

Nationalrat

Conseil national

Consiglio nazionale

Cussegl naziunal



Kommission für Rechtsfragen
CH-3003 Bern

www.parlament.ch
rk.caj@parl.admin.ch

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

BERICHT
DER KOMMISSION FÜR RECHTSFRAGEN
VOM 12. MAI 2011

Übersicht

Bis zu einem Bundesgerichtsentscheid im Jahre 2008 unterschied die Praxis zwischen „verdeckter Fahndung“ und „verdeckter Ermittlung“, wobei nur für Letztere die strengen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sein mussten. Das Bundesgericht hat die beiden Ermittlungsarten aber rechtlich gleichgestellt und damit die Möglichkeiten heimlicher Ermittlungen stark eingeschränkt. Verunmöglicht wurden insbesondere Scheinkäufe im Drogenkleinhandel durch die Polizei. Die Problematik wurde verschärft durch die Aufhebung des Bundesgesetzes über die verdeckte Ermittlung durch die Schweizerische Strafprozessordnung, da dieses als gesetzliche Grundlage für präventive verdeckte Ermittlungen herangezogen wurde. Probleme ergaben sich dabei insbesondere bei Ermittlungen in Chatrooms. Die Kommission ist der Ansicht, dass dieser mit Blick auf eine effiziente Polizeiarbeit unbefriedigenden Rechtslage ein rasches Ende gesetzt werden muss. Für den in Bundeskompetenz liegenden Bereich beantragt sie dazu die beiliegenden Änderungen der Strafprozessordnung.

Bericht

1 Entstehungsgeschichte

1.1 Parlamentarische Initiative

Am 29. September 2008 reichte Nationalrat Daniel Jositsch eine parlamentarische Initiative ein, die eine Ergänzung der schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO)¹ fordert. Mit der Ergänzung soll erreicht werden, dass einfache Ermittlungshandlungen wie die einfache Lüge und einfache Scheinkäufe nicht unter die Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung fallen. Am 4. Mai 2009 prüfte die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates die Initiative vor und beschloss mit 21 zu 0 Stimmen bei zwei Enthaltungen, ihr gemäss Artikel 109 Absatz 2 des Parlamentsgesetzes (ParlG)² Folge zu geben. Die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates stimmte diesem Beschluss am 22. April 2010 ohne Gegenstimmen zu (Art. 109 Abs. 3 ParlG).

1.2 Arbeiten der Kommission

Die Kommission befasste sich an zwei Sitzungen im Jahr 2011 mit der Umsetzung der parlamentarischen Initiative. Am 12. Mai 2011 hat sie den beiliegenden Vorentwurf einstimmig angenommen.

Zu diesem Vorentwurf wird gemäss Bundesgesetz über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsgesetz)³ eine Vernehmlassung durchgeführt.

Die Kommission wurde bei ihrer Arbeit gemäss Artikel 112 Absatz 1 ParlG durch das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement unterstützt.

2 Grundzüge der Vorlage

2.1 Ausgangslage

Mit dem Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung vom 20. Juni 2003⁴ (BVE) schuf der Bundesgesetzgeber erstmals eine gesetzliche Grundlage für den Einsatz verdeckter Ermittlerinnen und Ermittler. Das Gesetz enthielt zwar keine Definition der verdeckten Ermittlung, legte aber in Artikel 1 fest, diese habe zum Zweck, „mit Angehörigen der Polizei, die nicht als solche erkennbar sind (Ermittlerin oder Ermittler), in das kriminelle Umfeld einzudringen und damit beizutragen, besonders schwere Straftaten aufzuklären“.

¹ SR 312.0

² SR 171.10

³ SR 172.061

⁴ AS 2004 1409, 2006 2197 Anhang Ziff. 29, 2007 5437 Anhang Ziff. II 6, 2006 5437 Art. 2 Ziff. 2. AS 2010 1881 Anhang 1 Ziff. I 2

Gestützt auf diese Bestimmung ging die Praxis zunächst davon aus, dass nicht alle Ermittlungshandlungen, bei denen Angehörige der Polizei, die nicht als solche erkennbar sind, mit Zielpersonen direkt in Kontakt kommen, den Regeln über die verdeckte Ermittlung unterstehen. Vielmehr erachtete die Praxis die Regeln des BVE erst dann als anwendbar, wenn im Rahmen eines auf längere Zeit angelegten Einsatzes und mit Hilfe besonderer Täuschungsmittel (namentlich der Verwendung falscher Urkunden zur Herstellung einer falschen Identität, d.h. unter Verwendung einer Legende) in ein kriminelles Milieu einzudringen beabsichtigt werde und es um die Aufklärung besonders schwerer Straftaten gehe. Nicht unter das BVE fallend wurde dagegen die sogenannte verdeckte Fahndung angesehen. Als verdeckte Fahnderinnen oder Fahnder gelten dabei nicht offen ermittelnde Polizeibeamtinnen oder -beamte, die einen kurzen, verdeckten Einsatz durchführen, ohne sich einer überprüf- baren Legende zu bedienen⁵.

Das Bundesgericht hat diese Unterscheidung im Jahre 2008 erstmals für unerheblich erklärt⁶: Zwar stellte es fest, nach der überwiegenden Lehre sei wohl nicht jede verdeckte Ermittlung als eine solche im Sinne des BVE anzusehen, vielmehr werde ein gewisses Mass an Täuschungs- und Handlungsintensität verlangt. Auch sei die Regelung des BVE „offensichtlich auf längere und relativ heikle Einsätze zugeschnitten“⁷. Dennoch kennzeichnet sich nach Auffassung des Bundesgerichts eine verdeckte Ermittlung allein durch 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“⁸. Der dabei betriebene Aufwand für die Täuschung über die wahre Identität und die Eingriffsintensität sind nach Auffassung des Bundesgerichts dagegen ohne Belang. Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung mehrfach bestätigt.⁹ Die Lehre beurteilt diese Praxis unterschiedlich, kritisiert sie jedoch mehrheitlich.¹⁰

Dies hatte zum einen zur Folge, dass die verdeckten Ermittlungs- und Fahndungs- massnahmen, bei denen Angehörige der Polizei über ihre wahre Funktion und Identität täuschen, nur noch für die im BVE aufgeführten Straftaten zulässig waren. Zum andern galten neu auch verdeckte Ermittlungsmassnahmen, welche die Polizei zur Verhinderung von Straftaten oder zur Abklärung erster Hinweise, mithin vor der Einleitung eines Strafverfahrens, durchführte, als verdeckte Ermittlung. Während solche präventiven Massnahmen vor dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid durchgeführt wurden, ohne dass eine ausdrückliche Gesetzesgrundlage bestand, wurden diese Massnahmen nunmehr auf Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a BVE abge-

⁵ *Daniel Jositsch/Angelika Murer Mikolásek*, Wenn polizeiliche Ermittler im Chatroom in Teufels Küche kommen - oder wie das Bundesgericht neue Probleme geschaffen hat, AJP 2011, 182; *Thomas Hansjakob*, Verdeckte Ermittlung - Gesetz und Rechtsprechung. Einige Gedanken zu BGE 134 IV 266, forumpoenale 2008, 362; *Franz Bättig*, Verdeckte Ermittlung nach Inkrafttreten des BVE aus polizeilicher Sicht, Kriminalistik 2/2006, 132 f.; *Wolfgang Wohlers*, Das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung. Taugliches Instrument zur effizienten Bekämpfung der Organisierten Kriminalität?, ZStR 123 (2005) 223 f.

⁶ BGE 134 IV 266

⁷ BGE 134 IV 273 E. 3.3

⁸ BGE 134 IV 266 E. 3.6

⁹ BGE 6B_837/2009 und 6B_743/2009 vom 8. März 2010.

¹⁰ Nachweise bei *Daniel Jositsch/Angelika Murer Mikolásek*, Wenn polizeiliche Ermittler im Chatroom in Teufels Küche kommen - oder wie das Bundesgericht neue Probleme geschaffen hat, AJP 2011, 185 Fn. 46.

stützt mit der Begründung, der Passus „besonders schwere Straftaten (...) sollten voraussichtlich begangen werden“ lasse auch präventive Ermittlungen zu. Mit der Aufhebung des BVE durch die StPO per 1. Januar 2011 liessen sich präventive Ermittlungen nicht mehr auf das BVE abstützen. Auch die StPO lässt sich nicht als Grundlage verwenden, weil deren Artikel 286 Absatz 1 Buchstabe a die verdeckte Ermittlung nur beim Verdacht gestattet, eine Straftat „sei begangen worden“.

Vor diesem Hintergrund erachtet die Kommission den gesetzgeberischen Handlungsbedarf klar als gegeben. Ihrer Ansicht nach gilt es zwei (zusammenhängende) Ziele zu erreichen: Einerseits ist – wie dies auch die parlamentarische Initiative verlangt – in der StPO klar zu definieren, welche Ermittlungsmassnahmen unter den Begriff der „verdeckten Ermittlung“ fallen. Als verdeckte Ermittlungen sollen nur Tätigkeiten gelten, die in nicht unerheblicher Weise in die Rechtsposition der Zielperson eingreifen. Andererseits ist für weniger einschneidende Ermittlungshandlungen, bei denen Angehörige der Polizei, die nicht als solche erkennbar sind, mit Zielpersonen direkt in Kontakt kommen, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen.

2.2 Die beantragte Neuregelung

2.2.1 Begriff der „verdeckten Ermittlung“

Die vorgeschlagene Neuregelung umschreibt die verdeckte Ermittlung enger als die bundesgerichtliche Rechtsprechung und beschränkt den Anwendungsbereich der verdeckten Ermittlung wiederum auf jene Fälle, welche auch das BVE zu regeln beabsichtigte. Gleichzeitig wird für die weniger einschneidende Form verdeckter Ermittlungstätigkeit, die sogenannte verdeckte Fahndung, eine gesetzliche Grundlage geschaffen. Die verdeckte Ermittlung und die verdeckte Fahndung unterscheiden sich nach dem beantragten Regelungskonzept wie folgt voneinander:

- Verdeckte Ermittlerinnen und Ermittler werden immer mit einer durch Urkunden abgesicherten Legende ausgestattet. Dagegen täuschen verdeckte Fahnderinnen und Fahnder zwar über ihre wahre Identität oder Funktion oder legen diese nicht offen, bedienen sich dabei aber bloss einfacher Lügen und Täuschungen (z.B. indem sie über ihr Geschlecht, Alter und Wohnort unwahre Angaben machen oder vor allem in Chat-Räumen einen Nickname verwenden).
- Eine verdeckte Ermittlung ist auf eine längere Dauer ausgerichtet (i.d.R. mehrere Monate), die es erlaubt, in ein kriminelles Umfeld einzudringen und mit der Zielperson ein eigentliches Vertrauensverhältnis aufzubauen. Dazu knüpfen verdeckte Ermittlerinnen und Ermittler gezielt und aktiv Kontakte mit der Zielperson. Verdeckte Fahndung dagegen erfolgt im Rahmen kurzer Einsätze (z.B. beim Drogenscheinkauf bei Kleindealern) und die Fahnderinnen und Fahnder verhalten sich zurückhaltend und bauen kein eigentliches Vertrauensverhältnis auf.
- Als verdeckte Ermittlerinnen und Ermittler können nicht nur Polizeiangehörige, sondern in besonderen Fällen auch Privatpersonen eingesetzt werden (Art. 287 Abs. 1 Bst. b StPO). Bei der verdeckten Fahndung dagegen ist allein der Einsatz von Polizeiangehörigen zulässig.

- Verdeckten Ermittlerinnen und Ermittlern kann mit Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts zugesichert werden, dass ihre wahre Identität auch nach dem Einsatz im Verfahren (insbesondere bei Einvernahmen als Zeuginnen oder Zeugen) nicht offengelegt wird, was die Verteidigungsrechte der beschuldigten Person einschränkt. Verdeckte Fahnderinnen und Fahnder erscheinen nach Abschluss des Einsatzes im Verfahren unter der wahren Identität und können mit der beschuldigten Person offen konfrontiert werden.

2.2.2 Regelung der verdeckten Fahndung

Die von der Kommission beantragte Regelung schafft für die verdeckte Fahndung eine gesetzliche Grundlage, die sich angesichts der Ähnlichkeit der Massnahme mit der Observation an Artikel 282 f. StPO anlehnt. Im Unterschied zur verdeckten Ermittlung bedarf die verdeckte Fahndung keiner gerichtlichen Genehmigung. Gleich wie die Observation wird sie von der Polizei angeordnet und muss nach einer Dauer von einem Monat von der Staatsanwaltschaft genehmigt werden. Eine richterliche Genehmigung auch der verdeckten Fahndung stünde in einem gewissen Widerspruch zu der verglichen mit der verdeckten Ermittlung geringeren Eingriffsschwere der Massnahmen und würde vor allem zu praktischen Schwierigkeiten führen.

Die Kommission weist darauf hin, dass diese Bestimmungen ausschliesslich jene Fälle erfassen, bei denen ein Verdacht auf eine strafbare Handlung besteht. Dieser Verdacht kann auch ein bloss vager sein.¹¹ In zahlreichen Fällen, darunter auch jenem der Kommunikation in Chat-Räumen zur Verhinderung von sexuellen Handlungen mit Kindern oder bei sogenannten Alkoholtestkäufen, 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. Der Bund könnte auch gar keine entsprechenden Gesetzesgrundlagen schaffen, da es sich dabei nicht um Massnahmen des Strafprozessrechts handelt, zu dessen Regelung der Bund nach Artikel 123 Absatz 1 der Bundesverfassung (BV)¹² befugt ist. 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. Zwar stehen dem Bund auch im Bereich des Polizeirechts gewisse Gesetzgebungskompetenzen zu; diese sind allerdings nur punktuell und für die vorliegende Thematik nicht einschlägig.¹³ Diese Situation ist dem Strafprozessrecht im Übrigen nicht fremd: Auch die Observation, welche mit der verdeckten Fahndung gewisse Ähnlichkeiten aufweist, ist von der Strafprozessordnung nur insoweit geregelt, als die Massnahmen der Aufklärung eines Tatverdachts dient. Artikel 282 Absatz 1 Buchstabe a StPO setzt für die Anordnung der Observation die Annahme voraus, dass „Verbrechen oder Vergehen begangen worden sind“. Soweit eine Observation dagegen der Verhinderung oder der Erkennung von Straftaten dient, die begangen

¹¹ *Nathan Landshut*, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich/Basel/Genf 2010, N 26 zu Art. 309.

¹² **SR 101**

¹³ Vgl. dazu die Antwort des Bundesrates auf die Motion Schmid-Federer 08.3841 „Verdeckte Ermittlungen im Vorfeld von Strafverfahren“.

werden könnten, lässt sie sich nicht auf Artikel 282 f. StPO stützen, sondern bedarf nach einhelliger Lehrmeinung¹⁴ einer Grundlage im Polizeirecht. Für den Bereich der verdeckten Fahndung sind die Kantone denn auch daran, die notwendigen gesetzlichen Grundlagen zu schaffen. Damit sich nicht Schwierigkeiten ergeben, wenn Erkenntnisse aus präventiven polizeilichen Massnahmen in einem Strafverfahren verwertet werden sollen, ist sicherzustellen, dass die Regelungen im Strafprozessrecht und im Polizeirecht aufeinander abgestimmt sind. Zu diesem Zweck koordiniert die Kommission ihre Arbeiten mit jenen der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD), welche zu Handen der Kantone eine Musterregelung erarbeitet.

3 Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen

3.1 5. Abschnitt: Verdeckte Ermittlung

Art. 285a (neu) Begriff

Die Bestimmung orientiert sich an Artikel 1 BVE, umschreibt aber nicht wie dieser bloss den Zweck der verdeckten Ermittlung, sondern definiert diese. Mit der vorgeschlagenen Begriffsbestimmung wird die verdeckte Ermittlung im Vergleich zur weiten Umschreibung durch das Bundesgericht wieder enger gefasst und auf Konstellationen beschränkt, welche mit dem BVE geregelt werden sollten.

Verdeckte Ermittlung ist dadurch gekennzeichnet, dass sie ein Eindringen in ein kriminelles Milieu und den Aufbau eines Vertrauensverhältnisses zur Zielperson bezweckt. Zu diesem Zweck werden die verdeckten Ermittlerinnen oder Ermittler mit einer falschen Identität ausgestattet, die auf Dauer angelegt ist und durch entsprechende Urkunden (Identitätspapiere, Kreditkarten, Ausweise etc.) abgesichert wird. Im Unterschied zum heutigen Recht ist die Ausstattung mit einer Legende ein Begriffsmerkmal der verdeckten Ermittlung; in der Praxis wird diese Änderung allerdings keine grossen Auswirkungen haben, denn bereits heute werden verdeckte Ermittlerinnen oder Ermittler regelmässig legendiert.

Wie im geltenden Recht dient die verdeckte Ermittlung zur Aufklärung besonders schwerer Straftaten.

¹⁴ *Annegret Katzenstein*, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerischen Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung, Basel 2011, N 12 zu Art. 282 (mit dem Hinweis auf die vom Parlament verworfene Ausdehnung auf Delikte, die begangen werden könnten); *Thomas Hansjakob*, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich/Basel/Genf 2010, N 6 zu Art. 282; *Franz Riklin*, StPO Kommentar, Zürich 2010, N 4 zu Art. 282; *Niklaus Schmid*, Schweizerische Strafprozessordnung Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, N 2 zu Art. 282; *Beat Rhyner/Dieter Stüssi*, in: Albertini/Fehr/Voser (Hrsg.), Polizeiliche Ermittlung. Ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2008, S. 473; *Edy Meli*, in: Bernasconi/Galliani/Marcellini/Meli/Mini/Noseda (Hrsg.), Codice svizzero di procedura penale (CPP). Commentario, Zürich/St. Gallen 2010, N 2 zu Art. 282; *Olivier Guéniat/Frédéric Hainard*, in: Kuhn/Jeanneret (Hrsg.), Commentaire romand Code de procédure pénal suisse, Basel 2011, N 2 zu Art. 282.

Art. 288 Abs. 1

Weil verdeckte Ermittlerinnen oder Ermittler neu immer mit einer Legende ausgestattet werden, ist Absatz 1 zu ändern. Mit der Änderung, wonach nicht die Staatsanwaltschaft, sondern die Polizei verdeckte Ermittlerinnen oder Ermittler mit einer Legende ausstattet, wird die Rechtslage der heutigen Praxis angepasst.

3.2 5a. Abschnitt: Verdeckte Fahndung

Durch die engere Umschreibung der verdeckten Ermittlung entsteht unterhalb der Eingriffsintensität dieser Massnahmen gewissermassen ein Leerraum für andere Massnahmen, bei denen Polizeiangehörige mit Zielpersonen in Kontakt treten ohne ihre wahre Identität und Funktion preiszugeben. Solche Massnahmen sollen unter dem Begriff der verdeckten Fahndung in einem eigenen neuen Abschnitt geregelt werden.

Art. 298a (neu) Begriff

Ebenso wie die verdeckte Ermittlung im neuen Artikel 285a wird auch die verdeckte Fahndung durch eine eigene Bestimmung definiert. Die Merkmale der verdeckten Fahndung sind die Folgenden:

- Die Massnahme ist regelmässig nur auf kurze Dauer ausgelegt. Weil nicht auszuschliessen ist, dass in einem Einzelfall ein Einsatz dennoch länger dauert, sieht Artikel 298b Absatz 2 nach einem Monat Dauer eine Genehmigungspflicht durch die Staatsanwaltschaft vor.
- Anders als bei der verdeckten Ermittlung können als verdeckte Fahnderinnen oder Fahnder nur Polizeiangehörige eingesetzt werden. Dies hängt damit zusammen, dass die verdeckte Fahndung durch die Polizei selber angeordnet werden kann, ohne dass es einer richterlichen Genehmigung bedarf. Könnten auch Privatpersonen eingesetzt werden, so könnte deren Eignung nicht durch eine unabhängige Instanz geprüft werden. Es bliebe allein der Polizei überlassen, welche Privatpersonen sie als verdeckte Fahnderinnen und Fahnder einsetzen wollte. Angesichts des Umstandes, dass sich deren Tätigkeit nicht auf das bloss Beobachten beschränkt, sondern sie auch mit der Zielperson direkt in Kontakt treten, erschiene eine solche Regelung problematisch.
- Der Einsatz verdeckter Fahnderinnen oder Fahnder ist - anders als die verdeckte Ermittlung - nicht nur bei bestimmten Straftaten zulässig, sondern für die Aufklärung aller Verbrechen oder Vergehen. Bei blossen Übertretungen dagegen ist eine verdeckte Fahndung nicht möglich. Dies vor der Überlegung, dass auch die weniger einschneidende Observation nur bei Verbrechen oder Vergehen zulässig ist (vgl. Art. 282 Abs. 1 Bst. a StPO).

Absatz 2 hält zwei wesentliche Unterschiede zur verdeckten Ermittlung fest: Verdeckte Fahnderinnen oder Fahnder werden nie mit einer durch Urkunden gesicherten Legende ausgestattet und ihre wahre Identität wird nach ihrem Einsatz im Verfahren offengelegt. Beide Elemente führen dazu, dass die Eingriffsintensität der verdeckten Fahndung wesentlich geringer ist als jene der verdeckten Ermittlung: Der Ausschluss der Legendierung vermindert die Täuschungsintensität; der Verzicht auf

Sowohl bei der verdeckten Fahndung als auch bei der verdeckten Ermittlung handelt es sich um Massnahmen zur Klärung des Verdachts auf eine begangene Straftat, mithin um strafprozessuale und nicht um polizeirechtliche Massnahmen. Der Bund ist gestützt auf seine Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Strafprozessrechts (Art. 123 Abs. 1 BV) zum Erlass entsprechender Regelungen zuständig.