

## **BGE 134 IV 266**

Bundesgericht (BGE), 2008-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_134 IV 266](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_134_IV_266)

FR: ATF 134 IV 266

IT: DTF 134 IV 266

### **Regeste**

Regeste Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung; Anwendungsbereich des Gesetzes, Begriff der verdeckten Ermittlung; verdeckte polizeiliche Beteiligung an der Kommunikation in Chatforen im Internet zwecks Aufklärung von Straftaten, im Besonderen von sexuellen Handlungen mit Kindern, im Vorfeld eines Strafverfahrens; Erfordernis einer richterlichen Genehmigung der Ernennung zum verdeckten Ermittler, Beweisverwertungsverbot mit Fernwirkung bei deren Fehlen (Art. 1, 2, 4, 5, 7, 8, 17, 18 BVE). Mangels einer klaren, abweichenden Regelung im BVE ist jedes Anknüpfen von Kontakten mit einer verdächtigen Person zu Ermittlungszwecken durch einen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen ungeachtet des Täuschungsaufwandes und der Eingriffsintensität als verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE zu qualifizieren (E. 3.5-3.7). Die verdeckte polizeiliche Beteiligung an der Kommunikation in Chatforen im Internet ist trotz der gewissen Besonderheiten dieses Mediums eine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE (E. 3.8). Die Voraussetzungen für die Anordnung einer verdeckten Ermittlung durch verdeckte polizeiliche Beteiligung an der Kommunikation im Chat zwecks Aufklärung von voraussichtlichen künftigen Straftaten gegen die sexuelle Integrität von Kindern im Vorfeld eines allfälligen Strafverfahrens sind schon vor dem Beginn des Chats erfüllt (E. 4.3). Die für die Ernennung eines verdeckten Ermittlers notwendige richterliche Genehmigung kann nicht erst nach dem Beginn des Einsatzes eingeholt und erteilt werden (E. 4.4). Erkenntnisse, die ein Polizeianghöriger durch eine verdeckte Ermittlung gewinnt, dürfen nur als Beweis verwertet und für weitere Ermittlungen verwendet werden, wenn der Polizeiangehörige vor seinem Einsatz zum verdeckten Ermittler ernannt und diese Ernennung vor seinem Einsatz richterlich genehmigt worden ist (E. 5.2). Unverwertbarkeit der gewonnenen Erkenntnisse mangels dieser notwendigen richterlichen Genehmigung im vorliegenden Fall (E. 5.3).

### **Erwägungen**

#### **E. 3.1.1**

Das Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über die verdeckte Ermittlung (BVE; SR 312.8) enthält, wie schon der bundesrätliche BGE 134 IV 266 S. 270 Entwurf, keine Definition der verdeckten Ermittlung. In der Botschaft des Bundesrates (BBl 1998 S. 4241 ff.) wird dazu ausgeführt, der Begriff der verdeckten Ermittlung werde in der Diskussion immer wieder verschieden gebraucht, was zu Verständnis- und Abgrenzungsschwierigkeiten führe. Gleichwohl solle auf eine Legaldefinition verzichtet werden, weil der Rahmen durch die gesetzlichen Bestimmungen ausreichend genau festgelegt werde. Gemäss den Ausführungen in der Botschaft ist verdeckte Ermittlung das Anknüpfen von Kontakten zu verdächtigen Personen, die darauf abzielen, die Begehung einer strafbaren Handlung festzustellen und zu beweisen, wobei vorwiegend passiv die deliktische Tätigkeit untersucht

wird (a.a.O., S. 4283). Von der verdeckten Ermittlung ist laut Botschaft die Observation zu unterscheiden, welche grundsätzlich das gezielte Beobachten von Vorgängen an öffentlichen oder allgemein zugänglichen Orten - allenfalls unter Einsatz von Bild- und Tonaufnahmegeräten - umfasst (a.a.O., S. 4283). Sowohl bei einer Observation als auch bei einer verdeckten Ermittlung gehe es darum, Beweise für eine strafbare Handlung zu erlangen, wobei diese Tätigkeit für die verdächtigten Personen nicht erkennbar sein soll. Während bei einer Observation von aussen gezielt beobachtet werde, erfolge bei einer verdeckten Ermittlung das Einschleusen von dafür eingesetzten Polizeibeamten in einen bestimmten Personenkreis (a.a.O., S. 4284). Davon zu unterscheiden ist gemäss den weiteren Ausführungen in der Botschaft der Einsatz von Fahndern in Zivilkleidung. Auch diese könnten Personen und Vorgänge beobachten, ohne vorerst ihre Funktion bekannt zu geben. Sie benötigen jedoch keine Legende und beanspruchen keine Zeugenschutzmassnahmen und stünden unter der normalen dienstlichen Aufsicht (a.a.O., S. 4284). Die Botschaft scheint somit unter anderem zwischen verdeckten Ermittlern einerseits und Fahndern in Zivil andererseits zu unterscheiden, wobei Letztere nicht unter den Anwendungsbereich des BVE fallen. Dies ergibt sich auch aus den Ausführungen in der Botschaft zu anderen Bestimmungen. So wird zu Art. 8 des bundesrätlichen Entwurfs ("Verwendung der Erkenntnisse"), dem Art. 12 BVE wörtlich entspricht, unter anderem ausgeführt, dass die verdeckte Ermittlung im Vorfeld eines Strafverfahrens qualitativ noch sehr nahe beim Einsatz von Fahndern in Zivil oder bei der Observation sei, bei denen die eingesetzten Polizeibeamten nach den meisten kantonalen Polizeigesetzgebungen umfassend verpflichtet seien, BGE 134 IV 266 S. 271 während des Dienstes festgestellte Straftaten anzuzeigen. Aus diesem Grunde dürften Zufallsfunde, die im Rahmen einer verdeckten Ermittlung im Vorfeld eines Strafverfahrens gemacht würden, voraussetzungslos verwertet werden, mithin nicht nur dann, wenn auch zur Verfolgung der zufällig entdeckten Straftat eine verdeckte Ermittlung angeordnet werden könnte (a.a.O., S. 4293). Sodann hat der Bundesrat auf die im Vernehmlassungsentwurf noch vorgesehene Streichung von Art. 23 Abs. 2 BetmG verzichtet, wonach der Polizeibeamte, der zu Ermittlungszwecken selber ein Angebot von Betäubungsmitteln annimmt, straflos bleibt, auch wenn er seine Identität und Funktion nicht bekannt gibt. Der Vernehmlassungsentwurf wollte diese Bestimmung streichen und nur noch für die verdeckte Ermittlung die Straffreiheit zubilligen (a.a.O., S. 4301). Gegen die Streichung wurde in verschiedenen Vernehmlassungen opponiert mit der Begründung, dass auch andere Fahnder in Zivil, die nicht als verdeckte Ermittler eingesetzt seien, die Möglichkeit behalten sollten, zu Ermittlungszwecken ihnen angebotene Drogen anzunehmen. Dieses Argument hat den Bundesrat überzeugt, weshalb Art. 23 Abs. 2 BetmG beibehalten wurde mit der Modifikation, dass die betroffenen Beamten mit dem Auftrag zur Bekämpfung des Drogenhandels betraut sein müssen (a.a.O., S. 4301). Aus der Botschaft geht allerdings nicht hervor, nach welchen Kriterien sich die verdeckten Ermittler von den Fahndern in Zivil unterscheiden. Der Hinweis in der Botschaft, dass die Fahnder in Zivil keine Legende benötigen und keine Zeugenschutzmassnahmen beanspruchen (a.a.O., S. 4284), ist an sich zutreffend, doch ist die darin enthaltene Andeutung, dass die verdeckten Ermittler eine Legende benötigen und Zeugenschutzmassnahmen beanspruchen, zumindest ungenau. Denn diese Massnahmen sind sowohl nach dem bundesrätlichen Entwurf (Art. 3) als auch nach dem Gesetz ( Art. 6 BVE ) fakultativ ("[...] kann [...]"), auch wenn offenbar laut Botschaft "in der Praxis" Einsätze von verdeckten Ermittlern "regelmässig" mit Vertraulichkeitszusage und Legende erfolgen (a.a.O., S. 4288).

### **E. 3.1.2**

Der bundesrätliche Entwurf hat in den Verhandlungen der eidgenössischen Räte (AB 2001 N 1812 ff., 1836 ff.; AB 2002 S 534 ff.; AB 2002 N 1259 ff.; AB 2002 S 1073 ff.; AB 2003 N 361 f.; AB 2003 S 487 f.) erhebliche Änderungen erfahren. Aus den Verhandlungen geht hervor, dass auch das Parlament bei der verdeckten Ermittlung relativ langfristige und heikle Einsätze namentlich im Rahmen der BGE 134 IV 266 S. 272 Bekämpfung des Betäubungsmittelhandels und der sog. organisierten Kriminalität im Auge hatte. Aus den Verhandlungen ergibt sich nicht zweifelsfrei, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen nach den Vorstellungen des Parlaments auch kurze und relativ einfache Einsätze unter den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen sollen.

### **E. 3.2**

Das BVE enthält im Unterschied zum bundesrätlichen Entwurf immerhin einen Zweckartikel. Gemäss Art. 1 BVE hat verdeckte Ermittlung nach diesem Gesetz zum Zweck, mit Angehörigen der Polizei, die nicht als solche erkennbar sind (Ermittler oder Ermittlerin), in das kriminelle Umfeld einzudringen und damit beizutragen, besonders schwere Straftaten aufzuklären. Aus diesem Zweckartikel lässt sich indessen nicht ableiten, dass eine verdeckte Ermittlungstätigkeit nur als verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE zu qualifizieren ist, wenn dabei in ein kriminelles Umfeld eingedrungen wird. Der Zweckartikel kann auch nicht in dem Sinne verstanden werden, dass eine verdeckte Ermittlung nur im Falle des Eindringens in ein kriminelles Umfeld unter den Anwendungsbereich des BVE fällt. Das in Art. 1 BVE erwähnte Eindringen in ein kriminelles Umfeld ist somit weder ein Definitionsmerkmal des Begriffs der verdeckten Ermittlung im Sinne des BVE noch ein Kriterium für die Bestimmung des Anwendungsbereichs dieses Gesetzes. Es wäre hiefür ohnehin nicht geeignet, weil es viel zu unbestimmt ist. Der Gesetzgeber scheint damit lediglich zum Ausdruck bringen zu wollen, dass nach seinen Vorstellungen die verdeckte Ermittlung typischerweise namentlich auch der Aufklärung von Straftaten im Rahmen der sog. organisierten Kriminalität dient, und zu diesem Zweck in ein "kriminelles Umfeld" eingedrungen werden muss. Das BVE ist somit auch anwendbar, wenn es an einem "kriminellen Umfeld" fehlt. Daher kann dahingestellt bleiben, was unter einem "kriminellen Umfeld" im Sinne von Art. 1 BVE zu verstehen ist und ob dieser Begriff allenfalls auch in einem weiten Sinne dahingehend verstanden werden könnte, dass in das Umfeld eines Kriminellen eingedrungen wird. Im Übrigen ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass die von den eidgenössischen Räten am 5. Oktober 2007 verabschiedete künftige schweizerische Strafprozessordnung, welche unter dem 8. Kapitel ("Geheime Überwachungsmaßnahmen") die "verdeckte Ermittlung" in Art. 286-298 regelt, keinen dem Art. 1 BVE entsprechenden Zweckartikel enthält. BGE 134 IV 266 S. 273

### **E. 3.3**

Der Bundesrat äussert in der Botschaft zum BVE die Meinung, dass auch ohne Definition des Begriffs der verdeckten Ermittlung der Anwendungsbereich des BVE durch die gesetzlichen Bestimmungen ausreichend genau festgelegt werde (BBl 1998 S. 4283). Aus verschiedenen Bestimmungen des BVE (wie übrigens auch der künftigen StPO/CH) lässt sich in der Tat ableiten, dass verdeckte Ermittlungen im Sinne des Gesetzes nach den Vorstellungen des Gesetzgebers in der Regel relativ langfristige und heikle Einsätze sind, bei denen einerseits zum Zwecke einer erfolgreichen und nachhaltigen Täuschung der Zielpersonen und andererseits zum Schutze der verdeckten Ermittler flankierend

verschiedene Anordnungen getroffen werden können. Dies ergibt sich unter anderem und insbesondere aus Art. 6 ("Legende und Vertraulichkeitszusage"), Art. 8 Abs. 3 und Art. 18 Abs. 3 (betreffend die einjährige Höchstdauer mit Verlängerungsmöglichkeit), Art. 9 ("Rechte und Pflichten"), Art. 10 Abs. 3 (betreffend Probekäufe und Dokumentation der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit), Art. 11 ("Führungsperson"), Art. 16 ("Straflosigkeit von Betäubungsmitteldelikten"), Art. 17 Abs. 2 (betreffend Zusicherung von Schutzmassnahmen im Strafverfahren), Art. 20 ("Vorzeigegeld") und Art. 23 ("Schutzmassnahmen"). Entsprechende Bestimmungen enthält auch die künftige schweizerische Strafprozessordnung (siehe Art. 288, 289 Abs. 5, 291, 292, 293 Abs. 3, 294, 295). Die gesetzliche Regelung ist offensichtlich auf längere und relativ heikle Einsätze zugeschnitten. Verschiedene Bestimmungen des Gesetzes passen überhaupt nicht für kurze und relativ einfache Einsätze, die sich auf wenige Kontakte oder gar nur einen einzigen Kontakt mit einer bestimmten Zielperson beschränken und keine besonderen Vorkehrungen etwa zur Täuschung der Zielperson und zum Schutz des Ermittlers erfordern. Es stellt sich daher die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen auch solche kurzen und relativ einfachen Einsätze als verdeckte Ermittlungen im Sinne des BVE anzusehen sind.

### **E. 3.4**

In der Lehre ist ebenfalls erkannt worden, dass der Anwendungsbereich des BVE unter anderem mangels einer gesetzlichen Definition des Begriffs der verdeckten Ermittlung unklar ist (siehe THOMAS HANSJAKOB, Das neue Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung, ZStrR 122/2004 S. 97 ff.; CHARLES HAENNI, Verdeckte Ermittlung, Kriminalistik 4/2005 S. 248 ff.; FRANZ BÄTTIG, Verdeckte Ermittlung nach Inkrafttreten des BVE aus polizeilicher Sicht, BGE 134 IV 266 S. 274 Kriminalistik 2/2006 S. 130 ff.; PETER RÜEGGER/ROLF NÄGELI, Chatrooms: Ein Tummelplatz für pädosexuelle Straftäter, Kriminalistik 6/2006 S. 404 ff.; WOLFGANG WOHLERS, Das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung [BVE], Taugliches Instrument zur effizienten Bekämpfung der Organisierten Kriminalität?, ZSR 124/2005 I S. 219 ff.; PATRICK BISCHOFF/MARKUS LANTER, Verdeckte polizeiliche Ermittlungshandlungen in Chatrooms, Jusletter vom 14. Januar 2008, Rz. 5 ff.). Zur Bestimmung des Anwendungsbereichs des BVE werden verschiedene Lösungen vorgeschlagen.

#### **E. 3.5.1**

Die in einem Teil des Schrifttums vertretene Auffassung, eine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE liege nur vor, wenn der ermittelnde Beamte mit einer Legende ausgestattet ist und/oder seine Identität auch in einem späteren Strafverfahren geschützt werden soll, hat den Vorteil, dass sie den Anwendungsbereich des BVE relativ klar eingrenzt. Sie beruht zudem auf der an sich plausiblen Überlegung, dass das durch das BVE vorgeschriebene Verfahren - etwa betreffend die erforderliche richterliche Genehmigung - nur eingehalten werden muss, wenn die Strafverfolgungsbehörden von den besonderen Möglichkeiten Gebrauch machen wollen, die das BVE eröffnet. Gegen diese Auffassung spricht allerdings, dass die Ausstattung des verdeckten Ermittlers mit einer Legende, die Vertraulichkeitszusage und die Erlaubnis zur Herstellung und Veränderung von Urkunden zwecks Aufbaus und Aufrechterhaltung einer Legende - übrigens auch gemäss der künftigen schweizerischen Strafprozessordnung (vgl. Art. 288 StPO /CH) - zweifellos fakultativ ("[...] kann [...]") sind (siehe Art. 6 BVE) und somit klarerweise keine notwendigen Merkmale einer verdeckten Ermittlung im Sinne des Gesetzes darstellen. Das BVE unterscheidet sich damit beispielsweise von der früheren Regelung in der

Strafprozessordnung des Kantons Zürich, wonach Personen, die verdeckt ermitteln, unter einer Legende auftreten, die ihre wahre Identität verändert (siehe § 106c aStPO/ZH), sowie von der Regelung in der deutschen Strafprozessordnung, wonach verdeckte Ermittler Beamte des Polizeidienstes sind, die unter einer ihnen verliehenen, auf Dauer angelegten, veränderten Identität (Legende) ermitteln ( § 110a Abs. 2 StPO /D). Die Straflosigkeit des verdeckten Ermittlers im Besonderen betrifft zudem lediglich allfällige Betäubungsmitteldelikte im Sinne von Art. 19 sowie Art. 20-22 BetmG (vgl. Art. 16 BVE ; ebenso Art. 294 StPO /CH), mithin nicht auch andere Straftaten, BGE 134 IV 266 S. 275 welche der Ermittler im Rahmen der verdeckten Ermittlung begeht. Hinzu kommt, dass Art. 4 Abs. 2 BVE zahlreiche Katalogtaten auflistet, die, wie gerade auch die Straftat der sexuellen Handlungen mit Kindern ( Art. 187 StGB ), typischerweise auch von Einzeltätern begangen werden und durch verdeckte Ermittlungen in kurzen, relativ einfachen und ungefährlichen Einsätzen aufgedeckt werden können, welche weder die Ausstattung des verdeckten Ermittlers mit einer Legende noch eine Vertraulichkeitszusage oder andere Massnahmen zum Schutz des verdeckten Ermittlers erfordern.

### **E. 3.5.2**

Die zeitliche Dauer des Einsatzes ist kein taugliches Abgrenzungskriterium, da es einerseits ohnehin zu unbestimmt ist und andererseits auch von der Art der aufzuklärenden Straftat sowie nicht zuletzt von Zufälligkeiten abhängt, wie rasch durch die verdeckte Ermittlungstätigkeit Erkenntnisse gewonnen werden. Zwar kann die richterliche Genehmigung sowohl im Vorfeld eines Strafverfahrens als auch im Strafverfahren für (höchstens) ein Jahr - mit Verlängerungsmöglichkeit - erteilt werden (siehe Art. 8 Abs. 3 und Art. 18 Abs. 3 BVE ). Dies bedeutet indessen bloss, dass auch langfristige verdeckte Ermittlungen zulässig sind. Daraus folgt aber nicht, dass ein Einsatz, der nur ganz kurz dauert, etwa weil er rasch zu Erkenntnissen führen kann, keine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE ist.

### **E. 3.5.3**

Dem BVE lässt sich mithin nicht entnehmen, dass nur Einsätze von Polizeiangehörigen, die mit einer Legende ausgestattet sind, und/oder nur längere Einsätze als verdeckte Ermittlungen im Sinne des Gesetzes anzusehen sind und kurze Einsätze von Ermittlern ohne Legende nicht unter dessen Anwendungsbereich fallen.

### **E. 3.6.1**

Verdeckte Ermittlung ist das Anknüpfen von Kontakten durch Polizeiangehörige zu verdächtigen Personen, die darauf abzielen, die Begehung einer strafbaren Handlung festzustellen und zu beweisen, wobei die Polizeiangehörigen nicht als solche erkennbar sind (ähnlich die Botschaft, BBl 1998 S. 4283). Von der Observation unterscheidet sich die verdeckte Ermittlung dadurch, dass die Polizeiangehörigen die verdächtigen Personen nicht lediglich gezielt zwecks Aufklärung von Straftaten beobachten, sondern zu diesem Zweck mit den verdächtigen Personen über irgendein Medium kommunizieren.

### **E. 3.6.2**

Die Lehre scheint überwiegend der Auffassung zu sein, dass nicht jede verdeckte Ermittlung in diesem Sinne als verdeckte BGE 134 IV 266 S. 276 Ermittlung im Sinne des BVE anzusehen ist. Eine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE setzt nach der überwiegenden Ansicht im Schrifttum jedenfalls ein gewisses Mass an Täuschungs- und/oder Handlungs- und Eingriffsintensität voraus. Wenn dieses gewisse Mass nicht

erreicht ist, liegt nach dieser Auffassung keine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE vor und bestimmt sich die Zulässigkeit der verdeckten Ermittlungstätigkeit nach dem kantonalen Strafprozessrecht. Auch die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz gehen im vorliegenden Verfahren insoweit übereinstimmend davon aus, dass eine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE nur vorliegt, wenn das Verhalten der Polizeiangehörigen eine gewisse Täuschungs-, Handlungs- und Eingriffsintensität erreicht. Nach der Meinung der Vorinstanz ist diese im konkreten Fall im Verlauf des Chats vom 17. August 2005 in einem gewissen Zeitpunkt erreicht worden, was die Beschwerdeführerin bestreitet.

### **E. 3.6.3**

Das Kriterium der gewissen Täuschungs- und/oder Handlungs- und Eingriffsintensität ist indessen äusserst vage. Der Anwendungsbereich des BVE muss sich aber nach klaren, einfachen Kriterien bestimmen lassen. Es darf nicht von ungewissen Kriterien abhängen, ob eine verdeckte Ermittlungstätigkeit im konkreten Einzelfall unter den Anwendungsbereich des BVE oder aber unter den Anwendungsbereich der kantonalen Strafprozessordnungen fällt, welche im Übrigen zurzeit - von wenigen Ausnahmen abgesehen - ohnehin nicht die besonderen Vorschriften enthalten, die zur Regelung der verdeckten Ermittlung wegen der darin in jedem Fall liegenden Täuschung eines Verdächtigen erforderlich wären.

### **E. 3.6.4**

Den Bestimmungen des BVE lassen sich keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Auffassung entnehmen, dass eine verdeckte Ermittlung nur als verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE zu qualifizieren ist, wenn sie ein gewisses Mass an Täuschungs- und/oder Handlungs- und Eingriffsintensität aufweist. Welche Vorkehrungen für eine erfolgreiche Täuschung der Zielperson über die wahre Identität des ermittelnden Polizeiangehörigen erforderlich sind, hängt wesentlich von den gesamten Umständen ab, wozu auch etwa die Person des Verdächtigen, die Art der aufzuklärenden Straftat und nicht zuletzt das Medium gehört, über welches mit der Zielperson kommuniziert wird. Massgebend ist insoweit unter der gebotenen Berücksichtigung des Schutzzwecks der Bestimmungen des BVE nicht der betriebene Täuschungsaufwand, sondern der Umstand, dass der Verdächtige überhaupt getäuscht wird, weil der mit ihm BGE 134 IV 266 S. 277 zu Ermittlungszwecken kommunizierende Polizeiangehörige nicht als solcher erkennbar ist. Allein schon wegen dieser Täuschung bedarf die verdeckte Ermittlung in jedem Fall einer besonderen gesetzlichen Regelung, ganz unabhängig davon, welche Eingriffsintensität die verdeckte Ermittlung im konkreten Einzelfall aufweist.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.