

MARC FORSTER
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt
Schweizerisches Bundesgericht
CH-1000 Lausanne 14

Tel.: +41 21 318 91 51
E-Mail: marc.forster@bger.ch
www.marc-forster-strafrecht.com

Gutachten zur Masterarbeit von Frau Andrina Singenberger

I. Thematik, Kurzbeurteilung und Notenantrag

Die Arbeit befasst sich mit den Problemen des strafprozessualen **Entsiegelungsrechts** im Lichte der – im Juni 2022 abgeschlossenen und voraussichtlich am 1. Januar 2024 in Kraft tretenden – *Teilrevision* der StPO. In einem *ersten Hauptteil* (Kapitel 2) analysiert die Bearbeiterin **Problemfelder**, bei denen sich in der *Praxis* Schwierigkeiten und Diskussionsschwerpunkte gezeigt haben (insbes. Dauer des Entsiegelungsverfahrens, Nachweis von Siegelungsgründen und Kreis der Siegelungsberechtigten). Im zentralen *zweiten Teil* (Kapitel 3) werden die Revisionsvorschläge des *Bundesrates* und die **Entstehungsgeschichte** der neuen Vorlage (nArt. 248-248a StPO¹) in den *parlamentarischen* Gremien kritisch gewürdigt; dies im Lichte der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur sowie der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens. Bei ihrer Prüfung der diskutierten Lösungen neigt die Bearbeiterin den Vorschlägen der Expertengruppe des *Nationalrates* zu (die sich im Gesetzgebungsprozess auch grösstenteils durchgesetzt haben).

Es handelt sich um eine fleissige, juristisch solide und arbeitstechnisch sorgfältige Masterarbeit, die nicht nur deskriptiv ausfällt, sondern (in Kapitel 3) *eigenständige* wissenschaftliche Reflexionen beiträgt. Der Referent beantragt dafür die **Note 5,5** (sehr gut).

II. Arbeitstechnik

Die *Zitiertechnik* im Fussnotenapparat und die *Verzeichnisse* sind formal sauber.² Die *Literaturauswahl* ist aktuell und themengerecht.³ Besonders positiv fällt auf, dass die

1 BBl 2022 1560, 8 f.

2 Hier sind höchstens Kleinigkeiten zu bemängeln. So hätten gewisse Literatur-Abkürzungen ("GRAF, Strafverfahren wirksam beschleunigen") noch etwas verknappert werden können (z.B. "GRAF, NZZ 2019").

3 Es wurden auch noch einschlägige Publikationen von 2022 sowie französischsprachige Literatur berücksichtigt. Das neue *Praxishandbuch* zur Siegelung von GRAF (2022) hätte wenigstens im Literaturverzeichnis erwähnt werden dürfen. Bei Kommentaren wäre die Verweisung auf "N." üblich (anstatt "Rz.").

Bearbeiterin sich mit der einschlägigen **Rechtsprechung** – sowohl des Bundesgerichtes (BGer) als auch des Bundesstrafgerichtes (BstGer) – sehr intensiv auseinandergesetzt hat.⁴ Die *Sprache* ist, von wenigen kleinen Ungenauigkeiten abgesehen, grossteils klar und unauffällig⁵ *Zielsetzung* und *Aufbau* der Arbeit erscheinen deutlich und fokussiert (vgl. Abstract, S. I; Einleitung, S. 1 f.).

III. Inhaltliche Bemerkungen

Im *ersten Hauptteil* (**Kap. 2**) werden die praxisrelevanten **wichtigsten Problemfelder** des **Entsiegelungsrechts** erarbeitet.

Die ersten Kapitel (2.1.-2.2) widmen sich den *allgemeinen Grundlagen* der Zwangsmassnahmen, die der Siegelung *vorangehen* (insbes. Edition und Hausdurchsuchung mit provisorischer Sicherstellung); sie stützen sich auf eine dichte Auswertung der Kommentarliteratur und Praxis.⁶ Auch das **Siegelungsverfahren** wird ausführlich und reichhaltig analysiert (Kap. 2.3). Dass bei der Thematik der Sicherstellung/Siegelung von *elektronischen Dateien* der (durchaus problematische) BGE 148 IV 221 noch keine Berücksichtigung fand, ist verständlich.⁷ Beim **Siegelungsbegehren** wäre noch die Praxis zu betonen, dass das Entsiegelungs- bzw. Zwangsmassnahmengericht (ZMG) auch noch nach Eingang des Entsiegelungsgesuches auf ein *offensichtlich ungültiges* Siegelungsbegehren erkennen und (mangels gültig erfolgter Siegelung) auf das *Entsiegelungsgesuch nicht eintreten* kann.⁸ Was die bisherigen **Siegelungsgründe** nach Art. 248 Abs. 1 StPO betrifft,

4 So wurden in der Judikatur-"Fundgrube" mehr als 120 nicht amtlich publizierte Bundesgerichtsurteile berücksichtigt (vgl. S. XIX-XXI).

5 Es finden sich gelegentlich *Grammatik*-Fehler, etwa Akkusativ-/Nominativ-Verwechslungen (gleich zwei davon auf S. 1: "stellt Art. 248 StPO ... **ein** Rechtsbehelf zur Verfügung"/Fn. 1: es "wird **einen** wesentlichen Beitrag ... geleistet")

6 Vereinzelt Aspekte hätten noch etwas präziser beleuchtet bzw. formuliert werden können. Dass der Beschlagnahme oder Hausdurchsuchung "*stets* eine Editionsverfügung voran" gehe (S. 6), trifft etwa nicht zu und widerspricht auch den anschliessenden eigenen Präzisierungen.

7 Zwar datiert das Urteil vom 28. Februar 2022, die Druckfassung der amtlichen Sammlung wurde jedoch erst ca. im Zeitpunkt der Einreichung der MA publiziert. Allerdings war dieser Leitentscheid schon ab Sommer 2022 elektronisch aufgeschaltet und werden im Judikaturverzeichnis sogar noch fünf neuere und nicht amtl. publ. Urteile (von Juni bis September 2022) erwähnt (vgl. S. XIX).

8 Z.B. bei einer offensichtlich *nicht siegelungsberechtigten* Person, bei klarerweise *nicht siegelungsfähigen* Gegenständen oder falls das *Siegelungsbegehren* (Geheimnisgrund) *nicht einmal cursorisch begründet* wurde (vgl. Urteile 1B_303/2022 E. 2.4; 1B_604/2021 E. 5; 1B_273/2021 E. 3.3; 1B_243/2021 E. 3; 1B_49/2021 E. 5; 1B_522/2019 E. 2.1; 1B_219/2017 E. 3.1; s.a. BGE 140 IV 28 E. 4.3.5). In solchen Fällen hat das ZMG dem Inhaber (bzw. dem Siegelungs-Gesuchsteller) allerdings diesbezüglich das *rechtliche Gehör* zu gewähren (mit Hinweis auf diesen in Aussicht genommenen Erledigungsgrund), bevor es auf das Entsiegelungsgesuch nicht eintritt und die zu Unrecht gesiegelten Gegenstände für durchsuchbar erklärt (vgl. Urteile 1B_303/2022 E. 2.5-2.6). Diese Konstellation wird von der Bearbei-

insbesondere den Fall "eines Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrechts", bezeichnet die Bearbeiterin den Art. 264 Abs. 1 lit. c StPO (Berufs- und Amtsgeheimnisse im Sinne von Art. 170-173 StPO) als "Auslegungshilfe".⁹ Eine solche (teleologische) Reduktion wäre *de lege lata* allerdings problematisch, da sie vom *Wortlaut* von Art. 248 Abs. 1 StPO abweicht.¹⁰ Unzutreffend ist der Hinweis,¹¹ bei Art. 264 Abs. 1 lit. c liege "eine Wiederholung zu lit. a vor".¹²

Was die "Kritik" der Lehre an einer (angeblichen) Praxis des BGer betrifft, wonach die Strafbehörden neben dem Inhaber von sichergestellten Gegenständen und Aufzeichnungen allfällige **geheimnisberechtigte Dritte** "ausfindig zu machen" bzw. zu "eruiieren" hätten (S. 21), ist darauf hinzuweisen, dass die einschlägige Rechtsprechung lediglich verlangt, jene Drittpersonen als weitere Siegelungsberechtigte von Amtes wegen ins Verfahren beizuziehen, deren *Geheimnisinteressen* für die Strafbehörde (Staatsanwaltschaft [StA] bzw. Entsiegelungsgericht) *ohne weiteres ersichtlich* sind.¹³

Auch die Analyse der vielgestaltigen Probleme des gerichtlichen **Entsiegelungsverfahrens** (*de lege lata*) fällt in Kapitel 2.4 reichhaltig und weitgehend verlässlich aus.¹⁴ Die Gegenüberstellung *unterschiedlicher Ansichten* in Lehre und Praxis erfolgt hier

terin auf S. 21 f. (und S. 25) immerhin knapp *erwähnt* (mit Hinweis auf ein Urteil des BstGer in Fn. 186; in Fn. 217 werden auch Urteile des BGer zitiert).

9 S. 18, unter Berufung auf KELLER (s. Fn. 148).

10 Die vom Gesetzgeber (im Juni 2022) vorgenommene Begrenzung der Siegelungsgründe auf die Beschlagnahmehindernisse von Art. 264 StPO hat insofern (normativ-rechtsdogmatisch) durchaus erhebliche *Konsequenzen*. Dies umso mehr, als das neue Recht auch keine möglichen "anderen" Geheimnisgründe mehr vorbehält. In der *Praxis* fällt der Unterschied allerdings nicht stark ins Gewicht, da z.B. allfällig tangierte *Geschäfts-* oder *Fabrikationsgeheimnisse* (soweit diese substantiiert angerufen wurden) schon bisher gegenüber dem Strafverfolgungsinteresse *abzuwägen* waren, oder das *Bankgeheimnis* von Gesetzes wegen (BankG) hinter dem Strafverfolgungsinteresse zurücktrat. Die *allgemeinen Zwangsmassnahmenvoraussetzungen* von Art. 197 Abs. 1 StPO sind auch nach neuem Recht akzessorisch zu beachten.

11 Unter Berufung auf REIMANN und SCHMID/JOSITSCH (s. Fn. 151).

12 Die beiden Bestimmungen regeln *unterschiedliche* Fälle, da die beschuldigte Person auch *ausserhalb* von Strafverfahren (Verteidigungen) *andere* Rechtsvertreter mandatiert haben kann, die in lit. c gemeint sind.

13 Einen typischen *Anwendungsfall* bilden (nach der publizierten BGE-Praxis) z.B. betroffene *Patientinnen* und *Patienten*, falls ein Arzt *Patientenunterlagen* ediert, ohne sich selber auf das Arztgeheimnis zu berufen und die Siegelung zu verlangen. Von einer Pflicht, allfällige noch *unbekannte* Geheimnisinteressen und Geheimnisberechtigte aktiv "ausfindig zu machen", kann demgegenüber keine Rede sein.

14 Eher knapp (wenn auch durchaus differenziert) werden Praxis und kritische Meinungen zu den einschlägigen Problemen des *rechtlichen Gehörs* und der verfahrensrechtlichen *Substanziierungsobliegenheiten* der Siegelungsberechtigten referiert (vgl. S. 23-25). Das praktisch wichtige und teilweise umstrittene Thema der *Substanziierung* von Geheimnisrechten und Dateien hätte noch etwas vertieft werden können (S. 24 f.): Was bedeutet prozessuale Mitwirkungsobliegenheit? welche Wahlfreiheit bleibt den Siegelungsberechtigten? inwiefern überzeugen gewisse kritische Einwände in der Literatur, inwiefern nicht? Teilweise finden sich auch thematische *Wiederholungen*, etwa zur *Parteistellung* von mitbetroffenen *Dritten* (vgl. S. 24).

deskriptiv in den Fussnoten.¹⁵

Die Formulierung, bei der **20-Tages-Frist** von Art. 248 Abs. 2 StPO (für das *Entsiegelungsgesuch* der StA) handle es sich "um eine nicht gesetzliche Frist im Sinne von Art. 89 Abs. 1 StPO" (S. 22), enthält einen sinntstellenden Schreibfehler.¹⁶ Etwas näher zu erklären wäre gewesen, was der *Zweck* des richterlichen **Triageverfahrens** (S. 24-29) ist bzw. in *welchen Fällen* es durchgeführt (oder darauf verzichtet) wird.¹⁷ Die allgemeinen **Zwangsmassnahmen-** und **Entsiegelungsvoraussetzungen** des hinreichenden *Tatverdachts* und der *Verhältnismässigkeit* wären systematisch eher nicht beim "Triageverfahren" (Kap. 2.4.3) einzuordnen (vgl. S. 25 f.), sondern mit Vorteil in einem *eigenen* Unterkapitel (etwas vertiefter) abzuhandeln gewesen.¹⁸

Kapitel 2.5 beschäftigt sich schliesslich noch mit Fragen des prozessualen **Rechtsschutzes**. Dabei wird das Entsiegelungsverfahren (mit anschliessendem BGG-Beschwerdeweg ans BGer) *abgegrenzt* von der *StPO-Beschwerde* (gegen andere selbstständige Zwangsmassnahmen) und der *Fernmeldeüberwachung*.¹⁹ Auch wird konzise auf wichtige *Sonderregelungen* des Entsiegelungsverfahrens bei der internationalen *Rechtshilfe* und im *Verwaltungsstrafverfahren* verwiesen.²⁰ Die Bearbeiterin erörtert die **Akzesso-**

15 Vgl. z.B. Fn. 211-217 betreffend die prozessualen Mitwirkungsobliegenheiten.

16 Recte: nicht *erstreckbare* gesetzliche Frist.

17 Nicht ganz deutlich wird auch, was eine "pauschale Triage" (S. 27) ist und wann sie zur Anwendung kommt.

18 Das Triageverfahren wird gerade *nicht* durchgeführt, wenn es bereits an der allgemeinen Entsiegelungsvoraussetzung des (hier behandelten) hinreichenden *Tatverdachts* (Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO) fehlt oder wenn die Zwangsmassnahme schon im Hinblick auf die untersuchte Straftat *unverhältnismässig* erscheint (Art. 197 Abs. 1 lit. d StPO). Als massgebliche Triage-Kriterien werden hingegen die *Untersuchungsrelevanz* und die substanziierten schutzwürdigen *Geheimnisse* zutreffend erkannt.

19 Die Bearbeiterin hat richtig erkannt (S. 32), dass es sich bei der *Online-Recherche* (mit Sicherstellung von Chatverläufen, BGE 143 IV 270) nicht um einen anderen Rechtsweg handelt, sondern um eine der *Siegelung* unterliegende Variante der zulässigen *vorläufigen Beschlagnahme* von Beweismitteln. Nicht mehr ausreichend aktuell sind hingegen die Hinweise auf die Gesetzgebung und Praxis zur (Nicht-)Überwachbarkeit von *abgeleiteten Internetdiensten* (Facebook, Google, Whatsapp usw.). Auch diese unterstehen nach dem *revidierten BÜPF* (in Kraft seit 1.3.2018) grundsätzlich der Überwachung bzw. der Teilnehmeridentifikation.

20 Zutreffend wird analysiert, dass ein *rechtshilfeweise* erfolgter Entsiegelungsentscheid als *Zwischenentscheid* zu behandeln ist, der grundsätzlich nur zusammen mit der Schlussverfügung anfechtbar ist. Zu ergänzen wäre noch, dass eine *selbstständige* (direkte) Anfechtung (nach Art. 80e Abs. 2 IRSG) ausnahmsweise in Frage kommen kann, wenn ein Vertreter der ersuchenden *ausländischen Behörde* an der Entsiegelungsverhandlung bzw. Triage *anwesend* war (vgl. dazu BSK BGG-FORSTER, Art. 84 N. 24a-b). Wertvoll ist auch der Hinweis auf die *unklare Rechtslage* betreffend Zulassung von *mitbetroffenen Dritten* (Nichtinhabern mit Geheimnisinteressen) im Rechtshilfeverfahren (analog Strafprozess, S. 32 f.). Für das *Verwaltungsstrafverfahren* nach VStrR erkennt die Bearbeiterin den gesetzlichen Ausnahmefall einer Zuständigkeit der Beschwerdekammer des *BstGer* als *Entsiegelungsgericht* schon im *Vorverfahren* (vgl. S. 34).

rietät des Entsiegelungsverfahrens (akzessorische Mit-Anfechtbarkeit von kausal vorangehenden Zwangsmassnahmen) sorgfältig.²¹ Dass bei BGG-Beschwerden gegen Entsiegelungsentscheide das Sachurteilserfordernis des **nicht wieder gutmachenden Rechtsnachteils** (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG) ohne weiteres "regelmässig gegeben" sei (S. 30 f.), unterschätzt eher die prozessualen Substanziierungsanforderungen in der restriktiven Eintretenspraxis des BGer.²²

Der *zweite Kernbereich (Kap. 3)* bildet das *Herzstück* der Masterarbeit. Hier wird die **gesetzgeberische Entstehung** des *neuen* Entsiegelungsrechts (nArt. 248-248a StPO) im Zuge der jüngsten Teilrevision der StPO kritisch beleuchtet.²³ Die Bearbeiterin resümiert jeweils bei einzelnen neuen Regelungen kurz die *bisherige* Rechtslage, um die Revisionsvorschläge²⁴ dann schrittweise einer "**kritischen Würdigung**" zu unterziehen. In diesem Bereich enthält die Arbeit *eigenständige wissenschaftliche Beiträge* und Standpunkte.

Hilfreich ist der konzise *Überblick* über den **Reformweg** vom *VE 2017* der Expertengruppe BJ,²⁵ über den darauf gestützten *Entwurf* des *Bundesrates* (Entwurf 2019) und die Änderungsvorschläge der *Rechtskommission* des *Nationalrates* (Vorschlag NR 2021) bis zur Schlussabstimmung der Räte am 17. Juni 2022. In Kraft tritt die teilrevidierte StPO voraussichtlich am 1. Januar 2024 (vgl. S. 37 f.).

Als "**Kernproblem der Siegelung**", das mit der Reform gezielt angegangen wurde, wird zutreffend die lange *Verfahrensdauer* bzw. das Missbrauchspotential für

21 Zutreffend erkennt sie (S. 30, 34 f.), dass bei Hausdurchsuchungen, Sicherstellungen und Beschlagnahmen, die offensichtlich *keine Geheimnisse* oder *keine durchsuchbaren Aufzeichnungen* und Gegenstände tangieren, *keine Siegelung* Platz zu greifen hat, sondern grundsätzlich der *StPO-Beschwerdeweg* (über die kantonale Beschwerdeinstanz) zu durchlaufen ist. Das Nichteintreten des BGer auf gewisse BGG-Beschwerden mangels "nicht wieder gutzumachenden Nachteils" wird etwas unpräzise als "Praxisänderung" interpretiert. Hier stehen *unterschiedlichen Rechtsfragen* zur Beantwortung: 1. Welcher Rechtsweg (StPO-Beschwerde) steht in solchen Fällen offen? 2. Sind im Einzelfall (mit oder ohne Durchlaufen der StPO-Beschwerde) die Eintretensvoraussetzungen der BGG-Beschwerde erfüllt (insbes. Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG)?

22 Erstaunlich oft werden weder im Entsiegelungsverfahren vor dem ZMG, noch in der Beschwerde ans BGer *geschützte Geheimnisse* ausreichend dargelegt. In solchen Fällen tritt das BGer mangels *Substanziierung* eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils auf die Beschwerde nicht ein. Das kann etwa der Fall sein, wenn ein Betroffener lediglich pauschal behauptet, irgendwo auf diversen sichergestellten elektronischen Geräten befänden sich irgendwelche "Nacktaufnahmen" von ihm oder Dritten.

23 Im Parlament verabschiedet am 17. Juni 2022; unbenutzter Ablauf der Referendumsfrist am 6. Oktober 2022.

24 Näher geprüft werden der Entwurf des *Bundesrates* und die Änderungsvorschläge der Expertengruppe des *Nationalrates*.

25 Dieser gehörten der Referent und der Korreferent an.

Verfahrensverschleppungen geortet.²⁶ Zur Beschleunigung der Entsiegelungsverfahren sollen künftig insbesondere die restriktivere Definition der **siegelungsfähigen** Aufzeichnungen und Gegenstände sowie Vorschriften zur **Straffung des Verfahrens** beitragen.

Mit der Ausdehnung der **Siegelungsberechtigung** und der Verfahrensteilnahme auf **Drittpersonen**, welche *nicht Inhaberinnen* der sichergestellten Aufzeichnungen und Gegenstände sind, aber *eigene geschützte Geheimnisse* (aufgrund von Art. 264 Abs. 1 StPO) anrufen können (Kap. 3.3), wollte der Gesetzgeber die betreffende *Praxis* des *Bundesgerichtes* in der StPO verankern. Als *Beispiel* sei der Fall eines *Arztes* genannt, in dessen *Praxis Patientenunterlagen* sichergestellt werden. Nach der vom Parlament verabschiedeten Regelung kann primär der *Arzt* als *Inhaber* der Aufzeichnungen und Träger des *Berufsgeheimnisses* die Siegelung beantragen (nArt. 248 Abs. 1 StPO). Da für die StA aber erkennbar ist, dass hier *eigene höchstpersönliche, intime Geheimnisse* die mitbetroffenen *Patientinnen* und *Patienten* tangiert sind, hat die StA diesen als *berechtigten* Personen ebenfalls Gelegenheit zu geben, die Siegelung zu verlangen (nArt. 248 Abs. 2 StPO). Dies muss zumindest dann gelten, wenn der Arzt selber kein Siegelungsbegehren gestellt hat. Soweit die Patienten entsprechende *eigene Geheimnisse* (Arzt- und Patientengeheimnis) geltend machen, sind sie als **berechtigte Personen** zu behandeln und im *Entsiegelungsverfahren* als *Parteien* beizuziehen (nArt. 248a Abs. 3 und Abs. 5 StPO). Falls erst das Entsiegelungsgericht erkennt, dass hier neben dem Arzt (als Inhaber) auch die Patienten selbstständig berechtigt sind, so sind Letztere über das Siegelungsbegehren des Arztes zu *informieren* (nArt. 248a Abs. 2 StPO) und als berechtigte Personen ins Verfahren beizuziehen. Aus einigen Formulierungen der MA wird nicht ganz klar, ob die Bearbeiterin die vom Gesetzgeber verabschiedete Regelung völlig verstanden hat.²⁷

26 In Kap. 3.1 wird unter dem Titel "Praktische Probleme der Siegelung" nur die Problematik der *Verfahrensdauer* erörtert; da anschliessend aber noch weitere Revisionsanliegen behandelt werden (die teilweise nur indirekt damit verknüpft sind), hätte hier der Titel etwas präziser gefasst werden können (z.B. "Hauptproblem Verfahrensdauer").

27 Unzutreffend ist (nach Ansicht des Referenten) die Aussage, die *berechtigte* Person habe "kein eigenständiges Siegelungsrecht mehr", sondern sie sei diesbezüglich "abhängig vom Inhaber" (S. 40, unter Berufung auf GRAF bzw. Votum StR Jositsch). Nach der klaren Regelung von nArt. 248 Abs. 2 StPO hat die StA auch den eigenständig *berechtigten Drittpersonen*, im Beispiel also den mitbetroffenen *Patientinnen* und *Patienten*, Gelegenheit zu geben, die *Siegelung* zu verlangen. Selbst wenn erst das ZMG erkennt, dass sie (betreffend Patientengeheimnisse) berechtigt sind, müssen sie noch nachträglich zum Entsiegelungsverfahren beigezogen werden (nArt. 248a Abs. 2-5 StPO). Es fragt sich, ob dieser selbstständige Rechtsschutz auch für Klienten von *Anwälten* gelten muss. M.E. ist dies jedenfalls dann zu bejahen, wenn der Anwalt als Inhaber *kein Siegelungsbegehren* gestellt hat. Die mitbetroffenen Klienten können *eigene* Interessen an der Wahrung des Anwaltsgeheimnisses haben (die den Anwalt nicht tangieren). Sofern der

Auch die **dreitägige Frist** für das **Siegelungsbegehren** des Inhabers oder der Inhaberin (Kap. 3.4) trägt nur *wenig* zur angestrebten *Verfahrensbeschleunigung* bei. Schon nach der bisherigen Rechtsprechung war das Siegelungsbegehren grundsätzlich innert wenigen Tagen zu stellen. Gerade hier hätte die Bearbeiterin noch anmerken können, dass der Gesetzgeber bei der Schlussabstimmung dem Vorschlag NR 2021 *gefolgt* ist.²⁸

Von durchaus erheblicher (normativer) Bedeutung ist die vom Parlament *bewusst* vorgenommene **Einschränkung** der möglichen **Siegelungsgründe** und Durchsuchungshindernisse. Der Siegelung – und damit einem möglichen Durchsuchungshindernis im Verfahren nach nArt. 248 f. StPO – unterliegen nach der im Parlament verabschiedeten Fassung²⁹ nur noch Aufzeichnungen oder Gegenstände, die "aufgrund von Art. 264 StPO nicht beschlagnahmt" werden dürfen. Einer Entsiegelung und Durchsuchung können somit künftig nur noch die (allgemeinen) *gesetzlichen Zwangsmassnahmenhindernisse* von Art. 197 StPO in Verbindung mit einem besonderen *Beschlagnahmehindernis* gemäss Art. 264 Abs. 1 StPO entgegen stehen. Zwar wurde diese Einschränkung der gesetzlichen Siegelungsgründe in der Literatur und im Gesetzgebungsverfahren *ausführlich diskutiert* und *teilweise kritisiert*.³⁰ Der Gesetzgeber hat sich jedoch *in Kenntnis dieser Einwände* und Gegenvorschläge für die *restriktive* Lösung (gemäss Expertengruppe NR 2021) entschieden.³¹

Zeugnis- und Aussageverweigerungsrechte *ausserhalb* der **Berufs- und Amtsgeheimnisse** nach Art. 264 Abs. 1 lit. a und c-d StPO bilden somit künftig *keine* möglichen Entsiegelungshindernisse mehr (vgl. S. 44-47).³² Auch hier sind die *praktischen* Aus-

Anwalt ein Siegelungsbegehren stellt, ist er als Inhaber an den bei ihm sichergestellten Aufzeichnungen "berechtigt" und kann auch die Interessen seiner Klientschaft wahren. Das auf S. 40 angeführte Beispiel von *Bankkunde* und *Bank* ist insofern nicht relevant, als das Bankkundengeheimnis *nicht* unter die *Beschlagnahmegründe* von Art. 264 StPO fällt. Nicht gefolgt werden kann schliesslich der Aussage, die gesetzliche Regelung werde "zu einer *Beschleunigung* und Vereinfachung des Entsiegelungsverfahrens" führen (S. 40). Da die neue Regelung betreffend mitbetroffene Dritte grundsätzlich die *bestehende Praxis* des Bundesgerichtes abbildet, ist daraus keine spürbare Beschleunigung und Vereinfachung des Verfahrens zu erwarten.

28 Die Referendumsvorlage ist im Anhang IV (S. 65 f.) abgedruckt.

29 BBl 2022, 1560, 8; gestützt auf den Vorschlag NR 2021.

30 Botschaft 2019, S. 6750 f.; Votum BR Keller-Sutter, AB NR 2021 S. 618; vgl. auch GRAF (Privilegierung), Rz. 14, 24, 29; *ders.* (Revision), Rz. 21-24; REIMANN, Rz. 106, 263, 292 f.

31 Dass insbesondere die Einwände und Vorschläge von GRAF und REIMANN (vgl. dazu MA, S. 46 f.) dabei *keine* Berücksichtigung fanden, hätte die Bearbeiterin noch kurz erwähnen können.

32 Das gilt etwa für alle Zeugnis- und Aussageverweigerungsrechte *ausserhalb* von Art. 170-173 StPO (nämlich solche aufgrund persönlicher Beziehungen gemäss Art. 168 f. StPO), für den *nemo tenetur*-

wirkungen der Revision aber eher *gering*, da schon nach bisheriger Rechtsprechung die primären Entsiegelungshindernisse von Art. 197 Abs. 1 i.V.m. Art. 264 Abs. 1 StPO stark im Vordergrund standen.³³

Gestützt auf den Entwurf 2019 und den Vorschlag NR 2021 wird das **ZMG** neu auch im **erstinstanzlichen Gerichtsverfahren** für Entsiegelungen **zuständig** sein. Zwar erscheint es inkonsequent, dass im *Berufungsverfahren* (nArt. 248a Abs. 1 lit. b StPO spricht etwas erratisch von "den anderen Verfahren") die Verfahrensleitung des Berufungsgerichts zuständig bleibt. Die betreffende Kritik (vgl. MA S. 48) ist allerdings in die Revision nicht eingeflossen. Die Argumente Pro und Contra bezüglich eines neuen **Beschwerdeweges** an die **StPO-Beschwerdeinstanz** ("double instance" vor der BGG-Beschwerde; in der Revision schliesslich fallen gelassen) werden von der Bearbeiterin minutiös diskutiert (vgl. S. 49-53).

In den bis hier besprochenen Bereichen (Kap. 3.3-3.7) wird nicht erkennbar, inwiefern die neuen Regelungen – wie vom Gesetzgeber beabsichtigt – Wesentliches zur **Beschleunigung** der Entsiegelungsverfahren beitragen könnten. In Kapitel 3.8 ("Straffung und Regelung des Entsiegelungsverfahrens") untersucht die Bearbeiterin unter diesem Gesichtspunkt noch den nArt. **248a** StPO. Absatz 3 der Bestimmung sieht vor, dass die berechtigte Person schriftliche "**Einwände** gegen das Entsiegelungsgesuch" innert einer

Grundsatz (Art. 113 Abs. 1 StPO), das *Bankkundengeheimnis* oder für allgemeine *Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse*. Falls *kein Siegelungsgrund* (geschütztes Geheimnisinteresse) nach Art. 264 Abs. 1 StPO angerufen werden kann, bildet auch der akzessorische Einwand der *Untersuchungsrelevanz* bzw. der fehlenden Verhältnismässigkeit (Art. 197 Abs. 1 lit. c StPO) kein Entsiegelungshindernis. Das Entsiegelungsverfahren dient nicht der allgemeinen Prüfung der der Verhältnismässigkeit von Zwangsmassnahmen, sondern dem *Geheimnisschutz* im Hinblick auf die *Durchsuchung* von Aufzeichnungen und Datenträgern (Art. 246 StPO). Dies gilt schon nach der ständigen bisherigen Praxis des BGer. Die Bearbeiterin spricht bezüglich der *allgemeinen* Zwangsmassnahmenvoraussetzungen von Art. 197 StPO durchaus zutreffend von *akzessorischen* Voraussetzungen (S. 46), die nur bei Substanziierung von gesetzlich geschützten *Geheimnissen* (zusätzlich) zu prüfen sind. Auf ein Entsiegelungsgesuch ist deshalb (mangels gültigem Siegelungsbegehren) *nicht einzutreten*, falls keine gesetzlich geschützten Geheimnisrechte *wenigstens cursorisch* angerufen wurden. Falls sich erst nach *Substanziierung* und *näherer Prüfung* im Entsiegelungsverfahren ergibt, dass *keine* Geheimnisse gemäss Art. 264 Abs. 1 StPO tangiert sind, ist das Entsiegelungsgesuch *gutzuheissen*.

33 Weder das *Bankkundengeheimnis* (BankG, mit Vorbehalt der strafrechtlichen Beweiserhebung) noch der *nemo tenetur*-Grundsatz (mit Einschränkung in Art. 113 Abs. 1 Satz 3 StPO) wurden in der Praxis als Entsiegelungshindernisse anerkannt. Neben den besonderen gesetzlichen Zeugnis- und Aussageverweigerungsrechten (Berufs- und Amtsgeheimnisse) nach Art. 264 Abs. 1 lit. a und c-d StPO verbleiben somit nur noch für den *Persönlichkeitsschutz* relevante Privatgeheimnisse, nämlich *persönliche Aufzeichnungen* und *Korrespondenz* der *beschuldigten* Person, als möglicher Siegelungsgrund (Art. 264 Abs. 1 lit. b StPO); diese Privatgeheimnisse sind allerdings noch gegenüber dem jeweiligen Strafverfolgungsinteresse *abzuwägen*.

nicht erstreckbaren (gesetzlichen) Frist von **10 Tagen** vorzubringen hat. Da in der *bisherigen Praxis* solche Fristen oft mehrmals und über mehrere Wochen und Monate hinweg richterlich *erstreckt* wurden, trägt diese neue Bestimmung zur Straffung des Verfahrens bei. Analoges gilt grundsätzlich auch für die gesetzliche **Entscheidungsfrist** von ebenfalls **10 Tagen** (nach Eingang der Stellungnahme) in "**spruchreifen**" Fällen (Abs. 4), das heisst, wenn *keine richterliche Triage* der gesiegelten Aufzeichnungen nötig ist und auch sonst kein zwingender sachlicher Grund für eine *mündliche Entsiegelungsverhandlung* vorliegt.³⁴ Die weiteren Fristvorschriften (von Abs. 5) betreffend **Durchführung** einer **Entsiegelungsverhandlung** innert **30 Tagen** (nach Eingang der Stellungnahme in nicht "spruchreifen" Fällen) und den "**unverzüglichen**" **Entsiegelungsentscheid** (nach durchgeführter Verhandlung) werden die erstinstanzlichen Verfahren in der Regel ebenfalls deutlich beschleunigen.³⁵ Auch hier fällt die Analyse und kritische Würdigung sorgfältig aus (vgl. S. 53-56).

Die Arbeit schliesst mit Hinweisen auf **Alternativen** zum Entsiegelungsrecht (Kap. 3.9) und mit mit einem zusammenfassenden **Fazit** (Kap. 4).

Prof. Dr. Marc Forster/9. Januar 2023

34 Bei solchen Entscheidungsfristen stellt sich allerdings regelmässig die Frage nach deren blossem *Ordnungscharakter* bzw. nach den *Folgen* einer Missachtung der Frist, insbesondere in sachlich begründeten Fällen. Analog zu den Entscheidungsfristen bei Haftverfahren wird eine begründete und massvolle Überschreitung der Frist nicht ohne weiteres zur Rückgabe der gesiegelten Aufzeichnungen an den Inhaber führen.

35 Auch die 30-Tages-Frist und die Vorschrift eines "unverzüglichen" Entscheides (innert Tagen bis wenigen Wochen) dürften allerdings blossen Ordnungscharakter in dem Sinne haben, dass ihre Missachtung bzw. massvolle Überschreitung in sachlich begründeten Fällen nicht (*per se*) zur Rückgabe der gesiegelten Aufzeichnungen an den Inhaber führt.