Staatstrojaner: Mario Fehr ignorierte Urteil des Bundesgerichts

8. November 2015

Christof Moser, Schweiz am Sonntag

Oberste Richter wiesen SP-Regierungsrat Mario Fehr auf die fragwürdige Rechtsgrundlage für Spionage-Software hin

Die Trojaner-Affäre um den Zürcher Sicherheitsdirektor Mario Fehr erreichte in diesen Tagen einen neuen Höhepunkt. Nachdem publik geworden war, dass Fehr wegen der Juso-Strafanzeige seine SP-Mitgliedschaft sistiert hat, holte der Regierungsrat diese Woche zum Gegenschlag aus - und stellte Bedingungen für seine Rückkehr zur SP: «Die Juso müssen von der Strafanzeige Abstand nehmen. Und die Partei muss ein solches Vorgehen mit Sanktionen belegen», sagte Fehr in Interviews mit «NZZ» und «Schweizer Illustrierten».

Hintergrund der Auseinandersetzung ist weit mehr als ein parteiinterner Zwist. Die Affäre dreht sich um Grundrechtsfragen immenser Tragweite. 2014 hatte Fehr dem Kauf einer umstrittenen Überwachungssoftware, bekannt als «Staatstrojaner» oder «GovWare», zugestimmt. Der Trojaner «Galileo» gibt der Polizei die Möglichkeit, auf Handys und Computern von Tatverdächtigen nicht nur E-Mails, Skype-Gespräche und Chats zu überwachen, sondern auch Daten zu manipulieren. In einer internen Präsentation wies die italienische Herstellerfirma darauf hin, dass ihr Spionageprogramm zum Beispiel unbemerkt Kinderpornografie auf den Zielrechner eines Verdächtigen hochladen kann.

Der Kauf der Spionage-Software, für die nach juristischer Lehrmeinung keine gesetzliche Grundlage existiert, sollte geheim bleiben. Aufgeflogen ist die Anschaffung durch die Zürcher Behörden, weil die Herstellerfirma des Trojaners gehackt wurde und auf der dadurch publik gewordenen Kundenliste neben totalitären Regimes die Zürcher Kantonspolizei auftauchte. Datiert auf den 24. Dezember 2014, stellte die Firma «Hacking Team» der Polizei für den Staatstrojaner 486,000 Euro in Rechnung, zuzüglich Mehrwertsteuer. Längst nicht nur die Jungsozialisten nahmen an der klandestinen Anschaffung Anstoss. Weil sich Fehr trotz Gesprächsversuchen nicht dialogbereit zeigte, griff die SP-Jungpartei - «stinksauer» über den «Angriff auf Demokratie und Freiheit» - zu einem ungewöhnlichen Mittel und zeigte den eigenen Regierungsrat wegen Amtsmissbrauch sowie unrechtmässiger Datenbeschaffung an.

In seinen Interviews diese Woche stellte sich Mario Fehr weiterhin auf den Standpunkt, dass die gesetzliche Grundlage für den Einsatz von «GovWare» gegeben sei - und führte als Kronzeugin Justizministerin Simonetta Sommaruga ins Feld, die in der Parlamentsdebatte zur laufenden Revision des Bundesgesetzes über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Büpf) gesagt habe, dass eine gesetzliche Grundlage für den Einsatz der Staatstrojaner bestehe.

Auf Anfrage der «Schweiz am Sonntag» präzisiert die Zürcher Sicherheitsdirektion, auf welche Aussage von Sommaruga sich Mario Fehr bezieht. Sprecher Urs Grob verweist auf die von Sommaruga am 10. März 2014 im Ständerat geäusserten Sätze, bezogen auf Kommunikations-Überwachung: «Das ist heute schon möglich. Es ist auch nicht so, dass wir irgendwelche neuen Überwachungsmassnahmen beschliessen würden.»

Diese Aussage steht jedoch in keinerlei Zusammenhang mit «GovWare» und blendet alle Aussagen der Justizministerin aus, die sich konkret auf Staatstrojaner beziehen. Am 22. 9. 2014 sagte Sommaruga in der Fragestunde des Nationalrats: «Es ist selbstredend, dass die GovWare nur zur Anwendung kommen kann, wenn die vorgesehene Bestimmung im Entwurf des Büpf in Kraft getreten ist.» Und am 17. 6. 2015 sagte sie in den Beratungen zum Büpf im Nationalrat: «Man hat sich darüber gestritten, ob es für den Einsatz von GovWare heute eine gesetzliche Grundlage gibt. Die Frage ist bis heute umstritten geblieben.» Entsprechend klar dementiert das Justizdepartement (EJPD) die Aussage von SP-Regierungsrat Fehr: «Bundespräsidentin Simonetta Sommaruga hat im Parlament die gesetzliche Grundlage von Staatstrojanern stets als umstritten bezeichnet», sagt Sommaruga-Sprecher Guido Balmer auf Anfrage der «Schweiz am Sonntag».

Ohne Kronzeugin Simonetta Sommaruga wird die rechtliche Grundlage, auf die sich Fehr und die Zürcher Behörden beziehen, noch wackliger, als sie ohnehin ist. Als Rechtsgrundlage für Trojaner-Einsätze werden die Artikel 269 und 280 der Strafprozessordnung (StPO) herangezogen, die es bei schweren Straftaten erlauben, «den Post- und den Fernmeldeverkehr überwachen zu lassen» und «technische Überwachungsgeräte» einzusetzen, um «Vorgänge an nicht öffentlichen oder nicht allgemein zugänglichen Orten zu beobachten».

Doch selbst Juristen, die Staatstrojaner grundsätzlich befürworten, halten diese Grundlage für nicht ausreichend. Dazu gehört Thomas Hansjakob, Erster St. Galler Staatsanwalt und ehemaliger SP-Kantonsrat, der bereits 2011 in einer juristischen Einschätzung zum Schluss kommt, dass die Artikel in der Strafprozessordnung lediglich normale Telefonüberwachung sowie akustische und optische Abhörgeräte erlauben. Spionagesoftware, mit der die Computer von Verdächtigen manipuliert werden können, seien «offensichtlich von der Eingriffstiefe her etwas anderes». Hansjakobs Fazit: Staatstrojaner seien derzeit mangels gesetzlicher Grundlage «nicht zulässig».

Mit dieser Bewertung ist er nicht allein. Seit 2011 die neue Strafprozessordnung in Kraft getreten ist, verzichtet die Bundesanwaltschaft auf «GovWare», die sie zuvor in einer juristischen Grauzone zum Einsatz brachte. Auch der Zürcher Regierungsrat kam 2010 - ein Jahr vor Fehrs Wahl ins Gremium - zum Schluss, dass eine ausdrückliche gesetzliche Regelung «notwendig» sei, um das «Setzen von Trojanern» zu ermöglichen.

Jetzt zeigen neue Dokumente, die der «Schweiz am Sonntag» vorliegen, dass auch das Bundesgericht Sicherheitsdirektor Mario Fehr auf die fragwürdige gesetzliche Grundlage für Trojaner hingewiesen hat - just in jener Zeit, in der Fehr den Kauf der Software bewilligte.

Die kritische Einschätzung des Bundesgerichts geht auf eine Beschwerde gegen das 2012 vom Zürcher Kantonsrat verabschiedete und 2013 vom Zürcher Regierungsrat in Kraft gesetzte Polizeigesetz (PolG/ZH) zurück, das die gesetzliche Grundlage für Überwachung von Echtzeitkommunikationsmitteln - zum Beispiel Chats - bei präventiven Vorermittlungen schaffen sollte. Eine Privatperson reichte am Bundesgericht dagegen Beschwerde ein, weil das Gesetz gegen verfassungsmässige Grundrechte verstosse. Konkret bemängelte der Beschwerdeführer, dass Überwachungen des Fernmeldeverkehrs den Anforderungen von Artikel 179 im Strafgesetzbuch (StGB) genügen müssen, der eine richterliche Genehmigung für Überwachungsmassnahmen verlange. Im Zürcher Polizeigesetz war in Artikel 32 f. nur eine Genehmigung durch ein Polizeikader festgeschrieben.

Am 1. Oktober 2014 kippt das Bundesgericht Artikel 32 f. des Zürcher Polizeigesetzes. In der Urteilsbegründung machen die höchsten Richter eine entscheidende Bemerkung: Es sei «zumindest fraglich, inwieweit Art. 179 StGB auf die Überwachung mittels

Computerprogrammen anwendbar ist». Ausdrücklich weisen die Richter auf einen massgebenden Gesetzeskommentar der Rechtsanwälte Peter von Ins und Peter-René Wyder hin, die 2013 zu Artikel 179 octies StGB festhielten: «Für einen Einsatz von Trojanersoftware durch Überwachungsbehörden (...) ist eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage in der StPO zu fordern. Diese fehlt zurzeit.» Trojaner seien «nicht ohne weiteres zu den durch Behörden nutzbaren Überwachungsgeräten zu zählen», weil sie «quasi per Mausklick eine viel weitgehendere und vertieftere Überwachung erlauben als Telefonmitschnitte oder Wanzen».

Allerspätestens mit diesem Bundesgerichtsurteil hätte Mario Fehr wissen können und müssen, dass die Rechtsgrundlage für Staatstrojaner mehr als fragwürdig ist. Gegenüber der «Schweiz am Sonntag» wollte die Sicherheitsdirektion mit Verweis auf die hängige Strafanzeige keine Stellung nehmen. Auch die Juso wollten die Recherchen nicht kommentieren. Ob sie die Strafanzeige gegen Fehr ans Bundesgericht weiterziehen, ist offen.

Für Regierungsrat Fehr ist die Sache allein deshalb nicht ausgestanden, weil eine Subkommission der kantonsrätlichen Geschäftsprüfungskommission die Trojaner-Affäre derzeit untersucht. Keine Chance hatte diese Woche in der Geschäftsleitung des Kantonsrats der Antrag auf Aufhebung von Fehrs Immunität. Bereits im September hatte die Zürcher Staatsanwaltschaft mitgeteilt, keine Ermittlungen gegen Fehr einzuleiten. Damit ist auch die von den Juso geforderte Untersuchung durch ausserkantonale Behörden vom Tisch. Die Juso hatten gegen die Staatsanwaltschaft einen Befangenheitsantrag gestellt, weil die Ermittlungsbehörde selbst den Kauf des Trojaners involviert ist - sie hatte die Anschaffung beim Obergericht beantragt.

«Ich nehme die Grundrechte der ehrlichen Bürgerinnen und Bürger sehr ernst»: Mit diesen Worten verteidigte Fehr den Trojaner-Kauf. Ob die ehrlichen Bürger dafür auch den Bruch von geltendem Recht in Kauf nehmen, wird für Mario Fehr jetzt zur Schicksalsfrage.