

zu 08.458

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

**Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates
vom 3. Februar 2012**

Stellungnahme des Bundesrates

vom 23. Mai 2012

Sehr geehrter Herr Nationalratspräsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Zum Bericht vom 3. Februar 2012 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates betreffend die parlamentarische Initiative 08.458 «Präzisierung des Anwendungsbereichs der Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung» nehmen wir nach Artikel 112 Absatz 3 des Parlamentsgesetzes (ParlG) nachfolgend Stellung.

Wir versichern Sie, sehr geehrter Herr Nationalratspräsident, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

23. Mai 2012

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Die Bundespräsidentin: Eveline Widmer-Schlumpf
Die Bundeskanzlerin: Corina Casanova

Stellungnahme

1 Ausgangslage

Am 29. September 2008 reichte Nationalrat Daniel Jositsch eine parlamentarische Initiative (08.458) ein, die eine Ergänzung der Strafprozessordnung¹ (StPO) fordert. Mit der Ergänzung soll erreicht werden, dass einfache Ermittlungshandlungen wie die einfache Lüge und einfache Scheinkäufe nicht unter die Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung fallen.

Am 4. Mai 2009 prüfte die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates (RK-N) die Initiative vor und beschloss mit 21 zu 0 Stimmen bei zwei Enthaltungen, ihr gemäss Artikel 109 Absatz 2 des Parlamentsgesetzes vom 13. Dezember 2002² (ParlG) Folge zu geben. Die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates stimmte diesem Beschluss am 22. April 2010 ohne Gegenstimmen zu, womit der Weg frei wurde für die Ausarbeitung einer entsprechenden Gesetzesvorlage samt Bericht (Art. 109 Abs. 3 ParlG).

In ihrem Bericht vom 3. Februar 2012 beantragt die RK-N, die Strafprozessordnung und den Militärstrafprozess vom 23. März 1979³ (MStP) so zu ändern, dass der Begriff der verdeckten Ermittlung nur noch jene Ermittlungshandlungen erfasst, bei denen Angehörige der Polizei oder Personen, die vorübergehend für polizeiliche Aufgaben angestellt sind, nicht als solche erkennbar sind und im Rahmen eines auf längere Dauer angelegten Einsatzes, unter Verwendung einer durch falsche Urkunden abgesicherten falschen Identität in ein kriminelles Milieu einzudringen versuchen, um besonders schwere Straftaten aufzuklären. Soweit dagegen Polizeiangehörige zwar über ihre wahre Funktion täuschen, sich dabei aber nicht falscher Urkunden bedienen, kein besonderes Vertrauensverhältnis zu schaffen beabsichtigen, die Massnahme nicht auf längere Dauer angelegt ist und der Aufklärung von Verbrechen oder Vergehen dient, sollen nicht die Regeln über die verdeckte Ermittlung Anwendung finden. Vielmehr sollen solche verdeckte Massnahmen minderer Art neu als sogenannte verdeckte Fahndungen eine ausdrückliche Regelung erfahren.

2 Stellungnahme des Bundesrates

Einleitung

Der Bundesrat bedauert zwar, dass die StPO nur kurze Zeit nach ihrem Inkrafttreten wieder geändert wird, teilt aber die Auffassung der RK-N, dass die nunmehr vorgeschlagenen Änderungen wegen der bundesgerichtlichen Praxis zur verdeckten Ermittlung notwendig sind.

¹ SR 312.0
² SR 171.10
³ SR 322.1

Verzicht auf eine bundesrechtliche Regelung der präventiven verdeckten Ermittlung

Die vorgeschlagene Regelung beschränkt sich darauf, verdeckte Ermittlungshandlungen zu regeln, welche zur Aufklärung begangener Straftaten vorgenommen werden. Diese Beschränkung ist aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen geboten und richtig.

Der Bund ist aufgrund von Artikel 123 Absatz 1 der Bundesverfassung⁴ (BV) zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafprozessrechts befugt. Ausgangspunkt eines jeden Strafverfahrens ist die Vermutung, eine strafbare Handlung sei begangen worden. Das Strafprozessrecht regelt somit die Vorkehrungen und die Schritte des Verfahrens, mit welchem die Richtigkeit dieser Vermutung überprüft und gegebenenfalls die Straftat beurteilt wird.

Soweit dagegen zu regeln ist, mit welchen Mitteln Straftaten verhindert werden können oder ihre erst mögliche Begehung festgestellt werden kann, beschlägt dies das Polizeirecht, zu dessen Erlass grundsätzlich die Kantone zuständig sind.⁵

Der Entwurf der Kommission trägt dieser Kompetenzverteilung vollumfänglich Rechnung, indem er ausschliesslich verdeckte Massnahmen regelt, welche die Aufklärung begangener Straftaten bezwecken.

Abzulehnen ist dagegen der *Antrag der Minderheit* zu Artikel 298b Absatz 1 Buchstabe a E-StPO bzw. Artikel 73p Absatz 1 Buchstabe a E-MStP, wonach die verdeckte Fahndung auch zur Erkennung erst möglicher Delikte in der Strafprozessordnung geregelt werden soll. Dies steht zum einen im Widerspruch zur dargelegten verfassungsmässigen Kompetenzordnung. Zum andern passt eine solche Regelung auch nicht in das der StPO zugrundeliegende System: So gehört es nicht zu den Aufgaben der Strafbehörden, präventive Massnahmen anzuordnen. Sodann führt die Regelung gemäss dem Antrag der Minderheit zu Widersprüchen innerhalb von Artikel 298b E-StPO (bzw. Art. 73p E-MStP): Auf der einen Seite soll eine verdeckte Fahndung möglich sein, ohne dass bereits der Verdacht auf ein begangenes Delikt besteht, auf der andern Seite soll die Polizei diese Massnahme im Ermittlungsverfahren anordnen können. Dieses Ermittlungsverfahren zeichnet sich jedoch gerade dadurch aus, dass es die Abklärung eines Tatverdachts bezweckt (vgl. Art. 299 Abs. 2 StPO: «Im Vorverfahren [das gemäss Art. 299 Abs. 1 StPO auch das Ermittlungsverfahren umfasst] werden, ausgehend vom Verdacht, es sei eine Straftat begangen worden ...»).

Wie die RK-N zutreffend darlegt (Bericht Ziff. 2.2.2) werden sich weder Ermittlungen im Internet im Vorfeld eines Tatverdachts noch Alkoholtestkäufe auf die neuen Regelungen abstützen lassen, weil auch diese nicht an einem Tatverdacht anknüpfen. Zu beachten ist allerdings, dass der Bundesrat dem Parlament in seiner Botschaft vom 25. Januar 2012⁶ zur Totalrevision des Alkoholgesetzes gestützt auf seine Gesetzgebungskompetenz nach den Artikeln 105 und 118 BV eine Bestimmung vorschlägt, die klare Voraussetzungen und Schranken für Alkoholtestkäufe aufstellt (Art. 13 des Entwurfs zu einem Alkoholhandelsgesetz).

⁴ SR 101

⁵ Einlässlich zur Regelungskompetenz der Bericht des Bundesrates vom 3. März 2012 zum Postulat 10.3045 (Malama. Innere Sicherheit. Klärung der Kompetenzen), BBl 2012 4459.

⁶ BBl 2012 1315

Die Beschränkung auf die Regelung strafprozessualer verdeckter Ermittlungsmassnahmen entspricht nicht nur der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, sondern berücksichtigt auch die zwischen jenem und der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) geführten Absprachen über das Vorgehen für eine umfassende Regelung der verdeckten Ermittlung. Nach Ansicht der KKJPD soll der Bund die Massnahmen der strafprozessualen verdeckten Ermittlung regeln, während die Kantone ihr Polizeirecht für präventive Massnahmen ergänzen sollten. Die KKJPD verabschiedete im Frühling 2011 zuhanden der Kantone eine Musterregelung, um eine gewisse Einheitlichkeit der kantonalen Regelungen zu ermöglichen. Würde der Bund nun – entsprechend dem Minderheitsantrag – auch die präventive verdeckte Ermittlung regeln, so würde dies nicht der mit der KKJPD besprochenen Vorgehensweise entsprechen und zumeist erst vor Kurzem erlassene kantonale Regelungen hinfällig werden lassen.

Regelung der verdeckten Ermittlung

Der Bundesrat begrüsst die vorgeschlagene Neuregelung. Sie führt zu einem präziseren und engeren Begriff der verdeckten Ermittlung, wodurch diese bereits aufgrund ihrer Definition einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstellt, der eine Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht rechtfertigt und erfordert.

Das in der vorgeschlagenen Regelung vorgesehene Merkmal «durch aktives, zielgerichtetes, täuschendes Verhalten zu Personen Kontakte knüpfen mit dem Ziel, ein Vertrauensverhältnis aufzubauen» dient nach Ansicht des Bundesrates der Klarstellung, dass entsprechende grundrechtsintensive Handlungen den strengen Voraussetzungen der verdeckten Ermittlung unterstellt sind. Es bedeutet aber nicht, dass ein unterhalb dieser Schwelle (z.B. durch eher passives Verhalten) liegender Einsatz eines durch Urkunden legendierten Ermittlers oder einer solchen Ermittlerin nicht ebenfalls den Regeln der verdeckten Ermittlung untersteht und als solche genehmigt werden könnte. Bereits deshalb scheint es klarer, im Gesetz auf das Erfordernis *aktiven* Verhaltens zu verzichten. Überdies kann auch auf das Adjektiv «zielgerichtetes» verzichtet werden, weil bereits der Zweck der verdeckten Ermittlung (Schaffung eines Vertrauensverhältnisses) zwingend ein zielgerichtetes Verhalten verlangt.

Anders als der Vorentwurf spricht der Entwurf nicht mehr davon, die verdeckte Ermittlung solle dem Aufbau eines *besonderen* Vertrauensverhältnisses dienen. Das erscheint richtig, weil sich die Unterscheidung zwischen einem gewöhnlichen und einem besonderen Vertrauensverhältnis kaum hinreichend präzise vornehmen liesse. Deshalb sieht der Entwurf das entscheidende Kriterium der Abgrenzung zur verdeckten Fahndung zu Recht in der Verwendung falscher Urkunden. Dass bei einer verdeckten Ermittlung dennoch ein (wie auch immer zu definierendes) besonders enges Vertrauensverhältnis zur Zielperson angestrebt wird, ergibt sich indes indirekt daraus, dass mit dieser Massnahme in ein kriminelles Umfeld eingedrungen werden soll. Diese Überlegungen führen umgekehrt zum Schluss, dass auch bei einer verdeckten Fahndung ein Vertrauensverhältnis aufgebaut werden kann.

Regelung der verdeckten Fahndung

Obschon in der Praxis eine verdeckte Fahndung häufiger angeordnet werden dürfte, um ein mögliches Delikt festzustellen, als um einen bestehenden Tatverdacht abzuklären, ist eine ausdrückliche Regelung auch im Strafprozessrecht aus rechtsstaatlichen Gründen zu begrüssen. Damit erhält die strafprozessuale verdeckte Fahndung eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage.

3

Antrag des Bundesrates

Aus den dargelegten Gründen beantragt der Bundesrat Zustimmung zum Antrag der RK-N.

Er beantragt aber, in Artikel 285a E-StPO und in Artikel 73 E-MStP den Ausdruck «aktives, zielgerichtetes» zu streichen, weil diese Adjektive keinen Mehrwert bringen.

Er beantragt die Ablehnung der Minderheitsanträge.

