



**COMPETENCE CENTER
FORENSIK UND
WIRTSCHAFTSKRIMINALISTIK**

Lucerne University of
Applied Sciences and Arts

**HOCHSCHULE
LUZERN**

Wirtschaft

Master of Advanced Studies in Forensics (MAS Forensics)

Die Observation von Tatverdächtigen - unter besonderer Berücksichtigung der grenzüberschreitenden Observation ins angrenzende Ausland

Eingereicht von

lic. iur. Roland Schwyter

Klasse MAS Forensics 2

am 18. Januar 2010

betreut von

Dr. iur. Thomas Armbruster, Chef Kriminalpolizei Zug

I.	INHALTSVERZEICHNIS.....	2
II.	LITERATURVERZEICHNIS.....	4
III.	ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	6
IV.	KURZFASSUNG.....	8

I. INHALTSVERZEICHNIS

1.	EINLEITUNG.....	11
2.	GRUNDLAGEN.....	12
2.1.	Die Polizei.....	12
2.2.	Die Staatsanwaltschaft.....	13
2.3.	Die Observation.....	14
2.4.	Repressive und präventive Observation.....	17
2.5.	Zivile Fahndung.....	19
2.6.	Verdeckte Ermittlung.....	20
2.7.	Technische Überwachung.....	21
2.8.	Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs.....	21
3.	DIE OBSERVATION ALS GRUNDRECHTSEINGRIFF.....	25
3.1.	Grundsätzliches.....	25
3.2.	Durch die Observation betroffene Grundrechte.....	25
3.3.	Observation als (unzulässige) strafprozessuale List?.....	27
4.	DIE REPRESSIVE OBSERVATION VON TATVERDÄCHTIGEN IM INLAND.....	29
4.1.	Voraussetzungen der Anordnung einer Observation.....	29
4.1.1.	Die gesetzlichen Grundlagen.....	29
4.1.2.	Tatverdacht.....	30
4.1.3.	Verhältnismässigkeit.....	30
4.2.	Anordnung der Observation.....	31
4.3.	Genehmigung der Observation.....	32
4.4.	Einsatz technischer Mittel im Rahmen einer Observation.....	32
4.5.	Beendigung der Observation.....	33
4.6.	Mitteilungs- und Dokumentationspflicht.....	33
4.7.	Rechtsmittel.....	34
4.8.	Verwertung der Observationsergebnisse.....	35
5.	DIE KANTONSÜBERGREIFENDE REPRESSIVE OBSERVATION.....	37
5.1.	Grundzüge der nationalen Rechtshilfe in Strafsachen.....	37
5.2.	Rechtshilfe bei polizeilich angeordneter, repressiver Observation in einem anderen Kanton.....	37
5.3.	Rechtshilfe bei staatsanwaltschaftlich angeordneter oder genehmigter Observation in einem anderen Kanton.....	38

6. DIE GRENZÜBERSCHREITENDE REPRESSIVE OBSERVATION	39
6.1. Grundzüge der internationale Rechtshilfe in Strafsachen	39
6.2. Deutschland	39
6.3. Österreich und Liechtenstein	41
6.4. Frankreich	42
6.5. Italien	43
7. FAZIT	45

II. LITERATURVERZEICHNIS

1. Materialien

Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, BBl 2006, S. 1085 ff., zitiert: Botschaft StPO

Botschaft des Bundesrates zu den Bundesgesetzen betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und über die verdeckten Ermittlung vom 1.07.1998, BBl 1998, S. 4241 ff., zitiert: Botschaft BÜPF/BVE

2. Literatur

Albertini Gianfranco, Fehr Bruno, Voser Beat (Hrsg.)

Polizeiliche Ermittlungen, Ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008, zitiert: Autor, VSKC-Handbuch

Baumgartner Hans

Zum V-Mann-Einsatz, Diss., Zürich 1990

Breitenmoser Stephan

Der Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 8 EMRK, Basel, Frankfurt a.M. 1986

Ehrenzeller Bernhard, Mastronardi Philippe, Schweizer Rainer, Vallender Klaus

Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Auflage, Zürich / St. Gallen 2008, zitiert: Autor, Kommentar BV

Gnägi Ernst

Der V-Mann-Einsatz im Betäubungsmittelbereich, Diss., Bern 1991

Goldschmid Peter, Maurer Thomas, Sollberger Jürg (Hrsg.)

Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) vom 5. Oktober 2007, Bern, 2008, zitiert: Autor, Kommentar StPO

Goldschmid Peter

Der Einsatz technischer Überwachungsgeräte im Strafprozess, Diss., Bern 2001

Häfelin Ulrich, Haller Walter

Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Auflage, Zürich 2005

Häfelin Ulrich, Müller Georg, Uhlmann Felix

Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006

Hansjakob Thomas

Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldegesetzes, 2. Auflage, St. Gallen 2006, zitiert: Hansjakob, BÜPF

Hansjakob Thomas

Das neue Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung, ZStrR 122 (2004), S. 97 ff zitiert: Hansjakob, VE

Hauser Robert, Schweri Erhard, Hartmann Karl

Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel/Genf/München 2005, zitiert: Hauser/Schweri/Hartmann

Miescher Martin

Die List in der Strafverfolgung, Diss. Bern 2008

Müller Jörg Paul

Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999

Nimtz Holger

Die strafprozessuale Observation nach dem Strafverfahrensänderungsgesetz 1999, Diss., Köln 2002

Staub Leo

Tonaufnahmen als Mittel zur Aufdeckung von Straftaten, Diss. Zürich 1986

Schmid Niklaus

Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, zitiert:
Schmid, Handbuch

Villiger Mark E.

Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, Zürich 1999

Zalunardo-Walser Roberto

Verdeckte polizeiliche Ermittlungsmassnahmen unter besonderer Berücksichtigung der Observation, Diss., Zürich 1998

III. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz / Absätze
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
BGE	Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts
BÜPF	Bundesgesetz über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
bzw.	beziehungsweise
etc.	etcetera
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
Eidg.	Eidgenössisch(e)
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention)
EU	Europäische Union
EUeR	Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen
f., ff.	folgende
GG	Grundgesetz (Deutschland)
ggf.	gegebenenfalls
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
insb.	insbesondere
IRSG	Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
lat.	lateinisch
lit.	litera = Buchstabe
m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N./Nr.	Nummer
Rz.	Randziffer
resp.	respektive
S.	Seite
SDÜ	Schengener Durchführungsübereinkommen
sog.	so genannt(e)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung
StVÄG	Strafverfahrensänderungsgesetz (Deutschland)

u.a.	unter anderem
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer(n)
z.T.	zum Teil

IV. KURZFASSUNG

Mit Inkraftsetzung der eidgenössischen Strafprozessordnung erhalten am 1. Januar 2011 alle Kantone der Schweiz eine einheitliche Regelung der Observation. Während einige Kantone nun erstmals eine gesetzliche Regelung der Observation erhalten, bedeutet dies für andere Kantone lediglich eine Neuregelung, welche lautet:

Art. 282 Voraussetzungen

¹ Die Staatsanwaltschaft und, im Ermittlungsverfahren, die Polizei können Personen und Sachen an allgemein zugänglichen Orten verdeckt beobachten und dabei Bild- oder Tonaufnahmen machen, wenn

- a. aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass Verbrechen oder Vergehen begangen worden sind; und
- b. die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden.

² Hat eine von der Polizei angeordnete Observation einen Monat gedauert, so bedarf ihre Fortsetzung der Genehmigung durch die Staatsanwaltschaft

Art. 283 Mitteilung

¹ Die Staatsanwaltschaft teilt den von einer Observation direkt betroffenen Personen spätestens mit Abschluss des Vorverfahrens Grund, Art und Dauer der Observation mit.

² Die Mitteilung wird aufgeschoben oder unterlassen, wenn

- a. die Erkenntnisse nicht zu Beweis Zwecken verwendet werden; und
- b. der Aufschub oder die Unterlassung zum Schutze überwiegender öffentlicher oder privater Interessen notwendig ist.

Bei der Observation nach Art. 282 f. StPO handelt es sich um eine verdeckte - also nicht öffentliche - strafprozessuale Zwangsmassnahme. Sie kann zu Beginn des Verfahrens bzw. vor Einleitung einer Strafuntersuchung durch die Polizei selbst angeordnet werden und ist nach einem Monat durch die Staatsanwaltschaft zu genehmigen. Die Staatsanwaltschaft selbst kann jederzeit selbst eine Observation anordnen und die Polizei mit deren Durchführung beauftragen; eine Genehmigung durch ein Zwangsmassnahmegericht findet nicht statt.

Gekennzeichnet wird die Observation dadurch, dass es sich dabei um eine Ermittlungsmassnahme handelt, bei welcher die Strafbehörde Personen oder Gegenstände während längerer Zeit an öffentlich zugänglichen Orten von aussen systematisch sowie verdeckt beobachten und die

dabei wahrgenommenen Vorgänge in Form von Rapporten und/oder audiovisueller Dokumentationen zur Aufklärung von Straftaten registrieren und auswerten darf.

Die Observation nach Art. 282 ff. StPO ist zu unterscheiden von der präventiven Observation der Polizei, welche sich auf entsprechende Polizeigesetze zu stützen hat, sowie von der blossen polizeilichen Beobachtung, der zivilen Fahndung, der verdeckten Übermittlung, der technischen Überwachung und der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs. Strafprozessuale Observationen können jedoch durch solche anderen Ermittlungs- resp. Zwangsmassnahme ergänzt oder unterstützt werden. Die neue gesetzliche Regelung in Art. 282 Abs. 1 StPO erlaubt es den observierenden Kräften der Strafverfolgungsbehörden explizit audiovisuelle Aufnahmegeräte einzusetzen.

Die strafprozessuale Observation greift in Grundrechte der betroffenen Personen ein, indem dadurch das verfassungsmässige Recht der persönlichen Freiheit und die Privatsphäre tangiert werden. Weitere Grundrechte, wie die Unverletzlichkeit der Wohnung, der Anspruch auf rechtliches Gehör oder der Grundsatz des staatlichen Handelns nach Treu und Glauben werden durch eine gesetzmässig angeordnete und durchgeführte Observation nicht tangiert. Insbesondere verstösst eine rechtmässige Observation als gesetzlich erlaubte "List" nicht gegen das strafprozessuale Verbot der Täuschung.

Eine Observation kann - gestützt auf die nunmehr gesamtschweizerisch geschaffene Rechtsgrundlage in der StPO - angeordnet werden, wenn bereits ein geringer Tatverdacht vorliegt. Vorausgesetzt wird jedoch, dass die Observation verhältnismässig ist, was der Fall ist, wenn die Ermittlungen ohne eine solche Zwangsmassnahme aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden. Geprüft werden muss deshalb, ob anstelle der Observation das gleiche Verfahrensziel nicht mit einer milderen Massnahme erreicht werden könnte (sog. Subsidiarität) und ob die Bedeutung der Straftat eine solche Zwangsmassnahme rechtfertigt (sog. Verhältnismässigkeit i.e.S.).

Die Ergebnisse einer gesetzmässig durchgeführten Observation können umfassend im Strafverfahren verwendet werden. Dies ist sogar dann der Fall, wenn es sich bei den Observationsergebnissen um Zufallsfunde handelt. Ergebnisse einer Observation, bei welcher verbotene Beweismethoden im Sinne von Art. 140 Abs. 1 StPO angewandt wurden, dürfen nicht verwertet werden; ebenso sich daraus ergebende Folgebeweise. Wurden bei der Beweiserhebung mittels Observation strafprozessuale Gültigkeitsvorschriften verletzt, dürfen die Ergebnisse immerhin zur Aufklärung schwerer Straftaten verwendet werden. Unproblematisch ist die Verwertung von Observationsergebnissen, welche unter Verletzung von Ordnungsvorschriften entstanden sind.

In erster Linie werden in hängigen Strafverfahren verdächtige Personen im Inland observiert. Die damit häufig notwendige Überschreitung der Kantons Grenzen durch polizeiliche Observationseinheiten stellt weder juristisch, noch faktisch ein Problem dar. Die bislang gültigen Regelungen im Konkordat vom 5.11.1992 über die Rechtshilfe und interkantonale Zusammenarbeit in Strafsachen wurden beinahe unverändert in die neue StPO übernommen. Diese erlauben es den kantonalen Strafverfolgungsbehörden auf dem Gebiet anderer Kantone entweder eine Observation zu veranlassen oder gar selbst durchzuführen.

Etwas komplizierter gestaltet sich die Durchführung von Observationen über die Landesgrenze hinaus auf Gebiet des benachbarten Auslandes. Zwar gestatten entsprechende bi- und multinationale Übereinkommen grundsätzlich, dass schweizer Beamte auf dem Hoheitsgebiet eines unserer Nachbarstaaten eine in der Schweiz begonnene Observation weiterführen, doch führt das nicht einheitliche internationale Regelwerk dazu, dass je nach Nachbarland eigene Melde- oder Genehmigungsbestimmungen zu beachten sind und dass je nach Nachbarland den observierenden schweizer Beamten unterschiedliche Befugnisse zustehen.

1. Einleitung

„Wer Sicherheit der Freiheit vorzieht, ist zu Recht ein Sklave.“

Aristoteles, 384 - 322 v. Chr.

„Die Polizei will alles wissen; und besonders Geheimnisse“

Gotthold Ephraim Lessing, 1729 - 1781

„Big brother is watching you“

George Orwell, 1903 - 1950

„Einen Staat, der mit der Erklärung, er wolle Straftaten verhindern, seine Bürger ständig überwacht, kann man als Polizeistaat bezeichnen.“

Ernst Benda, 1925 - 2009,
ehemaliger Präsident des dt. Bundesverfassungsgerichts

„Haben sie mal beim Duschen gewichst, Al? Oder hatten sie mal homosexuelle Gedanken? ... GANZ GENAU! Es geht mich verdammt nochmal nichts an! Das ist Privatsache!“

Will Smith als Robert Clayton Dean
in „Der Staatsfeind Nr. 1“, USA 1998

„Die machen das nicht all zu lange, in der Regel sind die bei so etwas nach spätestens 14 Tagen mit HD-Befehl und Haftbefehl zur Stelle. Alles was länger dauert fällt langsam auf. Bei schweren Dingen lassen die sich auch mal mehr Zeit. Aber allgemein kannst du sagen wenn du was mit bekommst ist es schon zu spät. Oder aber in seltenen Fällen haben die noch nix, bekommen es selbst mit dass sie aufgefliegen sind und brechen ab. Kommen dann nach Monaten wieder.“

Eintrag in dt. Online-Hanfforum
zum Thema „Observation durch die Polizei“, 2007¹

"Die meisten Menschen sind über Terrorismus und Kriminalität beunruhigt, nicht über polizeiliche Schutzmaßnahmen." ² "Wenn Sie in der Öffentlichkeit sind, müssen Sie damit rechnen, dass Sie beobachtet werden." ³

Dr. iur. Wolfgang Schäuble, geb. 1942, dt. CDU-Politiker, 2007

„Der Schutz der Privatsphäre ist zu einem Schutzschild für Verbrecher geworden, das Deutschland zu einem Biotop für Terroristen und organisierte Kriminelle macht.“⁴

Dr. iur. Jürgen Gehb, geb. 1952, dt. CDU-Politiker, 2007

¹ <http://forum.hanfburg.de/fhb/showthread.php?t=251286>

² Interview vom 8. Februar 2007 in der „taz“

³ Interview vom 4. Februar 2007 in „welt.de“

⁴ Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts über das Abhören von Wohnungen. Zitiert in: Thorsten Junghold, "Deutschland wird zum Biotop für Verbrecher", 8. Dezember 2007, www.welt.de

2. Grundlagen

2.1. Die Polizei

Der Begriff "Polizei" ist vielschichtig⁵. Aus staatsrechtlicher Sicht versteht man unter "Polizei" diejenige staatliche Tätigkeit, welche für öffentliche Ruhe und Ordnung, Sicherheit, Gesundheit und Sittlichkeit sowie für Treu und Glauben im Geschäftsverkehr zuständig ist, indem sie für die Abwehr von Störungen und Gefährdungen sorgt⁶. Im allgemeinen Sprachgebrauch versteht man unter "Polizei" diejenigen mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteten - uniformierten oder zivilen - Verwaltungsangehörigen, welche - i.d.R. bewaffnet - staatliche Aufgaben im Bereiche der öffentlichen Sicherheit und Ordnung wahrnehmen⁷.

In der Schweiz liegt die Polizeihoheit bei den Kantonen, was u.a. den Vorteil einer bürgernahen Polizei, jedoch auch den Nachteil einer nicht umfassenden einheitlichen polizeilichen Ausbildung und Praxis mit sich bringt. Ausgleichen hierzu sind mehrere interkantonale Vereinbarungen über die polizeiliche Zusammenarbeit, sog. Polizei-Konkordate, entsandt⁸.

Die Aufgaben der Polizei werden theoretisch unterteilt in "Gefahrenabwehr" (Prävention) und "Strafverfolgung" (Repression). Diese beiden Bereiche sind in der Praxis jedoch zuweilen nur schwer strikte voneinander zu trennen; so hat die strafrechtliche Verfolgung eines Drogenhändlers auch ein präventives Element, geht es doch nicht nur darum, ihn für begangene Delikte zu überführen, sondern auch zukünftige Delikte - und somit die Gefährdung Dritter mittels Betäubungsmitteln - zu verhindern⁹. Dass hier Zielkonflikte im polizeilichen Handeln entstehen können, ist nahe liegend. Solche können zusätzlich durch den Umstand, dass die präventive polizeiliche Tätigkeit der Exekutive (Regierung), die repressive polizeiliche Tätigkeit hingegen der Judikative (Staatsanwaltschaft) unterstellt ist, verstärkt werden.

Im Rahmen der Gefahrenabwehr wird der (Sicherheits-)Polizei eine grosse Autonomie und ein weiter Ermessensspielraum zugebilligt, indem sie hier zum Einschreiten berechtigt, nicht jedoch verpflichtet ist¹⁰. Auch hat sich die Polizei im Rahmen der Gefahrenabwehr an den allgemeinen

⁵ Im Detail: Zalunardo, S. 2 mit Verweisen

⁶ Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht, Rz. 2431

⁷ Zalunardo, S. 3

⁸ Z.B. das Konkordat über die polizeiliche Zusammenarbeit in der Zentralschweiz vom 25.08.1978

⁹ Zalunardo, S. 9, verweist hier auf den Fall des bewaffneten Raubüberfalles, bei dem die Polizei die präventive Aufgabe hat, die Gefährdung von Dritten zu verhindern und den Täter - repressiv - zu verhaften und beweismässig zu überführen. Albertini, VSKC-Handbuch, S. 42 erwähnt den Fall einer Geiselnahme und klärt, dass solche Situationen in der Regel zuerst mittels sicherheitspolizeilicher Intervention bereinigt werden und erst hernach im Rahmen gerichtspolizeilich der Sachverhalt zu klären ist.

¹⁰ Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht, Rz. 2445

Grundprinzipien verwaltungsrechtlichen Handelns¹¹ zu orientieren. Die Rechtsgrundlage dafür findet sich im jeweiligen Polizeigesetz.

Demgegenüber hat die Polizei im Rahmen der Repression, also der Strafverfolgung, die anerkannten Prinzipien des Strafprozessrechts bzw. die in den Art. 3 - 11 StPO verankerten Grundsätze des Strafverfahrensrechts zu befolgen und untersteht sie in diesem Tätigkeitsbereich der Strafprozessordnung¹². Der in Art. 306 StPO und Art. 15 Abs. 2 StPO statuierte allgemeine Ermittlungsauftrag deckt grundsätzlich nur Ermittlungshandlungen ohne Eingriffscharakter ab¹³. Die faktischen Aufgaben der Polizei im Rahmen der Strafverfolgung sind, angelehnt an deren fachliche und personellen Ressourcen, gross und bedeutend. Funktional oder prozessual betrachtet leistet die Polizei bei der Strafverfolgung jedoch eine Hilfestellung in untergeordnetem Verhältnis¹⁴ zur und gemäss Weisung der Staatsanwaltschaft¹⁵.

Die Kriminalpolizei ist der spezialisierte Teil eines Polizeikorps, der sich schwergewichtig mit der Suche nach der Täterschaft und der Sammlung resp. Sicherung der entsprechenden Beweismittel beschäftigt und die entsprechenden Ergebnisse zu Händen der zuständigen Staatsanwaltschaft rapportiert¹⁶. Zum Aufgabenbereich einer Kriminalpolizei gehören auch die verdeckten, d.h. für den Betroffenen nicht erkennbaren Ermittlungsmassnahmen¹⁷.

2.2. Die Staatsanwaltschaft

Die Staatsanwaltschaft ist Leiterin des eingliedrigen Vorverfahrens¹⁸, steht dem polizeilichen Ermittlungsverfahren vor, führt die Untersuchung und erhebt und vertritt die Anklage vor Gericht. Sie hat den Auftrag, in Befolgung des Offizial- und Legalitätsprinzips für eine gleichmässige Verfolgung von Straftaten zu sorgen¹⁹. Gegenüber der Polizei ist sie deshalb weisungsbezüglich (Art. 15 Abs. 2 Satz 2 StPO). Als Gegengewicht zu dieser starken Verfahrensposition bestehen ausgebaute Verteidigungsrechte²⁰ und sind einschneidende (Zwangs)massnahmen²¹

¹¹ Gesetzmässigkeit, Öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit (inkl. Verbot der Willkür), vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz 2462ff.

¹² Zalunardo, S. 11

¹³ Man beachte aber den Zwangscharakter von Vorführung (Art. 207 ff. StPO), Anhaltung (Art. 215 StPO) und vorläufiger Festnahme (Art. 217 ff. StPO)

¹⁴ Man beachte auch die Meldepflicht der Polizei gegenüber der Staatsanwaltschaft gemäss Art. 307 StPO

¹⁵ Art. 307 Abs. 2 StPO; Zalunardo, S. 13, spricht hier von der Polizei als "Hilfsorgan" der Untersuchungsbehörde

¹⁶ Zalunardo, S. 13

¹⁷ Zalunardo, S. 15, unterscheidet: 1) Interne polizeiliche Erhebungen, 2) Observation, 3) Amtliche Überwachungen i.S.v. Art. 179 octies StGB, 4) Einsatz von verdeckten Ermittlern, 5) Andere verdeckte kriminalpolizeiliche Ermittlungsmassnahmen

¹⁸ Bestehend aus dem Ermittlungsverfahren der Polizei und der Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft (Art. 299 Abs. 1 StPO)

¹⁹ Botschaft StPO, S. 1136

²⁰ Insbesondere: "Anwalt der ersten Stunde" (Art. 159 StPO), Recht auf Beizug des Verteidigers in allen Verfahrensstufen (Art. 129 StPO), Notwendige Verteidigung (Art. 130 StPO), Recht zu Schweigen (Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO), Belehrungspflicht auch im polizeilichen Ermittlungsverfahren (Art. 158 StPO).

²¹ Zusicherung der Anonymität (Art. 150 StPO), Spitaleinweisung zur stationären Einweisung (Art. 186 StPO), Untersuchungshaft (Art. 226 ff. StPO), Entsigelung (Art. 248 StPO), DNA-Massenuntersuchung (Art. 256 StPO),

durch ein Zwangsmassnahmegericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft zu genehmigen resp. anzuordnen.

Ihre von Gesetzes wegen starke Position kann die Staatsanwaltschaft jedoch faktisch zumindest in einem frühen Stadium eines Strafverfahrens nicht umfassend wahrnehmen, bleibt es doch Sache der Polizei im Rahmen der staatsanwaltschaftlichen Vorgaben einsatz- und zuweilen auch ermittlungstaktische Entscheide zu fällen. Die polizeilich häufig propagierte Verfahrensherrschaft der Polizei²² nicht nur im Rahmen von Vorermittlungen (im Sinne der polizeilichen Ermittlungstätigkeit vor Einleitung einer eigentlichen Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft; Art. 300 StPO), sondern auch im Rahmen des eigentlichen polizeilichen Ermittlungsverfahrens (Art. 312 StPO), steht zum gesetzgeberischen Gedanken eines eingliedrigten Strafverfahrens in einem Widerspruch. In der Praxis sind die faktischen Kompetenzen der Polizei im Rahmen polizeilicher Ermittlungen jedoch weitgehend unbestritten, fehlt es den Staatsanwaltschaften doch notorisch an den nötigen personellen Ressourcen, um die ihnen strafprozessual übertragene Führungsverantwortung gegenüber der gerichtlichen Polizei umfassend wahrzunehmen. Hinzu kommt, dass gerade bei strafprozessualen Beweiserhebungen, welche technikbasiert und/oder personalintensiv sind - wie dies bei der strafprozessualen Observation der Fall sein kann - das Schwergewicht der Ermittlungstätigkeit seit jeher bei der Polizei und deren Spezialdiensten liegt. Dies darf jedoch nicht darüber hinweg täuschen, dass die Staatsanwaltschaft das Vorverfahren zu leiten und Straftaten im Rahmen der Untersuchung zu verfolgen hat. Die Polizei untersteht bei allen Ermittlungstätigkeiten und nicht bloss, wenn sie im konkreten Auftrag der Staatsanwaltschaft handelt, der Aufsicht und den Weisungen der Staatsanwaltschaft²³.

2.3. Die Observation

Der Begriff „Observation“ wird in verschiedener Hinsicht verwendet, je nach dem, ob man den Begriff in technischem, medizinischem, allgemeinsprachlichem oder (straf-)juristischem Kontext gebraucht. So versteht man unter „Observation“ im weiteren Sinne beispielsweise²⁴:

- Bewachung und Überwachung, z.B. von Objekten, Territorien, Personen
- Überwachung, z.B. des Verkehrs
- Eingangs- und Sicherheitskontrollen
- Überwachung von Anlagen oder der Umwelt
- Überwachung von Naturerscheinungen, z.B. in der Astronomie, der Biologie oder Meteorologie
- Überwachung im Medizinalbereich, z. B. die Überwachung von Kranken in der Intensivstation
- Supervision in der Psychologie / Psychiatrie

Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 272 ff. StPO), Einsatz technischer Überwachungsgeräte (Art. 281 StPO), Überwachung von Bankbeziehungen (Art. 284 StPO), Verdeckte Ermittlung (Art. 288 f. StPO), Friedensbürgschaft (Art. 66 StGB)

²² Albertini, VSKC-Handbuch, S. 42

²³ Sollberger, Kommentar StPO, S. 289

²⁴ <http://de.wikipedia.org/wiki/Überwachung>

- Elektronische Überwachung: wird oft benutzt, um eine Beobachtung aus der Distanz mittels Elektronik-Ausrüstung oder anderer technischer Mittel zu beschreiben.
- Militärische Überwachung von Räumen bzw. Gelände

Aus juristischem Blickwinkel versteht man unter Observation²⁵ im allgemeinen das unauffällige, systematische Beobachten einer Person, von Sachen und Objekten durch Polizeibehörden oder Nachrichtendienste zur Beschaffung von Beweisen, Ermittlungshinweisen und grundlegenden oder ergänzenden Erkenntnissen für weitere Maßnahmen²⁶.

Im deutschen Schrifttum²⁷ wurde die Observation bislang unterschiedlich definiert resp. weitere, zuweilen uneinheitliche Kriterien zur Bestimmung der Observation kreiert, wie

- Heimliche Beobachtung während längerer Dauer
- Systematische Beobachtung während mehr als 24 Stunden
- Unterscheidung - je nach Art der Intensität - in „kürzerfristige Beobachtung“, „Observation“ und „Überwachung“
- Unauffällige, über einen nicht ganz unerheblichen Zeitraum erfolgende Beobachtung von Personen, Objekten und Vorgängen
- Offenes oder verdecktes (getarntes, heimliches, bewusst verschleiertes) planmässiges Vorgehen der Polizei zur gezielten Beobachtung einer Person, um bestimmte Erkenntnisse über sie zu gewinnen

Seit 1999²⁸ ist die (längerfristige) Observation in der BRD gesetzmässig definiert als eine „planmässig angelegte Beobachtung des Beschuldigten, die durchgehend länger als 24 Stunden dauert oder an mehr als zwei Tagen stattfindet“²⁹.

In der Schweiz spricht man ausgehend von Art. 282 Abs. 1 StPO von der Observation als verdeckte kriminalpolizeiliche oder strafjustitielle Massnahme, wenn die Staatsanwaltschaft und/oder die Polizei Personen und Sachen an allgemein zugänglichen Orten verdeckt beobachten. Wenngleich der Wortlaut von Art. 282 Abs. 1 StPO die Observation im Strafverfahren nicht als rein polizeiliche Massnahme umschreibt, da gestützt auf diese Bestimmung die Staatsanwaltschaft selbst die Observation auch durchführen kann, darf nicht übersehen werden, dass eine derartige verdeckte Daten- resp. Beweiserhebungsmassnahme ein hohes Mass an taktischem Verständnis und organisatorischem Know-How erfordert und deshalb in der Praxis ausschliesslich durch polizeiliche Spezialkräfte ausgeführt wird³⁰. Wie bereits ausgeführt, ist die Observation keine polizeiliche Zwangsmassnahme und auch kein eigenständiges polizeitakisches Beweiserhebungsinstrument, sondern eine strafprozessuale Zwangsmassnahme unter der Leitung oder zumindest unter Aufsicht und gemäss Weisung der Staatsanwaltschaft.

²⁵ Abgeleitet von „observare, observantia“, lat. für „beobachten, Beobachtung“

²⁶ <http://de.wikipedia.org/wiki/Überwachung>

²⁷ Vgl. hierzu Nimtz, S. 29 f. mit Verweisen

²⁸ StVÄG 1999 (Strafverfahrensänderungsgesetz 1999), in Kraft seit dem 1. November 2000

²⁹ Nimtz, S. 30 mit Hinweis auf § 163 f. StPO.

³⁰ Rhyner/Stüssi, VSKC-Handbuch, S. 471

Der Wortlaut von Art. 282 Abs. 1 StPO ist ungenau, denn nicht jedes polizeiliche Beobachten von Personen oder Sachen fällt unter den Begriff „Observation“. Keine Observation liegt insbesondere vor beim blossen (polizeilichen) Beobachten, Wahrnehmen³¹ oder Feststellen³². Die VEREINIGUNG DER SCHWEIZERISCHEN KRIMINALPOLIZEICHEFS hält definierend zutreffend fest: *„Unter einer Observation im Sinne der StPO ist aber nur diejenige Ermittlungstätigkeit zu verstehen, bei welcher Vorgänge und Personen in der Öffentlichkeit systematisch und während einer gewissen Dauer beobachtet und registriert werden, um Ergebnisse für die Strafverfolgung auszuwerten.“*³³ Erläuternd hält die Vereinigung zudem fest, dass eine strafprozessuale Observation nur vorliegt, wenn

1. zum Zwecke der Strafverfolgung
2. systematisch, lückenlos und verdeckt
3. durchgehend länger als 24 Stunden oder an mehreren Tagen
4. planmässig

Personen oder Objekte observiert werden. Keine Observation im Sinne von Art. 282 StPO liegt nach Ansicht der Kriminalpolizeichefs vor bei blosser polizeilicher Beobachtung oder (ziviler) polizeilicher Fahndung³⁴.

In Anlehnung an die Botschaft StPO definiert SCHMID³⁵ die Observation im Sinne von Art. 282 f. StPO ebenso als *„jene Ermittlungstätigkeit [...], bei welcher Personen oder Gegenstände von einer Strafbehörde, namentlich der Polizei, über einen längeren Zeitraum an öffentlich zugänglichen Orten von aussen systematisch sowie zumeist verdeckt beobachtet und die entsprechenden Vorgänge zur Aufklärung bereits begangener oder in Ausführung begriffener Straftaten registriert und ausgewertet werden“*.

Basierend auf die vorstehenden Ausführungen und auch unter Hinweis die bundesdeutsche Lehre resp. NIMTZ, S. 41f., welcher die Observation u.a. unterscheidet nach Dauer (Intensität), Zielperson (-objekt) und Durchführung erscheinen folgende begriffliche Definitionen im Zusammenhang mit der Observation nach Art. 282 StPO sinnvoll:

- Polizeiliche Beobachtung = Blosses spontanes und/oder kurzfristiges Wahrnehmen oder Beobachten stellt keine strafprozessuale Observation dar³⁶, selbst wenn die Polizei hierbei nicht offen in Erscheinung tritt.

³¹ Nach Nimtz, S. 41, ist blosses Wahrnehmen gegeben, wenn im Rahmen hoheitlichen - also hier polizeilichen Handelns - Geschehnisse beobachtet werden.

³² Im Sinne des punktuellen Beobachtens strafrechtlich relevanter Geschehnisse; hierzu Nimtz, S. 37

³³ Rhyner/Stüssi, VSKC-Handbuch, S. 472; Botschaft StPO, S. 1252

³⁴ Rhyner/Stüssi, VSKC-Handbuch, S. 472 f.

³⁵ Schmid, Handbuch StPO, Rz. 1170

³⁶ So z.B. die zivile Aussenfahndung nach Ladendieben in einem Einkaufscenter (vgl. Rhyner/Stüssi, VSKC-Handbuch, S. 473) oder die Überwachung krimineller Brennpunkte im Drogenmilieu (Bättig, Kommentar StPO, S. 272)

- Observation = Planmässige, systematische und verdeckte Beobachtung von Personen oder Objekten in der Öffentlichkeit von Aussen zum Zwecke der Strafverfolgung während mehr als insgesamt 24 Stunden
- Personelle Observation = Observation einer bestimmten Person oder Personengruppe
- Situative Observation = Observation eines oder mehrerer Objekte
- Personell-situative Observation = Objektobservation mit Personenbezug
- Überwachung = längerfristige personelle Observation in Verbindung mit anderen Ermittlungsmassnahmen mit besonderer Eingriffsintensität³⁷
- Videüberwachung = längerfristige situative Observation mittels Einsatz von Videotechnik
- Massenobservation = Personelle Observation bezogen auf eine grosse Personengruppe
- Schutzobservation = Kombination von präventiver und repressiver Observation zum Schutz von Personen oder Objekten bei konkreter Gefährdung und gleichzeitigem Deliktsverdacht
- Bewegungsobservation = Mobile Observation³⁸
- Standobservation = Stationäre Observation

2.4. Repressive und präventive Observation

Polizeiliche Eingriffe in verfassungsmässig geschützte Rechtsgüter erfolgen entweder repressiv oder präventiv. Repressiv tätig werden Polizei und Staatsanwaltschaft gestützt auf den in Art. 7 Abs. 1 StPO verankerten staatlichen Verfolgungszwang immer dann, wenn ein ausreichender Tatverdacht vorliegt³⁹. Präventiv im Sinne der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung resp. der vorbeugenden Bekämpfung (oder Verhinderung) von Straftaten wird

³⁷ Insbesondere Überwachung des Post- und/oder Fernmeldeverkehrs

³⁸ Entweder unter dem Einsatz von Fahrzeugen oder zu Fuss

³⁹ Sog. strafprozessuales Legalitätsprinzip

ausschliesslich die Polizei, nicht jedoch die Staatsanwaltschaft tätig⁴⁰. Die präventive Observation richtet sich demnach auch nicht nach den Vorgaben in der StPO, sondern der Polizeigesetzgebung von Bund und Kantonen⁴¹. Ausgehend vom damit verbundenen Zweck wird deshalb begrifflich unterschieden zwischen:

- Präventiver Observation = Observation zum Zwecke der Gefahrenabwehr
- Repressiver Observation = Observation zum Zwecke der Strafverfolgung

Repressive Observationen, also zum Zwecke der strafprozessualen Beweismittelerhebung, finden vorwiegend statt im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität, der banden- oder gewerbsmässigen Vermögenskriminalität, der Widerhandlungen gegen das Waffengesetz (illegaler Waffenhandel oder -schmuggel), Menschenhandel etc.⁴²

Stossrichtung der repressiven Observation ist zumeist die Konkretisierung eines Anfangsverdachts, damit eine Strafuntersuchung eröffnet und eine Straftat beweismässig aufgeklärt werden kann oder die Dokumentation eines bestehenden konkreten Verdachts⁴³. Unter diese Zielsetzung fällt u.a. auch die Identifizierung eines unbekanntes Tatverdächtigen, die Gewinnung von Erkenntnissen zu den täterischen Lebensumständen, die Klärung konkreter täterischer Vorgehensweisen, die Erkenntnisgewinnung zum täterischen Umfeld (z.B. Identifizierung von Absatzmärkten bei Vermögensdelikten) resp. allfälliger Mittäter oder Gehilfen, die Erstellung eines täterischen Bewegungsbildes sowie die Vorbereitung weiterer Ermittlungs- und Zwangsmassnahmen (wie z.B. eine Hausdurchsuchung).

Demgegenüber dient die präventive Observation - wie bereits mehrfach erwähnt - der Abwehr von Gefahren und dem Schutz der öffentlichen Sicherheit, wozu auch die Verhinderung oder die Unterbindung von Straftaten gehört⁴⁴. Dem Bereich der präventiven Observation ist auch die Vorermittlungen der Polizei zuzuordnen⁴⁵. Hierbei handelt es sich um eine polizeiliche Vorfeldarbeit mit dem Ziel, Straftaten überhaupt erst zu erkennen. Dies geschieht zumeist durch das Zusammentragen von Informationen und Hinweisen sowie durch Milieu- und Strukturermittlungen in einem möglicherweise kriminellen Umfeld. Die Vorermittlung erfolgt gestützt auf die kantonale und eidgenössische Polizeigesetzgebung.

Die Polizei erfüllt demnach in Einzelfällen eine Doppelfunktion; so beispielsweise bei der Observation eines mutmasslichen Serienbrandstifters resp. der Observation seiner möglichen künftigen Brandobjekte, handelt die Polizei hierbei nämlich sowohl präventiv, als auch repressiv⁴⁶.

⁴⁰ Siehe vorstehend unter 2.1.

⁴¹ Rhyner/Stüssi, VSKC-Handbuch, S. 473

⁴² Vgl. auch die Gemeinsamen Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder in der BRD: Nimtz, S. 48

⁴³ Bättig, Kommentar StPO, S. 273

⁴⁴ Nimtz, S. 155

⁴⁵ Ausführlich hierzu: Albertini, VSKC-Handbuch, S. 543 ff

⁴⁶ Ein anders Beispiel ist die Geiselnahme: Die polizeilich durchgeführte Observation dient hier zum einen der Abwehr von Gefahren für die Geisel und zum anderen der strafrechtlichen Überführung des Geiselnahmers; hierzu Nimtz, S. 156 und Zalunardo, S. 9

Diese beiden polizeilichen Aufgaben der Gefahrenabwehr und der Hilfestellung bei der Strafverfolgung lassen sich zuweilen nicht leicht trennen⁴⁷. Dies ist in der Praxis auch nicht absolut notwendig, vorausgesetzt, die Polizei ist sich bewusst, in welchem Bereich sie tätig ist, die Anforderungen der entsprechenden gesetzlichen Grundlagen einhält und den ihr gerade im Rahmen des „1. Angriff“ zustehenden grossen Ermessens- und Handlungsspielraum verhältnismässig ausnützt⁴⁸.

2.5. Zivile Fahndung

Zu den Aufgaben der Polizei im Strafverfahren - genauer im polizeilichen Ermittlungsverfahren - gehört es, auf Grundlage von Anzeigen, Anweisungen der Staatsanwaltschaft und notabene eigenen Feststellungen den für eine Straftat relevanten Sachverhalt festzustellen⁴⁹. Art. 15 Abs. 2 StPO hält diesbezüglich ausdrücklich fest, dass die Polizei Straftaten aus eigenem Antrieb ermittelt⁵⁰. Es ist der Polizei somit erlaubt - ja es scheint geradezu als deren Pflicht -, nach Straftaten und Straftätern quasi mit offenen Augen und Ohren durch den Berufsalltag zu gehen und Ausschau zu halten; z.B. im Rahmen des Streifendienstes, einer Fusspatrouille oder auch bei anderen dienstlichen Verrichtungen⁵¹.

Unter diese verdachtslose Fahndungstätigkeit⁵² fällt auch die kurzfristige Beobachtung von Kriminalitätsbrennpunkten (Bahnhofsgebiete, Einkaufszentren, Parkhäuser, offene Drogenszene), welche grundsätzlich keine Observation darstellt, da eine solche Fahndungstätigkeit zwar systematisch sein kann, jedoch in zeitlicher Hinsicht die Kriterien einer Observation nicht erfüllt bzw. erfüllen darf und in der Regel auch verdachtslos resp. präventiv erfolgt. Die Grenzen zu Observation im Sinne von Art. 282 StPO würden jedoch erreicht resp. überschritten, wenn eine derartige Fahndungstätigkeit an Systematik und zeitlicher Intensität im Einzelfall entsprechend zunehmen und gestützt auf einen entsprechenden Tatverdacht, also repressiv erfolgen würde. Der Umstand, dass derartige Fahndungen oft in zivil erfolgen, hat juristisch keine, in der Praxis jedoch eine erhebliche Bedeutung.

Die zivile polizeiliche Fahndung hat zudem eine repressive, als auch eine präventive Funktion inne. Sie ist einerseits nämlich ein taugliches Mittel im Rahmen der polizeilichen (grundsätzlich präventiven) Vorermittlung⁵³, als auch der tendenziell repressiven Straftatenermittlung im Sinne von Art. 15 Abs. 1 StPO.

⁴⁷ Zalunardo, S. 50

⁴⁸ Zalunardo, S. 16 und 48

⁴⁹ Art. 306 Abs. 1 StPO

⁵⁰ Jedoch unter der Aufsicht und Weisung der Staatsanwaltschaft (Art. 15 Abs. 2 StPO)

⁵¹ Ein anschauliches Beispiel schildert Zalunardo, S. 49.

⁵² Begrifflich nicht zu verwechseln mit der gezielten Fahndung nach im Strafverfahren gesuchten Personen im Sinne von Art. 210 f. StPO.

⁵³ Vorstehend 2.4.

2.6. Verdeckte Ermittlung

Per 1. Januar 2005 wurde die verdeckte Ermittlung als strafprozessuales Mittel im Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE) gesamtschweizerisch einheitlich geregelt⁵⁴. Die darin enthaltenen Regelungen wurden im Wesentlichen in die StPO⁵⁵ überführt.

Bei der verdeckten Ermittlung handelt es sich um eine spezielle Art der strafprozessualen Observation. Hierbei dringen i.d.R. Polizeibeamte⁵⁶, welche nicht als solches zu erkennen sind und ggf. sogar mit einer sog. „Legende“⁵⁷, also einer fiktiven Identität und einem erfundenen persönlichen Hintergrund und Umfeld ausgestattet sind, gestützt auf eine staatsanwaltschaftliche Instruktion⁵⁸ in ein kriminelles Milieu ein, um dieses von Innen zu beobachten⁵⁹. Der verdeckte Ermittler hat sich jedoch nicht mit einer passiven Beobachtung zu begnügen; er darf auch aktiv Kontakte zu verdächtigen oder unverdächtigen Personen knüpfen und sich aktiv im kriminellen Milieu bewegen. Es ist ihm jedoch verboten, aktiv auf die Begehung von Straftaten einzuwirken⁶⁰. Die verdeckte Ermittlung ist primär eine repressive Massnahmen mit dem Ziel die Begehung von strafbaren Handlungen festzustellen und zu beweisen. In zweiter Linie kann die verdeckte Ermittlung jedoch auch präventiven Charakter haben, wenn es darum geht, besonders schwere Straftaten zu verhindern.

Gemäss Art. 286 StPO kann eine verdeckte Ermittlung durch die Staatsanwaltschaft⁶¹ angeordnet werden, wenn der hinreichende Verdacht⁶² einer Straftat gemäss Deliktskatalog⁶³ besteht und wenn der Einsatz eines verdeckten Ermittlers verhältnismässig und notwendig ist⁶⁴.

⁵⁴ SR 312.8

⁵⁵ Art. 286 - 298 StPO

⁵⁶ Als verdeckte Ermittler können in- und ausländische Polizeibeamte und in Ausnahmefällen auch Nicht-Polizeiangehörige mit Expertenwissen eingesetzt werden (Art. 287 Abs. 1 StPO); hierzu auch Rhyner/Stüssi, VSKC-Handbuch, S. 510

⁵⁷ Art. 288 StPO

⁵⁸ Art. 290 StPO

⁵⁹ Botschaft BÜPF/BVE, S. 4284

⁶⁰ Der verdeckte Ermittler darf einen bereits vorhandenen Tatentschluss konkretisieren, einen solchen jedoch nicht provozieren, wecken oder modifizieren. Überschreitet er dieses Mass der zulässigen Einwirkung führt dies im Falle einer Verurteilung zu einer Reduktion des Strafmasses oder gar zu einem Freispruch (Art. 293 StPO).

⁶¹ Im Unterschied zum bislang gültigen BVE ist gestützt auf Art. 286 ff. StPO der selbständige polizeiliche Einsatz von verdeckten Ermittlern im Vorfeld einer Strafuntersuchung nicht mehr zulässig; Rhyner/Stüssi, VSKC-Handbuch, S. 491

⁶² Im Gegensatz zur Telefonüberwachung braucht der Tatverdacht hier nicht „dringend“ zu sein. Es reicht hingegen - im Unterschied zum bislang gültigen BVE - nicht aus, dass voraussichtlich Straftaten begangen werden. Vgl. Rhyner/Stüssi, VSKC-Handbuch, S. 508f. und Botschaft StPO, S. 1256

⁶³ Die in Art. 286 Abs. 2 StPO aufgeführten Straftatbestände decken sich nicht mit dem Deliktskatalog der Telefonüberwachung im Sinne von Art. 269 Abs. 2 StPO; der Deliktskatalog betr. Überwachung des Post- und Telefonverkehrs deckt jedoch sämtliche Anlasstaten für die verdeckte Ermittlung ab und geht aber darüber hinaus.

⁶⁴ Subsidiarität: Ein verdeckter Ermittler kann selbst bei Verdacht auf eine Katalogtat nur angeordnet werden, wenn die Tatschwere dies rechtfertigt und zusätzlich die bisherigen Untersuchungshandlungen erfolglos waren oder die Ermittlung ohne die verdeckte Ermittlung aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden (Art. 296 Abs. 1 lit. a-c)

Die verdeckte Ermittlung muss analog der Überwachung des Post- und Telefonverkehrs angeordnet und gerichtlich genehmigt werden⁶⁵. Ebenso ist der beschuldigten Person durch die Staatsanwaltschaft spätestens mit dem Abschluss des Vorverfahrens mitzuteilen, dass gegen sie verdeckt ermittelt worden ist⁶⁶. Gegen den Einsatz eines verdeckten Ermittlers kann die betroffene Person Beschwerde nach Art. 393-397 StPO führen⁶⁷.

Bei der verdeckten Ermittlung handelt es sich somit um eine eigenständige Art der geheimen Überwachung und nicht um eine Observation im Sinne von Art. 282 StPO. Verdeckte Ermittlungen werden jedoch in der Praxis mindestens punktuell mit einer Observation von Aussen und anderen Überwachungsmassnahmen (insb. Telefonkontrolle) kombiniert.

Keine verdeckte Ermittlung im Sinne von Art. 286 ff. StPO liegt vor bei der verdeckten (verdeckt operierenden) Fahndung. Verdeckte Fahnder geben zwar wie der verdeckte Ermittler ihre polizeiliche Identität nicht preis und bewegen sich punktuell auch in einem kriminellen Umfeld. Im Unterschied zum verdeckten Ermittler täuschen sie jedoch nicht qualifiziert über ihre Identität und benutzen sie keine besondere Tarnung; sie schweigen lediglich über ihre polizeiliche Funktion. Der Einsatz eines verdeckten Fahnder liegt im Kompetenzbereich der Polizei als Teil des Auftrages zur Deliktsverhinderung und Deliktsaufklärung. Die Abgrenzung verdeckte Ermittlung - verdeckte oder zivile Fahndung ist im Gesetz nicht definiert und zuweilen nicht einfach. Sie ist jedoch von weitreichender Bedeutung, zieht eine fälschlicherweise nicht bewilligte verdeckte Fahndung resp. Ermittlung das Verbot der Verwertung der dadurch erhobenen Beweise mit sich⁶⁸.

2.7. Technische Überwachung

Art. 280f. StPO regeln die Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten⁶⁹ zum Zwecke der Strafverfolgung⁷⁰. Zulässig ist nach dieser Bestimmung das Abhören und Aufzeichnen von

⁶⁵ Im Unterschied zur Überwachung des Post- und Telefonverkehrs kann diese Genehmigung nicht bloss für 3 Monate, sondern erstmals für 12 Monate erteilt und anschliessend mehrfach um je 6 Monate verlängert werden (Art. 289 Abs. 5 StPO)

⁶⁶ Art. 298 Abs. 1 StPO. Man beachte aber die Möglichkeit, von dieser Mitteilung abzusehen, wenn die Erkenntnisse nicht zu Beweiszwecken verwendet werden oder der Mitteilung überwiegende öffentliche oder private Interessen gegenüber stehen (Art. 298 Abs. 2 StPO)

⁶⁷ Art. 298 Abs. 3 StPO

⁶⁸ Hierzu und zur verdeckten Fahndung allgemein vgl. Rhyner/Stüssi, VSKC-Handbuch, S. 494ff

⁶⁹ Diese Bestimmungen definieren angesichts der zuweilen rasanten technischen Entwicklung zu Recht nicht, was technische Überwachungsgeräte sind; zu denken ist insbesondere an sog. „Wanzen“, also versteckte Mikrophone, an Richtmikrophone sowie an Minikameras und satellitenunterstützte Bewegungsmelder. Nicht als technische Überwachungsgeräte gelten gemäss Rhyner/Stüssi, VSKC-Handbuch, S. 464, Geräte, welche die menschliche Seheleistung nicht ersetzen, sondern diese lediglich verstärken (wie z.B. Feldstecher und Nachtsichtgeräte)

⁷⁰ Die technische Überwachung zur Gefahrenabwehr, im Rahmen der präventiven Ermittlungen, der polizeilichen Vorermittlungen und der übrigen Abklärungen im Vorfeld von Strafverfahren richtet sich nach dem Polizeirecht und nicht nach der StPO (Rhyner/Stüssi, VSKC-Handbuch, S. 464)

nicht öffentlichen⁷¹ Gesprächen einer beschuldigten, d.h. tatverdächtigen Person und Vorgängen und die Feststellung des Standortes von tatverdächtigen Personen oder Sachen mit technischen Überwachungsgeräten. Diese Art der Überwachung greift in den besonders geschützten Geheim- und Privatbereich im Sinne von Art. 179^{bis} StGB und allenfalls das Hausrecht im Sinn von Art. 186 StGB ein und ist deshalb gestützt auf Art. 281 Abs. 4 StPO bewilligungspflichtig⁷².

Eine technische Überwachung darf sich nur gegen die beschuldigte Person richten; Räumlichkeiten und Fahrzeuge von Drittpersonen dürfen jedoch technisch überwacht werden, wenn angenommen werden muss, dass die beschuldigte Person sich in diesen Räumlichkeiten aufhält oder diese Fahrzeuge benutzt⁷³. Nicht überwacht werden zum Zwecke der strafprozessualen Beweissicherung dürfen gemäss Art. 281 Abs. 3 StPO Häftlinge und Räumlichkeiten und Fahrzeuge von Berufsheimnisträgern⁷⁴.

Die technische Überwachung darf nur angeordnet werden, wenn - analog der Anordnungsvoraussetzungen der Telefonüberwachung - der dringende Verdacht bezüglich einer Straftat gemäss Deliktskatalog des Art. 269 Abs. 2 StPO besteht und die Massnahme verhältnismässig ist⁷⁵. Ebenfalls gelten für die technische Überwachung das gleiche Genehmigungsverfahren und die gleichen Vorschriften bezüglich Triage und Aussonderung nicht benötigter oder verwertbarer Aufzeichnungen, die Behandlung von Zufallsfunden, wie dies bei der Telefonüberwachung der Fall ist. Schliesslich müssen technische Überwachungen, gleich wie Telefonüberwachungen, den Beschuldigten mit Abschluss des Vorverfahrens mitgeteilt werden⁷⁶.

Die technische Überwachung steht strafprozessual und auch taktisch nahe bei der Observation, indem sie einerseits einen besonders geschützten Kernbereich der Observation betrifft und zum andern aus taktischer Sicht sinnvollerweise ergänzend zur Observation angeordnet wird⁷⁷. Während Art. 280 und 282 ff. StPO es zulassen, dass öffentliche Gespräche oder Vorgänge in der Öffentlichkeit resp. allgemein zugänglichen Orten beobachtet und ohne gesonderte Bewilligung aufgezeichnet werden dürfen⁷⁸, darf die Observation ausserhalb dieses Bereiches, also im Pri-

⁷¹ Nicht öffentlich sind Gespräche und Vorgänge, welche von Dritten nicht ohne Weiteres wahrgenommen oder beobachtet werden können. Dies beinhaltet Tatsachen und Vorgänge, welche durch das Hausrecht geschützt sind oder Gespräche und Vorgänge, welche nur ein geschlossener Personenkreis wahrnehmen kann (z.B. anlässlich von Konferenzen oder leisen privaten Gesprächen auf dem Bürgersteig).

⁷² Analog der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs im Sinne von Art. 269-279 StPO.

⁷³ Art. 281 Abs. 2 StPO

⁷⁴ Räumlichkeiten und Fahrzeuge von Berufsheimnisträgern dürfen jedoch technisch überwacht werden, wenn der Verdacht besteht, dass diese der Beschuldigten Person zur Verfügung gestellt werden und wenn darin keine dem Berufsheimnis unterliegenden Vorgänge stattfinden (Rhyner/Stüssi, VSKC-Handbuch, S. 468)

⁷⁵ Also eine entsprechend schwerwiegende Tat vermutet wird und andere Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sind resp. anzunehmen ist, dass die Ermittlungen ohne technische Überwachung aussichtslos oder unverhältnismässig schwierig wären (Art. 269 Abs. 1 lit. b und c StPO)

⁷⁶ Art. 281 Abs. 4 i.V.m. Art. 279 Abs. 1 StPO

⁷⁷ Wobei in der Praxis in der Mehrzahl der Fälle Observationen durch eine Überwachung des Telefonverkehrs (oder umgekehrt) ergänzt werden; der Einsatz technischer Überwachungsgeräte ist nach Erfahrung des Autors eher die Ausnahme.

⁷⁸ Rhyner/Stüssi, VSKC-Handbuch, S. 463

vat- oder Geheimbereich einer tatverdächtigen Person nur weiter- oder durchgeführt werden, wenn der Einsatz technischer Überwachungsgeräte zulässig ist und bewilligt wurde.

Im Unterschied zur Telefonüberwachung werden mit der technischen Überwachung keine Daten gesichert, welche sich noch auf dem Übermittlungsweg befinden. Mit der technischen Überwachung werden Daten ausserhalb, also zu Beginn oder am Ende, des Übermittlungsweges erhoben⁷⁹.

2.8. Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs

Mit Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung werden die strafprozessualen Vorschriften des BÜPF⁸⁰ mehrheitlich unverändert in die StPO überführt; das BÜPF behält jedoch bezüglich der Bestimmungen über den eigentlichen Vollzug der Überwachung Gültigkeit.

Angeordnet wird die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs durch die Staatsanwaltschaft (Art. 269 Abs. 1 StPO). Vorausgesetzt wird, dass der dringende Verdacht besteht, dass eine Person als Täter oder als Teilnehmer eine im Deliktskatalog von Art. 269 Abs. 2 StPO⁸¹ genannte Straftat begangen hat, dass die Schwere der Straftat die Überwachung rechtfertigt und dass die bisherigen Untersuchungen erfolglos waren oder ohne die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden⁸². Überwacht werden dürfen auch die Postadresse oder der Fernmeldanschluss von Drittpersonen, wenn angenommen werden muss, dass die beschuldigte Person diese Adresse resp. diesen Anschluss benutzt oder dass die Drittperson für die beschuldigte Person bestimmte Mitteilungen oder Mitteilungen der beschuldigten Person weiterleitet.⁸³ Bei der Überwachung von Berufsgeheimnisträgern und zur Zeugnisverweigerung berechtigter Personen sieht Art. 271 StPO besondere Schutzvorkehrungen vor.

Die staatsanwaltschaftlich angeordnete Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs bedarf der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmegericht, wobei die Staatsanwaltschaft dem Zwangsmassnahmegericht innert 24 Stunden seit der Anordnung einen begründeten Antrag einzureichen hat über welchen das Zwangsmassnahmegericht innert 5 Tagen seit der Anordnung zu entscheiden hat. Das Zwangsmassnahmegericht erteilt die Genehmigung für höchstens 3 Mona-

⁷⁹ Rhyner/Stüssi, VSKC-Handbuch, S. 466 f.

⁸⁰ Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF)

⁸¹ In Art. 269 Abs. 2 StPO wurde der Katalog der Straftaten gegenüber den Bestimmungen des BÜPF leicht geändert und dem Straftatenkatalog der verdeckten Ermittlung (Art. 286 Abs. 2 StPO) angepasst, so dass nun bei allen Delikten, bei welchen eine verdeckte Ermittlung möglich ist, auch der Post- und Fernmeldeverkehr überwacht werden kann. Die in Art. 286 Abs. 2 StPO aufgeführten Straftatbestände decken sich jedoch - wie bereits erwähnt - nicht mit dem Deliktskatalog der Telefonüberwachung; der Deliktskatalog betr. Überwachung des Post- und Telefonverkehrs ist weiter gefasst, weshalb nach wie vor Fälle möglich sind, bei welchen zwar eine Telefonüberwachung, jedoch keine verdeckte Ermittlung zulässig ist.

⁸² Art. 269 Abs. 1 lit. a - c StPO

⁸³ Art. 270 StPO

te, wobei diese Genehmigung ein- oder mehrmals um jeweils höchstens 3 Monate verlängert werden kann.⁸⁴

Die Überwachung ist durch die Staatsanwaltschaft unverzüglich zu beenden, wenn die Voraussetzungen der Anordnung nicht mehr erfüllt sind oder wenn die Genehmigung resp. die Verlängerung durch das Zwangsmassnahmegericht verweigert wird⁸⁵. Spätestens nach Abschluss des Vorverfahrens hat die Staatsanwaltschaft die Überwachung den überwachten Personen mitzuteilen; von einer Mitteilung kann mit Zustimmung des Zwangsmassnahmegerichts abgesehen werden, wenn die durch die Überwachung gewonnenen Erkenntnisse nicht zu Beweis Zwecken verwendet werden und zusätzlich der Aufschub oder das Unterlassen der Mitteilung wegen überwiegendem öffentlichem oder privatem Interesse notwendig ist⁸⁶.

Zufallsfunde aus einer Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs können gegenüber der beschuldigten Person oder auch einer bislang nicht beschuldigten Person nur verwendet werden, wenn es sich hierbei um Straftaten gemäss Deliktskatalog handelt⁸⁷. Unklar ist, ob zusätzlich auch die Voraussetzungen gemäss Art. 269 Abs. 1 StPO erfüllt sein müssen⁸⁸.

Nicht als Beweismittel benötigte Ergebnisse sind gesondert aufzubewahren und nach Abschluss des Verfahrens zu vernichten oder - im Falle der Überwachung des Postverkehrs - den Betroffenen zurück zu geben, sobald es das Verfahren erlaubt⁸⁹. Erkenntnisse aus nicht genehmigten Überwachungen sind sofort zu vernichten resp. Postsendungen sofort den Adressaten zuzustellen⁹⁰.

⁸⁴ Art. 272 ff. StGB

⁸⁵ Art. 275 StPO

⁸⁶ Art. 279 StPO

⁸⁷ Diese Regelung ist restriktiver als die bisherige Regelung in Art. 9 Abs. 1 lit. a BÜPF, gemäss welcher gegenüber dem Beschuldigten auch Erkenntnisse über andere als Katalogtaten verwendet werden durften.

⁸⁸ Schmid, Handbuch, Rz. 1157 darf zumindest so verstanden werden, dass er auch das Erfordernis der Schwere der Straftat gemäss Art. 269 Abs. 1 lit. b StPO für erforderlich hält; anders jedoch Botschaft, S. 2151.

⁸⁹ Art. 276 StPO

⁹⁰ Art. 277 StPO

3. Die Observation als Grundrechtseingriff

3.1. Grundsätzliches

Strafprozessuale Zwangsmassnahmen dienen der Findung der materiellen Wahrheit notfalls auch gegen den Willen oder ohne Wissen des Betroffenen. Sie dienen demnach dazu, Beweise zu sichern, die Anwesenheit von Personen im Verfahren sicherzustellen oder die Vollstreckung von Endentscheidungen zu gewährleisten⁹¹. Sie greifen in die Grundrechte der Betroffenen ein, selbst für den Fall, dass der Betroffene der Massnahme keinen Widerstand entgegenbringt. Strafprozessuale Zwangsmassnahmen stellen per se einen Eingriff in verfassungsmässige Rechte dar und dürfen deshalb nur unter Einhaltung der verfassungsmässigen Grundsätze angeordnet werden. Art. 36 BV statuiert deshalb, dass Grundrechtseingriffe nur zulässig sind, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sind und den Kerngehalt der Grundrechte nicht verletzen. Art. 197 StPO konkretisiert diese verfassungsrechtliche Schranke, indem Zwangsmassnahmen nur ergriffen werden dürfen, wenn

- (a) sie gesetzlich vorgesehen sind
- (b) ein hinreichender Tatverdacht vorliegt
- (c) die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können und
- (d) die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt⁹².

Zwangsmassnahmen sind gegenüber den Betroffenen deshalb teilweise durch das Zwangsmassnahmegericht zu bewilligen, grundsätzlich mitteilungsspflichtig⁹³ und unterliegen der Beschwerde⁹⁴.

3.2. Durch die Observation betroffenen Grundrechte

Polizeiliche Observationen waren in den früheren Strafprozessordnungen nur ausnahmsweise geregelt und wurden teilweise auch ohne gesetzliche Grundlage als zulässig erachtet, da diese Massnahmen den Schutzbereich von Art. 179quater StGB nicht direkt betrafen⁹⁵. In jüngerer Zeit hat sich jedoch diese Auffassung geändert. Verdeckte (polizeiliche) Ermittlungs-

⁹¹ Art. 196 StPO

⁹² Diese Voraussetzungen sind kumulativ; Art. 197 Abs. 1 StPO.

⁹³ Generelle Regelung in Art. 199 StPO; spezielle Regelungen in Art. 279 StPO (Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs), Art. 281 Abs. 4 StPO (Technischer Überwachung), Art. 283 StPO (Observation), Art. 285 Abs. 3 StPO (Überwachung von Bankbeziehungen), Art. 298 StPO (Verdeckte Ermittlungen)

⁹⁴ Art. 198 StPO

⁹⁵ Schmid, Handbuch, Rz. 1170

massnahmen sind für den Betroffenen nicht erkennbar und somit - abgesehen vom Zeitpunkt nach deren Offenlegung - seinen prozessualen Einflussmöglichkeiten entzogen. Der Betroffene würde sich, wären ihm die verdeckten Massnahmen gegen seine Person bekannt, mutmasslich anders verhalten und verdächtige oder gar strafbare Verhaltensweisen nicht mehr freiwillig bzw. unwissend preisgeben. Verdeckte Ermittlungen und somit auch die Observation⁹⁶ greifen als Zwangsmassnahmen in die Freiheitsrechte und prozessualen Schutzrechte des Betroffenen ein, wobei nicht alle Massnahmen die gleiche Eingriffstiefe⁹⁷ aufweisen⁹⁸.

Während das Bundesgericht und auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bislang offen lassen, ob resp. welche Grundrechte durch eine Observation tangiert sein können, bejaht die neuere Lehre den Eingriffscharakter der strafprozessualen Observation in verfassungsmässige Grundrechte⁹⁹. Gänzlich anderer Ansicht war der Verband Schweizerischer Polizei-Beamter (VSPB) - zumindest noch im Mai 2006¹⁰⁰ -, welcher davon ausging, dass die Observation keine Grundrechte verletzt und dass es sich demnach bei der Observation auch nicht um eine Zwangsmassnahme handeln würde; immerhin dürfe jeder Privatdetektiv während einer beliebigen Zeit, Personen beschatten, ohne eine Observationsbewilligung zu besitzen¹⁰¹.

Für die deutsche Lehre hält NIMTZ¹⁰² fest, dass eine Observation die Würde des Menschen¹⁰³, sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht¹⁰⁴ in der Facette des Rechts der Selbstdarstellung, des Rechts auf Darstellung in der Öffentlichkeit und des Rechts am eigenen Bild sowie des Rechts auf informelle Selbstbestimmung verletzen kann. Observationsen können nach dieser Auffassung zudem die Versammlungsfreiheit¹⁰⁵, die Koalitionsfreiheit¹⁰⁶ und das Recht auf Unverletzlichkeit der eigenen Wohnung tangieren.

Für die schweizerischen Verhältnisse darf mit ZALUNARDO¹⁰⁷ und SCHMID¹⁰⁸ davon ausgegangen werden, dass durch eine Observation primär das verfassungsmässige Recht der persönlichen Freiheit¹⁰⁹ im Sinne von Art. 10 Abs. 2 BV bzw. die Privatsphäre nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 BV tangiert ist. Weitere Grund- oder Verfahrensrechte wie die Unverletzlichkeit der

⁹⁶ Zumindest, wenn die Observation eine längere Zeit dauert; vgl. Botschaft StPO, S. 1252 und Zalunardo, S. 50 ff. m.w.H.

⁹⁷ Vgl. hierzu Zalunardo, S. 15

⁹⁸ Die Mehrheit der Antwortenden im Vernehmlassungsverfahren zum BVE vertrat jedoch noch die Meinung, die Observation habe nicht den Charakter einer Zwangsmassnahme; Botschaft BÜPF/BVE, S. 4254

⁹⁹ Botschaft StPO, S. 1252; Schmid, Handbuch, Rz. 1170

¹⁰⁰ Ähnlich auch noch das Papier „Die neue Strafprozessordnung der Schweiz (StPO)“ des Verbandes Schweizerischer Polizei-Beamter vom 29.05.2007

¹⁰¹ Stellungnahme der Arbeitsgruppe StPO des Verbandes Schweizerischer Polizei-Beamter (VSPB) vom 19.06.2006 zum Entwurf der eidgenössischen Strafprozessordnung

¹⁰² Nitz, S. 52 ff.

¹⁰³ Art. 1 Abs. 1 GG

¹⁰⁴ Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

¹⁰⁵ Art. 8 Abs. 1 GG

¹⁰⁶ Art. 9 GG

¹⁰⁷ Zalunardo, S. 52 ff.

¹⁰⁸ Schmid, Handbuch, Rz. 1170

¹⁰⁹ beinhaltend die physische Freiheit (verstanden als körperliche Integrität und Bewegungsfreiheit) und die psychische Integrität; vgl. hierzu Häfelin/Haller, Rz. 336 ff.; Schweizer, Kommentar BV, S. 250 ff.

Wohnung¹¹⁰ und der Anspruch auf rechtliches Gehör oder der Grundsatz des staatlichen Handelns nach Treu und Glauben erachtet ZALUNARDO durch eine gesetzmässig durchgeführte Observation nicht als verletzt. Doch gerade diese letzte Argumentation erhellt, dass die Observation diese (Grund-) Rechtsbereiche des Individuums betreffen kann. Im Unterschied zu NIMTZ hält ZALUNARDO hingegen zu Recht dafür, dass die verfassungsmässig geschützten Garantien der freien Kommunikation und Vereinigung (z.B. Meinungsfreiheit und Versammlungsfreiheit) durch die Observation nicht betroffen werden, da die Observation für den Betroffenen nicht erkennbar ist und ihn deshalb auch in keinster Weise physisch behindert.

3.3. Observation als (unzulässige) strafprozessuale List?

Hält man sich die Definition der List bei MIESCHER¹¹¹ vor Augen, welche lautet:

„Bei der List handelt es sich um ein heimliches und auf die Realisierung eines bestimmten Ziels gerichtetes Vorgehen durch den Listanwender, welches beim Listbetroffenen dazu führt, dass er zu Realisierung dieses Ziels, ohne sich dessen bewusst zu sein, in irgendeiner Weise beiträgt; bestehen kann dieser Beitrag aus einem Tun, einem Dulden oder einem Unterlassen. Die List dient demzufolge der Lenkung fremden Verhaltens und steht damit in Verwandtschaft mit den anderen Instrumenten, fremdes Verhalten zu lenken: Dem Appell, dem Handel und der Nötigung.“

wird sogleich klar, dass es sich bei der strafprozessualen Observation um eine listige Vorgehensweise handelt. Die observierenden Beamten geben sich der observierten Person nicht - zumindest nicht als Polizeibeamte - zu erkennen, was dazu führt, dass sich die observierte Person unbeobachtet fühlt und seinen möglicherweise strafbaren Tätigkeiten ohne besondere Schutzvorkehrungen nachgeht, was letztlich im Idealfall dazu führt, dass die Strafverfolgungsbehörden die durch die Observation erhofften Beweismittel und Hinweise auch erhalten. Damit die Polizeibeamten bei ihrer Observationstätigkeit nicht erkannt werden, bedienen sie sich verschiedener Tarn- oder Verschleierungsmassnahmen (z.B. Benutzung milieuangepasster Kleidung und unauffälliger Fahrzeuge¹¹²).

Es stellt sich die Frage, ob eine solche staatliche Vorgehensweise zulässig ist oder ob eine derartige „List“ gegen grundlegende Verfahrensrechte des Beschuldigten gemäss Art. 3 ff. StPO oder das strafprozessuale Verbot der Täuschung verstösst. Gestützt auf MIESCHER¹¹³ ist vorweg festzuhalten, dass sich aus der Qualifikation einer behördlichen Verhaltensweise als „List“ nicht zwingend auf deren Unzulässigkeit schliessen lässt.

¹¹⁰ BV 13

¹¹¹ Miescher, S. 41

¹¹² Nebst diesen relativ nahe liegenden Massnahmen sind dem Autor weitere taktische Observationsmassnahmen bekannt, welche hier aus taktischen Gründen nicht weiter dargelegt werden.

¹¹³ Miescher, S. 136

Art. 3 StPO umschreibt die Achtung der Menschenwürde und das Fairnessgebot im Strafprozess und weist die Strafverfolgungsbehörden an, namentlich den Grundsatz von Treu und Glauben, das Verbot des Rechtsmissbrauchs, das Gebot der Gleichbehandlung und des rechtlichen Gehörs sowie das Verbot, bei der Beweiserhebung Methoden anzuwenden, welche die Menschenwürde verletzen, zu beachten. Im Zusammenhang mit der Observation resp. der damit einhergehenden List verdient das Fairnessgebot eine besondere Beachtung. Aus diesem Gebot wird u.a. abgeleitet, dass die Strafverfolgungsbehörden darauf zu verzichten haben, Täuschung, Lüge oder andere unlautere Mittel und Methoden im Strafverfahren zu verwenden¹¹⁴. Dies konkretisierend statuiert die Strafprozessordnung in Art. 140 Abs. 1 ein Verbot bestimmter Beweismethoden und verbietet in der genannten Bestimmung insbesondere Täuschungen.

Gemäss MIESCHER beinhaltet eine Observation gar eine kombiniert Täuschung, verheimlicht die observierende Behörde zum einen doch ihre wahren Absichten und täuscht sie zum andern über den Umstand, dass es sich bei den zivil gekleideten Observierenden in Tat und Wahrheit um Polizeibeamte handelt¹¹⁵. Dies bedeutet nun wiederum nicht, dass gestützt auf Art. 140 Abs. 1 StPO die prozessual grundsätzlich zulässige Observation nur dann zulässig ist, wenn damit keine Täuschung verbunden wäre. Dies würde nämlich eine Observation gänzlich verunmöglichen. Vielmehr ist im Verbot der Täuschung das Verbot einer aktiven Falschinformation oder Irreführung des Beschuldigten mit dem Ziel, ein Geständnis zu erwirken zu verstehen, welche gestützt auf Art. 141 StPO ein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht¹¹⁶. Nicht a priori verboten erscheint demnach die blosser List, d.h. das Ausnutzen von Irrtümern auf Seiten der beschuldigten Person. Im Falle der Observation also der Irrtum des Observierten, er sei unbeobachtet resp. die in allenfalls beobachtenden Personen seien keine Polizisten und seien nicht daran interessiert, was er gerade tut.

Die Observation als prozessuale List ist demnach zulässig, solange resp. soweit sie die Grenze derjenigen List, welche die Observation ja ausmacht - also das Täuschen über die Beobachtung an sich und den Umstand, dass es sich bei den Beobachtenden um Polizeibeamte handelt - nicht überschritten wird und solange die Observation gemäss den strafprozessualen Vorgaben bezüglich Anordnung, Bewilligung und Mitteilung durchgeführt wird. Unzulässig erscheint vor diesem Hintergrund eine Observation, bei welcher in listiger, also täuschender Weise auf die observierte Person aktiv Einfluss genommen wird, z.B. indem die zu observierende Person in ein kriminelles Umfeld gelockt wird, um deren Bezug zu eben diesem Umfeld beweismässig belegen zu können.

¹¹⁴ Maurer, Kommentar StPO, S. 3

¹¹⁵ Miescher, S. 53 f.

¹¹⁶ Schmid, Handbuch, FN 23 zu Rz. 786

4. Die repressive Observation von Tatverdächtigen im Inland

4.1. Voraussetzungen der Anordnung einer Observation

Die Ziele einer Strafuntersuchung, also die tatsächliche und rechtliche Klärung eines Sachverhaltes¹¹⁷, können ohne mehr oder weniger weitreichende Eingriffe in die Rechte der Bürger in der Form von Zwangsmassnahmen nicht erreicht werden. Solche die Grundrechte der Beschuldigten und zuweilen nicht beschuldigter Personen tangierende offene oder geheime Massnahmen sind gemäss Art. 197 StPO nur zulässig, wenn im Zeitpunkt ihrer Anordnung

1. eine ausreichende gesetzliche Grundlage vorliegt¹¹⁸
2. ein hinreichender Tatverdacht besteht
3. das angestrebte Ziel nicht durch eine mildere Massnahme erreicht werden kann
4. die Bedeutung der Straftat die konkrete Zwangsmassnahme rechtfertigt

Basierend auf dieser allgemeinen strafprozessualen Vorschrift darf die Observation gemäss Art. 282 Abs. 1 lit. a und b StPO nur angeordnet werden, wenn

- a) aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass Verbrechen oder Vergehen begangen worden sind; und
- b) die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden.

4.1.1. Die gesetzlichen Grundlage

Die Observation ist - wie bereits erwähnt - in der eidgenössischen Strafprozessordnung in den Art. 282 - 283 geregelt, womit eine ausreichende gesetzliche Grundlage besteht. Diese Regelung bezieht sich lediglich auf inländische Observationen, also auf Observationen von Personen oder Vorgängen innerhalb des schweizerischen Staatsgebietes durch schweizerische Strafverfolgungsbehörden¹¹⁹. Art. 282 f. StPO regelt zudem nur die Observation im öffentlichen Raum; für Überwachungen im nicht öffentlichen Bereich sind die Regelungen der technischen Überwachung im Sinne Art. 280 f. StPO massgeblich¹²⁰.

¹¹⁷ Unter Beachtung des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 6 StPO)

¹¹⁸ Grundsätzlich in Form eines Gesetzes im formellen Sinne (z.B. einem Prozessgesetz); Schmid, Handbuch, Rz. 972

¹¹⁹ Hierzu mehr unter Ziff. 6 nachstehend

¹²⁰ Schmid, Handbuch, Rz. 1171

4.1.2. Tatverdacht

Zwangsmassnahmen dürfen nur bei entsprechendem Tatverdacht durchgeführt werden, wobei sich der geforderte Tatverdacht an der Eingriffsschwere der Zwangsmassnahme orientiert¹²¹. Im Unterschied zur Untersuchungshaft¹²² und zur Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs¹²³ hat der für die Observation geforderte Tatverdacht nicht dringend¹²⁴ zu sein. Voraussetzung einer Observation ist gemäss Art. 282 Abs. 1 lit. a StPO ein ausreichender¹²⁵ Tatverdacht; ein für die Eröffnung einer Strafuntersuchung notwendiger hinreichender¹²⁶ Tatverdacht ist nicht von Nöten. Die Observation darf deshalb dazu dienen, einen Anfangsverdacht - bestehend z.B. aus einem konkreten Hinweis einer Drittperson auf begangene Straftaten resp. auf Straftaten, welche noch in der Ausführung begriffen sind¹²⁷ - erst zu erhärten, damit später gegebenenfalls eine Strafuntersuchung eröffnet werden kann. Andererseits darf die Observation nicht dazu angeordnet werden, um einen Tatverdacht erst zu begründen¹²⁸.

Grundsätzlich richtet sich der Tatverdacht gegen die observierte Person. Wird ausnahmsweise eine nicht beschuldigte Person observiert, fehlt dieser gegenüber der Tatverdacht als die Zwangsmassnahme legitimierendes und begrenzendes Kriterium¹²⁹. Gemäss Art. 197 Abs. 2 StPO dürfen in solchen Fällen Observationen nur mit besonderer Zurückhaltung angeordnet werden.

4.1.3. Verhältnismässigkeit

Eine Observation darf gemäss Art. 282 Abs. 1 lit. b StPO nur durchgeführt werden, wenn die Ermittlungen sonst - also ohne Observation - aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden. Diese Bestimmung konkretisiert in Bezug auf die Observation die allgemeine strafprozessuale Regelung¹³⁰, wonach Zwangsmassnahmen selbst bei ausreichender gesetzlicher Grundlage und bestehendem Tatverdacht nur dann durchgeführt werden dürfen, wenn die damit

¹²¹ Botschaft StPO, S. 1216

¹²² Art. 220 Abs. 1 StPO

¹²³ Art. 268 Abs. 1 lit. a StPO

¹²⁴ Dringend ist ein Tatverdacht, wenn konkrete Anhaltspunkte gegeben sind, welche für die Strafbarkeit einer Person sprechen; blosser Hinweis oder die blosser Möglichkeit der Tatbegehung stellen keinen dringenden Tatverdacht dar; vgl. Schmid, Handbuch, Rz. 1019

¹²⁵ Ausreichend ist ein Tatverdacht, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass Straftaten begangen worden sind; mithin ist gemäss Schmid, Handbuch, Rz. 1173, bereits ein geringer Tatverdacht als ausreichend zu betrachten

¹²⁶ Hinreichend ist ein Tatverdacht, wenn erhebliche Gründe für das Vorliegen einer Straftat und der Täterschaft des Verdächtigen sprechen; Schmid, Handbuch, Rz. 1228 spricht in diesem Zusammenhang auch von einem „mittleren“ Tatverdacht

¹²⁷ Schmid, Handbuch, Rz. 1173

¹²⁸ Botschaft StPO, S. 1253

¹²⁹ Botschaft StPO, S. 1216

¹³⁰ Art. 36 BV, Art. 197 StPO

angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können¹³¹ und zudem die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt¹³².

RHYNER/STÜSSI halten dafür, dass die Subsidiarität im Rahmen strafprozessualer Observationen "keine grosse praktische Bedeutung" habe, da "aufgrund des sehr grossen zeitlichen und personellen Aufwandes [...] Observationen ohnehin nur durchgeführt [werden], wenn die Polizei nicht mit einfacheren Mitteln zum Ziel kommt"¹³³. Diese Argumentation ist aus praktischer Sicht zutreffend und führt oft wohl auch zum richtigen Ergebnis, darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass Art. 282 Abs. 1 lit. b StPO nicht zum Ziel hat, einen unverhältnismässig grossen polizeilichen Personalaufwand zu verhindern, sondern Observationen zu verhindern, welche gemessen an der Verletzung der Freiheitsrechte der betroffenen Person(en) unverhältnismässig erscheinen.

Schliesslich verzichtet die Strafprozessordnung sowohl allgemein (Art. 196-200 StPO), wie auch im Zusammenhang mit der Regelung der Observation (Art. 282f. StPO) auf die Schaffung eines Deliktskataloges, weshalb die Observation grundsätzlich bei sämtlichen Vergehen und Verbrechen, ungeachtet deren konkreten Schwere, zulässig ist¹³⁴.

4.2. Anordnung der Observation

Zwangsmassnahmen werden im Strafverfahren grundsätzlich durch die Staatsanwaltschaft angeordnet (Art. 198 Abs. 1 lit. a StPO); nach Anklageerhebung durch das zuständige Gericht (Art. 198 Abs. 1 lit. b StPO). Ausnahmsweise weist die Strafprozessordnung der Polizei die Kompetenz zu, Zwangsmassnahmen anzuordnen (Art. 198 Abs. 1 lit. c StPO).

Gemäss Art. 282 Abs. 1 StPO können die Staatsanwaltschaft und, im Ermittlungsverfahren, die Polizei Personen und Sachen an allgemein zugänglichen Orten verdeckt beobachten und dabei Bild- oder Tonaufzeichnungen¹³⁵ machen. Die Anordnungsbefugnis liegt in einem frühen Verfahrensstadium bei der Polizei und gleichzeitig bei der Staatsanwaltschaft und in einem späteren Verfahrensstadium, sprich wenn eine Untersuchung eröffnet wurde, ausschliesslich bei der Staatsanwaltschaft. Doch auch vor der Eröffnung einer Untersuchung kann die Staatsanwaltschaft eine Observation anordnen oder auf eine polizeiliche Observation gestützt auf das in Art. 307 Abs. 2 StPO statuierte Aufsichts- und Weisungsrecht Einfluss nehmen bzw. eine polizeilich angeordnete Observation mitsamt dem gesamten Verfahren an sich ziehen.

¹³¹ Grundsatz der Subsidiarität

¹³² Grundsatz der Verhältnismässigkeit: Prüfung von Notwendigkeit und Geeignetheit der Zwangsmassnahme plus Respektierung des Kerngehaltes des betroffenen Freiheitsrechts (vgl. Botschaft 1216)

¹³³ Rhyner/Stüssi, VSKC-Handbuch, S. 475

¹³⁴ Schmid, Handbuch, Rz. 974

¹³⁵ Vgl. hierzu nachstehend unter 4.4.

4.3. Genehmigung der Observation

Aufgrund des gemäss Lehre relativ geringen Eingriffes in die Grundrechte unterliegt die Observation nicht der richterlichen Genehmigung¹³⁶. Dauert eine polizeilich angeordnete Observation jedoch einen Monat, hat die Staatsanwaltschaft gemäss Art. 282 Abs. 2 StPO auf Antrag der Polizei die Fortführung zu genehmigen (oder allenfalls zu verweigern). Diese Monatsfrist beginnt erst mit der faktischen Aufnahme¹³⁷ der Observation und nicht bereits mit dem Beginn von Vorbereitungsarbeiten oder gar schon mit Datum der polizeilichen Anordnung der Observation. Bei dieser Frist handelt es sich um eine "Brutto-Frist" von 30 Tagen seit Aufnahme der Observation, was bedeutet, dass selbst dann um Genehmigung bei der Staatsanwaltschaft um Fortführung der Observation zu ersuchen ist, wenn innert dem Monat seit Beginn der Observation die zu observierende Person faktisch resp. "netto" an lediglich wenigen Tagen hat beobachtet werden können¹³⁸. Unterbrüche in der Observation sind demnach nicht beachtlich und verlängern die Frist nicht¹³⁹.

4.4. Einsatz technischer Mittel im Rahmen einer Observation

Vorgänge an der Öffentlichkeit dürfen im Rahmen einer Observation audiovisuell dokumentiert werden (Art. 282 Abs. 1 StPO). Die Erfassung nicht-öffentlicher Vorgänge ist nur nach den Bestimmungen über den Einsatz technischer Überwachungsgeräte zulässig (Art. 280 f. StPO). Nicht als Einsatz technischer Überwachungsgeräte gilt das Beobachten von Personen in nicht öffentlichen Räumen resp. ohne physische Verletzung des Hausrechts mittels Feldstecher, Fernrohr oder anderen technischen Sehhilfen. Unzulässig ist hingegen die Verwendung von technischen Hilfsmitteln im Sinne von Art. 179^{quater} StPO und somit beispielsweise das Filmen oder Fotografieren in private Räumlichkeiten hinein¹⁴⁰. Ebenso unzulässig ist das Aufnehmen von leisen privaten Gesprächen in der Öffentlichkeit (z.B. private Gespräche im Restaurant)¹⁴¹. Notabene wäre der Einsatz von Drohnen oder anderen "exotischen" Aufnahme- und Beobachtungstechniken grundsätzlich durch Art. 282 Abs. 1 StPO abgedeckt (freilich mit der Einschränkung, dass damit nur Vorgänge in der Öffentlichkeit beobachtet würden).

¹³⁶ Schmid, Handbuch, Rz. 1173

¹³⁷ Zu Recht halten Rhyner/Stüssi, VSKC-Handbuch, S. 477, fest, dass erst mit der erfolgreich begonnenen Observation, also mit dem erstmaligen Erfassen der zu observierenden Person und nicht mit erfolglosen Versuchen die zu überwachende Person "aufzunehmen" also zu beobachten, die Frist gemäss Art. 282 Abs. 2 StPO zu laufen beginnt.

¹³⁸ Botschaft, S. 1253; Rhyner/Stüssi, VSKC-Handbuch, S. 478; Bättig, Kommentar StPO, S. 273

¹³⁹ Kritisch betrachtet werden muss die bei Rhyner/Stüssi, VSKC-Handbuch, S. 478, vertretene Ansicht wonach mit der Neuaufnahme einer einst beendeten Observation auch die Genehmigungsfrist neu zu laufen beginne. Zutreffend dürfte dies Ansicht einzig dann sein, wenn das polizeiliche Ermittlungsverfahren vorgängig durch die Staatsanwaltschaft formell mittels Nichtanhandnahme- oder Einstellungsverfügung beendet wurde. Einer unzulässige Umgehung der Genehmigungspflicht käme ein solches polizeiliches Vorgehen jedoch gleich, wenn im Rahmen der polizeilichen Ermittlungen lediglich die Observation abgebrochen, das Ermittlungsverfahren jedoch weitergeführt würde.

¹⁴⁰ Bättig, Kommentar StPO, S. 273; Rhyner/Stüssi, VSKC-Handbuch, S. 476

¹⁴¹ Schmid, Handbuch, S. 533, FN 541

4.5. Beendigung der Observation

Die Beendigung der Observation ist in der Strafprozessordnung nicht explizit geregelt. Als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dürfen Observationen jedoch nur solange dauern, wie die gesetzlichen Voraussetzungen - also Tatverdacht und Verhältnismässigkeit - gegeben sind. Zuständig für die Beendigung ist grundsätzlich die anordnende Behörde; in jedem Fall aber die Staatsanwaltschaft gestützt auf deren Weisungsrecht¹⁴².

4.6. Mitteilungs- und Dokumentationspflicht

Die Staatsanwaltschaft hat gemäss Art. 283 Abs. 1 StPO den von einer Observation direkt betroffenen Personen spätestens mit Abschluss des Vorverfahrens Grund, Art und Dauer der Observationen mitzuteilen. Direkt betroffen können nebst den Zielpersonen auch Dritte aus dem Umfeld der Zielperson sein, welche ebenfalls überwacht wurden, um Straftaten zu klären oder Strukturen aufzudecken¹⁴³. Nicht mitgeteilt werden muss die Observation Personen, welche notwendigerweise miterfasst wurden (z.B. den Bewohnern eines observierten Hauses).¹⁴⁴

Die Mitteilungspflicht trifft in jedem Fall die Staatsanwaltschaft und nie die Polizei. Selbst polizeilich angeordnete und aufgrund ihrer kurzen Dauer nicht genehmigungsbedürftige Observationen sind deshalb von der Polizei der Staatsanwaltschaft zu melden; und zwar resp. insbesondere auch dann, wenn durch die Staatsanwaltschaft keine Untersuchung eröffnet wurde¹⁴⁵. Nicht der Mitteilungspflicht unterstehen kurze polizeiliche Beobachtungen, welche keine Observationen im Sinne von Art. 282 f. StPO darstellen¹⁴⁶.

Von einer Mitteilung kann (je nach dem auch nur vorübergehend) abgesehen werden, wenn die Observationsergebnisse nicht beweismässig verwendet werden und der Mitteilung überwiegende öffentliche oder private Interessen gegenüberstehen (Art. 283 Abs. 2 StPO). Nicht zutreffend ist die von BÄTTIG¹⁴⁷ vertretene Ansicht, wonach bei einer ergebnislos verlaufenen und infolge ihrer kurzen Dauer nicht der Staatsanwaltschaft zu Genehmigung vorgelegten Observation eine Mitteilung im Sinne von Art. 283 Abs. 1 StPO unterbleiben kann und dass diesfalls die Polizei gestützt auf Art. 95 Abs. 2 StPO (Mitteilung von nicht offenen Datenbeschaffungen) die betroffene Person über die Observation zu orientieren habe¹⁴⁸. Gemäss der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung unterstehen zum einen sämtliche repressiven Observationen der staatsanwaltschaft-

¹⁴² Entgegen Rhyner/Stüssi, VSKC-Handbuch, S. 483, nicht bloss bei staatsanwaltschaftlich angeordneten Observationen, sondern generell bei allen repressiven Observationen gestützt auf Art. 307 Abs. 2 StPO.

¹⁴³ Bättig, Kommentar StPO, S. 274

¹⁴⁴ Botschaft, S. 1253

¹⁴⁵ Bättig, Kommentar StPO, S. 274

¹⁴⁶ Ziff. 2.3. vorstehend

¹⁴⁷ Bättig, Kommentar StPO, S. 274

¹⁴⁸ Zutreffend ist jedoch die Auffassung von Rhyner/Stüssi, VSKC-Handbuch, S. 481, wonach das polizeiliche Observationsdossier (beinhaltend Observationsjournale und andere internen Einsatzberichte) Personendaten enthalten, auf welche Art. 95-99 StPO anwendbar sind

lichen Aufsicht und zwar ungeachtet deren allenfalls kurzen Dauer. Entsprechend sind diese in jedem Fall der Staatsanwaltschaft in Form eines Rapportes zu melden¹⁴⁹. Zum anderen regelt Art. 283 Abs. 2 StPO abschliessend und umfassend die Mitteilungspflicht bei Observationen, sieht diese Bestimmung ja explizit vor, dass Observationen möglicherweise nicht beweismässig verwendet werden, also beispielsweise eben gerade deshalb, weil sie ergebnislos verlaufen sind.

Kann die Mitteilung unterlassen oder aufgeschoben werden, ist auch zulässig, (evtl. vorerst) lediglich Teilbereiche einer Observation der betroffenen Person mitzuteilen¹⁵⁰.

Eng mit der Mitteilungspflicht ist die Frage nach der Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht¹⁵¹ bezüglich Observationen verknüpft. Die Ergebnisse der Observationen sind in Anwendung von Art. 76 Abs. 1 StPO zu dokumentieren, handelt es sich bei der Observation doch um eine nicht schriftlich durchgeführte Verfahrenshandlung. Um jedoch polizei- oder ermittlungstaktische Umstände nicht über Gebühr preiszugeben, reicht es aus, wenn die Polizei über die Observation in Form eines Rapportes nach Art. 307 Abs. 2 StPO - freilich unter Beilage der beweisrelevanten Ton- und Bildaufnahmen - der Staatsanwaltschaft Bericht erstattet¹⁵². Solche Rapporte sind zu den staatsanwaltschaftlichen Verfahrensakten zu nehmen und dort aufzubewahren.

4.7. Rechtsmittel

Die polizeilich oder staatsanwaltschaftlich angeordnete Observation stellt als verdeckte Zwangsmassnahme eine Verfahrenshandlung dar, welche gestützt auf Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO mittels Beschwerde innert 10 Tagen nach Mitteilung angefochten werden kann¹⁵³. Es handelt sich hierbei um ein vollkommenes Rechtsmittel, mit welchem gemäss Art. 393 Abs. 2 StPO bei der kantonalen Beschwerdeinstanz jede Rechtsverletzung und insbesondere Unangemessenheit¹⁵⁴ gerügt werden kann.

Beschwerdelegitimiert sind gemäss Art. 382 StPO alle Personen, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Zwangsmassnahme haben; also bezüglich Observation primär die beschuldigte Person, da diese in den allermeisten Fällen zugleich die observierte Person war. Beschwerdelegitimiert ist aber auch eine nicht beschuldigte Person, welche observiert wurde, da durch die Observation in deren Grundrechte eingegriffen wurde, woraus sich ein rechtlich geschütztes Interesse im Beschwerdeverfahren ableiten lässt.

¹⁴⁹ Art. 307 Abs. 4 StPO

¹⁵⁰ Bättig, Kommentar StPO, S. 274

¹⁵¹ Hierzu bei Schmid, Handbuch, Rz. 566 ff.

¹⁵² Schmid, Handbuch, Rz. 1174

¹⁵³ Beschwerdeobjekt kann jede Verfahrenshandlung im weiteren Sinne sein, selbst wenn diese nicht formalisiert ergeht; somit jede Verfahrenshandlung von Polizei oder Staatsanwaltschaft (vgl. hierzu Schmid, Handbuch, Rz. 1502 und insbesondere 1504)

¹⁵⁴ Sowie die Unvollständigkeit des Sachverhalts, was jedoch bei der Observation keine Rolle spielen dürfte.

Die Beschwerdeinstanz hat - wie erwähnt - volle Kognition, was bezüglich Observation heisst, dass die Beschwerdeinstanz im Zeitpunkt der Beschwerde rückblickend zu prüfen hat, ob im Zeitpunkt der Observationsanordnung die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben waren. Heisst sie die Beschwerde gut, kann die Beschwerdeinstanz einen neuen Entscheid fällen oder die angefochtene Verfügung - hier somit die Anordnung resp. Durchführung der Observation - aufheben. In der Praxis bedeutet dies nichts anderes als dass auf Beschwerde hin eine bereits erfolgte und rapportierte Observation nachträglich als unzulässig erklärt und die daraus gewonnenen Ergebnisse als nicht verwertbar erklärt würden. Es ist schwer vorstellbar, inwiefern die Beschwerdeinstanz eine Beschwerde gutheissen und hernach eine neue Observationsanordnung treffen würde, welche dann noch erfolgversprechend durch die Staatsanwaltschaft umgesetzt werden könnte.

4.8. Verwertung der Observationsergebnisse

Die Strafverfolgungsbehörden sind verpflichtet, von Amtes wegen alle für die Beurteilung der Tat und der beschuldigten Person bedeutsamen Tatsachen abzuklären und hierzu alle¹⁵⁵ nach dem Stand der Wissenschaft und Erfahrung geeigneten und rechtlich zulässigen Beweismittel einzusetzen¹⁵⁶. Diese Maxime gilt jedoch nicht absolut, beinhaltet die StPO doch gleich an mehreren Orten allgemeingültige Einschränkungen in der Beweiserhebung:

- Verbot, bei der Beweiserhebung Methoden anzuwenden, welche die Menschenwürde verletzen (Art. 3 Abs. 2 lit. d StPO)
- Verbot, bei der Beweiserhebung Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können, anzuwenden (Art. 140 Abs. 1 StPO)

Zusätzlich schränkt die StPO teilweise bezüglich einzelner Zwangsmassnahmen die Möglichkeiten der Beweiserhebung ein:

- Verbot der beweismässigen Erhebung von Berufsgeheimnissen mittels Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 271 Abs. 1 StPO)
- Verbot, Häftlinge, Amts- resp. Berufsgeheimnisträger und Medienschaffende technisch zu überwachen (Art. 281 Abs. 3 StPO)

Bezüglich Observation statuiert die StPO keine über die allgemeinen Regeln von Art. 3 Abs. 2 lit. d StPO und Art. 140 Abs. 1 StPO hinausgehenden Einschränkungen in der Beweiserhebung.

Es wurde bereits ausgeführt, dass die Observation als prozessuale List resp. Täuschung zulässig ist¹⁵⁷ und dass die gesetzmässig durchgeführte Observation nicht gegen das Verbot der Täuschung gemäss Art. 140 Abs. 1 StPO verstösst. Ebenso wenig verletzt eine Observation die Men-

¹⁵⁵ Es gibt keinen numerus clausus der Beweismittel, vgl. Botschaft, S. 1182

¹⁵⁶ Art. 6 Abs. 1 StPO, Art. 139 Abs. 1 StPO

¹⁵⁷ Vorstehend Ziff. 3.3.

schonwürde im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. d StPO ist doch nicht ersichtlich, inwiefern eine solche Zwangsmassnahme, wird sie unter Beachtung der gesetzlichen Vorgaben durchgeführt, die Freiheits- und Persönlichkeitsrechte des Betroffenen in grundlegender Weise verletzen könnte.

Folglich sind die Ergebnisse einer gesetzmässig durchgeführten Observation (in Rapportform gebrachte Beobachtungen sowie technische Aufzeichnungen wie z.B. Ton- und Bildaufnahmen) im Strafverfahren uneingeschränkt verwertbar; sogar wenn es sich dabei um Zufallsfunde im Sinne von Art. 243 StPO (z.B. bezüglich bislang nicht bekannter Täter oder Taten) handelt¹⁵⁸.

Observationsergebnisse, welche mittels verbotener Beweiserhebungsmethoden im Sinne von Art. 140 Abs. 1 StPO entstanden sind, dürfen in keinem Fall verwertet werden (Art. 141 Abs. 1 StPO)¹⁵⁹, ebenso die sich daraus ergebende Folgebeweise (Art. 141 Abs. 4 StPO)¹⁶⁰. Wurden im Rahmen der Observation lediglich, aber immerhin, Gültigkeitsvorschriften verletzt so dürfen die Observationsergebnisse nicht verwertet werden¹⁶¹, es sei denn, ihre Verwertung ist zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich (Art. 141 Abs. 2 StPO). Ebenso dürfen Beweise, welche gestützt auf einen unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhobenen Beweis, beigebracht werden konnten, grundsätzlich nicht verwertet werden¹⁶². Observationsbeweise, bei deren Erhebung lediglich Ordnungsvorschriften verletzt wurden, sind hingegen verwertbar¹⁶³, sind aufzubewahren und entfalten eine Fernwirkung.

Wurde eine Observation rechtmässig durchgeführt, sind Zufallsfunde - seien es weitere Straftaten der beschuldigten Person oder Straftaten einer bislang unbekanntes Täterschaft - uneingeschränkt verwertbar¹⁶⁴. Dies im Unterschied zur Überwachung des Post- und Telefonverkehrs und der technischen Überwachung, wo Zufallsfunde nur eingeschränkt verwertbar sind¹⁶⁵.

Schliesslich sind die Ergebnisse aus präventiven Observationen (z.B. mittels Videoüberwachung eines Kriminalitätsbrennpunktes) im Strafverfahren als Beweis verwendet werden, sofern bei die präventive Überwachung rechtmässig, als gestützt und in Übereinstimmung mit dem entsprechenden Polizeirecht, angeordnet und durchgeführt wurde¹⁶⁶.

¹⁵⁸ Schmid, Handbuch, Rz. 1174

¹⁵⁹ Die entsprechenden Aufzeichnungen sind aus den Strafakten zu entfernen, separat aufzubewahren und nach dem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zu vernichten (Art. 141 Abs. 5 StPO).

¹⁶⁰ Fernwirkung des Beweisverwertungsverbotes (Fruit of poisonous tree doctrine); vgl. Zuber, VSKC-Handbuch, S. 233f.

¹⁶¹ Diesfalls gilt betreffend Aufbewahrung der Akten Art. 141 Abs. 5 StPO

¹⁶² Ausser der Folgebeweise hätte auch ohne die vorhergehende, unzulässige Beweiserhebung, erbracht werden können (Art. 141 Abs. 4 StPO)

¹⁶³ Ob eine Gültigkeits- oder eine Ordnungsvorschrift verletzt wurde, ist in der Praxis zu klären, wobei primär auf den Schutzzweck der Norm abzustellen ist. Eine Gültigkeitsvorschrift liegt vor, wenn die Verletzung der Norm für die Wahrung der schützenswerten Interessen der betroffenen Person eine so grosse Bedeutung hat, dass dies nur dadurch geschützt werden können, wenn bei Nichtbeachtung der Vorschrift die Verfahrenshandlung als ungültig gelten muss (vgl. Botschaft, S. 1183f.), m.a.W. wenn es sich um eine fundamentale Vorschrift handelt, welche zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens unerlässlich ist (Zuber, VSKC-Handbuch, S. 231). Formvorschriften werden nur Ordnungscharakter zugeschrieben; strenge Gültigkeitsvorschriften nimmt die Rechtsprechung i.d.R. nur dann an, wenn das Gesetz sie deutlich als solche bezeichnet (vgl. Hauser/Schweri/Hartmann, S. 187, Rz 29)

¹⁶⁴ Rhyner/Stüssi, S. 481; Schmid, Handbuch, Rz. 1174

¹⁶⁵ Vorstehend 2.8.

¹⁶⁶ Schmid, Handbuch, FN 536 zu Rz. 1172

5. Die kantonsübergreifende repressive Observation von Tatverdächtigen innerhalb der Schweiz

5.1. Grundsätze der nationalen Rechtshilfe in Strafsachen

Kantonale Strafverfolgungsbehörden sind in der Erfüllung ihrer Aufgabe, also bei der Durchsetzung des kantonalen und eidgenössischen Strafrechts, nur innerhalb ihres jeweiligen Kantonsgebietes souverän. Trotzdem macht die kantonale Strafverfolgung nicht an den geografischen Kantonsgrenzen halt. Ausgehend vom bislang gültigen Rechtshilfekonkordate der Kantone¹⁶⁷ beinhaltet die StPO in den Artikeln 43-53 nunmehr beinahe identische Regelungen der nationalen Rechtshilfe, welche die Strafverfolgung über die Kantonsgrenzen hinaus erleichtern sollen.

Art. 49-51 StPO regeln die Rechtshilfe im engeren Sinne, also das Verfahren, wenn der ersuchte Kanton auf Verlangen und an Stelle des ersuchenden Kantons eine Verfahrenshandlung durchführt. Dieses Verfahren ist davon geprägt, dass durch den ersuchten Kanton keine Prüfung der Zulässigkeit und Angemessenheit der Massnahme erfolgt (Art. 49 Abs. 1 StPO) und dass die Verfahrenshandlung nach dem Prozessrecht des ersuchten Kantons durchzuführen ist.

Die Rechtshilfe im weiteren Sinne, also das Verfahren, wenn der ersuchende Kanton selbst auf dem Gebiet des ersuchten Kantons eine Verfahrenshandlung durchführen will, ist in den Art. 52-53 StPO geregelt. Gestützt auf diese Bestimmungen können die kantonalen Strafverfolgungsbehörden in jedem anderen Kanton alle Verfahrenshandlungen der StPO eigenständig durchführen (Art. 52 Abs. 1 StPO). Die Staatsanwaltschaft des ersuchten Kantones ist jedoch vorgängig - in dringenden Fällen ausnahmsweise nachträglich - zu benachrichtigen (Art. 52 Abs. 2 StPO). Soll die lokale Polizei in Anspruch genommen werden, ist bei der Staatsanwaltschaft des ersuchten Kantons ein entsprechendes Gesuch einzureichen (Art. 53 StPO).

5.2. Rechtshilfe bei polizeilich angeordneter, repressiver Observation in einem anderen Kanton

Die strafprozessualen Regelungen der interkantonalen Rechtshilfe gelten auch für die kantonalen und eidgenössischen Polizeibehörden, wenn die Rechtshilfe Zwangsmassnahmen zum Gegenstand hat, über welche einzig die Staatsanwaltschaft oder die Gerichte zu entscheiden haben (Art. 43 Abs. 3 StPO).

¹⁶⁷ Konkordat vom 5.11.1992 über die Rechtshilfe und interkantonale Zusammenarbeit in Strafsachen; AS 1993 2876

Wie bereits ausgeführt, ist die Polizei befugt, repressive Observationen in eigener Kompetenz im Rahmen polizeilicher Ermittlungen im Sinne von Art. 306 StPO anzuordnen¹⁶⁸. Anders als beispielsweise bei der Durchsuchung, der technischen Überwachung oder der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs benötigt die Polizei für eine Observation, welche weniger lang als einen Monat dauert oder bisher gedauert hat, keine Genehmigung durch die Staatsanwaltschaft resp. durch das Zwangsmassnahmegericht. Daraus lässt sich schliessen, dass die Polizei Observationen, welche die genannte Monatsfrist nicht erreichen, während dem polizeilichen Ermittlungsverfahren nicht nur anordnen, sondern auch auf dem Gebiet anderer Kantone durchführen darf. Es sind nicht die strafprozessualen Bestimmungen der nationalen Rechtshilfe, sondern die Regelung der polizeilichen Amtshilfe¹⁶⁹ anwendbar.

Dauert eine polizeilich angeordnete Observation jedoch einen Monat, ist die Staatsanwaltschaft um Genehmigung zu ersuchen. Ab diesem Zeitpunkt richtet sich die Rechtshilfe nach den Art. 49 ff. StPO.

5.3. Rechtshilfe bei staatsanwaltschaftlich angeordneter oder genehmigter Observation in einem anderen Kanton

Ordnet die Staatsanwaltschaft eine Observation an oder genehmigt die Staatsanwaltschaft eine polizeilich angeordnete Observation, sind gemäss Art. 43 Abs. 2 und 3 StPO die strafprozessualen Regeln der nationalen Rechtshilfe anwendbar.

Die Staatsanwaltschaft kann demnach die eigene Polizei mit der kantonsübergreifenden Observation beauftragen (Art. 307 Abs. 2 oder Art. 309 Abs. 2 StPO), die ausserkantonale Staatsanwaltschaft benachrichtigen (Art. 52 Abs. 2 StPO) und bei Bedarf sogar um Inanspruchnahme der dortigen Polizei ersuchen (Art. 53 StPO). Oder aber die Staatsanwaltschaft ersucht den ersuchten Kanton um Durchführung der Observation; allenfalls verbunden mit einem Teilnahmerecht der eigenen Polizei (Art. 49 Abs. 1 und Art. 51 Abs. 1 StPO).

¹⁶⁸ Vorstehend 4.2.

¹⁶⁹ Geregelt beispielsweise im Konkordat über die polizeilichen Zusammenarbeit in der Zentralschweiz vom 25.08.1978

6. Die grenzüberschreitende repressive Observation von Tatverdächtigen aus der Schweiz ins angrenzende Ausland

6.1. Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen

Die internationale Rechtshilfe richtet sich nur insoweit nach der StPO, als andere Gesetze des Bundes und völkerrechtliche Verträge dafür keine anderen Bestimmungen enthalten (Art. 54 StPO). Da die Schweiz betreffend internationaler Rechtshilfe in ein enges internationales Regelwerk eingebunden ist, erübrigt es sich, in der StPO diesbezüglich weitere Vorschriften zu erlassen. Die StPO begnügt sich demnach in diesem Zusammenhang mit der Regelung der Anwendbarkeit (Art. 54 StPO) und der innerkantonalen Zuständigkeit (Art. 55 StPO). Bezüglich der Durchführung von Zwangsmassnahme resp. insbesondere der Observation im Ausland beinhaltet die StPO keine Regelungen. Es finden diesbezüglich nämlich das Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen¹⁷⁰, das Europäische Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen¹⁷¹, das Schengener Durchführungsübereinkommen¹⁷² sowie bilaterale Staatsverträge Anwendung.

Nachfolgend soll nun aufgezeigt werden, ob resp. unter welchen Voraussetzungen die grenzüberschreitende Observation ins benachbarte Ausland möglich ist resp. welche gesetzlichen Grundlagen zu beachten sind.

6.2. Deutschland¹⁷³

Am 1. März 2002 trat der Polizeivertrag zwischen der Schweiz und Deutschland¹⁷⁴ in Kraft, welcher in Art. 14 die grenzüberschreitende Observation im Ermittlungsverfahren regelt¹⁷⁵. Die grenzüberschreitende Observation von der Schweiz nach Deutschland ist demnach zulässig, nach Bewilligung eines entsprechenden Ersuchens im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens wegen einer in Deutschland auslieferungsfähigen Straftat¹⁷⁶.

¹⁷⁰ IRSG (SR 351.1)

¹⁷¹ EUeR (SR 0.351.1)

¹⁷² SDÜ; Amtsblatt der EU Nr. L 239 vom 22/09/2000 S. 0019 - 0062 / Das SDÜ ist nicht in der SR veröffentlicht

¹⁷³ Rechtsgrundlagen: IRSG, EUeR, SDÜ, Vertrag zwischen der Schweiz und Deutschland über die Ergänzung des EUeR und die Erleichterung seiner Anwendung (SR 0.351.913.619), Vertrag mit Deutschland über die grenzüberschreitende polizeiliche und justitielle Zusammenarbeit (Schweizerisch-deutscher Polizeivertrag; SR 0.360.136.1)

¹⁷⁴ SR 0.360.136.1

¹⁷⁵ Der Schweizerisch-deutsche Polizeivertrag geht weiter oder ist deckungsgleich mit den übrigen Rechtsgrundlagen, weshalb auf diese hier nicht weiter eingegangen wird.

¹⁷⁶ Ebenfalls zulässig - aber nicht Gegenstand dieser Arbeit - ist die Observation zur Sicherung einer Strafvollstreckung oder zur Verhinderung von Straftaten von erheblicher Bedeutung

Die wesentlichen Merkmale resp. Rahmenbedingungen einer schweizerischen Observation auf deutschem Staatsgebiet sind:

- Es gilt das deutsche Recht; Anordnungen der deutschen Behörden sind zu befolgen¹⁷⁷
- Schweizer Beamte unterstehen den gleichen verkehrsrechtlichen Bestimmungen wie deutsche Beamte
- Ausser bei dringlichen Fällen müssen grenzüberschreitend tätige schweizer Beamte ein Dokument mit einer Observationserlaubnis mitführen
- Schweizer Beamte müssen deren amtliche Funktion jederzeit nachweisen können
- Dienstwaffen und sonstige Zwangsmittel dürfen mitgeführt werden¹⁷⁸
- Wohnungen und öffentlich zugängliche Grundstücke dürfen nicht betreten werden
- Über jede Observation ist den deutschen Behörden Bericht zu erstatten
- Technische Mittel dürfen zur Unterstützung der Observation nur eingesetzt werden, wenn sie nach deutschem Recht zulässig sind
- Auf frischer Tat betroffene observierte Personen dürfen durch Schweizer Beamte festgehalten werden, nach Sicherheitskriterien durchsucht und für die Vorführung an die örtlich zuständigen deutschen Behörden mit Handschellen gefesselt werden; mitgeführte Gegenstände dürfen durch Schweizer Beamte sichergestellt werden
- Die Schweizer Behörden unterstützen auf Ersuchen hin die deutschen Behörden bei allfälligen Folgeermittlungen in Deutschland

Ist Gefahr in Verzug resp. kann die für die Observation gemäss Art. 14 Abs. 1 des Schweizerisch-Deutschen Polizeivertrages notwendige Bewilligung nicht vorgängig eingeholt werden, darf eine Observation über die Grenze hinweg fortgesetzt werden, wenn noch während der Observation das Landeskriminalamt Baden-Württemberg oder das Bayrische Landeskriminalamt eine Mitteilung erhalten. Zudem ist diejenige deutsche Staatsanwaltschaft, in deren Zuständigkeitsgebiet der Grenzübertritt voraussichtlich erfolgen wird oder allenfalls bereits erfolgte, nachträglich unverzüglich um eine Bewilligung zu ersuchen.

Die Schweizer Beamten haben die Observation auf deutschem Staatsgebiet einzustellen, sobald die zuständige deutsche Behörde dies verlangt oder wenn deren Zustimmung nicht innert 5 Stunden nach dem Grenzübertritt vorliegt.

¹⁷⁷ Die deutschen Beamten können insbesondere verlangen, dass ihnen die Observation übergeben wird (Art. 14 Abs. 1 des Schweizerisch-Deutschen Polizeivertrages)

¹⁷⁸ Schusswaffengebrauch ist nur bei Notwehr und Nothilfe zulässig

6.3. Österreich¹⁷⁹ und Liechtenstein¹⁸⁰

Die Schweiz hat mit Österreich und Liechtenstein keine sog. Polizeiverträge geschlossen. Die grenzüberschreitende Observation schweizer Beamter nach Österreich und Liechtenstein richtet sich nach dem Art. 10 des Übereinkommens zwischen der Schweiz, Österreich und dem Fürstentum Liechtenstein betreffend die grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Sicherheits- und Zollbehörden. Die grenzüberschreitende Observation nach Liechtenstein oder Österreich ist demnach im Rahmen eines schweizerischen Ermittlungsverfahrens zulässig wegen einer auslieferungsfähigen Strafsache und nachdem ein entsprechendes Rechtshilfeersuchen bewilligt wurde; mit der Bewilligung können Auflagen verbunden werden. Auf Verlangen muss die Observation an Beamte des ersuchten Staates übergeben werden.

Grundsätzlich ist hierbei folgendes zu beachten:

- Es gilt für die observierenden schweizer Beamten das Recht des Vertragsstaates, auf dessen Hoheitsgebiet die Observation durchgeführt wird; den Anordnungen der örtlich zuständigen Behörden ist Folge zu leisten
- Die eingesetzten Fahrzeuge sind hinsichtlich der Befreiung von Verkehrsgeboten und Verkehrsbeschränkungen den Fahrzeugen der Sicherheitsbehörden des jeweiligen Vertragsstaats gleichgestellt
- Die schweizer Beamten müssen in der Lage sein, ihre amtliche Funktion jederzeit nachzuweisen
- Das Betreten von Wohnungen und öffentlich zugänglichen Grundstücken ist nicht zulässig; öffentlich zugängliche Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume dürfen während den Arbeits-, Betriebs- oder Geschäftszeiten betreten werden
- Die observierte Person darf festgenommen und festgehalten werden, wenn sie durch die schweizer Beamte bei der Begehung von oder der Teilnahme an einer im betreffenden Staat auslieferungsfähigen Straftat betreten oder verfolgt wird
- Die schweizer Beamten haben über jede Observation Bericht zu erstatten und müssen notfalls persönlich zur Berichterstattung erscheinen
- Die schweizer Behörden unterstützen auf Ersuchen hin die österreichischen und/oder liechtensteinischen Behörden bei allfälligen landesinternen Folgeermittlungen
- Technische Mittel dürfen im Rahmen der Observation eingesetzt werden, soweit dies nach dem jeweiligen lokalen Recht zulässig ist; die zum Einsatz gelangenden optischen oder akustischen Überwachungsmittel sind vorgängig im Bewilligungsersuchen aufzuführen

¹⁷⁹ Rechtsgrundlagen: IRSG, EUeR, Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ; Amtsblatt der EU Nr. L 239 vom 22/09/2000 S. 0019 - 0062 / Das SDÜ ist nicht in der SR veröffentlicht), Vertrag zwischen der Schweiz und Österreich über die Ergänzung des EUeR und die Erleichterung seiner Anwendung (SR 0.351.916.32), Vertrag zwischen der Schweiz, Österreich und dem Fürstentum Liechtenstein über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Sicherheits- und Zollbehörden (SR 0.360.163.1)

¹⁸⁰ Rechtsgrundlagen: IRSG, EUeR, Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ; Amtsblatt der EU Nr. L 239 vom 22/09/2000 S. 0019 - 0062 / Das SDÜ ist nicht in der SR veröffentlicht), Vertrag zwischen der Schweiz, Österreich und dem Fürstentum Liechtenstein über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Sicherheits- und Zollbehörden (SR 0.360.163.1)

In dringlichen Fällen kann selbst ohne vorherige Zustimmung die schweizerische Observation über die jeweilige Grenze hinaus fortgeführt werden, unter der Bedingung, dass der Grenzübertritt noch während der Observation an die gemäss Vertrag zuständige Stelle gemeldet und hernach unverzüglich ein entsprechendes Rechtshilfeersuchen nachgereicht wird.

Die Observation ist einzustellen, sobald der jeweilige Staat, auf dessen Hoheitsgebiet observiert wird, dies verlangt oder wenn nicht innert 12 Stunden nach Grenzübertritt dessen Zustimmung vorliegt.

6.4. Frankreich¹⁸¹

Am 1. September 2000 trat das Abkommen zwischen der Schweiz und Frankreich über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Justiz-, Polizei- und Zollsachen in Kraft, welcher in Art. 7 die grenzüberschreitende Observation im Ermittlungsverfahren regelt¹⁸². Die grenzüberschreitende Observation von der Schweiz nach Frankreich ist demnach zulässig nach Bewilligung eines entsprechenden Ersuchens im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens wegen einer in Frankreich auslieferungsfähigen Straftat.

Die wesentlichen Merkmale dieser Regelung sind:

- Es gilt das französische Recht; Anordnungen der örtlichen französischen Behörden sind zu befolgen
- Die Schweizer Beamten unterstehen den gleichen verkehrsrechtlichen Bestimmungen wie ihre französischen Kollegen
- Ausser bei dringlichen Fällen müssen grenzüberschreitend tätige schweizer Beamte ein Dokument über die Observationserlaubnis mitführen
- Schweizer Beamte, welche in Frankreich observieren, müssen sich jederzeit ihre amtliche Funktion ausweisen können
- Die Dienstwaffe darf mitgeführt werden, es sei denn, die französischen Behörden haben dem ausdrücklich widersprochen; der Gebrauch ist nur bei Notwehr zulässig
- Das Betreten von Wohnräumen und öffentlich nicht zugänglichen Grundstücken ist nicht zulässig
- Die Schweizer Beamten sind nicht befugt, die observierte Person zu verhaften oder gar festzuhalten
- Es ist den Französischen Behörden über jede Observation auf französischem Boden ein Bericht zu erstatten; hierzu kann das persönliche Erscheinen der Schweizer Beamten verlangt werden

¹⁸¹ EUeR, Vertrag vom 28. Oktober 1996 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Französischen Republik zur Ergänzung des Europäischen Übereinkommens vom 20. April 1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.934.92), Abkommen zwischen der Schweiz und Frankreich über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Justiz-, Polizei- und Zollsachen (SR 0.360.349.1)

¹⁸² Das Schweizerisch-französische Abkommen geht weiter oder ist deckungsgleich mit den übrigen Rechtsgrundlagen, weshalb auf diese hier nicht weiter eingegangen wird.

- Die schweizer Behörden unterstützen auf Ersuchen hin die französischen Behörden bei allfälligen französischen Folgeermittlungen
- Technische Mittel dürfen zur Unterstützung der Observation nur eingesetzt werden, wenn sie nach französischem Recht zulässig sind¹⁸³

Ist Gefahr in Verzug kann die Observation über die Grenze hinweg fortgesetzt werden, sofern noch während der Observation den zuständigen französischen Behörden Mitteilung gemacht wird und die zu observierende Person eine schweren Delikts¹⁸⁴ verdächtigt wird; ein offizielles Ersuchen ist sofort nachzureichen.

Eine grenzüberschreitende Observation in Frankreich ist sofort einzustellen, wenn die zuständige französische Behörde dies verlangt oder wenn innert 12 Stunden seit Grenzübertritt keine Bewilligung vorliegt.

6.5. Italien¹⁸⁵

Die Schweiz hat mit Italien keinen sog. Polizeivertrag geschlossen; bezüglich der grenzüberschreitenden Observation sind die Bestimmungen des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ) massgeblich.

Gemäss Art. 40 SDÜ ist eine grenzüberschreitende Observation Schweizer Beamter im Rahmen eines Schweizerischen Ermittlungsverfahren auf italienischem Staatsgebiet nur möglich, wenn die observierte Person in Verdacht steht, eine auslieferungsfähige Straftat begangen zu haben und wenn die grenzüberschreitende Observation auf Grundlage eines zuvor gestellten Rechtshilfeersuchens bewilligt wurde. Auf Verlangen ist zudem die Observation an die italienischen Beamten zu übergeben.

In besonders dringlichen Fällen kann auch ohne vorgängige Zustimmung die grenzüberschreitende Observation durchgeführt werden, wenn die observierte Person einer besonders schweren Straftat¹⁸⁶ verdächtigt wird und wenn der Grenzübertritt noch während der Observation der zu-

¹⁸³ Art. 9 des Abkommens

¹⁸⁴ Mord, Totschlag, Vergewaltigung, vorsätzliche Brandstiftung, Falschmünzerei, schwerer Diebstahl, schwere Hehlerei, Erpressung, Entführung, Geiselnahme, Menschenhandel (insb. Kinderhandel zu pornografischen Zwecken), unerlaubter Handel mit Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen, Verstoß gegen die gesetzlichen Vorschriften über Waffen und Sprengstoffe, Vernichtung durch Sprengstoffe, unerlaubter Verkehr mit giftigen oder schädlichen Abfällen; vgl. Art. 7 Abs. 6 des Abkommens

¹⁸⁵ Rechtsgrundlagen: IRSG, EUEr, Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ; Amtsblatt der EU Nr. L 239 vom 22/09/2000 S. 0019 - 0062 / Das SDÜ ist nicht in der SR veröffentlicht), Vertrag zwischen der Schweiz und Italien zur Ergänzung des EUEr und zur Erleichterung seiner Anwendung (SR 0.351.945.41)

¹⁸⁶ Mord, Totschlag, Vergewaltigung, vorsätzliche Brandstiftung, Falschmünzerei, schwerer Diebstahl, schwere Hehlerei, schwerer Raub, Erpressung, Entführung, Geiselnahme, Menschenhandel, unerlaubter Handel mit Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen, Verstoß gegen die gesetzlichen Vorschriften über Waffen und Sprengstoffe, Vernichtung durch Sprengstoffe, unerlaubter Verkehr mit giftigen oder schädlichen Abfällen (Art. 40 Abs. 7 SDÜ)

ständigen italienischen Behörde gemeldet wird und ein formelles Rechtshilfeersuchen unverzüglich nachgereicht wird.

In jedem Fall ist eine Observation auf italienischem Hoheitsgebiet nur zulässig, wenn folgende Bedingungen eingehalten sind:

- Die schweizer Beamten sind an das SDÜ und an das italienische Recht gebunden und befolgen Anordnungen der örtlich zuständigen italienischen Behörden
- Ausser bei dringlichen Fällen haben die schweizer Beamten während der Observation ein Dokument mit sich zu führen, aus dem sich ergibt, dass die Zustimmung erteilt worden ist
- Die schweizer Beamten sind jederzeit in der Lage, sich über ihre amtliche Funktion auszuweisen
- Dienstwaffen dürfen, anderslautende Vorgaben der zuständigen italienischen Behörde vorbehalten, mitgeführt, jedoch nur in einer Notwehrsituation eingesetzt werden
- Das Betreten von Wohnungen und öffentlich nicht zugänglichen Grundstücken ist nicht zulässig
- Die schweizer Beamten haben keine Festnahme- oder Festhalterecht
- Über jede Observation ist den italienischen Behörden Bericht zu erstatten; dabei kann das persönliche Erscheinen der schweizer Beamten verlangt werden
- Die schweizer Behörden unterstützen auf Ersuchen Folgeermittlungen in Italien

Die Observation auf italienischem Boden ist einzustellen, sobald die italienischen Behörden dies verlangen oder die Zustimmung nicht innert 5 Stunden seit Grenzübertritt vorliegt.

7. Fazit

In der Praxis des Autors hat sich die Observation von Tatverdächtigen mehrfach als äusserst aufschlussreiches und hilfreiches Mittel zu Klärung - im Idealfall Bestätigung und Erhärtung - eines Tatverdacht erwiesen. Als verdeckte oder "geheime" Zwangsmassnahme steht die repressive Observation jedoch in der Öffentlichkeit nicht kritiklos da. In der Tat stellen strafprozessuale Observationen Eingriffe in die Grundrechte der Bürger dar, weshalb derartige Zwangsmassnahmen mit dem nötigen behördlichen "Augenmass" anzuordnen und durchzuführen sind. Zum besseren Verständnis resp. einer Akzeptanz der Observation trägt nun sicherlich die bald gesamtschweizerisch gültige gesetzliche Regelung in Art. 282 f. StPO bei.

Die neue Strafprozessordnung regelt in Art. 282 f. die Observation zum Zwecke der Strafverfolgung in kurzer, aber zweckmässiger Weise. Die Regelungen betreffend Anordnung, Durchführung, Mitteilung und Verwertung sind klar und praxistauglich. Insbesondere erscheint es zweckmässig, dass die Polizei befugt ist, Observationen selbst anzuordnen und so einen ersten Tatverdacht genauer zu klären, bevor bei der Staatsanwaltschaft gegebenenfalls um Genehmigung der Observation zu ersuchen ist. Andererseits hat die Staatsanwaltschaft gestützt auf deren Aufsichts- und Weisungsrecht sowie gestützt auf die Bestimmungen zur Observation selbst die Möglichkeit, die polizeiliche Observationstätigkeit zu kontrollieren oder polizeiliche Observationen anzuordnen.

Angesichts des geringen Eingriffes in die Grundrechte der Betroffenen ist der strafprozessuale Verzicht auf eine Genehmigung der Observation durch ein Zwangsmassnahmegericht zu begrüssen. Von den Staatsanwaltschaften darf verlangt werden, dass sie sich der Verantwortung im Zusammenhang mit der Anordnung und Genehmigung einer Observation bewusst sind.

Die häufig die Kantonsgrenzen überschreitende Observation beschied bereits in der Vergangenheit keine praktischen oder juristischen Probleme; daran ändert die Übernahme der Regelungen des Konkordats vom 5.11.1992 über die Rechtshilfe und interkantonale Zusammenarbeit in Strafsachen in die neue StPO nichts. Etwas komplizierter präsentiert sich die Situation bei der grenzüberschreitenden Observation ins benachbarte Ausland. Es wäre zu wünschen, dass die Schweiz mit allen Nachbarländern einheitliche Bedingungen vereinbaren würde.

•••

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.

Zug, 18. Januar 2010

Roland Schwyter