

## **Vernehmlassung**

**zu 08.458 Parlamentarische Initiative. Präzisierung des Anwendungsbereichs der Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung**

**(Vorentwurf der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates)**

von:

Prof. Dr. Marcel Alexander Niggli  
MLaw Stefan Maeder, Rechtsanwalt

Lehrstuhl für Strafrecht und Rechtsphilosophie  
Universität Freiburg  
Beauregard 13  
1700 Freiburg

Mail: [lehrstuhl-niggli@unifr.ch](mailto:lehrstuhl-niggli@unifr.ch)

## Vernehmlassung

### zu 08.458 Parlamentarische Initiative. Präzisierung des Anwendungsbereichs der Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung

(Vorentwurf der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates)

Sehr geehrte Damen und Herren

Am 17. Mai 2011 wurde der oben erwähnte Vorentwurf in die Vernehmlassung geschickt. Gerne nehmen wir die Möglichkeit wahr, im Folgenden dazu fristgerecht unsere Stellungnahme abzugeben.

### Inhaltsverzeichnis

I. Chatroom-Ermittlung: am Problem vorbeigezielt .....	2
1. Der vermeintliche Auslöser: BGE 134 IV 266 .....	2
2. Rechtslage seit Inkrafttreten der StPO .....	3
II. Scheinkäufe Betäubungsmittel: über das Problem hinausgeschossen .....	4
III. Neues, enorm weit gefasstes Instrument Polizei und Staatsanwaltschaft .....	5
1. Irreführende Titel und Aufhänger der Vorlage .....	5
2. Enger Begriff der verdeckten Ermittlung .....	5
3. Verdeckte Fahndung als Alltagsinstrument? .....	7
4. Die Voraussetzungen für die Anordnung einer verdeckten Fahndung .....	8
5. Jeder zivil gekleidete Polizist ein verdeckter Fahnder? .....	10
IV. Abschliessende Bemerkung .....	10

#### I. Chatroom-Ermittlung: am Problem vorbeigezielt

##### 1. Der vermeintliche Auslöser: BGE 134 IV 266

Der zu diskutierende Vorentwurf basiert auf der obgenannten, von Nationalrat Jointsch eingereichten Parlamentarischen Initiative. Anlass hat ganz offensichtlich BGE 134 IV 266 gegeben, wo sich das Bundesgericht zum Begriff der verdeckten Ermittlung – damals noch unter Herrschaft des BVE<sup>1</sup> - äusserte. Dort ging es um den Sachverhalt, dass ein 26-jähriger Mann in einem Chatroom unter dem Pseudonym „Jerôme“ mit einer Person Kontakt aufnahm, die das Pseudonym „manuela\_13“ trug. Er stellte ihr diverse Fragen sexuellen Inhalts, bat um eine Fotoaufnahme ihres Geschlechtsteils, und forderte sie auf, sich an ihrem Geschlechtsteil zu streicheln, während er dasselbe mit dem seinen täte. In der Folge verabredeten sich „Jerôme“ und „manuela\_13“ für ein Treffen, wo sexuelle Handlungen stattfinden sollten. Als sich „Jerôme“ am vereinbarten Treffpunkt einfand, erwartete ihn dort die Polizei, die sich hinter „manuela\_13“ verborgen hatte.<sup>2</sup>

In BGE 134 IV 266 ging es also nicht um die Aufklärung einer bereits begangenen Straftat. Das Bundesgericht hielt allerdings fest, dass aArt. 4 Abs. 1 lit. b BVE die verdeckte Ermittlung auch dann erlaubt, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen der Verdacht besteht, dass voraussichtlich besonders schwere Straftaten begangen wer-

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über die verdeckte Ermittlung (BVE; SR 312.8), mit Inkrafttreten der StPO aufgehoben.

<sup>2</sup> Vgl. BGE 134 IV 266, Sachverhalt.

den sollen. Es qualifizierte die polizeiliche Tätigkeit dahingehend, dass es um die Aufklärung einer Straftat gegangen sei, die voraussichtlich hätte begangen werden sollen.<sup>3</sup> Damit befand man sich im Anwendungsbereich des BVE. Nach einer sorgfältigen Auslegung von Gesetz und Materialien<sup>4</sup> kam das Bundesgericht zu folgendem Schluss:

*„Verdeckte Ermittlung ist das Anknüpfen von Kontakten durch Polizeiangehörige zu verdächtigen Personen, die darauf abzielen, die Begehung einer strafbaren Handlung festzustellen und zu beweisen, wobei die Polizeiangehörigen nicht als solche erkennbar sind (ähnlich die Botschaft, BBl 1998 S. 4283).“<sup>5</sup>*

Unter diese Definition fiel konsequenterweise auch die Chatroom-Ermittlung, und da es in concreto an der Genehmigung gem. aArt. 7 BVE fehlte, konnten die gestützt auf die widerrechtliche verdeckte Ermittlung erlangten Beweise nicht verwertet werden.

## 2. Rechtslage seit Inkrafttreten der StPO

Am 1. Januar 2011 trat die StPO<sup>6</sup> in Kraft. Gleichzeitig wurde das BVE aufgehoben, und die Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung befinden sich nun in den Art. 286 ff. StPO.

Das hat die Rechtslage insoweit verändert, als dass eine verdeckte Ermittlung nach StPO nur dann möglich ist, wenn es darum geht, eine **bereits begangene** Straftat aufzuklären (vgl. Art. 286 Abs. 1 lit. a StPO).

Dies ist – im Gegensatz zur obgenannten Regelung von aArt. 4 Abs. 1 lit. b BVE – die dogmatisch und auch verfassungsrechtlich sauberere Lösung, weil Strafverfolgung immer ein bereits begangenes oder zumindest im Versuchsstadium befindliches Delikt voraussetzt. Die Abwehr von Gefahren ist demgegenüber (materielles) Polizeirecht,<sup>7</sup> zu dessen Erlass die Kantone kompetent sind. Dies hält im Übrigen auch der BERICHT<sup>8</sup> fest, wo es heisst:

*„Die Kommission weist darauf hin, dass diese Bestimmungen ausschliesslich jene Fälle erfassen, bei denen ein Verdacht auf eine strafbare Handlung besteht. (...) In zahlreichen Fällen, darunter auch jenem der Kommunikation in Chat-Räumen zur Verhinderung von sexuellen Handlungen mit Kindern oder bei sogenannten Alkoholtstkäufen liegt ein Tatverdacht indes in der Regel zu Beginn der verdeckten Ermittlungshandlungen nicht vor. **Die entsprechenden Ermittlungshandlungen können sich deshalb nicht auf die neu vorgeschlagenen Regelungen abstützen.** (...) Vielmehr handelt es sich um Handlungen vor einem Strafverfahren, die zur Verhinderung oder Erkennung einer möglichen Straftat dienen, wofür die notwendige Grundlage im kantonalen Polizeirecht zu schaffen ist.“<sup>9</sup>*

Es steht also fest, dass die vorgeschlagene Änderung der StPO in punkto Chatroom-Ermittlungen an der heute bestehenden Situation schlicht gar nichts ändert und inso-

<sup>3</sup> BGE 134 IV 266, Erw. 4.1.

<sup>4</sup> Vgl. die ganze Erw. 3 von BGE 134 IV 266.

<sup>5</sup> BGE 134 IV 266, Erw. 3.6.1.

<sup>6</sup> Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO, SR 312.0).

<sup>7</sup> Vgl. zur Abgrenzung bspw. MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER, Was schützt eigentlich Strafrecht (und schützt es überhaupt etwas)?, AJP 2011, 443–455, 449 ff.

<sup>8</sup> Bericht der Kommission für Rechtsfragen vom 12. Mai 2011 betr. 08.485 Parlamentarische Initiative. Präzisierung des Anwendungsbereichs der Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung (nachfolgend „BERICHT“), abrufbar unter [www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2089/Bericht\\_verdeckte\\_Ermittlung\\_de.pdf](http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2089/Bericht_verdeckte_Ermittlung_de.pdf) (16.9.2011).

<sup>9</sup> BERICHT, S. 6, unsere Hervorhebung.

fern gar nicht zielführend ist. Allfälliger Handlungsbedarf besteht im kantonalen Polizeirecht.

Sofern es im Übrigen um verdeckte Ermittlung zur Aufklärung einer begangenen Straftat aus dem Bereich von Art. 187 StGB (sexuelle Handlungen mit Kindern) geht, ist diese selbstverständlich möglich, wenn die Voraussetzungen von Art. 286 Abs. 1 StPO gegeben sind. Art. 187 StGB ist – ebenso wie bspw. Art. 197 Ziff. 3 und 3<sup>bis</sup> StGB (harte Pornographie, also u.a. Kinderpornographie) – eine Katalogstraftat gem. Art. 286 Abs. 2 StPO. Polizei und Staatsanwaltschaft müssen sich einfach an die Regeln von Art. 286 ff. StPO halten.

Es sei abschliessend noch erwähnt, dass nebst der Botschaft zur StPO<sup>10</sup> auch das Bundesgericht bereits in BGE 134 IV 266 auf die Änderung der Rechtslage betreffend verdeckter Präventivermittlung mit Einführung der StPO hingewiesen hat: *„Die verdeckte Ermittlung dient auch in diesem Fall – der im Übrigen in der künftigen schweizerischen Strafprozessordnung nicht mehr als Grund für eine verdeckte Ermittlung vorgeesehen ist (siehe Art. 286 Abs. 1 StPO/CH) – nicht etwa der Verhinderung der voraussichtlichen Straftat, sondern deren Aufklärung für den Fall, dass sie begangen wird.“*<sup>11</sup> Die geänderte Rechtslage kam also keineswegs überraschend, sondern wurde zumindest vom Bundesgericht schon im Jahr 2008 erkannt.

## II. Scheinkäufe Betäubungsmittel: über das Problem hinausgeschossen

Nebst den Chatroom-Ermittlungen werden auch die sog. einfachen Scheinkäufe von Betäubungsmitteln als Motivation für die vorgeschlagene Änderung vorgebracht. Dabei geht es um einfachen Scheinkäufe bei Kleindealern durch Polizisten, die nicht als solche erkennbar sind und die Zielperson auch in gewissem, wenn auch nicht besonders intensivem, Masse täuschen. Dies dürfte effektiv unter die oben bereits genannte Definition des Bundesgerichtes von verdeckter Ermittlung fallen. So war bspw. in BGE 6B\_837/2009 die Tätigkeit des Ermittlers „SK 151“, der einen Scheinkauf (von immerhin 180 g Kokain für Fr. 14'000.-!) tätigte, dabei aber „recht aktiv“<sup>12</sup> vorging, eine verdeckte Ermittlung i.S.d. BVE; die Rechtsprechung von BGE 134 IV 266 wurde bestätigt.<sup>13</sup> Allerdings hielt das Bundesgericht in Erwägung 3.4 auch fest:

*„Aus BGE 134 IV 266 lässt sich allerdings nicht ableiten, dass jedes kurze Gespräch eines nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen mit einem Verdächtigen oder mit einer zum Umfeld des Verdächtigen gehörenden Person zu Ermittlungszwecken eo ipso und ungeachtet der konkreten Umstände als verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE zu qualifizieren ist. Das Bundesgericht erachtet - mit der bundesrätlichen Botschaft - das „Anknüpfen von Kontakten“ als wesentlich. Dieses Kriterium enthält das Element eines aktiven, zielgerichteten Verhaltens. Es ist nicht ohne weiteres gegeben, wenn ein nicht als solcher erkennbarer Polizeiangehöriger beispielsweise im Rahmen einer Observation von der Zielperson angesprochen wird, sich auf ein kurzes Gespräch einlässt und dabei zu erkennen gibt, dass er an der gesprächsweise angebotenen Leistung nicht interessiert ist.“*

Damit dürfte klar sein, dass ein passives Verhalten der nicht als solchen erkennbaren Polizisten bereits heute nicht als verdeckte Ermittlung gelten dürfte.

Andererseits muss auch – entgegen dem Eindruck, den der Bericht vermittelt – klar gestellt werden, dass es schon nach geltendem Recht durchaus möglich ist, im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität eine verdeckte Ermittlung anzuordnen: Der

<sup>10</sup> BBl 2006, 1255.

<sup>11</sup> BGE 134 IV 266, Erw. 4.1.1, unsere Hervorhebung.

<sup>12</sup> BGE 6B\_837/2009, Erw. 3.5.

<sup>13</sup> Ebenso in BGE 6B\_207/2010.

Deliktskatalog von Art. 286 Abs. 2 StPO enthält in lit. f die Art. 19 Ziff. 1 zweiter Satz und Art. 20 Ziff. 1 zweiter Satz BetmG<sup>14</sup> (Da das BetmG aber per 1.1.2011 ebenfalls revidiert wurde, müsste der Verweis nun wohl auf Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 2 BetmG lauten.<sup>15</sup>). Es gilt schlicht, die Vorschriften von Art. 286 ff. StPO einzuhalten.<sup>16</sup>

Sofern nun Scheinkäufe mit aktiveren Ermittlern vom Anwendungsbereich der Art. 286 ff. StPO ausgenommen werden sollen, wäre wenn schon eine spezifische Lösung angezeigt gewesen. Denkbar wäre entweder eine präzise Änderung der StPO selbst<sup>17</sup>, oder auch eine Anpassung des einschlägigen Betäubungsmittelgesetzes, etwa mutatis mutandis wie in Art. 23 Abs. 2 BetmG<sup>18</sup>. Im revidierten Alkoholgesetz bspw. soll eine spezifische Rechtsgrundlage für Testkäufe eingeführt werden.<sup>19</sup> Die vorgeschlagene Lösung geht indes ungleich weiter.

### III. Neues, enorm weit gefasstes Instrument für Polizei und Staatsanwaltschaft

#### 1. Irreführende Titel und Aufhänger der Vorlage

Die Vorlage will die verdeckte Ermittlung unglaublich eng definieren, und gleichzeitig eine enorm offen formulierte „verdeckte Fahndung“ als neue Kategorie in die StPO einführen (siehe zu beidem sogleich). Dies ist, wie gezeigt wurde, punkto Chat-room-Ermittlungen gar nicht zielführend, und für Scheinkäufe von Betäubungsmitteln hätte eine spezifische Regelung völlig ausgereicht.

Die geplante Revision nun aber gerade an diesen zwei Punkten festzumachen, muss schon als irreführend bezeichnet werden. Dazu kommt, dass sie unter dem Titel „Präzisierung des Anwendungsbereichs der Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung“ läuft: Doch soll eben gerade nicht nur Bestehendes genauer umschrieben werden, vielmehr soll die verdeckte Ermittlung zugunsten eine völlig neuen Kategorie namens „verdeckter Fahndung“ faktisch aufgelöst werden, wie nachfolgend gezeigt wird. Diese Vorgehensweise bewegt sich in der gleichen Kategorie wie die unverdächtig betitelte „Harmonisierung der Strafrahmen“, die tatsächlich eine veritable Totalrevision des StGB BT darstellt. Solches „Marketing“ für – man könnte auch sagen Einschleusen von – Gesetzesrevisionen ist unseres Erachtens gefährlich, da es ihren wahren Kern und mögliche Auswirkungen verschleiert. Dies wäre in einer Diktatur nicht überraschend, in einer Demokratie jedoch äusserst problematisch.

#### 2. Enger Begriff der verdeckten Ermittlung

Ebenso irreführend ist vorab die Aussage im BERICHT, die vorgeschlagene Neuregelung beschränke den Anwendungsbereich der verdeckten Ermittlung wiederum auf jene Fälle, die auch das BVE zu regeln beabsichtigt habe.<sup>20</sup> Wie gerade BGE 134 IV 266 einlässlich darlegte, war der Anwendungsbereich eben nicht klar, den Materialien jedenfalls liess sich nichts Eindeutiges entnehmen. Das Bundesgericht legte den Text und die Materialien aus, nahm von der Lehre Kenntnis und gelangte schliesslich

<sup>14</sup> Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (BetmG; SR 812.121).

<sup>15</sup> THOMAS HANSJAKOB, Art. 286, in Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich/Basel/Genf 2010, N 34

<sup>16</sup> Geheime Ermittlungsmethoden im Bereich von leichten Fällen der Betäubungsmittelkriminalität sind hingegen abzulehnen, vgl. zur Problematik geheimer Zwangsmassnahmen nachfolgend Ziff. III.4, S. 6.

<sup>17</sup> In diese Richtung ging der Initiativtext von Nationalrat Jositsch noch.

<sup>18</sup> Vgl. auch Art. 294 StPO.

<sup>19</sup> Vgl. Vernehmlassungsunterlagen unter [www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/02010/index.html?lang=de](http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/02010/index.html?lang=de).

<sup>20</sup> BERICHT, S. 5.

zu einem Ergebnis, das durchaus vertretbar ist. Wenn der BERICHT nun sagt, das BVE habe eine Absicht gehabt, die nicht BGE 134 IV 266 entspreche, wirft er dem Bundesgericht ein (bzw. in der Folge mehrere) Fehlurteil(e) vor, was in dieser Deutlichkeit doch überrascht und wohl auch nicht zulässig erscheint. Deutungshoheit über Normen hat mit Sicherheit nicht die Exekutive. Nur kurz erwähnt werden kann an dieser Stelle, dass ein Gesetz – ein blosser Text – natürlich keine eigenen Absichten haben kann. Ein Text hat auch keinen in ihm innewohnenden „wahren“ Sinn, sondern er hat den Sinn, den man ihm gibt. Das Bundesgericht als oberste rechtsprechende Behörde in unserem Land ist für die Auslegung von Gesetzen letztinstanzlich zuständig und entscheidet, was die Bedeutung einer Rechtsregel ist. Einen anderen, „wahren“ Inhalt der Regel gibt es nicht.

Tatsächlich dürfte es dem BERICHT keineswegs darum gehen, den „wahren“ Anwendungsbereich des BVE wiederzubeleben, sondern die eigenen Wünsche betreffend Zwangsmassnahmen besser verkäuflich zu machen, indem man sagt, es werde ja nur Altes wiederhergestellt.

Doch nun zum Begriff der verdeckten Ermittlung, wie er neu definiert werden soll. Gemäss nArt. 285a StPO soll eine verdeckte Ermittlung folgende Elemente enthalten:

- Verwendung einer auf Dauer angelegten, durch Urkunden abgesicherten falschen Identität (Legende);
- durch aktives, zielgerichtetes Verhalten zu Personen Kontakte knüpfen;
- aufbauen eines besonderen Vertrauensverhältnisses;
- versuchtes Eindringen in ein kriminelles Umfeld; und
- Aufklärung besonders schwerer Straftaten.

Besonders problematisch erscheint, dass alle diese Elemente neu **kumulativ** gegeben sein müssten, damit es sich um verdeckte Ermittlung handelt. Mit anderen Worten ist es keine verdeckte Ermittlung mehr, wenn auch nur ein Element fehlt.

Vorstellbar ist beispielsweise, dass ein verdeckter Ermittler seine falsche Identität nicht mit Urkunden absichert, aber sonst mittels intensivster Täuschung auf die Zielperson einwirkt. Dies aber nicht als verdeckte Ermittlung zu qualifizieren, erscheint doch sehr formalistisch und nicht sachgerecht.

Schwierig ist auch das „besondere Vertrauensverhältnis“: Wer unter Verwendung von falschen Dokumenten und eine Legende, in einem kriminellen Umfeld bspw. über lange Zeit ein bloss normales Vertrauensverhältnis aufbaut, wäre demnach kein verdeckter Ermittler. Nur rätseln kann man über mögliche Abgrenzungskriterien zwischen normalem und besonderem Vertrauensverhältnis.

Auch das kriminelle Umfeld als *conditio sine qua non* erscheint merkwürdig. Ist darunter nur organisierte Kriminalität, Bandenkriminalität etc. zu verstehen? Ist also eine verdeckte Ermittlung gegenüber einem Sexualstraftäter (man behalte den Deliktskatalog, der nicht ändern soll, im Auge) faktisch ausgeschlossen?

Im Ergebnis schränkt nArt. 285a den Anwendungsbereich der Regeln über die verdeckte Ermittlung unglaublich ein. Sie dürften praktisch vollumfänglich durch die verdeckte Fahndung abgelöst werden, die unter erheblich geringeren Voraussetzungen angeordnet werden kann (siehe unten). Angesichts der fundamentalen Grund-

rechtseingriffe, die geheime Überwachungsmaßnahmen mit sich bringen,<sup>21</sup> ist das problematisch, denn genau dem sollten die Regeln über die verdeckte Ermittlung Rechnung tragen, um die Verfassungsmässigkeit zu wahren. Der Gesetzesentwurf dient im Ergebnis in erster Linie der Aushebelung dieser Sicherungsmechanismen, und zwar generell, und nicht etwa nur im Bereich Betäubungsmittel. Das ist entschieden abzulehnen.

Richtig bizarr wird es, wenn man sich überlegt, was gilt, wenn ein Polizist zwar mit einer durch Urkunden abgesicherten Legende ausgestattet wird, aber ein anderes Element von nArt. 285a StPO, z.B. das besondere Vertrauensverhältnis, fehlt. Oder noch schwieriger: Die Legende ist nicht „auf Dauer“ angelegt, sondern nur vorübergehend.<sup>22</sup> Eine verdeckte Ermittlung kann es nicht sein, da dafür alle Elemente kumulativ gegeben sein müssten. Eine verdeckte Fahndung kann es auch nicht sein, weil ein verdeckter Fahnder nie mit einer Legende ausgestattet sein kann (nArt. 298a Abs. 2 StPO). Das verdeutlicht die Inkonsistenz und Unausgegorenheit der Vorlage, die in dieser Form nicht annehmbar ist.

### 3. Verdeckte Fahndung als Alltagsinstrument?

Wie PIETH richtig bemerkt, bereiten geheime Zwangsmassnahmen, worunter die verdeckte Ermittlung oder auch verdeckte Fahndung fallen, in mehrere Richtungen Probleme:

- *„Sie sind in der Abgrenzung von Prävention und Repression unscharf. (...) [Es] gehen beim Einsatz verdeckter Ermittler die präventiven und repressiven Kompetenzen direkt und auf diffuse Weise ineinander über.*
- *Sodann schafft die Heimlichkeit der Massnahmen ein erhebliches Missbrauchspotenzial, das durch die richterliche Genehmigung beziehungsweise die Anordnung nur teilweise ausgeglichen wird.*
- *Schliesslich geht die verdeckte Ermittlung typischerweise weit über reines Beobachten hinaus. Dadurch, dass der Verdächtige – ohne es zu wissen – in eine befragungsähnliche Situation gerät, wird das Autonomieprinzip und der Grundsatz, dass sich niemand selbst belasten muss, in Frage gestellt. Abermals ist dies nur unter eingeschränkten Voraussetzungen und unter Einhaltung besonderer Sicherungen zulässig.“<sup>23</sup>*
- Nicht zu vergessen ist, dass es nicht nur bei einer nicht als solchen erkannten Befragung bleibt, sondern der Staat bzw. sein Vertreter zur Deliktsbegehung beiträgt. Es ist daran zu erinnern, dass das Verhalten eines Scheinkäufers tatbestandsmässig im Sinne des BetmG ist und eines Rechtfertigungsgrundes bedarf!

Damit ist deutlich: Verdeckte Ermittlung ist ein schwerer Grundrechtseingriff, der auch darüber hinaus äusserst heikel ist. Man hat die Sicherungsmassnahmen von Art. 286 ff. StPO völlig zurecht und mit gutem Grund eingeführt. Und selbst diese

---

<sup>21</sup> CHRISTOF RIEDO/GERHARD FIOKA/MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011, N 1969. Kritisch ebenfalls MARK PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht. Grundriss für die Praxis, Basel 2009, S. 126 f.

<sup>22</sup> Wobei natürlich völlig unklar bleibt, was denn „auf Dauer“ bedeuten soll. Wenn die falsche ID noch 5 Jahre gültig ist? Nicht zu vergessen ist, dass auch die verdeckte Fahndung keineswegs nur von kurzer Dauer ist, sondern grundsätzlich unbeschränkt. Nach einem Monat muss die Polizei bloss die Genehmigung der Staatsanwaltschaft einholen (s. nArt. 298b StPO).

<sup>23</sup> PIETH (Fn. 21), S. 127.

Lösung stiess in der Lehre noch auf Bedenken, wie bspw. das obige Zitat von PIETH zeigt.

Die verdeckte Fahndung soll dem gegenüber viel grosszügiger gehandhabt werden können, was ihr wohl aus polizeilicher Sicht Alltagstauglichkeit vor allem im Betäubungsmittelbereich bescheren soll, rechtsstaatlich und verfassungsmässig unseres Erachtens aber völlig unzulässig ist. Denn auch eine verdeckte Fahndung ist eine geheime Überwachungs- und Zwangsmassnahme, und greift in Grundrechte ein. Sie geht auch weiter als eine Observation, was insbesondere an dem bei der Observation nicht vorhandenen interaktiven Element liegt.<sup>24</sup>

Zu Unrecht heisst es im Bericht, „als verdeckte Ermittlung sollen nur Tätigkeiten gelten, die in nicht unerheblicher Weise in die Rechtsposition der Zielperson eingreifen“<sup>25</sup>, denn das würde e contrario bedeuten, eine verdeckte Fahndung würde bloss unerheblich, und damit unbedeutend in die Rechtsposition der Zielperson eingreifen: das muss schlicht falsch sein, denn für einen bloss unerheblichen Eingriff bräuchte es wohl gar keine gesetzliche Grundlage. Es handelt sich schlicht um eine unzutreffende Verniedlichung des ganzen Themas verdeckte Ermittlung/Fahndung.

#### 4. Die Voraussetzungen für die Anordnung einer verdeckten Fahndung

Für die Anordnung der verdeckten Fahndung sollen folgende Kriterien Voraussetzung sein (vgl. nArt. 298a StPO):

- **Anordnung durch Staatsanwaltschaft und, im Ermittlungsverfahren, durch Polizei:**

Hier ist als Differenz zur verdeckten Ermittlung zu nennen, dass nicht mehr nur die Staatsanwaltschaft, sondern auch die Polizei eine verdeckte Fahndung anordnen darf, solange das Verfahren noch im Stadium der polizeilichen Ermittlung (Art. 306 ff. StPO) steht. Die Polizei muss die Staatsanwaltschaft erst dann um Genehmigung für die Fortsetzung (und nicht etwa des ersten Monats) der Zwangsmassnahme bitten, wenn sie einen Monat gedauert hat.

Diese Kompetenz für die Polizei ist aus zweierlei Gründen abzulehnen: Erstens ist der Grundsatz bei der Anordnung von Zwangsmassnahmen, dass die Staatsanwaltschaft zuständig ist. Grund dafür ist, der damit **immer** verbundene Eingriff in die Grundrechte der Betroffenen. Bloss punktuell ist auch die Polizei mit entsprechenden Kompetenzen ausgestattet, eine Möglichkeit, die Art. 198 Abs. 1 lit. c StPO schafft. Der Gesetzgeber hat davon etwa in Art. 255 Abs. 2 lit. a StPO Gebrauch gemacht, wonach die Polizei Wangenschleimhautabstriche anordnen kann. Die Anordnung der *Auswertung* dagegen obliegt der Staatsanwaltschaft, da letzterer Grundrechtseingriff von höherer Intensität ist. Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass die Polizei nur ganz leichte Eingriffe in Grundrechte anordnen darf.

Dort, wo besonders schwere Grundrechtseingriffe zu gewärtigen sind, sieht die Gesetzessystematik das Zwangsmassnahmengericht vor, das als richterliche Instanz insbesondere über die Verhältnismässigkeit wachen soll.

Es ist nun völlig uneinsichtig, weshalb es bei der verdeckten Ermittlung (richtigerweise) eine Genehmigung der Anordnung durch das Zwangsmassnahmengericht braucht (Art. 289 StPO), bei der verdeckten Fahndung die Anord-

<sup>24</sup> So immerhin auch BERICHT, S. 9.

<sup>25</sup> BERICHT, S. 5.

nung durch bloss die Polizei genügen soll, und zwar für einen ganzen Monat<sup>26</sup>, währenddem die Staatsanwaltschaft bei einer verdeckten Ermittlung gerade einmal 24 Stunden Zeit für das Einholen der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht hat (Art. 289 Abs. 2 StPO). Das suggeriert, zwischen den beiden verdeckten Vorgehensweisen bestehe eine fundamentale qualitative Differenz, dazwischen klaffe gewissermassen eine grosse Lücke. Dies ist jedoch unzutreffend, die Übergänge sind zumindest fliessend, wenn nicht in gewissen Bereichen überschneidend.

Zweitens stellt die Polizei im Ermittlungsverfahren laut Art. 306 StPO unter anderem auf der Grundlage von eigenen Feststellungen den für eine Straftat relevanten Sachverhalt fest. Sie ist also sehr frei und kann nach Gutdünken ein wenig „herumstochern“. Wenn hingegen die Staatsanwaltschaft eine Zwangsmassnahme anordnen will, muss sie zwingend eine Untersuchung eröffnen, wie Art. 309 Abs. 1 lit. b StPO vorschreibt. Da dürfte die Schwelle zum „Herumstochern“ deutlich höher liegen. Der Polizei in diesem frühen Verfahrensstadium eine derart einschneidende Zwangsmassnahme ohne jede richterliche Kontrolle in die Hand zu geben, ist verfehlt.

Schliesslich ist es angesichts der geschilderten Problematik von geheimen Zwangsmassnahmen geradezu ungeheuerlich, dass jede Kontrolle durch das Zwangsmassnahmengericht völlig entfallen soll. Konsequenz wäre, dass Polizei und Staatsanwaltschaft in Eigenregie auf unbeschränkte Dauer bei jedem Verbrechen und Vergehen (dazu sogleich) verdeckt fahnden dürften. Dies passt genau so wenig zu den angeblich ganz einfachen Scheinkäufen auf der Strasse, wie schon die Monatsfrist der Polizei gemäss nArt. 298b Abs. 2 StPO.

- **Verdacht, ein Verbrechen oder Vergehen sei begangen worden:**

Die verdeckte Fahndung soll bei **jedem** Verbrechen und Vergehen angeordnet werden dürfen, egal ob aus dem Kern- oder aus dem Nebenstrafrecht. Damit werden zwei bei der verdeckten Ermittlung zur Sicherung der Rechtsstaatlichkeit installierte Hürden eliminiert: Erstens lässt Art. 286 Abs. 2 StPO die verdeckte Ermittlung vorweg nur bei bestimmten Tatbeständen zu (wobei schon dieser Deliktskatalog sehr weit gefasst ist). Zweitens muss die Schwere der (Katalog-)Straftat die verdeckte Ermittlung rechtfertigen. Dies sind alles Ausflüsse aus Art. 36 BV, der die Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen fordert. Diese sollen für die verdeckte Fahndung, die zweifellos nicht nur einen ganz leichten Grundrechtseingriff darstellt, mit einem Wisch vom Tisch geräumt werden.

- **Bisherige Ermittlungs- oder Untersuchungshandlungen blieben erfolglos oder die Ermittlungen wären sonst aussichtslos oder unverhältnismässig erschwert:**

Dieses Kriterium entspricht demjenigen in Art. 286 Abs. 1 lit. c StPO.

Radikal zusammengefasst heisst das: Die Schwelle zur Anordnung einer verdeckten Fahndung liegt extrem tief, ist jeder richterlichen Kontrolle entzogen, und dies obwohl es sich um einen schweren Grundrechtseingriff handelt. Das kann nicht angehen.

---

<sup>26</sup> Dass eine verdeckte Fahndung gem. nArt. 298a StPO „im Rahmen kurzer Einsätze“ stattfinden soll, dürfte angesichts der weiteren Ausgestaltung der Vorlage eine weitestgehend bedeutungslose Leerformel sein.

### 5. Jeder zivil gekleidete Polizist ein verdeckter Fahnder?

Es ist mindestens zweifelhaft ob die Definition von verdeckter Fahndung besonders durchdacht wurde. Nach dem neuen Gesetzestext soll sie lauten:

*Verdeckte Fahndung liegt vor, wenn Angehörige der Polizei im Rahmen kurzer Einsätze in einer Art und Weise, dass ihre wahre Identität und Funktion nicht erkennbar ist, Verbrechen und Vergehen aufzuklären versuchen und dabei insbesondere Scheingeschäfte abschliessen oder den Willen zum Abschluss vortäuschen.<sup>27</sup>*

Der Passus ab „und dabei insbesondere...“ ist nicht abschliessend, sondern soll wohl beispielhaft aufzählen, was ganz sicher eine verdeckte Fahndung sein soll. Dass **nur** das Abschliessen von Scheingeschäften oder das Vortäuschen des Willens zum Abschluss verdeckte Fahndung sein soll, ist einerseits wohl kaum die Idee, und andererseits auch im Gesetzestext nicht so formuliert.

Mithin bleibt für die Definition der voranstehende Teil des Satzes. Verdeckter Fahnder ist also, wer (kumulativ)

- Angehöriger der Polizei ist, und
- im Rahmen kurzer Einsätze
- versucht, ein Verbrechen oder Vergehen aufzuklären,
- ohne dass seine wahre Identität und Funktion erkennbar ist.

Gerade **nicht gefordert** ist eine Interaktion mit einer Zielperson oder ein aktives Verhalten des Polizisten. Ein Anknüpfen von Kontakten oder ähnliches ist nicht Bedingung, sondern nur die vier genannten Punkte.

Nun: Die Zivilstreife der Polizei, die beispielsweise einem Verkehrssünder auf der Autobahn folgt, erfüllt diese vier Bedingungen ohne weiteres. Bedeutet das nun, dass hier eine verdeckte Fahndung angeordnet werden müsste, ansonsten das Beweismaterial unverwertbar wäre? Auch das kann kaum die Idee sein.

Da ausserdem das aktive Element nicht zwingend gegeben sein muss, dürfte in gewissen Fällen die Abgrenzung zur Observation ebenfalls äusserst schwierig werden.

Dies alles zeigt, dass die sehr offene Formulierung und Ausgestaltung der verdeckten Fahndung zu grossen Schwierigkeiten führt.

### IV. Abschliessende Bemerkung

Wie unsere Ausführungen aufzeigen, ist die in die Vernehmlassung geschickte Vorlage äusserst problembeladen und betrifft einen ganz heiklen Bereich des Strafprozessrechtes und der Grundrechte. Daher verwundern der irreführende Titel und die irreführenden Aufhänger der Vorlage schon sehr. Angesichts der vielfältigen Probleme, die vorliegend häufig nur angeschnitten werden konnten, muss auch der BE-RICHT kritisiert werden. Damit er als Hilfe im demokratischen Entscheidungsprozess etwas nützt, müsste er die Vorlage mindestens ein wenig kritisch würdigen und auf Schwierigkeiten und Probleme hinweisen. Symptomatisch ist der Absatz über die Verfassungsmässigkeit: Einzig die Frage wird aufgeworfen, ob der Bund für den Regelungsbereich kompetent ist. Kein Wort zur Verfassungskonformität der Vorlage an

---

<sup>27</sup> nArt. 298a Abs. 1 StPO.

sich, oder ob sie mit anderem höherrangigem Recht wie z.B. der EMRK<sup>28</sup> in Einklang zu bringen ist.

Abschliessend sei festgehalten, dass wir einerseits die Ablehnung der Vorlage an sich empfehlen: Weder ist sie für die angestrebten Wirkungen (soweit diese offengelegt wurden) zielführend oder adäquat, noch ist sie konsistent, widerspruchsfrei oder der Sache angemessen. Andererseits muss aber auch der Art und Weise, wie eine solche Vorlage im Gesetzgebungsprozess durchgeschleust werden soll, entgegengetreten werden.

Freiburg, 16. IX. 2011

M. A. Niggli/S. Maeder

---

<sup>28</sup> Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).