung der Überwachungsmassnahmen zuständige Präsident Stv MKG nicht Mitglied

des Spruchkörpers bilden werde.

Mit Eingabe vom 13. Februar 2007 teilte der Präsident Stv MKG als zur Vernehmung eingeladene Genehmigungsbehörde Verzicht auf Stellungnahme mit.

Mit Replik vom 9. März 2007 hält der Beschwerdeführer an seiner Beschwerde fest.

Das Militärkassationsgericht hat erwogen:

1. Gegen Überwachungsanordnungen der militärischen Untersuchungsrichter kann die Person, gegen die sich die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs gerichtet hat, innert 30 Tagen nach Mitteilung wegen fehlender Rechtmässigkeit und Verhältnismässigkeit der Überwachung Beschwerde beim Militärkassationsgericht erheben (Art. 10 Abs. 5 lit. b des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [BÜPF; SR 780.1]).
- 1.1 Den Akten ist nicht zu entnehmen, dass sich der Beschwerdeführer *als Angehöriger der Armee* einer strafbaren Handlung verdächtig gemacht hat. Da es sich vorliegend um eine Strafuntersuchung im Rahmen eines Verfahrens betreffend Verletzung militärischer Geheimnisse nach Art. 106 MStG handelt, untersteht der Beschwerdeführer *als Zivilperson* so oder so dem Militärstrafrecht und damit der Militärgerichtsbarkeit (Art. 3 Ziff. 7 MStG in der Fassung vom 21. März 2003, in Kraft seit 1. Januar 2007, vormals Art. 2 Abs. 1 Ziff. 8 MStP; Art. 218 Abs. 1 MStP; vgl. zur Publikation als MKGE 13 Nr. 1 bestimmtes Urteil Nr. 781 vom 30. März 2006, E. 1b). Die Kompetenz zur Anordnung der vorliegend zu beurteilenden Überwachungsmassnahmen lag damit unstreitig beim militärischen Untersuchungsrichter, welcher mit der Führung der vorläufigen Beweisaufnahme bzw. der Voruntersuchung betraut war (vgl. Art. 106 Abs. 1 Satz 1 MStP; Art. 70 MStP in Verbindung mit Art. 6 lit. a Ziff. 3 BÜPF). Die *sachliche Zuständigkeit* für die Behandlung einer gegen eine solche Überwachungsanordnung gerichteten Beschwerde liegt beim Militärkassationsgericht (Art. 10 Abs. 5 lit. b BÜPF), welches darüber –

in seiner Eigenschaft als oberste rechtsprechende Behörde im Instanzenzug der Militärgerichtsbarkeit – *letztinstanzlich* entscheidet.

Anfechtungsobjekt in diesem Verfahren bildet dabei die in Frage stehende Überwachungsmassnahme als Ganzes, d.h. die dieser zugrunde liegende untersuchungsrichterliche Anordnung (Art. 6 lit. a Ziff. 3 BÜPF) in Verbindung mit der richterlichen Genehmigungsverfügung (Art. 7 Abs. 1 lit. b BÜPF).

- 1.2** Der Militärstrafprozess vom 23. März 1979 sieht kein eigenes Rechtsmittel oder besondere verfahrensrechtliche Bestimmungen für die Behandlung einer Beschwerde nach Art. 10 Abs. 5 lit. b BÜPF vor. Der Gesetzgeber hat sich damit begnügt, für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs im Rahmen eines militärstrafrechtlichen Verfahrens pauschal auf das erwähnte Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs zu verweisen (vgl. Art. 70 MStP in seiner Fassung vom 6. Oktober 2000 gemäss Anhang Ziff. 3 BÜPF). Dieser Verweis schliesst das Beschwerdeverfahren nach Massgabe von Art. 10 Abs. 5 lit. b BÜPF mit ein, womit sich die einschlägigen verfahrensrechtlichen Vorgaben in erster Linie aus diesem – als *lex specialis* zu qualifizierenden – Erlass selber ergeben. Soweit sich diese Regelung als lückenhaft erweist, kommt eine analoge Anwendung von Bestimmungen des Militärstrafprozesses in Frage. Im System der Rechtsmittelordnung des Militärstrafprozesses ist die Beschwerde gemäss Art. 10 Abs. 5 lit. b BÜPF dabei am ehesten vergleichbar mit der Beschwerde nach Art. 166 ff. MStP, welche unter anderem zulässig ist gegen Verfügungen und Amtshandlungen militärischer Untersuchungsrichter sowie gegen Haft-, Beschlagnahme- und Durchsuchungsverfügungen der Präsidenten der Militär- und Militärappellationsgerichte und damit ebenfalls der Überprüfung von im Hinblick auf die Aufklärung strafbarer Handlung angeordneten strafprozessualen Zwangsmassnahmen dient.
- 1.3** Die Überwachung der in Sachverhalt lit. C genannten Fernmeldeanschlüsse betraf den Beschwerdeführer persönlich. Dieser ist als jene Person, gegen welche sich die Überwachung gerichtet hat, im Sinne von Art. 10 Abs. 5 BÜPF zur Beschwerde legitimiert. Keine Rolle spielt dabei, dass ein Teil der in die Überwachung miteinbezogenen Telefonanschlüsse nicht auf den Beschwerdeführer selber lauteten bzw. nicht auf diesen eingetragen waren. Es genügt für die Frage der Beschwerdebefugnis gemäss Absatz 5 von Art. 10 BÜPF, dass sich die vorliegend streitigen Überwachungsmassnahmen gegen

den Beschwerdeführer als verdächtiger Zielperson gerichtet haben und dieser die betroffenen, von Dritten eingelösten Anschlüsse regelmässig (oder gar exklusiv) verwendet hat, was sowohl für die ihm seitens seines Arbeitgebers zur Verfügung gestellten Telefonanschlüsse (Mobil- und Festnetz) als auch für den privaten Anschluss seiner Lebenspartnerin gilt (vgl. zur diesbezüglich kontroversen Auffassung in der Literatur einerseits THOMAS HANSJAKOB, BÜPF/VÜPF – Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 2. Aufl., St. Gallen 2006, N. 44 zu Art. 10 BÜPF, und andererseits AUGUST BIEDERMANN, Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [BÜPF] vom 6. Oktober 2000, in: ZStrR 120/2002, S. 77 ff., S. 102 f.).

- 1.4 Die Mitteilung der erfolgten Überwachung (Art. 10 Abs. 2 BÜPF), welche als die Beschwerdefrist auslösendes Ereignis gilt (vgl. BIEDERMANN, a.a.O., S. 100; HANSJAKOB, a.a.O., N. 45 zu Art. 10 BÜPF), erging am 15. Dezember 2006 und wurde vom Beschwerdeführer nach Darstellung seines Verteidigers gleichentags zur Kenntnis genommen. Die 30-tägige Beschwerdefrist gemäss Art. 10 Abs. 5 BÜPF wurde mit der vorliegenden Eingabe eingehalten. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

- 1.5 Das Militärkassationsgericht prüft im Verfahren gemäss Art. 10 Abs. 5 lit. b BÜPF die bei ihm angefochtenen Überwachungsanordnungen mit voller Kognition, d.h. umfassend auf ihre Recht- und Verhältnismässigkeit hin. Der Beschwerdeführer kann sämtliche Mängel des Anordnungs- und Genehmigungsverfahrens rügen (vgl. NIKLAUS OBERHOLZER, Das neue Bundesgesetz über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [BÜPF], in: Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden [ZGRG] 21/2002, S. 3 ff., S. 10).

Massgeblich für die Beurteilung der Recht- und Verhältnismässigkeit der in Frage stehenden Überwachungsmassnahmen ist dabei allerdings allein die Sach- und insbesondere die Verdachtslage **im Zeitpunkt der Anordnung der Überwachungsmassnahme** durch den zuständigen militärischen Untersuchungsrichter bzw. deren Genehmigung durch den Präsident Stv MKG. Nachträglich, erst im weiteren Verlauf der Voruntersuchung oder im gerichtlichen Beweisverfahren gewonnene Erkenntnisse, welche dem die Überwachung anordnenden Untersuchungsrichter nicht bekannt waren und mit Blick auf den damaligen Wissensstand bei umsichtiger Führung der

vorläufigen Beweisaufnahme oder Voruntersuchung auch nicht bekannt sein mussten, sind zwar für das (allfällige) Urteil des Sachrichters relevant, können demgegenüber im Beschwerdeverfahren gemäss Art. 10 Abs. 5 BÜPF, bei welchem nicht über die Strafbarkeit eines Beschuldigten, sondern über die Zulässigkeit einer strafprozessualen Zwangsmassnahme zu entscheiden ist, nicht berücksichtigt werden.

2. Der Beschwerdeführer rügt in prozessualer Hinsicht, dass mit dem Militärkassationsgericht ein Gericht mit der Behandlung der vorliegenden Beschwerde betraut sei, dessen Präsident bereits für die Genehmigung der angefochtenen Überwachungsmaßnahmen zuständig war. Es trifft zu, dass Art. 7 Abs. 1 lit. b BÜPF den Präsidenten oder die Präsidentin des Militärkassationsgerichts als Genehmigungsbehörde von Überwachungsanordnungen der militärischen Untersuchungsrichter vorsieht, während Art. 10 Abs. 5 lit. b BÜPF das Militärkassationsgericht (als Gesamtgericht) für die Behandlung von Beschwerden zuständig erklärt (vgl. zur analogen Regelung bei Überwachungsanordnungen durch die zivilen Behörden des Bundes: Art. 7 Abs. 1 lit. a und Art. 10 Abs. 5 lit. a BÜPF, je in den seit 1. Januar 2007 geltenden Fassungen). Im Bewusstsein darum, dass das mit der Genehmigung einer Überwachungsanordnung betraute Mitglied des Militärkassationsgerichts in einem allfälligen späteren Beschwerdeverfahren vor diesem Gericht wegen Vorbefassung von der Mitwirkung ausgeschlossen sein oder abgelehnt werden könnte (vgl. BGE 123 IV 236 E. 1 S. 240), schuf der Gesetzgeber in Art. 15 Abs. 3 lit. b MStP (in der Fassung vom 19. Dezember 2003) für diese sowie andere, ähnlich gelagerte Fallkonstellationen eine besondere Regelung: Danach ernennt der Präsident aus dem Kreis der ordentlichen Richter einen Offizier als seinen *Stellvertreter*, welcher alsdann *an Stelle des Präsidenten* über die Genehmigung der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs entscheidet (vgl. dazu die betreffende Botschaft vom 22. Januar 2003, in: BBl 2003 S. 767 ff., S. 798, Ziff. 2.1.1). Diese Regelung kam auch im vorliegenden Fall zur Anwendung: Der Präsident MKG hat das bei ihm eingegangene Genehmigungsersuchen des ao Untersuchungsrichters an seinen Stellvertreter überwiesen, ohne sich inhaltlich mit der Sache zu befassen. Der mit der Genehmigung betraut gewesene Präsident Stv ist demgegenüber seinerseits nicht Mitglied des vorliegend urteilenden Spruchkörpers, der sich im Übrigen auch bei Beschwerden gemäss Art. 10 Abs. 5 lit. b BÜPF nach den Vorgaben von Art. 15 Abs. 1 und Abs. 2 MStP zusammensetzt. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers stellen sich

daher keine Vorbefassungsprobleme. Eine Verletzung der von ihm ange-rufenen, in Art. 30 Abs. 1 BV bzw. in Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerten Garan-tie eines unabhängigen und unparteiischen Gerichts liegt somit nicht vor.

3. Art. 13 Abs. 1 BV räumt unter anderem einen Anspruch auf Achtung des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs ein. Darin ist das Telefongeheimnis mit eingeschlossen (vgl. BGE 126 I 50 E. 5a S. 60 f.). Diese Verfassungs-garantie verbürgt den am Telefonverkehr beteiligten Personen eine Privat- und Geheimsphäre und schützt damit ihre individuelle Freiheit und Persön-lichkeit (vgl. noch zur vormaligen Bestimmung von Art. 36 Abs. 4 aBV: BGE 109 Ia 273 E. 4a S. 279 ff.). Das Telefongeheimnis ist im Weiteren nach Rechtsprechung und Doktrin auch durch Art. 8 Ziff. 1 EMRK garantiert (vgl. BGE 125 I 46 E. 3a S. 47 f.; 122 I 182 E. 3a S. 187 mit Hinweisen). Entspre-chend dürfen mit fernmeldedienstlichen Aufgaben Betraute Dritten keine An-gaben über den Fernmeldeverkehr von Teilnehmern machen und nieman-dem Gelegenheit geben, solche Angaben weiterzugeben (Art. 43 des Fern-meldegesetzes vom 30. April 1997 [FMG; SR 784.10]). Ist der Fernmeldean-schluss einer Person überwacht worden, gebietet Art. 8 EMRK (Achtung des Privat- und Familienlebens) in Verbindung mit Art. 13 EMRK (Recht auf eine wirksame Beschwerde), dass die Überwachung nachträglich mitgeteilt wird und der Betroffene sich dagegen wehren kann (vgl. die Botschaft zum BÜPF, in: BBl 1998 4241, S. 4273; vgl. auch BGE 123 IV 236 E. 2b/cc S. 241 f.; 109 Ia 273 E. 12a S. 299 f.).

Die Überwachung des Fernmeldeanschlusses stellt nach dem Gesagten eine Einschränkung des erwähnten Grundrechts dar, welche gemäss Art. 36 BV einer gesetzlichen Grundlage bedarf, durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein muss. In analoger Weise lässt sich ein Eingriff nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs rechtfertigen. Ein Eingriff in das Telefongeheimnis liegt dabei nicht nur dann vor, wenn ein Telefonanschluss überwacht und die darauf geführten Gespräche abgehört werden (laufende Überwachung), sondern auch im Falle einer rückwirkenden (oder künftigen) Erhebung von blossen sog. Randdaten (Registrierung und Identifizierung von ein- und abgehenden Anrufen, Erhebung von Standortin-formationen bei Mobiltelefonen, etc.; vgl. BGE 126 I 50 E. 5b/5c S. 61 ff.). Eine laufende Telefonüberwachung mit Gesprächsabhörung stellt dabei

einen schweren Eingriff in das Telefongeheimnis dar (vgl. BGE 122 I 182 E. 4c S. 190 ff.; 125 I 96 E. 2a und E. 3c).

3.1 Das Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF), auf das sich der militärische Untersuchungsrichter bei der Anordnung der Überwachung des Fernmeldeverkehrs des Beschwerdeführers stützte, bildet eine genügende gesetzliche Grundlage für die in Frage stehenden Eingriffe in Art. 13 Abs. 1 BV bzw. Art. 8 Ziff. 1 EMRK. Insbesondere ist auf Art. 3 Abs. 2 lit. b BÜPF hinzuweisen, der im Deliktskatalog die dem Beschwerdeführer vorgeworfene Verletzung militärischer Geheimnisse nach Art. 106 MStG ausdrücklich aufführt. Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a BÜPF ist zusätzlich – wie bei anderen strafprozessualen Zwangsmassnahmen – ein dringender Verdacht vorausgesetzt, wonach der Beschwerdeführer eine strafbare Handlung nach Art. 106 MStG begangen habe oder daran beteiligt gewesen sei. Die Überwachung muss überdies geeignet sein, die strafbare Handlung, deren der Beschuldigte verdächtigt ist, zu beweisen.

3.2 Der Beschwerdeführer bestreitet vorab, dass der Tatbestand von Art. 106 MStG erfüllt sei, weshalb eine Überwachung seiner Fernmeldeanschlüsse von vornherein unrechtmässig gewesen sei.

Gemäss Art. 106 Abs. 1 MStG wird wegen Verletzung militärischer Geheimnisse mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer vorsätzlich Akten oder Gegenstände, Vorkehren, Verfahren oder Tatsachen, die mit Rücksicht auf die Landesverteidigung oder aufgrund vertraglicher Abmachungen geheim zu halten sind, weil deren Aufdeckung die Auftrags-erfüllung von wesentlichen Teilen der Armee gefährden würde, veröffentlicht oder auf andere Weise Unbefugten bekannt oder zugänglich macht, solche Akten oder Gegenstände widerrechtlich an sich nimmt, abbildet oder vervielfältigt.

3.2.1 Der Beschwerdeführer wird verdächtigt, zumindest mitbeteiligt an der Weiterleitung geheim klassifizierter Dokumente an Dritte (Veröffentlichung des Reports COMINT SAT im "SonntagsBlick" vom 8. Januar 2006) gewesen zu sein. Ihm ist insofern vorab Recht zu geben, als es hier einzig um die Prüfung des sog. *materiellen* Geheimnisbegriffs geht, weshalb dem Schreiben des Chefs der Armee vom 6. Januar 2006 an die Redaktion des "SonntagsBlick", worin das "zugespielte Papier [...] integral als geheim

klassifiziert" bezeichnet wird, für die Bestimmung des Geheimhaltungsbegriffs keine besondere Bedeutung zukommt (vgl. zur Frage der rechtlichen Qualifikation des militärischen Geheimnisses auch MKGE 9 Nr. 160; ferner: MKGE 12 Nr. 17 E. 2c). Es reicht demnach im Sinne von Art. 106 MStG, dass Tatsachen betroffen sind, die weder offenkundig noch allgemein bekannt sind, und an deren Geheimhaltung mit Rücksicht auf die Landesverteidigung ein schutzwürdiges Interesse besteht. Dass der im COMINT-Report wiedergegebene Inhalt der Faxmeldung vom 10. November 2005 (zusammen mit den darin enthaltenen nachrichtendienstlichen Randdaten) weder offenkundig noch allgemein zugänglich war, bedarf keiner weiteren Begründung. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, durfte der die vorliegend streitige Überwachungsmaßnahme anordnende militärische Untersuchungsrichter davon ausgehen, an der Geheimhaltung dieser Meldung habe mit Rücksicht auf die Landesverteidigung ein schützenswertes Interesse bestanden bzw. es habe ein Geheimnis im materiellen Sinne vorgelegen.

- 3.2.2** Bei der hier interessierenden Anordnung prozessualer Zwangsmaßnahmen ist vorab zu prüfen, ob *im Zeitpunkt der Anordnung der Überwachungsmaßnahme* (oben E. 1.5) genügend Anhaltspunkte dafür vorhanden waren, dass der objektive Tatbestand von Art. 106 Abs. 1 MStG bezüglich aller Elemente erfüllt ist, ansonsten gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. b BÜPF die Überwachung des Fernmeldeverkehrs von vornherein nicht zulässig wäre. Anzumerken bleibt, dass im Zeitpunkt der Anordnung der Maßnahme nicht erforderlich ist, dass eine strafbare Handlung im Sinne von Art. 106 Abs. 1 MStG mit Gewissheit vorliegen muss; es genügt vielmehr, wenn *ernsthafte Anhaltspunkte* dafür gegeben sind, die den Schluss nahelegen, der entsprechende Straftatbestand sei erfüllt. Die abschliessende Beantwortung dieser Frage obliegt alsdann dem Sachrichter.

Der Beschwerdeführer stellt sich zu seiner Verteidigung auf den Standpunkt, dass das sog. Wesentlichkeitselement von Art. 106 Abs. 1 MStG ("*weil deren Aufdeckung die Auftragserfüllung von wesentlichen Teilen der Armee gefährden würde*") auf ihn nicht zutrefte. Entgegen seiner Auffassung ist aber davon auszugehen, dass der Strategische Nachrichtendienst (SND) einen wesentlichen Teil der Armee darstellt und dieser zur gehörigen militärischen Auftragserfüllung unentbehrlich ist. Seine Schwächung würde denn auch nicht nur ihn selber gefährden, sondern auch andere wesentliche Teile der Armee, so vorab die Kampftruppen. Es ist auch davon auszugehen, dass der

SND durch Lecks in der Geheimhaltung insgesamt an Glaubwürdigkeit verliert, wobei sich dies insbesondere auch nachteilig auf die Zusammenarbeit mit ausländischen Nachrichtendiensten, auf welche die Schweiz angewiesen ist (z.B. in Bezug auf die Terrorbekämpfung und andere, die Sicherheit des Landes betreffende Ereignisse), auswirken kann. Art. 106 MStG setzt entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht voraus, dass schweizerische Behörden oder Stellen im Faxverkehr involviert waren; bedeutsam ist einzig, dass dieser inhaltlich die Qualität eines militärischen Geheimnisses aufweisende Fax, obwohl Absender und Adressat ausländischer Herkunft sind, von einem schweizerischen Nachrichtendienst abgefangen und der von diesem verfasste Report den Medien zugänglich gemacht wurde. Damit hat der Untersuchungsrichter entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers das Vorhandensein einer Geheimnisverletzung genügend dargelegt. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei der Qualifikation des sog. Wesentlichkeitselements um eine Rechtsfrage handelt, die auch bei einem – wie vorliegend – noch nicht in allen Teilen gesicherten Sachverhalt von den Gerichten zu beantworten ist (MKGE 13 Nr. 1, E. 4c/aa).

3.3 Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, der Untersuchungsrichter hätte die Voraussetzungen für die Überwachungsmaßnahmen im Zeitpunkt der entsprechenden Anordnungen darlegen müssen. Dieser Ansicht ist zu folgen, weshalb nachfolgend für die drei massgebenden Überwachungsmaßnahmen die Voraussetzungen, namentlich diejenige der Verhältnismässigkeit, der Geeignetheit der Massnahme sowie dem Erfordernis des öffentlichen Interesses, gesondert zu prüfen sind.

3.3.1 Die erste Anordnung des Untersuchungsrichters für eine rückwirkende Teilnehmeridentifikation des Fernmeldeverkehrs vom 15. November 2005 bis 23. Januar 2006 erging am **23. Januar 2006**. Damals stand fest, dass mit der Veröffentlichung des "COMINT Reports" in der Ausgabe vom 8. Januar 2006 des "SonntagsBlick" ein militärisches Geheimnis unautorisiert preisgegeben worden war (vgl. E. 3.2). Für einen dringenden Tatverdacht (Art. 3 Abs. 1 lit. a BÜPF) des Beschwerdeführer als möglicher Täter sprach zu diesem Zeitpunkt, dass auf die fragliche Meldung, ausgedruckt am 15. November 2005, nur Mitarbeiter der betroffenen militärischen Organisationen (SND, LWND, MND und FUB) die Zugangsberechtigung hatten. Die von A.____, Mitarbeiterin des SND, bearbeitete Rohmeldung (sog. finished intelligence) wurde am 29. November 2005 den zuständigen Stellen weiter geleitet. Der

Beschwerdeführer, Informationsverantwortlicher des SND, hat seinen Arbeitsplatz unmittelbar neben demjenigen von A.____. Der ao Untersuchungsrichter konnte sich damals auf erste Ermittlungsergebnisse stützen, wonach der Beschwerdeführer sich einige Tage vor Weihnachten bei B.____ in Gegenwart von C.____ erkundigt habe, ob die Abteilung COMINT zu den CIA-Flügen "etwas hätte". Nachdem dieser fündig geworden sei, habe der Beschwerdeführer auf Aufforderung hin eine ausgedruckte Rohmeldung erhalten; dies, obwohl es unüblich sei, dass sich Informationsbeauftragte direkt nach Informationen der Abteilung COMINT erkundigen würden. Zu Verdacht Anlass gegeben habe, dass er in einem späteren Zeitpunkt negierte, eine Kopie der Rohmeldung von B.____ erhalten zu haben.

Auftrag und primäres Ziel der militärischen Ermittlungsbehörden war herauszufinden, wer den als geheim klassifizierten COMINT-Report an die Medien herausgegeben hatte. Wohl wurden verwaltungsintern Abklärungen getroffen (so die Herausgabe sämtlicher Unterlagen; Prüfung der Frage, welche Personen auf die Rohmeldung mit dem abgefangenen Fax aus Ägypten Zugriff hatten und dieses Dokument ausdrückten; die Auswertung der Logfiles der internen Informatik, etc.). Da die Faxmeldung mit der Weitergabe des Reports an den "SonntagsBlick" nach aussen gelangte, reichten die internen Überwachungsmaßnahmen naturgemäss nicht aus. Die Überwachung des externen Fernmeldeverkehrs erwies sich deshalb als geeignete und erforderliche Massnahme zur Ermittlung der möglichen Täterschaft. Darauf hat bereits der ao Untersuchungsrichter in seinem Genehmigungsersuchen vom 23. Januar 2006, das Anlass für die erste Überwachungsmaßnahme betreffend den Beschwerdeführer gab, zutreffend hingewiesen.

Zur Frage der Verhältnismässigkeit der in die Grundrechte des Beschwerdeführers eingreifenden Massnahme (vgl. E. 3 Ingress) ist auf die objektive Schwere der strafbaren Handlung im Zusammenhang mit der Weiterleitung des COMINT-Reports an die Medien hinzuweisen, wobei das Strafmass auf bis zu fünf Jahre Freiheitsentzug lautet (HANSJAKOB, a.a.O., N. 22 f. zu Art. 3). Das Militärkassationsgericht verkennt nicht, dass die Verdachtslage im damaligen Zeitpunkt gegenüber dem Beschwerdeführer (noch) nicht vollumfänglich erhärtet gewesen ist. Immerhin durfte der ao Untersuchungsrichter gestützt auf seine eigenen Abklärungen im damaligen Zeitpunkt davon ausgehen, dass sich ein dringender Tatverdacht dem Beschwerdeführer gegenüber durchaus zu Recht vertreten liess. Was der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang mit der Aussage zu seinen Gunsten ableiten will,

wonach der Untersuchungsrichter mit C.____ "selbst gesprochen" haben will, ist nicht auszumachen, zumal es zur untersuchungsrichterlichen Aufgabe gehört, auch durch eigene Befragungen Beweise zu erheben. Bei der Würdigung der Frage, ob der Untersuchungsrichter verhältnismässig gehandelt hat, ist aber entscheidend zu berücksichtigen, dass er betreffend den Beschwerdeführer keine laufende und somit direkte Telefonüberwachung (sog. CC [Call Content], Abhörung und Aufzeichnung des Inhalts der Telefonanrufe), sondern bloss eine rückwirkende Erhebung der sog. Randdaten (sog. IRI [Intercept Related Informations]) beantragte und genehmigt erhielt. Eine solche stellt anerkanntermassen einen wesentlichen geringeren Grundrechtseingriff als die laufende Überwachung dar (oben E. 3 Ingress; ferner: HANSJAKOB, a.a.O., N. 3 zu Art. 5; vgl. auch Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 S. 1250 zu Art. 272).

Schliesslich erfolgte die Überwachung des Fernmeldeverkehrs auch im öffentlichen Interesse. Im Allgemeinen vermag dieses Interesse strafprozessuale Zwangsmassnahmen zur Beweissicherung und -erhebung grundsätzlich zu rechtfertigen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1P.501/2002 vom 17. Dezember 2002, E. 2.3). Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass der Straftatbestand der Verletzung militärischer Geheimnisse, deretwegen die Strafuntersuchung gegenüber dem Beschwerdeführer eröffnet wurde, schwer wiegt, zumal das Strafmass auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren lautet. Es kommt hinzu, dass es um die Publikation eines Berichts über den Fax eines Drittstaates mit hochbrisantem Inhalt ging, was bei der Gewichtung des öffentlichen Interesses zu berücksichtigen ist. Vor dem Hintergrund dieser internationalen Bedeutung und des vom Gesetzgeber mit einer hohen Strafandrohung versehenen Tatbestands sind nach dem Gesagten insgesamt keine Zweifel daran angebracht, dass das öffentliche Interesse an der Überwachung des Fernmeldeverkehrs des Beschwerdeführers als gegeben zu betrachten ist. Der Beschwerdeführer bestreitet dies denn auch nicht.

- 3.3.2** Bei der Überwachungsanordnung vom **10. April 2006**, (geringfügig modifiziert am 20. April 2006) ist als Besonderheit darauf hinzuweisen, dass nebst einer weiteren rückwirkenden Überwachung (24. Januar bis 10. April 2006) zusätzlich zwei laufende Überwachungen von Fernmeldeanschlüssen des Beschwerdeführers (2. Mai bis 2. Juni 2006) angeordnet wurden.

Anlass zu diesen weiteren Massnahmen gaben u.a die Überwachung der ein- und abgehenden Maillkontakte des Beschwerdeführers, dessen abgehende Verbindungen der Festnetzanschlüsse, die unter E. 3.3.1 erwähnte rückwirkende Teilnehmeridentifikation sowie die ausgewerteten Journale der Zutrittskontrolle zu Gebäude und Etagen an seinem Arbeitsplatz und zur Anlage FUB, Printlogs und Probeausdrucke verschiedener Drucker und Faxgeräte sowie die Einvernahme von insgesamt 43 Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen des SND, FUB, WK-Personals und anderer Bundesstellen. Gestützt auf diese Massnahmen konnte der ao Untersuchungsrichter begründet davon ausgehen, dass sich der Anfangsverdacht gegen den Beschwerdeführer weiter verdichtet hat. Insbesondere ist auf die Einvernahmen der beiden Auskunftspersonen B.____ und C.____ hinzuweisen, die unabhängig voneinander am 16. Februar 2006 zu Protokoll gaben, dass der Beschwerdeführer vor den Weihnachtstagen in ihrem Büro nach der COMINT-Meldung mit dem "Ägypten-Fax" nachgesucht und in der Folge eine ausgedruckte Version davon bekommen habe. Zuvor bestritt der Beschwerdeführer, mit dem im "SonntagsBlick" veröffentlichten COMINT-Report etwas zu tun gehabt zu haben. Die Rekonstruktion der Zutrittskontrolle vom 20. Dezember 2005 bestätigte den Besuch des Beschwerdeführers zwischen 11.00 Uhr und 11.34 Uhr bei den Herren B.____ und C.____ im fraglichen Gebäude, was unbestritten blieb. Dem vom Beschwerdeführer geltend gemachten Umstand, wonach diese dasselbe Büro teilten, was deren Aussagewert erheblich vermindere, ist in einem allfällig folgenden Gerichtsverfahren im Rahmen der Beweiswürdigung Rechnung zu tragen. Es ist noch darauf hinzuweisen, dass erste Auswertungen im Anordnungszeitraum der zweiten Überwachungs-massnahme ergaben, dass der Beschwerdeführer an diesem Tag mehrmals mit Z.____ (vormals Informationsverantwortlicher im VBS und davor Redaktor beim "Blick") telefonischen Kontakt hatte. Weiter ergab die rückwirkende Teilnehmeridentifikation, dass der Beschwerdeführer zwischen dem 21. November 2005 und dem 10. Januar 2006 insgesamt 15 Kontaktnahmen mit dem Bundeshauskorrespondenten des "Blick" und am 21. Januar 2006 eine Kontaktnahme mit D.____ hatte, einem der für die Publikation der Erkenntnisse aus dem COMINT-Report verantwortlichen Redaktoren des "SonntagsBlick". Auch dieser Sachverhalt ist nicht bestritten, obwohl dem Beschwerdeführer die entsprechenden Unterlagen zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zur Kenntnis gebracht worden sind. Diese Umstände sprachen im damaligen Zeitpunkt klar für das Vorliegen eines dringenden Tatverdachts. Falsch ist nach dem Gesagten überdies die Darstellung des Beschwerdeführers in seiner Replik, bei den Protokollaussagen der Herren B.____ und C.____ handle

es sich bloss um Behauptungen des Untersuchungsrichters, zumal das Einvernahmeprotokoll erst am 16. Februar 2006 erstellt worden sei. Dem ist entgegenzuhalten, dass dessen Auswertung erst bei der zweiten Überwachungsanordnung vom 10./20. April 2006 verwendet wurde, weshalb sie durchaus zur Beurteilung des Tatverdachts verwertet werden konnten. Dasselbe gilt für den polizeilichen Ermittlungsbericht vom 7. Februar 2006, der auch erst für die Anordnung der zweiten Überwachungsphase als Beweis zugezogen wurde. Andere, mildere Massnahmen, erschienen von Anfang an nicht geeignet, die Ermittlungen voranzutreiben. Der Beschwerdeführer vermag denn auch solche nicht zu nennen.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass sich der Tatverdacht gegen den Beschwerdeführer mit diesen Ermittlungsergebnissen weiter erhärtet hatte. Die fortgesetzte Überwachung seines Fernmeldeverkehrs, ergänzt neu durch eine laufende, erwies sich demnach im Anordnungszeitpunkt als erforderlich und geeignet zugleich, um zu neuen Erkenntnissen zu gelangen, zumal vorgesehen war, ihn mit den Aussagen der Herren B.____ und C.____ zu konfrontieren.

Mit der zweiten Überwachungsanordnung vom 10./20. April 2006 wurden auch die Gesprächsinhalte des Fernmeldeverkehrs des Beschwerdeführers auf zwei Anschlüssen aufgezeichnet. Mit dieser laufenden Überwachung ist, im Gegensatz zur ersten, bloss rückwirkenden Teilnehmeridentifikation, ein schwerwiegenderer Eingriff in die Grundrechte des Beschwerdeführers verbunden (vgl. E. 3 Ingress). Daher ist an diese Massnahme unter dem Gesichtswinkel des Verhältnismässigkeitsprinzips ein strengerer Massstab anzulegen. Die Prüfung dieser Frage ergibt indes, dass angesichts des anfangs April 2006 vorliegenden Ermittlungsergebnisses sich der Tatverdacht gegen den Beschwerdeführer weiter erheblich erhärtet hat. Zur Identifikation derjenigen Personen, die den geheimen COMINT-Report Dritten zugänglich gemacht hatten, erwies sich ebenfalls die zweite Phase von Überwachungs-massnahmen gegen den Beschwerdeführer nicht nur als geeignet und erforderlich, sondern auch als verhältnismässig. Dies gilt insbesondere auch für die laufende Überwachung, zumal diese letztlich vor Ablauf der bewilligten Frist (2. Mai bis 2. Juni 2006), nämlich bereits am 25. Mai 2006 aufgehoben wurde und daher eine kurze und überdies einmalige Anordnung betraf.

Was die Frage des öffentlichen Interesses betrifft, kann auf die Ausführungen unter E. 3.3.1 verwiesen werden.

- 3.3.3** Eine letzte Überwachungsanordnung von Fernmeldeanschlüssen des Beschwerdeführers erging am 20. Juni 2006 und betraf im Wesentlichen die rückwirkende Teilnehmeridentifikation der anlässlich einer Hausdurchsuchung beim Beschwerdeführer gefundenen und in seinem Eigentum stehenden Prepaid-Karte mit der Nummer xxx xxx xx xx (Zeitraum vom 20. Dezember 2005 bis 20. Juni 2006) sowie der Schliessung einer Ermittlungslücke für die Zeitspanne zwischen dem 11. April und dem 1. Mai 2006.

Weder in seiner Beschwerde noch in seiner Replik macht der Beschwerdeführer begründet geltend, dass diese Massnahme unrechtmässig oder unverhältnismässig gewesen sei. Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass das Auffinden der erwähnten persönlichen Prepaid-Karte des Beschwerdeführers eine ergänzende Überwachungsmassnahme im damaligen Zeitpunkt als notwendig und geeignet erscheinen liess. Der notwendige dringende Tatverdacht lag nach den Ausführungen unter E. 3.3.1 und 3.3.2 ohnehin vor. Angesichts der Tatsache, dass es sich bloss um eine rückwirkende Teilnehmeridentifikation handelte und diese überdies auf rund 20 Tage beschränkt war, ist auch insoweit durchaus von einer verhältnismässigen Massnahme auszugehen. Was das Erfordernis des öffentlichen Interesses anbelangt, kann wiederum auf die Ausführungen unter E. 3.3.1 verwiesen werden.

- 4.** Aus all diesen Gründen ergibt sich, dass die drei angeordneten Überwachungen des Fernmeldeverkehrs durch den ao Untersuchungsrichter (jeweils bewilligt durch Entscheide des stellvertretenden Präsidenten des Militärkassationsgerichts) auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sind. Sie erweisen sich daher nicht als verfassungs- oder konventionswidrig. Auch steht deren Anordnung im Einklang mit den entsprechenden inhaltlichen und verfahrensrechtlichen Vorgaben des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs.

Die Beschwerde ist demzufolge als unbegründet abzuweisen.

- 5.** Das Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs äussert sich nicht zur Kosten- und Entschädigungsfrage im Beschwerdeverfahren gemäss Art. 10 Abs. 5 BÜPF. Es kommen an sich die allgemeinen Grundsätze der Kostentragung zur Anwendung (so HANSJAKOB,

a.a.O., N. 52 zu Art. 10). Wie bereits dargelegt wurde, ist das hier in Frage stehende spezialgesetzliche Rechtsmittel innerhalb der Rechtsmittelordnung des Militärstrafprozesses am ehesten vergleichbar mit der Beschwerde gemäss Art. 166 ff. MStP (oben E. 1.2), weshalb es sich rechtfertigt, für die Kosten des Verfahrens vor dem Militärkassationsgericht die Bestimmung von Art. 171 MStP analog anzuwenden. Da vorliegend dem Beschwerdeführer nicht vorgeworfen werden kann, das Beschwerdeverfahren leichtfertig veranlasst zu haben, sind die Kosten demgemäss durch den Bund zu tragen.

Die Entschädigung des amtlichen Verteidigers des Beschwerdeführers erfolgt praxisgemäss durch gesonderte Verfügung des Präsidenten des Militärkassationsgerichts.

Das Militärkassationsgericht hat erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Militärkassationsgericht gehen zu Lasten des Bundes.

Eidgenössisches Militärkassationsgericht

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Oberst Bopp

Fachof Moser

Urteilsausfertigungen an:

- Amtlichen Verteidiger (zwei Exemplare, wovon eines für den Beschwerdeführer)
- ao Untersuchungsrichter Mil Ger 4 (Maj Alberto Fabbri)
- Präsident Stv MKG (Oberst i Gst Paul Tschümperlin)
- Oberauditor