



Nachdiplomstudium Master of Advanced Studies in Forensics 2

Verdeckte Ermittlung - Ein heikles Unterfangen oder endlich klar geregelt?

Masterarbeit MAS Forensics

Patrick Müller
Vize-Statthalter / Untersuchungsrichter
Bezirksamt Kreuzlingen
Hauptstrasse 5
8280 Kreuzlingen
Telefon 071 627 63 00
E-Mail: patrick.mueller@tg.ch

betreut von (Masterarbeitsbetreuer)

Dr. iur. Marcel Ogg, RA, Stv. leitender Staatsanwalt
Staatsanwaltschaft des Kantons Thurgau
Staubeggstrasse 12
8500 Frauenfeld
Telefon 052 724 18 64
E-Mail: marcel.ogg@tg.ch

I.	INHALTSVERZEICHNIS.....	2
II.	LITERATURVERZEICHNIS.....	4
III.	MATERIALIEN.....	5
IV.	ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	6
V.	KURZFASSUNG.....	7

I. INHALTSVERZEICHNIS

1.	EINLEITUNG.....	10
1.1.	ALLGEMEINES	10
1.2.	ENTSTEHUNGSGESCHICHTE DES BVE.....	11
2.	ANWENDUNGSBEREICH DES BVE.....	11
2.1.	INHALTLICHER ANWENDUNGSBEREICH, BEGRIFF DER VERDECKTEN ERMITTLUNG.....	11
2.1.1.	Verdeckte Ermittlung vs. polizeiliche Observation	12
2.1.2.	Der Deliktskatalog	12
2.1.3.	Die unterschiedlichen Deliktskataloge im BVE und BÜPF	13
2.1.4.	Der Anwendungsbereich nach Inkrafttreten der schweizerischen Strafprozessordnung	13
2.1.5.	Der Anwendungsbereich nach BGE 134 IV 266.....	14
2.2.	SACHLICHER ANWENDUNGSBEREICH DES BVE, GELTUNG FÜR DAS STRAFVERFAHREN	15
2.2.1.	Die kantonale Zuständigkeitsregelung am Beispiel des Kantons Thurgau.....	15
2.2.2.	Die Anpassung von Art. 23 Abs. 2 BetmG.....	16
3.	REGELUNGSKONZEPT.....	17
3.1.	VORAUSSETZUNGEN	17
3.2.	DIE ZWEISTUFIGKEIT DES VERFAHRENS.....	19
3.2.1.	Die Ernennung	20
3.2.2.	Das Genehmigungsverfahren.....	21
3.2.3.	Die Führungsperson.....	24
3.2.4.	Die drei Stufen der verdeckten Ermittlung im Vorfeld eines Strafverfahrens.....	24
A.	Milieubeobachtung	24
B.	Strukturermittlung.....	25
C.	Verdeckte Ermittlung im engeren Sinn	25
3.2.5.	Bedeutungen in der Praxis	25
3.2.6.	Das Verfahren nach Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung.....	26
4.	BEGRIFFE UND ABGRENZUNGSKRITERIEN.....	28
4.1.	BEGRIFFE.....	28
4.1.1.	Der Informant (Info).....	28
4.1.2.	Die Vertrauensperson (VP).....	28
4.1.3.	Der verdeckte Fahnder (VF).....	29
4.1.4.	Der verdeckte Ermittler (VE)	31
4.1.5.	Definition des verdeckten Ermittlers nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung	31
4.2.	ABGRENZUNGSKRITERIEN NACH BUNDESGERICHTLICHER RECHTSPRECHUNG	32

4.2.1.	Allgemeines	32
4.2.2.	Tatverdacht	32
4.2.3.	Kriminelles Umfeld	32
4.2.4.	Zeitliche Dauer	33
4.2.5.	Legendierung und Vertraulichkeitszusage.....	33
4.2.6.	Die Täuschungs- Handlungs- und Eingriffsintensität.....	33
5.	ZUM VERWERTUNGSVERBOT RECHTSWIDRIG ERLANGTER BEWEISMITTEL IM RAHMEN DES BVE.....	36
5.1.	INFOLGE FEHLENDER GENEHMIGUNG.....	36
5.2.	INFOLGE ÜBERSCHREITUNG DES MASSES DER ZULÄSSIGEN EINWIRKUNG.....	37
6.	VERDECKTE ERMITTLUNG IM WIDERSPRUCH ZUM GRUNDSATZ DES FAIREN VERFAHRENS (FAIR TRIAL)	39
6.1.	ALLGEMEINES	39
6.2.	REGESTE.....	39
6.3.	SACHVERHALT	40
6.4.	DER ENTSCHEID	41
6.5.	AUS DEN ERWÄGUNGEN DES BGH.....	41
6.6.	ZUSAMMENFASSUNG.....	43
6.7.	FAIR TRIAL ALS WEICHSPÜLER?.....	43
7.	SCHLUSSBEMERKUNGEN.....	44
7.1.	DIE DERZEITIGE REGELUNG IM KANTON THURGAU.....	44
7.2.	FAZIT	45
7.3.	VERSCHIEDENES.....	47

II. LITERATURVERZEICHNIS

ALBRECHT PETER, Zur rechtlichen Problematik des Einsatzes von V-Leuten, AJP 6/2002, S. 632-634

BÄTTIG FRANZ, Verdeckte Ermittlung nach Inkrafttreten des BVE aus polizeilicher Sicht, Kriminalistik 2006, S. 130-134

BISCHOFF PATRICK / LANTER MARKUS, Verdeckte Ermittlungshandlungen in Chatrooms, Jusletter 14. Januar 2008

BOSONNET MARCEL, In der Dunkelkammer geheimer Polizeimethoden, Plädoyer 6/2006, S. 6 - 10

BOSONNET MARCEL, Die kontaminierte Strafuntersuchung, Vortrag, 2006, S. 1 - 15

FINGERHUTH THOMAS, Auskünfte von Drittpersonen sind ein Minenfeld, Plädoyer 6/2006, S. 30 - 37

FINGERHUTH / TSCHURR, Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, 2007

FIOLKA GERHARD, Das Rechtsgut, 2006, S. 905

GOLDSCHMID / MAURER / SOLLBERGER, Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2008

HAENNI CHARLES, Verdeckte Ermittlung, Kriminalistik 4/2005, S.252

HANSJAKOB THOMAS, Das neue Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung, ZStrR 122 (2004), S. 97 ff.

HANSJAKOB THOMAS, Verdeckte Ermittlung – Gesetz und Rechtsprechung, FP 6/2008, S. 361 ff.

OBERHOLZER NIKLAUS, Die Regeln bei polizeilich erhobenen Daten sind unklar, Plädoyer 6/2006, S. 23 - 26

RUCKSTUHL NIKLAUS, Fehlende Parteirechte bei verdeckter Ermittlung, Plädoyer 1/2005

WOHLERS WOLFGANG, Das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE), ZSR 2005 I S. 219 ff., S. 35 - 37

III. MATERIALIEN

Gesetzliche Grundlagen

- Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten; EMRK (SR 0.101)
- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999; BV (SR 101)
- Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung vom 20. Juni 2003; BVE (SR 312.8)
- Verordnung zum Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung vom 10. November 2004; VVE (SR 312.81)
- Botschaft zum Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung vom 1. Juli 1998 (BBl 1998, S. 4241 ff.)
- Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz); BetmG (SR 812.121)
- Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs; BÜPF (SR 780.1)
- Gesetz über die Strafrechtspflege des Kantons Thurgau (Strafprozessordnung) vom 30. Juni 1970 (TG RB 312.1)
- Botschaft des Regierungsrates des Kantons Thurgau vom 15. Februar 2005 zu den verschiedenen Rechtsetzungsvorhaben im Zusammenhang mit der Umsetzung der Revision des StGB vom 20. Juni 2003 (ABI TG Nr. 35/2005, S. 1869 ff.)
- Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (geplante Einführung 1. Januar 2011; BBl 2007 6977)
- Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 (BBl 2006 1085)

Gerichtssentscheide

- BGE 112 Ia 21
- BGE 124 IV 41
- BGE 124 IV 239
- BGE 133 I 272
- BGE 133 IV 329
- BGE 134 IV 266
- BGer 6B_50/2008
- BGer 6B_72/2008
- BGer 6B_136/2008
- Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 18. Juni 2004, GG040169
- Kassationsgericht des Kantons Zürich, Urteil vom 27. Dezember 2006, AC060016/U/Ia
- Bundesgerichtshof Karlsruhe, Urteil vom 26. Juli 2007, StR 104/07
- Bundesgerichtshof Karlsruhe, BGHSt 34 / 263
- Bundesgerichtshof Karlsruhe, BGHSt 44 / 129
- EGMR StV 1999, 128
- EGMR StV 2003, 257

IV. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.a.O.	am aufgeführten Ort
al.	alinea; alios
allg.	allgemein
a.M.	anderer Meinung
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis, zitiert nach Band, Jahr und Seitenzahl
Amtl.Bull	Amtliches Bulletin
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil des Schweiz. Strafgesetzbuches
BBI	Bundesblatt der Schweiz. Eidgenossenschaft, zitiert nach Jahrgang und Seitenzahl (Jahrgänge vor 1998 zusätzlich nach Bandnummern)
Bd.	Band
BetmG	Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (SR 812.121)
betr.	betreffend
BGE	Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichtes
BGH	Bundesgerichtshof Karlsruhe (D)
Bst.	Buchstabe
BT	Besonderer Teil des Schweiz. Strafgesetzbuches
BÜPF	Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 06. Oktober 2000
BVE	Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (SR 313.8)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa (zirka, ungefähr)
d.h.	das heisst
E.	Erwägungen
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte; http://www.coe.int/T/D/Menschenrechtsgerichtshof/
et al.	et alios (und weitere)
etc.	et cetera (und so weiter, und weitere)
evtl.	eventuell
f./ff.	und folgende Seite/Seiten
Fn	Fussnote
FP	Forum Poenale (Zeitschrift)
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu (in diesem vorliegenden Fall)
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinn
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn

Kap.	Kapitel
l.c.	loco citato (am aufgeführten/zitierten Ort)
lit.	litera (Buchstabe)
Nr.	Nummer
StGB	Schweiz. Strafgesetzbuch (SR 311.0) in der Fassung vom 01.01.2007
Pläd	Plädoyer (Zeitschrift)
s.	siehe
s.E.	seines Erachtens
S.	Seite
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zeitschrift)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweiz. Strafgesetzbuch (SR 311.0) in der Fassung vom 01.01.2007
StPO CH	Schweizerische Strafprozessordnung
StPO TG	Gesetz über die Strafrechtspflege des Kantons Thurgau
StR	Ständerat
u.a.	unter anderem
u.E.	unseres Erachtens
u.U.	unter Umständen
v.a.	vor allem
VE	verdeckter Ermittler
VF	verdeckter Fahnder
VP	Vertrauensperson
vgl.	vergleiche
vs.	versus (gegen)
Ziff.	Ziffer
zit.:	zitiert
ZStrR	Zeitschrift für Strafrecht
z.T.	zum Teil
z.Zt.	zur Zeit

V. KURZFASSUNG

„Verdeckte Ermittlung nach diesem Gesetz hat 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

„Der Einsatz verdeckter Ermittler in der Schweiz wird klar und einheitlich geregelt. Der Bundesrat hat das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung² auf den 1. Januar 2005 in Kraft gesetzt....“

Mit diesen Worten hat das EJPD am 01.03.2004 im Rahmen einer Medienmitteilung die Bevölkerung von der bevorstehenden Einführung des Bundesgesetzes über die verdeckte Ermittlung (BVE) in Kenntnis gesetzt³.

Dem Medientext ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber offenbar der Meinung war, dass die verdeckte Ermittlung mit Inkrafttreten des BVE einheitlich und klar geregelt sein soll. Zwischenzeitlich ist aber nun ebenso klar geworden, dass die verdeckte Ermittlung zwar einheitlich, aber alles andere als klar geregelt wurde, was dazu geführt hat, dass das Bundesgericht im Rahmen der Rechtsprechung und insbesondere im Entscheid BGE 134 IV 266 eine entsprechende Abgrenzung vorgenommen hat. Diese Regelung, namentlich die Definition der verdeckten Ermittlung, und damit verbunden die Anwendbarkeit dürfte folglich zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Umsetzung führen und entspricht keineswegs mehr den Vorgaben des Gesetzgebers.

Anlässlich der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts im Entscheid BGE 134 IV 266 wurde zudem auch einmal mehr auf die Beweisverwertungsproblematik rechtswidrig erlangter Beweismittel eingegangen. Bis anhin wurde grossmehrheitlich die Auffassung vertreten, dass die Interessen der staatlichen Gemeinschaft an der Strafverfolgung gegen die durch den Verfahrensfehler tangierten Individualinteressen abzuwägen seien. Für eine Interessenabwägung blieb lediglich kein Spielraum, wenn das Gesetz explizit von Unverwertbarkeit ausging⁴.

Die vorliegende Arbeit soll einerseits die rechtlichen Grundlagen der verdeckten Ermittlung anhand verschiedener Beispiele aufzeigen und die möglichen Genehmigungsverfahren verdeutlichen. Insbesondere wird auch auf die vom Bundesgericht vorgenommene Abgrenzung zwischen nichtgenehmigungspflichtiger und genehmigungspflichtiger verdeckter Ermittlung eingegangen.

Weiter wird das Spannungsfeld zwischen Machbarkeit und Verwertbarkeit aufgezeigt und insbesondere auf die vom im Leitentscheid BGE 134 IV 266 festgehaltene Beweisverwertungsproblematik mit Fernwirkung eingegangen.

¹ Art. 1 BVE

² Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE); SR 312.8

³ Medienmitteilung EJPD, 01.03.2004 (<http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2004/2004-11-10.html>)

⁴ BGE 133 IV 329

Ansatzweise sollen zudem die Kriterien zur Abgrenzung zum nicht genehmigungspflichtigen Drogenscheinkauf gemäss Art. 23 Abs. 2 BetmG⁵ aufgezeigt werden.

Im Rahmen der Arbeit soll weiter die Frage geklärt werden, ob und wie auch nach Inkrafttreten der schweizerischen Strafprozessordnung (StPO CH)⁶ weiter verdeckt ermittelt werden kann.

Kritisch soll im Rahmen der Arbeit auch der Frage nachgegangen werden, ob verdeckte Ermittlung den Grundsatz des fairen Verfahrens (Fair Trial), insbesondere das Recht auf eine wirkungsvolle Verteidigung tangiert.

Anhand des Urteils des Bundesgerichtshofes BGH vom 26. Juli 2007⁷ wird ausserdem darauf eingegangen, ob verdeckte Ermittlung grundsätzlich den strafprozessualen Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare“ (niemand ist gehalten, sich selbst anzuklagen) aushöhlt.

Und schliesslich soll in einer Zusammenfassung die Frage beantwortet werden, ob verdeckte Ermittlung heute noch immer ein heikles Unterfangen darstellt oder endlich klar geregelt ist.

⁵ Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz, BetmG); SR 812.121

⁶ BBl 2007 6977 (StPO CH), Inkrafttreten voraussichtlich am 1.1.2011

⁷ BGH 3 StR 104/07

1. Einleitung

1.1. Allgemeines

Kaum ein anderes Gesetz hat in den vergangenen Jahren zu derart vielen Unstimmigkeiten, Diskussionen und Beschwerden an das Bundesgericht geführt, wie das am 1. Januar 2005 in Kraft gesetzte Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung. Und zwar obwohl das EJPD in der nachfolgend aufgeführten Medienmitteilung am 1. März 2004 kommuniziert hatte, die verdeckte Ermittlung sei nun endlich klar und einheitlich geregelt.

Medienmitteilung, EJPD, 01.03.2004⁸

Verdeckte Ermittlung wird gesetzlich geregelt

Bundesrat setzt Gesetz auf den 1. Januar 2005 in Kraft

„Bern, 01.03.2004. Der Einsatz verdeckter Ermittler in der Schweiz wird klar und einheitlich geregelt. Der Bundesrat hat das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung auf den 1. Januar 2005 in Kraft gesetzt. Das Gesetz gilt für Strafverfahren des Bundes und der Kantone. Die bis zum Inkrafttreten noch notwendigen Vollzugsvorschriften müssen von Bund und Kantonen bis dahin erlassen werden.“

Verdeckte Ermittlung ermöglicht Angehörigen der Polizei, die nicht als Ermittler erkennbar sind, meist unter einer falschen Identität in das kriminelle Umfeld einzudringen und damit zur Aufklärung von Straftaten beizutragen. Das Bundesgesetz berücksichtigt die Erfordernisse einer effizienten Strafverfolgung und gewährleistet zugleich ein rechtsstaatlich korrektes Verfahren. Es beschränkt den Einsatz dieser schwerwiegenden Form des Polizeieinsatzes auf besonders schwere Straftaten, die in einem Deliktkatalog abschliessend aufgeführt sind. Der Einsatz muss verhältnismässig sein, das heisst, er ist nur möglich, wenn andere Untersuchungshandlungen erfolglos waren beziehungsweise aussichtslos wären. Zudem ist für den Einsatz eine richterliche Genehmigung erforderlich.

Durch die Legende geschützt

Verdeckte Ermittlerinnen und Ermittler können zu ihrem Schutz mit einer Legende ausgestattet werden, die ihre wahre Identität verändert. Ihre wahre Identität kann gegenüber den Parteien des Verfahrens und der Öffentlichkeit auch geheim gehalten werden, wenn sie in einem Gerichtsverfahren als Auskunftspersonen oder Zeugen auftreten. Die verdeckten Ermittler dürfen die Zielpersonen nur angehen, um deren bereits vorhandenen Tatentschluss zu konkretisieren. Sie dürfen sie jedoch nicht zu anderen oder zu schwereren Straftaten provozieren. Andernfalls kann das Gericht dies bei der Strafzumessung berücksichtigen oder gar von einer Strafe absehen.

⁸ Medienmitteilung EJPD (Fn. 3)

Die beschuldigte Person muss nachträglich informiert werden, dass gegen sie verdeckt ermittelt worden ist.“

1.2 Entstehungsgeschichte des BVE

Das BVE ist am 1.1.2005 in Kraft getreten; gleichzeitig wurden die verschiedenen kantonalen Regelungen aufgehoben. Damit gingen lange parlamentarische Beratungen im Juni 2003 zu Ende, nachdem der Bundesrat die Botschaft⁹ und den Entwurf zum BVE bereits am 1. Juli 1998¹⁰ vorgelegt hatte. Bis dahin war der Einsatz von verdeckten Ermittlerinnen und Ermittlern im Bund nicht ausführlich geregelt. Lediglich das Betäubungsmittelgesetz enthielt in Art. 23 Abs. 2 einen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund für Beamtinnen und Beamte, die zu Ermittlungszwecken in Zusammenhang mit Betäubungsmitteldelikten Drogen annahmen, ohne ihre Identität und Funktion bekannt zu geben.

In den Kantonen war der Einsatz von verdeckten Ermittlern nicht oder nur teilweise in unterschiedlichster Form geregelt.

Nebst der Motion Telefonüberwachung der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates haben zahlreiche parlamentarische Vorstösse, die den Bundesrat beauftragt haben, im Bereich der verdeckten Ermittlung zu legiferieren, den Entwurf direkt oder indirekt beeinflusst.

Zwischenzeitlich hat sich gezeigt, dass das BVE zwar wohl eine gewisse Vereinheitlichung mit sich gebracht hat, wie jedoch die nachfolgenden Ausführungen zeigen, keinesfalls von einer klaren Regelung gesprochen werden kann.

2. Anwendungsbereich des BVE

2.1. Inhaltlicher Anwendungsbereich, Begriff der verdeckten Ermittlung

Gemäss Art. 1 BVE hat die verdeckte Ermittlung zum Zweck, mit Angehörigen der Polizei, die nicht als solche erkennbar sind, in das kriminelle Umfeld einzudringen und damit beizutragen, besonders schwere Straftaten aufzuklären.

Das BVE enthält, wie schon der bundesrätliche Entwurf, keine eigentliche Definition der verdeckten Ermittlung. In der Botschaft des Bundesrates wird dazu ausgeführt¹¹, der Begriff der verdeckten Ermittlung werde in der Diskussion immer wieder verschieden gebraucht, was zu Verständnis- und Abgrenzungsschwierigkeiten führe. Gleichwohl solle auf eine Legaldefinition verzichtet werden, weil der Rahmen durch die gesetzlichen Bestimmungen ausreichend genau festgelegt werde. Damit ist im BVE nicht präzise formuliert, wann die Polizei, wenn sie nicht

⁹ Botschaft zu den Bundesgesetzen betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und über die verdeckte Ermittlung vom 1. Juli 1998, BBI 1998 IV 4241, FF 1998 3689

¹⁰ BBI 1998, 4317

¹¹ a.a.O., S. 4241 ff.

als solche erkennbar ermittelt, die Rahmenbedingungen des Gesetzes einzuhalten hat und wann nicht.

Gemäss den Ausführungen in der Botschaft ist verdeckte Ermittlung das Anknüpfen von Kontakten zu verdächtigen Personen, die darauf abzielen, die Begehung einer strafbaren Handlung festzustellen und zu beweisen, wobei vorwiegend passiv die deliktische Tätigkeit untersucht wird.¹²

2.1.1. Verdeckte Ermittlung vs. polizeiliche Observation

Von der verdeckten Ermittlung ist laut Botschaft die Observation zu unterscheiden, welche grundsätzlich das gezielte Beobachten von Vorgängen an öffentlichen oder allgemein zugänglichen Orten – allenfalls unter Einsatz von Bild- und Tonaufnahmegeräten – umfasst.¹³ Sowohl bei einer Observation als auch bei einer verdeckten Ermittlung gehe es darum, Beweise für eine strafbare Handlung zu erlangen, wobei diese Tätigkeit für die betroffene Person nicht erkennbar sein soll. Während bei einer Observation von aussen gezielt beobachtet werde, erfolge bei einer verdeckten Ermittlung das Einschleusen von dafür eingesetzten Polizeibeamten in einen bestimmten Personenkreis.¹⁴

Damit hat der Gesetzgeber die Zielrichtung festgelegt und die Observation als „passives“ Beobachten eines möglichen strafbaren Verhaltens von aussen und die verdeckte Ermittlung als eigentliche Ermittlungstätigkeit innerhalb eines bestimmten Personenkreises der als kriminell angesehen wird, definiert, wobei bei Letzterem, der verdeckte Ermittler aktiv in das Geschehen, namentlich die Straftat eingreifen kann. Dadurch beteiligt sich der Vertreter des Staates an Straftaten, um die gewonnenen Erkenntnisse zur Deliktsaufklärung auszunützen.¹⁵

Das Bundesgericht hat sodann im Entscheid 134 IV 266 festgehalten, dass gerade die polizeiliche Überwachungstätigkeit im Bereich von Chat-Rooms lediglich dann eine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE darstellt, wenn sich die Polizei an der Kommunikation beteiligt und dabei den unzutreffenden Eindruck erweckt, es handle sich beim Gesprächspartner um ein minderjähriges Kind. Beschränkt sich die polizeiliche Tätigkeit lediglich darauf, die Kommunikation im Chat mitzuverfolgen, handelt es höchstens um eine „Observation“.¹⁶

2.1.2. Der Deliktskatalog

Bei geheimen Überwachungsmassnahmen, zu denen zugegebenermassen auch die verdeckte Ermittlung gehört, liegt die Besonderheit darin, dass die subtilen Kontrolltechniken von den Betroffenen nicht als unmittelbarer Zwang wahrgenommen werden. Die Betroffenen werden verständlicherweise ja nicht darüber informiert, dass solche Massnahmen gegen sie getroffen wer-

¹² a.a.O., S. 4283

¹³ a.a.O., S. 4283

¹⁴ a.a.O., S. 4284

¹⁵ vgl. dazu auch HANSJAKOB, ZStrR, 2004, Das neue Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung, S. 98

¹⁶ BGE 134 IV 266, E. 3.9

den, in aller Regel werden sie sogar bewusst getäuscht. Dies hat u.a. zur Folge, dass sie sich diesen staatlichen Eingriffen nicht unmittelbar widersetzen können.¹⁷

Auch deshalb hat wohl der Gesetzgeber in einem Ausschlusskatalog¹⁸ festgelegt, wann die verdeckte Ermittlung und der damit nicht unerhebliche Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen zugelassen werden soll. Er bringt damit zum Ausdruck, dass die Grundrechte des mutmasslichen Straftäters bzw. des unbescholtenen Bürgers vor dem öffentlichen Interesse an der Aufklärung von besonders schweren Straftaten zurückzutreten haben.

Bereits bei der Telefonüberwachung hat der Gesetzgeber im Bundesgesetz über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF)¹⁹ einen Deliktskatalog²⁰ aufgestellt, der von den Strafverfolgungsbehörden heute in der Anwendung als durchaus praktikabel bezeichnet werden kann. Dabei gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass die verdeckte Ermittlung rechtsstaatlich und demokratisch noch problematischer ist als die Telefonüberwachung. Bei der verdeckten Ermittlung werden Personen, eben auch unbescholtene Bürger und Bürgerinnen, bewusst getäuscht, um Erkenntnisse zur Deliktsaufklärung zu erhalten und gegen Personen zu nutzen.²¹

2.1.3. Die unterschiedlichen Deliktskataloge im BVE und BÜPF

Hier gilt es zu erwähnen, dass die Deliktskataloge zwischen dem BVE und dem BÜPF eine unerklärliche und nicht nachvollziehbare Differenz aufweisen und bei der Festlegung zwischen dem National- und Ständerat zu regen Diskussionen geführt hat. Wie und unter welchen Aspekten die nur derzeitige Deliktsauswahl in den beiden Gesetzen²² zustande gekommen ist, scheint nicht klar und dürfte wohl eher zufälliger Natur sein.

Dies ist besonders heikel, weil Überwachungen des Telefonverkehrs und verdeckte Ermittlungen in grösseren Aktionen häufig parallel eingesetzt werden müssen, dies aber aufgrund der unterschiedlichen Deliktskataloge teilweise nicht zulässig ist.

Die Deliktskataloge werden nun im Rahmen der Schweizerischen Strafprozessordnung²³ wieder angepasst, aber nicht komplett vereinheitlicht (vgl. dazu auch nachfolgende Ausführungen).

2.1.4. Der Anwendungsbereich nach Inkrafttreten der schweizerischen Strafprozessordnung

Die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozesses vom 21.12.2005²⁴ hält fest, dass der Katalog der Straftaten zur Anordnung einer Telefonüberwachung leicht geändert wurde. Es sei

¹⁷ vgl. dazu auch BOSONNET, 2006, Die kontaminierte Strafuntersuchung, S. 3

¹⁸ Art. 4 Abs. 2 BVE

¹⁹ Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF); SR 780.1, in Kraft seit 1.1.2002

²⁰ Art. 3 Abs. 2 ff. BÜPF

²¹ dazu auch Kommissionssprecherin *D. Vallender* in der Eintretensdebatte zum Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung im Nationalrat, Amtl. Bull. NR 2001, 1812.

²² BVE und BÜPF

²³ Art. 286 Abs. 2 StPO; Entwurf Schweizerische Strafprozessordnung vom 5.10.2007, BBI 2005-2319, 7064

²⁴ Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozesses, 05.092, vom 21.12.2005, BBI 2006 1085

nunmehr bei allen Delikten, zu deren Aufklärung die verdeckte Ermittlung angeordnet werden könne, auch die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs möglich.

Das heisst aber noch lange nicht, dass nun nach Inkrafttreten²⁵ der schweizerischen Strafprozessordnung stets auch eine Telefonüberwachung möglich ist, wenn in einem Verfahren auch verdeckt ermittelt wird.

Hier gilt es zu beachten, dass als Voraussetzung für die Anordnung einer Überwachung des Post- oder Fernmeldeverkehrs ein dringender Tatverdacht verlangt wird, für die Anordnung einer verdeckten Ermittlung ein „gewöhnlicher“ Anfangsverdacht ausreicht, der lediglich hinreichend sein muss.

„Damit wird die verdeckte Ermittlung in einem früheren Stadium möglich als die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs. Dies kann dazu führen, dass auch weiterhin eine verdeckte Ermittlung ohne gleichzeitige Fernmeldeüberwachung durchgeführt werden muss. Sodann decken sich auch die Kataloge der Straftaten für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs sowie für die verdeckte Ermittlung weiterhin nicht vollständig. Sämtliche Delikte des Katalogs für die verdeckte Ermittlung sind auch in jenem für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs enthalten, was ermöglicht, die verdeckte Ermittlung mit einer Fernmeldeüberwachung zu «begleiten», sofern der Tatverdacht dringend ist. Der Katalog für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs wurde jedoch aus zwei Gründen weitergefasst als jener für die verdeckte Ermittlung. Zum einen hielt der Gesetzgeber bei gewissen Delikten die Eignung verdeckter Ermittlung zur Aufklärung kaum ersichtlich (etwa beim Schwangerschaftsabbruch ohne Einwilligung der Frau nach Art. 118 Abs. 2 StGB) und zum andern beschränkt sich die Zulässigkeit verdeckter Ermittlung auf schwere oder qualifizierte Straftaten sowie auf Officialdelikte, wodurch der Umstand gewissermassen kompensiert wird, dass – anders als für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs – kein dringender Tatverdacht verlangt ist. Verdeckte Ermittlung soll zwar in einem relativ frühen Stadium des Verfahrens möglich sein, jedoch nur bei schweren Straftaten.“²⁶

2.1.5. Der Anwendungsbereich nach BGE 134 IV 266²⁷

Im Entscheid BGE 134 IV 266 hat das Bundesgericht einleitend den Begriff der verdeckten Ermittlung näher umgrenzt. Es stellt dabei zunächst und im Gegensatz zur bisherigen Praxis²⁸ fest, dass sich aus Art. 1 BVE entgegen dem Wortlaut nicht ergebe, dass eine verdeckte Ermittlung nur vorliege, wenn in ein kriminelles Umfeld eingedrungen werde.²⁹ Das BVE sowie auch die schweizerische Strafprozessordnung sei aber offensichtlich auf längere und relativ heikle Einsätze zugeschnitten, bei denen einerseits zum Zwecke einer nachhaltigen Täuschung der Zielperson und andererseits zum Schutz des verdeckten Ermittlers flankierende Anordnungen nötig seien.³⁰

²⁵ voraussichtlich am 1.1.2011

²⁶ Botschaft S. 1256

²⁷ Urteil der Vorinstanz in ZR 2008 Nr. 15 und in FP 2008, 11 mit Anmerkung von PATRICK BISCHOFF

²⁸ so auch BÄTTIG, Verdeckte Ermittlung nach Inkrafttreten des BVE aus polizeilicher Sicht, Krim 2006, S. 130

²⁹ vgl. dazu auch nachfolgende Ausführungen zu den Abgrenzungskriterien in Ziff. 4.2 ff

³⁰ BGE 134 IV 266, E 3.3, S. 273

Nach Prüfung verschiedener Kriterien - welche nachfolgend im Rahmen dieser Arbeit noch einmal skizziert werden - hat das Bundesgericht Einsätze verdeckter Ermittlung, die unter den Geltungsbereich des BVE fallen, als jegliches Anknüpfen von Kontakten durch Polizeiangehörige, die nicht als solche erkennbar sind und darauf abzielen, die Begehung einer strafbaren Handlung festzustellen und zu beweisen, definiert.³¹

2.2. Sachlicher Anwendungsbereich des BVE, Geltung für das Strafverfahren

Das Gesetz gilt für Strafverfahren des Bundes und der Kantone³². Es regelt also den Einsatz verdeckter Ermittler umfassend und ersetzt bestehende kantonale Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung.

2.2.1. Die kantonale Zuständigkeitsregelung am Beispiel des Kantons Thurgau

Im Rahmen der Botschaft vom 15. Februar 2005 des Regierungsrates des Kantons Thurgau³³ zu den verschiedenen Rechtsetzungsvorhaben im Zusammenhang mit der Umsetzung der Revision des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 13. Dezember 2002, wurde dem Parlament vorgeschlagen, die bisherigen kantonalen Bestimmungen³⁴ (§ 127a – e StPO TG) über die verdeckte Ermittlung nach Inkrafttreten des BVE am 1. Januar 2005 aufzuheben. Weiterhin geregelt blieben die Zuständigkeiten.

Vor dem Hintergrund der bundesrechtlichen Neuregelung wurde § 127a StPO angepasst, so dass neu festgehalten wurde, dass gemäss Abs. 1 die Polizeikommandantin oder der Polizeikommandant im Rahmen des Ermittlungsverfahrens (vgl. Art. 5 ff. BVE) und die Untersuchungsrichterinnen und -richter des Kantonalen Untersuchungsrichteramtes im Rahmen des Untersuchungsverfahren (vgl. Art. 14 ff. BVE) den Einsatz verdeckter Ermittlerinnen oder Ermittler anordnen können. Analog der Regelung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (vgl. § 126a StPO TG) ist die Anordnung dem Präsidenten der Anklagekammer zur Genehmigung zu unterbreiten.

Damit hat der Kanton Thurgau die kantonalen Regelungen den Vorgaben des BVE angepasst und die Zuständigkeitsregelungen entsprechend festgelegt. Bei der Regelung in § 127a Abs. 1 StPO, wonach nur die Untersuchungsrichter des Kantonalen Untersuchungsrichteramtes zur Anordnung verdeckter Ermittlung im Sinne des BVE befugt sein sollen, handelt es sich jedoch m.E. offensichtlich um ein Versehen des Gesetzgebers.

In der Strafprozessordnung des Kantons Thurgau sind die Zuständigkeiten zur Führung einer Strafuntersuchung zwischen den Bezirksamtern und dem Kantonalen Untersuchungsrichteramt

³¹ BGE (Fn. 30) E 3.7, S. 277

³² Art. 2 BVE

³³ ABI 35/2005, Inkrafttreten am 1.1.2006

³⁴ Gesetz über die Strafrechtspflege des Kantons Thurgau, RB 312.1

klar geregelt.³⁵ Im Deliktskatalog des BVE³⁶ sind Straftaten enthalten, die sowohl in die kantonal geregelte Zuständigkeit der Bezirksämter als auch in die des Kantonalen Untersuchungsrichteramtes fallen. Daher ist auch nicht nachvollziehbar, weshalb lediglich die Untersuchungsrichter des Kantonalen Untersuchungsrichteramtes zur Anordnung verdeckter Ermittlung im Rahmen des BVE befugt sein sollen, was zum Schluss führt, dass entsprechend der kantonalen Regelung über die Zuständigkeit zur Führung einer Strafuntersuchung, die Kompetenz zur Anordnung aller Zwangsmassnahmen jedem Untersuchungsrichter – und zwar auch deren der Bezirksämter - zustehen muss.

Diese Auffassung hat übrigens auch der Präsident der Anklagekammer des Kantons Thurgau im Jahre 2008, in einem nicht veröffentlichten Entscheid betreffend Genehmigung der Anordnung einer verdeckten Ermittlung nach BVE bestätigt.

2.2.2. Die Anpassung von Art. 23 Abs. 2 BetmG

Mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die verdeckte Ermittlung, wurde auch Art. 23 Abs. 2 des Betäubungsmittelgesetzes angepasst.

Art. 23 Abs. 2 des Betäubungsmittelgesetzes galt bis dahin als einzige Bestimmung des Bundesrechts, die sich mit einem Rechtfertigungsgrund auf die verdeckte Ermittlung bezog:

Der Beamte, der zu Ermittlungszwecken ein Angebot von Betäubungsmitteln annimmt, ist straflos, auch wenn er seine Identität und Funktion nicht bekanntgibt.³⁷

Im Gesetzesentwurf hätte diese Bestimmung gestrichen und die Straffreiheit bei Betäubungsmitteldelikten nur noch im Rahmen von Art. 16 BVE geregelt bleiben sollen. Mehrere Vernehmlassungen haben gegen die Streichung opponiert, weil auch anderen Fahndern in zivil³⁸, die nicht als verdeckte Ermittler eingesetzt sind, diese Möglichkeit beibehalten werden sollte, zu Ermittlungszwecken ihnen angebotene Drogen anzunehmen. Diese Argumente haben offenbar überzeugt, weshalb die Bestimmung beibehalten, aber auch dahingehend präzisiert wurde, dass die betreffenden Beamten mit dem Auftrag zur Bekämpfung des Drogenhandels betraut sein müssen.

Sodass der Wortlaut von Art. 23 Abs. 2 BetmG nun wie folgt lautet:

Der Beamte, der mit der Bekämpfung des unerlaubten Betäubungsmittelverkehrs beauftragt ist und zu Ermittlungszwecken selber ein Angebot von Betäubungsmitteln annimmt, bleibt straflos, auch wenn er seine Identität und Funktion nicht bekannt gibt.³⁹

³⁵ § 2 und 3 StPO TG

³⁶ Art. 4 Abs. 2 ff. BVE

³⁷ Art. 23 Abs. 2 BetmG (alt)

³⁸ vgl. auch Ziff. 4.1.3

³⁹ Art. 23 Abs. 2 BetmG (neu)

In der Botschaft wird festgehalten, dass Angehörige der Polizei mit anderen Aufträgen nicht Drogenhandel treiben dürfen; tun sie es doch, kann sogar die Strafverschärfung nach Art. 23 Abs. 1 BetmG zur Anwendung kommen.⁴⁰

Nachdem der Gesetzgeber diese Bestimmung übernommen hat, ist damit klar, dass nach wie vor Scheinkäufe ausserhalb des Verfahrens der verdeckten Ermittlung möglich sind. Und zwar obwohl aus der Botschaft nicht klar hervorgeht, nach welchen Kriterien sich die verdeckten Ermittler von den Fahndern in zivil unterscheiden.

Der Hinweis in der Botschaft, dass die Fahnder in zivil keine Legende benötigen und keine Zeugenschutzmassnahmen beanspruchen⁴¹, ist an sich zutreffend, doch ist die darin enthaltene Andeutung, dass die verdeckten Ermittler eine Legende benötigen und Zeugenschutzmassnahmen beanspruchen, zumindest ungenau. Denn genau diese Massnahmen sind sowohl nach dem bundesrätlichen Entwurf als auch nach dem Gesetz fakultativ, auch wenn in der Praxis⁴² Einsätze von verdeckten Ermittlern regelmässig mit Vertraulichkeitszusage und Legende erfolgen. Dies hat übrigens auch das Bundesgericht im Entscheid 134 IV 266 so festgehalten.⁴³

Was hingegen nicht klar geregelt scheint, ist die Bestimmung in Art. 23 Abs. 2 BetmG, wonach die Beamten mit der Bekämpfung des Drogenhandels betraut sein müssen. Hier könnten Beamte einer Drogenspezialabteilung oder einer Drogenfahndung gemeint sein, oder aber auch solche, die explizit für den entsprechenden Einsatz mit der Bekämpfung des Drogenhandels betraut werden.

3. Regelungskonzept

3.1. Voraussetzungen

Gemäss Art. 4 Abs. 1 BVE kann eine verdeckte Ermittlung angeordnet werden, wenn

(a) bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, besonders schwere Straftaten seien begangen worden oder sollen voraussichtlich begangen werden und

(b) andere Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sind, oder die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden.

Eine verdeckte Ermittlung kann mithin nach geltendem Recht schon angeordnet werden, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen der Verdacht besteht, dass voraussichtlich besonders schwere Straftaten begangen werden sollen. Die verdeckte Ermittlung ist damit – anders als andere Überwachungsmassnahmen – auch präventiv möglich. Die Schwelle des Verdachts muss bei

⁴⁰ Botschaft S. 4301

⁴¹ a.a.O., S. 4282

⁴² so auch BÄTTIG (Fn. 28), S. 132

⁴³ a.a.O., E 3.1.1

verdeckten Ermittlungen tiefer liegen als bei anderen Überwachungsmassnahmen, weil das BVE wie erwähnt auch Strukturermittlung ausserhalb eines Strafverfahrens ermöglicht, also bei Verdachtslagen, die nicht einmal ausreichen, um ein Strafverfahren zu eröffnen.⁴⁴

Das Bundesgericht erachtet die verdeckte Ermittlung auch in diesem Fall - der im Übrigen in der künftigen schweizerischen Strafprozessordnung⁴⁵ nicht mehr als Grund für eine verdeckte Ermittlung vorgesehen ist – nicht etwa der Verhinderung der voraussichtlichen Straftat, sondern deren Aufklärung für den Fall, dass sie begangen wird. Verdeckte polizeiliche Operationen zur Verhinderung von Straftaten fallen nach Ansicht des Bundesgerichtes unter den Regelungsbe- reich der Polizeigesetzgebung.⁴⁶

HANSJAKOB erachtet die Ausführung des Bundesgerichtes zu diesem Thema in zweierlei Hin- sicht als bedenklich und hält fest, dass es nicht sein könne, dass die Polizei sich aufs Beobachten von Delinquenz beschränke, wenn Eingreifen möglich sei um das Delikt bzw. den Eintritt des Erfolges zu verhindern; insoweit jeder VE-Einsatz auch präventive Effekte mit sich bringe. Die Vorstellung, die Polizei führe VE-Einsätze durch, um Delinquenz zu beobachten und erst da- nach einzugreifen, sei schlichtweg falsch. Ziel jeder verdeckten Ermittlung sei es, Schäden für Dritte zu verhindern.⁴⁷

Im weiteren sei es ohnehin unzulässig, das Bewilligungsverfahren zu umgehen, indem behauptet würde, es gehe nur um die polizeiliche Verhinderung von Straftaten, die unter die Polizeigesetz- gebung falle; denn jede erfolgreiche verdeckte Ermittlung dieser Art wird nicht nur die Straftat verhindern, sondern auch eine Beweislage schaffen, welche die Verurteilung der Zielperson zu- mindest wegen versuchter Begehung ermöglicht.⁴⁸

Dass die Auffassung von HANSJAKOB richtig und die Abgrenzung des Bundesgerichtes heikel ist, hat es an seiner Wertung im konkreten Verfahren selbst gezeigt.

Es hat nämlich im erwähnten Entscheid⁴⁹ (Chat-Fall) im Grundsatz festgehalten, dass das Ver- fahren genau gleich hätte abgewickelt werden können, wenn die erforderlichen und auch erhält- lichen Bewilligungen nach BVE eingeholt worden wären.

Gemäss Bundesgericht ging es im besagten Fall „nicht um die Aufklärung von möglicherweise begangenen strafbaren Handlungen, sondern um die Aufklärung von Straftaten, die voraussicht- lich begangen werden sollten. Diese Straftaten sollen nicht verhindert, sondern ermittelt werden. Es ging im Wesentlichen darum, abzuklären, ob eine Person, die ausweislich ihrer schriftlichen Äusserungen im Chat allenfalls pädosexuelle Neigungen hat, gewillt und bereit war, im realen Leben sexuelle Handlungen mit Kindern vorzunehmen und zu diesem Zweck ein Treffen mit dem (vermeintlichen) Kind zu vereinbaren“.⁵⁰

⁴⁴ gleich HANSJAKOB (Fn. 15), S. 100

⁴⁵ Art. 286 StPO CH (Fn. 6)

⁴⁶ E. 4.1.1

⁴⁷ HANSJAKOB, Verdeckte Ermittlung – Gesetz und Rechtsprechung, FP, 2008, S. 363, Ziff. 4

⁴⁸ HANSJAKOB, (Fn 47), S. 365, Ziff. 6

⁴⁹ BGE 134 IV 266 (Fn. 30)

⁵⁰ E. 4.1.2

Dabei hat es wohl übersehen, dass nie geplant war, die Zielperson unter Beobachtung des verdeckten Ermittlers am oder mit dem Kind sexuelle Handlungen vorzunehmen bzw. vornehmen zu lassen. Das Ziel war lediglich, einen mutmasslich Pädophilen mit Hilfe eines fingierten Opfers zu überführen, bevor er reale Opfer findet.⁵¹

Damit ist klar, dass es um die Verhinderung einer Straftat hätte gehen sollen, was gemäss bundesgerichtlicher Rechtssprechung⁵² offenbar auch zulässig gewesen wäre, wenn wie bereits erwähnt die erforderliche Bewilligung vorgelegen hätte. Obwohl das Bundesgericht im gleichen Entscheid festhält, dass die präventive verdeckte Ermittlung nicht etwa der Verhinderung voraussichtlicher Straftaten gelte, sondern lediglich deren Aufklärung für den Fall, dass sie begangen würde.⁵³

Es bleibt zu hoffen, dass dieser Widerspruch innert Kürze ausgeräumt sein wird. Ansonsten dürfte dies spätestens mit Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung der Fall sein (vgl. dazu auch nachfolgende Ausführungen unter Ziff. 3.2).

3.2. Die Zweistufigkeit des Verfahrens

Entgegen der ursprünglichen Meinung des Gesetzgebers⁵⁴, wonach die verdeckte Ermittlung mit Einführung des BVE nun klar und einheitlich geregelt sei, hat er in wenig geschickter und eher verwirrender Weise ein zweistufiges Verfahren eingeführt. Obschon die Botschaft von zwei klar abgegrenzten Phasen spricht, lässt die Gesetzessystematik diese Zweistufigkeit nicht deutlich erkennen.

Die Phasen unterscheiden sich zwischen verdeckter Ermittlung im Vorfeld eines Strafverfahrens, der sogenannten Vorbereitungsphase und der verdeckten Ermittlung im Rahmen eines Strafverfahrens. Die Vorbereitungsphase oder auch der verdeckte Einsatz im Vorfeld eines Strafverfahrens liegt innerhalb des Kompetenzbereiches der Polizei (vgl. auch Ziff. 3.2.4). Der verdeckte Einsatz im Strafverfahren wird vom Untersuchungsrichter oder Staatsanwalt angeordnet. In beiden Fällen ist die Ernennung des verdeckten Ermittlers zu demselben von der Genehmigungsbehörde zu bewilligen. Zusätzlich bewilligungspflichtig ist der Einsatz als Solches, wenn er im Rahmen eines Strafverfahrens durchgeführt wird.

Der erste Abschnitt im Gesetz (Art. 1–13) legt den Geltungsbereich fest und wurde als „Allgemeine Bestimmungen“ bezeichnet. Im zweiten Abschnitt der als „Einsatz im Strafverfahren“ benannt wurde (Art. 14 ff.), sind Bestimmungen enthalten, die gemäss Auffassung des Gesetzgebers⁵⁵, die Rechte und Pflichten im verdeckten Einsatz regeln sollen. Und zwar während des gesamten Einsatz, unabhängig davon, ob der Einsatz im Strafverfahren angeordnet wurde, oder erst im Rahmen der Vorbereitungsphase verdeckt ermittelt wird.

⁵¹ gleich HANSJAKOB (Fn. 47), S. 365

⁵² BGE 134 IV 266

⁵³ E.4.1.1

⁵⁴ Medienmitteilung EJDP (Fn. 7)

⁵⁵ Botschaft (Fn. 9), 4285

Im 2. Abschnitt des BVE (Art. 14 ff.) wird ausdrücklich der Einsatz im Strafverfahren geregelt. Dem Gesetz kann aber nicht explizit entnommen werden, dass bereits ein verdeckter Einsatz im Vorfeld eines Strafverfahrens überhaupt möglich ist. Diese Möglichkeit ergibt sich lediglich implizit aus dem 1. Abschnitt des Gesetzes, den allgemeinen Bestimmungen. Aufgrund dieser verwirrenden Gesetzessystematik ist nicht ohne weiteres klar, welche Vorschriften für welche Phase gelten.⁵⁶

Hier stellt sich ausserdem die Frage, ob ein vorschriftsgemäss von einer Kommandantin oder einem Kommandanten eines Polizeikorps ernannter verdeckter Ermittler im Sinne von Art. 5 BVE (vgl. auch Ziff. 3.2.1) im Vorfeld eines Strafverfahrens, namentlich zu verdeckten Ermittlungen im Vorfeld eines Strafverfahrens unter der Verfahrenshoheit eines anderen Polizeikorps eingesetzt werden darf.

In Art. 15 BVE ist festgehalten, dass in einem Strafverfahren ausser den verdeckten Ermittlern des Polizeikommandos, das der zuständigen Strafuntersuchungsbehörde zugeordnet ist, auch solche aus anderen Polizeikorps des In- und Auslandes eingesetzt werden, wenn sie den Anforderungen nach Artikel 5 erfüllen. Der Einsatz erfolgt in der Regel unter ihrer bisherigen Führungsperson⁵⁷.

Daraus ist abzuleiten, dass innerhalb eines Strafverfahrens vorschriftsgemäss ernannte verdeckte Ermittler innerhalb eines Strafverfahrens auch unter Leitung, einer einem anderen Kanton zugehörigen Strafverfolgungsbehörde eingesetzt werden kann. Dies ergibt sich ausserdem auch aus der systematischen Anordnung der Einsatzmöglichkeiten in Art. 15 und damit im Abschnitt „Einsatz im Strafverfahren“.

In der Botschaft wird jedoch explizit festgehalten, dass die Bestimmungen im 2. Abschnitt für die ganze Dauer der verdeckten Ermittlung gelten, und zwar unabhängig davon, ob der verdeckte Ermittler schon in einem Strafverfahren eingesetzt sei oder nicht.⁵⁸

Daraus kann abgeleitet werden, dass vorschriftsgemäss im Sinne von Art. 5 BVE ernannte verdeckte Ermittler, deren Ernennung auch von der zuständigen kantonalen Genehmigungsbehörde gemäss Art. 8 BVE bewilligt wurde, jederzeit auch im Vorfeld eines Strafverfahrens unter der Verfahrenshoheit eines anderen Polizeikorps in einem anderen Kanton eingesetzt werden können. Nachdem die Anwendbarkeit des BVE in Art. 2 BVE für Strafverfahren des Bundes und der Kantone festgelegt wurde und sowohl die Ernennungsvorgaben als auch die Kriterien für die Genehmigungsbehörden einheitlich geregelt sind, wäre jede andere Auslegung stossend.

3.2.1. Die Ernennung

Gemäss Art. 5 BVE „Ernennung“ kann der Kommandant eines Polizeikorps mit gerichtspolizeilichen Aufgaben eine Person mit deren Zustimmung zum Ermittler ernennen, wenn strafbare Handlungen nach Art. 4 abzuklären sind.

⁵⁶ HANSJAKOB (Fn. 15), S. 103, 105

⁵⁷ vgl. auch Ziff. 3.2.3

⁵⁸ a.a.O., S. 4285

Zu Ermittlern können nach Art. 5 Abs. 2 BVE Angehörige des Polizeikorps (lit. a) sowie Personen, welche vorübergehend für eine polizeiliche Aufgabe angestellt werden (lit. b), ernannt werden.

Personen ohne Polizeiausbildung können ebenfalls als verdeckter Ermittler ernannt und eingesetzt werden, wenn besondere Kenntnisse erforderlich sind, insbesondere wissenschaftliche Kenntnisse auf hohem Niveau, zum Beispiel wenn Hehlerei mit Kunstwerken oder schwere Verbrechen beim Kriegsmaterialhandel oder Technologietransfer bekämpft werden müssen. In Art. 5 Abs. 2 lit. a BVE ist festgehalten, dass Personen die nicht einem Polizeikorps angehören, nur dann als verdeckte Ermittler eingesetzt werden dürfen, wenn sie vorübergehend für eine polizeiliche Aufgabe angestellt werden. Weitere unabdingbare Voraussetzung für die Ernennung eines verdeckten Ermittlers ist, dass er während des Einsatzes unter der alleinigen Führung der Polizei steht. Damit kommt lediglich eine dauerhafte Führungs- und Weisungsbefugnis in Form eines Arbeitsvertrages in Frage. Ein jederzeit von beiden Seiten auflösbares Auftragsverhältnis scheidet aus.

Ebenfalls zulässig ist die Ernennung von ausländischen Polizeibeamten, wenn sie unter schweizerischer Führung stehen bzw. die ausländische Führungsperson in die schweizerische Verfahrensleitung eingegliedert wird⁵⁹. Im Vorfeld eines Strafverfahrens dürfte damit das örtliche zuständige Polizeikommando und im Strafverfahren der anordnende Untersuchungsrichter oder Staatsanwalt sein.

3.2.2. Das Genehmigungsverfahren

Jede Ernennung eines verdeckten Ermittlers im Sinne von Art. 5 BVE bedarf einer richterlichen Genehmigung.⁶⁰ Diese hat sich ausdrücklich zur Erlaubnis zur Ernennung, Legendierung, Herstellung und Verwendung von Urkunden und Vertraulichkeitszusagen zu äussern.

Nach erfolgter Ernennung des verdeckten Ermittlers, ist die begründete Ernennungsverfügung mit allen erforderlichen Akten im Sinne von Art. 8 BVE der zuständigen Genehmigungsbehörde zu unterbreiten. Diese entscheidet mit kurzer Begründung, kann Auflagen erteilen, weitere Abklärungen oder die Ergänzung der Akten verlangen. Die Genehmigung wird für höchstens ein Jahr erteilt.

Nach Verfahren kann der verdeckte Ermittler mit Vorliegen der Bewilligung der Genehmigungsbehörde, für sämtliche Einsätze in der Vorbereitungsphase oder im Vorfeld eines Strafverfahrens, eingesetzt werden. Und zwar auch unter der Verfahrenshoheit ausserkantonaler Polizeikorps (vgl. dazu auch Ziff. 3.2, S. 20).

Wird der Einsatz aus der Vorbereitungsphase in einen Einsatz im Strafverfahren überführt oder wird der verdeckte Einsatz erst im Strafverfahren angeordnet, so hat die zuständige Strafuntersuchungsbehörden die Anordnungsverfügung innert 48 Stunden der Genehmigungsbehörde zur

⁵⁹ Botschaft (Fn. 9), S. 4288

⁶⁰ Art. 7 BVE

Bewilligung zu unterbreiten. Diese entscheidet innert 5 Tagen seit der Anordnung. Die Genehmigung wird für höchstens ein Jahr erteilt.

Gemäss HANSJAKOB⁶¹ soll die Ernennung eine begründete Ernennungsverfügung voraussetzen (Art. 8 Abs. 1 BVE), die jedenfalls Erwägungen zum Tatverdacht und zur Katalogtat (Art. 5 BVE) beinhalten müsse. Schon bei der Ernennung seien Anordnungen bezüglich Vertraulichkeitszusage und Legende (Art. 7 BVE) möglich. Auch diese Ernennung sei deshalb seines Erachtens nicht auf Vorrat, sondern nur im Zusammenhang mit konkreten Vorermittlungen möglich. Die Vorstellung, dass die Polizei jede einmal zum VE ernannte Person ohne weitere Bewilligung beliebig einsetzen könne, sei selbst gewissen Polizeifunktionären nicht geheuer; sie widerspreche ausserdem dem Sinn des BVE, das eine richterliche Kontrolle solcher Einsätze im Vorfeld von Strafverfahren habe einführen wollen.⁶²

Woraus diese Interpretation stammt ist nicht ersichtlich und gerade auch nach der neuesten Rechtsprechung nicht wirklich nachvollziehbar. So hat auch das Bundesgericht im Entscheid 134 IV 266 nicht explizit festgehalten, wonach eine Ernennung auf Vorrat nicht zulässig sei. In der Botschaft zum Gesetzesentwurf wird sodann auch lediglich festgehalten, dass die Begründung aufzuzeigen habe, weshalb im konkreten Fall eine andere Identität aufgebaut werden müsse.⁶³ Weder im Gesetz noch in der Botschaft wird verlangt, dass die Ernennungsverfügung, im Gegensatz zur Anordnungsverfügung nach Art. 18 Abs. 1 lit. a BVE, eine Begründung zum Tatverdacht beinhalten müsse. Auch das Bundesgericht hat dies, wohl vor allem mit dem Entscheid, wonach alle verdeckten Einsätze von Polizeiangehörigen dem BVE zu unterstellen seien erkannt und gerade eben diese Ernennung auf Vorrat nicht explizit verneint; wenn nicht sogar anpreist⁶⁴.

Daraus kann m.E. geschlossen werden, dass entgegen der Auffassung von HANSJAKOB und HAENNI eben eine Ernennung auf Vorrat zulässig ist; und die Ernennungsverfügung eine rudimentäre Begründung über Hinweise zum Mass der zulässigen Einwirkung, zur Tarnidentität – ohne eigentliche Legendierung – und zu den Straftaten, für welche der verdeckte Ermittler eingesetzt werden kann, zu beinhalten hat. Der Hinweis auf die Straftaten erübrigt sich m.E. insofern, dass die Einsatzmöglichkeiten im Deliktscatalog ohnehin geregelt sind. Das heisst, dass Erkenntnisse der verdeckten Ermittlung im Vorfeld eines Strafverfahrens, ohnehin nur zur Eröffnung einer Strafuntersuchung verwendet werden dürfen, wenn eine Katalogtat im Sinne von Art. 4 Abs. 2 vorliegt und die allgemeinen Voraussetzungen von Abs. 1 erfüllt sind.

Der Gesetzgeber hat in Art. 12 BVE eine Regelung geschaffen, wie die Polizei vorzugehen hat, wenn sich im Rahmen einer verdeckten Ermittlung im Vorfeld eines Strafverfahrens Erkenntnisse auf eine Vergehen oder Verbrechen ergeben. Sie hat dann namentlich der zuständigen Strafverfolgungsbehörde Anzeige zu erstatten, die über das weitere Vorgehen entscheidet. Bereits in der Botschaft wurde festgehalten, dass im Unterschied zur Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, bei der Zufallsfunde nur verwendet werden dürfen, wenn auch zur ihrer Verfol-

⁶¹ HANSJAKOB (Fn. 47), S. 365, Ziff. 7

⁶² Gleich HAENNI, Verdeckte Ermittlung, Krim 2005, S. 250

⁶³ Botschaft (Fn. 3), 4301

⁶⁴ BGE 134 IV 266, E. 4.5

gung eine Überwachung angeordnet werden könnte, eine solche Einschränkung im Bereich der verdeckten Ermittlung nicht vorgesehen ist. Hier war der Gesetzgeber offenbar der Meinung, dass gerade im Bereich der verdeckten Ermittlung im Vorfeld eines Strafverfahrens, die verdeckte Ermittlung qualitativ noch sehr nahe beim Einsatz von Fahndern in zivil oder bei einer Observation liege und die eingesetzten Polizeibeamten ohnehin verpflichtet seien, während des Dienstes festgestellte Straftaten anzuzeigen. „Unterschiedliche Verpflichtungen für offene und verdeckte Ermittlungen liessen sich für diese Phase kaum begründen.“⁶⁵

Gerade damit ist klar, dass die verdeckte Ermittlung im Vorfeld eines Strafverfahrens quasi verdachtslos oder zumindest ohne dringenden Tatverdacht gegen eine bestimmte Person möglich und zulässig ist, weshalb auch die Ernennungsverfügung kaum dergestalt begründet werden kann.

Zusammenfassend kann der verdeckte Ermittler bei Vorratslösung jederzeit innerhalb des genehmigten Zeitraumes tätig werden und es ist lediglich eine weitere Genehmigung erforderlich, sobald der Einsatz ins Strafverfahren überführt wird.

Hier bleibt noch zu erwähnen, dass die Polizei im Sinne von Art. 8 Abs. 3 BVE spätestens vor Ablauf der bewilligten Dauer der Genehmigungsbehörde über die verdeckte Ermittlung berichtet und wenn nötig einen Verlängerungsantrag stellt. Wird der verdeckte Ermittler mehrfach kurzfristig innerhalb der bewilligten Dauer eingesetzt, so hat die Führungsperson m.E. bei strenger Auslegung von Art. 8 Abs. 3 BVE, nach jedem Einsatz der Genehmigungsbehörde einen entsprechenden Bericht über den Ablauf der verdeckten Ermittlung vorzulegen. Und zwar unabhängig davon, ob die verdeckte Ermittlung Erkenntnisse über Straftaten ergeben haben oder nicht.

Diese Auslegung scheint mir in zweierlei Hinsicht vernünftig und sinnvoll. Einerseits ist damit auch die von HANSJAKOB geforderte richterliche Kontrolle der verdeckten Einsätze im Vorfeld eines Strafverfahrens gewährleistet und andererseits wird der Genehmigungsbehörde die Möglichkeit geschaffen, die verdeckte Ermittlung quasi zu „überwachen“. Sie kann bei Pflichtverletzungen intervenieren und notfalls auch die Genehmigung der Ernennung widerrufen; was jedoch im Gesetz nicht explizit vorgesehen ist, aber möglich sein muss.

Vertritt man die Auffassung, die gesetzliche Aufforderung zur ständigen Berichterstattung nach jedem Einsatz sei nach Art. 8 Abs. 3 BVE nicht gegeben, so dürfte es durchaus Sinn machen, wenn die Genehmigungsbehörden die Ernennungen jeweils nur unter diesen Auflagen (Art. 8 Abs. 2 BVE) erteilen würden.

Wenn man sich ausserdem vor Augen führt, dass gerade die Ausstattung eines verdeckten Ermittlers mit Legendepapieren (Personalausweis, Führerausweis, etc.) Monate beansprucht, ist ebenfalls klar, dass die Ernennung ohne konkreten Tatverdacht und bereits auf Vorrat möglich sein muss, da die Legendierung bereits im Rahmen der Ernennung geregelt werden muss.⁶⁶

⁶⁵ Botschaft (Fn. 9), S. 4293

⁶⁶ Art. 7 BVE

Wird dies verneint, ist verdeckte Ermittlung praktisch nicht mehr machbar, da zwischen der Einsatzerfordernis und der Einsatzbereitschaft des verdeckten Ermittlers faktisch Monate vergehen und der Einsatz dann oftmals gar nicht mehr nötig ist.

Der Vollständigkeitshalber sei auch hier noch einmal festgehalten, dass innerhalb oder nach Eröffnung eines Strafverfahrens nach Art. 14 Abs. 1 BVE auf Bundesebene der Bundesanwalt bzw. der Staatsanwalt des Bundes oder die eidgenössischen Untersuchungsrichter und in den Kantonen die zuständigen kantonalen Strafuntersuchungsbehörden für die Anordnung des Einsatzes zuständig sind. Auch sie haben die Anordnung zur Bewilligung des Einsatzes der zuständigen Genehmigungsbehörde zu unterbreiten⁶⁷.

3.2.3. Die Führungsperson

Zu Führungspersonen werden gemäss Art. 5 Abs. 3 BVE Angehörige des Polizeikorps ernannt. Es handelt sich dabei um speziell geschulte Polizeibeamte, sogenannte VE-Führer, die für die Planung und Durchführung des Einsatzes verantwortlich sind und den verdeckten Ermittler betreuen. Meist werden Polizeiangehörige aus dem Kader mit Entscheidungs- und Weisungsbefugnissen zu VE-Führern bestimmt. Die Aufgaben des VE-Führers sind in Art. 11 BVE umfassend aufgeführt. „Neben Instruktionsaufgaben beurteilen VE-Führer während des Einsatzes laufend die Risikosituation und betreuen die verdeckten Ermittler auch ausserhalb des Einsatzes. Die psychische Belastung von verdeckt eingesetzten Personen ist gross. Die Verhältnisse im kriminellen Milieu, wo gesellschaftliche Grundwerte von Sitte und Moral kaum gelebt werden, können negative Spuren hinterlassen. Speziell bei Langzeiteinsätzen ist anzustreben, dass sich verdeckte Ermittler in regelmässigen Abständen einer Supervision unterziehen, damit einer allfälligen Fehlentwicklung frühzeitig entgegen gewirkt werden kann. Zu den zentralen Aufgaben des VE-Führers gehört auch die Aktenführung. Eine umfassende Aktenanlage, die in einem späteren Zeitpunkt eine lückenlose Dokumentation der Geschehnisse gewährt, ist für die Beweisführung von wesentlicher Bedeutung. Zudem ist die Führungsperson verantwortlich, dass verdeckte Ermittler das Mass der zulässigen Einwirkung auf die Zielpersonen einhalten“.⁶⁸

3.2.4. Die drei Stufen der verdeckten Ermittlung im Vorfeld eines Strafverfahrens

Polizeiliche Spezialisten unterscheiden in der Regel drei Stufen der verdeckten Ermittlung im Vorfeld eines Strafverfahrens.

A. Milieubeobachtung

Die Aufklärung oder Milieubeobachtung dient der Sammlung von allgemeinen Informationen über bestimmte Milieus der Kriminalität, etwa im Drogen- oder im Rotlichtmilieu oder in der Rockerszene.

Es handelt sich im Wesentlichen um explorative Ermittlungen, um ein nur vermutetes Dunkelfeld aufzuhellen.

⁶⁷ Art. 17 BVE

⁶⁸ BÄTTIG (Fn. 28), S. 131

B. Strukturermittlung

Die Strukturermittlung dient der Abklärung der Organisationsformen innerhalb solcher Milieus. Es gilt zum Beispiel verschiedene Gruppierungen von Drogenhändlern zu identifizieren und zu unterscheiden sowie zu ermitteln, wie solche Gruppen intern organisiert sind. Diese Ermittlung ist eher personen- als deliktsbezogen.

C. Verdeckte Ermittlung im engeren Sinn

Die verdeckte Ermittlung im engeren Sinn ist in der Regel die Folge der Milieu- und Strukturermittlung und dient dazu, innerhalb einer identifizierten Gruppierung konkrete Straftaten abzuklären, also deliktsbezogen zu ermitteln.

„Die Übergänge der drei Stufen sind naturgemäss fließend. Vorliegend scheint von Bedeutung, dass verdeckte Ermittler bereits bei der Strukturermittlung eingesetzt werden müssen, wo es primär aber noch nicht um die Aufklärung konkreter Straftaten geht. Allerdings fallen erfahrungsgemäss auch bei der Strukturermittlung oft Erkenntnisse über bestimmte Straftaten an.“⁶⁹

In dieser frühen Phase der verdeckten Ermittlung lässt sich die Täterschaft wenn überhaupt nur ungenau eingrenzen, was begriffsnotwendig dazu führt, dass stets auch Unschuldige von der verdeckten Ermittlung betroffen sind, was es in allen Bereichen entsprechend zu berücksichtigen gilt.⁷⁰

3.2.5. Bedeutungen in der Praxis

Bereits kurz nach Inkrafttreten des BVE wurde festgestellt, dass diese Interpretation auf die Konzeption des Gesetzgebers übertragen bedeutet, dass Strukturermittlungen unter das Verfahren von Art. 5 BVE fallen, was wiederum heisst, dass die Verantwortung für den Einsatz bei den Polizeibehörden liegt. Auch sie hat vor Ablauf der Genehmigung der Ernennung, mindestens aber einmal jährlich, der Genehmigungsbehörde schriftlich Bericht über den Verlauf der verdeckten Ermittlung zu erstatten⁷¹.

In Bezug auf die Berichterstattung zuhanden der Genehmigungsbehörde im Vorfeld eines Strafverfahrens wird auf die Ausführungen unter Ziff. 3.2.2 verwiesen.

Sobald Erkenntnisse aus den Milieu- und Strukturermittlungen dazu führen, dass konkrete Straftaten aufgeklärt werden sollen, geht die Verantwortung an die Strafuntersuchungsbehörden über und es gelten die Art. 14 ff. BVE; das heisst, dass die Untersuchungsbehörde falls der verdeckte Einsatz weiter gehen soll, diesen anzuordnen und der Genehmigungsbehörde zur Bewilligung vorzulegen hat.

HANSJAKOB kritisiert die verwirrende Systematik im BVE, weil nicht klar hervorgehe, welche Vorschriften für welche Phasen der verdeckten Ermittlung gelte. In der Botschaft wurde dazu

⁶⁹ HANSJAKOB (Fn. 15), S. 104

⁷⁰ vgl. dazu auch BOSONNET (Fn. 17), S. 11

⁷¹ Art. 8 Abs. 3 BVE

ausgeführt, die allgemeinen Bestimmungen gälten für beiden Phasen, die Bestimmungen unter dem Titel „Einsatz im Strafverfahren“ dann nur für die zweite Phase. Dies habe aber schon im Entwurf nicht gestimmt und sei nach der tief greifenden Überarbeitung im parlamentarischen Verfahren noch weniger zutreffend.⁷²

Das Gesetz sieht in Art. 10 Abs. 3 BVE vor, dass Ermittler Probekäufe tätigen dürfen, nachdem es dabei aber schon um konkrete Geschäfte mit einem, wenn auch nur vage identifizierbaren Personen geht, müsste diese Kompetenz eigentlich erst innerhalb des Strafverfahrens möglich und systematisch nach Art. 14 BVE angeordnet sein.

Die Ausstattung der verdeckten Ermittler mit Vorzeigegeld ist erst in Art. 20 BVE unter dem Abschnitt „Einsatz im Strafverfahren“ geregelt, wobei allerdings klar ist, dass verdeckte Ermittler bereits in der Phase der polizeilichen Strukturermittlung im Vorfeld eines Strafverfahrens ihre angebliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit dokumentieren dürfen (Art. 10 Abs. 3 BVE) und dabei auf Vorzeigegeld angewiesen sind.

Dies bedeutet m.E., dass halt eben doch gewisse Regelungen – wie es die Botschaft einst vorsah - aus dem 2. Abschnitt des Gesetzes „Einsatz im Strafverfahren“ für den 1. Abschnitt und damit die verdeckte Ermittlung im Vorfeld eines Strafverfahrens anwendbar sind.

Daher muss wohl auch weiterhin im Einzelfall entschieden werden, welche Vorschriften für welche Phase gelten und demzufolge auch anzuwenden sind.

3.2.6. Das Verfahren nach Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung

Im Unterschied zum BVE unterscheidet die Strafprozessordnung nicht mehr zwischen zwei Phasen der verdeckten Ermittlung, nämlich jener im Strafverfahren (Art. 14 ff. BVE) und jenem in der Phase, in welcher die Verfahrensleitung noch nicht bei den Strafverfolgungsbehörden liegt.⁷³

Der Botschaft zur Schweizerischen Strafprozessordnung kann nämlich entnommen werden, dass der Gesetzgeber selber bemerkt hat, dass er mit der Zweistufigkeit eine ungenaue und verwirrende Regelung getroffen hat, und diese deshalb auch wieder abschafft.

Hier wird festgehalten, dass der Einsatz vor einem Strafverfahren genauso wie im Strafverfahren voraussetze, dass eine Katalogtat im Sinne von Art. 4 BVE abzuklären sei. Dies setze den dringenden Verdacht auf eine eben in diesem Katalog erwähnte Tat voraus, was gleichzeitig die Voraussetzung für die Eröffnung eines Strafverfahrens darstelle. Anders ausgedrückt: Sind die Voraussetzungen für eine verdeckte Ermittlung vor einem Strafverfahren erfüllt, so sind auch die Voraussetzungen erfüllt, dass ein Strafverfahren zu eröffnen ist. Für die Phase der verdeckten Ermittlung vor einem Strafverfahren, wie sie das BVE vorsieht, bleibt somit genau besehen kein Platz. Aus diesem Grund sieht die Strafprozessordnung eine verdeckte Ermittlung vor einem Strafverfahren nicht mehr vor. Dies schliesst jedoch nicht aus, dass eine verdeckte Ermitt-

⁷² Botschaft (Fn. 8), 4285 und HANSJAKOB (Fn. 15), S. 105 und Fn. 25

⁷³ BBI 2006, 1085 ff., 1255

lung bereits dann eingesetzt wird, wenn noch kein personenbezogener Tatverdacht besteht, sondern erst ein tatbezogener, der zur Eröffnung einer Strafuntersuchung gegen Unbekannt führt.⁷⁴

Das heisst, dass wenn der Verdacht auf eine Katalogtat vorliegt, eine Strafuntersuchung zu eröffnen ist. Mit diesem Schritt stehen der Polizei dann aber auch keine eigenständigen Zwangsbefugnisse mehr zu. Der Verdacht muss im Gegensatz zur Telefonüberwachung nicht „dringend“ sein⁷⁵. Fehlt es gänzlich am Verdacht, fehlen auch die Voraussetzungen für die Anordnung einer verdeckten Ermittlung⁷⁶.

Ansonsten werden die Bestimmungen des BVE weitgehend unverändert in die schweizerische Strafprozessordnung übernommen. Neu Bedarf die Ernennung und der Einsatz der Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts. Das Genehmigungsverfahren orientiert sich im Wesentlichen an der Regelung, die auch für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs gilt.

Während des gesamten Einsatzes unterstehen die verdeckten Ermittler der direkten Weisungsbefugnis der Führungsperson. Mit Ausnahme der Instruktion vor dem Einsatz (Art. 289 StPO CH), welche neu zum Leidwesen der Polizei vom zuständigen Staatsanwalt vorgenommen werden muss. Hierfür ist jedoch in gewissem Masse Verständnis aufzubringen. Macht es doch wahrlich keinen Sinn, dass der verdeckte Ermittler zur Instruktion im Gebäude der Staatsanwaltschaft zu erscheinen hat. Erst recht nicht, wenn er bei häufigen Einsätzen stets mit anderen Staatsanwälten und Staatsanwältinnen zusammenarbeiten muss, so dass irgendwann die gesamte Staatsanwaltschaft das Gesicht und den Namen des verdeckten Ermittlers kennt.

Hier werden die Staatsanwaltschaften gut daran tun, inskünftig Staatsanwälte zu spezialisieren, die regelmässig mit den verdeckten Ermittlern zusammenarbeiten, sodass allenfalls gewisse Abläufe standardisiert und vereinfacht werden können. Die Botschaft hält sodann auch fest, dass eine Instruktion bloss der Führungsperson oder die Abgabe schriftlicher Weisungen zuhanden des verdeckten Ermittlers, die direkte Instruktion, welche insbesondere auch Rückfragen ermöglicht, nicht zu ersetzen vermag⁷⁷.

Neu ist auch keine Ernennung zum verdeckten Ermittler mehr erforderlich. Es gibt nur noch die Anordnung des Einsatzes durch den Staatsanwalt, der interessanterweise gemäss Art. 288 StPO CH den verdeckten Ermittler auch mit einer Legende ausstatten kann, die ihm eine Identität verleiht, die von der wahren Identität abweicht.

Dies wird wohl in der Praxis klarerweise durch die Polizei erfolgen und vom Staatsanwalt lediglich in der Anordnungsverfügung übernommen werden. Auch hier zeigt es sich, dass es sehr wohl sinnvoll sein wird, Staatsanwälte zu bestimmen, die sich vorwiegend mit der verdeckten Ermittlung befassen werden.

⁷⁴ BBl 2006, S. 1255

⁷⁵ Art. 285 StPO CH

⁷⁶ so auch OBERHOLZER, Die Regeln bei polizeilich erhobenen Daten sind unklar, Pläd 6/2006, S. 24

⁷⁷ BBl 2006, Art. 289, S. 1257

4. Begriffe und Abgrenzungskriterien

4.1. Begriffe

4.1.1. Der Informant (Info)

Informanten sind Privatpersonen, die in einem Einzelfall oder auch längerfristig - entgeltlich oder unentgeltlich - der Polizei unaufgefordert Insiderinformationen über Straftaten bekannt geben.

Die Informanten haben oft einen direkten Zugang zum kriminellen Milieu, weshalb ihre Hinweise für die Polizei und Untersuchungsbehörden besonders wertvoll sein können. Sie sind aber wegen ihrer Milieunähe auch besonders gefährdet, weshalb ihre Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden regelmässig geheim gehalten werden muss.

Die Polizei vertritt deshalb die Auffassung, dass Namen von Informanten und Hinweise zur Informationsquelle nicht in die Verfahrensakten gehören.⁷⁸

Im Gegensatz zu anderen europäischen Ländern gibt es in der Schweiz bislang keine gesetzliche Regelung zur Führung von Informanten und der Verwendung derer Hinweise. Der Informant wird von der Polizei „geführt“, handelt aber nicht im Auftrag des Staats. Folglich kann keine Staatshaftung vorliegen. Beim Informanten handelt es sich in aller Regel nicht um Polizeibeamte, die Bezahlung des Informanten durch die Polizeikorps ist jedoch zulässig. Informanten werden für eigene Straftaten zur Rechenschaft gezogen. Hinweise eines Informanten sind im Strafverfahren nicht zwingend aktenkundig zu machen. Der Einsatz eines Informanten ist nicht bewilligungspflichtig.

FINGERHUTH rät sodann auch den Strafverteidigern bei polizeilichen Berichten, die beginnen mit „...polizeiliche Ermittlungen haben ergeben...“ oder „...erste Ermittlungen...“ genauer hinzuschauen. Allenfalls ergebe sich, dass gerade eben diese nicht deklarierten Ermittlungen formell nicht korrekt oder gar unzulässig waren.⁷⁹

Dies zeigt, dass es sich lohnt, polizeiliche Ermittlungshandlungen stets nachvollziehbar und lückenlos zu dokumentieren, wenn auch ohne Angaben zur Quelle oder Namen des Informanten.

4.1.2. Die Vertrauensperson (VP)

Bei der Vertrauensperson handelt es sich um eine Privatperson, die unter der Leitung der Polizei aufgrund eines bestimmten Auftrages und klaren Weisungen tätig ist. Sie ist meistens dem kriminellen Umfeld zuzurechnen, ohne notwendigerweise Straftäter zu sein und hat daher oft bereits das Vertrauen der Täterseite. Die Aussagen einer Vertrauensperson dienen der Polizei pri-

⁷⁸ so auch BÄTTIG (Fn. 28), S. 133

⁷⁹ FINGERHUTH, Auskünfte von Drittpersonen, Pläd 6/2006, S. 30

mär als Anhaltspunkte für weitergehende Ermittlungshandlungen zur Beschaffung von gerichtsverwertbaren Beweisen.

Der Zugang von Vertrauenspersonen zu Informationen beruht auf ihren bereits bestehenden Beziehungen oder ihrem Aufhalten im kriminellen Umfeld. Da die von der Vertrauensperson beigebrachten Informationen auch nicht als gerichtsverwertbare Beweise, sondern lediglich als Indizien für weitere Ermittlungshandlungen verwendet werden, handelt es sich beim Einsatz von Vertrauenspersonen um einen hinsichtlich seiner Schwere nicht mit der verdeckten Ermittlung vergleichbaren Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Zielpersonen.

Unter die generell-polizeiliche Informationsbeschaffung fällt auch der kriminalpolizeiliche Einsatz von Vertrauenspersonen. Demzufolge entscheidet über den Einsatz von Vertrauenspersonen die Polizei. Spätestens bei Vorlegen der Ermittlungsakten zur Eröffnung einer Strafuntersuchung an die Staatsanwaltschaft, ist der Einsatz der Vertrauensperson offen zu legen. Auf formell-gesetzlicher Ebene sind bis heute indessen keine spezifischen Normen für den Einsatz von Vertrauenspersonen vorhanden.

Aus den Materialien zum BVE geht einerseits hervor, dass der Gesetzgeber das BVE nur auf verdeckte Ermittler angewendet haben wollte, nicht jedoch auf Vertrauenspersonen; andererseits wollte der Gesetzgeber mit dem BVE nicht jegliche andere Ermittlungsmethode verbieten. Das Fehlen einer spezifischen gesetzlichen Grundlage für eine bestimmte Ermittlungsmethode bedeutet nicht, dass diese Methode unzulässig wäre. Der Einsatz von Vertrauenspersonen durch die Strafverfolgungsbehörden des Bundes und der Kantone wird von der herrschenden Rechtsprechung, Praxis und Literatur innert bestimmter Grenzen als zulässig erachtet, insbesondere soweit nicht aktiv auf die Willensbildung der Zielperson eingewirkt wird⁸⁰.

Eine klare Abgrenzung zwischen Informanten und Vertrauenspersonen ist in der Praxis kaum möglich, scheint aber auch von untergeordneter Bedeutung. Es ist nämlich bei beiden weder die Tätigkeit noch die Führung rechtlich geregelt. Der Unterschied liegt lediglich darin, dass Informanten die Polizei aus eigenem Antrieb mit Informationen beliefern, während Vertrauenspersonen im Auftrag der Polizei gezielt Informationen beschaffen. In der Praxis kommt es regelmäßig vor, dass ein Informant der Polizei Informationen zuspießt und dann mit der Beschaffung weiterer Informationen beauftragt wird, womit er plötzlich vom Informanten zur Vertrauensperson wird.⁸¹

4.1.3. Der verdeckte Fahnder (VF)

Verdeckte Fahnder sind Polizeiangehörige, die anonym auftreten, um kriminalpolizeiliche Ermittlungen durchzuführen. Vor allem in Deutschland sind VF unter der Terminologie „nicht offen ermittelnder Polizist“ oder kurz als „NoeP“ bekannt.

⁸⁰ so auch die Antwort des Bundesrates auf die Interpellation Vischer 06.3767 und BGE 124 IV 34

⁸¹ vgl. dazu auch BÄTTIG (Fn. 28), S. 133

Der verdeckte Fahnder wurde bislang in der Regel für Drogenscheinkäufe oder ähnliches eingesetzt. Bei mehreren oder längeren Einsätzen bestand die Möglichkeit, den VF in einen bewilligungspflichtigen Einsatz nach BVE zu überführen.

Seit dem BGE 134 IV 266 ist fraglich, ob der Einsatz von verdeckten Fahndern überhaupt noch zulässig ist. Das Bundesgericht scheint es eher zu verneinen.

Als einzige denkbare Einsatzmöglichkeit kommt unter Beachtung des BGE 134 IV 266 lediglich noch der isolierte Scheinkauf nach Art. 23 BetmG in Frage, bei dem der verdeckte Fahnder sich im Drogenmilieu aufhält, auf ein bestehendes Angebot eingeht und Drogen annimmt. Eine aktive Kontaktaufnahme mit einem Drogenhändler wäre im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht mehr möglich.

Nachdem das Bundesgericht nun jedes Anknüpfen von Kontakten mit einer verdächtigen Person zu Ermittlungszwecken durch einen nicht als solchen erkennbaren Polizeibeamten als verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE definiert, stellt sich die Frage ob gerade im Bereich der Drogenscheinkäufe durch verdeckte Fahnder eine Gesetzeslücke entstanden ist.

Der Einsatz eines verdeckten Ermittlers ist nach Art. 4 Abs. 2 lit. e BVE nur bei Vorliegen einer qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zulässig. Bei den üblichen Drogenaufkäufen – auch Scheinkäufe genannt – welche gerade im Bereich der Bekämpfung der Betäubungsmittelgassenkriminalität eine wirksame Ermittlungsmethode darstellen, handelt es sich in aller Regel nicht bereits um bekanntermassen qualifizierte Widerhandlungen, so dass eine genehmigungspflichtige verdeckte Ermittlung nicht möglich wäre.

Dies wiederum würde bedeuten, dass gerade eben die Bestellung einer gassenüblichen Menge Betäubungsmittel bei einem bekannten Drogenhändler durch die Polizei nicht mehr zulässig wäre.

Damit würde der Geltungsbereich von Art. 23 Abs. 2 BetmG lediglich auf die Annahme von Drogen durch einen Polizeibeamten ohne weitergehende Ermittlungshandlung geschrumpft. Im gesamten gesetzgeberischen Prozess finden sich keine Hinweise, wonach der Gesetzgeber eine gewisse aktive Einwirkung des Polizeibeamten im Rahmen eines Drogenkaufes auf den Drogenhändler verneint oder gar verbietet. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat eigentlich klar gezeigt, dass die Scheinkäufer keinesfalls nur passiv bleiben müssen, sofern sie lediglich einen bereits vorhandenen Tatentschluss konkretisieren. Genau gesagt, wenn der Drogenverkauf nicht an den Scheinkäufer der Polizei, gleichermassen ohnehin an eine andere Person erfolgt wäre. Wesentlich ist jedoch, dass konkrete Hinweise bestehen, wonach der mutmassliche Drogenverkäufer bereits mit Betäubungsmittel Handel treibt.

Zusammenfassend ist m.E. deshalb davon auszugehen, dass Drogenscheinkäufe im Sinne von Art. 23 BetmG durch verdeckte Fahnder weiterhin zulässig sind, solange die Einwirkung deutlich unter dem Anwendungsbereich des BVE bleibt. Dies dürfte sodann auch im Sinne des Gesetzgebers gewesen sein.

Daran ändert auch das von der Verteidigung regelmässig geltend gemachte und im gesamten Strafprozess geltende Täuschungsverbot nichts. In Drogenkreisen ist es üblich, dass nicht mit

richtigen Namen operiert und entsprechende Über- oder Spitznamen auch nicht hinterfragt werden. Das heisst, dass bei praktisch allen Drogengeschäften ganz offensichtlich und auch beabsichtigt getäuscht wird, damit die illegalen Geschäfte in aller Anonymität abgewickelt werden können. Folglich kann auch einem Polizeibeamten der unter falschem Namen Drogen zu Ermittlungszwecken bei einem bekannten Drogenhändler bestellt, nicht unterstellt werden, er verstosse mit der falschen Namensangabe oder Nennung eines Übernamens gegen das Täuschungsverbot.

In welcher Form verdeckte Fahnder weiterhin eingesetzt werden können, wird die Rechtsprechung zeigen.

4.1.4. Der verdeckte Ermittler (VE)

Bis anhin wurde einhellig davon ausgegangen, dass die verdeckte Ermittlung zum Zweck hat, mit Angehörigen der Polizei, die nicht als solche erkennbar sind, in ein kriminelles Umfeld einzudringen und damit beizutragen, besonders schwere Straftaten aufzuklären. Der verdeckte Ermittler wird durch eine Führungsperson der Polizei geführt, er ist beamtet, der Staat beauftragt und haftet für das Fehlverhalten. Der verdeckte Ermittler kann legendiert werden, er sagt im Verfahren vor Gericht aus, die Ernennung und im Strafverfahren auch der Einsatz sind bewilligungspflichtig.⁸²

4.1.5. Definition des verdeckten Ermittlers nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung

Das Bundesgericht hat im Entscheid 134 IV 266 vom 16. Juni 2008 ausgeführt, dass das BVE, wie auch schon der bundesrätliche Entwurf, keine Definition der verdeckten Ermittlung beinhaltet, was stets zu Abgrenzungs- und Verständnisschwierigkeiten führe.

Deshalb wurde im erwähnten Entscheid festgestellt, dass mangels einer klaren, abweichenden Regelung im BVE im Zweifelsfall davon auszugehen sei, dass jedes Anknüpfen von Kontakten mit einer verdächtigen Person zu Ermittlungszwecken durch einen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen eine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE darstelle und unter den Anwendungsbereich dieses Gesetzes falle⁸³.

Damit hat das Bundesgericht zwar möglicherweise eine klare Regelung vorgenommen, jedoch nicht in einer Art und Weise, die auf die bisherige Praxis der Polizei und Staatsanwaltschaften Rücksicht nimmt. Was sodann verständlicherweise zur Frage führt, ob einerseits heute überhaupt noch effizient verdeckt ermittelt werden kann und andererseits ob die verdeckte Ermittlung nun endlich klar geregelt ist oder nach wie vor ein heikles Unterfangen darstellt.⁸⁴

⁸² HANSJAKOB (Fn. 15), S. 97

⁸³ BGE 134 IV 266, E. 3.7

⁸⁴ vgl. auch Ziff. 7.2

4.2. Abgrenzungskriterien nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung

4.2.1. Allgemeines

Das Bundesgericht hat in besagtem BGE 134 IV 266 verschiedene Kriterien zur Abgrenzung, ob eine bewilligungspflichtige verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE vorliegt oder nicht, definiert.

4.2.2. Tatverdacht

Im Sinne von Art. 4 BVE kann eine verdeckte Ermittlung angeordnet werden, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, besonders schwere Straftaten – welche nachfolgend in Abs. 2 abschliessend aufgezählt werden – seien begangen worden oder sollen voraussichtlich begangen werden.

Mit diesem Wortlaut hat der Gesetzgeber und auch das Bundesgericht im Entscheid 134 IV 266, E. 4.3.1 klargestellt, dass sich der Ausgangsverdacht, der eine polizeiliche verdeckte Ermittlung im Vorfeld eines Strafverfahrens ermöglicht, nur auf Straftaten, nicht aber bereits auf identifizierte Straftäter beziehen muss. Damit ist klar, dass es zulässig und nach BVE bewilligungsfähig ist, sich verdeckt in einer Szene zu bewegen, in der mutmasslich gewissen Straftaten begangen werden, ohne dass bereits ein Anfangsverdacht gegen eine bestimmte Person besteht.

Unbestritten dürfte jedoch sein, dass bei bewilligungspflichtigen Einsätzen innerhalb eines Strafverfahrens ein dringender Tatverdacht gegen eine individualisierbare Person vorliegen muss, weil für die Eröffnung einer Strafuntersuchung und Anordnung von Zwangsmassnahmen einer dringender Tatverdacht und nicht nur ein Verdacht vorzuliegen hat.

4.2.3. Kriminelles Umfeld

Das Bundesgericht hat im erwähnten Entscheid weiter festgestellt, dass das BVE im Unterschied zum bundesrätlichen Entwurf in Art. 1⁸⁵ einen Zweckartikel enthält, der besagt, dass verdeckte Ermittlung nach diesem Gesetz zum Zweck hat, mit Angehörigen der Polizei, die nicht als solche erkennbar sind, in ein kriminelles Umfeld einzudringen und damit beizutragen, besonders schwere Straftaten aufzuklären.

Daraus lasse sich jedoch nicht ableiten, dass eine verdeckte Ermittlungstätigkeit nur dann als verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE zu qualifizieren sei, wenn dabei in ein kriminelles Umfeld eingedrungen werde. Das Eindringen in ein kriminelles Umfeld sei kein Definitionsmerkmal des Begriffes der verdeckten Ermittlung, weil es kaum bestimmbar und daher ohnehin hierfür nicht geeignet sei.⁸⁶

Damit scheidet das Kriterium des Eindringens in ein kriminelles Umfeld zur Definition der verdeckten Ermittlung nach BVE aus.

⁸⁵ Art 1. des Entwurfes, BBI 1998 4317

⁸⁶ BGE (Fn. 29) E 3.2.

4.2.4. Zeitliche Dauer

Ebenfalls als nicht taugliches Kriterium zur Abgrenzung hat das Bundesgericht die zeitliche Dauer des Einsatzes eingestuft⁸⁷. Richtigerweise hat es festgestellt, dass die Einsatzdauer von Zufälligkeiten und der Art der aufzuklärenden Straftat abhängt. Obwohl die Eingriffsintensität bei kurzen Einsätzen oder gar einmaligen Treffen deutlich weniger hoch ist, scheint die Feststellung, dass die Einsatzdauer kein zulässiges Kriterium darstellt doch plausibel. Es können durchaus auch bei einmaligen Kontaktaufnahmen Handlungen des verdeckten Ermittlers erfolgen, die es rechtfertigen den Einsatz unter den Anwendungsbereich des BVE zu stellen.

Damit ist nachvollziehbar, dass auch die zeitliche Dauer des Einsatzes nicht alleine als taugliches Abgrenzungskriterium betrachtet werden kann.

4.2.5. Legendierung und Vertraulichkeitszusage

Das BVE sieht in Art. 6 die Möglichkeit vor, einen verdeckten Ermittler mit einer Legende auszustatten die seine Identität verändert. Ebenso kann ihm zugesichert werden, dass seine wahre Identität im Gerichtsverfahren nicht preisgegeben wird. Ausgenommen davon sind die Bestimmungen in Art. 23 BVE, wonach der zuständige Richter die Bekanntgabe der wahren Identität verlangen kann, ohne diese Angaben in die Akten aufzunehmen.

Der Wortlaut stellt klar, dass es sich um eine Kann-Möglichkeit handelt und dem Schutz des verdeckten Ermittlers dient. Es bedarf keiner weiteren Interpretation, wonach dieses Kriterium eine mögliche Abgrenzung zur verdeckten Ermittlung darstellen könnte. Dies würde bedeuten, dass jeweils ohne Legendierung die Vorgaben des BVE ohne weiteres umgangen werden können.

Hingegen ist klar, dass eine Legendierung nur bei einem unter das BVE fallenden Einsatz überhaupt möglich ist.

4.2.6. Die Täuschungs-, Handlungs- und Eingriffsintensität

Die Lehre schien bereits vor dem Entscheid BGE 134 IV 266 einhellig der Meinung gewesen zu sein, dass nicht jede verdeckte Handlung der Polizei als verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE angesehen werden kann. Eine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE setzt begriffsnotwendig jedenfalls ein gewisses Mass an Täuschungs- und/oder Handlungs- und Eingriffsintensität voraus. Wenn dieses gewisse Mass nicht erreicht ist, liegt auch keine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE vor⁸⁸.

Das Bundesgericht vertritt nun die Auffassung⁸⁹, dass das Kriterium der gewissen Täuschungs- und/oder Handlungs- und Eingriffsintensität äussert vage sei, der Anwendungsbereich des BVE sich jedoch nach klaren und einfachen Kriterien bestimmen lassen müsse. Ausserdem seien in den Bestimmungen des BVE keine hinreichenden Anhaltspunkte ersichtlich, wonach eine ver-

⁸⁷ BGE 134 IV 266, E.3.5.2

⁸⁸ a.a.O., E.3.6.2

⁸⁹ a.a.O., E.3.6.3

deckte Ermittlung nur dann als verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE zu qualifizieren sei, wenn sie ein gewisses Mass an Täuschungs- und/oder Handlungs- und Eingriffsintensität aufweise.

Massgebend ist gemäss Bundesgericht nicht der betriebene Täuschungsaufwand, sondern der Umstand, dass der Verdächtige überhaupt getäuscht werde, weil der mit ihm zu Ermittlungszwecken kommunizierende Polizeibeamte nicht als solcher erkennbar sei. Allein schon wegen dieser Täuschung unterliege die verdeckte Ermittlung in jeden Fall einer besonderen gesetzlichen Regelung, ganz unabhängig davon, welche Eingriffsintensität die verdeckte Ermittlung im konkreten Einzelfall aufweise.⁹⁰

Damit stellt das Bundesgericht in der entscheidenden Frage, ob jeder Einsatz eines Polizeibeamten, der sich nicht als solcher zu erkennen gibt, unter das BVE falle, allein auf das Kriterium der Täuschung ab.

Dabei übersieht es aber offenbar, dass sowohl der Bundesrat wie auch das Parlament explizit gegen die Streichung von Art. 23 Abs. 2 BetmG opponiert hat, weil auch anderen Fahndern in zivil, die nicht als verdeckte Ermittler eingesetzt sind, die Möglichkeit geboten werden soll, zu Ermittlungszwecken ihnen angebotene Drogen anzunehmen. Und zwar als Fahnder in zivil ohne Nennung von Namen und Funktion.⁹¹

HANSJAKOB hat sodann auch zu Recht kritisiert⁹², dass das Kriterium des Vertrauens bei dieser Definition überhaupt keine Rolle spiele. Ein längerer VE-Einsatz sei nicht deshalb schon heikel, weil sich die Zielperson über die wahren Absichten des verdeckten Ermittlers täusche, sondern weil sie sich wegen des Vertrauensverhältnisses, das zwischen ihr und dem Ermittler entsteht, möglicherweise anders verhält, als sie sich gegenüber einem beliebigen Dritten verhalten würde.

Bereits in BGE 112 Ia 21 wurde als entscheidendes Kriterium hervorgehoben, dass durch die Einflussnahme des verdeckten Ermittlers die Tatbereitschaft der Zielperson geweckt und diese dadurch zu strafbarem Verhalten verleitet werde. Auch BÄTTIG will massgeblich auf das Kriterium des Vertrauens abstellen.⁹³

Wenn sich die Zielperson allerdings gegenüber einem beliebigen Dritten genau gleich verhalten würde wie gegenüber dem verdeckt auftretenden Polizeibeamten, sich keine Gedanken zu den näheren Beweggründen des Gegenübers macht und deshalb auch nicht die Gefahr besteht, dass sich die Zielperson beeinflussen lässt, ist nicht einzusehen, weshalb sie besonderen Schutz geniessen soll.⁹⁴

⁹⁰ BGE 134 IV 266, E. 3.6.4

⁹¹ vgl. auch Ziff. 2.2.2 und 4.1.3

⁹² HANSJAKOB (Fn. 47), S. 364

⁹³ vgl. BÄTTIG (Fn. 28) S. 131

⁹⁴ so auch HANSJAKOB (Fn. 47) S. 364

Bekanntlich will jeder Straftäter, der über Drogen oder Diebesgut verfügt, dieses möglichst rasch gegen Geld an den Mann bringen; und zwar ohne besondere Vorsicht oder dem vorherigen Aufbau eines Vertrauensverhältnisses. Die Erfahrung hat ausserdem gezeigt, dass Drogenhändler gerade auf der Gasse, in Asylantenheimen oder am Bahnhof bereit sind mit jedem das Geschäft abzuschliessen. Es ist deshalb nicht ersichtlich, wieso ein solches Geschäft unter das BVE fallen soll, wenn es rein vom Zufall abhängt, ob es sich beim Drogenkäufer um einen Konsumenten oder einen nicht als solchen erkennbaren Polizeibeamten handelt. Meist ist ja nicht einmal eine Lüge, geschweige dann besondere List erforderlich um die Zielperson zu täuschen, weil sich der Drogenverkäufer weder nach dem Namen noch nach der Funktion seines Gegenübers erkundigt.

Zwar ist zutreffend, dass in aller Regel Drogenhändler nicht annehmen, es handle sich bei ihrem Gegenüber um einen Polizeibeamten, und dass sie sich nicht gleich verhalten würden, wenn sie es wüssten. Bekanntlich finden in der Drogenszene regelmässig Betäubungsmittelverkäufe an verschiedensten Orten an Konsumenten statt, die der Drogenhändler weder kennt, geschweige dann vorher jemals gesehen hat. Das heisst, jeder Delinquent muss ohnehin damit rechnen, dass er möglicherweise von seinem Geschäftspartner verraten werden könnte. Weshalb man sich zu Recht die Frage stellen muss, ob das Vertrauen des Delinquenten in sein Gegenüber, er werde nichts zur Aufklärung der Straftat beitragen, so besonders schutzwürdig ist, dass rechtsstaatliche Sicherungen, vorliegend im Rahmen der Vorschriften des BVE, wirklich nötig sind?

Eigentlich besteht m.E. kein Unterschied zwischen einem Drogenkonsumenten, welcher der Polizei, aus welchem Grund auch immer, von einem Drogenkauf berichtet und damit den Verkäufer einem Strafverfahren zuführt und einem verdeckten Polizeibeamten, der einen Drogenkauf tätigt, der ohnehin stattgefunden hätte, und der Straftäter damit überführt wird.

Wenn das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid die Absicht hatte, polizeiliche Scheinkäufe oder andere bisher in der Praxis getätigte verdeckte Fahndungen, durchwegs zu verbieten, wird die Polizei wieder vermehrt auf Informanten⁹⁵ und Vertrauenspersonen⁹⁶ zurückgreifen müssen, weil diese nicht unter einer Scheinidentität auftreten und damit auch keine Täuschung erfolgt. Dies insbesondere bei Straftaten die nicht im Deliktskatalog des BVE aufgeführt und damit auch nicht bewilligungsfähig sind. Dass damit ein rechtsstaatlicher Rückschritt verbunden wäre, ist offensichtlich. Zumal gerade eben solche Hinweise und Informationen nicht aktenkundig gemacht werden und für die Verteidigung nur schwerlich nachvollziehbar sind. Hingegen wurden gerade zum Beispiel Drogenscheinkäufe durch verdeckte Fahnder stets lückenlos und nachvollziehbar dokumentiert.

Anders ist die Situation zu beurteilen, wenn zum Beispiel ein regelmässiger Drogenkäufer, zu welchen der Drogenhändler bereits ein Vertrauensverhältnis aufgebaut hat, einen Polizeibeamten zum Treffen mitnimmt oder an Händler an den verdeckten Polizeibeamten vermittelt und dadurch signalisiert, es handle sich beispielsweise um einen vertrauenswürdigen Bekannten.

⁹⁵ Vgl. Ziff. 4.1.1

⁹⁶ Vgl. Ziff. 4.1.2

Hier setzt die Polizei quasi den Konsumenten als Vertrauensperson ein um Kontakte zum Drogenhändler zu knüpfen. Das heisst, man beabsichtigt konkret die mutmassliche Zielperson zu täuschen, namentlich indem als Begleitperson des Konsumenten ein Polizeibeamter erscheint, was von der Zielperson in einer solchen Konstellation kaum erwartet wird. Ein solches Vorgehen bedarf in aller Regel auch mehrerer Treffen, um zwischen dem Kollegen des Konsumenten, namentlich dem verdeckten Polizeibeamten und der Zielperson ein gewisses - wenn auch nur geringes – Vertrauensverhältnis aufzubauen.

Ein solches Vorgehen überschreitet m.E. infolge der erhöhten Täuschungsintensität die verdeckte Fahndung und damit den Anwendungsbereich von Art. 23 Abs. 2 BetmG und ist klar als verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE zu qualifizieren.

5. Zum Verwertungsverbot rechtswidrig erlangter Beweismittel im Rahmen des BVE

5.1. Infolge fehlender Genehmigung

Gemäss Art. 18 Abs. 5 BVE dürfen die durch die verdeckte Ermittlung gewonnenen Erkenntnisse weder für weitere Ermittlungen noch zum Nachteil einer beschuldigten Person verwendet werden, wenn der Einsatz nicht genehmigt oder keine Genehmigung eingeholt wurde.

Diese Bestimmung bezieht sich angesichts ihrer Stellung im Gesetz auf den Einsatz des verdeckten Ermittlers in einem Strafverfahren (Art. 14 ff. BVE) und somit auf die gemäss Art. 17 BVE für diesen Einsatz notwendige richterliche Genehmigung. Welche Folgen sich hinsichtlich der Verwertbarkeit von Erkenntnissen bei Einsätzen im Vorfeld eines Strafverfahrens ergeben, wenn es an der insoweit allein notwendigen richterlichen Genehmigung der Ernennung zum verdeckten Ermittler (Art. 7 BVE) fehlt, ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt.

Das Bundesgericht vertritt indessen die Auffassung, dass diese Regelung auch für verdeckte Ermittlungen im Vorfeld eines Strafverfahrens gelte. Das eine entsprechende Regelung im Gesetz fehle beruhe nicht auf ein Versehen des Gesetzgebers, sondern sei vielmehr damit zu erklären, dass der Gesetzgeber es als selbstverständlich voraussetze, dass als verdeckte Ermittlungen zu qualifizierende Einsätze im Vorfeld eines Strafverfahrens, die als solche keiner richterlichen Genehmigung bedürfen, erst beginnen, nachdem der ermittelnde Polizeiangehörige vorschriftsgemäss zum verdeckten Ermittler ernannt (Art. 5 BVE) und die für diese Ernennung notwendige richterliche Genehmigung (Art. 7 BVE) im hierfür vorgesehenen Genehmigungsverfahren (Art. 8 BVE) erteilt worden sei.

„Das Fehlen der notwendigen richterlichen Genehmigung eines Einsatzes im Strafverfahren im Sinne von Art. 17 BVE führe gemäss Art. 18 Abs. 5 BVE zu einem Beweisverwertungsverbot, dann müsse a fortiori auch das Fehlen der notwendigen richterlichen Genehmigung der Ernennung zum verdeckten Ermittler im Sinne von Art. 7 BVE diese Konsequenz haben.“⁹⁷

⁹⁷ BGE 134 IV 266, E.5.2

Es stellt sich nun die Frage, ob auch im Rahmen des BVE, die nicht gesetzeskonform erlangten Beweismittel ausnahmsweise verwertet werden dürfen, wenn das Beweismittel an sich zulässig und auf gesetzmässigem Weg erreichbar und mithin nicht verboten gewesen wäre. Dies ist grundsätzlich zu bejahen, wenn im Nachhinein festgestellt wird, dass die verdeckte Ermittlung bewilligungsfähig gewesen wäre.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dürfen in Fällen schwerer Kriminalität unter Umständen selbst nicht gesetzeskonform erlangte Beweise ausnahmsweise verwertet werden, sofern das Beweismittel an sich zulässig und auf gesetzmässigem Weg erreichbar, mithin nicht verboten gewesen wäre. Vorzunehmen ist insoweit eine Güterabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Wahrheitsfindung und dem privaten Interesse der angeklagten Person, dass der fragliche Beweis unterbleibt.⁹⁸

Für eine solche Interessenabwägung besteht jedoch kein Raum, wenn das Gesetz ausschliesslich von der Unverwertbarkeit der Beweismittel ausgeht, was vorliegend in Art. 18 Abs. 5 BVE der Fall ist. Hier wird explizit festgehalten, dass Erkenntnisse durch eine verdeckte Ermittlung, die ohne erforderliche richterliche Genehmigung durchgeführt worden sei, nicht für weitere Ermittlungen oder zum Nachteil einer beschuldigten Personen verwendet werden dürfen.

Von der Unverwertbarkeit solcher rechtswidrig erlangter primärer Beweismittel geht auch die herrschende Lehre aus⁹⁹.

Das Bundesgericht hat im Rahmen ihrer neuesten Rechtsprechung festgehalten, dass bei einer unter das BVE fallenden Ermittlungstätigkeit im Falle einer fehlenden Genehmigung, für die Abwägung der auf dem Spiel stehenden öffentlichen und privaten Interessen kein Spielraum mehr bleibe, was sodann nachvollziehbar ist und auch nicht beanstandet werden kann.¹⁰⁰

Damit ist klar, dass gestützt auf derartige Erkenntnisse keine weiteren Ermittlungshandlungen folgen dürfen. Ebenso ist auch die Eröffnung einer Strafuntersuchung ausgeschlossen, um nachfolgend nach kantonalem Recht weitere Zwangsmassnahmen anordnen zu können.

Den gleichen Gesetzeswortlaut übernimmt übrigens auch die schweizerische Strafprozessordnung in Art. 288 Abs. 6. So das inskünftig die Regelungen betreffend der Verwertbarkeit in diesem Bereich bestehen bleiben wird.

5.2. Infolge Überschreitung des Masses der zulässigen Einwirkung

Bei dieser Beurteilung ist zunächst zu beachten, dass es sich um eine spezifische Form eines unrechtmässig erlangten Beweismittels handelt. Die Besonderheit der verdeckten Ermittlung be-

⁹⁸ BGE 131 I 272 E. 4.1 mit weiteren Hinweisen

⁹⁹ Niklaus SCHMID, Verwertung von Zufallsfunden und Verwertungsverbote nach dem neuen Bundesgesetz über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [BÜPF], ZStrR 120/2002, S. 312 f.; HANSJAKOB, a.a.O., Art. 9 BÜPF N. 48 ff.; Niklaus RUCKSTUHL, Rechtswidrige Beweise erlaubt; in: Forum Strafverteidigung, Beweismangel und Verwertungsverbot, Plädoyer, Beilage Dezember 2006, S. 20 ff.

¹⁰⁰ BGE (Fn. 29), E. 5.2

steht darin, dass dabei auf das später zu beurteilende Tatgeschehen selbst Einfluss genommen wird. Insofern, als dabei durch Kontaktierung einer zur Begehung einer Straftat mutmasslich bereiten Person (Zielperson) auf deren Willensbildung oder Willensbetätigung Einfluss genommen wird, liegt es sachlich gesehen nahe, die Folgen allfälliger Überschreitungen der gesetzlichen Regeln (konkret des Verbots der Förderung des konkreten Tatvorsatzes) nicht auf der Stufe der Abklärung des Sachverhaltes (also durch ein Beweisverbot), sondern im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens bei der Strafzumessung zu regeln.

Dies ist auch der Lösungsansatz, welchem der eidgenössische Gesetzgeber beim Erlass des Bundesgesetzes über die verdeckte Ermittlung gefolgt ist:

Art. 10 Abs. 4 BVE bestimmt, dass das Überschreiten der Schranken des zulässigen Verhaltens durch den verdeckten Ermittler bei der Strafzumessung für die beeinflusste Person gebührend zu berücksichtigen ist; gegebenenfalls ist von Strafe ganz abzusehen. Bei dieser Betrachtungsweise ist die Frage nach der Verwertbarkeit der Beweise vom Gesetz implizite bereits (positiv) beantwortet; die Rechtsfolgen der übermässigen Einwirkung auf den Willen der Zielperson setzen erst (und ausschliesslich) auf der Ebene der Strafzumessung (bzw. Strafbefreiung) ein.

Die nämliche Regelung liegt sodann auch dem Entwurf zu einer schweizerischen Strafprozessordnung¹⁰¹ zu Grunde, in die das BVE dereinst integriert werden soll.¹⁰²

In verschiedenen Kreisen hat diese sogenannte Strafzumessungslösung zu kontroversen Diskussionen Anlass gegeben. Hier vertritt vor allem ALBRECHT¹⁰³ die Auffassung, dass dieser Entscheid nicht mit dem Urteil des EGMR vom 9.6.1998 in Einklang zu bringen sei, der explizit festhalte, dass das öffentliche Interesse nicht den Gebrauch von Beweismitteln zu rechtfertigen vermöge, die als Ergebnis polizeilicher Provokationen gewonnen worden seien.¹⁰⁴

Gerade aus den Reihen der Strafverteidiger wird regelmässig gefordert, dass unerlaubte Tatprovokationen konsequenterweise mit einem Beweisverwertungsverbot zu belegen seien. Eine Berücksichtigung der Überschreitung des Masses der zulässigen Einwirkung sei nur schwierig im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen.

Solche prozessualen Folgen seien zudem unerlässlich, wenn man das Provokationsverbot wirksam durchsetzen wolle. Solange nämlich ein Drogenhändler trotz staatlicher Provokation seiner Tat verfolgt werden dürfe und lediglich eine Strafreduktion in Frage komme, könne sich eine illegale Anstiftung für die staatlichen Behörden immer noch „lohnen“, zumal die Polizeibeamten in der Praxis kaum mit einer Bestrafung rechnen müssten.

¹⁰¹ vgl. Art. 292 Abs. 4 des Entwurfs; BBl 2006, S. 1479

¹⁰² so auch das Kassationsgericht ZH, Entscheid AC060016/U/Ia vom 27.12.2006

¹⁰³ ALBRECHT, Anmerkung zur verdeckten Ermittlung in Verfahren wegen Widerhandlung gegen das BetmG, Februar 2007, Betäubungsmittelstrafrecht Uni Basel, Beilage 10, S. 8

¹⁰⁴ EGMR StV 1999, 128, Ziff. 36

Im Wesentlichen gilt es wohl zu unterscheiden, ob eine im Grundsatz unzulässige Tatprovokation im Sinne eines „agent provocateur“ vorliegt, oder lediglich die zulässige Einwirkung des verdeckten Ermittlers überschritten wurde.

Das heisst, wird die Zielperson vom verdeckten Ermittler zur Begehung der in Frage stehenden Delikte angestiftet, die sich sodann auch ohne dazutun des verdeckten Ermittlers nicht ergeben hätten, liegt eine unzulässige Anstiftung vor. Folgerichtig hat das Bundesgericht dann auch festgehalten, dass derartige Fahndungs- und Ermittlungsmethoden unredlich seien und gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit sowie gegen die Maxime der Fairness bzw. des gerechten Verfahrens verstossen.¹⁰⁵

Liegt eine unzulässige Tatprovokation vor, kommt deshalb lediglich ein Beweisverwertungsverbot in Frage und die beschuldigte Person ist freizusprechen.

Überschreitet der verdeckte Ermittler die Grenzen der zulässigen Einwirkung auf die Zielperson, ohne dass eine eigentliche Tatprovokation vorliegt, ist dies im Rahmen der Strafzumessung entsprechend zu berücksichtigen.

Dasselbe gilt auch für tatprovozierendes Verhalten ausserhalb des Anwendungsbereiches einer verdeckten Ermittlung im Sinne des BVE, namentlich beim Scheinkauf nach Art. 23 Abs. 2 BetrMG durch einen verdeckten Fahnder.¹⁰⁶

6. Verdeckte Ermittlung im Widerspruch zum Grundsatz des fairen Verfahrens (Fair Trial)

6.1. Allgemeines

Im Rahmen eines vom BGH mit Urteil vom 26. Juli 2007¹⁰⁷ konkret beurteilten Fall, soll hier aufgezeigt werden, wo die Grenzen der verdeckten Ermittlung liegen und was deren Überschreitung für prozessuale Folgen mit sich bringen. Daraus auszugsweise:

6.2. Regeste

„Nach den Feststellungen der Staatsanwaltschaft betäubte der Angeklagte am 1. August 2002 in seiner Wohnung auf Mallorca ein 15 Jahre altes Mädchen, das danach verstarb. Von zentraler Bedeutung für die Beweiswürdigung der Strafkammer zur Täterschaft des Angeklagten waren dessen Angaben gegenüber einem Verdeckten Ermittler und seine Aussagen in einer anschliessend von Kriminalbeamten durchgeführten Beschuldigtenvernehmung. Mit einer Beschwerde an den Bundesgerichtshof hat der Angeklagte geltend gemacht, dass die gegenüber dem verdeckten Ermittler gemachten Angaben unverwertbar seien, was sodann vom Bundesgerichtshof im vorliegenden Urteil auch bejaht wurde.

¹⁰⁵ BGE 124 IV 41

¹⁰⁶ vgl. auch Entscheid Anklagekammer St. Gallen, 25. Februar 2009, AK.2009.60; <http://www.gerichte.sg.ch>

¹⁰⁷ BGH 3 StR 104/07

6.3. Sachverhalt

Im Januar 2003 leitete die Staatsanwaltschaft gegen den Angeklagten, der sich zu dieser Zeit in anderer Sache in Haft befand, ein Ermittlungsverfahren wegen Mordverdachts ein. Der Angeklagte, der durch Presseberichte von dem gegen ihn bestehenden Verdacht erfahren hatte, bestritt gegenüber einem Kriminalbeamten die Tat und teilte mit, er werde auf Anraten seines Verteidigers von seinem Schweigerecht Gebrauch machen und erst nach Akteneinsicht umfassend aussagen. Zu einer förmlichen Vernehmung des Angeklagten kam es zunächst nicht.

Nachdem sich der gegen den Angeklagten bestehende Verdacht trotz umfangreicher polizeilicher Ermittlungen nicht hatte erhärten lassen und weitere erfolgversprechende Ermittlungsansätze nicht bestanden, genehmigte das Amtsgericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft mit Beschluss vom 28. Oktober 2003 den Einsatz eines Verdeckten Ermittlers. Die Genehmigung wurde mehrfach verlängert. Aufgrund der Beschlüsse wurde vom 16. Dezember 2003 bis 7. Januar 2005 ein Verdeckter Ermittler gegen den Angeklagten eingesetzt. Ein erster Gesprächskontakt fand im Rahmen eines arrangierten Gefangenentransportes statt. In der Folgezeit besuchte der verdeckte Ermittler den Angeklagten bis Anfang Januar 2005 dreizehnmal in der Justizvollzugsanstalt. Später begleitete er ihn auf zwei Ausgängen sowie zwei eintägigen Hafturlauben, die auf Initiative der Strafverfolgungsorgane bewilligt worden waren. Im Laufe der Zeit fasste der Angeklagte Vertrauen zu dem verdeckten Ermittler. Dieser war seine einzige Kontaktperson ausserhalb der Justizvollzugsanstalt; als solche benötigte der Angeklagte ihn auch für Vollzugslockerungen. Der Angeklagte erzählte dem Verdeckten Ermittler von den gegen ihn geführten Ermittlungen sowie den ihn belastenden Indizien und überliess ihm Kopien der Ermittlungsakten zur Einsichtnahme. Dabei bestritt er, die Tat begangen zu haben.

Anfang 2005 wurde dem Angeklagten ein einwöchiger Hafturlaub bewilligt. In diesem Urlaub, den er in einer ihm vom verdeckten Ermittler zur Verfügung gestellten Wohnung verbrachte, sprach dieser ihn am 6. Januar 2005 gezielt auf den Tatvorwurf an. In einem teilweise erregt geführten Gespräch bedrängte der verdeckte Ermittler den Angeklagten unter Hinweis auf das zwischen ihnen bestehende Vertrauensverhältnis, wahrheitsgemässe Angaben zu machen. Der Angeklagte, der sich im Hinblick auf die weitere Haftzeit und geplante gemeinsame Geschäfte das Vertrauen des verdeckten Ermittlers erhalten wollte, räumte schliesslich seine Täterschaft ein. Er schilderte auf zahlreiche Nachfragen des verdeckten Ermittlers Einzelheiten des Tatgeschehens, das er allerdings beschönigend darstellte, und beschrieb insbesondere detailliert die Beseitigung der Leiche sowie der Tatspuren. Am nächsten Tag ergänzte er seine Angaben. Die Gespräche wurden auf der Grundlage von Beschlüssen des Amtsgerichts abgehört und auf Tonträgern aufgezeichnet.

Nachdem der am 7. Januar 2004 vorläufig festgenommene Angeklagte über den Einsatz des verdeckten Ermittlers und die Gesprächsaufzeichnungen informiert worden war, machte er nach Belehrung über seine Rechte als Beschuldigter in einer förmlichen Vernehmung im Wesentlichen dieselben Angaben wie gegenüber dem verdeckten Ermittler. Vor der Vernehmung hatte ein Kriminalbeamter dessen Vorgehen als rechtlich einwandfrei und die dabei erlangten selbstbelastenden Äusserungen als gerichtsverwertbar bezeichnet¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Urteil BGH (Fn. 6) S. 4-6

6.4. Der Entscheid

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat festgestellt, dass der Einsatz des verdeckten Ermittlers zwar im Grundsatz nicht zu beanstanden gewesen sei. Dieser hätte jedoch den Angeklagten, der sich klarerweise auf sein Schweigerecht berufen hatte, nicht unter Ausnutzung des geschaffenen Vertrauensverhältnisses zur Aussage drängen und in einer vernehmungähnlichen Befragung zu Angaben veranlassen dürfen, die ohne die Täuschung - bei einer förmlichen Vernehmung - nicht zu gewinnen gewesen wären. Dieses Vorgehen verstosse gegen den Grundsatz, dass niemand verpflichtet sei, zu seiner eigenen Überführung beizutragen und sich selbst zu belasten.

6.5. Aus den Erwägungen des BGH

Im Wesentlichen hat der BGH festgehalten, dass es verfahrensrechtlich unzulässig gewesen sei, dass der Angeklagte – nachdem er gegenüber dem verdeckten Ermittler und auch den offen ermittelnden Polizeibeamten ausgeführt habe, dass er in Absprache mit seinem Anwalt keine Aussagen machen wolle – unter Ausnutzung des geschaffenen Vertrauens zu einer Aussage gedrängt und in einer vernehmungähnlichen Weise zu den Einzelheiten befragt werde.

Der BGH hält ausserdem fest, dass die Aussagen des Angeklagten bedenkenlos hätten verwendet werden dürfen, wenn dieser dem verdeckten Ermittler gegenüber von sich aus entsprechende Äusserungen gemacht hätte. Jedenfalls ausserhalb bestimmter Haftsituationen.¹⁰⁹

Dass ein verdeckter Ermittler nicht gehalten ist, den Beschuldigten, gegen den er eingesetzt ist, über sein Schweigerecht zu belehren, wenn dieser dazu ansetzt, über die Tat zu berichten, versteht sich aus dem Wesen des zugelassenen Einsatzes von verdeckten Ermittlern und begegnet auch mit Blick auf die verfassungsmässigen und prozessualen Rechte des Beschuldigten keinen Bedenken. Solange der verdeckte Ermittler den Beschuldigten zu selbstbelastenden Äusserungen nicht drängt oder ihm solche nicht in anderer Weise - insbesondere durch gezielte Befragungen - entlockt, dürfen diese verwertet werden. Jedenfalls unter diesen Voraussetzungen ist bei wertender Betrachtung die Situation keine andere, als wenn der Beschuldigte sich einem Freund, Bekannten oder sonstigen Dritten, denen er sein Vertrauen schenkt, in der irrigen Annahme offenbart, dieser werde die belastenden Informationen für sich behalten und nicht an die Strafverfolgungsbehörden weitergeben.

Unter den gegebenen Umständen habe die Befragung des verdeckten Ermittlers gegen den Grundsatz, wonach niemand gehalten ist, zu seiner eigenen Überführung beizutragen („nemo tenetur se ipsum accusare“), insbesondere sich selbst zu belasten, verstossen.

Diese Selbstbelastungsfreiheit zählt bekanntermassen zu den Grundprinzipien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens und bildet den Kernbereich von Art. 6 EMRK¹¹⁰, dem Grundsatz des fairen Verfahrens.

¹⁰⁹ BGHSt 34, 362; 44, 129

¹¹⁰ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten; SR 0.101

Wie bereits erwähnt, war der vom BGH zu beurteilende Sachverhalt wesentlich dadurch geprägt, dass der Angeklagte gegenüber einem Polizeibeamten erklärt hatte, er werde auf Anraten seines Verteidigers zur Zeit von seinem Schweigerecht Gebrauch machen. Wenn der Einsatz des verdeckten Ermittlers nicht schon von vornherein darauf angelegt war, so diene er jedenfalls in der entscheidenden Phase des Hafturlaubs im Januar 2005 aber gerade dazu, dem Angeklagten unter Ausnutzung der geschaffenen Vertrauensstellung Aussagen zum Tatgeschehen und seiner Beteiligung zu entlocken und durch gezielte Fragen des mit den Ermittlungsergebnissen vertrauten verdeckten Ermittlers selbstbelastende Angaben zu erhalten; auf diese Weise sollte in Verbindung mit den vorhandenen anderen Beweismitteln seine Überführung sichergestellt werden.

Erklärt der Beschuldigte in einem gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahren gegenüber den Ermittlungsbehörden schweigen zu wollen, so verdichtet sich der allgemeine Schutz, den ihm der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit bietet, in der Weise, dass die Strafverfolgungsbehörden seine Entscheidung für das Schweigen grundsätzlich zu respektieren haben. Es ist jedenfalls nicht mit dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit vereinbar, dem Beschuldigten, der sein Schweigerecht in Anspruch genommen hat, in gezielten, vernehmungsförmlichen Befragungen, die auf Initiative der Ermittlungsbehörden ohne Aufdeckung der Verfolgungsabsicht durchgeführt werden, wie etwa durch verdeckte Ermittler, selbstbelastende Angaben zur Sache zu entlocken.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in der Entscheidung "Allan v. Grossbritannien"¹¹¹ ausgeführt, dass die zum Schweigerecht und zum Schutz vor Selbstbelastungsfreiheit gehörende freie Entscheidung auszusagen oder zu schweigen, "effektiv unterlaufen werde, wenn die Behörden in einem Fall, in dem der Beschuldigte, der sich in der Vernehmung für das Schweigen entschieden hat, eine Täuschung anwenden, um dem Beschuldigten Geständnisse oder andere belastende Aussagen zu entlocken, die sie in der Vernehmung nicht erlangen konnten, und die so erlangten Geständnisse oder selbstbelastenden Aussagen in den Prozess als Beweise einführen".

Ob das Schweigerecht in einem solchen Masse missachtet wird, dass eine Verletzung von Art. 6 der Konvention vorliegt, hängt - wie der Gerichtshof weiter ausgeführt hat - zwar von den Umständen des Einzelfalls ab. Eine solche Verletzung muss aber nach den weiteren Erwägungen der Entscheidung angenommen werden, wenn der verdeckte Ermittler als Agent des Staates handelt und die fraglichen Beweise als vom diesem entlockt anzusehen sind. Dies wiederum hängt "von der Art der Beziehung zwischen dem verdeckten Ermittler und dem Beschuldigten und davon ab, ob sich das Gespräch des VE mit dem Beschuldigten als funktionales Äquivalent einer staatlichen Vernehmung darstellt."

Vorliegend hat sich der verdeckte Ermittler bei den entscheidenden Befragungen nicht einmal darauf beschränkt, das ihm von der Zielperson entgegengebrachte Vertrauen für Fragen auszunutzen, sondern diesen massiv - unter anderem mit der Ankündigung, die für ihn einzige Beziehung in die Welt ausserhalb der Vollzugsanstalt abubrechen - zu Angaben gedrängt.¹¹²

¹¹¹ EGMR StV 2003, 257; Allan v. Grossbritannien

¹¹² Urteil BGH (Fn. 7), S. 17

6.6. Zusammenfassung

Das der BGH unter diesen Umständen von einer unzulässigen Beweisgewinnung durch den verdeckten Ermittler ausgeht, scheint nicht verwunderlich. Konsequenterweise hatte dies dann auch aufgrund der gravierenden Verletzung der prozessualen Rechte ein Beweisverwertungsverbot zur Folge.

Erstaunlicherweise hat der BGH das Beweisverwertungsverbot auch auf die Aussage bei der polizeilichen Befragung erstreckt, die nach der Festnahme durchgeführt worden war. Hier hat der Angeklagte nach Vorhalt der verdeckt erhobenen Ermittlungsergebnissen die gleichen Aussagen noch einmal zu Protokoll wiederholt. Die rechtswidrige Beweisgewinnung durch den verdeckten Ermittler habe dann gemäss BGH bei der Vernehmung fortgewirkt, da die Äusserungen zum Tatgeschehen dem Angeklagten erst kurz zuvor entlockt worden seien.

„Ausserdem habe ihm ein anderer Polizeibeamter vor der Befragung erklärt, die gegenüber dem verdeckten Ermittler gemachten Aussagen seien ohnehin gerichtsverwertbar. Unter diesen Umständen könne nicht davon ausgegangen werden, dass er sich seiner Entscheidungsmöglichkeit, zur Sache auszusagen oder zu schweigen, bewusst gewesen sei“, was die Fortwirkung des Beweisverwertungsverbot zur Folge hatte.¹¹³

Dieses Urteil macht deutlich, dass verdeckte Ermittlung und das Verhalten des verdeckten Ermittlers eben durchaus Grenzen haben. Und zwar nicht einmal ausschliesslich im Rahmen der Tatbegehung bzw. der Einwirkung auf den Tatentschluss, sondern auch im Rahmen der Aufklärung einer bereits begangenen Straftat!

6.7. Fair Trial als Weichspüler?

Vor allem in den Reihen der Strafverteidiger dürfte dieses Urteil willkommen gewesen sein.

Spricht doch BOSONNET stets beim Einsatz eines verdeckten Ermittlers von einer Kontamination des Strafverfahrens, die regelmässig eine Verletzung der Regeln des fairen Verfahrens hervorrufe, das durch einen Waschgang gereinigt werden müsse. Wenn aber am Ende dieses Waschganges lediglich eine bestimmte Strafmilderung für den Angeklagten resultiere, verkomme letztlich das wertvolle Gut des fairen Verfahrens zum blossen Weichspüler, dem jegliche reinigende Kraft abgehe.¹¹⁴

¹¹³ Urteil BGH (Fn. 7) S. 18

¹¹⁴ BOSONNET (Fn. 17), S. 15

7. Schlussbemerkungen

7.1. Die derzeitige Regelung im Kanton Thurgau

Nach Vorliegen der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹¹⁵ fanden im Kanton Thurgau wesentliche Änderungen in Bezug auf den Einsatz verdeckter Ermittler und Fahnder statt, um den Anforderungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gerecht zu werden.

So hat der Polizeikommandant der Kantonspolizei Thurgau eine gewisse Anzahl Polizeibeamte quasi auf Vorrat mit deren Zustimmung zu verdeckten Ermittlern ernannt, womit sich der Kanton Thurgau für die sogenannte Vorratslösung entschieden hat.

Die Ermittler haben im Rahmen der Ernennungsverfügung eine Tarnbezeichnung in Form einer Nummer zugewiesen erhalten. Eine eigentliche Legendierung fand nicht statt. Das heisst, es wurden insbesondere auch keine Urkunden im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. a BVE hergestellt. Hingegen wurde den verdeckten Ermittlern eine Vertraulichkeitszusage, unter Vorbehalt von Art. 23 Abs. 2 BVE, erteilt.

Das Polizeikommando hat nach Ernennung die entsprechende Ernennungsverfügung mitsamt weiteren Akten im Sinne von Art. 8 Abs. 1 BVE dem Präsidenten der Anklagekammer zur Genehmigung unterbreitet. Die Ernennungen wurden nachfolgend vorbehaltlos für die Dauer von einem Jahr erteilt.

Die Genehmigungsverfügung lautet lediglich auf die Tarnbezeichnung des verdeckten Ermittlers und lässt keine Rückschlüsse auf dessen wahre Identität zu; und kann damit nach einem erfolgreichen Einsatz jederzeit zu den Straftaten genommen werden.

Damit können die ordnungsgemäss ernannten und genehmigten verdeckten Ermittler jederzeit im Vorfeld eines Strafverfahrens, aber auch im Strafverfahren selbst, nach entsprechender Bewilligung des Einsatzes, eingesetzt werden.

Vor jedem verdeckten Einsatz im Vorfeld eines Strafverfahrens, wird der verdeckte Ermittler von seiner Führungsperson zum entsprechenden Einsatz schriftlich instruiert. Im Strafverfahren geschieht dies durch den Untersuchungsrichter.

Die verdeckten Ermittler können aber auch jederzeit ausserhalb des BVE zu Einsätzen herangezogen werden, z.B. im Rahmen von Drogenscheinkäufen nach Art. 23 Abs. 2 BetmG, etc. Dies macht insofern auch Sinn, da alle verdeckten Ermittler nach deren Ernennung speziell ausgebildet und geschult wurden.

Hinzu kommt, dass sie auch im Rahmen des BVE mit der Bekämpfung des Drogenhandels beauftragt wurden, so dass auch diesem in Art. 23 Abs. 2 BetmG geforderten Kriterium Rechnung getragen wird.

¹¹⁵ BGE 134 IV 266 (Fn. 29)

Ausserdem können die verdeckten Ermittler nun regelmässig in anderen Kantonen zu Einsätzen im Vorfeld eines Strafverfahrens herangezogen werden und der Kanton Thurgau kam im Gegenzug ausserkantonale verdeckte Ermittler zu Einsätzen in Anspruch nehmen. Was wie bereits erwähnt in Ziff. 3.2 (letzter Absatz) zulässig sein muss.

Die Rechtsprechung wird zeigen, ob diese im Kanton Thurgau gefundene Lösung zum Einsatz der verdeckten Ermittler von den Gerichten getragen wird.

7.2. Fazit

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass mit dem BVE eine zumindest einheitliche Gesetzesgrundlage für die verdeckte Ermittlung geschaffen wurde, die jedoch nicht auf einer durchdachten Konzeption beruht. Gerade die Zweistufigkeit des Verfahrens mit der Möglichkeit zur verdeckten Ermittlung im Vorfeld eines Strafverfahrens hat stets zur Verwirrung geführt, weil die systematische Anordnung im Gesetz keine konsequente Umsetzung zulässt.

Die Notwendigkeit einer solchen gesetzlichen Regelung scheint aufgrund der Tätigkeit der verdeckten Ermittler, die verschiedene grundrechtliche Positionen und elementare prozessuale Rechte der Angeschuldigten beeinträchtigen, als unbestritten. Handelt es sich doch vor allem um Eingriffe in die persönliche Freiheit, konkret in Privat- und Geheimsphäre. Daneben wird auch das Recht der Aussageverweigerung verletzt, indem die Zielperson quasi unerkannt einem polizeilichen Verhör ausgesetzt wird. Problematisch ist dabei wie bereits erwähnt nicht die Heimlichkeit der Ermittlungen, sondern die täuschende Einflussnahme der Beamten auf die Willensbildung der Zielperson.

Ebenfalls unerklärlich sind wie bereits erwähnt, die unterschiedlichen Deliktskataloge zwischen BVE und BÜPF, obwohl gerade diese Überwachungsmethoden regelmässig gleichzeitig eingesetzt werden müssen.

Im Urteil 134 IV 266 hat das Bundesgericht offenbar versucht, die vom EJPD bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes angekündigte Klarheit zu schaffen, und dabei jedoch einen in verschiedener Hinsicht heiklen Entscheid gefällt.

Wenn es wie das Bundesgericht festhält, lediglich auf die Täuschung der Zielperson ankommt, und zwar unabhängig derer Intensität, sind künftig jegliche auch noch so banale und kurze Einsätze von verdeckt operierenden Polizeibeamten nicht mehr oder nur noch mit Genehmigung nach BVE möglich. Dabei ist gerade bei solchen Einsätzen das Bedürfnis nach rechtsstaatlichen Sicherungen in keiner Art und Weise erkennbar.¹¹⁶

Ganz abgesehen davon, dass mit diesem Entscheid im Betäubungsmittelbereich faktisch die Anwendbarkeit von Art. 23 Abs. 2 BetmG ausser Kraft gesetzt wurde, obwohl der Gesetzgeber bei der Schaffung des BVE explizit daran festhielt.

¹¹⁶ so auch HANSJAKOB (Fn. 47), S. 365

Gerade im Bereich der in der Praxis häufiger als verdeckten Ermittler eingesetzten verdeckten Fahnder, ist dadurch eine deutliche Ungewissheit über deren Zulässigkeit entstanden. Wurden doch verdeckte Fahnder regelmässig eingesetzt, um zum Beispiel öffentlich angebotenes Diebesgut aufzukaufen, ohne sich dabei als Polizeibeamte zu erkennen zu geben. Dies wäre im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht mehr zulässig, weil auch hier unbestrittenermassen eine Täuschung stattfindet, die nun eben als alleiniges Kriterium zur Abgrenzung, ob eine bewilligungspflichtige verdeckte Ermittlung vorliegt oder nicht, gelten soll. Das die Intensität der Täuschung in einem solchen Fall derart gering, geradezu vernachlässigbar ist, scheint ebenfalls klar.

Zusammenfassend hat das Bundesgericht nicht einmal primär im Bereich der verdeckten Ermittlung sonder eher im Bereich der verdeckten Fahndung einen für die Praxis kaum mehr machbaren Entscheid gefällt.

Hier gilt es noch hervorzuheben, dass der kriminalistische Nutzen der „klassischen“ verdeckten Ermittlung aufgrund der bisher nicht verfügbaren Daten, nicht belegt werden kann. Gerade im Bereich der verdeckten Fahndung jedoch in den letzten Jahren nachgewiesenermassen klare Erfolge erzielt werden konnten. Haben doch gerade die von verdeckten Fahndern getätigten Drogenscheinkäufe dazu geführt, dass die Betäubungsmittelhändler nicht mehr aggressiv jeden Passanten ansprechen, den sie für einen potenziellen Kunden halten.¹¹⁷ Im Kanton Thurgau haben gerade Drogenscheinkäufe in verschiedenen Asylbewerberheimen dazu geführt, dass diese nicht mehr im Minutentakt von Drogenkonsumenten aufgesucht werden und damit fast zu einer offiziellen Kokainverkaufsstelle verkommen wären.

Und wenn man sich letztendlich die Frage stellt, ob die verdeckte Ermittlung nun klar geregelt ist oder immer noch ein heikles Unterfangen darstellt, so scheint klar, dass gerade die neueste bundesgerichtliche Rechtsprechung erneut zu einer Verunsicherung in den Kreisen der Strafverfolgungsbehörden geführt hat und die verdeckte Ermittlung oder wohl eher die verdeckte Fahndung, bis zum Vorliegen anderslautender Entscheide, nach wie vor ein heikles Unterfangen darstellt.

Bleibt nur noch zu hoffen, dass die schweizerische Strafprozessordnung, in welche auch das BVE integriert wird, im Bereich der verdeckten Ermittlung Klarheit bringt, so dass künftig wieder effizient verdeckt ermittelt werden kann. Und zwar ohne das die Strafverfolgungsbehörden bei jedem verdeckten Einsatz, mit dem Gefühl sie befänden sich auf einer Gratwanderung, tätig sein müssen.

Vielleicht wird auch aber schon vor diesem Zeitpunkt, das Bundesgericht seinen Entscheid noch einmal überdenken müssen, so dass zumindest die verdeckten Fahnder wieder dem Auftrag entsprechend und im ursprünglichen Sinne des Gesetzgebers eingesetzt werden können.

¹¹⁷ HANSJAKOB (Fn. 47), S. 366

7.3. Verschiedenes

„Ich erkläre hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit resp. die von mir ausgewiesene Leistung selbständig, ohne Mithilfe Dritter und nur unter Ausnützung der angegebenen Quellen verfasst resp. erbracht habe.“

Kreuzlingen, im Mai 2009

Patrick Müller