

KSPD
KONFERENZ DER STÄDTISCHEN
POLIZEIDIREKTORINNEN UND POLIZEIDIREKTOREN

Frau
Renate Amstutz
Direktorin
Schweizerischer Städteverband
Monbijoustrasse 8
Postfach 8175
3001 Bern

Zürich, 15. August 2011
23045/30569/bua

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

Sehr geehrte Frau Amstutz

Mit Schreiben vom 7. Juni 2011 haben Sie die KSPD eingeladen, Ihnen eine Stellungnahme in der oben genannten Angelegenheit zukommen zu lassen. Für die Gelegenheit zur Vernehmlassung danken wir Ihnen und nehmen dazu wie folgt Stellung:

Allgemeines:

Die Konferenz der städtischen Polizeidirektorinnen und Polizeidirektoren (KSPD) begrüsst den Vorentwurf und erachtet die vorgeschlagenen Änderungen bzw. Ergänzungen der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) mit Ausnahme einiger – allerdings aus polizeilicher Sicht wichtiger – Details als gut. Der Entwurf füllt die aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der StPO entstandenen Lücken in einer grundsätzlich praxistauglichen Weise.

Die KSPD ist allerdings der Auffassung, dass mit Blick auf die Rechtsprechung und Praxis zum früheren Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE) sowie aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten und Erfahrungswerte, die Schweizerische Strafprozessordnung auch die verdeckte Fahndung und verdeckte Ermittlung für Straftaten, welche *voraussichtlich begangen*

KSPD
KONFERENZ DER STÄDTISCHEN
POLIZEIDIREKTORINNEN UND POLIZEIDIREKTOREN

werden sollen, regeln sollte. Unseres Erachtens sind zwei Formen „präventiver“ verdeckter Massnahmen zu unterscheiden. Einerseits solche zur Verhinderung von Straftaten und zur Erkennung von Straftaten (im Sinne von Verdachtsbegründung). Dabei handelt es sich um klassische polizeirechtliche Massnahmen, welche in der kantonalen Polizeigesetzgebung zu regeln sind. Andererseits die Konstellationen gemäss alt BVE Art. 4 Abs. 1 lit. a, wenn aufgrund besonderer Umstände davon auszugehen ist, eine konkrete schwere Straftat werde voraussichtlich begangen. Das Bundesgericht hat in seinem Leiturteil BGE 134 IV 266, S. 280, diesbezüglich auch klar festgehalten, dass die verdeckte Ermittlung (und analog die verdeckte Fahndung) in solchen Fällen nicht etwa der Verhinderung der voraussichtlichen Straftat diene, sondern deren *Aufklärung* für den Fall, dass sie begangen wird. Das Bundesgericht hat damit diese Konstellationen als strafprozessualen Einsatz qualifiziert. Diese bundesgerichtliche Argumentation erscheint der KSPD zutreffend und entspricht auch der jahrelangen und bewährten Praxis der Strafverfolgungs- und Gerichtsbehörden. In diesen Fällen sind oft auch weitere verdeckte Massnahmen notwendig, wie beispielsweise eine Telefonüberwachung. Eine solche muss ebenfalls gestützt auf die StPO (bzw. früher das BÜPF) angeordnet werden. Zu beachten ist, dass mit einer Zuweisung dieser Konstellationen zum kantonalen Polizeirecht die praktischen Probleme nur vermeintlich gelöst wären. Gerade in diesen Fällen ist die Abgrenzung Polizeigesetz – Strafprozessrecht in der Praxis unscharf und der Übergang zumindest fliessend. Es besteht zudem das erhebliche Risiko, dass Gerichte den verdeckten Einsatz in solchen Fallkonstellationen weiterhin als strafprozessuale Massnahme qualifizieren werden, weil sie primär der Strafverfolgung und nicht der Deliktsverhinderung dienen. Dies könnte dazu führen, dass erlangte Erkenntnisse einer polizeirechtlich angeordneten verdeckten Ermittlung oder verdeckten Fahndung in solchen Fällen strafprozessual nicht verwertet werden können. Ferner ist zu beachten, dass in solchen Fallkonstellationen häufig die Situation eintreten kann, dass die verdeckte Ermittlung (oder Fahndung) polizeirechtlich angeordnet wird, eine ebenfalls notwendige Telefonüberwachungsmassnahme aber gestützt auf die StPO angeordnet werden muss, was zu einem unauflösbaren inneren Widerspruch führen würde. Gelöst werden könnte dies allenfalls mit einer umfassenden Regelung der verdeckten Ermittlung (und verdeckten Fahndung) in den kantonalen Polizeigesetzen. Dies bedeutet aber konkret, dass die Kantone in ihren Polizeigesetzen zwingend Bestimmungen über die polizeirechtliche verdeckte Fahndung, verdeckte Ermittlung und Observation (und eigentlich auch Telefonkontrollen und technische Ueberwachungsmassnahmen) aufnehmen müssen, da sonst weiterhin eine Lücke bestehen wird.

KSPD
KONFERENZ DER STÄDTISCHEN
POLIZEIDIREKTORINNEN UND POLIZEIDIREKTOREN

Die Kompetenz des Bundes zur Regelung der Fallkonstellationen gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. a BVE war jahrelang völlig unbestritten, auch in der Lehre. Auch das Bundesgericht hat wie erwähnt keinerlei Bedenken geäussert, dass diese Form der verdeckten Ermittlung im BVE (bzw. im Strafprozessrecht) geregelt war, im Gegenteil hat es ausdrücklich auf die bevorstehende Lücke in der StPO und den diesbezüglich gesetzgeberischen Handlungsbedarf hingewiesen. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum der Bund für diesen Bereich plötzlich nur noch eine kantonale Gesetzgebungskompetenz sieht.

Der Vorschlag der KKJPD vom 4. März 2011, welcher auch von der KKPKS unterstützt wird, geht ebenfalls dahin, diese Form der verdeckten Ermittlung wieder in die StPO aufzunehmen.

Zu den einzelnen Bestimmungen:

Art. 285a:

Die Definition der verdeckten Ermittlung erscheint der KSPD grundsätzlich treffend und praxistauglich zu sein. Beim – in der Praxis äussert seltenen – Einsatz von Nicht-Polizeiangehörigen als verdeckte Ermittler, sollte aber aus praktischen Gründen nicht ein öffentlich-rechtliches *Anstellungsverhältnis*, sondern ein Auftragsverhältnis verlangt werden. Ein solcher Einsatz von Drittpersonen kommt nur in einzelnen, besonders gelagerten Fällen in Frage. Eine öffentlich-rechtliche Anstellung einer Drittperson als verdeckter Ermittler lässt sich in der Praxis kaum realisieren, da die administrativen Hürden sehr hoch sind und sich eine Anstellung mit allen ihren administrativen Folgen mit der notwendigen Geheimhaltung und Anonymitätssicherung regelmässig nicht vereinbaren lässt (Stichworte: administrative Erfassung bei den diversen zuständigen Amtsstellen, Unterstellung unter Personalrecht, sozialversicherungsrechtliche Abgaben, Versicherungen usw.). Eine Anstellung von Drittpersonen als verdeckte Ermittler ist schlichtweg praktisch nicht machbar wie die Vergangenheit gezeigt hat, und sie ist auch nicht notwendig.

Als wenig geeignetes, ja problematisches Abgrenzungskriterium zur verdeckten Fahndung erachtet die KSPD zudem die Verwendung einer *Legende*. Der zentrale Unterschied zwischen verdeckter Fahndung und verdeckter Ermittlung liegt – wie auch der Bericht der Kommission für Rechtsfragen festhält – im Aufbau eines eigentlichen Vertrauensverhältnisses zwischen verdecktem Ermittler und Zielperson. Dieses Vertrauensverhältnis veranlasst Beschuldigte regelmässig, offener zu sprechen und unvorsichtiger zu handeln. Dementsprechend hat das BVE

KSPD
KONFERENZ DER STÄDTISCHEN
POLIZEIDIREKTORINNEN UND POLIZEIDIREKTOREN

auch den Begriff des Eindringens in ein kriminelles Umfeld verwendet (Art. 1 BVE). Ein solches Infiltrieren in kriminelle Strukturen ist regelmässig nur möglich, wenn ein besonderes Vertrauensverhältnis aufgebaut werden kann. Im Aufbau eines solchen Vertrauensverhältnisses und der damit regelmässig verbundenen erheblichen und qualifizierten Täuschung der Zielperson liegt die besondere Eingriffstiefe in Grundrechte des Betroffenen. Dem verdeckten Fahnder als bloss oberflächlicher Zufallsbekanntschaft traut die Zielperson hingegen grundsätzlich nicht speziell und verhält sich dementsprechend auch vorsichtiger. Der Eingriff in die geschützte Privatsphäre wiegt deshalb viel weniger schwer. Der Umfang der Täuschung bzw. der Grundrechtseingriff ist namentlich also nicht davon abhängig, ob ein verdeckt operierender Polizist über einen Führerausweis oder eine Kreditkarte verfügt, die auf einen anderen Namen lauten. Würde dieses rein formalistische Abgrenzungskriterium beibehalten, würden viele typische Konstellationen von verdeckter Fahndung automatisch zur verdeckten Ermittlung, z.B. der verdeckte Fahnder, der auf einer Internetauktionsplattform einen Scheinkauf von Deliktsgut tätigt und dafür eine Kreditkarte benötigt. Oder der Drogenscheinkäufer, der sich mit dem Auto mit dem Drogenhändler trifft oder diesen mit dem Auto mitnimmt. Nur schon aus Sicherheitsgründen können die Kontrollschilder nicht auf die Polizei zugelassen sein bzw. der Fahrzeugausweis nicht auf die Polizei ausgestellt sein, womit selbst bei einem einmaligen Treffen bereits eine verdeckte Ermittlung vorliegen würde.

Zudem ist nach Ansicht der KSPD der Begriff der Legende generell zu präzisieren und der internationalen Praxis anzupassen. Im Entwurf wird offenbar unter einer Legende ausschliesslich eine durch Urkunden gestützte falsche Identität verstanden. Dies entspricht aber weder der bisherigen schweizerischen noch der internationalen Begriffsbestimmung. Unter dem Begriff der Legende bzw. Legendierung (sog. „backstopping“) wird bei verdeckten Operationen jede Massnahme zur Verschleierung der wahren Funktion und Identität bzw. zur Bildung einer falschen, glaubhaften Tarnidentität verstanden, auch rein mündliche und nicht urkundengestützte Täuschungen (sog. „Spruchlegenden“). Jeder verdeckte Ermittler (und verdeckter Fahnder) benötigt eine – mehr oder weniger aufwendige und abgesicherte - Legende. Wir verweisen dazu auch auf unsere Ausführungen zu Art. 298a Abs. 2.

Art. 288 Abs. 1:

Die KSPD begrüsst die Zuständigkeit der Polizei für die Legendierung. Dies entspricht auch den Bedürfnissen, tatsächlichen Abläufen und der heutigen Praxis. Legenden, welche urkundenge-

KSPD
KONFERENZ DER STÄDTISCHEN
POLIZEIDIREKTORINNEN UND POLIZEIDIREKTOREN

stützt sind und/oder einer Überprüfung durch die Gegenseite standhalten, müssen lange vor einem Einsatz und vor einem konkreten Strafverfahren angelegt werden. Es braucht dafür auch spezielles polizeiliches Know-How. Nur schon das Beschaffen von entsprechenden Identitätspapieren ist zudem sehr zeitaufwändig. Die Staatsanwaltschaft ist für diese polizeitaktische Massnahme weder vor noch in einem Strafverfahren die geeignete Stelle.

Art. 288 Abs. 2:

Unseres Erachtens wäre es folgerichtig, wenn wie unter dem BVE auch die Polizei für die Zusage der Anonymität von verdeckten Ermittlern zuständig wäre.

Art. 298a Abs. 1:

Analog zur verdeckten Ermittlung sollte zudem der Einsatz von Nicht-Polizeiangehörigen möglich sein, da auch bei verdeckten Fahndungen teilweise die Mitwirkung von Dritten notwendig sein kann. Zu denken ist beispielsweise an diejenige eines Opfers eines Betruges oder einer Erpressung, welches nach Weisungen der Polizei mit den Tätern über die Modalitäten einer Geldübergabe verhandelt, oder eines reuigen Täters, der mit der Polizei kooperiert und mit Mittätern ein Treffen vereinbart. Art. 298a sollte deshalb dahingehend ergänzt werden, dass verdeckte Fahndung vorliegt, wenn Angehörige der Polizei oder von der Polizei beauftragte oder mit ihr kooperierende Personen entsprechend tätig werden. Der zweite Satz von Art. 298c Abs. 1 wäre dementsprechend zu streichen bzw. anzupassen. Die im Bericht der Rechtskommission (S. 8) geäusserte Befürchtung, die Polizei könnte mangels vorgängiger richterlicher Kontrolle ungeeignete Personen einsetzen, überzeugt nicht, da die eingesetzten Personen und deren Handlungen im Strafverfahren offen gelegt werden und somit eine nachträgliche Kontrolle gewährleistet ist.

Art. 298a Abs. 2:

Der Begriff der Legende ist zu präzisieren. Wir verweisen dazu auch auf unsere Ausführungen zu Art. 285a. Jeder verdeckte Fahnder benötigt eine rudimentäre Legende, zumindest eine sog. „Spruchlegende“. Häufig benötigen verdeckte Fahnder auch Mobiltelefone und Fahrzeugkontrollschilder, welche keinen Rückschluss auf die Polizei zulassen, also legendiert sind. Art. 285a und Art. 298a Abs. 2 beziehen sich wohl nur auf „durch Urkunden abgesicherte falsche Identitäten“. Diese Begrifflichkeit ist aber nicht ausreichend klar. Gemeint ist wohl, dass nur der verdeckte Ermittler über einen falschen amtlichen Identitätsausweis verfügen darf, nicht aber der

KSPD
KONFERENZ DER STÄDTISCHEN
POLIZEIDIREKTORINNEN UND POLIZEIDIREKTOREN

verdeckte Fahnder. Wie verhält es sich aber, wenn das Fahrzeug bzw. die Kontrollschilder des verdeckten Fahnders nicht auf die Polizei, sondern auf einen Tarnnamen oder eine Tarnfirma zugelassen sind? Der Fahrzeugausweis ist auch eine Urkunde. Dies wird selbst bei Observationsfahrzeugen der Polizei so gehandhabt. Wie verhält es sich, wenn der verdeckte Fahnder in Anwesenheit des Täters in eine Polizeikontrolle gerät (z.B. eine Verkehrskontrolle)? Muss er dann seine wahre Identität offenlegen und seinen echten Führerausweis zeigen? Wie verhält es sich mit der Verwendung einer Kreditkarte? Handelt es sich dabei bereits um eine urkundengestützte Legende? Oder der Verwendung eines Mobiltelefons, das auf einen Tarnnamen und nicht die Polizei registriert ist? Damit die verdeckte Fahndung auch im Bereich der zunehmenden und sehr dynamischen Internetkriminalität praxistauglich eingesetzt werden kann, müssen auch fingierte Internet-Accounts, getarnte IP-Adressen, falsche Bilder und Tarnkreditkarten eingesetzt werden können, ohne dass dies bereits als urkundengestützte Legende und damit als verdeckte Ermittlung qualifiziert wird. Zu beachten ist dabei z.B. auch, dass für die Erlangung einer Kreditkarte (welche für Internetermittlungen regelmässig nötig ist) ein entsprechendes Ausweispapier notwendig ist.

Zweiter Satz von Art. 298a Abs. 2:

Im Gesetzestext sollte festgehalten werden, dass für den verdeckten Fahnder gegebenenfalls die allgemeinen Schutzmassnahmen gemäss Art. 149 ff. StPO anwendbar sind. Wie alle anderen Verfahrensbeteiligten können auch verdeckte Fahnder gefährdet sein, weshalb die Möglichkeit bestehen muss, nötigenfalls adäquate (allgemeine) Schutzmassnahmen anzuordnen.

Art. 298c Abs. 1:

Die KSPD schlägt vor, den zweiten Satz von Art. 298c Abs. 1 (vgl. dazu die Ausführungen zu Art. 298a Abs. 1) zu streichen, damit auch Nicht-Polizeiangehörige eingesetzt werden können.

Art. 298d Abs. 2:

Der Vorschlag sollte dahingehend abgeändert werden, dass die Polizei der Staatsanwaltschaft die Beendigung nur in den Fällen von Art. 298b Abs. 2 mitteilt, in denen die Staatsanwaltschaft die verdeckte Ermittlung angeordnet oder genehmigt hat.

KSPD
KONFERENZ DER STÄDTISCHEN
POLIZEIDIREKTORINNEN UND POLIZEIDIREKTOREN

Wir hoffen, Sie mit diesen Angaben unterstützen zu können.

Freundliche Grüsse



Nino Cozzio
Präsident KSPD