

DE GRUYTER

2012 · BAND 124 · HEFT 2  
ISSN 0084-5310 · e-ISSN 1612-703X

**ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE  
STRAFRECHTSWISSENSCHAFT  
MIT AUSLANDSRUNDSCHAU**

HERAUSGEGEBEN VON

*Manfred Burgstaller*

*Albin Eser*

*Günther Jakobs*

*Kristian Kühl*

*Ulfrid Neumann*

*Bernd Schünemann*

*Ulrich Sieber*

*Klaus Tiedemann*

*Thomas Weigend*

IN VERBINDUNG MIT

*Heinz Müller-Dietz*

*Claus Roxin*



[www.degruyter.com/zstw](http://www.degruyter.com/zstw)

**Inhalt**

**Artikel**

Christian Fahl  
**Ist § 113 StGB i. V. m. § 114 StGB (noch) eine Privilegierung? — 311**

Wolfgang Mitsch  
**Fehlvorstellungen über das Alter der Darsteller bei Kinder- und Jugendpornographie, §§ 184 b, c StGB — 323**

Kai Ensenbach  
**Reichweite und Grenzen der Sachwerttheorie in §§ 242, 246 StGB — 343**

Ralf Peter Anders  
**Straftheoretische Anmerkungen zur Verletztenorientierung im Strafverfahren — 374**

Mark A. Zöller  
**Heimliche und verdeckte Ermittlungsmaßnahmen im Strafverfahren — 411**

Sabine Gless  
**Heimliche Ermittlungsmaßnahmen im Schweizer Strafprozess — 440**

Juliette Lelieur  
**Heimliche Ermittlungsmaßnahmen im französischen Strafverfahren — 458**

Pierre Hauck  
**Heimliche Ermittlungsmaßnahmen im Prozessrecht der internationalen Strafgerichtsbarkeit (EU- und Völkerrecht) — 473**

Ken Eckstein  
**Grund und Grenzen transnationalen Schutzes vor mehrfacher Strafverfolgung in Europa — 490**

**ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT**

**INTERNATIONALER BERATERKREIS**

- Nikolaos Androulakis, Athen
- Andrew Ashworth, London
- José Cerezo Mir, Madrid
- Mireille Delmas-Marty, Paris
- Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra
- Lech Garadocki, Warschau
- Kálmán Györgyi, Budapest
- Nils Jareborg, Uppsala
- Il-Su Kim, Seoul
- Julio B. J. Maier, Buenos Aires
- Haruo Nishihara, Tokio
- Paul H. Robinson, Chicago
- C. F. Rüter, Amsterdam
- Alfonso M. Sile, Neapel
- Feridun Yenisey, Istanbul

**HERAUSGEGEBEN VON**

- Manfred Burgstaller, Wien
- Albin Eser, Freiburg
- Günther Jakobs, Bonn
- Kristian Kühl, Tübingen
- Ulfrid Neumann, Frankfurt
- Bernad Schünemann, München
- Ulrich Sieber, Freiburg i. Br.
- Klaus Tiedemann, Staufen
- Thomas Weigend, Köln

ISSN 0084-5310 · e-ISSN 1612-703X

Alle Informationen zur Zeitschrift, wie Hinweise für Autoren, Open Access, Bezugsbedingungen und Bestellformulare, sind online zu finden unter [www.degruyter.com/zstw](http://www.degruyter.com/zstw)

**GESAMTSCHRIFTLIETUNG** Professor Dr. Dr. Dres. h.c. Kristian Kühl, Eberhard-Karls-Universität Tübingen

**REDAKTION** Professor Dr. Joachim Vogel, Ludwig-Maximilians-Universität München, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Professor-Huber-Platz 2, 80539 München, Germany; Tel.: +49 (0)89 2180 – 2167; Fax: +49 (0)89 2180 – 2782; Email: [joachim.vogel@jura.uni-muenchen.de](mailto:joachim.vogel@jura.uni-muenchen.de)

**Auslandsredaktion:** Dr. Barbara Huber, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Günterstalstraße 73, 79100 Freiburg i. Br., Germany, Tel.: +49 (0)761 7081 – 212, Fax: +49 (0)761 7081 – 294, Email: [b.huber@mpiccc.de](mailto:b.huber@mpiccc.de)

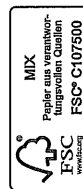
**JOURNAL MANAGER** Hannes Kaden, De Gruyter, Genthiner Straße 13, 10785 Berlin, Germany, Tel.: +49 (0)30 260 05 – 238, Fax: +49 (0)30 260 05 – 250, Email: [hannes.kaden@degruyter.com](mailto:hannes.kaden@degruyter.com)

**ANZEIGENVERANTWORTLICHE** Panagiota Herbrand, De Gruyter, Mies-van-der-Rohe-Straße 1, 80807 München, Germany, Tel.: +49 (0)89 769 02 – 394, Fax: +49 (0)89 769 02 – 350, Email: [panagiota.herbrand@degruyter.com](mailto:panagiota.herbrand@degruyter.com)

© 2012 Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, Berlin/Boston

**SATZ** Jürgen Ulrich typesatz, Nördlingen

**DRUCK** Franz X. Stickle Druck und Verlag e.K., Ettenheim  
 Printed in Germany



## Prof. Dr. Sabine Gless Heimliche Ermittlungsmaßnahmen im Schweizer Strafprozess

Sabine Gless: Ordinaria für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Basel

### I. Einleitung

Seit dem 1. 1. 2011 gilt schweizweit eine neue Strafprozessordnung<sup>1</sup>. Das ist an sich schon eine Nachricht in einer deutschen rechtswissenschaftlichen Zeitschrift wert. Denn zuvor haben die 26 kantonalen Strafprozessordnungen sowie die drei Bundesstrafprozessordnungen den ausländischen Strafverfahrensrechtlern den Zugang zu dem Schweizer Strafprozess eher erschwert.

Die neue schweizerische Strafprozessordnung bringt für viele Kantone grundlegende Neuregelungen und ersetzt darüber hinaus noch spezielles Bundesrecht: So treten die Regelungen zu den „Geheimen Überwachungsmaßnahmen“ in der neuen StPO (Art. 269 ff. StPO) im Wesentlichen an die Stelle des Bundesgesetzes für verdeckte Ermittlung (BVE)<sup>2</sup> oder ersetzen Vorgaben aus dem Bundesgesetz zur Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF)<sup>3</sup>.

Mit Blick auf das Thema „Heimliche Ermittlungsmaßnahmen im Strafverfahren“ drängt sich die Frage fast auf: Hat der Schweizer Gesetzgeber mit der neuen StPO die Chance ergriffen und die unterschiedlichen neuen, heimlichen Ermittlungsmethoden nicht als irgendeinen Appendix der klassischen, offenen Zwangsmaßnahmen, sondern mit einem adäquaten Ansatz geregelt? Dass hier allerdings übersteigerte Erwartungen fehl am Platze wären, ergibt sich nicht nur daraus, dass die Vorbereitungsarbeiten für die eidgenössische Strafprozessordnung fast zwei Jahrzehnte in Anspruch genommen haben<sup>4</sup> – und Entscheidendes bereits vor vielen Jahren festgelegt wurde, sondern vor allem auch aus dem Umstand, dass die Gesetzgeber die ganz unterschiedlichen, teils an das französische

1 Systematische Rechtssammlung (SR) 312.0 (abrufbar über [www.admin.ch](http://www.admin.ch)).

2 SR 312.8.

3 SR 780.1.

4 Vgl. hierzu insb. [http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/sicherheit/ref\\_gesetzgebung/ref\\_abgeschlossene\\_projekte/ref\\_strafprozess.html](http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/sicherheit/ref_gesetzgebung/ref_abgeschlossene_projekte/ref_strafprozess.html) (Stand: 30. 4. 2012) sowie Curia Vista – Zusammenfassung, 05.092 Strafprozessrecht. Vereinheitlichung.

sche, teils an das deutsche System anknüpfenden Traditionen in einem neuen gemeinsamen System verknüpfen mussten<sup>5</sup>. Gleichwohl ist die Erwartung berechtigt, dass sich eine erst kürzlich in Kraft getretene Strafprozessordnung mit den neuen Anforderungen an heimliche Ermittlungen auseinandersetzt.

### II. Offene Ermittlungen als Grundmodell

Dem traditionellen Modell des Schweizer Strafprozesses sind heimliche Elemente grundsätzlich fremd<sup>6</sup>.

Die Ermittlungen im *Vorverfahren* sollen parteiöffentlich durchgeführt werden. Die neue StPO stärkt noch einmal – wie bereits in der Bundesverfassung (BV) angelegt – das Recht der Beschuldigten auf Orientierung und rechtliches Gehör, indem verschiedene Regelungen Teilhaberechte am Verfahren konstituieren (vgl. etwa Art. 3 Abs. 2 lit. c, Art. 107, Art. 147 StPO). Die Anordnung einer Zwangsmaßnahme muss den Betroffenen ohnehin eröffnet werden (Art. 198 ff. StPO).

Allgemeine Publikumsöffentlichkeit ist im Vorverfahren – mit Rücksicht auf die Unschuldsvermutung, aber auch auf Strafverfolgungsinteressen – kaum vorgesehen. Die Medien können ausnahmsweise und nur in den Grundzügen informiert werden<sup>8</sup>. Die Hauptverhandlung vor Gericht ist öffentlich (Art. 69 ff. StPO). Transparenzprobleme ergeben sich in neuerer Zeit in Zusammenhang mit der Durchführung des sog. abgekürzten Verfahrens nach Art. 357 ff. StPO. Erkennt ein mutmaßlicher Täter seine Schuld und eine allfällige Zivilforderung an, so wird kein Hauptverfahren durchgeführt<sup>9</sup>.

5 Vgl. dazu Gless, „Aus 29 mach 1“ – Vereinheitlichung der Strafprozessordnungen in der Schweiz, ZStW 113 (2001), S. 419–426.

6 Vgl. Hansjakob, Geheime Erhebung von Beweisen nach StPO, forumpoenale 5/2011, 299 ff.; Oberholzer, Verdeckte Zwangsmaßnahmen und Richtervorbehalte, forumpoenale 4/2011, 226.

7 Ausführlich dazu Pletth, Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel 2009, S. 74 ff.

8 Art. 69 Abs. 3 lit. a.

9 Zu den damit verbundenen Problemen mit Blick auf die Transparenz eines Strafverfahrens vgl. Gless, ZStR 2009, 390 f.

### III. Heimliche Ermittlungen als Ausnahme

Trotz des Bekennnisses zu einem offenen Strafverfahren sieht die neue StPO verschiedene heimliche Ermittlungsmaßnahmen unter der Überschrift „*Geheime Überwachungsmaßnahmen*“ als Teil des 5. Titels (Zwangsmaßnahmen) in einem eigenen 8. Kapitel (Art. 269 ff. StPO) vor. Hier finden sich folgende Maßnahmen: Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 269–279 StPO); Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten (Art. 280–281 StPO); Observation (Art. 282–283 StPO); Überwachung von Bankbeziehungen (Art. 284–285 StPO); Verdeckte Ermittlung (Art. 286–298 StPO).

#### 1. Heimliche Ermittlungen als Zwangsmaßnahmen

Geheime Überwachungsmaßnahmen gelten in der Schweiz als Zwangsmaßnahmen, d. h. als Verfahrenshandlungen einer Strafbehörde, die in die Grundrechte der Betroffenen<sup>10</sup> zu Zwecken der Strafverfolgung eingreifen<sup>11</sup>. Das hat verschiedene Konsequenzen, unter anderem bedarf es einer gesetzlichen Grundlage<sup>12</sup>. Notwendig ist ein Gesetz im formellen Sinn. Regelmäßig ist die StPO das notwendige Gesetz; aber auch Regelungen in Nebenstrafgesetzen sind eine genügende Grundlage<sup>13</sup>. Aus dem Erfordernis der gesetzlichen Regelung ergibt sich auch der *numerus clausus* der Zwangsmaßnahmen. Strafverfolgungsbehörden dürfen nur diejenigen Maßnahmen ergreifen, die im Gesetz vorgesehen sind<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Jositsch, in: Schmid (Hrsg.), Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, Rdn. 1136; Weber, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 196 Rdn. 8.

<sup>11</sup> Hug, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur StPO (zitiert: Zürcher Kommentar StPO), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 197 Rdn. 3.

<sup>12</sup> Art. 36 BV sowie Art. 197 Abs. 1 lit. a StPO.

<sup>13</sup> Weber, in: Basler Kommentar (Anm. 10), Art. 197 Rdn. 4.

<sup>14</sup> Ausführlich dazu Vetterli, Gesetzesbindung im Strafprozess, Zürich/Basel/Genf 2010, 63 ff. und 167 ff.; Weber, in: Basler Kommentar (Anm. 10), Art. 197 Rdn. 4.

### 2. Allgemeine Regelungen für Zwangsmaßnahmen

#### a) Allgemeine Bestimmungen

Die neue Schweizer StPO sieht für alle Zwangsmaßnahmen in den Art. 196–200 StPO „Allgemeine Bestimmungen“ vor. Zwangsmaßnahmen sind danach nur dann zulässig, wenn sie folgenden Zielen dienen (Art. 196 StPO)<sup>15</sup>:

- a) Beweissicherung;
- b) Sicherstellung der Anwesenheit von Personen im Verfahren; oder
- c) Gewährleistung der Vollstreckung des Endentscheides.

Außerdem muss ein hinreichender Tatverdacht vorliegen und die Maßnahme verhältnismäßig sein, also das mit der Maßnahme verfolgte Ziel nicht durch mildere Maßnahmen erreicht werden können und die Schwere der Straftat die Zwangsmaßnahme rechtfertigen<sup>16</sup>. Grundsätzlich ist bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit (regelmäßig im Rahmen der Zumutbarkeit) eine Abwägung zwischen den (konkreten) öffentlichen Interessen und der Beeinträchtigung der (konkreten) individuellen Grundrechte des Betroffenen vorzunehmen<sup>17</sup>. Ferner regeln die allgemeinen Bestimmungen die Zuständigkeit sowie die Eröffnung der Anordnung einer Zwangsmaßnahme gegenüber den Betroffenen (Art. 198 f. StPO).

#### b) Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips

Geheime Ermittlungsmaßnahmen greifen als Zwangsmaßnahmen in die Grundrechte der betroffenen Personen ein. Deshalb unterliegen sie den Schranken von Art. 36 BV und damit u. a. dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit. Art. 197 StPO statuiert dieses Erfordernis noch einmal ausdrücklich. Eine Maßnahme muss geeignet, erforderlich und zumutbar (Verhältnismäßigkeit i. e. S.) sein. Erforderlich ist ein Eingriff dann, wenn die betreffende Maßnahme in zeitlicher, räumlicher, sachlicher und personeller Hinsicht das Notwendige nicht überschreitet<sup>18</sup>. Die Erforderlichkeit ist nicht nur für die Anordnung vorausgesetzt, sondern auch für deren Ausgestaltung und ihren Vollzug<sup>19</sup>. Die Zumutbarkeit

<sup>15</sup> Vgl. Art. 196 StPO.

<sup>16</sup> Vgl. Wortlaut von Art. 197 StPO.

<sup>17</sup> Weber, in: Basler Kommentar (Anm. 10), Art. 197 Rdn. 11 ff.

<sup>18</sup> Häfelin/Halber/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, Rdn. 322.

<sup>19</sup> Ruckstuhl/Dittmann/Arnold, Strafprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2011, Rdn. 581; Weber, in: Basler Kommentar (Anm. 10), Art. 197 Rdn. 10.

wird durch Abwägung zwischen öffentlichen Interessen und der Beeinträchtigung der individuellen Grundrechte des Betroffenen ermittelt. Zu berücksichtigen sind dabei die konkreten individuellen Interessen<sup>20</sup>.

### c) Mitteilungspflicht und Rechtsschutz

Die StPO statuiert an verschiedenen Stellen Mitteilungspflichten. Nach Art. 279 Abs. 1 StPO muss die Staatsanwaltschaft Personen, deren Telekommunikation heimlich überwacht wurde, spätestens mit Abschluss des Vorverfahrens die Überwachung sowie deren Grund, Art und Dauer mitteilen<sup>21</sup>. Art. 279 Abs. 2 StPO erlaubt ausnahmsweise, dass die Mitteilung mit Zustimmung des Zwangsmassnahmegerichts aufgeschoben oder unterlassen wird, wenn gewonnene Erkenntnisse nicht zu Beweiswecken verwendet werden oder dies mit Rücksicht auf überwiegende öffentliche oder private Interessen geboten erscheint. Die Bedeutung dieser Ausnahmevorschrift in der Praxis ist bisher noch nicht durch einschlägige Kasuistik konkretisiert.

## 3. Heimliche Ermittlungen und das Konzept der Zwangsmaßnahmen

Trotz des Postulats eines *numerus clausus* der Zwangsmaßnahmen (siehe oben III. 1.) zeigt sich auch in der Schweiz, dass die Weiterentwicklung der technischen Möglichkeiten für heimliche Ermittlungen und Überwachungen das traditionelle strafprozessuale Konzept der Ermittlungsmaßnahme als Zwangsmaßnahme sprengt.

Die kontrovers diskutierte Frage der Zulässigkeit eines sog. Antennensuchlaufs auf der Grundlage der strafprozessualen Norm für den Abruf von Verkehrs- und Rechnungsdaten gem. Art. 273 StPO illustriert dies<sup>22</sup>. Beim Antennensuchlauf rufen die Behörden alle Mobiltelefonnummern, die bei Serienstrafaten in der Nähe von Tatorten genutzt wurden, von den (zur Vorratsdatenspeicherung verpflichteten) Providern ab und werten diese – in einer Art Rasterfahndung – aus. Die Inhaber von Nummern, die an allen Tatorten benutzt wurden, werden

<sup>20</sup> Weber, in: Basler Kommentar (Anm. 10), Art. 197 Rdn. 11.

<sup>21</sup> Vgl. dazu etwa Pieth, Strafprozessrecht (Anm. 7), S. 129.

<sup>22</sup> Hansjakob, Zürcher Kommentar zur StPO, Art. 273 Rdn. 4; Jean-Richard-dit-Bressle, in: Basler Kommentar (Anm. 10), Art. 273 Rdn. 6; Schmid, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 273 Rdn. 5.

überprüft. Für ein solches Vorgehen fehlt in der Schweizer StPO eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage. Der „Antennensuchlauf“ könnte allenfalls auf Art. 273 StPO gestützt werden, der aber unter anderem einen dringenden Tatverdacht voraussetzt, also vom Gesetzgeber als eine gegen einen Verdächtigen gerichtete Ermittlungsmaßnahme konzipiert ist und nicht als Fahndungsinstrument. Das Schweizer Bundesgericht sah den „Antennensuchlauf“ nach Begehung mehrerer schwerer Raubüberfälle, bei denen die Strafverfolgungsbehörden im Dunkeln taptten, gleichwohl gem. Art. 273 StPO als zulässig an, weil die gesuchten Täter nur individualisierbar, aber noch nicht individualisiert sein müssten<sup>23</sup>. Das Gericht verdeutlicht aber selbst die Grenzen einer zur Fahndungsmaßnahme umfunktionierten Zwangsmaßnahme: Es verpflichtet die Strafverfolgungsbehörden jedenfalls bei den in der Schnittmenge identifizierten Telefonnummernhabern zur Mitteilung über die Überwachung sowie deren Grund, Art und Dauer gem. Art. 279 StPO.

## 4. Ungeschriebene Regelungen für heimliche Ermittlungsmaßnahmen

Da die neue StPO erst seit einem Jahr in Kraft ist, existieren bisher keine „ungeschriebenen“, also durch Rechtsprechung oder Praxis jenseits des Gesetzeswordlauts etablierten Regelungen. Lediglich ein Beispiel für eine ungeschriebene Regel, oder eher eine Regelungslücke, reicht prominent aus der Vergangenheit in die neue Ära der eidgenössischen StPO hinüber: die Definition des Begriffs der „Verdeckten Ermittlung“.

Weder im früher geltenden BVE noch in der neuen StPO findet sich eine Legaldefinition der verdeckten Ermittlung. Lediglich der frühere Zweckartikel im BVE gab einen gesetzlich verankerten Anhaltspunkt<sup>24</sup>. In der Botschaft des Gesetzgebers vor Inkrafttreten des BVE werden verdeckte Ermittlungen verstanden als „das Knüpfen von Kontakten zu verdächtigen Personen, die darauf abzielen, die Begehung einer strafbaren Handlung festzustellen und zu beweisen, wobei vorwiegend passiv die deliktische Aktivität untersucht wird“<sup>25</sup>. Demgegenüber definierte das Bundesgericht die verdeckte Ermittlung schon vor Inkrafttreten der eidgenössischen StPO als „das Anknüpfen von Kontakten durch

<sup>23</sup> BGr vom 3. 11. 2011, IB\_376/2011.

<sup>24</sup> Art. 1 a BVE: „Verdeckte Ermittlung nach diesem Gesetz hat zum Zweck, mit Angehörigen der Polizei, die nicht als solche erkennbar sind (Ermittlerin oder Ermittler), in das kriminelle Umfeld einzudringen und damit beizutragen, besonders schwere Straftaten aufzuklären.“

<sup>25</sup> BBl 1998 b, S. 4283.



Polizeiangehörige zu verdächtigen Personen, die darauf abzielen, die Begehung einer strafbaren Handlung festzustellen und zu beweisen, wobei die Polizeiangehörigen nicht als solche erkennbar sind<sup>26</sup>.

Diese Rechtsprechung hat tatsächlich praktische Konsequenzen, etwa im Graubereich von präventiv-polizeilichen Maßnahmen und beim Einsatz von V-Leuten. Das hat sich in jüngerer Zeit in Zusammenhang mit sog. Chatroom-Ermittlungen durch die Polizei und bei sog. Alkoholtestkäufen durch Jugendgericht zeigt. In beiden Fallkonstellationen handelt es sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung um verdeckte Ermittlungen, die deshalb den einschlägigen gesetzlichen Grundlagen genügen müssten. Bei den sog. Alkoholtestkäufen fehlt es jedoch regelmäßig an einem entsprechenden Anlassdelikt, da das Verbrechen gesundheitsgefährdender Stoffe an Kinder (Art. 136 StGB) nicht im Deliktskatalog für verdeckte Ermittlungen enthalten ist<sup>27</sup>. In den Chatroom-Fällen erscheinen die Ermittlungen unzulässig, weil in der neuen schweizerischen StPO – anders als im vorher geltenden BVE – sog. präventive verdeckte Ermittlungen nicht mehr vorgesehen sind<sup>28</sup>. Denn nach Ansicht des Gesetzgebers sollte es keine verdachtsunabhängigen heimlichen Ermittlungen auf strafprozessualer Grundlage geben<sup>29</sup>. Diese Lücke muss – wenn gewünscht – durch das Polizeirecht geschlossen werden<sup>30</sup>.

In der Literatur ist die weite Definition der verdeckten Ermittlung, welche den Strafverfolgungsbehörden keinen Spielraum jenseits des Gesetzes belässt, auf unterschiedliches Echo gestoßen. Die Rechtsprechung wurde – teilweise heftig – kritisiert, da eine solche Ausdehnung des Begriffs der verdeckten Ermittlung ein effizientes Ermitteln empfindlich erschwere und die gesetzlichen Vorgaben sinnvoll nur dann Anwendung finden könnten, wenn ein gewisses Maß

<sup>26</sup> BGE 134 IV 266 E. 3.

<sup>27</sup> Vgl. Art. 286 StPO sowie Kantonsgericht Bas-Land v. 10. 2. 2009, forumpoenale 3/2009, 139, E. 2.4.

<sup>28</sup> Art. 286 Abs. 1 lit. a („der Verdacht besteht, eine in Absatz 2 genannte Straftat sei begangen worden“); Schmid, Handbuch (Anm. 10), Rdn. 1187; Knodel, in: Basler Kommentar (Anm. 10), Art. 286 Rdn. 17.

<sup>29</sup> Botschaft zur StPO, BBl 2006 S. 1085, 1255; dies kritisiert Jositsch mit Hinweis auf mögliche strafbare Vorbereitungshandlungen; vgl. Jositsch, AJP 2011, 187. Demgegenüber hält der Bundesrat als Antwort auf die Motion Nr. 08.3841 vom 10. 11. 2009 fest, dass in diesen Fällen bereits eine strafbare Handlung vorliege. Ferner weist er darauf hin, dass die Strafprozessordnung „nicht das richtige Gefäss zur Regelung von Massnahmen, welche der Erkennung und Verhinderung von Straftaten dienen, welche erst begangen werden könnten“, ist (Stellungnahme des Bundesrates vom 18. Februar 2009 zur Motion Nr. 08.3841 von Schmid-Federer).

<sup>30</sup> Jositsch, AJP 2011, 188.

an Täuschungs- bzw. Eingriffsintensität gegeben sei<sup>31</sup>. Die Kritiker der Rechtsprechung monieren auch, dass durch sie eine „verdeckte Fahndung“ ebenso wie „jede Steuerung des Opfers zur Überführung des Verdächtigen“ oder einfache Ermittlungen in Zivil verhindert würden<sup>32</sup>. Scheinkäufe bei Dealern kleiner Mengen von Rauschgift („Kügel-Dealer“) oder Rückrufe auf deren Mobiltelefone gut im Internet, da sie ausserhalb des Deliktskataloges lägen<sup>33</sup>. Von einer echten verdeckten Ermittlung könne aber nicht gesprochen werden, wenn mutmaßliche Straftäter nicht aktiv und mit Heimlichkeitsaufwand über die Identität ihres Gegenübers getäuscht würden<sup>34</sup>. Verschiedene Stimmen in der Literatur möchten den Anwendungsbereich der strikten gesetzlichen Vorgaben zur verdeckten Ermittlung möglichst klein halten, um den Strafverfolgungsbehörden mehr Flexibilität zu geben<sup>35</sup>.

Ein anderer Teil der Lehre begrüßt die Rechtsprechung des Bundesgerichts. Diese Autoren weisen zutreffend darauf hin, dass nicht zwischen verdeckter Ermittlung und verdeckter Fahndung unterschieden werden kann. Vielmehr fungiert jeder zivile Beamte, der mit einer verdächtigen Person kommuniziert, um sie einer Straftat zu überführen, als verdeckter Ermittler, weil er implizit vorgibt, „kein Polizist zu sein“<sup>36</sup>. Nur eine weite Auslegung des Begriffs der verdeckten Ermittlung gewährleistet den durch die gesetzliche Regelung intendierten Schutz<sup>37</sup> und kompensiert die Einbuße an Grund- und Verfahrensrechten der Betroffenen, die notwendigerweise mit heimlichen Ermittlungsmaßnahmen einhergeht<sup>38</sup>.

## 5. Grenzen für heimliche Ermittlungsmaßnahmen

Heimliche Ermittlungen unterliegen – schon als formale Zwangsmaßnahmen – in verschiedener Weise Grenzen. Allgemeine Beschränkungen, wie der Gesetzes-

<sup>31</sup> An Stelle vieler: Hansjakob, forumpoenale 6/2008, 361, 364.

<sup>32</sup> Hansjakob, Zürcher Kommentar zur StPO, Art. 286 Rdn. 20.

<sup>33</sup> Hansjakob, Verdeckte polizeiliche Ermittlung und BVE, Sicherheit Recht, 2/2009, 148.

<sup>34</sup> Schmid, Handbuch (Anm. 10), Rdn. 1183.

<sup>35</sup> Bischoff/Lanter, Verdeckte polizeiliche Ermittlungshandlungen, Jusletter vom 14. Januar 2008.

<sup>36</sup> Vetterli, forumpoenale 6/2008, 368.

<sup>37</sup> Albrecht, Skript „Strafprozessrecht Vertiefung“, S. 27.

<sup>38</sup> Albrecht, AJP 2002, 633; ähnlich: Pletth, Strafprozessrecht (Anm. 7), S. 137 f.; Gless, forumpoenale 1/2011, 28; Vetterli, forumpoenale, 6/2008, 367 ff. (370 f., noch in Bezug auf das abVE).

vorbehalt und die Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, wurden bereits erläutert (siehe oben III.2. a). Darüber hinaus enthalten die einzelnen Ermächtigungsrundlagen weitere Vorgaben dafür, wann im Einzelfall nicht offen, sondern heimlich ermittelt werden darf, namentlich durch (a) Anforderungen an den Verdachtsgrad, (b) Begrenzung der Anwendbarkeit mit Hilfe von Straftatenkatalogen sowie (c) eines Subsidiaritätsvorbehalts.

### a) Verdachtsanforderungen

Ein begründeter Tatverdacht ist eine klassische Hürde, die Strafverfolgungsbehörden – auch im Schweizer Strafprozessrecht – überwinden müssen, bevor Zwangsmaßnahmen gegen ein Individuum angeordnet werden. Ein Haftbefehl darf beispielsweise nur erlassen werden, wenn dringender Tatverdacht gegen eine Person besteht und ein Haftgrund vorliegt (Art. 221 StPO).

Für die Anordnung der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 269 ff.) bedarf es ebenfalls eines dringenden Tatverdachts. Das heißt, es bedarf qualitativ „guter Hinweise“<sup>39</sup>, objektiver Anhaltspunkte, „die dafür sprechen, dass die beschuldigte Person Täterin eines Verbrechens oder Vergehens ist“<sup>40</sup>. Die Rechtsprechung hat hier bereits eine erste Formel für Haftsuchten etabliert: Danach ist grundsätzlich zu prüfen, „ob genügend konkrete Anhaltspunkte für eine Straftat und eine Beteiligung ... vorliegen, die Untersuchungsbehörden somit das Bestehen eines dringenden Tatverdachts mit vertretbaren Gründen“ bejahen dürfen<sup>41</sup>. Bei der Prüfung eines dringenden Tatverdachts soll ein Haftgericht also weder ein eigentliches Beweisverfahren durchführen noch dem erkennenden Strafgericht vorgreifen; lediglich wenn ein „liquider Alibibeweis“ angeboten wird, kommt es zum Beweisverfahren<sup>42</sup>. Diese Konkretisierung des dringenden Tatverdachts ist jedoch im Bereich geheimer Ermittlungen nur bedingt als Hürde gegen verdachtsunabhängige Eingriffe geeignet, die oftmals auf Informationen von Unbekannten beruhen. Das zeigt wiederum der sog. Antennensuchlauf (siehe oben III.3.)<sup>43</sup>; Art. 273 StPO setzt unter anderem einen „dringenden Tatverdacht“ voraus, ist aber keine gegen einen bestimmten Verdächtigten gerichtete Ermittlungsmaßnahme. Das Schweizer Bundesgericht sah – wie oben dargelegt – den „Antennensuchlauf“ nach

<sup>39</sup> Jean-Richard-dit-Bresse, in: Basler Kommentar (Anm. 10), Art. 269 Rdn. 35.

<sup>40</sup> Schmid, Praxiskommentar (Anm. 22), Art. 221 Rdn. 4.

<sup>41</sup> BGE 116 Ia 143, 146, E. 3 c.

<sup>42</sup> Vgl. BGE 124 I 208 E. 3 S. 210 mit Hinweisen; Urteil 1B\_330/2009 vom 2. Dezember 2009 E. 3.

<sup>43</sup> BGER vom 3. 11. 2011, 1B\_376/2011, E. 6.

Begehung mehrerer schwerer Raubüberfälle gleichwohl gem. Art. 273 StPO als zulässig an, weil jedenfalls die Tatbegehung als solche feststehe und die gesuchten Täter vor Durchführung der Maßnahme lediglich individualisierbar, aber noch nicht individualisiert sein müssten<sup>44</sup>.

Bei den anderen geheimen Überwachungsmethoden reicht nach den gesetzlichen Vorgaben ohnehin bereits ein hinreichender Tatverdacht für die Anordnung aus<sup>45</sup>. Für diesen – teilweise auch als „Anfangsverdacht“<sup>46</sup> oder „mittlerer Verdacht“<sup>47</sup> bezeichneten – Verdachtsgrad soll es ausreichen, wenn erhebliche Gründe für das Vorliegen eines strafbaren Verhaltens sprechen<sup>48</sup> oder wenn ein strafbares Verhalten glaubhaft gemacht wird<sup>49</sup>.

### b) Straftatenkataloge

Das Schweizer Recht arbeitet ferner mit Straftatenkatalogen, um den Einsatz heimlicher Ermittlungsmethoden zu begrenzen: Strafprozessuale Ermittlungen in Form der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs oder der verdeckten Ermittlung dürfen nach den Vorgaben der neuen Schweizer StPO nur zur Aufklärung ausdrücklich in einem Katalog festgelegter Taten durchgeführt werden.

Die einschlägigen Straftatenkataloge sind jedoch sehr umfassend ausgefallen. Der vom Gesetzgeber deklarierten Intention, dass sich verdeckte Ermittlungen auf schwere oder qualifizierte Straftaten sowie Officialdelikte beschränken sollen<sup>50</sup>, tragen die Kataloge nicht Rechnung<sup>51</sup>; sie umfassen sogar auch Antragsdelikte (Art. 138 Ziff. 1 Abs. 4 StGB; Veruntreuung zum Nachteil eines Familienmitglieds; Art. 139 Ziff. 4 StGB; Diebstahl zum Nachteil eines Familienmitglieds). Stimmen in der Literatur schlagen deshalb vor, die Schwere der Straftat durch eine Einzelfallbewertung sicherzustellen<sup>52</sup>.

Anderere heimliche Ermittlungsmaßnahmen sind in ihrer Anwendbarkeit nicht auf einen bestimmten Deliktskatalog begrenzt, auch wenn sie aus Sicht der

<sup>44</sup> BGER vom 3. 11. 2011, 1B\_376/2011.

<sup>45</sup> Art. 281 StPO: „... nur gegenüber der beschuldigten Person ...“; Art. 282 StPO: „... aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist ...“; Art. 284 StPO: „... zwischen einer beschuldigten Person und ...“; Art. 286 StPO: „... der Verdacht besteht, ...“.

<sup>46</sup> Pleth, Strafprozessrecht (Anm. 7), S. 169.

<sup>47</sup> Schmid, Handbuch (Anm. 10), Rdn. 1228.

<sup>48</sup> Omlin, in: Basler Kommentar (Anm. 10), Art. 309 Rdn. 26 ff.

<sup>49</sup> Oberholzer, Strafprozessrecht, Rdn. 1789.

<sup>50</sup> BBI 2005–2318 (SR 05.092), S. 1255.

<sup>51</sup> Knodel, in: Basler Kommentar (Anm. 10), Art. 286 Rdn. 21.

<sup>52</sup> Knodel, in: Basler Kommentar (Anm. 10), Art. 286 Rdn. 23 mit Verweis auf Rdn. 19.

Bevölkerung als ebenso schwerwiegender Eingriff angesehen werden können, wie etwa die Überwachung von Bankbeziehungen. In der Botschaft zur schweizerischen Strafprozessordnung<sup>53</sup> oder in den Wortprotokollen aus dem Parlament<sup>54</sup> finden sich dafür keine Erklärung<sup>55</sup>.

### c) Subsidiaritätsklausel

Sowohl die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 269 Abs. 1 lit. c StPO) als auch die verdeckte Ermittlung (Art. 286 Abs. 1 lit. c StPO) sind an die Voraussetzung geknüpft, dass die bisherigen Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sind oder die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden. Eine etwas andere Subsidiaritätsklausel findet sich in Art. 282 Abs. 1 lit. b StPO. Eine Observation ist nur zulässig, wenn die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden. Hier ist also nicht erforderlich, dass die bisherigen Untersuchungshandlungen ohne Erfolg geblieben sind<sup>56</sup>.

Diese Subsidiaritätsvorbehalte sollen das Prinzip der Verhältnismässigkeit nach Art. 197 lit. c StPO konkretisieren<sup>57</sup>. Jedoch stellt die h. M. an den Nachweis der Subsidiarität in der Praxis keine hohen Anforderungen<sup>58</sup>. So genügt in der Regel die Feststellung, dass andere Untersuchungsmethoden aufgrund kriminallistischer Erfahrung voraussichtlich ineffizient sein werden<sup>59</sup>. Das führt letztlich dazu, dass die Subsidiaritätsklauseln praktisch kaum eine – über den allgemeinen Verhältnismässigkeitsgrundsatz hinausgehende – Funktion erfüllen können. Deshalb sind erhöhte Anforderungen zu stellen, etwa in Fällen, in denen die Schwere des Delikts gerade an der unteren Grenze liegt<sup>60</sup>.

53 BBl 2005–2318 (SR 05.092), S. 1254 f.

54 Abrufbar unter: [http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20050092](http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20050092) (Stand: 30. 4. 2012).

55 Art. 318 f. VE-StPO sowie Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, S. 189 f.

56 Katzenstein, in: Basler Kommentar (Anm. 10), Art. 282 Rdn. 17.

57 Jean-Richard-dit-Bressel, in: Basler Kommentar (Anm. 10), Art. 269 Rdn. 42; Knodel, in: Basler Kommentar (Anm. 10), Art. 286 Rdn. 22.

58 Blattner, forumpoenale 3/2010, 145; Hansjakob, ZStR 126/2008, 93 f.; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 68 N. 11.

59 Jean-Richard-dit-Bressel, in: Basler Kommentar (Anm. 10), Art. 269 Rdn. 41 m. w. N.

60 Jean-Richard-dit-Bressel, in: Basler Kommentar (Anm. 10), Art. 269 Rdn. 42.

## 6. (Nachträgliche) Richterliche Genehmigung

Grundsätzlich können Zwangsmaßnahmen durch die Staatsanwaltschaft, das (Zwangsmaßnahme-)Gericht oder (in den gesetzlich vorgesehenen Fällen) die Polizei angeordnet werden<sup>61</sup>.

*Geheime* Überwachungsmaßnahmen müssen regelmäßig durch das sog. Zwangsmaßnahmegericht genehmigt werden. Dieses Gericht ist – je nach kantonalen Regelung – entweder mit einem Einzelrichter oder als Kollegialgericht besetzt<sup>62</sup>. Es muss unabhängig von anderen Instanzen sein, die Zwangsmaßnahmen anordnen<sup>63</sup>. In die Genehmigungskompetenz des Zwangsmaßnahmegerichts fallen die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, die Überwachung mit technischen Geräten, die Überwachung von Bankbeziehungen und die verdeckte Ermittlung (Art. 289 StPO).

Lediglich die Observation für höchstens einen Monat kann im Ermittlungsverfahren durch die Polizei angeordnet werden. Danach muss ihre Fortsetzung durch die Staatsanwaltschaft bewilligt werden<sup>64</sup>. Dieses auf einer nachträglichen Genehmigung, und nicht auf einer vorgängigen justiziellen Anordnung basierenden Modell führt – wie auch von kritischen Stimmen bemerkt – letztlich zu einer (weiteren) Verpolizeilichung des Strafverfahrens<sup>65</sup>.

## IV. Konsequenzen aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis

Geht man davon aus, dass ein Strafverfahren in der Schweiz regelmäßig offen geführt werden soll und nur ausnahmsweise, wenn andere Maßnahmen nicht erfolgsversprechend sind, auch heimlich ermittelt werden darf, dann sollte dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis Konsequenzen für den rechtlichen Rahmen geheimer Ermittlungen haben. Leider hat sich dieser Gedanke noch nicht in allen Bereichen durchgesetzt.

Während bei der Durchführung offener Ermittlungen besondere Vertrauensverhältnisse anerkannt und unter bestimmten Umständen geschützt werden, ist dies bei geheimen Ermittlungen nicht immer der Fall. Ein Beispiel dafür sind die

61 Art. 198 StPO.

62 Art. 18 StPO.

63 Pletli, Strafprozessrecht (Anm. 7), S. 63 f.

64 Art. 282 Abs. 2 StPO.

65 Oberholzer, forumpoenale 4/2011, 225 ff.



Zeugnisverweigerungsrechte von Personen, die in einem Näheverhältnis zu einer verdächtigten Person stehen<sup>66</sup>. Die Schweizer StPO unterscheidet beim Schutz von Vertrauensverhältnissen grundlegend zwischen dem Vertrauensverhältnis zu einem Amts- und Berufsheimlichkeitsträger und dem Vertrauensverhältnis sich aus einer persönlichen Beziehung ergibt. Lediglich das Vertrauensverhältnis zu Amts- und Berufsheimlichkeitsträgern unterliegt auch bei Durchführung geheimer Ermittlungen grundsätzlich einem gewissen Schutz<sup>67</sup>. Praktisch ist eine sog. Triage (Sichtungsvorgang) durch eine richterliche Behörde vorgesehen<sup>68</sup>, denn den im Verfahren selbst ermittelnden Strafverfolgungsbehörden dürfen keine Berufsheimliche zur Kenntnis gelangen<sup>69</sup>. Vertrauenspersonen aus persönlichem Verhältnis wird zwar ein Zeugnisverweigerungsrecht zugestanden, damit sie nicht in die Zwangslage gebracht werden, einen Nahestehenden bewusst durch eine Aussage belasten zu müssen<sup>70</sup>; Beweismittel, die unabhängig von der Mitwirkung der Vertrauensperson erlangt werden – etwa belastendes Material aus einer Telefonüberwachung – sind jedoch nicht durch ausdrückliche Regelung von der Verwertung ausgeschlossen.

## V. Heimliche Ermittlungen zugunsten anderer Zwecke

Grundsätzlich dürfen heimliche Ermittlungsmaßnahmen nur den in der StPO ausdrücklich genannten Zwecken dienen. Gewisse Ausnahmen gelten aber für Zufallsfunde sowie für die Verwendung durch Nachrichtendienste.

### 1. Umgang mit Zufallsfunden

Den Umgang mit Zufallsfunden regelt Art. 278 StPO für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs sowie Art. 296. StPO für den Einsatz des verdeckten Ermittlers. Als Zufallsfunde gelten Erkenntnisse über andere Straftä-

ten als diejenige, für welche die geheime Überwachungsmaßnahme angeordnet wurde<sup>71</sup>.

Art. 278 StPO unterscheidet einerseits die Zufallsfunde, die gegenüber dem bereits (einer anderen Tat) Verdächtigen bezüglich einer anderen Tat erhoben werden (Abs. 1), und Zufallsfunden gegenüber einer bisher nicht verdächtigen Person (Abs. 3)<sup>72</sup>. Diese Unterscheidung besteht so für den Bereich der verdeckten Ermittlung nicht<sup>73</sup>. Grund dafür ist nach Angabe des Gesetzgebers die Tatsache, dass sich die verdeckte Ermittlung nicht gegen eine bestimmte Person richtet<sup>74</sup>. Ein Zufallsfund darf verwertet werden, wenn zur Aufklärung der neu entdeckten Straftat eine verdeckte Ermittlung hätte angeordnet werden dürfen<sup>75</sup>. Nicht erforderlich ist dann ein bestehender Tatverdacht im Zeitpunkt der Anordnung<sup>76</sup>. Die Staatsanwaltschaft ist aber in jedem Fall dazu verpflichtet, unverzüglich die verdeckte Ermittlung anzuordnen und das Genehmigungsverfahren einzuleiten<sup>77</sup>. Nicht erlaubt ist es, aufs Geratewohl während des Einsatzes nach weiteren Delikten zu suchen. Dies würde als unerlaubte Beweisausforschung („fishing expedition“) angesehen<sup>78</sup>.

Fraglich ist jedoch, was mit Erkenntnissen über strafbare Handlungen dritter Personen geschehen soll, wenn die verdeckte Ermittlung gerade gegenüber einer spezifischen Person angeordnet wurde. Zum Teil wird hier in der Literatur vertreten, dass in diesen Fällen keine nachträgliche Genehmigung notwendig sei<sup>79</sup>. Nach anderer Auffassung bedarf es auch hier jedenfalls einer nachträglichen Genehmigung, sonst seien die erlangten Informationen nicht als Beweise verwertbar<sup>80</sup>. Insbesondere mit Blick auf die Rechte der betroffenen Personen<sup>81</sup> wäre eine Gleichbehandlung mit den Zufallsfunden im Rahmen der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs mehr als nur angebracht<sup>82</sup>.

71 Art. 278 Abs. 1 sowie Art. 296 Abs. 1 StPO.

72 *Hansjakob*, Zürcher Kommentar StPO, Art. 296 Rdn. 7; *Pieth*, Strafprozessrecht (Anm. 7), S. 130.

73 *Pieth*, Strafprozessrecht (Anm. 7), S. 137.

74 BBl 2005–2318 (SR 05.092), S. 1257; ebenso *Pieth*, Strafprozessrecht (Anm. 7), S. 137.

75 Art. 296 Abs. 1; *Pieth*, Strafprozessrecht (Anm. 7), S. 130, 137; *Knodel*, in: *Basler Kommentar* (Anm. 10), Art. 296 Rdn. 1; *Jaggi*, ZBlV 147/2011, 8.

76 *Knodel*, in: *Basler Kommentar* StPO, Art. 296 Rdn. 2.

77 *Hansjakob*, Zürcher Kommentar StPO, Art. 296 Rdn. 9.

78 *Knodel*, in: *Basler Kommentar* (Anm. 10), Art. 296 Rdn. 6.

79 *Jaggi*, ZBlV 147/2011, 34 f. m. w. N.

80 *Hansjakob*, Zürcher Kommentar StPO, Art. 296 Rdn. 7.

81 Vgl. hierzu eingehend *Pieth*, Strafprozessrecht (Anm. 7), S. 138 f., der auf die Gefahr der Umgehung von Verteidigungsrechten hinweist.

82 Im Ergebnis ebenso *Knodel*, in: *Basler Kommentar* (Anm. 10), Art. 297 Rdn. 5.

66 Art. 170 ff. StPO.

67 Vgl. Art. 271 Abs. 1 Satz 1 StPO; *Pieth*, Strafprozessrecht (Anm. 7), S. 157f.

68 *Schmid*, Handbuch (Anm. 10), Rdn. 1146.

69 Art. 271 Abs. 1 StPO letzter Satz.

70 Vgl. zur parallelen Problematik der Beschlagnahme bei Zeugnisverweigerungsberechtigten Personen *Heimgartner*, Zürcher Kommentar StPO, Art. 264 N. 7, N. 14.

## 2. Weiterleitung von Informationen an Nachrichtendienste

Nach Art. 12 BWIS<sup>83</sup> besteht eine Pflicht der Kantone, dem Nachrichtendienst des Bundes unaufgefordert Meldung über die Feststellung einer konkreten Gefährdung der inneren oder äußeren Sicherheit zu erstatten. Art. 13 BWIS hält fest, welche Behörden und Amtsstellen zu Auskünften verpflichtet sind. Darunter fallen gem. Art. 13 Abs. 1 lit. a BWIS auch die Strafverfolgungsorgane. Die Botenschaft nennt als mögliche Ursache einer solchen Gefährdung Terrorismus, verbötenen Nachrichtendienst, gewalttätigen Extremismus oder organisiertes Verbrechen<sup>84</sup>. Dabei wird eine Liste der unaufgefordert zu meldenden Vorgänge jedes Jahr durch den Bundesrat genehmigt<sup>85</sup>.

Der Nachrichtendienst ist auch zur eigenständigen Ermittlung befugt. Art. 14 Abs. 1 BWIS hält dazu fest: „Die Sicherheitsorgane des Bundes und der Kantone beschaffen die Informationen, welche zur Erfüllung der Aufgaben nach diesem Gesetz notwendig sind. Sie können diese Daten beschaffen, selbst wenn dies für die betroffenen Personen nicht erkennbar ist.“ Im Bereich von strafprozessualen Zwangsmaßnahmen und geheimen Überwachungsmethoden sind – so jedenfalls die Botenschaft – die Regelungen der StPO einzuhalten<sup>86</sup>.

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass Erkenntnisse aus verdeckten Ermittlungsmaßnahmen, wenn sie eine Gefährdung für die innere oder äussere Sicherheit darstellen, an den Nachrichtendienst weitergeleitet werden müssen. Zufallsfunde werden weder im Gesetz noch in der Botenschaft explizit erwähnt. Da jedoch eine Informationspflicht für die Kantone besteht, wenn eine konkrete Gefährdung für die innere oder äussere Sicherheit festgestellt wird, wird diese Pflicht wohl auch die Zufallsfunde umfassen. Eine klarere Regelung auf Gesetzesebene wäre jedoch wünschenswert.

## VI. Perspektiven

Die Regelung heimlicher Ermittlungsmaßnahmen in der neuen Schweizer StPO hat die rechtspolitische Kontroverse um Zulässigkeit und Grenzen geheimer strafprozessualer Beweissammlung nicht beendet. Mit der Weiterentwicklung

<sup>83</sup> Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21. März 1997 (SR 120).

<sup>84</sup> Bottschaft 94.028, 1994, BBl S. 1127, 1177.

<sup>85</sup> Bottschaft 94.028, 1994, BBl S. 1127, 1177.

<sup>86</sup> Bottschaft 94.028, 1994, BBl S. 1127, 1180.

der technischen Möglichkeiten einer Überwachung stellen sich immer neue Fragen. Es liegen auch bereits wieder Reformvorschläge vor. So soll etwa mit einem neuen Art. 285 a StPO der Begriff der verdeckten Ermittlung durch eine Zweckumschreibung stark eingeengelt (und damit verbunden der Bereich für nicht durch die StPO regulierte heimliche Überwachung ausgedehnt<sup>87</sup>) werden:

„Art. 285 a Zweck

Verdeckte Ermittlung nach diesem Gesetz hat zum Zweck, mit Angehörigen der Polizei oder zu diesem Zweck beigezogenen anderen Personen, die nicht als polizeiliche Funktionäre erkennbar sind (Ermittlerin oder Ermittler), aktiv, mit erheblicher Täuschungs-, Handlungs- und Eingriffsintensität auf eine gewisse Dauer angelegt, in das kriminelle Umfeld einzudringen und damit beizutragen, besonders schwere Straftaten aufzuklären. Nicht unter die Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung fallen namentlich:

- die einfache Lüge, das Auftreten in milieuangepasster Erscheinung sowie die blosse Verheimlichung der Identität;
- einfache Scheinkäufe<sup>88</sup>.“

Die Einschränkung des Anwendungsbereichs der strafprozessualen Bestimmungen eröffnet vor allem die Möglichkeit für sog. nicht-offene Vorermittlungen. Obnehin soll künftig auch eine „verdeckte Fahndung“ Eingang in die StPO finden<sup>89</sup>. Sie soll sich an die Regelungen zur verdeckten Ermittlung anlehnen<sup>90</sup>. Eine Anordnung durch die Polizei für bis zu einem Monat ist vorgesehen, bevor es einer Genehmigung durch die Staatsanwaltschaft bedarf<sup>91</sup>.

Darüber hinaus sieht man weiteren Reformbedarf vor allem betreffend die Strafverfolgung im virtuellen Raum. Hier geht es darum, „die Möglichkeiten der Internetüberwachung zur Aufklärung von Straftaten zu erweitern“<sup>92</sup>. Nach dem Anliegen des Gesetzgebers soll aber nicht quantitativ mehr, sondern qualitativ besser überwacht werden können<sup>93</sup>. Dazu soll die StPO unter anderem um folgende Regelung ergänzt werden:

„Art. 270 Abfangen und Entschlüsselung von Daten

Sind bei einer Überwachung des Fernmeldeverkehrs die bisherigen Maßnahmen erfolglos geblieben oder wären andere Überwachungsmaßnahmen aus-

<sup>87</sup> Bericht der Kommission für Rechtsfragen vom 12. Mai 2011 (08.458 n), S. 5.

<sup>88</sup> Parlamentarische Initiative 08.458, eingereicht von Daniel Jositsch am 29. September 2008.

<sup>89</sup> Vorentwurf zur Änderung der Schweizerischen Strafprozessordnung, Art. 298 a ff.

<sup>90</sup> Bericht der Kommission für Rechtsfragen vom 12. Mai 2011 (08.458 n), S. 6.

<sup>91</sup> Art. 298 b Abs. 2 VE-StPO.

<sup>92</sup> NZZ vom 10. August 2011, S. 9.

<sup>93</sup> Medienmitteilung des EJPD vom 19. Mai 2010.

sichtslos oder würden die Überwachung unverhältnismässig erschweren, so kann die Staatsanwaltschaft auch ohne Wissen der überwachten Person das Einführen von Informatikprogrammen in ein Datensystem anordnen, um die Daten abzufangen und zu lesen. Die Staatsanwaltschaft gibt in der Anordnung der Überwachung an, auf welche Art von Daten sie zugreifen will. Die Anordnung bedarf der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht.<sup>94</sup>

Die vorgeschlagene Regelung zum Einsatz von „Staatstrojanern“ oder – um einen neutralen Begriff bemüht – „GovWare“ gehört zu einem Gesamtpaket zur Revision des BÜPF (siehe oben I.), das die Behörden – quasi dynamisch – in die Lage versetzen soll, Kommunikation im Internet auf dem jeweiligen Stand der Technik zu kontrollieren. Die technische Umsetzung und die Kosten sollen auf die jeweiligen Anbieter von Diensten überbürdet werden<sup>95</sup>. Obwohl das Grundanliegen einer Kontrolle des Internet in der Schweiz weitgehend Zustimmung findet, traf der konkret vorgelegte Reformvorschlag des Einsatzes von „Staatstrojanern“ aus verschiedenen Gründen auf breiten politischen und gesellschaftlichen Widerspruch<sup>96</sup>. Im Kern wollen die politischen Organe jedoch an ihrem Vorhaben festhalten<sup>96</sup>.

Das bestehende Recht und die Rechtspraxis ebenso wie die kurz vorgestellten Reformvorschläge führen auch in der Schweiz immer wieder zu der altbekannten Grundfrage: Darf bzw. wann muss ein Staat sich an seinen Maximen eines offenen Strafverfahrens festhalten lassen und den verdächtigsten Personen offiziell, förmlich und unter Offenlegung des strafrechtlichen Vorwurfs gegenüber treten und wann dürfen die Behörden heimlich überwachen, um dadurch Beweismittel für ein Strafverfahren zu sammeln? In der Schweiz hat man – trotz des Inkrafttretens einer neuen StPO – diese Frage noch nicht in einer für alle befriedigenden Weise geklärt. Vielmehr suchen Praxis, Rechtswissenschaft und Rechtspolitik derzeit in dem neuen Regel-Ausnahme-Regelwerk über heimliche Ermittlungsmaßnahmen in der Schweizer StPO einen konsensfähigen Weg für eine Strafverfolgung, die eine effiziente Aufklärung von Straftaten ermöglicht, aber die Verfahrensrechte der Betroffenen, insbesondere des Beschuldigten,

<sup>94</sup> Vgl. Art. 21 ff. des Vorentwurfes sowie den Erläuternden Bericht zur Änderung des BÜPF no. 1.4.6 und no. 2.5; <http://www.admin.ch/ch/d/sgg/pc/documents/1719/Bericht.pdf> (Stand: 30. 4. 2012). Interessant sind in diesem Zusammenhang die vorgesehenen Strafvorschriften betreffend die Diensteanbieter, Art. 31 des Vorentwurfs.

<sup>95</sup> Hier treffen unterschiedlichste Interessen aufeinander, nämlich wirtschaftliche Interessen der Provider, Freiheitsinteressen von Internet-Akteuren und Bedenken von liberalen politischen Kreisen gegenüber invasiven Überwachungseingriffen. Vgl. dazu aus strafprozessualer Sicht den Erläuternden Bericht zur Änderung des BÜPF v. 6. 10. 2000 no. 2.10; BBl 2000 S. 5128–5141, <http://www.admin.ch/ch/d/sgg/pc/documents/1719/Bericht.pdf> (Stand: 30. 4. 2012).

<sup>96</sup> Gless, Strafverfolgung im Internet, ZStrR 2012, 6 ff.

ebenso achtet wie die Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger. In diesem Spannungsfeld müssen sich die neuen Institutionen und Regelungen bewähren – ein schwieriges, aber spannendes Unterfangen.