

## **"Veruntreuungsfalle" – eine verdeckte Ermittlung?**

Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 23. August 2011 i.S.  
*Staatsanwaltschaft des Kantons Luzern gegen X.* 6B\_141/2011.

Bemerkungen von Prof. Dr. Peter Albrecht, Basel und Bern

### *Sachverhalt:*

Die Polizeibeamtin X. nahm am 21. Juni 2008 am Schalter der Stadtpolizei Luzern von einer Finderin ein Couvert mit Fr. 550.-- entgegen und stellte eine Fundanzeige aus. Das Geld gelangte aber nie an das Fundbüro. Daher bestand der Verdacht, X. habe das Geld veruntreut. Mit Genehmigung der Amtsstatthalterin Luzern stellte die Polizei eine "Veruntreuungsfalle", indem ein Mittelsmann der Polizei am 8. Oktober 2008 der diensthabenden X. eine Bauchtasche, enthaltend unter anderem € 153.--, abgab mit der Bemerkung, diese sei von Touristen gefunden worden, in deren Auftrag er sie abliefern. Vor Dienstschluss von X. wurde festgestellt, dass diese das Formular "Fundanzeige" insoweit nicht richtig ausgefüllt hatte, als dass sie darin das in der Bauchtasche enthaltene Notengeld nicht aufgeführt hatte. Nachdem X. ihren Nachtdienst beendet hatte, wurde sie am 9. Oktober 2008, um 07.00 Uhr, an ihrem Arbeitsplatz festgenommen und in der Folge polizeilich befragt. Sie gab zu, den Betrag von € 150.- aus der Bauchtasche behündigt zu haben. Anlässlich einer zweiten polizeilichen Befragung am Nachmittag desselben Tages räumte sie nach anfänglichem Bestreiten auch ein, den Betrag von Fr. 550.--, der am 21. Juni 2008 abgegeben worden war, an sich genommen zu haben. X. widerrief später ihr Geständnis betreffend den Vorfall vom 21. Juni 2008, bestätigte hingegen den Vorfall vom 8. / 9. Oktober 2008.

Das Amtsgericht Luzern-Stadt sprach X. mit Urteil vom 15. März 2010 vom Vorwurf der qualifizierten Veruntreuung, angeblich begangen am 21. Juni 2008, in Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo" frei. Es sprach sie hingegen der qualifizierten Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 und 2 i.V.m Art. 172<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB, begangen am 8. / 9. Oktober 2008, schuldig und bestrafte sie mit einer Busse von 800 Franken.

Auf Appellation der Staatsanwaltschaft und Anschlussappellation der Verurteilten hin sprach das Obergericht des Kantons Luzern X. mit Urteil vom 22. November 2010 vom Vorwurf der qualifizierten Veruntreuung, angeblich begangen am 21. Juni 2008 und am 8. / 9. Oktober 2008, frei.

Die von der Staatsanwaltschaft dagegen erhobene Beschwerde in Strafsachen wurde mit Urteil vom 23. August 2011 von der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts gutgeheissen.

*Zusammenfassung der Erwägungen:*

Im Zentrum der rechtlichen Erörterungen steht die Frage, ob der Einsatz des polizeilichen Mittelsmannes die Voraussetzungen einer verdeckten Ermittlung im Sinne des hier massgebenden aBVE erfüllt. Das Bundesgericht verweist hierfür zunächst auf seine in BGE 134 IV 366 ff. begründete und inzwischen mehrfach bestätigte Rechtsprechung zum Begriff des verdeckten Ermittlers. Dabei legt es diesen Begriff bewusst weit aus: "Dem Gesetz lässt sich keine hinreichend klare Grundlage für die Auffassung entnehmen, dass eine verdeckte Ermittlung nur bei einer (wie auch immer zu definierenden) gewissen Täuschungs- und / oder Eingriffsintensität beziehungsweise Dauer des Einsatzes angenommen werden kann. Diese Kriterien sind im Übrigen zu vage und daher für die Bestimmung des Anwendungsbereichs des Gesetzes ungeeignet. Das Bundesgericht hat klargestellt, dass das als wesentlich erkannte Kriterium des 'Anknüpfens von Kontakten' das Element eines aktiven, zielgerichteten Verhaltens enthält." (BGer. vom 23. 8 2011, 6B\_141/2011, E. 2.2)

Gestützt auf die dargelegte allgemeine Begriffsbestimmung gelangt das Bundesgericht sodann zur Ansicht, die vorliegend in Frage stehende fingierte Fundabgabe ("Veruntreuungsfalle") sei nicht als verdeckte Ermittlung im Sinne des aBVE zu qualifizieren: "Der Mittelsmann der Polizei beschränkte sich darauf, ..... der diensttuenden Beschwerdegegnerin, die im Verdacht stand, im Juni 2008 eine Fundsache veruntreut zu haben, eine Bauchtasche samt Inhalt abzugeben mit der wahrheitswidrigen Bemerkung, diese sei von Touristen gefunden worden, in deren Auftrag er sie abliefere. Danach entfernte er sich wieder. Damit fanden kein Gespräch und keinerlei Interaktion zwischen den beiden Beteiligten im Hinblick auf die Begehung einer strafbaren Handlung statt. Wohl wurde die verdächtige Zielperson getäuscht, indem der Mittelsmann der Polizei sich nicht als solcher zu erkennen gab und wahrheitswidrig erklärte, bei der Bauchtasche handle es sich um einen Fundgegenstand. Doch wirkte der Mittelsmann der Polizei weder auf die Zielperson ein, noch wäre es aufgrund eines irgendwie gearteten Zusammenwirkens anlässlich seines Erscheinens am Dienstort der Zielperson zu einer strafbaren Handlung gekommen. Daher ist das wesentliche Kriterium des 'Anknüpfens von Kontakten' nicht erfüllt. Es ging beim Einsatz nur darum, einen Gegenstand als eine während der Dienstzeit der verdächtigen Zielperson abgegebene Fundsache kenntlich zu machen. Daher hätte der Mittelsmann der Polizei ebenso gut den Gegenstand etwa versehen mit der Aufschrift 'gefunden' wortlos während der Dienstzeit der verdächtigen Zielperson auf dem Polizeiposten deponieren können. Das Anknüpfen eines Kontaktes mit der Zielperson war gerade nicht erforderlich. Die Beschwerdegegnerin ihrerseits beging die ihr angelastete Veruntreuung aufgrund einer vom Verhalten des Mittelsmannes der Polizei unabhängigen Entscheidung." (E. 2.3)

*Bemerkungen:*

1. Im Hinblick auf die Bedürfnisse der Rechtssicherheit ist es sehr bedauerlich, dass weder im BVE noch in der nunmehr geltenden StPO eine Legaldefinition der verdeckten Ermittlung enthalten ist (ebenso SABINE GLESS, in: *formpoenale* 2011, 30). Dieser Mangel hat in der Praxis zu erheblichen Verunsicherungen geführt. Umso bedeutsamer ist deshalb die durch die Rechtsprechung entwickelte Begriffsbestimmung. So sprach sich das Bundesgericht in seinem ausführlich begründeten Grundsatzurteil aus dem Jahre 2008 überaus deutlich für ein *weites Verständnis der verdeckten Ermittlung* aus (BGE 134 IV 266 ff. [269 ff., E. 3]). Der Entscheid stiess freilich zum Teil auf heftigen Widerspruch (Nachweise bei DANIEL JOSITSCH / ANGELIKA MURER MIKOLÁSEK, Wenn polizeiliche Ermittler im Chatroom in Teufels Küche kommen – oder wie das Bundesgericht neue Probleme geschaffen hat, *AJP* 2011, 185 ff.), dies namentlich bei Autoren, die den Strafverfolgungsbehörden nahe stehen (z.B. THOMAS HANSJAKOB, in: A. Donatsch / Th. Hansjakob / V. Lieber [Hrsg.], *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO]*, Zürich / Basel / Genf 2010, Art. 286, N 19 f. und DERSELBE, *Verdeckte Ermittlung – Gesetz und Rechtsprechung*, *forumpoenale* 2008, 363 ff.; NIKLAUS SCHMID, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, St. Gallen / Zürich 2009, N 1182 f.; BEAT RHYNER / DIETER STÜSSI, in: G. Albertini / B. Fehr / B. Voser [Hrsg.], *Polizeiliche Ermittlung*, Zürich / Basel / Genf 2008, 498 ff.). Gleichwohl hält die höchstrichterliche Praxis an ihren bisherigen Leitlinien bis heute fest, und zwar auch – zumindest verbal (siehe jedoch ergänzend dazu hinten Ziff. 2 und 3) – im hier zu besprechenden Entscheid vom 23. 8. 2011 (E. 2.2).

Die Grundsätze der erwähnten Gerichtspraxis verdienen prinzipielle Zustimmung (ebenso z.B. MARK PIETH, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, Basel 2009, 134; GLESS, a.a.O., 29 ff. und DIESELBE, in: M.A. Niggli / M. Heer / H. Wiprächtiger [Hrsg.], *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung*, Basel 2011, Art. 140, N 56 f.; LUZIA VETTERLI, *Verdeckte Ermittlung und Grundrechtsschutz*, *forumpoenale* 2008, 367 ff.). Sowohl die Begründungen wie auch die sich daraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen vermögen im Wesentlichen zu überzeugen. Obschon man zugegebenermassen einzelne Passagen der richterlichen Erwägungen für diskutabel halten mag, so sind doch die Argumentationen im Kern der Sache zutreffend. Begrüssenswert ist in erster Linie, dass das Bundesgericht die *Täuschung* einer verdächtigen Person (unabhängig von deren Intensität und vom betriebenen Täuschungsaufwand) als zentralen Aspekt in den Vordergrund rückt (BGE 134 IV 266 ff. [276 f., E. 3.6.4]; kritisch HANSJAKOB, a.a.O., 2008, 364 f.).

Eine derart weite Interpretation der verdeckten Ermittlung ist sachgerecht; sie verstärkt die im aBVE (und nunmehr in der StPO) enthaltenen *Schutzbestimmungen zu Gunsten der verfassungsmässigen Grundrechte* der Zielpersonen polizeilicher Ermittlungen. Das rechtfertigt sich insbesondere deshalb, weil die hier zur Diskussion stehenden Handlungen der Behörden gegen Personen gerichtet sind, die aufgrund der *Unschuldsvermutung* (Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6

Ziff. 2 EMRK) von Rechts wegen als unschuldig gelten (was in der aktuellen juristischen Debatte häufig nicht genügend Beachtung findet; so etwa in den zitierten Texten von HANSJAKOB). Der solchermassen angestrebte Schutz tatverdächtiger Personen drängt sich auf als *normatives Korrektiv* gegenüber einer Gesetzesauslegung, welche die Strafverfolgungsbedürfnisse (berufsbedingt?) überbewertet. Das alles ist umso bedeutsamer, als täuschendes Verhalten der Strafbehörden *grundsätzlich den Erfordernissen eines fairen Verfahrens* im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK *widerspricht* (vgl. allgemein dazu INGEBORG ZERBES, Spitzeln, Spähen, Spionieren, Wien 2010, 70). Folgerichtig zählt denn auch Art. 140 Abs. 1 StPO Täuschungen ausdrücklich zu den verbotenen Beweiserhebungsmethoden, wobei das Gesetz mit Recht nicht nach der Intensität des täuschenden Handelns unterscheidet.

2. Bedenken erweckt nun aber die konkrete Umsetzung der allgemeinen richterlichen Grundsätze auf die Konstellation der "Veruntreuungsfalle" im vorliegenden Sachverhalt. Das Bundesgericht verneint hier die Anwendbarkeit des aBVE, weil das wesentliche Kriterium des "Anknüpfens von Kontakten" nicht erfüllt sei. Es hätten nämlich kein Gespräch und keinerlei Interaktion zwischen den beiden Beteiligten im Hinblick auf die Begehung einer strafbaren Handlung stattgefunden (E. 2.3).

Diese oberflächliche Sichtweise vermag indessen nicht zu befriedigen; denn der Mittelsmann der Polizei übergab X. die Bauchtasche mit der bewusst wahrheitswidrigen (mündlichen) Bemerkung, die Tasche sei von Touristen gefunden worden. Eine solche gegenüber X. geäußerte *offenkundige Lüge hinsichtlich der Herkunft des "Fundgegenstandes"* stellt sehr wohl eine Interaktion zwischen zwei Personen im Hinblick auf die Begehung einer strafbaren Handlung dar. Entgegen der Ansicht des Bundesgerichtes wirkte der Mittelsmann aktiv auf die Zielperson ein und setzte eine Ursache für die anschliessend begangene Veruntreuung. Ohne sein Erscheinen am Dienstort hätte X. sich anders verhalten und das Aneignungsdelikt nicht verübt (bzw. nicht verüben können). Insoweit ist ihre Willensfreiheit beeinflusst worden. Dabei spielt keine Rolle, ob eine strafbare Anstiftung vorliegt (im gleichen Sinne das vorinstanzliche Urteil vom 22. 11. 2010, E. 3.6). Der *kausale Zusammenhang zwischen dem aktiv täuschenden Verhalten des polizeilichen Mittelsmannes und der Tatbegehung von X.* offenbart ein Anknüpfen von Kontakten im Sinne der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis, weshalb in diesem Fall richtigerweise *das BVE anzuwenden gewesen wäre*.

Im Übrigen wäre der Sachverhalt gleich zu beurteilen, wenn der Mittelsmann der Polizei beispielsweise den Gegenstand mit der Aufschrift "gefunden" wortlos während der Dienstzeit der verdächtigen Zielperson auf dem Polizeiposten deponiert hätte. Auch dies wäre eine (freilich wortlose) Täuschung von X., welche eine Ursache für eine Veruntreuung setzen könnte. Kontakte zwischen Menschen lassen sich nicht bloss in mündlicher, sondern ebenso in schriftlicher oder sogar nonverbaler Form knüpfen.

3. Die mehrmalige Lektüre der soeben kritisierten Urteilserwägungen löst in mir die bange Frage aus, ob hier erste *Anzeichen für eine künftige Praxisänderung* erkennbar sind. Befindet sich das Bundesgericht allenfalls bereits auf dem Weg, unter dem Druck der Strafverfolgungsbehörden und der Politik seine bislang erfreulich klare Haltung gegen täuschende Ermittlungsmethoden zu verlassen oder aufzuweichen?

4. Selbst wenn man dem Bundesgericht im Ergebnis folgen und im konkreten Urteil eine verdeckte Ermittlung (aus grundsätzlichen oder fallbezogenen Erwägungen) verneinen will, besagt das noch nichts über die Legalität der "Veruntreuungsfalle" (vgl. auch PATRICK BISCHOFF / MARKUS LANTER, Verdeckte polizeiliche Ermittlungshandlungen in Chatrooms, Jusletter vom 14. 1. 2008, Rz 35). Unabhängig von der Anwendbarkeit des aBVE stellt nämlich das Verhalten des Mittelsmannes der Polizei allemal eine *Täuschung* von X. dar, die mit dem Gebot der Verfahrensfairness nicht zu vereinbaren ist. Jedenfalls nach dem heute geltenden Art. 140 StPO handelt es sich dabei um eine verbotene Ermittlungsmethode mit der zwingenden Folge einer Unverwertbarkeit der daraus gewonnenen Beweise (Art. 141 Abs. 1 Satz 1 StPO). Daraus wird sogleich die – nicht überall beachtete – *Kehrseite einer engen Interpretation* des Begriffs der verdeckten Ermittlung im Sinne der Art. 286 ff. StPO ersichtlich: Täuschende Ermittlungsmethoden, die man unterhalb der Schwelle einer verdeckten Ermittlung ansiedeln will (ablehnend VETTERLI, a.a.O., 368; PIETH, a.a.O., 134), sind unzulässig und auch nicht einer richterlichen Genehmigung (Art. 289 StPO) zugänglich.

Sollen "einfache" Täuschungen erlaubt werden, so bedarf dies zumindest einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage (in diesem Sinne wohl auch BGE 134 IV 266 ff. [277, E. 3.7]; VETTERLI, a.a.O., 370 ff.; a.A. hingegen JOSITSCH / MURER MIKOLÁSEK, a.a.O., 183 f.). Eine solche fehlt aber derzeit, und ausserdem bleibt zweifelhaft, ob eine "erleichterte" Befugnis täuschender Ermittlungen etwa unter dem (verharmlosenden) Titel "Verdeckte Fahndung" in einem rechtsstaatlichen Strafprozess überhaupt vertretbar ist (weiterführend hinten Ziff. 5). Jedenfalls dehnt der Vorschlag der Rechtskommission des Nationalrates vom 12. Mai 2011 (siehe THOMAS HANSJAKOB, Neuregelung der verdeckten Fahndung und Ermittlung in der Schweiz, Krim 2011, 581) ohne nachweisbar zwingenden Grund den Bereich der gegenwärtig auch sonst unablässig wuchernden geheimen Überwachungsmaßnahmen (Art. 269 – 298 StPO) zusätzlich unangemessen weit aus.

5. Das sachlich verfehlt Ergebnis des Urteils vom 23. August 2011 findet eine Erklärung auch darin, dass das Gericht die rechtlichen Erörterungen der "Veruntreuungsfalle" allzu sehr auf die semantische Ebene, d.h. auf die begriffliche Umschreibung der verdeckten Ermittlung, beschränkt. Die weiter reichende

rechtsstaatliche Dimension des polizeilichen Handelns gegenüber X. wird hingegen vernachlässigt. Es fragt sich nämlich ganz fundamental, ob man es zulassen darf, dass der Staat, dem die Verbrechensprophylaxe obliegt, selber ein strafbares Verhalten veranlasst und anschliessend dieses Delikt als Grundlage zur Durchsetzung eines Strafanspruchs verwendet. Darf ein Rechtsstaat eine derartige *Widersprüchlichkeit des staatlichen Handelns* akzeptieren (grundlegend zum Schutz vor widersprüchlichem staatlichem Verhalten ZERBES, a.a.O., 168 ff.)? War es wirklich legitim, X. wegen Veruntreuung zu bestrafen, nachdem der polizeiliche Mittelsmann durch den fingierten Fund aktiv zur Tatbegehung beigetragen hat? Bemerkenswert ist da noch die Tatsache, dass die erhobenen Beweismittel zum Vorfall vom 21. Juni 2008, der die "Veruntreuungsfalle" ausgelöst hatte, für einen Schuldspruch nicht ausreichten (siehe Urteil des Amtsgerichts Luzern-Stadt vom 15. 3. 2010, E. 2.3) und folglich sich der Einsatz des polizeilichen Mittelsmannes insoweit als nutzlos erwies.

Die prozessuale Legitimationsfrage (siehe PETER ALBRECHT, Die rechtliche Problematik des Einsatzes von V-Leuten, AJP 2002, 633) verschärft sich noch zusätzlich, weil das gegen X. eingesetzte Täuschungsmittel in den Bereich der *Bagatelldelinquenz* fiel. Ausgangspunkt der behördlichen Aktion bildete der Verdacht der Veruntreuung eines Geldbetrages von lediglich Fr. 550.--! Für mich ist deshalb erschreckend, wie rasch und bedenkenlos hier die Polizei (mit Genehmigung der Amtsstatthalterin) einen Mittelsmann einsetzte, welcher der Tatverdächtigen eine Falle stellte. Offenkundig mangelte es da bei der Auswahl der Ermittlungsmethode an der gebotenen rechtsstaatlichen Sensibilität der Behörden. Das ist leider keine isolierte Erscheinung, sondern entspricht durchaus einer allgemeinen Entwicklung der Strafverfolgung in den vergangenen Jahren. Namentlich im Betäubungsmittelbereich ist eine zunehmende Erosion rechtsstaatlicher Prinzipien unübersehbar. So scheut sich die Polizei an manchen Orten nicht, ungeachtet der Rechtslage gegen verdächtige Kleinhändler aktiv täuschend aufzutreten (typisch insofern die Sachverhalte in BGer. vom 2. 6. 2008, 1B\_123/2008; BGer. vom 8. 3. 2010, 6B\_743/2009 und BGer. vom 22. 4. 2010, 6B\_207/2010; unkritisch gegenüber der bisherigen Polizeipraxis indessen z.B. HANSJAKOB, a.a.O., 579 f. und JOSITSCH / MURER MIKOLÁSEK, a.a.O., 186).