

Nationalrat
Kommission für Rechtsfragen
3003 Bern

1577

Bern, 14. September 2011 JGK C

Parlamentarische Initiative «Präzisierung des Anwendungsbereichs der Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung»; Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Präsidentin
Sehr geehrte Damen und Herren

Für die uns eingeräumte Gelegenheit, zur oben genannten Vorlage Stellung zu nehmen, bedanken wir uns. Der Kanton Bern begrüsst den Entwurf grundsätzlich. Im Einzelnen möchten wir folgende Bemerkungen und Änderungsvorschläge anbringen:

1. Allgemein

Der Kanton Bern begrüsst, dass der Begriff der verdeckten Ermittlung im neuen Art. 285a VE-StPO so definiert wird, wie die Praxis ihn vor dem BGE 134 IV 266 verstanden hat. Dass zusätzlich in Art. 298a ff. VE-StPO eine gesetzliche Grundlage für die verdeckte Fahndung geschaffen wird, macht aus rechtstaatlicher Sicht durchaus Sinn. Die Legaldefinition der verdeckten Ermittlung grenzt diese von der bisher nicht explizit geregelten verdeckten Fahndung klar ab. Was die spezielle Problematik der präventiven polizeilichen Ermittlungen in den Chatrooms anbelangt, wird im Bericht der Kommission zu Recht darauf hingewiesen, dass hier eine gesetzliche Grundlage im kantonalen Polizeirecht geschaffen werden muss.

Der Vorentwurf ist aus Sicht des Kantons Bern deshalb im Grundsatz sachlich richtig, er stösst bei den Strafbehörden auf eine hohe Akzeptanz und beinhaltet rechtsstaatlich abgesicherte und praxistaugliche Ermittlungsinstrumente.

2. Zur Ausgangslage

Aus Sicht des Kantons Bern geht der Entscheid des Bundesgerichts BGE 134 IV 266 zu weit und unterbindet die Möglichkeit, selbst dort, wo Anonymität die Regel ist (im Chat oder bei Drogenkäufen auf der Gasse), verdeckt zu ermitteln bzw. zu fahnden. Für eine solche Fahndungstätigkeit muss der Polizist nicht mit einer Legende versehen werden. Ein (verdeckter) Polizist, der sich in Chatrooms aufhält, ausgestattet mit einem Nickname wie alle andern Benutzer des Chatrooms auch, oder der, ohne seine Personalien bekannt zu geben, auf der Strasse im Sinne eines Scheinkaufs ein Minigrip Kokain kauft, hat das Verhalten der Zielperson nicht beeinflusst. Daraus wird ersichtlich, dass sich eine solche Fahndung erheblich von einer eigentlichen verdeckten Ermittlung unterscheidet.

Die Vorlage löst das Problem der Chatroomermittlungen allerdings nur bedingt. Die vorgesehene Änderung der StPO erlaubt einzig eine Reaktion auf einschlägige Kontaktsuchen, hingegen liefert sie keine Grundlage, dass sich Polizisten von sich aus als kontaktsuchend ausgeben könnten, um Kontaktantworten von Pädophilen zu provozieren. Diese Lücke vermag aber der vom Grossen Rat verabschiedete Art. 35b des Polizeigesetzes des Kantons Bern zu füllen. Gemäss dieser Bestimmung kann die Kantonspolizei eine verdeckte Ermittlung anordnen, wenn eine in Art. 286 Abs. 2 StPO genannte Straftat vor der Ausführung steht.

3. Zum Kernpunkt der Revision: Unterscheidung von verdeckter Ermittlung und verdeckter Fahndung

Die durch das Bundesgericht im BGE 134 IV 266 vorgenommene weite Auslegung des Begriffs der verdeckten Ermittlung, welche in der täglichen Polizeiarbeit zu enormen Schwierigkeiten führte und beispielsweise die Bekämpfung des Kleinhandels im Drogenmilieu praktisch verunmöglichte, kann unseres Erachtens nur durch eine Gesetzesrevision korrigiert werden.

a. Abgrenzungskriterien

In der Vorlage wird die Unterscheidung massgeblich darauf bezogen, dass der verdeckte Ermittler explizit mit einer *Legende*, d.h. mit einer falschen durch falsche Urkunden belegbaren Identität, auszustatten ist (Art. 285a, Art. 288 Abs. 1 VE-StPO), während der verdeckte Fahnder explizit über keine verfügt (Art. 298a Abs. 2 VE-StPO). Dieses Unterscheidungskriterium scheint in Kombination mit den übrigen Kriterien (auf Dauer ausgelegt, Eindringen in ein kriminelles Milieu) an sich geeignet für die Abgrenzung von verdeckter Ermittlung zu verdeckter Fahndung. Allerdings sollte in der Legaldefinition der verdeckten Fahndung (Art. 298a VE-StPO) zusätzlich aufgenommen werden, dass sich auch der verdeckte Fahnder, ohne dass er mit einer Legende im Sinne von Art. 285a VE-StPO ausgestattet ist, der (*einfachen*) Täuschung bedienen darf: Seine Identität und Funktion soll nicht nur *nicht erkennbar* sein, er soll auch die Möglichkeit haben, *aktiv* über seine Identität zu täuschen, beispielsweise durch einfaches Lügen, durch Verkleidung oder durch milieugeeignetes Verhalten (betr. Abgrenzung zur *qualifizierten* Täuschung bei der verdeckten Ermittlung vgl. Tanja Knodel, in Basler Kommentar, 2011, Art. 286 StPO N. 7, 11). Die einfache Täuschung sollte nicht nur in der realen Welt zulässig sein, sondern in analoger Weise auch im virtuellen Raum. In der Cyberwelt muss es im Rahmen der verdeckten Fahndung deshalb möglich sein, sich mit falschem Profil bei einer Internetfirma als Kunde zu registrieren oder sich mit Nickname und falschem Bild im Chatroom «aufzuhalten». Zudem muss es zwingend zulässig sein, im Rahmen von verdeckten Fahndungen Scheinkäufe im Internet zu tätigen. Die dafür notwendige Verwendung von Kreditkarten darf diese Scheinkäufe nicht zu verdeckten Ermittlungen machen. Ansonsten wäre die neue Bestimmung gerade für den so wichtigen Cyberbereich nicht praxistauglich. Es wäre hilfreich, dies durch entsprechende Ausführungen in den Gesetzesmaterialien klarzustellen.

Wird die Zulässigkeit der aktiven Täuschung nicht explizit in die Legaldefinition der verdeckten Fahndung aufgenommen, besteht die Gefahr, dass ein erfolgter Einsatz eines verdeckten Fahnders durch die Verteidigung mit der Argumentation torpediert werden könnte, der verdeckte Fahnder hätte eigentlich, weil er gegenüber der Zielperson bezüglich seiner Identität und Funktion Lügen aufgetischt habe, als verdeckter Ermittler eingesetzt werden müssen, und da kein entsprechendes Genehmigungsverfahren durchgeführt worden sei, seien die Erkenntnisse aus dem Einsatz nicht verwertbar. Ausserdem regen wir an, in Absatz 2 von Art. 298a VE-StPO zu ergänzen, dass es sich um eine Legende *im Sinne von Artikel 285a* handelt.

Wir schlagen deshalb folgenden Wortlaut von Art. 298a VE-StPO vor:

¹ Verdeckte Fahndung liegt vor, wenn Angehörige der Polizei im Rahmen kurzer Einsätze in einer Art und Weise, *dass sie über ihre wahre Identität und Funktion täuschen oder diese nicht zu erkennen geben*, Verbrechen und Vergehen aufzuklären versuchen und dabei insbesondere Scheingeschäfte abschliessen oder den Willen zum Abschluss vortäuschen.

² Verdeckte Fahnderinnen und Fahnder werden nicht mit einer Legende *im Sinne von Artikel 285a* ausgestattet. Ihre wahre Identität und Funktion wird in den Verfahrensakten und bei Einvernahmen offengelegt.

b. Als verdeckte Ermittler und verdeckte Fahnder einsetzbare Personen

Einleuchtend ist auch, dass bei der verdeckten Fahndung im Gegensatz zur verdeckten Ermittlung nur Polizisten eingesetzt werden können. Entgegen der Ansicht der Kommission für Rechtsfragen sehen wir den Hauptgrund dieser Einschränkung bei der verdeckten Fahndung jedoch nicht bei der fehlenden Überprüfungsmöglichkeit der Eignung der eingesetzten Person durch eine unabhängige Instanz, sondern in der unterschiedlichen Einsatzweise: Im Gegensatz zum verdeckten Ermittler wird sich der verdeckte Fahnder, sobald es die Ermittlungen zulassen, gegenüber der Zielperson als Polizist zu erkennen geben und regelmässig direkt anschliessend weitere prozessuale Schritte wie Anhaltung, polizeiliche Festnahme usw. vornehmen. Dass solche Zwangsmassnahmen nicht durch eine Privatperson angeordnet werden dürfen, versteht sich von selbst.

c. Zuständigkeit bezüglich der Ausstattung mit einer Legende

Die verdeckte Ermittlung erfährt neben der engeren und neu ausdrücklichen Legaldefinition noch eine weitere Änderung, und zwar, dass neu nicht mehr die Staatsanwaltschaft den verdeckten Ermittler mit einer Legende ausstatten «kann», sondern dass die *Polizei* den verdeckten Ermittler (*obligatorisch*) mit einer Legende ausstattet (Art. 288 Abs. 1 VE-StPO).

Die Pflicht zur Ausstattung mit einer Legende ist der logische Ausfluss aus der neuen (engeren) Definition der verdeckten Ermittlung. Geändert wird mit dieser Bestimmung jedoch die *Kompetenz zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft*. In der Praxis ist es zwar bereits nach geltendem Recht so, dass die Polizei faktisch die Legendierung vornimmt. Da die Verfahrensführung beim Einsatz eines verdeckten Ermittlers nach StPO aber immer bei der Staatsanwaltschaft liegt, muss diese von der Polizei bei der Legendierung begrüsst und deren Einverständnis eingeholt werden.

Wir schlagen deshalb folgenden Wortlaut von Art. 288 Abs. 1 VE-StPO vor:

¹ Die Polizei stattet verdeckte Ermittlerinnen und Ermittler *nach Vorgaben der Staatsanwaltschaft* mit einer Legende aus.

d. Problematik der vorbereitenden Legendierung

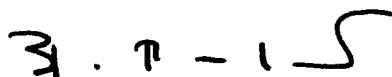
Mit vorliegendem Revisionsentwurf nicht gelöst wird das Problem der sogenannten vorbereitenden Legendierung. Zur Ausstattung des verdeckten Ermittlers mit einer Legende gehört auch die meist zeitaufwendige Vorbereitungsphase des Aufbaus einer Legende sowie der Herstellung entsprechender Urkunden. Gemäss Art. 317^{bis} StGB ist die Herstellung solcher Urkunden jedoch nur legal, wenn die Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts für den Einsatz des verdeckten Ermittlers vorliegt. Die Legendierung und damit die Herstellung der entsprechenden Urkunden muss in der Regel jedoch zeitlich weit vor der richterlichen Genehmigung der verdeckten Ermittlung erfolgen.

Aus Sicht des Kantons Bern wäre somit eine Norm erforderlich, welche der Polizei die Kompetenz zur Vorbereitung von Legenden bzw. der entsprechenden Herstellung von Urkunden erteilt

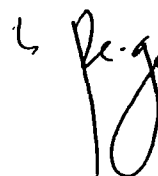
mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass deren Gebrauch erst nach richterlicher Genehmigung des Einsatzes (Art. 289 StPO) zulässig ist. Vorbild könnte dabei die entsprechende Regelung von Art. 22 des Vorentwurfs für das Bundesgesetz über die polizeilichen Aufgaben des Bundes (Polizeiaufgabengesetz, PolAG) sein.

Freundliche Grüße
Im Namen des Regierungsrates

Der Präsident:

Handwritten signature in black ink, appearing to be 'Z. P. - 15'.

Der Staatsschreiber:

Handwritten signature in black ink, appearing to be 'L. P. - ge'.