
Master of Advanced Studies in Forensics (MAS Forensics)

Der Tatverdacht und seine Quellen

Masterarbeit der Universität Luzern, eingereicht am 14. August 2015 von:

Philip Karnusian, Fürsprecher

Klasse MAS Forensics 5

Betreuender Dozent:

Prof. Dr. iur. Felix Bommer

Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Luzern

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	VII
Rechtsquellen- und Materialienverzeichnis	IX
Kurzfassung	X
1. Einleitung	1
2. Der Tatverdacht	2
2.1. Der Tatverdacht als Voraussetzung für Grundrechtseingriffe.....	2
2.2. Begriffliches in Gesetz und Lehre.....	3
2.2.1. Die drei Elemente des Tatverdachts.....	3
2.2.1.1. Tatsachen.....	5
2.2.1.2. Erkenntnisse allgemeiner Natur.....	6
2.2.1.3. Die strafrechtliche Relevanz.....	6
2.2.2. Das Zusammenspiel der drei Elemente.....	7
2.3. Die verschiedenen Verdachtsgrade und ihre Bedeutung.....	7
2.4. Der Anfangsverdacht.....	9
2.4.1. Einleitende Bemerkungen.....	9
2.4.2. Hürde des Anfangsverdachts.....	10
2.4.2.1. Die Voraussetzungen des Anfangsverdachts.....	10
2.4.2.2. Der zweifelhafte Verdacht und die materielle Wahrheit.....	13
2.4.3. Beweisausforschung und Zufallsfund.....	15
2.4.3.1. Die Beweisausforschung.....	15
2.4.3.2. Zufallsfunde.....	16
2.4.3.3. Die Verwertbarkeit von Zufallsfunden.....	17
2.5. Die Abgrenzung zum hinreichenden und zum dringenden Tatverdacht.....	19
2.5.1. Einleitende Bemerkungen.....	19
2.5.2. Der hinreichende Tatverdacht.....	20
2.5.3. Der dringende Tatverdacht.....	21
2.5.4. Abgrenzungen zwischen den Verdachtsstufen.....	21
2.6. Zwangsmassnahmen ohne Tatverdacht?.....	23
2.6.1. Einleitende Bemerkungen.....	23
2.6.2. DNA-Massenuntersuchungen.....	23
2.6.3. Antennensuchläufe.....	24
2.6.4. Aufbewahrung und Verwendung erkennungsdienstlicher Unterlagen.....	25

2.6.5.	Haft wegen Ausführungsgefahr.....	27
3.	Die Rolle der Polizei	29
3.1.	Einleitende Bemerkungen	29
3.2.	Die Aufgaben der Polizei	29
3.3.	Erkenntnisse aus gerichtspolizeilichen Ermittlungen.....	30
3.4.	Erkenntnisse aus Vorermittlungen der Polizei	31
3.4.1.	Allgemeine Bemerkungen	31
3.4.2.	Erkenntnisse aus präventiven verdeckten Massnahmen im Speziellen.....	31
3.4.3.	Vertrauliche Quellen	39
3.5.	Erkenntnisse aus doppelunktionaler Aufgabenerfüllung der Polizei	41
3.6.	Erkenntnisse als Abfallprodukt sicherheits- oder verwaltungspolizeilicher Tätigkeit.....	42
4.	Nachrichtendienstliche Quellen	45
4.1.	Einleitende Bemerkungen	45
4.2.	Zweck des Nachrichtendienstes	46
4.3.	Der fehlende Tatverdacht	46
4.4.	Die Verwertung nachrichtendienstlicher Informationen im Strafprozess	47
4.5.	Amtsbericht	50
5.	Schlussfolgerungen.....	50

Literaturverzeichnis

Zitierweise: Die angeführten Autoren werden, wo nicht anders angegeben, mit ihrem Nachnamen und mit der Seitenzahl, des Paragraphen oder der Randnote der Fundstelle zitiert.

ACKERMANN JÜRIG-BEAT, Tatverdacht und Cicero, - in dubio contra suspicionem maleficii, in M.A. Niggli, J. Hurtado Pozo, N. Queloz (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, S. 319ff.

ACKERMANN JÜRIG-BEAT/VOGLER PATRICK, Nachrichtendienst und Strafprozess – zur Verwertbarkeit von Beweisen zwischen Systemen, in TOP SECRET, Geheimnisschutz und Spionage (Hrsg: ACKERMANN JÜRIG-BEAT/HILF MARIANNE JOHANNA), Zürich/Basel/Genf 2015

ALBERTINI GIANFRANCO, Das Verfahren vor der Eröffnung der Untersuchung - aus der Sicht der Polizei, ZStrR 128/2010, S. 333 ff.

ALBERTINI GIANFRANCO/FEHR BRUNO/VOSER BEAT (Hrsg.), Polizeiliche Ermittlungen, Ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2008 (zit: BEARBEITER/IN, VSKC Handbuch)

ARZT GUNTHER, Gewichtsverlagerungen im System der Kriminalitätskontrolle, forumpoenale 6/2009, S. 360 ff.

BOMMER FELIX, DNA-Analyse zu Identifizierungszwecken im Strafverfahren, ZStrR 118/2000, S. 131 ff.

DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage, Zürich/Genf/Basel 2014 (zit: BEARBEITER/IN, in DONTASCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO-Kommentar, Art. ... N ...)

DONATSCH ANDREAS/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/WOHLERS WOLFGANG, Strafprozessrecht, Zürcher Grundrisse des Strafrechts, 2. Auflage, Zürich 2014

GFELLER DIEGO/BIGLER ADRIAN, Zwangsmassnahmen gemäss StPO versus polizeiliche Zwangsmassnahmen nach PolG/ZH, forumpoenale 2/2014, S. 105 ff.

HANSJAKOB THOMAS, 54 EGMR, Grand Chamber, Case of Ramanauskas v. Lithuania, vom 5. Februar 2008 - Application no. 74420/01, forum-poenale 5/2008, S. 262 ff. (zit: HANSJAKOB, Ramanauskas v. Lithuania)

HANSJAKOB THOMAS, BÜPF/VÜPF, Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 2. Auflage, St. Gallen 2006 (zit: HANSJAKOB, BÜPF)

HANSJAKOB THOMAS, Die neuen Bestimmungen zu verdeckter Fahndung und Ermittlung, forum-poenale 4/2013, S. 214 ff. (zit: HANSJAKOB, Die neuen Bestimmungen zu VF und VE)

HANSJAKOB THOMAS, Grenzen und Rahmenbedingungen der verdeckten präventiven Tätigkeit, forum-poenale 1/2015, S. 33 ff. (zit: HANSJAKOB, Grenzen und Rahmenbedingungen)

HAUSER ROBERT/SCHWERI EDUARD/HARTMANN KARL, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel/Genf/München 2005

HÜRLIMANN CORNELIA, Die Eröffnung einer Strafuntersuchung im ordentlichen Verfahren gegen Erwachsene im Kanton Zürich, Dissertation Zürich 2006

JOSITSCH DANIEL, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen, 2009

KETTIGER DANIEL, Schnittstellenfragen der Schweizerischen Strafprozessordnung, Jusletter 13. Februar 2012, S. 1 ff.

KUHN ANDRÉ/JEANNERET YVAN (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse, Basel 2011 (zit: BEARBEITER/IN-CR CPP art. ... N ...)

LENTJES MEILI CHRISTIANE, Das Erkennen der Gefahr: Vermutung oder schon Verdacht? in: Bedrohte oder bedrohende Sicherheit? (Hrsg: BRÄGGER BENJAMIN F./STEINER SILVIA/VUILLE JOËLLE) Bern 2012, S. 95 ff.

NATTERER JUDITH, Die Verwertbarkeit von Zufallsfunden aus der Telefonüberwachung im Strafverfahren, Dissertation Bern 2001

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014 (zit. BSK STPO-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

OBERHOLZER NIKLAUS, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Auflage, Bern 2012

PIETH MARK, Schweizerisches Strafprozessrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 2. Auflage, Basel 2012

RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHARD/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2012

RIKLIN FRANZ, StPO-Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung mit StBOG, JStPO und den relevanten Bestimmungen aus BV, EMRK und BGG, 2. Auflage, Zürich 2014

ROOS EVELINE/JEKER KONRAD, Antennensuchlauf im Rahmen einer Rasterfahndung, *forumpoenale* 3/2012, S. 175 ff.

RUCKSTUHL NIKLAUS/DITTMANN VOLKER/ARNOLD JÖRG, Strafprozessrecht unter Einschluss der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Zürich 2011

RUCKSTUHL NIKLAUS/HANSJAKOB THOMAS, 29 Bundesstrafgericht, I. Beschwerdekammer, Entscheid vom 17. November 2009 ?, BB.2009.64 (Urteilsanmerkung), *forumpoenale* 3/2010, S. 145 ff.

SCHMID NIKLAUS, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013 (zit: SCHMID-Handbuch)

SCHMID NIKLAUS, Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013 (zit: SCHMID-Praxiskommentar)

SCHULZ LORENZ, Normiertes Misstrauen, Der Verdacht im Strafverfahren, Frankfurt 2001

VETTERLI LUZIA, Illegaler Waffen- und Drogenfund, Kommentar zu BGE 6B_628/2013 vom 26.06.2014, *ius.focus*, Aktuelle Rechtsprechung kompakt, 8/2014, S. 32 (zit: VETTERLI, Illegaler Waffen- und Drogenfund)

VETTERLI LUZIA, Kehrtwende in der bundesgerichtlichen Praxis zu den Verwertungsverboten, ZStrR 130/2012, S. 447 ff. (zit: VETTERLI, Kehrtwende)

WALDER HANS, Grenzen der Ermittlungstätigkeit, ZstW 95/1983, S. 862 ff. (zit. WALDER, Grenzen der Ermittlungstätigkeit)

WALDER HANS, Strafverfolgungspflicht und Anfangsverdacht, *recht* 8/1990, S. 1 ff. (zit: WALDER, Strafverfolgungspflicht)

WALDER HANS/HANSJAKOB THOMAS, Kriminalistisches Denken, 9. Auflage, Heidelberg 2012

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	Anderer Meinung
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
BBl	Bundesblatt
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BKP	Bundeskriminalpolizei
BSG	Bernische Systematische Gesetzessammlung
bzw.	beziehungsweise
DAP	Dienst für Analyse und Prävention
E	Entwurf
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
etc.	et cetera
f.	folgende (Seite/Bestimmung/Randziffer)
ff.	fortfolgende (Seiten/Bestimmungen/Randziffern)
FN	Fussnote
Hrsg.	Herausgeber
i.V.m.	in Verbindung mit
lit.	Litera
LS	Zürcher Gesetzessammlung
m.E.	meines Erachtens
m.M.n.	meiner Meinung nach
N	Note
NDB	Nachrichtendienst des Bundes
Prof.	Professor
S.	Seite
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRL	Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern
TPF	Entscheid des Schweizerischen Bundesstrafgerichts (offizielle Sammlung)
u.a.	unter anderem
v.	versus
VE	Verdeckte Ermittlung

VF	Verdeckte Fahndung
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	Zitiert
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZstW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Rechtsquellen- und Materialienverzeichnis

aBVE	Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung vom 20. Juni 2003, SR 312.8 (aufgehoben per 1. Januar 2011)
Botschaft StPO	Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085 ff.
BÜPF	Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 6. Oktober 2000, SR 780.1
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BWIS	Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21. März 1997, SR 120
E AlkHG	Entwurf zum Bundesgesetz über den Handel mit alkoholischen Getränken (BBl 2012 1493 ff.)
E NDG	Entwurf zum Nachrichtendienstgesetz (BBl 2014 2237 ff.)
E StPO	Entwurf zur Schweizerischen Strafprozessordnung vom 21. Dezember 2005 (BBl 2006 1389 ff.)
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950, SR 0.101
PolG BE	Polizeigesetz des Kantons Bern vom 8. Juni 1997, BSG 551.1
PolG LU	Polizeigesetz des Kantons Luzern vom 27. Januar 1998, SRL 350
PolG ZH	Polizeigesetz des Kantons Zürich vom 23. April 2007, LS 550.1
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, SR 312.0
V-NDG	Verordnung über den Nachrichtendienst des Bundes vom 4. Dezember 2009, SR 121.1
VÜPF	Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 31. Oktober 2001, SR 780.11
ZNDG	Bundesgesetz über die Zuständigkeiten im Bereich des zivilen Nachrichtendienstes vom 3. Oktober 2008, SR 121

Kurzfassung

Eine Legaldefinition des Tatverdachts fehlt. Das mag erstaunen, handelt es sich dabei doch um ein zentrales Element im Strafprozessrecht. An den Tatverdacht knüpft der Gesetzgeber die Beantwortung der Frage, ob Ermittlungshandlungen aufgenommen werden dürfen und welche Zwangsmassnahmen zulässig sind. Unterschieden wird im Gesetz zwischen Anfangsverdacht, hinreichendem und dringendem Tatverdacht.

Ob ein genügender Anfangsverdacht vorliegt, muss zu Beginn eines Vorverfahrens besonders genau geprüft werden. Erkenntnisse, die ohne Anfangsverdacht erhoben werden, unterliegen als Ergebnisse einer „fishing expedition“ einem Verwertungsverbot. Deshalb haben sich die Strafverfolgungsbehörden mit Eingang einer Meldung stets die Frage zu stellen, ob genügend Anhaltspunkte im Sinne von wahrgenommenen Tatsachen vorliegen, die auf eine mögliche strafbare Handlung schliessen lassen. Dazu bedienen sie sich Erkenntnissen allgemeiner Natur.

Vom Anfangsverdacht sind der hinreichende und der dringende Tatverdacht abzugrenzen. In Hinblick auf zu ergreifende Zwangsmassnahmen muss der Verdachtsgrad hier eine höhere Hürde nehmen als bei der Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens. Je schwerer die Zwangsmassnahmen in die Freiheitsrechte des Betroffenen eingreifen, desto höhere Anforderungen sind an den Verdachtsgrad zu stellen. Für besonders gravierende Eingriffe verlangt das Gesetz einen dringenden Tatverdacht.

Dass es mit den DNA-Massenuntersuchungen und den Antennensuchläufen zumindest täterbezogen verdachtsfreie Zwangsmassnahmen gibt, ist aus rechtsstaatlicher Sicht zu hinterfragen. Sie verdienen aber Zustimmung, sofern die Instrumente *lege artis* und mit Zurückhaltung eingesetzt werden. Auch die Aufbewahrung und Verwendung erkennungsdienstlicher Unterlagen sowie die Haft wegen Ausführungsgefahr sind verdachtsfreie Zwangsmassnahmen. Die Bestimmungen dazu finden sich zwar in der StPO, ihre Berechtigung liegt indessen in der Gefahrenabwehr. Deshalb sollten sie im Polizeirecht angesiedelt sein.

Eine zentrale Rolle bei der Verdachtsgewinnung und -verdichtung kommt der Polizei zu. Weil sie aber nicht nur gerichtspolizeiliche Aufgaben wahrnimmt, sondern auch die Aufgabe der Gefahrenabwehr erfüllt, ist ihre Rolle delikant. Sie muss ihr Handeln teils auf die StPO, teils auf das kantonale Polizeirecht stützen. Als Gerichtspolizei besteht ihr Auftrag im Sammeln von Beweisen in Hinblick auf die Beurteilung eines strafrechtlich relevanten Sachverhalts. Auch im Bereich der Gefahrenabwehr kann sie auf Erkenntnisse stossen, die in einem Strafverfahren

von Belang sind. Ob so gewonnene Erkenntnisse im Strafverfahren verwendet werden können, ist im Einzelfall zu prüfen. Wesentlich sind dabei drei Punkte: Erstens muss die ursprüngliche Massnahme rechtmässig erfolgt sein. Zweitens müssten die Erkenntnisse auch in einem Strafverfahren rechtmässig erlangt werden können. Und drittens dürfen sie nicht in Umgehung der strafprozessualen Bestimmungen in ein Strafverfahren eingebracht werden.

Der Umgang mit Informationen aus nachrichtendienstlichen Quellen ist besonders kritisch. Elementar dabei ist, dass der Tatverdacht bei der Informationsbeschaffung überhaupt keine Rolle spielt, weil der nachrichtendienstliche Auftrag im Erkennen von Bedrohungslagen liegt. Ob nachrichtendienstliche Informationen in ein Strafverfahren eingebracht werden können, muss von Fall zu Fall geprüft werden. Die Verwertung sollte aber zulässig sein, sofern die Beschaffung sowie die Weitergabe der Nachrichten gesetzeskonform erfolgt sind, die Erhebung auch im Strafverfahren möglich gewesen wäre und eine Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse der Strafverfolgung und den privaten Interessen des Betroffenen für die Verwertung spricht.

1. Einleitung

Ausgangspunkt für die Ermittlung durch die Strafverfolgungsbehörden ist der *Tatverdacht*. Er ist Voraussetzung dafür, dass überhaupt Ermittlungshandlungen aufgenommen werden können. Zudem wird der Tatverdacht in verschiedenen Abstufungen als gesetzliche Voraussetzung für die Anordnung von Zwangsmassnahmen herangezogen.¹

Was aber bedeutet Tatverdacht? Und wie grenzt sich der Anfangsverdacht vom hinreichenden und vom dringenden Tatverdacht ab? Welche Bedeutung hat die Unterscheidung in Bezug auf die Ermittlungshandlungen und die zu ergreifenden Zwangsmassnahmen? Sind Zwangsmassnahmen ohne Tatverdacht zulässig? Und sind Erkenntnisse, die ohne vorbestehenden Tatverdacht gewonnen werden, verwertbar?

Um diesen Fragen nachzugehen, wird im zweiten Teil der vorliegenden Arbeit zunächst der Begriff des Tatverdachts untersucht. Es wird der Versuch unternommen, diesen unbestimmten Rechtsbegriff² mithilfe von Lehre und Rechtsprechung zu analysieren und anhand von Beispielen zu erläutern. Der Anfangsverdacht als Schnittstelle zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung verdient besondere Beachtung, weil von ihm zu einem wesentlichen Teil die Verwertbarkeit von polizeilich erlangten Erkenntnissen abhängt. Vom Anfangsverdacht sind sodann der hinreichende und der dringende Tatverdacht abzugrenzen, weil die verschiedenen Verdachtsgrade einen entscheidenden Einfluss auf die Zulässigkeit von Zwangsmassnahmen haben.

Der dritte Teil der Arbeit widmet sich der Polizei. Nach einer kurzen Analyse der polizeilichen Tätigkeit ist der Frage nachzugehen, ob und unter welchen Voraussetzungen Erkenntnisse, welche die Polizei ausserhalb eines gerichtspolizeilichen Verfahrens gewinnt, in ein Strafverfahren eingebracht werden können. Dazu werden Fallgruppen gebildet.

In der vierten Ziffer wird der brisanten Problematik nachgegangen, ob nachrichtendienstliche Quellen in einem Strafverfahren verwertet werden können. Die Arbeit wird im fünften Teil mit den Schlussfolgerungen abgeschlossen.

¹ ROOS/JEKER, S. 177.

² HÜRLIMANN, S. 95.

2. Der Tatverdacht

2.1. Der Tatverdacht als Voraussetzung für Grundrechtseingriffe

Nach Art. 7 StPO sind die Strafverfolgungsbehörden verpflichtet, ein Verfahren einzuleiten oder durchzuführen, wenn ihnen Straftaten oder auf Straftaten hinweisende Verdachtsgründe bekannt werden (sogenannter Verfolgungszwang).³ Voraussetzung für die Einleitung oder Durchführung eines Strafverfahrens sind somit Verdachtsgründe in Bezug auf eine begangene Straftat. Daraus folgt, dass die Einleitung eines Strafverfahrens ohne das Vorliegen von Verdachtsgründen unzulässig ist.

Mit der Einleitung eines Strafverfahrens werden unweigerlich die Grundrechte des Betroffenen berührt. Denn jedes staatliche Handeln, das auf Verfolgung von Straftaten ausgerichtet ist, greift in die Freiheitsrechte ein. Eine Verhaftung oder körperliche Untersuchung berühren etwa die persönliche Freiheit (Art.10 Abs. 2 BV), eine Beschlagnahme die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) oder eine Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs die geschützte Privatsphäre nach Art. 13 Abs. 1 BV.⁴ Zum Schutz dieser Grundrechte sind besondere Regeln zu beachten: Sie können nur unter den Voraussetzungen und Grenzen von Art. 36 BV angetastet werden. Demnach bedürfen Grundrechtseingriffe (a) einer gesetzlichen Grundlage, (b) der Rechtfertigung durch das öffentliche Interesse und (c) der Beachtung der Verhältnismässigkeit.

Die in Art. 32 Abs. 1 BV statuierte Unschuldsvermutung besagt, dass bis zur rechtskräftigen Verurteilung jede Person als unschuldig gilt. Trotz Unschuldsvermutung ist es aber möglich, diese Grundrechte teils massiv einzuschränken. Zentrales Element dabei spielt der Tatverdacht. Die Unschuldsvermutung wird als Regelfall bezeichnet, der Tatverdacht als Ausnahme. Er bildet den Sonderfall. In der Lehre wird etwa von einem Grundsatz-Ausnahme-Verhältnis (mit Grundsatz Unschuldsvermutung) gesprochen.⁵ Der Tatverdacht steht dabei aber keineswegs in einem Widerspruch zur Unschuldsvermutung. Letztere verlangt lediglich, dass die Verdachtslage durch die Durchführung eines Strafprozesses mit formellem Abschluss (in Form einer Einstellung, eines Frei- oder Schuldspruchs) geklärt wird.⁶

Der Tatverdacht bildet das Element, aufgrund dessen trotz Unschuldsvermutung Zwangsmassnahmen zulässig sind. „Der ‚Tatverdacht‘ ist somit zwingendes rechtsstaatliches Erfordernis

³ Botschaft StPO, S. 1130.

⁴ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 67 N 3.

⁵ Zum Ganzen ACKERMANN, S. 322 f.

⁶ HÜRLIMANN, S. 96; ähnlich auch NATTERER, S. 15 f.

nach Art. 36 BV [...]“,⁷ im Tatverdacht findet sich die Legitimation der gegen den Beschuldigten zulässigen Eingriffe.⁸ Daraus folgt, dass die Strafverfolgungsbehörde, will sie ein Verfahren einleiten, den Tatverdacht zu begründen hat.⁹

Zusammenfassend ist der Tatverdacht mit Blick auf Art. 36 BV (1) gesetzliche Voraussetzung für den Grundrechtseingriff und er begründet (2) zudem das Verfolgungs- bzw. Aufklärungsinteresse und damit zugleich das öffentliche Interesse. Schliesslich sind (3) die Verdachtsgrade Ausdruck des Verhältnismässigkeitsprinzips im engeren Sinn.¹⁰

2.2. Begriffliches in Gesetz und Lehre

2.2.1. Die drei Elemente des Tatverdachts

Eine Legaldefinition des Tatverdachts fehlt. Dies mag erstaunen, ist doch der Begriff des Tatverdachts im Strafprozessrecht von zentraler Bedeutung.¹¹ Der Tatverdacht wird in der StPO zwar wiederholt verwendet, doch was damit gemeint ist, bleibt unklar. Es wird unterschieden zwischen „Tatverdacht“¹² bzw. „Verdacht“,¹³ „hinreichendem Tatverdacht“¹⁴ und „dringendem Tatverdacht“.¹⁵ Überdies verwendet der Gesetzgeber den Begriff des „begründeten Verdachts“.¹⁶ Die Botschaft zur StPO hält sich ebenfalls zurück, was die Klärung der Begrifflichkeiten anbelangt. Im Gegenteil, wird dort doch zusätzlich von „genügendem Tatverdacht“,¹⁷ von „besonders schwerem Tatverdacht“,¹⁸ von „konkretem Tatverdacht“¹⁹ oder von „gewöhnlichem Tatverdacht“²⁰ gesprochen, ohne dass diese Begriffe voneinander abgegrenzt oder näher definiert werden.

⁷ ACKERMANN, S. 322.

⁸ PIETH, S. 118.

⁹ ACKERMANN, S. 323; ähnlich SCHULZ, Normiertes Misstrauen, S. 499 f.

¹⁰ ACKERMANN, S. 322.

¹¹ ACKERMANN, S. 325, ROOS/JEKER, S. 177; BSK StPO-JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 269 N 34.

¹² So etwa in Art. 219 Abs. 2 und 3, Art. 309 Abs. 1 lit. a und Abs. 3, Art. 319 Abs. 1 lit. a StPO.

¹³ So etwa in Art. 108 Abs. 1 lit. a, Art. 269 Abs. 1 lit. a, Art. 273 Abs. 1, Art. 286 Abs. 1 lit. a, Art. 299 StPO.

¹⁴ So etwa in Art. 197 Abs. 1 lit. b, Art. 261 Abs. 1, Art. 309 Abs. 1 lit. a, 324 Abs. 1 StPO.

¹⁵ So etwa in Art. 207 Abs. 1 lit. d, Art. 210 Abs. 2, Art. 221 Abs. 1, Art. 269 Abs. 1 lit. a, Art. 271 Abs. 2 lit. a, Art. 273 Abs. 1 StPO.

¹⁶ So in Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO und in 235 Abs. 4 StPO.

¹⁷ Botschaft StPO, S. 1130 und 1264.

¹⁸ Botschaft StPO, S. 1138 FN 166.

¹⁹ Botschaft StPO, S. 1224.

²⁰ Botschaft StPO, S. 1256.

Auch in der Lehre wagen sich erstaunlich wenig Autoren daran, den Terminus genauer unter die Lupe zu nehmen. Weder OBERHOLZER²¹ noch HAUSER/SCHWERI/HARTMANN²², RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD²³, JOSITSCH²⁴, DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS²⁵ oder RIEDO/FIOLKA/NIGGLI²⁶ vertiefen die Definition des Tatverdachts in ihren Lehrbüchern, ebenso wenig RIKLIN im StPO-Kommentar²⁷ oder SCHMID im Handbuch²⁸ bzw. im Praxiskommentar.²⁹

PIETH³⁰ umschreibt den Tatverdacht zunächst etwas vage als „die auf Indizien gestützte vorläufige Hypothese der Schuld“ und fährt fort: „Fest steht, dass sich die Annahme, es sei eine Tat begangen worden und eine allenfalls verdächtige Person sei der Täter/die Täterin, aus konkreten Tatsachen ergeben muss, die eine vorläufige Subsumption unter einen Straftatbestand erlauben.“³¹

Eine prägnante Konkretisierung liefert WALDER: Demnach ergibt sich der Verdacht eines Delikts „aus bestimmten Tatsachen, welche zusammen mit *kriminalistischen, kriminologischen* oder anderen allgemeinen Erkenntnissen und in Hinblick auf einen gesetzlichen Straftatbestand den Wahrscheinlichkeitsschluss erlauben, es sei eine strafbare Handlung verübt worden“.³² Der Tatverdacht setzt sich in Anlehnung an WALDER³³ somit aus drei Elementen zusammen: Erstens müssen konkrete und objektive Tatsachen vorliegen, die zweitens aufgrund besonderer Kenntnisse oder Erfahrungen zum Schluss führen, dass drittens wahrscheinlich eine strafbare

²¹ OBERHOLZER, begnügt sich auf S. 328 mit wenigen Ausführungen zum dringenden Tatverdacht und weist auf S. 483 f. auf das Erfordernis des hinreichenden Tatverdachts hin als Grundlage zur Eröffnung eines Strafverfahrens.

²² HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 68 N 9, § 70 N 12, § 71 N 9, § 73 N 7, wobei die Autoren keine ausführlichen Bemerkungen zum Begriff machen.

²³ RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 209 ff. definieren zwar den dringenden Tatverdacht, ohne allerdings auszuführen, was mit Tatverdacht gemeint ist.

²⁴ JOSITSCH, erwähnt den Tatverdacht in mehreren Randziffern nur als Voraussetzung für Zwangsmassnahmen, umschreibt den Begriff aber nirgends.

²⁵ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, S. 2, 189, 285 erwähnen den Tatverdacht ebenfalls nur im Zusammenhang mit der Aufnahme von Ermittlungen oder Zwangsmassnahmen.

²⁶ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 3327, streift das Thema lediglich im Zusammenhang mit der Rechtshilfe.

²⁷ RIKLIN, StPO, Art. 197 N 3, Vorbemerkungen zu Art. 269–298 N 4 f., Art. 299 N 3 und Art. 309 N 1 f.

²⁸ SCHMID-Handbuch, N 1019, N 1228 und N 973.

²⁹ SCHMID-Praxiskommentar, wo der Tatverdacht an mehreren Stellen als Voraussetzung für die Aufnahme von Ermittlungen sowie Anordnung von Zwangsmassnahmen erwähnt wird, ohne den Begriff zu umschreiben.

³⁰ PIETH, Strafprozessrecht, S. 78.

³¹ PIETH, Strafprozessrecht, S. 118.

³² WALDER, Strafverfolgungspflicht, S. 3.

³³ WALDER, Grenzen der Ermittlungstätigkeit, S. 867, wo die drei Elemente „bestimmte Tatsachen“, „kriminalistische, kriminologische oder andere allgemeine Erkenntnisse“ und „ein gesetzlicher Straftatbestand“ zur Begründung des Anfangsverdachts hervorgehoben werden; ähnlich auch WALDER/HANSJAKOB, allerdings besser dargestellt in der 8. Auflage, S. 100 f., die 9. Auflage verzichtet auf eine klare Unterteilung.

Handlung begangen worden ist.³⁴ Ausgehend von dieser Definition gilt es, die drei Elemente des Tatverdachts genauer auszuleuchten.

2.2.1.1. Tatsachen

Beim ersten Element, den *Tatsachen*, muss es sich um konkrete Anhaltspunkte bzw. Tatsachen handeln,³⁵ also um einen sinnlich wahrnehmbaren und auch tatsächlich wahrgenommenen Lebensvorgang bzw. Zustand.³⁶ Vermutungen zu möglichen Lebensvorgängen oder Gerüchte reichen dazu ebenso wenig aus wie mathematische Wahrscheinlichkeiten.³⁷ Tatsachen können nur vorbestehende, objektiv begründete konkrete Anhaltspunkte sein.³⁸

Fallbeispiel: Am Stammtisch wird ausgiebig über den Neuzuzüger X. samt Familie diskutiert. Dabei wird mehrfach geltend gemacht, X. schlage regelmässig seine Frau. Kantonspolizist A., der gerade seine Kaffeepause genießt, sitzt dabei. Er überlegt sich, ob er gestützt auf die Schilderungen Ermittlungen aufzunehmen hat.

Die dem Polizisten zugetragenen Informationen sind im obigen Beispiel keine konkreten Anhaltspunkte, sie stellen Mutmassungen und Gerüchte dar. Aufgrund einer solchen Informationslage ist es dem Polizisten nicht erlaubt, gestützt auf die StPO Ermittlungen aufzunehmen. Immerhin bleibt ihm die Möglichkeit, wie nachfolgend unter Ziff. 3.4. noch darzulegen sein wird, im Rahmen von sogenannten Vorermittlungen zu Erkenntnissen zu gelangen. Diese erlauben allenfalls ein Ermittlungsverfahren zu eröffnen.

Unterschieden wird zwischen tatbezogenen Tatsachen und täterbezogenen Tatsachen.³⁹ Bei der ersten Kategorie geht es um *Tatsachen*, die auf die Begehung einer Straftat hinweisen; bei der zweiten Kategorie um solche, die auf die *Person* des Tatverdächtigen hindeuten. Geht es um die Begründung des Tatverdachts im hier umschriebenen Sinn, interessieren nur die tatbezogenen Anhaltspunkte, d.h. solche, die sich auf eine Straftat richten, die von einer individuell konkretisierbaren Person begangen wurde. Anhaltspunkte hingegen, die auf eine bestimmte Person als Täter gerichtet sind, sind zur Bildung eines Tatverdachts nicht erforderlich.⁴⁰

³⁴ Ähnlich BSK StPO-HAGENSTEIN, Art. 302 N 2.

³⁵ ACKERMANN, S. 325.

³⁶ HÜRLIMANN, S. 96 f.

³⁷ ACKERMANN, S. 326; BSK StPO-OMLIN, Art. 309 N 27; ähnlich HÜRLIMANN, ebenda. WALDER, Strafverfolgungspflicht, S. 3.

³⁸ ACKERMANN, ebenda.

³⁹ HÜRLIMANN, S. 97.

⁴⁰ HÜRLIMANN, ebenda; ähnlich WALDER, Strafverfolgungspflicht, S. 3.

2.2.1.2. Erkenntnisse allgemeiner Natur

Zu den Tatsachen gesellt sich ein zweites Element: Es sind *Erkenntnisse allgemeiner Natur*, z.B. Erfahrungen, Errungenschaften der Kriminal- und Sozialwissenschaften, Elemente der Medizin, Physik, Biologie oder Chemie, die es dem Betrachter erlauben, aus den objektiv vorhandenen, vielleicht erst fragmentarischen Tatsachen einen Sachverhalt zu rekonstruieren. Mit Hilfe dieser Erkenntnisse allgemeiner Natur wird versucht, von einem unvollständigen Geschehensablauf auf einen mutmasslichen Sachverhalt in der Vergangenheit zu schliessen.⁴¹ Es handelt sich dabei in gewissem Sinn um die gedankliche Eigenleistung des Betrachters, in vorliegendem Zusammenhang des Kriminalisten,⁴² die es erlaubt, eine auf Erfahrungen gestützte, gedankliche Verknüpfung der wahrgenommenen Elemente vorzunehmen.

Fallbeispiel: Die Feststellung des Kriminaltechnikers, dass das Blut am Körper des unverletzten Y. und am Messer, das er bei der Anhaltung auf sich trug, von einem Menschen stammt, lässt gestützt auf allgemeine Erkenntnisse den Schluss zu, dass jemand mit dem Messer sich selber oder jemand anderen verletzt hat.

2.2.1.3. Die strafrechtliche Relevanz

Drittes Element ist die *strafrechtliche Relevanz*.⁴³ Ausgangspunkt ist die Frage, ob ein nach materiellem Recht strafbares Verhalten in Frage kommt oder nicht. Heranzuziehen ist also das materielle Recht als Programm, in diesem Verfahrensstadium als Verdachtsprogramm.⁴⁴ Gestützt auf die erhobenen Tatsachen und die allgemeinen Erkenntnisse muss der Betrachter somit zum Schluss kommen, dass wahrscheinlich gegen ein strafrechtliches Verbot verstossen bzw. ein entsprechendes Gebot missachtet wurde.⁴⁵

Ohne Strafbestimmung gibt es keinen Tatverdacht. Auch die klarsten Tatsachen und die schärfsten Erkenntnisse dürfen keinen strafrechtlich relevanten Verdacht aufkommen lassen, wenn sich der Sachverhalt unter keinen Tatbestand subsumieren lässt. Mag das Verhalten

⁴¹ Ähnlich HÜRLIMANN, S. 97 f.; WALDER/HANSJAKOB, S. 102.

⁴² WALDER/HANSJAKOB, S. 100, verwenden den Begriff des Kriminalisten m.E. in einem weiten Sinne.

⁴³ HÜRLIMANN, S. 98.

⁴⁴ WALDER/HANSJAKOB, S. 101; ACKERMANN, S. 326.

⁴⁵ Ähnlich ACKERMANN, S. 331.

moralisch noch so verwerflich sein: Wenn es strafrechtlich nicht verpönt ist, darf kein Verdacht aufkommen.⁴⁶

Fallbeispiel: Die Aussage von Z., er sei Pornoliebhaber, schaue sich regelmässig entsprechendes Foto- und Filmmaterial an und habe auf seinen Datenträgern tausende Filme und Bilder pornografischen Inhalts, lässt noch keinen Verdacht aufkommen, er konsumiere illegale Pornografie.

2.2.2. Das Zusammenspiel der drei Elemente

Beim Zusammenfügen der drei Elemente zeigt sich, dass das mittlere als Bindeglied zwischen dem ersten und dem dritten Element fungiert. Das Wahrnehmen gewisser Tatsachen lässt durch die gedankliche Eigenleistung des Betrachters, die auf besonderen Erkenntnissen oder Erfahrungen beruht, auf ein strafbares Handeln schliessen. HÜRLIMANN bedient sich für den Vorgang eines zweistufigen Systems: In einem ersten Schritt wird die Frage geprüft, ob konkrete Tatsachen vorliegen, aus denen sich unter Einbezug eines Erfahrungsschatzes ein Sachverhalt konstruieren lässt, der sich in der Vergangenheit abgespielt haben könnte (sog. retrospektive Verdachtsdiagnose). In einem zweiten Schritt wird beurteilt, ob sich der rekonstruierte Sachverhalt unter eine Strafbestimmung subsumieren lässt. Dieser zweite Schritt wird *prospektive* Verdachtsprognose genannt, weil eine Aussage über die zukünftige Entwicklung des Verfahrens und somit die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung vorgenommen wird.⁴⁷

2.3. Die verschiedenen Verdachtsgrade und ihre Bedeutung

Mit dem Begriff *Verdachtsgrad* ist die Intensität des Tatverdachts gemeint, anders gesagt die Höhe der Wahrscheinlichkeit für eine Verurteilung des für das objektive Geschehen verantwortlichen Beschuldigten.⁴⁸

Während, wie einleitend festgestellt, in der Botschaft hin und wieder von „gewöhnlichem“, „konkretem“, „begründetem“ oder gar „besonders schwerem“ Tatverdacht die Rede ist, sind

⁴⁶ WALDER, Strafverfolgungspflicht, S. 4; ACKERMANN, S. 327; HÜRLIMANN, ebenda; WALDER/HANSJAKOB, ebenda.

⁴⁷ HÜRLIMANN, S. 100 f.; ähnlich BSK StPO-HEIMGARTNER/NIGGLI, Art. 324 N 8.

⁴⁸ BSK StPO-HAGENSTEIN, Art. 302 N 24; ähnlich HÜRLIMANN, S. 101 sowie WALDER/HANSJAKOB, S. 106, für welche allerdings der Versuch, den Grad des Verdachts über die Verurteilungswahrscheinlichkeit zu definieren, problematisch ist; zum Ganzen ausführlich SCHULZ, S. 566 ff.

gemäss StPO lediglich die drei Verdachtsgrade des „Anfangsverdachts“, des „hinreichenden Tatverdachts“ und des „dringenden Tatverdachts“ von Bedeutung.⁴⁹

Weshalb aber ist die Unterscheidung derart bedeutungsvoll? Stichwort ist das von Art. 36 Abs. 3 BV postulierte Verhältnismässigkeitsprinzip, welches zu beachten ist, wenn – wie bei einem Strafverfahren – mehr oder weniger intensiv in die Freiheitsrechte der Betroffenen eingegriffen wird. Ob strafprozessuale Grundrechtseingriffe gerechtfertigt sind und – falls ja – welche, hängt einerseits von der Schwere des Tatverdachts ab.⁵⁰ Anders gesagt wird die Verhältnismässigkeit über die Verdachtsgrade typisiert. Je schwerer der Grundrechtseingriff, desto höhere Anforderungen sind an den Verdachtsgrad zu stellen.⁵¹ Andererseits ist die Art des Grundrechtseingriffs abhängig von der Schwere des Tatvorwurfes: Je schwerer die vorgeworfene Tat, desto einschneidender die Massnahmen, die sich der Betroffene gefallen lassen muss.⁵²

Dieser Gedanke lag bereits der Botschaft zur StPO zugrunde⁵³: „Artikel 194 [E StPO] ruft diese verfassungsrechtlichen Schranken in Erinnerung und nimmt insbesondere Bezug auf die für die Verhältnismässigkeit einer strafprozessualen Massnahme relevanten Kriterien, also die Schwere des Delikts und den Grad des Tatverdachts. Absatz 1 Buchstabe b stellt klar, dass jede Zwangsmassnahme das Vorliegen eines Tatverdachts verlangt und sich der notwendige Verdachtsgrad nach der Eingriffsschwere der jeweiligen Massnahme bemisst.“

Überdies ist zu Beginn des Verfahrens von grosser Bedeutung, ob die Verdachtslage die Hürde zum Anfangsverdacht überschritten hat oder nicht. Ohne Anfangsverdacht dürfen keine polizeilichen Ermittlungen aufgenommen werden.⁵⁴

Weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung existieren genaue Definitionen, welcher Höhe der Verurteilungswahrscheinlichkeit die unterschiedlichen Verdachtsgrade entsprechen. HÜRLIMANN versuchte, die Intensität des Tatverdachts in einer Skala der

⁴⁹ Zwar verwendet der Gesetzgeber in Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO sowie Art. 235 Abs. 4 StPO den Begriff des „begründeten Verdachts“ und bringt damit scheinbar eine weitere Variante ins Spiel. Allerdings geht es in diesen beiden Fällen nicht um den *Tatverdacht* im hier interessierenden Sinn. Vielmehr ist ein Verdacht im Sinne von Anhaltspunkten auf dem Missbrauch gewisser Parteirechte gemeint; ACKERMANN, S. 331, fügt den drei Graden noch einen vierten bei, den der richterlichen Überzeugung. Dieser für das Erkenntnisverfahren massgebliche Verdachtsgrad ist vorliegend nicht von Bedeutung, weshalb darauf nicht weiter eingegangen wird.

⁵⁰ HÜRLIMANN, S. 95.

⁵¹ ACKERMANN, S. 331.

⁵² WALDER/HANSJAKOB, S. 106; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht, § 68 N 9, wo als zusätzliches Element die erwartete Strafe ins Spiel gebracht wird.

⁵³ Botschaft StPO, S. 1216.

⁵⁴ Dazu ausführlich in Ziffer 2.4. nachfolgend.

Verurteilungswahrscheinlichkeit mit Werten zwischen 0.01 und 0.99 festzulegen. Dabei wählte die Autorin für eine geringe Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung des Täters einen Wert im unteren Bereich der Skala und für eine hohe Verurteilungswahrscheinlichkeit entsprechend einen Wert gegen 0.99. Sie ging dabei – gestützt auf die damals gültige Strafprozessordnung des Kantons Zürich – von vier Verdachtsgraden (Anfangsverdacht, konkreter Verdacht, dringender Verdacht oder hinreichender Verdacht) aus und bildete zwei Verdachtsstufen, eine für die einfache Verurteilungswahrscheinlichkeit mit den Verdachtsgraden Anfangsverdacht (auf der Skala zwischen 0.01 und 0.25) und konkreter Tatverdacht (zwischen 0.26 und 0.50) sowie eine für die qualifizierte Verurteilungswahrscheinlichkeit mit den Verdachtsgraden dringender Tatverdacht (zwischen 0.51 und 0.75) und hinreichender Tatverdacht (zwischen 0.76 und 0.99). Diese Unterscheidung – und namentlich die Einordnung des hinreichenden Tatverdachts als qualifizierteste Form der Verdachtsgrade – ist mit der eidgenössischen StPO überholt.

Problematisch an einer solch schematischen Einordnung ist der Umstand, dass die Beurteilung der Verurteilungswahrscheinlichkeit ein dynamischer Vorgang ist. Sie unterliegt einem steten Wandel. Der Verdachtsgrad kann lediglich als Momentaufnahme beurteilt werden, abhängig vom Zeitpunkt innerhalb des Strafverfahrens und dem Stand der Ermittlungen.⁵⁵

2.4. Der Anfangsverdacht

2.4.1. Einleitende Bemerkungen

Polizeiliche Ermittlungen dürfen, wie bereits in der vorangehenden Ziffer erwähnt, nur bei Vorliegen eines Anfangsverdachts aufgenommen werden.⁵⁶ Doch was bedeutet „Anfangsverdacht“ und welches Schicksal erleiden Erkenntnisse, die ohne genügenden Anfangsverdacht erhoben worden sind?

Die Behörden erhalten viele Hinweise auf mögliche Straftaten von privater Seite.⁵⁷ Beim überwiegenden Teil der Straftaten gegen individuelle Rechtsgüter hängt es vom Anzeigeverhalten der Betroffenen ab, ob die Strafverfolger davon überhaupt Kenntnis erhalten. Erst die Anzeigen erlauben den Strafverfolgern tätig zu werden. Aber auch bei Delikten gegen

⁵⁵ HÜRLIMANN, S. 102.

⁵⁶ Art. 299 Abs. 2 StPO spricht vom „Verdacht, es sei eine Straftat begangen worden“.

⁵⁷ BSK StPO-RIEDO/BONER, Art. 301 N 1.

die Allgemeinheit hängt die Kenntnisnahme durch die Strafverfolgungsbehörden nicht selten vom Anzeigeverhalten der Bevölkerung ab.⁵⁸

Polizeiliche Ermittlungen und insbesondere Zwangsmassnahmen haben nicht der Tatverdachtsgewinnung bzw. Tatverdachtsausforschung zu dienen, sie dürfen also nicht eingesetzt werden, um einen nicht bestehenden Tatverdacht zu begründen. Vielmehr haben polizeiliche Ermittlungen und Zwangsmassnahmen dem Zweck zu dienen, einen *vorbestehenden* Tatverdacht zu erhärten, diesen zu verdichten.⁵⁹ So sind z.B. Einvernahmen unzulässig, in denen der Betroffene in der Hoffnung befragt wird, auf Verdacht erweckende Tatsachen zu stossen.⁶⁰ Ohne auf der Grundlage eines Anfangsverdachts getätigte Ermittlungshandlungen haben den Makel, als Ergebnisse sogenannter Beweisausforschung von einem Beweisverwertungsverbot betroffen zu sein.⁶¹

2.4.2. Hürde des Anfangsverdachts

2.4.2.1. Die Voraussetzungen des Anfangsverdachts

Zur Bejahung eines Anfangsverdachts reicht die Annahme einer gewissen Wahrscheinlichkeit strafbaren Verhaltens, wobei zu Beginn des Verfahrens durchaus Zweifel bestehen können, ob überhaupt ein Delikt begangen wurde.⁶² Die Verdachtslage mag zu Beginn des Verfahrens noch schwach sein. In diesem Zusammenhang wird auch etwa vom „einfachen Verdacht“ gesprochen.⁶³ Es genügt eine gewisse Wahrscheinlichkeit strafbaren Verhaltens. CORNU meint dazu: „[...] il n'est pas nécessaire qu'il existe une forte vraisemblance qu'une condamnation soit prononcée à l'issue de la procédure et il suffit qu'il existe des indices concrets d'une infraction et pas seulement une possibilité indéterminée en ce sens“.⁶⁴

Ein Tatverdacht kann ohne wahrgenommene objektivierbare Tatsachen bzw. konkrete Anhaltspunkte nicht entstehen. Fehlen solche und wird ein strafrechtlich relevantes Geschehen bloss vermutet, so spricht man von einer kriminalistischen Hypothese.⁶⁵ Eine bloss

⁵⁸ OBERHOLZER, N 1324.

⁵⁹ Ähnlich LANDSHUT/BOSSHARD, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO-Kommentar, Art. 299 N 26; BSK StPO-GFELLER/THORMANN, Art. 243 N 16.

⁶⁰ HÜRLIMANN, S. 109.

⁶¹ Siehe Ziff. 2.4.3.1. nachfolgend.

⁶² Urteile A-7342/2008 und A-7426/2008 des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. März 2009, sowie BGer 1C_653/2012, vom 01.10.2014, E. 5.4. in fine.

⁶³ WALDER/HANSJAKOB, S. 108.

⁶⁴ CORNU-CR CPP, art. 309 N 8.

⁶⁵ HÜRLIMANN, S. 98 f.

Vermutung jedoch, es sei eine strafbare Handlung begangen worden, reicht für die Aufnahme von Ermittlungshandlungen nicht aus.⁶⁶

Fallbeispiel⁶⁷: Der Umstand, dass ein vorbestrafter Einbrecher nachts um vier Uhr mit dem Auto durch ein Einfamilienhausquartier fährt, reicht als Anfangsverdacht für einen Einbruchdiebstahl nicht. Führt er indessen ein Brecheisen und Handschuhe mit sich, ist der Anfangsverdacht zu bejahen.

Ob ein genügender Anfangsverdacht zur Aufnahme von Ermittlungen besteht, ist häufig Gegenstand juristischer Streitigkeiten. Die vom Bundesgericht gesetzte Hürde ist indessen nicht besonders hoch. Jedenfalls reicht offenbar bereits eine Strafanzeige ohne Sachbeweise zur Begründung eines Tatverdachts. So hat das Bundesgericht den Anfangsverdacht bejaht nach einer „motivierten“ Anzeige eines Rechtsanwaltes⁶⁸ oder bei „vertretbaren“ Beschuldigungen eines angeblichen Opfers von sexuellen Übergriffen.⁶⁹ Auch Medienberichte hat das Bundesgericht für die Begründung eines Anfangsverdachts anerkannt.⁷⁰ In einem Fall vor Bundesstrafgericht musste die Frage geprüft werden, ob eine Meldung des Dienstes für Analyse und Prävention (DAP) an die Bundeskriminalpolizei (BKP) für den Anfangsverdacht als genügend zu betrachten sei, was bejaht wurde.⁷¹

Einen interessanten Sachverhalt hatte das Bundesgericht im Entscheid 6B_628/2013 vom 26.06.2014 zu beurteilen:

Aufgrund anonymer Hinweise, Y. handle im grossen Stil mit Partydrogen, unterzog ihn die Stadtpolizei Zürich in der Zürcher Innenstadt einer Kontrolle, bei der 8 g Kokain und 6 g Marihuana sicherstellt wurden. Y. gab an, zur Untermiete bei X. ein Zimmer zu bewohnen. Die Staatsanwaltschaft ordnete telefonisch eine Hausdurchsuchung in den von Y. (mit-) bewohnten Räumen an. In der Küche fand die Stapo im Kühlschrank 26 g Amphetamin (MDMA). Sie durchsuchte deshalb auch das Zimmer von X. und fand 558 g Marihuana, zwei Feinwaagen, mehrere Waffen und Munition. X wehrte sich gegen die Verurteilung mit dem Argument, die Durchsuchung seines Zimmers sei unrechtmässig erfolgt, weil gegen ihn kein Tatverdacht bestanden habe. Die Ergebnisse seien deshalb nicht verwertbar.

⁶⁶ WALDER, Strafverfolgungspflicht, S. 3.

⁶⁷ In Anlehnung an das Beispiel aus WALDER/HANSJAKOB, S. 104.

⁶⁸ BGE 106 IV 413, E. 4 a)–c).

⁶⁹ Urteils des BGers 1B_445/2013 vom 14.02.2014, E. 2.2.

⁷⁰ BGE 132 I 181, E. 4.5., Urteil des BGer 1B_293/2013 vom 31.01.2014, E. 2.3.2.

⁷¹ Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2013.39 vom 02.05.2014 (mit Berichtigung vom 22.07. 2014), E. 2.5., *nicht rechtskräftig, Weiterzug ans Bundesgericht.*

Das Bundesgericht stellte zunächst fest, es sei unstrittig, dass bei Beginn der Hausdurchsuchung kein Tatverdacht gegen X. bestanden habe und dass die Durchsuchung des ausschliesslich von ihm genutzten Zimmers nicht vom Durchsuchungsbefehl erfasst gewesen sei. Im Weiteren hielt es fest, dass die Feststellung der Vorinstanz nicht willkürlich sei, wonach Drogenmaterial und Drogenutensilien in der Küche und Drogenmaterial im gemeinsamen Kühlschrank keinen hinreichenden Tatverdacht gegen X. begründeten. Da die Durchsuchung dieses Zimmers rechtswidrig erfolgt sei, handle es sich bei den dort sichergestellten Betäubungsmitteln und Waffen nicht um Zufallsfunde im Sinne von Art. 243 Abs. 1 StPO.⁷²

Dieser Entscheid wurde seitens der Anwaltschaft aufgrund der Begründung begrüsst, es habe vorliegend am ausreichenden Tatverdacht gemangelt, da Drogenutensilien in der gemeinsam genutzten Küche bzw. im gemeinsam genutzten Kühlschrank nicht zwingend darauf hindeuteten, dass auch der Mitbewohner in die Dealertätigkeit involviert sein müsse.⁷³

Dem ist nicht beizupflichten. Im Gegenteil muss festgehalten werden, dass der Fund von Drogen in der gemeinsam genutzten Küche und im gemeinsamen Kühlschrank für einen Anfangsverdacht gegen X. reichen muss. Entgegen VETTERLI⁷⁴ ist nämlich nicht erforderlich, dass die Sicherstellungen *zwingend* darauf hindeuten müssen, dass auch der Mitbewohner in die Dealertätigkeit *involviert sein muss*. Für einen Anfangsverdacht müssen die festgestellten Tatsachen alleweil reichen. Ein zwingender Hinweis, wonach er in die Straftat involviert sein muss, ist nicht nötig. Kommen weitere Elemente (wie starker Marihuanageruch) dazu und wirft das Verhalten von Y. (mangelhafte Kooperation, Aussageverhalten etc.) weitere Fragen auf, verdichtet sich der Anfangsverdacht gegen X. sogar rasch zu einem hinreichenden Tatverdacht bezüglich Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz. Zu denken ist hier nicht nur an eigenständige Dealertätigkeiten von X. Auch Mittäterschaft von X. mit Y. kommt in Frage. Klar scheint hier, dass die Polizei deutlich mehr als reine Vermutungen angestellt hat, dass – um dies anhand der drei Elemente des Tatverdachts⁷⁵ auszudrücken – der Wahrscheinlichkeitschluss einer strafbaren Handlung anhand der festgestellten Tatsachen und mithilfe der allgemeinen Erkenntnisse in jedem Fall zulässig war.⁷⁶

⁷² Urteil des BGer 6B_628/2013 vom 26.06.2014; zum Begriff des Zufallsfunds siehe Ziff. 2.4.3.2. nachfolgend.

⁷³ VETTERLI, Illegaler Waffen- und Drogenfund, S. 32.

⁷⁴ VETTERLI, ebenda.

⁷⁵ Vgl. die Ausführungen unter Ziff. 2.2.

⁷⁶ Ein anderes Problem stellte sich in Bezug auf den fehlenden Durchsuchungsbeschluss: M.M.n. war die Durchsuchung des Zimmers von X. wegen Gefahr in Verzug nach Art. 241 Abs. 3 StPO auch ohne vorgängigen mündlichen oder schriftlichen Durchsuchungsbeschluss zulässig. Die fehlende unverzügliche Mitteilung an die Staatsanwaltschaft ist deshalb nicht als problematisch zu bezeichnen, weil diese eine bloss

Würde man anders entscheiden, wäre der Anfangsverdacht gegenüber Dritten auch in folgendem Beispiel fraglich:

Fallbeispiel⁷⁷: Ein Fahrzeug wird wegen unsicherer Fahrweise des Lenkers A. angehalten. Im Fahrzeug befinden sich nebst A. drei weitere Personen. Im Kofferraum des Wagens befindet sich Verbrecherwerkzeug und Diebesgut.

Gestützt auf die Feststellungen wird sich der Anfangsverdacht kaum auf den Lenker des Fahrzeuges beschränken. Dieser muss sich auf die drei Mitfahrer ausdehnen. Die polizeilichen Feststellungen reichen für die Annahme einer gewissen Wahrscheinlichkeit strafbaren Verhaltens aller Fahrzeuginsassen, selbst wenn zu Beginn des Verfahrens Zweifel bestehen können.⁷⁸

2.4.2.2. Der zweifelhafte Verdacht und die materielle Wahrheit

Ob bei zweifelhaftem Verdacht Ermittlungen aufzunehmen sind oder nicht, ist strittig. Der Staatsanwaltschaft steht dabei ein gewisser Beurteilungsspielraum zu.⁷⁹ Allerdings ist stets der Grundsatz „in dubio pro duriore“ zu beachten, welcher – im hier zu erörternden Zusammenhang – besagt, dass bei Zweifeln ein Strafverfahren einzuleiten ist.⁸⁰

Ein Teil der Lehre widerspricht: Nach dieser Meinung dürfen – mit Blick auf die Unschuldsvermutung⁸¹ – keine Strafverfahren eröffnet und schon gar keine Zwangsmassnahmen angeordnet werden, wenn Zweifel an der Schlüssigkeit eines Verdachts bestehen. Bei zweifelhaftem Verdacht habe sich der Staatsanwalt gegen das Strafverfahren und für die Unschuldsvermutung zu entscheiden.⁸²

WALDER/HANSJAKOB stimmen dem insofern zu, als die Zweifel die *Zuverlässigkeit* der Ausgangsdaten betreffen.⁸³ Damit dürften die Anhaltspunkte und Tatsachen gemäss Ziff. 2.2.1.1. vorstehend gemeint sein. Sind diese zweifelhaft, ist folgerichtig auf die Einleitung von

Verletzung von Ordnungsvorschriften darstellt, was letztlich nicht zur Unverwertbarkeit der sichergestellten Beweise führt; siehe dazu auch BGE 139 IV 128 E. 1.7.

⁷⁷ Beispiel nach HANSJAKOB THOMAS, anlässlich MAS-Referat zum Thema „Kriminalistischer Zyklus“, gehalten am 12.09.2014 in St. Gallen.

⁷⁸ HANSJAKOB THOMAS, anlässlich MAS-Referat zum Thema „Kriminalistischer Zyklus“, gehalten am 12.09.2014 in St. Gallen.

⁷⁹ HÜRLIMANN, S. 172; LANDSHUT/BOSSHARD, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO-Kommentar, Art. 309 N 13.

⁸⁰ BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, Art. 7 N 22; BSK StPO-OMLIN, Art. 309 N 26; HÜRLIMANN, ebenda, wo auch der Terminus „in dubio contra reo“ verwendet wird; vertiefend zum Begriff: BSK StPO-GRÄDEL/HEINIGER, Art. 319 N 8.

⁸¹ Siehe Ziff. 2.2. vorstehend.

⁸² Z.B. ACKERMANN, S. 323; VETTERLI, Kehrtwende, S. 544.

⁸³ WALDER/HANSJAKOB, S. 105.

Ermittlungshandlungen zu verzichten. Stützen sich die Anhaltspunkte z.B. auf unzuverlässige oder nicht überprüfbare Quellen, sind sie wenig präzise, pauschal oder lassen sich teils gar widerlegen, darf kein Ermittlungsverfahren eingeleitet werden. Zwangsmassnahmen sind erst recht ausgeschlossen.

Anders aber ist die Sachlage bei Zweifeln über die Strafbarkeit des abzuklärenden Sachverhalts zu beurteilen: Ist offen, ob dieser im Sinne der strafrechtlichen Relevanz⁸⁴ ein strafbares Verhalten darstellt, weil z.B. Rechtsfragen ungeklärt sind oder die Subsumption Spielraum bietet, ist m.E. ein Strafverfahren einzuleiten.⁸⁵ Die Einleitung eines Verfahrens lässt sich – trotz offener Fragen – mit dem Hinweis rechtfertigen, dass zu einem derart frühen Verfahrensstadium oft noch nicht genügend Fakten vorliegen um zu entscheiden, ob das fragliche Verhalten strafbar ist oder nicht. Zudem liegt die Abklärung von Verdachtshinweisen geradezu im ureigenen gesetzlichen Auftrag der Strafbehörde.⁸⁶ In diesem Zusammenhang lohnt sich auch ein Blick auf den Tatbestand der Begünstigung nach Art. 305 StGB. Wer es als Strafbehörde trotz Pflicht zum Handeln unterlässt, tätig zu werden, muss mit strafrechtlichen Konsequenzen wegen Begünstigung rechnen.⁸⁷

Im Vordergrund muss die Wahrheitsfindung stehen. Dem Praktiker fällt indes auf, dass bei der Anwendung des Strafprozessrechts die materielle Wahrheit gegenüber der formellen zunehmend in den Hintergrund tritt.⁸⁸ Die insbesondere bei VETTERLI⁸⁹ festzustellende Tendenz, den staatlichen Anspruch auf Durchsetzung des Strafrechts zugunsten von durch Grundrechtseingriffe Betroffenen immer mehr zurückzudrängen, bereitet Sorge. Anders ausgedrückt: „Eine Gesellschaft, die nicht mehr dazu stehen will, dass Wahrheitsfindung als prioritäres Ziel des Strafverfahrens anzusehen ist, nimmt es erst mit Gleichmut und dann mit Gleichgültigkeit hin, wenn Wahrheitsfindung nicht erreicht wird.“⁹⁰

Wo aber von „Opfern“ strafprozessualer Massnahmen statt von „Betroffenen“ die Rede ist, stutzt der Leser.⁹¹ Wo es Opfer gibt, hat es auch Täter. Täter von strafprozessualen

⁸⁴ Zum Begriff siehe Ziff. 2.2.1.3. vorstehend.

⁸⁵ A.M. ACKERMANN, S. 326 f. und WALDER/HANSJAKOB, S. 101.

⁸⁶ Art. 7 StPO.

⁸⁷ WALDER, Strafverfolgungspflicht, S. 4; LANDSHUT/BOSSHARD, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO-Kommentar, Art. 302 N 20; BSK StPO-HAGENSTEIN, Art. 302 N 34.

⁸⁸ Zu den Begriffen OBERHOLZER, N 19 f.; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 53 N 1 ff.

⁸⁹ VETTERLI, Kehrtwende, S. 453.

⁹⁰ ARZT, S. 362.

⁹¹ VETTERLI, Kehrtwende, S. 453, wörtlich: „Der Tatverdacht bedeutet für den Einzelnen also die Grenze zwischen Freiheitsbereich und Eingriffsbereich und verhindert, dass *Unbeteiligte zum Opfer* von strafprozessualen Massnahmen werden.“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

Massnahmen ist jedoch notwendigerweise der Staat als Inhaber des Gewaltmonopols. In dieser Lesart werden der Betroffene zum „Opfer“ und der Staat zum „Täter“. Solches Denken ist m.E. nicht zielführend. Wer das Ermittlungs- und Strafverfahren als eine Kette von Grundrechtseingriffen statt als Instrument zum Schutz der Grundrechte sieht, stilisiert das Strafverfahren zum Gegner von Grundrechten.⁹² Dabei geht es keineswegs „bloss [um] vage Interessen wie dasjenige an der Funktionstüchtigkeit der Justiz oder der Wirksamkeit der Strafverfolgung“,⁹³ sondern nicht zuletzt um den Schutz der Interessen von durch eine Straftat Geschädigten, mithin sehr wohl um konkrete öffentliche Interessen.

2.4.3. Beweisausforschung und Zufallsfund

2.4.3.1. Die Beweisausforschung

Werden gestützt auf verdachtslose Eingriffe strafrechtlich relevante Erkenntnisse gewonnen, die den Verdacht erst begründen sollen, spricht man von einer *Beweisausforschung* oder „*fishing expedition*“.⁹⁴ In den Worten von ACKERMANN/VOGLER liegt eine „fishing expedition“ vor, „[w]enn der Staat ohne Verdacht seine Netze auslegt, um Anhaltspunkte für einen Tatverdacht erst einzufangen [...]“.⁹⁵

Fallbeispiel: Die Polizei erwägt, bei einem im linksextremen Umfeld agierenden jungen Mann eine Hausdurchsuchung durchzuführen in der Hoffnung, Belastungsmaterial für Sachbeschädigungen (Spraydosen), Drogen oder Waffen zu finden.

Ohne konkrete tatsächliche Anhaltspunkte ist es mit einem rechtsstaatlichen Strafverfahren nicht vereinbar, irgendwelche Lebensvorgänge auf ihre Legalität hin zu überprüfen.⁹⁶ Denn eine verdachtslose Zwangsmassnahme verletzt die Unschuldsvermutung „in flagranter Weise“.⁹⁷ Planlos oder aufs Geratewohl durchgeführte Beweiserhebungen sind unzulässig und führen zur Unverwertbarkeit der erhobenen Beweise.⁹⁸ Insbesondere ist eine Heilung über den hypothetischen Ersatzeingriff nicht statthaft. Die Unschuldsvermutung würde ihres Sinngehalts

⁹² Ähnlich ARZT, S. 361.

⁹³ VETTERLI, Kehrtwende, S. 453.

⁹⁴ Botschaft StPO, S. 1237 sowie 1255, wo zutreffender von Verdachtsausforschung gesprochen wird. Siehe auch Urteil des Bundesstrafgerichts TPF 2011 42, E. 2.4.

⁹⁵ ACKERMANN/VOGLER, S. 164.

⁹⁶ HÜRLIMANN, S. 109.

⁹⁷ BSK StPO-GFELLER, vor Art. 241 – 254 N 46.

⁹⁸ BGE 137 I 218, E. 2.3.2.; BGE 128 II 407, E. 5.2.1, S. 417, mit Hinweisen; SCHMID-Handbuch, § 69 N 1067; BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 81, welche ein absolutes Verwertungsverbot postuliert; ebenso VETTERLI, Kehrtwende, S. 453 f.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 553, gehen hingegen nur von einem relativen Verwertungsverbot aus. Zu den Begrifflichkeiten Ziff. 4.4. nachfolgend.

entleert, wenn verdachtslos durchgeführte Zwangsmassnahmen nachträglich legalisiert würden.⁹⁹

2.4.3.2. Zufallsfunde

Von der Beweisausforschung abzugrenzen sind die *Zufallsfunde*, die in Art. 243 StPO explizit geregelt sind.¹⁰⁰ Gemäss Bundesgericht versteht man unter Zufallsfunden „die bei der Durchführung von Zwangsmassnahmen allgemein und bei Durchsuchungen und Untersuchungen im Besonderen zufällig entdeckten Beweismittel, Spuren, Gegenstände oder Vermögenswerte, die mit der abzuklärenden Straftat in keinem direkten Zusammenhang stehen und den ursprünglichen Verdacht weder erhärten noch widerlegen, aber auf eine weitere Straftat hinweisen.“¹⁰¹ „Im Gegensatz zu den Ergebnissen unzulässiger Beweisausforschung basieren die Zufallsfunde auf einer rechtsgültigen strafprozessualen Massnahme, die in einer konkreten Strafsache gestützt auf einen begründeten Tatverdacht angeordnet wurde.“¹⁰² Zufallsfunde liefern „Erkenntnisse, auf die zu stossen mit dem betreffenden Zwangsmassnahmeneinsatz nicht beabsichtigt war [...]“.¹⁰³ Sie werden denn auch als „Abfallprodukte“ des strafprozessualen Zwangsmassnahmeneinsatzes oder als „Resultat einer Divergenz zwischen Eingriffsziel und Ergebnis“ bezeichnet.¹⁰⁴ Das Besondere an Zufallsfunden ist, dass auf das Erfordernis eines vorbestehenden Tatverdachts bezüglich jenes Delikts verzichtet wird, das den Zufallsfund betrifft.¹⁰⁵ Der Tatverdacht ergibt sich aus dem Fund selbst, somit ex post.¹⁰⁶ Weil kein Tatverdacht bezüglich der zufällig gefundenen Erkenntnisse besteht, wird der Zufallsfund in der „Grauzone zwischen der rechtmässig angeordneten Zwangsmassnahme und der verbotenen Beweisausforschung“ angesiedelt.¹⁰⁷

Fallbeispiel: Die Polizei führt wegen des Tatverdachts auf Diebstahl bei B. eine Hausdurchsuchung statt. Dabei wird 1 kg Kokain sichergestellt, das offensichtlich für den Handel bestimmt war.

⁹⁹ BSK StPO-GFELLER, vor Art. 241–254 N 47; zum Begriff des hypothetischen Ersatzeingriffes siehe Ziffer 2.4.3.2. nachfolgend.

¹⁰⁰ Art. 243 StPO lautet wie folgt: Abs. 1: „Zufällig entdeckte Spuren oder Gegenstände, die mit der abzuklärenden Straftat nicht in Zusammenhang stehen, aber auf eine andere Straftat hinweisen, werden sichergestellt“.

¹⁰¹ BGE 139 IV 128, E. 2.1.

¹⁰² HÜRLIMANN, S. 109

¹⁰³ NATTERER, S. 12.

¹⁰⁴ NATTERER, S. 13 mit weiteren Hinweisen.

¹⁰⁵ RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 747.

¹⁰⁶ BSK StPO-GFELLER/THORMANN, Art. 243 N 2.

¹⁰⁷ BSK StPO-GFELLER/THORMANN, Art. 243 N 2.

2.4.3.3. Die Verwertbarkeit von Zufallsfunden

Lehre und Rechtsprechung gehen grundsätzlich von der Verwertbarkeit von Zufallsfunden aus. Kriterium für deren Verwertbarkeit ist einerseits, dass die ursprüngliche Massnahme zulässig war. Mit anderen Worten wird eine rechtmässige strafprozessuale Massnahme verlangt, die in einer konkreten Strafsache gestützt auf einen hinreichenden Tatverdacht bezüglich des ursprünglich verfolgten Delikts bzw. der ursprünglich verfolgten Person erfolgte.¹⁰⁸

Andererseits wird die Beweiserhebung einer hypothetischen Prüfung unterzogen. Dies bedeutet, dass eine nachträgliche Überprüfung ergeben muss, dass die Durchsuchung für das – zufällig – gefundene Delikt und gegen die betroffene Person zulässig gewesen wäre und keine besonderen Umstände (wie z.B. Berufsgeheimnisse) dagegen gesprochen hätten.¹⁰⁹ In diesem Zusammenhang ist auch vom hypothetischen Ersatzeingriff die Rede.¹¹⁰

Dazu ist ein Bundesgerichtsurteil von besonderem Interesse. Dem Entscheid BGE 137 I 218 lag folgender Sachverhalt zu Grunde¹¹¹:

Ein Autolenker wurde u.a. wegen mehrfacher grober und einfacher Verkehrsregelverletzungen zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt. Die Verurteilung stützte sich im Wesentlichen auf Videoaufnahmen, die der Beifahrer des Verurteilten erstellt hatte. Die Videokamera, auf der diese Fahrt dokumentiert war, ging an einem Volksfest verloren. Ein ehrlicher Finder übergab die Kamera der Polizei, welche diese "zur Identifizierung" des Eigentümers zwecks Rückgabe auswertete und dabei zufällig auf die Videoaufnahme stiess. Der Beschuldigte wurde daraufhin mit den Aufnahmen konfrontiert und hatte keine andere Wahl, als die dokumentierten Tatvorwürfe anzuerkennen.

Das erstinstanzliche Gericht hatte argumentiert, bei den Aufnahmen handle es sich um Zufallsfunde, weil die Polizei die Daten der Kamera im Hinblick auf die Ermittlung der Eigentümerschaft der Kamera untersucht habe. Das Bundesgericht hielt demgegenüber fest, die Aufnahmen seien nicht im Rahmen einer abzuklärenden Straftat entdeckt worden und gegen den Beschwerdeführer oder Drittpersonen habe in diesem Zusammenhang auch kein Tatverdacht bestanden. Bei den Filmaufnahmen habe es sich deshalb nicht um eigentliche Zufallsfunde gehandelt. Weil Hinweise auf eine mögliche Straftat gefehlt und weil weder wesentliche

¹⁰⁸ SCHMID-Handbuch, N 1067; HÜRLIMANN, S. 109 f.

¹⁰⁹ KELLER, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO-Kommentar, Art. 243 N 4; SCHMID-Handkommentar, N 1067.

¹¹⁰ ACKERMANN/VOGLER, S. 181.

¹¹¹ Sachverhalt nach GFELLER/BIGLER, S. 107.

Gründe noch eine zeitliche Notwendigkeit bestanden hätten, den Inhalt des Gerätes zu sichten, habe die Polizei aufs Geratewohl Daten durchsucht. Dies sei im Ergebnis mit einer unzulässigen Beweisausforschung vergleichbar. Es habe keine gesetzliche Grundlage bestanden, die der Untersuchungsbehörde die Möglichkeit einräume, losgelöst von einem (genügenden) Anfangsverdacht und ohne Einwilligung des Berechtigten den Speicher einer aufgefundenen Kamera zu sichten. Mangels schwerer und unmittelbarer Gefahr habe auch nicht auf die Polizeigeneralklausel zurückgegriffen werden können. Im Ergebnis sei die Kamera gesichtet worden, ohne dass ein Tatverdacht oder eine gesetzliche Grundlage bestanden habe.¹¹²

Das Bundesgericht hielt sodann fest, dass die Verwertbarkeit unrechtmässig erlangter Beweismittel verfassungsrechtlich nicht in jedem Fall ausgeschlossen sei, sondern lediglich dem Grundsatz nach. Massgebend sind demnach die Schwere des Delikts und die Frage, ob das Beweismittel an sich zulässig und auch auf gesetzmässigem Weg zu erlangen gewesen wäre. Das Bundesgericht nahm in der Folge eine Güterabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Wahrheitsfindung und dem privaten Interesse der betroffenen Person vor und kam dabei zum Schluss, dass die privaten Interessen des Beschwerdeführers überwogen hätten. Die Verwertung der Beweise hielt demnach dem Fairnessgebot nicht stand.¹¹³

Ob dieses Urteil im Ergebnis richtig ist, ist zu bezweifeln. Dem Bundesgericht ist zwar insofern zuzustimmen, als es das Vorliegen eines Zufallsfundes verneinte, weil die Kamera nicht im Zuge einer strafprozessualen Zwangsmassnahme ausgewertet wurde. Es trug zudem dem Umstand Rechnung, dass für eine Zwangsmassnahme eine gesetzliche Grundlage gegeben sein muss. Eine solche hat hier nach Meinung des Bundesgerichts gefehlt. Der Polizei sei es – losgelöst von einem Anfangsverdacht und insbesondere auch unter Beachtung des Polizeirechts – nicht erlaubt gewesen, den Speicher der Kamera ohne Einwilligung des Berechtigten zu sichten, zumal auch die polizeiliche Generalklausel¹¹⁴ nicht habe herbeigezogen werden können. Indem das Bundesgericht festhielt, die Daten seien aufs Geratewohl durchsucht worden, verkannte es allerdings den Zweck der Handlung, nämlich den Eigentümer der Kamera zu eruieren. Es bezeichnete – mit Verweis auf entsprechendes Dekret – lediglich die blosser Entgegennahme von Fundgegenständen als polizeiliche Aufgabe, womit das Bundesgericht den verwaltungspolizeilichen Auftrag unnötig einschränkte. Die Zuordnung von verlorenen oder gestohlenen Gegenständen gehört m.M.n. sehr wohl zum polizeilichen

¹¹² BGE 137 I 218, E. 2.3.1.–2.3.3.

¹¹³ BGE 137 I 218, E. 2.3.4.–2.3.5.

¹¹⁴ Eine solche findet sich z.B. in Art. 22 PolG BE.

Auftrag, weshalb bereits die Feststellung, der Beweis sei unrechtmässig erhoben worden, kaum haltbar ist.¹¹⁵

Im Rahmen einer Güterabwägung entschied das Bundesgericht sodann, die privaten Interessen des Betroffenen höher zu gewichten als die öffentlichen Interessen der Strafverfolgung. Auch diese Feststellung ist diskutabel, wurde der Beschuldigte wegen seiner groben Vergehen erstinstanzlich zu einer Freiheitsstrafe von immerhin 18 Monaten verurteilt, was für eine hohe kriminelle Energie, ein erhebliches Gefährdungspotential und mithin für ein gesteigertes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung des Täters spricht.

Wäre auf der Kamera im obigen Beispiel hingegen eine schwere Straftat, beispielsweise ein Tötungsdelikt oder eine Vergewaltigung, aufgezeichnet gewesen, so wäre der Beweis wohl auch ohne Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage verwertbar gewesen. Das Bundesgericht hat diese Frage zwar offengelassen.¹¹⁶ Es hat aber festgestellt, dass in einem Fall unrechtmässig erlangter Beweismittel die Verwertung nur dem Grundsatz nach ausgeschlossen sei und gegebenenfalls eine Güterabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Wahrheitsfindung und den privaten Interessen des Beschuldigten durchzuführen sei. Diese Güterabwägung wäre wohl zugunsten des öffentlichen Interesses zu entscheiden, was die Verwertbarkeit des Beweises bedeuten würde.

2.5. Die Abgrenzung zum hinreichenden und zum dringenden Tatverdacht

2.5.1. Einleitende Bemerkungen

Der Anfangsverdacht ist zum hinreichenden und zum dringenden Tatverdacht abzugrenzen. Diese Gradierung ist von erheblicher Bedeutung, weil zum einen das Gesetz Zwangsmassnahmen vom Vorhandensein eines mindestens hinreichenden Tatverdachts abhängig macht und weil zum anderen die Parteirechte zu beachten sind, sobald eine Untersuchung durchgeführt wird.¹¹⁷ Gewisse Zwangsmassnahmen sind erst bei einem *dringenden* Tatverdacht erlaubt. Um der Verwertungsproblematik Rechnung zu tragen, müssen sich die Strafverfolgungsbehörden bei der Anordnung einer Untersuchungshandlung oder einer Zwangsmassnahme immer die Frage nach der Höhe des Verdachtsgrades stellen.

¹¹⁵ A.M. VETTERLI, Kehrtwende, S. 452.

¹¹⁶ BGE 137 I 218, E. 2.3.2.

¹¹⁷ Art. 309 i.V.m. Art. 147 Abs. 1 StPO.

2.5.2. Der hinreichende Tatverdacht

Einen *hinreichenden* Tatverdacht verlangt das Gesetz zur Eröffnung einer Untersuchung (Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO), sodann zur Ergreifung von Zwangsmassnahmen (Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO). Diese beiden Bestimmungen hängen eng miteinander zusammen, verlangt doch Art. 309 Abs. 1 lit. b StPO, dass bei der Anordnung von Zwangsmassnahmen eine Untersuchung zu eröffnen ist. Mit anderen Worten gilt: ohne hinreichenden Tatverdacht keine Untersuchung und auch keine Zwangsmassnahmen, und ohne Untersuchung keine Zwangsmassnahmen.

Ein hinreichender Verdacht setzt das Vorliegen konkreter und tatsächlicher Hinweise auf eine strafbare Handlung voraus.¹¹⁸ SCHMID spricht deshalb von einem mittleren Verdacht.¹¹⁹ Gemäss Bundesgericht setzt der hinreichende Tatverdacht den Nachweis von konkreten Verdachtsmomenten voraus, wonach das inkriminierte Verhalten mit erheblicher Wahrscheinlichkeit die fraglichen Tatbestandsmerkmale erfüllen könnte.¹²⁰

Kritisch zu beurteilen ist die Meinung von OMLIN, wonach für die Eröffnung einer Untersuchung bereits ein *vager* Verdacht genüge.¹²¹ Würde man dieser Meinung folgen, wäre eine Abgrenzung zwischen Anfangsverdacht – der zur Aufnahme von polizeilichen Ermittlungen nach Art. 299 StPO berechtigt – und hinreichendem Tatverdacht – der Zwangsmassnahmen erlaubt und vorbehaltlich des Erlasses eines Strafbefehls nach der Eröffnung einer Untersuchung verlangt – nicht mehr möglich.

Es sei wiederholt: Bei Vorliegen eines *Anfangsverdachts* hat die Polizei Ermittlungen aufzunehmen.¹²² Liegt hingegen ein *hinreichender* Tatverdacht vor, so *muss* eine Untersuchung eröffnet werden und die Verfahrensleitung geht an die Staatsanwaltschaft über.¹²³ Selbständige polizeiliche Ermittlungen, die zu einem Zeitpunkt durchgeführt werden, in welchem bereits eine Untersuchung eröffnet worden ist oder hätte eröffnet werden müssen, tangieren die Parteirechte der Verfahrensbeteiligten und können zu Verwertungsproblemen der erhobenen Beweise führen.¹²⁴

¹¹⁸ LANDSHUT/BOSSHARD, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO-Kommentar, Art. 309 N 25; Urteil des BGer 1C_275/2012 vom 21.09.2012; ähnlich Urteil des BGer 1S.16/2006 vom 09.01.2007.

¹¹⁹ SCHMID-Handbuch, N 1228.

¹²⁰ Urteil des BGer 1S.16/2006 vom 09.01.2007.

¹²¹ BSK StPO-OMLIN, Art. 309 N 28.

¹²² Art. 299 Abs. 2 StPO.

¹²³ BSK StPO-OMLIN, Art. 309 N 11; HÜRLIMANN, S. 193.

¹²⁴ LANDSHUT/BOSSHARD, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO-Kommentar, Art. 309 N 2 f.

2.5.3. Der dringende Tatverdacht

Gewisse Zwangsmassnahmen setzen einen *dringenden* Tatverdacht voraus, so etwa die polizeiliche Vorführung nach Art. 207 Abs. 1 lit. d StPO, die Ausschreibung zur Fahndung nach Art. 210 Abs. 2 StPO, die Untersuchungshaft nach Art. 221 Abs. 1 StPO sowie die Überwachungsmaßnahmen (Art. 269 Abs. 1 lit. a StPO, 271 Abs. 2 lit. a StPO und 273 Abs. 1 StPO). Grund für die Abgrenzung zum hinreichenden Tatverdacht ist, dass die erwähnten Zwangsmassnahmen dem Grundsatz nach stärker in die Freiheitsrechte des Betroffenen eingreifen als andere (beispielsweise die Beschlagnahme, wo lediglich ein hinreichender Tatverdacht verlangt ist).¹²⁵

Von dringendem Tatverdacht ist bei *erheblicher Wahrscheinlichkeit für einen späteren Schuldspruch* auszugehen. Wenn also erhebliche tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die auf die Begehung einer Straftat hinweisen, liegt ein dringender Tatverdacht vor.¹²⁶

2.5.4. Abgrenzungen zwischen den Verdachtsstufen

Die Grenzen zwischen Anfangsverdacht, hinreichendem und dringendem Tatverdacht sind nicht messerscharf. Zwar wird in der Praxis häufig geltend gemacht, die von den Ermittlungsbehörden präsentierten Anhaltspunkte reichten nicht aus für einen hinreichenden bzw. dringenden Tatverdacht, doch räumen die Gerichte den Behörden einen erheblichen Ermessensspielraum ein.¹²⁷

In diesem Zusammenhang ist ein Beschluss des Bundesstrafgerichts von Interesse, der sich mit der Anordnung von Untersuchungshaft eines Terrorverdächtigen befasste. Dabei ging es um die Frage, inwieweit ein Amtsbericht des Nachrichtendienstes des Bundes (NDB) für die Eröffnung einer Untersuchung und damit für gewisse Zwangsmassnahmen reicht. Das Gericht hielt fest, dass der Bericht des NDB für sich allein noch keinen genügenden Tatverdacht ergebe. Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens sei der Tatverdacht durch weitere Hinweise zu

¹²⁵ Art. 263 i.V.m. Art. 197 StPO; wobei der Einzelfall zu prüfen ist: eine Kontensperre bzw. Beschlagnahme in Millionenhöhe greift ungleich schwerer in die Grundrechte ein als beispielsweise eine polizeiliche Vorführung.

¹²⁶ LANDSHUT/BOSSHARD, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO-Kommentar, Art. 309 N 27.

¹²⁷ BSK StPO-OMLIN, Art. 309 N 31.

verdichten, damit die – für eine Untersuchungshaft geforderte – Hürde des dringenden Tatverdachts überwunden werde.¹²⁸

Es sei wiederholt, dass sich die Eingriffsschwere der Zwangsmassnahme u.a. nach dem Verdachtsgrad richtet.¹²⁹ Je schwerer der Eingriff in die Grundrechte, desto höhere Anforderungen sind an den Verdachtsgrad zu stellen.¹³⁰ Da es sich beim Verdachtsgrad um einen dynamischen Begriff handelt, können sich die Anforderungen an den Verdacht im Verlaufe des Verfahrens ändern. Sie werden mit der Dauer der Massnahmen graduell angehoben. „Die Verdachtslage hat sich mit zunehmender Verfahrensdauer grundsätzlich zu konkretisieren und zu verstärken.“¹³¹ Ansonsten ist die Zwangsmassnahme aufzuheben.¹³²

Fallbeispiel: Mitten in der Nacht wird in einem Industriequartier ein Mann angehalten. Da er Verbrecherwerkzeug auf sich trägt, wird er – als mutmasslicher Einbrecher – festgenommen.

Mag der dringende Tatverdacht zu Beginn der Untersuchung für eine Untersuchungshaft dringend genug sein, genügt er diesen Anforderungen nach wenigen Tagen nicht mehr. Die Ermittlungen müssen weitere den Verdacht verdichtende Elemente ans Licht befördern (wie z.B. Zeugenaussagen, Einbruchspuren an Gebäuden, daktyloskopische oder DNA-Spuren des Beschuldigten, Diebesgut etc.), damit die Untersuchungshaft aufrecht gehalten werden kann.

Auch innerhalb eines Verdachtsgrades kann es zu graduellen Abstufungen kommen. So ist HANSJAKOB zu Recht der Ansicht, für technische Massnahmen nach Art. 269 StPO sei die Verdachtsschwelle tiefer anzusetzen als für eine Untersuchungshaft.¹³³

Zu ergänzen ist schliesslich, dass der Schwere des Eingriffs in die Grundrechte des Betroffenen Rechnung getragen wird. So bedürfen besonders einschneidende Zwangsmassnahmen, wie z.B. die Untersuchungshaft nach Art. 220 ff. StPO oder die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs nach Art. 269 ff. StPO, einer Anordnung bzw. Überprüfung durch das Zwangsmassnahmengericht (sogenannter Richtervorbehalt).¹³⁴

¹²⁸ Urteil des Bundesstrafgerichts BH.2014.2/BP.2014.19 vom 29. April 2014, E. 4.–5; siehe auch das bereits erwähnte Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2013.39 vom 02.05.2014 (mit Berichtigung vom 22.07. 2014), E. 2.5., *nicht rechtskräftig, Weiterzug ans Bundesgericht*.

¹²⁹ Siehe Ziff. 2.3. vorstehend.

¹³⁰ ACKERMANN, S. 331.

¹³¹ Urteil des Bundesstrafgerichts BH.2015.3/BP.2015.14 vom 30.04.2015, E. 4.1.

¹³² PIETH, S. 118.

¹³³ HANSJAKOB, BÜPF, Art. 3 N 7.

¹³⁴ ACKERMANN/VOGLER, S. 165; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 247; SCHMID-Praxiskommentar, Art. 18, N 1; PIETH, S. 66 f. Allerdings ist das Gesetz insofern nicht konsequent, als es auch für Zwangsmassnahmen

Von hinreichenden Tatverdachtsgründen ist schliesslich auch in Art. 324 StPO die Rede. Gemäss dieser Bestimmung erhebt die Staatsanwaltschaft beim Gericht Anklage, wenn sie aufgrund der Untersuchung die Verdachtsgründe als hinreichend erachtet und keinen Strafbefehl erlassen kann. Gemäss Systematik des Gesetzes geht es bei dieser Bestimmung also um das Vorgehen nach Abschluss des Vorverfahrens. Inhaltlich decken sich die hinreichenden Verdachtsgründe mit dem Begriff gemäss Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO bzw. 309 Abs. 1 lit. a StPO, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.¹³⁵

2.6. Zwangsmassnahmen ohne Tatverdacht?

2.6.1. Einleitende Bemerkungen

Nimmt man den Verdacht als Legitimation bzw. als zwingendes rechtsstaatliches Erfordernis eines Eingriffs in die Grundrechte durch Zwangsmassnahmen¹³⁶, so überrascht, dass das Gesetz in engen Grenzen auch verdachtsfreie Ermittlungshandlungen zulässt¹³⁷. Auf die Wesentlichsten wird in den nächsten Ziffern eingegangen.

2.6.2. DNA-Massenuntersuchungen

DNA-Massenuntersuchungen nach Art. 256 StPO sind zwar nicht tatbezogen, aber täterbezogen¹³⁸ verdachtsfrei¹³⁹. Ausgangspunkt solcher Massenuntersuchungen ist ein Verbrechen,¹⁴⁰ über dessen mutmassliche Täterschaft ein DNA-Profil vorliegt, das keiner in der DNA-Datenbank erfassten Person zugeordnet werden kann.¹⁴¹

Die mutmassliche Täterschaft muss sich auf einen einigermaßen umgrenzten Personenkreis beschränken, ohne dass innerhalb dieses Kreises ein hinreichender Tatverdacht gegen eine oder mehrere bestimmte Personen vorhanden ist.¹⁴² Die Untersuchung hat sich somit auf Personen

wie die Überwachung von Bankbeziehungen, DNA-Massenuntersuchungen, die Überwachung mit technischen Geräten oder etwa die verdeckte Ermittlung eine Überprüfung bzw. Anordnung durch das Zwangsmassnahmengericht verlangt, obgleich diese bereits bei einem *hinreichenden* Tatverdacht nach Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO angeordnet werden können.

¹³⁵ BSK StPO-HEIMGARTNER/NIGGLI, Art. 324 N 9f.

¹³⁶ Siehe Ziff. 2.1. vorstehend.

¹³⁷ Zum Ganzen auch WALDER/HANSJAKOB, S. 119 ff.

¹³⁸ Zu den Begriffen siehe vorne Ziff. 2.2.

¹³⁹ BSK StPO-FRICKER/MAEDER, Art. 256 N 4

¹⁴⁰ Gemeint ist ein Verbrechen im technischen Sinne, ein Vergehen reicht nicht; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 795; zu Recht kritisch dazu HANSJAKOB, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO-Kommentar, Art. 256 N 4.

¹⁴¹ HANSJAKOB, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO-Kommentar, Art. 256 N 1.

¹⁴² HANSJAKOB, ebenda.

zu beschränken, welche bestimmte Merkmale aufweisen, welche mit der Tat in Verbindung stehen.

Fallbeispiel¹⁴³: Im Falle eines Tötungsdelikts im Kanton Zürich wurden rund 300 Männer getestet und ihr Profil mit einer vermutlich von der Täterschaft stammenden Spur verglichen. Dabei mussten in einem ersten Schritt männliche Personen, welche in den beiden letzten Jahren vor der Tat von der Verstorbenen behandelt wurden, einen Wangenschleimhautabstrich abliefern. Da diese Massnahme ergebnislos blieb, wurde die DNA-Massenuntersuchung auf die männlichen Personen ausgedehnt, welche die Verstorbene nachweislich gekannt hatten.

Weitere wesentliche Voraussetzungen einer solchen Massnahme sind die Subsidiarität nach Art. 197 Abs. 1 lit. c StPO und die Verhältnismässigkeit nach Art. 197 Abs. 1 lit. d StPO, welche besonders strikt zu beachten ist.¹⁴⁴ Zusätzliche Zurückhaltung gebietet überdies Art. 197 Abs. 2 StPO, weil die Massnahme begriffsnotwendig in die Grundrechte vieler nicht beschuldigter Personen eingreift. Sofern diese Grundsätze berücksichtigt werden, wird der von BOMMER eingebrachten Kritik, welcher die Massnahme aus rechtsstaatlichen Gründen ablehnt, weil sie verdachtsbegründend ist, m.E. Rechnung getragen.¹⁴⁵

2.6.3. Antennensuchläufe

Ein weiteres Beispiel ohne personen- bzw. täterbezogenen Verdacht sind sogenannte *Antennensuchläufe*. Dabei handelt es sich um eine mittels Rasterfahndung¹⁴⁶ durchgeführte „rückwirkende Eruiierung aller an einem bestimmten Standort angefallenen mobilen Kommunikationsvorgänge während eines bestimmten Zeitraumes, sofern es zum Aufbau einer Kommunikation gekommen ist.“¹⁴⁷

Fallbeispiel¹⁴⁸: Im Frühjahr 2011 fanden an drei verschiedenen Orten in drei verschiedenen Kantonen zu drei verschiedenen Zeitpunkten bewaffnete Raubüberfälle statt, von denen die Strafverfolger annahmen, dass sie zumindest teilweise von derselben Täterschaft begangen worden waren. In der Folge wurde ein Antennensuchlauf durchgeführt.

¹⁴³ Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, III. Strafkammer, vom 05.09.2011, UH110165.

¹⁴⁴ HANSJAKOB, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO-Kommentar, Art. 256 N 4.

¹⁴⁵ BOMMER, S. 154.

¹⁴⁶ Zum Begriff: ROOS/JEKER, S. 176.

¹⁴⁷ Art. 16 lit. e VÜPF.

¹⁴⁸ BGE 137 IV 340 ff.

Das Bundesgericht hielt zur Frage des Tatverdachts fest, dass „[e]ntgegen der Ansicht der Vorinstanz [...] die hier streitige nachträgliche Überwachungsmassnahme nicht erst der Suche nach Straftaten bzw. der Begründung eines vorher inexistenten Tatverdacht[es] [dient]. Vielmehr dient sie der Individualisierung und Identifizierung der Täterschaft bei bereits objektiv konkretisiertem dringendem Verdacht von Schwerverbrechen.“¹⁴⁹ Es liess den Antennensuchlauf im obigen Fall als strafprozessuale Zwangsmassnahme denn auch zu, da a) der dringender Tatverdacht eines Verbrechens vorlag, b) die unbekannte Täterschaft grundsätzlich individualisierbar war, c) die Massnahme dem Subsidiaritätsprinzip im Sinne einer ultima ratio besonders Beachtung schenkte, d) die Verbindungsranddaten zunächst bloss in anonymisierter Form erhoben und ausgewertet wurden und e) eine voraussichtlich kleine Schnittmenge der verdächtigen Mobiltelefon-Verbindungen betroffen war.¹⁵⁰

Wie bei der DNA-Massenuntersuchung handelt es sich beim Antennensuchlauf um eine – zumindest bezogen auf den Täter – verdachtsbegründende Massnahme.¹⁵¹ Diesem Umstand trägt das Bundesgericht mit den eben erwähnten strengen Vorgaben Rechnung. Umso mehr erstaunt allerdings, wenn das Bundesgericht unter Verwerfung zahlreicher Lehrmeinungen festhält, der Antennensuchlauf sei durch Art. 273 StPO nicht abgedeckt, er stelle einen „nicht ausdrücklich“ geregelten Spezialfall dar.¹⁵² Zwangsmassnahmen verlangen nach Art. 197 Abs. 1 lit. a StPO eine gesetzliche Grundlage. Beruht der Antennensuchlauf tatsächlich ausschliesslich auf Art. 16 VÜPF, ist der verfassungsmässigen Vorgabe für eine strafprozessuale Zwangsmassnahme nicht Genüge getan.¹⁵³ Dem Problem kann nur beigegeben werden, indem der Antennensuchlauf – entgegen der Meinung des Bundesgerichts und in Anlehnung an die Lehrmeinungen – auf Art. 273 StPO abgestützt wird; oder aber indem de lege ferenda eine unzweideutige gesetzliche Grundlage analog derjenigen für die DNA-Massenuntersuchungen geschaffen wird. Damit aber wären sämtliche bislang durchgeführten Antennensuchläufe rechtswidrig erfolgt.

2.6.4. Aufbewahrung und Verwendung erkennungsdienstlicher Unterlagen

Um eine weitere, mit Blick auf den Tatverdacht ausserordentliche Bestimmung handelt es sich bei Art. 261 Abs. 2 StPO. Nach dem Grundsatz von Art. 261 Abs. 1 lit. b StPO dürfen

¹⁴⁹ BGE 137 IV 340, E. 6.3.

¹⁵⁰ BGE 137 IV 340, E. 6.1.; HANSJAKOB, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO-Kommentar, Art. 273 N 4; ROOS/JEKER, S. 176.

¹⁵¹ HANSJAKOB, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO-Kommentar, ebenda.

¹⁵² BGE 137 IV 340, E. 5.4.

¹⁵³ ROOS/JEKER, S. 179 f.

erkenntnisdienliche Unterlagen der beschuldigten Person im Falle eines Freispruchs, einer Einstellung oder Nichtanhandnahme des Verfahrens nur bis zur Rechtskraft des Entscheides aufbewahrt und verwendet werden. Danach sind sie zu löschen bzw. dürfen nicht mehr verwendet werden.¹⁵⁴ Nach Abs. 2 derselben Bestimmung dürfen erkenntnisdienliche Unterlagen mit Zustimmung der Verfahrensleitung aber weitere zehn Jahre aufbewahrt und verwendet werden, sofern aufgrund bestimmter Tatsachen zu erwarten ist, dass diese Daten *der Aufklärung künftiger Straftaten* dienen könnten.

Fallbeispiel: Anlässlich einer Hausdurchsuchung wird beim Beschuldigten eine Hanfindooranlage sichergestellt. Er gibt bei der anschliessenden Befragung zu, diese zum Zwecke des Marihuanahandels zu betreiben. Dennoch wird er erkenntnisdienlich erfasst. Er muss zudem einen Wangenschleimhautabstrich zulassen zwecks Erstellung eines DNA-Profiles.

Überraschend ist diese Bestimmung in zweierlei Hinsicht: Zum einen dürfen erkenntnisdienliche Daten auch dann erhoben werden, wenn sie zur Verdichtung des Tatverdachts gar nicht nötig sind. Dies wirft im Bezug auf die in Art. 197 Abs. 1 lit. c StPO umschriebene Erforderlichkeit zumindest Fragen auf.

Zum anderen dürfen diese Daten nicht nur aufbewahrt, sondern auch verwendet werden, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen davon auszugehen ist, dass sie der Aufklärung *künftiger Straftaten* dienen könnten. Das Besondere an dieser Bestimmung ist, dass es gar nicht um die Ermittlung begangener Straftaten geht, sondern um die Aufklärung künftiger Straftaten. Anders ausgedrückt handelt es sich dabei um eine Zwangsmassnahme, welche letztlich der Verdachtsbegründung (im Zusammenhang mit einem zukünftigen Delikt) dienen soll.

Begründet wird diese Besonderheit – m.M.n. etwas hilflos – damit, dass bei der von der erkenntnisdienlichen Massnahme betroffenen Person immerhin mit einer substantiell erhöhten Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen sei, dass sie sich in der Vergangenheit oder in der Zukunft anderer Delikte von gewisser Schwere schuldig gemacht habe oder machen werde.¹⁵⁵

Mit Blick auf das Gewicht des Tatverdachts im Rahmen strafprozessualer Massnahmen¹⁵⁶ ist diese Bestimmung, welche auch für die Erstellung des DNA-Profiles anwendbar ist¹⁵⁷, von

¹⁵⁴ Art. 261 Abs. 1 StPO e contrario.

¹⁵⁵ BGE 120 Ia 147 E. 2.e.

¹⁵⁶ Siehe Ziff. 2.4. vorstehend.

¹⁵⁷ BGE 141 IV 87 ff.

besonderer Bedeutung. Denn unter Umständen bietet erst der Umstand, dass die Daten erhoben und gespeichert werden, die Möglichkeit, einen Tatverdacht auf ein zukünftiges Delikt aufkommen zu lassen.¹⁵⁸ Damit rückt der Tatverdacht in den Hintergrund und büsst seine Legitimation für den Eingriff ein. Die Forderung aber, die Unterlagen dürften nur dann künftig verwendet werden, wenn ein hinreichender Tatverdacht auf ein *neues* Delikt besteht, ist indessen abzulehnen.¹⁵⁹ Dies macht keinen Sinn, denn der hinreichende Tatverdacht wird in der Regel erst mit der Übereinstimmung der Spur mit den Daten der registrierten Person begründet.¹⁶⁰

Klar scheint immerhin, dass die Verwendung von erkennungsdienstlichen Unterlagen in einem späteren Verfahren auf einem bezüglich der Anlasstat hinreichenden Tatverdacht beruhen muss. Fehlte bei der Erfassung der Daten ein entsprechender Tatverdacht, muss von einer verpönten Beweisausforschung gesprochen werden, deren Ergebnisse nicht verwertbar sind.

2.6.5. Haft wegen Ausführungsgefahr

Eine gleichermassen heikle Bestimmung ist Art. 221 Abs. 2 StPO. Nach dieser Bestimmung zur *Ausführungsgefahr* ist Haft zulässig, wenn ernsthaft zu befürchten ist, eine Person werde ihre Drohung, ein schweres Verbrechen auszuführen, wahr machen. Entgegen der Untersuchungshaft gemäss Art. 221 Abs. 1 StPO verlangt der Haftgrund der Ausführungsgefahr keinen wie auch immer gearteten Tatverdacht, Haft kann sogar ohne besonderen Konnex zu einer laufenden Strafuntersuchung angeordnet werden.¹⁶¹ Die vom Gesetz verlangte Drohung kann, muss selber aber nicht strafbar sein.¹⁶² Aufgrund der Drohung muss aber ernsthaft zu befürchten sein, dass ein schweres Verbrechen verübt werden könnte.

Da die Haft wegen Ausführungsgefahr gar keinen Tatverdacht verlangt, stellt sich die Frage, wie sich diese Bestimmung mit den Vorgaben nach Art. 197 Abs. 1 StPO vereinbaren lässt. Diese Frage gewinnt umso mehr an Brisanz, als es sich beim Freiheitsentzug stets um einen massiven Eingriff in die persönliche Freiheit des Betroffenen handelt.¹⁶³ Sie lässt sich mit dem Hinweis darauf beantworten, dass die Haft wegen Ausführungsgefahr systematisch betrachtet gar keine strafprozessuale Zwangsmassnahme im Sinne von Art. 197 StPO darstellt. Es handelt

¹⁵⁸ HANSJAKOB, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO-Kommentar, Art. 261 N 8.

¹⁵⁹ RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 804.

¹⁶⁰ HANSJAKOB, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO-Kommentar, ebenda.

¹⁶¹ HUG/SCHIEDEGGER, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO-Kommentar, Art. 221 N 41; SCHMID-Praxiskommentar, Art. 221 N 14.

¹⁶² SCHMID, Praxiskommentar, ebenda; BSK StPO-FORSTER, Art. 221 N 18.

¹⁶³ BSK StPO-FORSTER, Art. 221 N 17.

sich vielmehr um eine Massnahme der Gewaltprävention.¹⁶⁴ Der primäre Zweck ist die Verhinderung von Straftaten. Der Gesetzgeber hat denn auch den Begriff „Haft“ (anstatt Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft) gewählt und spricht zudem nicht von der „beschuldigten Person“, sondern lediglich von „einer Person“.¹⁶⁵

Dass dieses Institut Eingang in die StPO gefunden hat, ist einerseits aus systematischer Sicht zu kritisieren: Die StPO hat die Verfolgung und Beurteilung von begangenen Straftaten zum Inhalt, nicht die Prävention. Zum anderen sind die Regelungen zur Haft wegen Ausführungsgefahr verfassungswidrig: Kriminalprävention ist nicht Sache des Bundes, weshalb diese Bestimmung die verfassungsmässige Kompetenzordnung zwischen Bund und Kantonen verletzt.¹⁶⁶

¹⁶⁴ HUG/SCHEIDEGGER, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO-Kommentar, Art. 221 N 40.

¹⁶⁵ Art. 221 Abs. 2 StPO.

¹⁶⁶ PIETH, S. 128.

3. Die Rolle der Polizei

3.1. Einleitende Bemerkungen

Eine zentrale Funktion bei der Verdachtsbegründung bzw. -verdichtung kommt der *Polizei* zu. Die Polizei als staatliches Organ hat für Ruhe, Ordnung und Sicherheit zu sorgen.¹⁶⁷ Der gerichtspolizeiliche Auftrag ist nur ein Teil des polizeilichen Aufgabefeldes, wie in der nachfolgenden Ziffer zu vertiefen sein wird.

Gelangt die Polizei im Rahmen sicherheitspolizeilicher Tätigkeiten zu Informationen, die einen Tatverdacht begründen, stellt sich die Frage, ob und wie diese in ein Strafverfahren eingebracht werden können. Diese Frage ist aufgrund der verpönten Beweisausforschung¹⁶⁸ von besonderer Bedeutung. Die Polizei könnte versucht sein, ausserhalb des Strafverfahrens zu Erkenntnissen zu gelangen, die sie im engen Korsett des Strafverfahrens nicht erlangen darf. Damit würden die Vorgaben der StPO – namentlich in Bezug auf das Erfordernis des Anfangsverdachts – ausgehöhlt.¹⁶⁹ Zum Verständnis der Abgrenzungsfragen lohnt sich ein kurzer Blick auf das Aufgabengebiet der Polizei.

3.2. Die Aufgaben der Polizei

Die Vollzugsaufgaben der Polizei lassen sich grob gesagt in zwei Kategorien aufteilen: In die erste Kategorie gehören die sicherheitspolizeilichen Aufgaben *zum Zwecke der Gefahrenabwehr*. Diese Tätigkeiten umfassen etwa verkehrs-, sicherheits- und verwaltungspolizeiliche Aufgaben, die Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung, die Abwehr von Gefahren und die Beseitigung von Störungen, Hilfe- und Unterstützungsleistungen, Amts- und Vollzugshilfe, aber auch die Verhütung und Verhinderung von Straftaten.¹⁷⁰ Bei der Verhütung und Verhinderung von Straftaten geht es um klassische präventive Arbeit, im Fokus stehen somit *künftige* Straftaten. Ziel ist deren Verhinderung (Prävention).¹⁷¹ In der zweiten Kategorie nimmt die Polizei *zum Zwecke der Strafverfolgung* gerichtspolizeiliche Aufgaben wahr. Es sind Handlungen zur Aufklärung und Ahndung von *begangenen* Straftaten bei entsprechenden Verdachtsgründen (Repression).

¹⁶⁷ ALBERTINI, VSKC Handbuch, S. 10.

¹⁶⁸ Siehe Ziff. 2.4.3.1. vorstehend.

¹⁶⁹ HANSJAKOB, Die neuen Bestimmungen, S. 221.

¹⁷⁰ BSK StPO-RHYNER, Art. 306 N 5.

¹⁷¹ HANSJAKOB, Grenzen und Rahmenbedingungen, S. 34.

Die gesetzlichen Grundlagen für das polizeiliche Handeln finden sich in unterschiedlichen Erlassen. Gestützt auf Art. 123 Abs. 1 BV¹⁷² untersteht die Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Strafprozessrechts dem Bund. Diese hat er mit dem Erlass der StPO wahrgenommen. Wenn die Polizei gerichtspolizeilich tätig ist, stützt sie ihr Handeln auf die StPO. Im Bereich der *Gefahrenabwehr* handelt die Polizei gestützt auf kantonales Recht. Die Zuständigkeit der Kantone, in ihrem Hoheitsgebiet für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu sorgen, gilt als originäre Kompetenz der Kantone, womit ihnen in Hinblick auf die Wahrnehmung des Auftrages zur Gefahrenabwehr auch die Rechtsetzungskompetenz zukommt.¹⁷³ Solange die Polizei also präventiv tätig ist, ist die gesetzliche Grundlage ihres Handelns im kantonalen Polizeirecht zu suchen.

Oft bereitet die Zuordnung von konkreten polizeilichen Handlungen erhebliche Schwierigkeiten, so etwa bei polizeilichen Grosskontrollen bei Sportanlässen, bei Demonstrationen oder bei Strassenverkehrskontrollen.¹⁷⁴ Liegen solchen Massnahmen präventive oder repressive Gedanken zugrunde? Die beiden Bereiche können sich überschneiden oder fließend ineinander übergehen.¹⁷⁵ So können strafprozessuale Massnahmen gleichzeitig auch der Gefahrenabwehr dienen und umgekehrt. Dabei gelangen jeweils diejenigen Bestimmungen zur Anwendung, deren Zweck im Vordergrund steht.¹⁷⁶

3.3. Erkenntnisse aus gerichtspolizeilichen Ermittlungen

Ihre gerichtspolizeiliche Funktion übernimmt die Polizei ausschliesslich gestützt auf die StPO. Ihre diesbezüglichen Aufgaben sind in Art. 15 StPO bzw. Art. 306 StPO umschrieben. Gemäss Art. 15 Abs. 2 erster Teilsatz StPO ermittelt die Polizei Straftaten aus eigenem Antrieb, auf Anzeige von Privaten und Behörden sowie im Auftrag der Staatsanwaltschaft. Nach Art. 306 Abs. 1 StPO stellt die Polizei im *Ermittlungsverfahren* auf der Grundlage von Anzeigen, Anweisungen der Staatsanwaltschaft oder eigenen Feststellungen den für eine Straftat relevanten Sachverhalt fest.

¹⁷² Art. 123 Abs. 1 BV lautet wie folgt: „Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts ist Sache des Bundes.“

¹⁷³ Urteil des BGer 1C_653/2012 vom 01.10.2014, E. 5.1.

¹⁷⁴ Zu letzteren: WALDER/HANSJAKOB, S. 118.

¹⁷⁵ Urteil des BGer 1C_653/2012 vom 01.10.2014, E. 5.2.; HANSJAKOB, Grenzen und Rahmenbedingungen, S. 34 ff.

¹⁷⁶ BSK StPO-RHYNER, Art. 306 N 6.

Der Zweck der StPO liegt in der Verfolgung strafbaren Verhaltens.¹⁷⁷ Gestützt auf die StPO im Rahmen von Zwangsmassnahmen erhobene Ermittlungsergebnisse sind daher grundsätzlich verwertbar. Zwar kennt die StPO keine explizite Norm zur *Verwertung* von erhobenen Beweisen, nur Regeln zum Verbot der Verwertung.¹⁷⁸ Da jede strafprozessuale Beweis-erhebung gerade zum Zwecke der strafprozessualen Verwertung erfolgt, bietet das Gesetz die Grundlage sowohl für die Beweiserhebung wie auch für die Beweisverwertung.¹⁷⁹ Die StPO ist somit Grundlage für den Eingriff in die Grundrechte im Sinne von Art. 36 Abs. 1 BV. In ihr findet sich mit dem öffentlichen Interesse auch der Zweck des Eingriffs im Sinne von Art. 36 Abs. 2 BV. „Nur das öffentliche Interesse der Strafverfolgung (Repression) berechtigt zum Einsatz strafprozessualer Zwangsmassnahmen.“¹⁸⁰ Das öffentliche Interesse bedingt aber das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts.¹⁸¹ E contrario ist immer von einem vorbestehenden Anfangsverdacht auszugehen, ansonsten Ermittlungen gestützt auf die StPO nicht zulässig sind.¹⁸²

3.4. Erkenntnisse aus Vorermittlungen der Polizei

3.4.1. Allgemeine Bemerkungen

„Unter Vorermittlungen sind Abklärungen und Massnahmen der Polizei zu verstehen, die auf Verdachtsbegründung ausgerichtet sind oder die auf einem bloss vagen, noch unbestimmten Anfangsverdacht, kriminalistischen Erfahrungswerten oder auf einer blossen Vermutung oder Hypothese gründen, die ohne vorgängige Konkretisierung und Verdichtung (oder Entkräftung) für die Einleitung eines gerichtspolizeilichen Ermittlungsverfahrens gemäss Art. 306 StPO nicht genügen.“¹⁸³

Polizeiliche Vorermittlungen können verschiedene Ziele verfolgen: Bei der Aufklärung oder *Milieubeobachtung* zum einen geht es um die Sammlung von allgemeinen Informationen über bestimmte Milieus der Kriminalität, etwa Prostitution, Rockerszene oder Drogenhandel. Die

¹⁷⁷ Art. 1 StPO.

¹⁷⁸ Zu den Beweisverbotsregeln siehe Ziff. 4.4. nachfolgend.

¹⁷⁹ ACKERMANN/VOGLER, S. 175.

¹⁸⁰ ACKERMANN/VOGLER, S. 173.

¹⁸¹ ACKERMANN/VOGLER, S. 174.

¹⁸² BSK StPO-RHYNER, Art. 306 N 5; Ziff. 2.4. vorstehend.

¹⁸³ Urteil des BGer 1C_653/2012 vom 01.10.2014, E. 6.1.

Strukturermittlungen zum anderen dienen der Abklärung der Organisationsformen innerhalb solcher Milieus.¹⁸⁴

In der Öffentlichkeit (Medien, Internet etc.) werden oft Vorgänge und Vorfälle geschildert, die einen gewissen Verdacht auf strafbare Handlungen aufkommen lassen. Vorermittlungen können auch dazu dienen, solche Ereignisse soweit abzuklären, dass entschieden werden kann, ob ein genügender Anfangsverdacht zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens vorliegt.¹⁸⁵

Gemäss Bundesgericht ermöglichen Vorermittlungen der Polizei „das Erkennen, dass bestimmte Straftaten begangen worden sind oder gestützt auf einen bereits gefassten Tatentschluss kurz vor der Ausführung stehen könnten. Vorermittlungen bezwecken die Feststellung, ob überhaupt strafprozessual abzuklärende Sachverhalte vorliegen oder nicht, um im bejahenden Fall eine möglichst gute Ausgangslage für das nachfolgende Vorverfahren gemäss StPO zu schaffen oder auch (weitere) Straftaten zu verhindern.“¹⁸⁶ Polizeiliche Vorermittlungen sind unterhalb der Schwelle des strafprozessualen Tatverdachts somit durchaus möglich.¹⁸⁷

Die Informationsbeschaffung erfolgt etwa durch Auswertung allgemein zugänglicher Informationen, durch Beobachtung im öffentlichen Raum oder durch Konsultationen polizeilicher Register. Diese Massnahmen bedürfen – da sie keinen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte darstellen – keiner gesetzlichen Grundlage. So dürfte es im unter Ziff. 2.2.1.1. geschilderten Beispiel durchaus erlaubt sein, gewisse Vorermittlungen zu tätigen: polizeiliche Register konsultieren, mit Nachbarn Kontakt aufnehmen, um deren Wahrnehmungen über Lärmemissionen oder Verletzungen der Ehefrau in Erfahrung zu bringen, etc.

Anders liegt die Situation, wenn im Rahmen von Vorermittlungen Grundrechte berührt werden, so etwa bei der Anhaltung und Identifizierung,¹⁸⁸ der Observation¹⁸⁹ oder der verdeckten Ermittlung.¹⁹⁰

Wo aber findet sich die gesetzliche Grundlage für Vorermittlungen? Die StPO bietet dafür offensichtlich keinen Raum, dürfen doch gestützt auf diesen Erlass erst bei Vorliegen eines Anfangsverdachts Ermittlungen aufgenommen werden.¹⁹¹ Das Polizeirecht hat die Gefahren-

¹⁸⁴ ALBERTINI, VSKC Handbuch, S. 544, mit Hinweisen; ähnlich: BSK StPO-RHYNER, Art. 306 N 8.

¹⁸⁵ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 74 N 1.

¹⁸⁶ Urteil des BGer 1C_653/2012 vom 01.10.2014, E. 6.1.

¹⁸⁷ BSK StPO-RHYNER, Art. 307 N 23.

¹⁸⁸ Für den Kanton Bern Art. 27 PolG BE.

¹⁸⁹ Für den Kanton Bern Art. 35a PolG BE.

¹⁹⁰ Für den Kanton Bern Art. 35b PolG BE.

¹⁹¹ Siehe Ziffer 2.4. vorstehend.

abwehr zum Zweck. Dient somit das kantonale Polizeirecht als Grundlage für die Bemühungen, eine noch ungenügende Verdachtslage zu einem Anfangsverdacht zu verdichten? OBERHOLZER spricht von einem rechtlichen Graubereich, da weder in der Polizeigesetzgebung noch in der StPO die gesetzliche Grundlage zu finden sei.¹⁹² PIETH ist der Ansicht, dass diese kriminalpolizeiliche Aktivität weder konkret gefahrorientiert noch konkret verdachtsorientiert sei, und moniert, dass dieses Verfahren ausserhalb der Aufsicht der Staatsanwaltschaft stehe.¹⁹³ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN schreiben das Vorabklärungsverfahren, wie sie es nennen, klar dem gerichtspolizeilichen Auftrag zu.¹⁹⁴

Andere Autoren verorten die Vorermittlungen im Polizeirecht, also in der kantonalen Polizeigesetzgebung.¹⁹⁵ Dieser Haltung ist m.M.n. der Vorzug zu geben, nicht zuletzt weil Vorermittlungen – wie es der Name bereits sagt – *vor* den Ermittlungen stattfinden und weil dazu in der StPO kein Raum besteht.

Dürfen Erkenntnisse, die im Rahmen solcher Vorfeld- oder Vorermittlungen getätigt werden, in ein Strafverfahren eingebracht werden? Problematisch an Erkenntnissen aus Vorermittlungen ist ja, dass gerade kein genügender Anfangsverdacht vorliegt, der es erlaubt, die Erkenntnisgewinnung im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens zu tätigen. Damit besteht die Gefahr, durch unerlaubte Beweisausforschung bei Vorermittlungen zu einem Tatverdacht zu kommen. Die Polizei könnte dazu verleitet werden, entsprechende Massnahmen vor das eigentliche Ermittlungsverfahren in das polizeiliche Vorermittlungsverfahren zu verschieben.

Zu unterscheiden ist hier zwischen Informationen, die auf öffentlich zugänglichen Registern beruhen und solchen, die nur durch Zwangsmassnahmen erhoben werden können. Damit die Gewinnung von Erkenntnissen aus Vorermittlungen keine Umgehung der gesetzlichen Vorgaben darstellen, dürfen letztere ausschliesslich der Gefahrenabwehr dienen.¹⁹⁶ Das Bundesgericht stellte im Entscheid 1C_532/2012 klar, dass die verdeckten Vorermittlungen *zur Verhinderung und Erkennung* von Straftaten – also im Vorfeld des Ermittlungsverfahrens – zulässig sind.¹⁹⁷ Ferner ging es, allerdings ohne vertiefende Erläuterungen dazu, davon aus, dass die Verwertung der im Vorfeld gewonnenen Erkenntnisse im nachmaligen Strafverfahren

¹⁹² OBERHOLZER, N 1358.

¹⁹³ PIETH, S. 192.

¹⁹⁴ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 74 N 2 ff, wobei sich diese Einschätzung auf das Recht vor Einführung der StPO bezieht.

¹⁹⁵ LANDSHUT/BOSSHARD, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO-Kommentar, Art. 299 N 13 f., BSK StPO-RHYNER, Art. 306 N 8, SCHMID-Praxiskommentar, Art. 300 N 2.

¹⁹⁶ LANDSHUT/BOSSHARD, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO-Kommentar, Art. 299 N 14.

¹⁹⁷ Urteil des BGer 1C_532/2012 vom 25.04.2013, E. 5.5.2.

ohne weiteres zulässig ist, hielt es doch lediglich fest, dass die Regelungen im Strafprozessrecht und im Polizeirecht aufeinander abzustimmen seien, damit sich keine Schwierigkeiten ergäben, *wenn Erkenntnisse aus präventiven polizeilichen Massnahmen in einem Strafverfahren verwertet werden sollten*.¹⁹⁸

Die Forderung des Bundesgericht nach einer Abstimmung zwischen den Regelungen des Strafprozessrecht und des Polizeirechts beinhaltet zwei Elemente: Zum einen wird eine gesetzliche Grundlage im Sinne eines formellen Gesetzes gefordert. Zum anderen wird eine hypothetische Betrachtung verlangt, in der geprüft wird, ob die Polizei die Erkenntnisse auch im Rahmen repressiver Aktivitäten legal hätte gewinnen können (hypothetischer Ersatzeingriff).¹⁹⁹

Auch nach GLESS sind solche Erkenntnisse im Strafverfahren verwertbar. Immerhin muss aber „gelten, dass die polizeiliche Informationsbeschaffung nicht zur Umgehung der strafprozessualen Schranken der Beweissammlung missbraucht werden darf.“²⁰⁰

Dem Makel, dass zum Zeitpunkt der Aufnahme solcher präventiver Ermittlungen kein genügender Anfangsverdacht vorhanden war, kann mit drei Argumenten begegnet werden: Erstens hilft dabei, dass man sich den Zweck solcher Vorermittlungen in Erinnerung ruft. Wie ausgeführt geht es oftmals um Milieubeobachtungen und Strukturermittlungen, beispielsweise im Betäubungsmittel- oder im Menschenhandel, aber auch in bestimmten Bevölkerungsegmenten wie Jugendszenen oder gewissen Ausländergruppierungen. Häufig handelt es sich bei Straftaten in solchen Strukturen um *Holkriminalität*.²⁰¹ Die Polizei muss aktiv nach Delikten suchen, weil es keine Opfer gibt (wie beim Drogenhandel), Opfer z.B. aus Furcht vor Repressalien häufig auf eine Anzeigeerstattung verzichten (wie beim Menschenhandel) oder das Anzeigeverhalten szenentypisch beeinflusst wird (wie in Jugendszenen oder in bestimmten Ausländergruppierungen). In diesem Bereich wird Strafverfolgung erst durch eigeninitiative Abklärungen der Polizei möglich.²⁰² Weil Straftaten aus der Holkriminalität ohne eigene Abklärungen der Polizei nur selten aufgedeckt werden und weil das primäre Ziel der Vorermittlungen das *Verhindern* von Straftaten ist, rechtfertigt sich die Verwendung von daraus gewonnenen Erkenntnissen im Strafverfahren. Womit das zweite Argument angesprochen wäre: das öffentliche Interesse gemäss Art 36 Abs. 2 BV. Im Gegensatz zum

¹⁹⁸ Urteil des BGer 1C_532/2012 vom 25.04.2013, E. 5.5.3.

¹⁹⁹ WOHLERS, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO-Kommentar, Art. 141 N 18; zum Begriff des hypothetischen Ersatzeingriffs siehe Ziff. 2.4.3.3. vorstehend.

²⁰⁰ BSK StPO-GLESS, Art. 141, N 38; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, S. 126.

²⁰¹ Zum Begriff: LENTJES, S. 105.

²⁰² ALBERTINI, S. 336; LENTJES, S. 105.

planlosen Suchen nach Verdachtsmomenten, zur Beweisausforschung also, liegt sehr wohl ein öffentliches Interesse vor, nämlich das der Verhinderung von Kriminalität.²⁰³ Dazu gesellt sich ein drittes Argument: Die Polizei wird sich – schon allein aus Ressourcengründen – auf Umfelder konzentrieren, die sich aus kriminalpräventiven Überlegungen lohnen. Damit beschränkt sich der Personenkreis, welcher durch solche Massnahmen tangiert werden könnte, erheblich.

Zusammenfassend sind also Erkenntnisse aus Vorermittlungen in einem nachfolgenden Strafverfahren verwertbar, wenn die Massnahmen, aus denen sie vorgegangen sind, (a) auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, (b) im öffentlichen Interesse der Gefahrenabwehr liegen und (c) auch in einem Strafverfahren hätten angeordnet werden können. Ausschlaggebend ist, dass sie nicht in Umgehung des Verbotes der Beweisausforschung erhoben worden sind.

3.4.2. Erkenntnisse aus präventiven verdeckten Massnahmen im Speziellen

Im Gegensatz zur Regelung unter dem aBVE lässt die StPO eine verdeckte Ermittlung ausserhalb des Strafverfahrens nicht mehr zu. Um deren Einsatz im Rahmen von Vorermittlungen weiterhin erlauben zu können, haben viele Kantone die notwendigen gesetzlichen Grundlagen erlassen.²⁰⁴

Um prüfen zu können, unter welchen Voraussetzungen Erkenntnisse aus präventiven verdeckten Massnahmen in ein Strafverfahren eingebracht werden können, ist zunächst ein Blick auf die Institute der verdeckten Ermittlung und der verdeckten Fahndung nötig:

Verdeckte Ermittlung liegt vor, wenn Angehörige der Polizei oder Personen, die vorübergehend für polizeiliche Aufgaben angestellt sind, unter Verwendung einer durch Urkunden abgesicherten falschen Identität (Legende) durch täuschendes Verhalten zu Personen Kontakte knüpfen mit dem Ziel, ein Vertrauensverhältnis aufzubauen und in ein kriminelles Umfeld einzudringen, um besonders schwere Straftaten aufzuklären.²⁰⁵ Der verdeckte Ermittler dringt in ein Milieu ein, knüpft und pflegt Kontakte zur Zielperson und baut so das Vertrauensverhältnis auf, damit diese schliesslich bereit ist, mit dem Ermittler ein kriminelles Geschäft abzuschliessen.²⁰⁶ „Er überwindet also gewisse Barrieren, welche die Zielperson daran hindern,

²⁰³ Ähnlich ACKERMANN/VOGLER, S. 180.

²⁰⁴ So z.B. Art. 35b PolG BE, § 32e PolG ZH.

²⁰⁵ Art. 285a StPO; zur Legende siehe Art. 288 StPO.

²⁰⁶ HANSJAKOB, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO-Kommentar, Art. 285a N 11 f.

mit oder gegenüber jedem beliebigen Geschäftspartner zu delinquieren“.²⁰⁷ Zulässig ist die verdeckte Ermittlung nur zur Aufklärung besonders schwerer Straftaten, weshalb der Gesetzgeber in Art. 286 Abs. 2 und Abs. 3 StPO einen Katalog erstellt hat.

Hingegen wird kein dringender Tatverdacht verlangt. Es reicht – dies im Gegensatz zur Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs – ein hinreichender Tatverdacht.²⁰⁸ Was auf den ersten Blick erstaunen mag, macht auf den zweiten Blick Sinn, muss doch die Massnahme einer verdeckten Ermittlung im Regelfall früher eingesetzt werden können.²⁰⁹ Als Korrektiv dazu hat der Gesetzgeber den Deliktskatalog enger gefasst als denjenigen für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs nach Art. 269 StPO.

Verdeckter Fahnder ist demgegenüber, wer als Polizist einen kurzen verdeckten Einsatz zur Aufklärung von Verbrechen und Vergehen durchführt, ohne dass seine wahre Identität und Funktion erkennbar ist. Dabei bedient er sich im Gegensatz zum verdeckten Ermittler nicht einer durch Urkunden untermauerten falschen Identität.²¹⁰

Zentrales Unterscheidungsmerkmal zum verdeckten Ermittler ist das fehlende Vertrauensverhältnis. Beim verdeckten Fahnder muss kein Vertrauensverhältnis zur Zielperson aufgebaut werden, um mit ihr ins Geschäft zu kommen. Er wird nicht in ein kriminelles Umfeld eingeschleust, sondern ist im Rahmen von Einzeleinsätzen tätig. Eine verdeckte Fahndung macht nur dann Sinn, wenn eine Zielperson ein Geschäft rasch und anonym abwickeln will und deshalb auf die Überprüfung des Gegenübers verzichtet.²¹¹ Aus diesen Gründen bleibt der Einsatz eines verdeckten Fahnders in der Regel auf eine kurze Dauer beschränkt.

Fallbeispiel: Ein verdeckter Fahnder setzt sich in einem für Drogenumschlag bekannten Lokal an einen Tisch. Ein Kleindealer begibt sich zu ihm und bietet ihm je eine Konsumeinheit Heroin und Kokain an.

Zweck der unter der Herrschaft der StPO durchgeführten verdeckten Ermittlung und Fahndung ist die *Beweisbeschaffung*. Anders als bei vertraulichen Quellen²¹² geht es bei diesen Instituten darum, die im Rahmen des verdeckten Einsatzes gewonnenen Erkenntnisse in das Verfahren

²⁰⁷ HANSJAKOB, die neuen Bestimmungen zu VF und FE, S. 216.

²⁰⁸ Art. 286 Abs. 1 lit. a StPO.

²⁰⁹ HANSJAKOB, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO-Kommentar, Art. 286 N 2.

²¹⁰ HANSJAKOB, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO-Kommentar, Art. 285a N 22.

²¹¹ HANSJAKOB, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO-Kommentar, Art. 298a N 5; HANSJAKOB, die neuen Bestimmungen zu VF und FE, S. 216.

²¹² Siehe Ziff. 3.4.3. nachfolgend.

einzubringen und gerichtsverwertbar zu machen.²¹³ Die vom verdeckten Ermittler gesammelten Erkenntnisse dienen der Verdichtung des Tatverdachts. Für den verdeckten Ermittler bedarf es der Vertraulichkeitszusage nach Art. 288 Abs. 2 StPO, da er in der Regel nur dann bereit ist, vor Gericht auszusagen, wenn ihm die Anonymität über den Abschluss seines Einsatzes hinaus zugesichert wird.²¹⁴

Aus rechtstaatlicher Sicht wirft die Vertraulichkeitszusage in der Lehre Fragen auf, da sie im Widerspruch zu den Verteidigungsrechten gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK steht. Gerügt wird namentlich, dass der Beschuldigte angesichts der Anonymität des verdeckten Ermittlers weder dessen Glaubwürdigkeit, noch dessen Motivation, sich für einen solchen Einsatz zur Verfügung zu stellen, noch dessen Aussageverhalten in Frage stellen kann.²¹⁵ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) lässt anonyme Aussagen von verdeckten Ermittlern grundsätzlich zu, wenn kumulativ (a) die Wahrung der Anonymität des verdeckten Ermittlers verhältnismässig, also geeignet, erforderlich und angemessen ist, wenn (b) die Beschränkung der Verteidigungsrechte soweit möglich kompensiert wird und wenn (c) das Zeugnis des anonym aussagenden Ermittlers nicht das einzige oder ausschlaggebende Beweismittel darstellt.²¹⁶

Demgegenüber haben *präventive* verdeckte Ermittlungen, weil (noch) kein entsprechender Tatverdacht besteht, im Rahmen polizeilicher Vorermittlungen stattzufinden. Sie stützen sich mithin auf Polizeirecht.²¹⁷

Zur Beantwortung der Frage, inwiefern Erkenntnisse aus präventiven verdeckten Ermittlungen in ein Strafverfahren eingebracht werden können, kann – nebst den eben gemachten Ausführungen – auf die Betrachtungen in Ziff. 3.4.1. vorstehend verwiesen werden. Werden diese Vorgaben berücksichtigt und liegt zudem eine Genehmigung des Einsatzes durch das Zwangsmassnahmengericht nach Massgabe von Art. 289 StPO vor, sind sowohl im Rahmen strafprozessualer Massnahmen als auch in Vorermittlungen erlangte Beweise verwertbar, sofern beim Einsatz zudem Art. 293 Abs. 1 und 2 StPO Nachachtung geschenkt wird.²¹⁸ Auch bei der

²¹³ RHYNER/STÜSSY, VSKC Handbuch, S. 504.

²¹⁴ BSK StPO-KNODEL, Art. 288 N 4.

²¹⁵ Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK lautet wie folgt: Jede angeklagte Person hat mindestens folgende Rechte: Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen zu erwirken, wie sie für Belastungszeugen gelten; zum Ganzen BSK StPO-KNODEL, Art. 288 N 11 ff.

²¹⁶ BSK StPO-KNODEL, ebenda.

²¹⁷ Siehe Ziff. 3.4.1 vorstehend.

²¹⁸ Nach Art. 293 Abs. 1 und 2 StPO darf der verdeckte Ermittler keine allgemeine Tatbereitschaft wecken, darf also nicht als „agent provocateur“ auftreten. Ebenso wenig darf er die Tatbereitschaft auf schwerere oder

präventiven verdeckten Ermittlung hat spätestens mit Abschluss des Verfahrens eine Mitteilung zu erfolgen.²¹⁹

Entscheidend wird letztlich sein, mit welchem Zweck die präventiven verdeckten Ermittlungen durchgeführt wurden. Dienten sie der Verdachtsausforschung, sind sie unstatthaft. Fanden sie zum Zweck der Erkennung und Verhinderung von Straftaten, mithin im Rahmen der Gefahrenabwehr statt, steht einer Verwertung m.E. nichts im Wege.

Präventive verdeckte Fahndung kommt in der Praxis kaum vor. Da diese auf kurzzeitige Kontakte ausgelegt ist, weil die Zielperson an einem raschen und anonymen illegalen Geschäft interessiert ist, liegt nach dessen Abschluss bereits ein Delikt vor. Ab diesem Zeitpunkt ist nach der StPO zu verfahren.

Das zur präventiven verdeckten Ermittlung Ausgeführte gilt mutatis mutandis auch für die präventive Observation.²²⁰ Im Rahmen solcher Massnahmen erlangte Erkenntnisse sind unter den gleichen Voraussetzungen verwertbar wie Erkenntnisse aus der verdeckten Ermittlung. Zusammenfassend sind sie verwertbar, wenn (a) die präventive Observation auf einer gesetzlichen Grundlage zur Gefahrenabwehr beruht, (b) es sich bei der vermuteten Tat um ein Verbrechen oder Vergehen handelt, (c) Subsidiarität und Verhältnismässigkeit gewahrt sind, (d) eine Genehmigung des Zwangsmassnahmengericht vorliegt und (e) bei Abschluss des Verfahrens die Mitteilungspflichten beachtet werden.

Dass die Verwertbarkeit von Erkenntnissen aus Präventivmassnahmen problematisch sein kann, hat der Fall Ramanauskas²²¹ gezeigt: In jenem Entscheid ging es um die Frage, ob Beweise, die im Rahmen von – ohne Rechtsgrundlage erfolgten – polizeilichen Ermittlungen gewonnen wurden, im nachfolgenden Strafverfahren verwertbar waren. Dies verneinte der EGMR hauptsächlich mit dem Hinweis darauf, dass die vom Beschuldigten erhobenen Vorwürfe, vom polizeilichen Ermittler zur Tat (Annahme von Bestechungsgeldern) angestiftet worden zu sein, nicht entkräftet worden seien. Da die Akten der Vorphase vernichtet worden

andere Straftaten lenken. Vielmehr hat er sich auf die Konkretisierung eines vorhandenen Tatentschlusses zu beschränken. Die Tätigkeit des verdeckten Ermittlers darf für den Entschluss zu einer konkreten Straftat somit nur von untergeordneter Bedeutung sein.

²¹⁹ Für den Kanton Bern: Art. 35b Abs. 4 PolG, der explizit auf Art. 298 StPO verweist; Allerdings stellt sich die an dieser Stelle nicht weiter zu erörternde Frage, wem gegenüber diese Mitteilung zu erfolgen hat, gibt es doch in diesem Verfahrensstadium noch keinen „Beschuldigten“.

²²⁰ Art. 282 ff. StPO.

²²¹ Urteil des EGMR vom 05.02.2008, Ramanauskas v. Lithuania.

waren, konnten die Vorwürfe an die Adresse der Ermittler nicht überprüft werden.²²² Daraus folgt, dass verdeckte Ermittlungen, ob sie im Rahmen von polizeilichen Vorermittlungen oder eines Vorverfahrens nach StPO durchgeführt werden, sorgfältig zu dokumentieren sind, um solche Vorwürfe kontern zu können.²²³

3.4.3. Vertrauliche Quellen

Zur Erfüllung ihrer Aufgaben, namentlich zur Informationsbeschaffung und Verdachtsgewinnung im Rahmen von Vorermittlungen, ist die Polizei regelmässig auf die Zusammenarbeit mit vertraulichen Quellen angewiesen.²²⁴ Gerade in den abgeschotteten Kreisen des Rotlichtmilieus oder der organisierten Kriminalität, aber auch bei Fällen ohne Ermittlungsansatz können vertrauliche Quellen oft der Schlüssel zum Ermittlungserfolg sein. Die Herkunft solcher Informationen legt die Polizei in der Regel nicht offen, weshalb keine Rückschlüsse auf die Erkenntnisquellen möglich sind.²²⁵ Die Frage stellt sich, ob und wie solche Informationen in das Verfahren Eingang finden und wenn ja, ob die dergestalt gewonnenen Erkenntnisse verwertbar sind.

Unter dem Oberbegriff „vertrauliche Quellen“ werden Informanten und Vertrauenspersonen verstanden. Die StPO definiert allerdings weder den Oberbegriff noch die beiden damit gemeinten Institute im hier zu erörternden Kontext.^{226,227} Als *Informant* bezeichnet wird eine Person ohne Zugehörigkeit zur Polizei, welche gegen Zusicherung von Vertraulichkeit fallweise oder über längere Zeit aus eigener Initiative erlangte Informationen liefert. Der Informant handelt demnach ohne Auftrag und aus eigenem Antrieb. Die Polizei nimmt die Informationen passiv entgegen bzw. schöpft diese ab.²²⁸ Ein Informant muss nicht ins Milieu

²²² Zum Ganzen HANSJAKOB, Ramanauskas v. Lithuania, S. 262 ff.; HANSJAKOB, Die neuen Bestimmungen zu VF und VE, S. 221; HANSJAKOB, Grenzen und Rahmenbedingungen, S. 35.

²²³ HANSJAKOB, Ramanauskas v. Lithuania, S. 266; HANSJAKOB, Die neuen Bestimmungen zu VF und VE, S. 221.

²²⁴ RHYNER/STÜSSY, VSKC Handbuch, S. 502.

²²⁵ BSK StPO-KNODEL, Art. 297 N 13, welche diesen Umstand im Lichte von Art. 6 EMRK kritisiert; ebenso OBERHOLZER, N. 1359 f.

²²⁶ In mehreren Artikeln der StPO wird zwar die Vertrauensperson erwähnt, doch handelt es sich dabei um ein Institut aus den Opferrechten.

²²⁷ in Art. 14a Abs. 1 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS, in Kraft seit 16. Juli 2012) wird der Begriff des Informanten nunmehr definiert; eine Legaldefinition der Vertrauensperson fehlt weiterhin.

²²⁸ RHYNER/STÜSSY, VSKC Handbuch, S. 503; WALDER/HANSJAKOB, S. 263.

eingeschleust werden, weil er sich in der Regel bereits darin bewegt.²²⁹ Er benötigt demnach in der Regel keine Legende.²³⁰

Fallbeispiel: Ein Drogenkonsument gibt der Polizei den Hinweis, dass sein Lieferant demnächst eine grössere Lieferung Kokain erwarte.

Als *Vertrauensperson* wird eine Person ohne Zugehörigkeit zur Polizei umschrieben, welche gegen Zusicherung von Vertraulichkeit unter polizeilicher Kontrolle beauftragt ist, Informationen zu beschaffen. Die Polizei nimmt diese Informationen nicht nur passiv entgegen, sondern erteilt der Vertrauensperson konkrete Weisungen und Aufträge.²³¹ Wird ein Informationsgeber also gezielt eingesetzt, indem er von der Polizei beauftragt wird, gewisse Informationen einzuholen, ist er nicht mehr nur Informant, sondern Vertrauensperson.²³² Auch die Vertrauensperson bewegt sich in der Regel im Kreise der Tatverdächtigen, weshalb sie eigentlich nicht das Vertrauen der Strafverfolger genießt, sondern vielmehr das der Tätergruppe.²³³ Genau diesen Umstand können sich die Strafverfolger jedoch zu Nutze machen, um an wertvolle Informationen zu kommen.

Fallbeispiel: Die Vertrauensperson hört sich in der Szene gezielt nach qualitativ gutem Kokain um und liefert der Polizei auf deren Auftrag hin die Telefonnummer des Dealers.

Dem Informanten und der Vertrauensperson ist gemeinsam, dass ihnen Vertraulichkeit zugesichert wird. In der Regel erscheinen weder die gelieferten Informationen noch Hinweise auf die Quelle selber in den Akten. Wesentlich ist, dass der Zweck ihres Einsatzes nicht die direkte Beweismittelbeschaffung ist („investigation“). Die von den vertraulichen Quellen gelieferten Erkenntnisse dienen vielmehr primär der *Informationsbeschaffung* („intelligence“), um gestützt darauf an weitere unmittelbar verwertbare Personen- und Sachbeweise zu gelangen.²³⁴

Die Gründe, weshalb sich ein Informant bzw. eine Vertrauensperson zur Zusammenarbeit mit den Behörden zur Verfügung stellt, sind meist unklar. Als Motive können etwa Eifersucht oder Rache, Suche nach Anerkennung oder Aufmerksamkeit, Geldgier²³⁵, aber auch das Ausschalten von Konkurrenz, das Ablenken vor eigenen Straftaten oder das Erkennen polizei-

²²⁹ BSK StPO-KNODEL, Art. 297 N 12.

²³⁰ Zum Begriff siehe Art. 285a StPO.

²³¹ RHYNER/STÜSSY, VSKC Handbuch, S. 504; WALDER/HANSJAKOB, S. 264.

²³² WALDER/HANSJAKOB, S. 264.

²³³ WALDER/HANSJAKOB, ebenda.

²³⁴ BSK StPO-KNODEL, Art. 297 N 13; HANSJAKOB, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO-Kommentar, Art. 285a N 13 und 16.

²³⁵ Wobei sich die Entschädigungen in der Schweiz meistens auf die Deckung von Spesen beschränken.

licher Taktiken für eigene Bedürfnisse stehen.²³⁶ Aus diesen Gründen scheint es besonders wichtig, die Vertrauenswürdigkeit solcher Informationen zu prüfen. WALDER/HANSJAKOB bedienen sich dazu des sogenannten 4x4-Systems: Dieses beruht auf der Einteilung unter zwei Gesichtspunkten: Zum einen wird die *Informationsquelle*, also die vertrauliche Quelle selber, geprüft. Diese wird als zuverlässig (A), meistens zuverlässig (B) oder unzuverlässig (C) bewertet oder es fehlt eine Erfahrung, um überhaupt eine Bewertung vorzunehmen (X). Zum andern wird die abgegebene *Information* geprüft. Sie gilt als sicher (1), wenn sie aus der eigenen Wahrnehmung der vertraulichen Quelle stammt. Sie stammt sodann aus sicherer Quelle (2), wenn die vertrauliche Quelle Zugang zur Informationsquelle hatte, welche die Information direkt wahrnahm. Die Information gilt als bestätigt (3), wenn sich die Information vom Hörensagen durch bereits bestehende Informationen bestätigen lässt. Und schliesslich ist sie unsicher (4), wenn sie vom Hörensagen stammt, sich aber nicht durch weitere Informationen bestätigen lässt. Nur die Informationen vom Typ A1, B1, A2 und B2 gelten in diesem System als wertvoll. Auf Informationen der anderen Typen (z.B. C1, X2, B3 etc.) ist nur dann abzustellen, wenn sie sich später verifizieren lassen.²³⁷

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Informationen von vertraulichen Quellen in der Regel keinen Eingang in die Verfahrensakten finden. Sie stellen keine Beweismittel dar und müssen auch keiner Überprüfung nach Art. 141 StPO standhalten.²³⁸

3.5. Erkenntnisse aus doppeifunktionaler Aufgabenerfüllung der Polizei

Wenn es gleichzeitig um Gefahrenabwehr (Verhinderung der Begehung oder Fortsetzung einer Straftat) und um Aufklärung einer Straftat geht, spricht man von doppeifunktionaler Aufgabenerfüllung.²³⁹

Fallbeispiel: Die Polizei wird mit der Meldung einer Entführung konfrontiert. Sie hat die Aufgabe, die entführte Person aus den Fängen des Missetäters zu befreien (Prävention oder Gefahrenabwehr). Gleichzeitig geht es aber darum, den Entführer dingfest zu machen und seiner gerechten Strafe zuzuführen (Repression oder Strafverfolgung).

²³⁶ KÄLIN KURT, anlässlich MAS-Referat zum Thema „Verdeckte Ermittlungen“, gehalten am 22.11.2014 in Zürich.

²³⁷ HANSJAKOB/WALDER, S. 263 f.

²³⁸ Zu den Beweisverwertungsverböten siehe Ziff. 4.4. nachfolgend.

²³⁹ BSK StPO-RHYNER, Art. 306 N 7.

In solchen Situationen kann es zu Kompetenzkonflikten von Polizei und Staatsanwaltschaft kommen bzw. zu paralleler Zuständigkeit (sogenannte Doppelzuständigkeit).²⁴⁰ Ob die Polizei in solchen Fällen gestützt auf ihre Polizeigesetzgebung oder auf die Strafprozessordnung zu handeln hat, ist unklar und umstritten. Nach der einen Lehrmeinung ist in diesen Fällen eine Güterabwägung vorzunehmen: anhand von gefährdeten Rechtsgütern, Verhältnismässigkeit und zeitlicher Dringlichkeit wird abgewogen, welche polizeiliche Aufgabe Vorrang hat und welche Rechtsgrundlage für eine konkrete Massnahme im Einzelfall zur Anwendung gelangt. Möglich ist zudem, dass sich eine Massnahme auf beide Rechtsgrundlagen stützt.²⁴¹ Andere Autoren halten ab dem Zeitpunkt, wo eine strafbare Handlung zu verfolgen ist, allein die StPO für anwendbar.²⁴²

Wann sind Erkenntnisse, welche die Polizei im Rahmen ihrer doppelunktionalen Tätigkeit gewonnen hat, verwertbar? Präziser ausgedrückt: Wie steht es mit der Verwertbarkeit, wenn die Erkenntnisse auf Polizeirecht gestützt erhoben wurden, ohne die Staatsanwaltschaft ins Boot zu holen – z.B. wegen zeitlicher Dringlichkeit?

Mit Blick auf die Ausführungen in Ziff. 3.4. „Erkenntnisse aus Vorermittlungen der Polizei“ muss es möglich sein, die Erkenntnisse zu verwerten: Diente die Massnahme (a) der Gefahrenabwehr, stützte sie sich (b) auf eine gesetzliche Grundlage und wäre sie (c) auch als strafprozessuale Massnahme zulässig, so sind die daraus gewonnenen Erkenntnisse verwertbar.

3.6. Erkenntnisse als Abfallprodukt sicherheits- oder verwaltungspolizeilicher Tätigkeit

Holen die Beamten eine Katze von einem Baum oder stellen sie eine Gerichtsurkunde zu, nimmt die Polizei fraglos keine gerichtspolizeilichen Aufgaben wahr, sondern ist im Rahmen ihres sicherheitspolizeilichen Auftrags tätig. Sie stützt sich dabei auf Polizeirecht.²⁴³ Zu prüfen ist auch hier, ob dabei gewonnene Erkenntnisse in einem allfälligen späteren Strafverfahren verwertbar sind.

²⁴⁰ BSK StPO-RHYNER, ebenda.

²⁴¹ BSK StPO-RHYNER, ebenda.

²⁴² OBERHOLZER, N. 81 f.; KETTIGER, S. 5.

²⁴³ Siehe Ziff. 3.2. vorstehend.

Wie bei den Vorermittlungen fehlt es bei polizeipräventiven Interventionen an einem Anfangsverdacht. Was für die Gerichtspolizei der Tatverdacht ist, ist für die Sicherheitspolizei die Gefährdung von Rechtsgütern.²⁴⁴

Fallbeispiel: Eine betagte Frau ruft die Polizei zu Hilfe, weil sie sich in der Wohnung eingeschlossen hat, den Schlüssel nicht mehr findet und in Panik geraten ist. Die ausgerückten Beamten können die Frau aus ihrer misslichen Lage befreien, stellen aber im Eingangsbereich der Wohnung mehrere Hanfpflanzen fest, die nach ihren Aussagen dem Enkel gehören, der ab und zu vorbeikommt.

Unumstritten findet obige Intervention im Rahmen einer Hilfe- und Unterstützungsleistung statt, sie hat somit sicherheitspolizeilichen Charakter. Klar ist auch, dass hinsichtlich des Drogenfundes vorgängig keinerlei Verdacht bestanden hat. Sind die gewonnenen Erkenntnisse dennoch verwertbar?

Gegen eine Verwertung scheint sich VETTERLI zu stellen. Nach ihrer Meinung dürfen Erkenntnisse in einem Strafverfahren nur dann verwertet werden, wenn sie aus einer strafprozessualen Ermittlung stammen. „Damit ein Beweis im Strafverfahren verwendet werden kann, muss die gesetzliche Grundlage die Beweiserhebung gerade im Hinblick auf die Verwendung im Strafverfahren gestatten.“²⁴⁵

Dem ist nicht zuzustimmen. Erkenntnisse, die z.B. durch sicherheitspolizeiliche Massnahmen erlangt wurden, können in einem Strafverfahren verwendet werden.²⁴⁶ Zu erfüllen sind allerdings die nachfolgenden Voraussetzungen:

Erstens muss die Handlung, die zur Gewinnung der Erkenntnisse geführt hat, auf einer klaren gesetzlichen Grundlage im Sinne eines formellen Gesetzes beruhen. Diese Grundlage muss nicht notwendigerweise in der StPO zu finden sein, sie kann ohne weiteres in anderen Gesetzen liegen, so zum Beispiel in den kantonalen Polizeigesetzen. Die Intervention im obigen Fallbeispiel kann sich beispielsweise auf eine gesetzliche Regelung stützen, die es der Polizei erlaubt, Räume zu betreten, sofern Grund zur Annahme besteht, dass eine Person zum Schutz von Leib und Leben der Hilfe bedarf.²⁴⁷

²⁴⁴ PIETH, S. 192.

²⁴⁵ VETTERLI, Kehrwende, S. 452

²⁴⁶ BSK StPO-RHYNER, Art. 306 N 7a; SCHMID-Praxiskommentar, Art. 196 N 2; GFELLER/BIGLER, S. 109.

²⁴⁷ So beispielweise Art. 39 Abs. 1 lit. d i.V.m. Abs. 3 PolG BE.

Zweitens muss die Massnahme dem Subsidiaritätsgrundsatz entsprechen. Sie muss zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet sein und nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können. Auf den obigen Fall bezogen muss also die Frage beantwortet werden, ob die Betretung der Wohnung der Frau zu deren Befreiung notwendig war und keine alternative, mildere Massnahme zur Verfügung stand.

In einem *dritten* Schritt ist die Verhältnismässigkeit zu prüfen. Dabei geht es um die Frage, ob der Zweck die Massnahme rechtfertigt. In unserem Fall ist die Frage zu beantworten, ob das Leben bzw. die Gesundheit der Frau den konkreten Einsatz, nämlich das Betreten der Wohnung, rechtfertigt.

Im Sinne einer hypothetischen Prüfung ist in einem *vierten* Schritt der Frage nachzugehen, ob die Betretung der Wohnung für das (zufällig gefundene) Delikt und gegen die betroffene Person zulässig gewesen wäre (hypothetischer Ersatzeingriff).²⁴⁸ Auf den vorliegenden Fall umgemünzt muss die Frage beantwortet werden, ob eine Hausdurchsuchung bei Betäubungsmittelwiderhandlungen gerechtfertigt gewesen wäre.

Können diese vier Prüfelemente positiv beantwortet werden, dann liegt keine Umgehung der strafprozessualen Massnahmen vor. Dann muss ein zufällig gewonnenes Ermittlungsergebnis im zu erhebenden Strafverfahren verwendet werden dürfen.

Auch die bei verwaltungspolizeilichen Massnahmen gewonnen Erkenntnisse sind nach hier vertretener Auffassung verwertbar. Anders als VETTERLI²⁴⁹ darlegt, äusserte sich das Bundesgericht in seinem Urteil 6B_334/2011 nicht zum fraglichen Thema. Dabei ging es um Alkoholtestverkäufe an Jugendliche, welche gestützt auf verwaltungsrechtliche Bestimmungen durchgeführt und deren Ergebnisse ins nachfolgende Strafverfahren eingebracht wurden. Das Bundesgericht liess die Frage der Verwertbarkeit im Strafverfahren offen, weil es feststellte, dass es bei solchen Massnahmen um verdeckte Ermittlung ging, deren Voraussetzungen nach damaligem Recht²⁵⁰ nicht erfüllt waren, dass mit anderen Worten bereits die Beweiserhebung nicht *lege artis* erfolgt war.²⁵¹ Die Verwertung scheiterte somit bereits an der ersten Hürde. Damit ist die Frage nach aktuellem Recht nicht beantwortet. Immerhin sei erwähnt, dass der Entwurf zum Alkoholhandelsgesetz²⁵² (AlkHG) in Art. 13 Testkäufe explizit erlaubt.

²⁴⁸ Siehe dazu die Ausführungen unter Ziff. 2.4.3.3. vorstehend.

²⁴⁹ VETTERLI, Kehrtwende, S. 452 und FN 21.

²⁵⁰ Anwendbar war zu jener Zeit das aBVE.

²⁵¹ Urteil des BGer 6B_334/2011 vom 10.01.2012, E. 4.3.

²⁵² BBl 2012 1493.

Besonders hervorzuheben ist, dass es festlegt, unter welchen Bedingungen die daraus gewonnenen Ergebnisse sowohl im Verwaltungs- als auch *im Strafverfahren* verwendet werden dürfen.

Beim AlkHG handelt es sich unbestrittenermassen um einen Regelungserlass im Bereich des Verwaltungsrechts. Sein Zweck ist nicht die Strafverfolgung. Und dennoch geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Erkenntnisverwertung in einem Strafverfahren zulässig sein muss. Um Fragen der Verwertbarkeit in einem allfälligen, nachfolgenden Strafverfahren gar nicht erst aufkommen zu lassen, beabsichtigt der Gesetzgeber die Aufnahme des alternativen Verwendungszwecks im verwaltungsrechtlichen Erlass. Dieser Schritt ist sicherlich zu begrüßen. Doch soll er nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch ohne entsprechenden Verweis in den Erlassen die Verwertung im Strafprozess unter Beachtung der umschriebenen Regeln zulässig sein muss.

4. Nachrichtendienstliche Quellen

4.1. Einleitende Bemerkungen

Die Frage, wie im Strafprozess umzugehen ist mit Informationen, welche auf nachrichtendienstlichem Weg beschafft worden sind, ist von grösster Brisanz. Das gilt nicht nur vor dem Hintergrund des vor Bundesgericht hängigen Verfahrens gegen zwei kurdische Iraker wegen Unterstützung einer kriminellen Organisation im Sinne von Art. 260^{ter} StGB²⁵³ sowie der von der Bundesanwaltschaft geführten Untersuchung gegen drei Iraker wegen des Verdachts der strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 260^{bis} StGB), der Unterstützung einer kriminellen Organisation (Art. 260^{ter} StGB) und der Gefährdung durch Sprengstoffe und giftige Gase in verbrecherischer Absicht gemäss Art. 224 StGB.²⁵⁴ Das Thema ist auch politisch von grosser Aktualität wegen der derzeit laufenden parlamentarischen Beratung des Nachrichtendienstgesetz (NDG)²⁵⁵. Das NDG soll das Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) und das Bundesgesetz über die Zuständigkeiten im Bereich des zivilen Nachrichtendienstes (ZNDG) ablösen. Das neue Gesetz soll zudem die nachrichtendienstlichen Kompetenzen gegenüber den derzeitigen Möglichkeiten ausbauen.

²⁵³ Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2013.39 vom 02.05.2014 (mit Berichtigung vom 22.07.2014), *nicht rechtskräftig, Weiterzug ans Bundesgericht*.

²⁵⁴ Siehe z.B. Artikel von THOMAS KNELLWOLF vom 26.07.2015 in der Online-Ausgabe des „Tagesanzeiger“, „Laubers acht Strafprozesse, die Aufsehen erregen werden“, besucht am 09.08.2015 unter <http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/heisser-herbst-fuer-die-bundesanwaltschaft/story/14787519>.

²⁵⁵ BBl 2014 2237.

4.2. Zweck des Nachrichtendienstes

Gemäss Zweckartikel soll das E NDG (a) zur Sicherung der demokratischen und rechtstaatlichen Grundlagen der Schweiz beitragen, (b) die Sicherheit der Bevölkerung der Schweiz sowie der Schweizerinnen und Schweizer im Ausland erhöhen, (c) die Handlungsfähigkeit der Schweiz unterstützen und (d) zur Wahrung internationaler Sicherheitsinteressen beitragen.²⁵⁶ Nachrichtendienstliche Tätigkeiten dienen der frühzeitigen Identifizierung von Bedrohungen bzw. Gefährdungen der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz, ausgehend von Terrorismus, verbotenen Nachrichtendienst, der Weiterverbreitung nuklearer, chemischer oder biologischer Waffen (...), Angriffen auf Informations-, Kommunikations-, Energie-, Transport- und weiteren Infrastrukturen sowie von gewalttätigem Extremismus.²⁵⁷ Der Staatsschutz bietet in diesem Sinne ein Frühwarnsystem vor spezifischen Risiken für die Existenz des Staates und für die demokratische und rechtstaatliche Ordnung.²⁵⁸

4.3. Der fehlende Tatverdacht

Zur Erfüllung seiner Aufgaben beschafft sich der NBD Informationen aus öffentlich und nicht öffentlich zugänglichen Informationsquellen.²⁵⁹ Während strafprozessuale Zwangsmassnahmen einen bereits bestehenden Tatverdacht erhärten oder ausräumen²⁶⁰ und polizeiliche Vorermittlungen Anhaltspunkte zur Erkennung eines Tatverdacht²⁶¹ liefern sollen, geht es bei nachrichtendienstlichen Massnahmen um die Erkennung einer *Bedrohung*.²⁶² Der Begriff der Bedrohung lässt aber die nötigen Konturen vermissen. Für eine „Bedrohung“ reicht offenbar bereits das Vorliegen des *Willens*, „die Schweiz oder ihre Interessen zu schädigen oder zumindest eine solche Schädigung in Kauf zu nehmen.“²⁶³ Tatsächliche, wahrnehmbare Anhaltspunkte, wie sie der Tatverdacht fordert, werden nicht verlangt.²⁶⁴ Damit entfällt ein wesentliches Element, das bei der Verdachtsbildung als Abgrenzungskriterium zu Vermutungen und Gerüchten dient.²⁶⁵ Weil durch nachrichtendienstliche Tätigkeiten nach Bedrohun-

²⁵⁶ Art. 2 E NDG.

²⁵⁷ Art. 6 Abs. 1 lit. a E NDG, siehe auch ACKERMANN/VOGLER, S. 169.

²⁵⁸ PIETH, S. 192.

²⁵⁹ Art. 5 Abs. 1 E NDG.

²⁶⁰ Siehe Ziff. 3.3. vorstehend.

²⁶¹ Siehe Ziff. 3.4. vorstehend.

²⁶² ACKERMANN/VOGLER, S. 163.

²⁶³ ACKERMANN/VOGLER, S. 170, mit Verweis auf die Botschaft des Bundesrates zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014, 2105 ff., und weiteren Hinweisen.

²⁶⁴ Siehe Ziff. 2.2.1.1. vorstehend; ACKERMANN/VOGLER, S. 170.

²⁶⁵ Siehe Ziff. 2.4.2. vorstehend.

gen gesucht werden soll, mithin kein vorbestehendes Verdachtselement gegeben sein muss, sind „fishing expeditions“ „nicht nur erlaubt, sondern geradezu geboten“.²⁶⁶

4.4. Die Verwertung nachrichtendienstlicher Informationen im Strafprozess

Offenkundig ist, dass der oben ausgeführte Umstand rechtstaatliche Fragen aufwirft, wenn es um Fragen der Verwertbarkeit von nachrichtendienstlich erhobenen Erkenntnissen in einem Strafverfahren geht. Reichen die gesetzlichen Vorgaben in den Erlassen des Staatsschutzes, um die Verwertung im Strafprozess unbedenklich zu machen?

ACKERMANN/VOGLER legen zunächst dar, dass durch die Beschaffung und Weitergabe nachrichtendienstlicher Informationen *zwei* Grundrechtseingriffe stattfinden, einer durch die Beschaffung selber, ein zweiter durch die nachfolgende Weitergabe. Da der Grundrechtseingriff nicht mehr nur der Erkennung von Bedrohungslagen dient, sondern nun auch zum Zwecke der Strafverfolgung erfolgt, müssen beide Grundrechtseingriffe geprüft werden. Die nachrichtendienstliche Gesetzgebung²⁶⁷ führt nur die frühzeitige Feststellung und Verhinderung von Bedrohungen als Zweck auf, nicht aber die Strafverfolgung.²⁶⁸

Nach den genannten Autoren hilft der Beizug von Art. 17 BWIS bzw. Art. 59 E NDG, welche die Weitergabe von Personendaten an die Strafverfolgungsbehörden erlauben, nicht weiter, weil diese Bestimmungen eben nur die Weitergabe der Daten regeln, nicht aber deren *Verwertung*. Art 59 Abs. 3 E NDG ist offenbar den strafprozessualen Regeln über Zufallsfunde nachempfunden.²⁶⁹ Doch hilft dieser Verweis vorliegend nicht weiter, weil im nachrichtendienstlichen Kontext das Erfordernis, dass die ursprüngliche Zwangsmassnahme gestützt auf einen Tatverdacht angeordnet wurde, eben gerade fehlt.²⁷⁰

Entscheidend ist, wie der Tatverdacht zu qualifizieren ist. An dieser Stelle muss in der gebotenen Kürze auf das Beweisverwertungsregulativ der StPO gemäss Art. 141 StPO eingegangen werden.²⁷¹ Dabei wird unterschieden zwischen *absoluten Gültigkeitsvorschriften*, *relativen Gültigkeitsvorschriften* und *Ordnungsvorschriften*. Nach Art. 140 i.V.m. Art. 141 Abs. 1 StPO sind Beweise, die auf verbotenen Beweiserhebungsmethoden beruhen, absolut unverwertbar. Dasselbe gilt für Beweise, die von der StPO selber als unverwertbar bezeichnet

²⁶⁶ ACKERMANN/VOGLER, S. 169.

²⁶⁷ Gemeint sind damit BWIS sowie E NDG.

²⁶⁸ ACKERMANN/VOGLER, S. 175.

²⁶⁹ ACKERMANN/VOGLER, S. 176 f.

²⁷⁰ Siehe Ziff. 2.4.3. vorstehend.

²⁷¹ Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Regeln würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

werden.²⁷² Bei Beweisen, die in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben wurden, wo es um die Verletzung weniger grundlegender Vorschriften geht, ist eine Verwertung ausnahmsweise zulässig bei Vorliegen schwerer Straftaten. Es ist eine Interessenabwägung vorzunehmen (Art. 141 Abs. 2 StPO). Beweise schliesslich, bei deren Erhebung bloss Ordnungsvorschriften verletzt worden sind, sind verwertbar (Art. 141 Abs. 3 StPO).²⁷³

Stellt der Tatverdacht eine absolute Gültigkeitsvorschrift dar mit dem Ergebnis, dass Beweise, die ohne vorbestehenden Tatverdacht erhoben wurden, von einem absoluten Verwertungsverbot belegt sind?²⁷⁴ Oder ist der Tatverdacht allenfalls nur als Ordnungsvorschrift zu werten, mit der Konsequenz, dass dessen Fehlen keinen Einfluss für die Verwertungsfrage hätte?

Auszugehen ist vom Tatverdacht als *relative Gültigkeitsvorschrift*.²⁷⁵ Demnach ist nicht jeder verdachtslos und somit rechtswidrig erlangte Beweis unverwertbar. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind rechtswidrig erlangte Beweismittel verfassungsrechtlich nämlich nicht in jedem Fall ausgeschlossen. „Massgebend sind die Schwere des Delikts und die Frage, ob das Beweismittel an sich zulässig und auch auf gesetzmässigem Weg zu erlangen gewesen wäre. Es bedarf einer Güterabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Wahrheitsfindung und dem privaten Interesse der angeklagten Person, dass der fragliche Beweis unterbleibt.“²⁷⁶

Ob ein nachrichtendienstlich erhobener Beweis strafprozessual verwertbar ist, hängt demnach von folgenden Voraussetzungen ab: Erstens ist zu klären, ob der Nachrichtendienst die Information rechtmässig *beschafft* hat.²⁷⁷ Die Weitergabe von Informationen nach Art. 58 E NDG ist nämlich nur zulässig, wenn diese „den rechtlichen Vorgaben nach diesem Gesetz“ genügen. Aber wie erfolgt eine solche Prüfung? Die Informationen, auf welche sich der NDB stützt, werden nicht offengelegt, ebenso wenig deren Quellen (Art. 29 Abs. 1 V-NDG). Reicht eine Zusicherung des NDB-Dienstchefs, dass die Informationen auf rechtmässige Weise erlangt wurden und dass die darin genannten Quellen mit rechtmässigen Methoden operiert

²⁷² So etwa Art. 158 Abs. 2 StPO.

²⁷³ Zum Ganzen statt vieler: VETTERLI, Kehrtwende, S. 462.

²⁷⁴ Diese Meinung vertritt u.a. VETTERLI, Kehrtwende, S. 455 f.; weitere Befürworter finden sich bei ACKERMANN/VOGLER, S. 179.

²⁷⁵ ACKERMANN/VOGLER, S. 181, welche sich dabei auf Art. 141 Abs. 2 StPO beziehen.

²⁷⁶ BGE 137 I 218 E. 2.3.4.; a.M. VETTERLI, Kehrtwende, S. 462 ff.

²⁷⁷ Wobei ACKERMANN/VOGLER, S. 182 FN 62, davon ausgehen, dass dies auch gilt, wenn Ordnungs- oder relative Gültigkeitsvoraussetzungen missachtet wurden; dies im Gegensatz zur StPO, welche für solche Fälle – anders als die nachrichtendienstliche Gesetzgebung – mit Art. 141 Abs. 2 und 3 StPO eine Lösung präsentiert; siehe die vorstehende FN.

haben? So zumindest sieht es das Bundesstrafgericht mit der Begründung, bei einem amtlichen Bericht des NDB sei ohne weiteres zu vermuten, dass die darin enthaltenen Informationen rechtmässig beschafft worden seien. Nur wenn der Bericht denotwendig auf Informationen beruhe, welche auf illegale Weise beschafft worden seien, fehle die gesetzliche Grundlage.²⁷⁸

Zweitens muss geprüft werden, ob die *Weitergabe* der Daten rechtmässig erfolgt ist. Dies ist im geltenden Recht nach Art. 17 Abs. 1^{bis} BWIS der Fall, wenn die Erkenntnisse der Strafverfolgung oder der Bekämpfung des organisierten Verbrechens dienen können, wenn ein hinreichender Tatverdacht vorliegt und wenn zur Verfolgung der Straftat eine Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs hätte angeordnet werden können.²⁷⁹ Dabei muss notwendigerweise auf das Erfordernis des dringenden Tatverdachts verzichtet werden. Anders die Regelung im neuen Nachrichtendienstgesetz: Nach Art. 59 Abs. 3 E NDG ist bei genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen²⁸⁰ zu prüfen, ob die dabei erhobenen Erkenntnisse Anhaltspunkte für eine Straftat enthalten, zu deren Verfolgung die Strafverfolgungsbehörden eine *vergleichbare strafprozessuale Massnahme* anordnen dürften, wobei auch hier der Tatverdacht fingiert werden muss. Damit eine Verwertung im Strafprozess zulässig ist, muss überdies nach Art. 141 Abs. 2 StPO geprüft werden, ob eine „schwere Straftat“ vorliegt. Und schliesslich ist die Beweisverwertung ausgeschlossen bei Beweisen, die der Nachrichtendienst unter Verletzung von Art. 141 Ab. 1 StPO erlangt hat.²⁸¹

Zusammenfassend ist also die Beweisverwertung von nachrichtendienstlich erhobenen genehmigungspflichtigen Informationen im Strafprozess zulässig, wenn „(1) der NDB das Nachrichtendienstgesetz korrekt angewendet hat, (2) die übermittelten Daten für die Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich sind und (3) kein absolutes Verwertungsverbot zur Anwendung gelangt“.²⁸²

²⁷⁸ Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2013.39 vom 02.05.2014 (mit Berichtigung vom 22.07.2014), E. 2.8., *nicht rechtskräftig, Weiterzug ans Bundesgericht*.

²⁷⁹ Siehe Art. 269 StPO, wobei notwendigerweise auf das Erfordernis des *dringenden* Tatverdachts verzichtet werden muss.

²⁸⁰ Zum Begriff siehe Art. 25 E NDG; die Voraussetzungen bei genehmigungsfreien Beschaffungsmassnahmen sind weniger streng, siehe Art. 59 Abs. 2 E NDG.

²⁸¹ ACKERMANN/VOGLER, S. 181 ff.

²⁸² ACKERMANN/VOGLER, S. 185.

4.5. Amtsbericht

Es kann nur spekuliert werden, wie häufig genehmigungspflichtige Informationen Eingang in ein Strafverfahren finden.²⁸³ Erstellt der NDB lediglich Amtsberichte an die Strafbehörden, denen jeweils nur (aber immerhin) entnommen werden kann, dass eine bestimmte Person in Verdacht stehe, eine bestimmte Straftat begangen zu haben, bieten sich wenig diesbezügliche Schwierigkeiten. Beweismittel werden weder genannt noch beigelegt. Ebenso fehlen Angaben zu den Quellen dieser Informationen, weshalb auch nie eruiert werden kann, wie diese zu Stande gekommen sind.²⁸⁴ Hier greift der bereits erwähnte Quellenschutz gemäss Art. 29 Abs. 1 V-NDG. Dass solche Amtsberichte für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens ausreichen, wurde bereits dargelegt.²⁸⁵

Sobald hingegen ein Anfangsverdacht für eine schwere Straftat vorliegt, ist der NDB gehalten, die Strafverfolgungsbehörden zu informieren (Art. 17 Abs. 1^{bis} BWIS).²⁸⁶ Somit geht der Lead an die Strafverfolgungsbehörden über, die anhand weiterer Ermittlungen abzuklären haben, ob ein strafbares Verhalten vorliegt. Danach laufen die weiteren Ermittlungen im Rahmen einer Untersuchung ab, womit die Verwertbarkeit von erhobenen Beweisen – unter Vorbehalt der Beweisverwertungsverbotsregelung von Art. 141 StPO – keine Schwierigkeiten bietet.

5. Schlussfolgerungen

Eine Legaldefinition des Begriffes *Tatverdacht* ist mit Blick auf dessen zentrale Bedeutung im Strafprozessrecht wünschenswert. Eine klare Formulierung im Gesetz trüge dazu bei, Unsicherheiten v.a. zu Beginn eines Ermittlungsverfahrens auszuräumen und die unerlaubte Beweisausforschung zu vermeiden. Eine gesetzliche Definition wäre überdies mit Blick auf die Abgrenzung zwischen Anfangsverdacht, hinreichendem und dringendem Tatverdacht von Nutzen, weil den verschiedenen Verdachtsgraden als Kriterium für die Eingriffsschwere von Zwangsmassnahmen eine wichtige Funktion zukommt. Der Gesetzgeber könnte damit einen Beitrag zur Entschärfung der Beweisverwertungsproblematik leisten.

²⁸³ Ein Beispiel ist das bereits mehrfach erwähnte Urteil des Bundesstrafgerichts TPF SK.2013.39 vom 02.05.2014 (mit Berichtigung vom 22.07.2014), *nicht rechtskräftig, Weiterzug ans Bundesgericht*.

²⁸⁴ Urteil des Bundesstrafgericht TPF 2009 179 vom 17.11.2009; RUCKSTUHL/HANSJAKOB, 29 Bundesstrafgericht, S. 145 ff.

²⁸⁵ Siehe Ziff. 2.4. mit Verweis auf den Beschluss des Bundesstrafgerichts SK.2013.39 vom 02.05.2014 (mit Berichtigung vom 22.07.2014), E. 2.5., *nicht rechtskräftig, Weiterzug ans Bundesgericht*.

²⁸⁶ Weniger klar die Formulierung in Art. 59 Abs. 3 E NDG.

Aufgrund der Relevanz des Tatverdachts lohnt sich für Polizei und Staatsanwaltschaft zu Beginn eines jeden Verfahrens ein Blick auf die drei Elemente des Tatverdachts: erst bei Anhaltspunkten in Form von Tatsachen, die gestützt auf besondere Kenntnisse und Erfahrungen den Wahrscheinlichkeitsschluss einer strafbaren Handlung zulassen, sind strafprozessuale Ermittlungen erlaubt.

Es mag erstaunen, dass Zwangsmassnahmen ohne Tatverdacht möglich sind. DNA-Massenuntersuchungen und Antennensuchläufe haben durchaus ihre Daseinsberechtigung, wobei auf eine zurückhaltende Anwendung zu achten ist. Dass mit der Aufbewahrung und Verwendung von erkennungsdienstlichen Unterlagen und der Haft wegen Ausführungsgefahr zwei weitere, zumindest personenbezogen verdachtsfreie Zwangsmassnahmen in der StPO statuiert sind, ist systemwidrig. Beide Massnahmen haben ihre Natur in der Gefahrenabwehr. Sie müssten daher im Polizeirecht angesiedelt werden.

Der Polizei kommt bei der Begründung und Verdichtung des Tatverdachts eine zentrale Rolle zu. Sie muss sich bei jedem Einsatz bewusst sein, ob sie im Bereich der Gefahrenabwehr, der Strafverfolgung oder in doppelfunktionaler Aufgabenerfüllung tätig ist. Die gesetzlichen Grundlagen für ihr Handeln sind unterschiedlich. Dies hat direkte Folgen auf die Verwertbarkeit von dabei erlangten Beweisen.

Erkenntnisse, die im Rahmen sicherheitspolizeilicher Aufgabenerfüllung erlangt werden, sind in einem nachmaligen Strafverfahren verwertbar. Dasselbe gilt für Ergebnisse aus Vorermittlungen oder solchen aus doppelfunktionaler Aufgabenerfüllung der Polizei. Entscheidend ist dabei, dass die Erkenntnisse nicht in Umgehung der strafprozessualen Bestimmungen erlangt werden. Die in der Lehre teils vertretene Auffassung, Beweise nur dann in einem Strafverfahren verwenden zu dürfen, wenn sie in einem Strafverfahren oder in Hinblick auf ein Strafverfahren gewonnen werden, ist abzulehnen.

Noch delikater zeigt sich die Ausgangslage bei nachrichtendienstlichen Informationen, die Eingang in ein Strafverfahren finden sollen. Obwohl für die Erhebung solcher Informationen ein Verdacht nicht vorausgesetzt wird, muss es möglich sein, solche Erkenntnisse in ein nachmaliges Strafverfahren einzubringen. Dafür gelten folgende Bedingungen: Beschaffung sowie Weitergabe der Nachrichten müssen lege artis erfolgt sein, die Erhebung müsste auch in einem Strafverfahren möglich gewesen sein und eine Interessenabwägung im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO muss zu Gunsten der Verwertung sprechen.

Zweck der Strafverfolgung ist stets, strafbares Handeln zu ahnden. Dabei gilt es – unter Beachtung der aus der EMRK und der BV fließenden Grundrechte – die materielle Wahrheit bestmöglich zu ergründen. Dazu möchte die vorliegende Arbeit einen Beitrag leisten.

„Ich erkläre mit meiner Unterschrift, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig ohne Mithilfe Dritter verfasst habe und in der Arbeit alle verwendeten Quellen angegeben habe. Ich nehme zur Kenntnis, dass im Falle von Plagiaten auf Note 1 erkannt werden kann.“

Bern, 13. August 2015

Philip Karnusian