

Zeitschrift: Kriminologie / Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie SAK = Criminologie / Groupe Suisse de Criminologie GSC = Criminologia / Gruppo Svizzero di Criminologia GSC

Herausgeber: Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie

Band: 33 (2016)

Artikel: Verdeckte Ermittlungsmethoden : Täuschung, List, Lüge?

Autor: Hansjakob, Thomas

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-1051503>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 08.02.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Verdeckte Ermittlungsmethoden: Täuschung, List, Lüge?

THOMAS HANSJAKOB, Erster Staatsanwalt, St. Gallen

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	105
Einleitung	106
1. Einige Begriffe.....	107
1.1 Die Begriffe Lüge, Täuschung und List.....	107
1.2 Lüge, Täuschung und List im Strafverfahren	107
1.3 Aktive und passive Beweiserhebungen.....	109
2. List bei passiven geheimen Beweiserhebungen.....	110
2.1 List über die Durchführung.....	110
2.2 List bei der Durchführung.....	111
3. Die Täuschung bei aktiven geheimen Beweiserhebungen.....	113
3.1 Problembereiche nach früherer Auffassung.....	113
3.2 Problembereiche nach BGE 134 IV 266.....	114
3.3 Zur Frage der Täuschung über die Identität des verdeckten Ermittlers	116
4. Die Schutzmechanismen bei verdeckter Fahndung und Ermittlung	118
4.1 Gemeinsamkeiten von VF und VE	118
4.2 Unterschiede von VF und VE	119
5. Der Gesichtspunkt der Täuschung bei verdeckter Fahndung und Ermittlung	120
5.1 Täuschung über die Identität.....	120
5.2 Täuschung über die wahren Absichten	121
5.3 Täuschung durch Probekäufe und über die Leistungsfähigkeit	121
5.4 Grenzen der Einwirkung	123
Schlussfolgerungen.....	125

Zusammenfassung

Verdeckte Beweiserhebungen im Strafverfahren könnten auf den ersten Blick als besonders listig gelten. Dabei wird allerdings übersehen, dass diese Art der Beweisführung sich oft auf das blosses Beobachten des Beweisgegenstandes beschränkt und deshalb die Betroffenen nicht einmal täuscht, geschweige denn in ihrem Verhalten beeinflusst. Problematisch

unter dem Gesichtspunkt der Täuschung sind innerhalb der verdeckten Beweismassnahmen nur die verdeckte Fahndung und Ermittlung. Das Problem liegt dabei nicht primär in der Heimlichkeit der Beweiserhebung. Heikel ist nur die damit verbundene Gefahr, dass die beschuldigte Person Delikte begeht, zu denen sie ohne Zutun der verdeckt handelnden Polizisten nicht bereit wäre. Diese Gefahr kann sich allerdings in der Regel nur realisieren, wenn es den Fahndern oder Ermittlern gelingt, ein Vertrauensverhältnis zur Zielperson aufzubauen und sie dadurch zu Handlungen zu veranlassen, zu denen sie gegenüber beliebigen Dritten nicht bereit wäre. Die Gefahr ist also mit dem Vertrauensverhältnis und nicht mit der Heimlichkeit solcher Massnahmen verbunden. Die gesetzliche Regelung enthält allerdings hinreichende Schutzmechanismen, um dieser Gefahr zu begegnen.

Einleitung

Aus Sicht des Beschuldigten und seiner Verteidigung gelten verdeckte Ermittlungsmethoden im Strafverfahren in der Regel als besonders listig: Zunächst wird der Beschuldigte unter Umständen während längerer Zeit unbemerkt beobachtet oder überwacht. Dabei erfahren Staatsanwaltschaft und Polizei über ihn oft weit mehr als das, was strafrechtlich relevant wäre: Es kann sich zum Beispiel herausstellen, dass er spielsüchtig ist, dass er eine aussereheliche Beziehung pflegt, in Nachtlokalen oder bei Prostituierten verkehrt oder auch bloss, dass er als Angeber auftritt, ohne dass etwas dahinter steckt.

Wenn dann im Lauf der offen geführten Strafuntersuchung noch herauskommt, dass der Staatsanwaltschaft die Telefongespräche mit Kollegen über Drogengeschäfte oder Filmaufnahmen von konspirativen Treffen vorliegen, oder wenn sich gar herausstellt, dass es sich beim mutmasslichen Grossabnehmer der Hehlerware in Wirklichkeit um einen Polizisten handelte, dann wird der Beschuldigte beklagen, dass er auf ganz listige Weise über den Tisch gezogen wurde, und der Verteidiger wird vermuten, es könnte nicht alles mit rechten Dingen zugegangen sein. Entstehen diese Eindrücke zu Recht?

1. Einige Begriffe

1.1 Die Begriffe Lüge, Täuschung und List

Als *Lüge* bezeichnet man üblicherweise das bewusste Behaupten von Tatsachen, die nicht wahr sind.

Unter einer *Täuschung* versteht man ein Verhalten mit dem Ziel, bei einem andern eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung hervorzurufen¹. MARTIN MIESCHER, der sich als erster Schweizer eingehender mit der List in der Strafverfolgung beschäftigt hat, weist darauf hin, dass dieses Ziel auf zwei Arten erreicht werden kann: Der Täuschende kann einerseits (und das wird die Regel sein) die Vorstellung des Getäuschten verändern, sodass diese nicht mehr mit der Wirklichkeit übereinstimmt; er kann aber andererseits auch die Wirklichkeit verändern, ohne dass der Getäuschte dies bemerkt.²

Wer sich als Jurist mit dem Begriff der *List* auseinandersetzt, stösst unweigerlich auf HARRO VON SENGER, der sich einlässlich mit dem chinesischen Denken beschäftigt hat und die 36 Strategeme der chinesischen List der westlichen Welt zugänglich gemacht hat³. Er definiert List als das Verwenden von Mitteln, die den andern verborgen bleiben, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen.

1.2 Lüge, Täuschung und List im Strafverfahren

Wer sich mit Lüge, Täuschung und List im Strafverfahren beschäftigt, wird sich also in Bezug auf das Verhalten der Strafverfolgungsbehörden folgende Gedanken machen können:

Art. 140 StPO verbietet unter anderem Täuschungen bei der Beweiserhebung. In der Literatur wird vorwiegend nur die erste Variante der

¹ So z.B. STEFAN TRECHSEL/DEAN CRAMERI in TRECHSEL/PIETH (Hrsg.): Schweiz. Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Auflage Zürich/St. Gallen 2013, N. 2 zu Art. 146.

² MARTIN MIESCHER: Die List in der Strafverfolgung, Bern 2008, Seite 6. MIESCHER erklärt dies mit einem einleuchtenden Beispiel: Wer sich als Matrose verkleidet auf ein Schiff schleicht, kommuniziert mit dem Personal und beeinflusst so dessen Vorstellung; wer sich unerkannt auf das Schiff schleicht, verändert die Wirklichkeit und nicht die Vorstellung des Kapitäns, er habe keine blinden Passagiere an Bord.

³ HARRO VON SENGER: Strategeme. Lebens- und Überlebenslisten aus drei Jahrtausenden, 2 Bände München 2000; siehe auch www.36strategeme.ch.

Täuschung, also die Einflussnahme auf die Vorstellung des Getäuschten durch die Strafverfolgungsbehörden, erwähnt. WOHLERS⁴ versteht darunter eine durch Kommunikation hervorgerufene, von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung des Getäuschten. SCHMID⁵ nennt beispielhaft ebenfalls den unzutreffenden Vorhalt an den Getäuschten. BÉNÉDICT/TRECCANI⁶ erwähnen explizit "la formulation de questions captieuses et à des indications contraires à la vérité."

Nur GLESS⁷ verlangt, dass auch die Ausnützung eines Irrtums beim Betroffenen, der ohne Zutun der Strafverfolgungsbehörden entstanden sei, allenfalls unter den Begriff der Täuschung zu fallen habe.⁸ Auch sie bezieht sich nur auf die Konstellation, wo die Täuschung dadurch entsteht, dass die Vorstellung des Täters (allerdings eben durch Dritte) beeinflusst wird.

In dieser Hinsicht hilft die Unterscheidung von MIELSCHER zur Präzisierung weiter: Die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 269 ff. StPO), die technische Überwachung (Art. 280 f. StPO), die Observation (Art. 282 f. StPO) und die Überwachung der Bankbeziehungen (Art. 284 f. StPO) verändern nicht die Vorstellung des Betroffenen über die Wirklichkeit, sondern sie verändern diese Wirklichkeit selbst, ohne dass der Betroffene dies bemerkt; das ist grundsätzlich selbst dann unproblematisch, wenn die Veränderung der Wirklichkeit den Strafverfolgungsbehörden zuzurechnen ist, solange die dabei eingesetzte Massnahme zulässig ist.⁹

Nur die verdeckte Fahndung und Ermittlung sind unter Umständen mit einer aktiven Beeinflussung der Vorstellungen der Betroffenen durch den Fahnder oder Ermittler verbunden. Dieser Beeinflussung werden allerdings in Art. 293 StPO enge Grenzen gesetzt. Dass Fahnder und Ermitt-

⁴ WOLFGANG WOHLERS, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (Hrsg.): Zürcher Kommentar zur StPO, 2. Auflage Zürich 2014, N. 9ff. zu Art. 140 StPO.

⁵ NIKLAUS SCHMID: Praxiskommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage Zürich/St. Gallen 2013, N. 4 zu Art. 140.

⁶ JÉRÔME BÉNÉDICT/JEAN TRECCANI, in: KUHN/JEANNERET (Hrsg.): Commentaire romand du Code de procédure pénale suisse, Basel 2011, N. 20 zu Art. 140 StPO.

⁷ SABINE GLESS, in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.): Basler Kommentar zur StPO, 2. Auflage Basel 2014, N. 47 ff. zu Art. 140 StPO.

⁸ Anders z.B. das Obergericht Bern, BK 2014 68 vom 27. Mai 2014, in CAN 2015 Nr. 21, wonach Art. 140 Abs. 1 StPO den Beschuldigten nicht vor Irrtum schütze, sondern lediglich vor bewusster, vorsätzlicher Täuschung.

⁹ Ähnlich PETER GOLDSCHMID: Der Einsatz technischer Überwachungsgeräte im Strafprozess, Bern 2001 Seite 66, für den Einsatz technischer Überwachungsgeräte.

ler trotz des in Art. 140 StPO verankerten Täuschungsverbotes täuschen dürfen, ergibt sich aus den Legaldefinitionen: Der verdeckte Ermittler darf nach Art. 285a StPO ausdrücklich "durch täuschendes Verhalten" Kontakt zur Zielperson knüpfen, und verdeckte Ermittler dürfen immerhin nach Art. 289a "in einer Art und Weise, dass ihre wahre Identität und Funktion nicht erkennbar ist", auftreten. Diese Spezialbestimmungen gehen dem allgemeinen Täuschungsverbot von Art. 140 StPO offensichtlich vor.

1.3 Aktive und passive Beweiserhebungen

Um die Problematik noch genauer einzugrenzen, empfiehlt es sich, Beweiserhebungen in zwei Gruppen einzuteilen, die ich als aktive bzw. passive Beweiserhebungen bezeichnen möchte:

Unter aktiven Beweiserhebungen verstehe ich solche, bei denen die Art der Beweiserhebung das Ergebnis beeinflussen kann. Es findet also eine direkte Wechselwirkung zwischen der Art der Erhebung und dem Ergebnis statt, und zwar meistens deshalb, weil die Person, welche die Beweiserhebung durchführt, und die davon betroffene Person miteinander kommunizieren. Als Beispiele bei den offenen Beweiserhebungen könnte man die Einvernahme, die Begutachtung und das Einholen von Berichten nennen; bei all diesen Beweiserhebungen kann die Art der Fragestellung das Ergebnis erheblich beeinflussen. Bei den verdeckten Beweiserhebungen gehören die verdeckte Fahndung und Ermittlung in diese Kategorie.

Passive Beweiserhebungen beschränken sich dagegen auf die reine Beobachtung des Beweisgegenstandes, ohne dass dieser in irgendeiner Weise beeinflusst wird. Bei den offenen Beweiserhebungen gehört etwa die Edition von (vorbestanden) Akten in diese Kategorie, aber wohl auch die erkennungsdienstliche Behandlung und die DNA-Abnahme und -auswertung, denn auch diese wissenschaftlichen Auswertungen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie den beobachteten Gegenstand direkt und möglichst genau beschreiben, ohne ihn zu beeinflussen. Zwei Auswerter sollten dabei eigentlich zum exakt gleichen Ergebnis kommen. Bei den verdeckten Beweiserhebungen gehören die Überwachungen, die (unbemerkte) Observation sowie die Banküberwachung in diese Kategorie; auch diese Arten der Beweiserhebung können keinen Einfluss auf den beobachteten Sachverhalt nehmen.

2. List bei passiven geheimen Beweiserhebungen

Grundsätzlich gilt also, dass passive verdeckte Beweiserhebungen unter dem Gesichtspunkt von Täuschung, List und Lüge unproblematisch sind, weil es sich um rein beobachtende Beweiserhebungen handelt. Immerhin gibt es zwei Konstellationen, die eine vertiefte Prüfung verdienen:

2.1 List über die Durchführung

Normalerweise kann niemand sicher sein, dass er nicht von geheimen Überwachungsmaßnahmen betroffen ist. Es sind allerdings Konstellationen denkbar, in denen eine Person positiv davon ausgeht, dass sie zur Zeit jedenfalls nicht Ziel solcher Massnahmen sei.

Das gilt einerseits, wenn die beschuldigte Person glaubt, von solchen Massnahmen betroffen zu sein, und dies (direkt oder über einen Anwalt) durch Nachfrage bei den Strafverfolgungsbehörden überprüft. Selbstverständlich wird kein professioneller Staatsanwalt die Frage eines Verteidigers, ob sein Klient überwacht werde, beantworten, sondern er wird darauf hinweisen, das Geheime an geheimen Überwachungsmaßnahmen sei eben, dass man die Betroffenen nicht informiere, und das umfasse natürlich auch, dass man die Frage nach aktuellen geheimen Überwachungsmaßnahmen auch dann nicht beantworte, wenn solche Massnahmen nicht liefen¹⁰. Eine unzulässige Lüge wäre es dagegen, eine solche Frage des Anwaltes zu verneinen, obwohl eine Überwachung läuft.¹¹

¹⁰ Ein professioneller Anwalt wird denn auch diese Frage gar nicht stellen. Listige Anwälte würden ohnehin anders vorgehen, wie ein Beispiel aus dem Kanton Zürich zeigte: Ein geschickter Anwalt telefonierte jeweils auf die Geschäftskontrolle der früheren Bezirksanwaltschaft, wenn er wissen wollte, ob gegen seinen Mandanten verdeckt ermittelt wird, und fragte dort an, welcher Staatsanwalt für das Verfahren gegen seinen Mandanten zuständig sei. Erhielt er die Antwort, es sei kein laufendes Verfahren registriert, dann konnte er davon ausgehen, dass auch keine geheime Überwachung laufe; erhielt er den Namen des Staatsanwaltes, dann musste er davon ausgehen, dass eine Untersuchung gegen den Mandanten laufe, die noch in der geheimen Phase sei, wenn bisher weder er noch der Mandant bisher kontaktiert worden sind. Dieser Trick ist mittlerweile bekannt, und entsprechende Fragen werden (zumindest in Zürich und St. Gallen) am Telefon überhaupt nicht mehr beantwortet.

¹¹ Gleich PETER GOLDSCHMID, a.a.O. (Anm. 9), Seite 66.

Als listig könnte es bezeichnet werden, wenn die Staatsanwaltschaft nicht wie üblich zuerst verdeckt und dann offen ermittelt, sondern umgekehrt. Praktisch relevant ist die Konstellation, dass man den Beschuldigten festnimmt, später aus der Untersuchungshaft entlässt und sogleich eine Telefonüberwachung aufschaltet, um weitere Beweise erheben zu können. Das Bundesgericht hat dieses Vorgehen ausdrücklich als zulässig bezeichnet, weil die Telefonüberwachung gegenüber der Untersuchungshaft die mildere Massnahme sei, um Kollusionshandlungen zu verhindern oder aufzudecken.¹² Der Beschuldigte wird allerdings kaum damit rechnen, dass so vorgegangen wird, und entsprechend ergiebig sind denn auch solche Massnahmen in der Praxis.

Die Grenze von der erlaubten List zur unzulässigen Täuschung würde dagegen überschritten, wenn der Beschuldigte durch prozessuale Vorkehren darüber getäuscht würde, dass die Untersuchung weiter läuft, wenn also im genannten Beispiel das Verfahren gegen den aus der Haft entlassenen Beschuldigten sofort eingestellt, gleichzeitig aber ein neues Verfahren eröffnet und in diesem Verfahren eine Telefonüberwachung verfügt würde. Das wäre unzulässig.

2.2 List bei der Durchführung

Bisweilen stellt man bei der Durchführung einer geheimen Überwachungsmassnahme fest, dass sie keine beweisrelevanten Ergebnisse produziert. Der listige Strafverfolger wird dann ein wenig nachhelfen wollen, indem er den Überwachten zu unüberlegten Handlungen provoziert. Folgende Konstellationen sind in der Praxis denkbar:

Als Cold Cases werden ungelöste, zu den Akten gelegte Straffälle bezeichnet. Ergibt sich nach längerer Zeit in einem solchen Fall ein Tatverdacht, dann ist es oft schwierig, neue Spuren zu finden. Insbesondere ist von Telefonüberwachungen in solchen Fällen kaum je etwas zu erwarten, weil nicht davon ausgegangen werden kann, über die Tat werde lange nach deren Begehung noch am Telefon gesprochen. Diese Ausgangslage kann aber beeinflusst werden: Eine denkbare Strategie besteht darin, das Telefon des neu Verdächtigten zu überwachen und dann über die Medien die Mitteilung zu verbreiten, man habe die Ermittlungen im Zusammenhang mit dem fraglichen Delikt auf Grund einer neuen Verdachtslage

¹² BGer 8G.69/2000 vom 11.4.2000.

wieder aufgenommen. Man erhofft sich dadurch, den Verdächtigen zu unbedachten Äusserungen am Telefon zu provozieren.

Eine ähnliche Strategie ist auch in laufenden Fällen denkbar, wenn am Telefon überraschenderweise nicht über die Straftaten gesprochen wird.¹³ Man kann dann als letztes Mittel externe Störungen einbauen, um dem Verdächtigen (entgegen der eigentlichen Intention bei geheimen Überwachungsmassnahmen) zu signalisieren, dass er überwacht wird, um ihn dadurch zu verunsichern und ihn zu unüberlegten Telefonaten zu provozieren. Ich erinnere mich an zwei Fälle aus der eigenen Praxis, die in dieser Hinsicht erfolgreich waren: In einem Fall wurde ein mutmasslicher Zuhälter, der eine banale Verkehrsregelverletzung begangen hatte, ohne Angabe des Grundes der Befragung zur Einvernahme vorgeladen¹⁴. Er spekulierte vor der Einvernahme am Telefon darüber, um was es gehen könnte, teilte dann aber vor allem nach der Einvernahme einem Mitbeschuldigten erleichtert mit, es sei nicht um seine Bordelle und die dort illegal festgehaltenen Asiatinnen gegangen, denn davon habe der Staatsanwalt offensichtlich keine Ahnung. In einem andern Fall bemerkte ein überwachter Beschuldigter, dass er von der Polizei observiert wurde; auch das erwies sich als nützlich, weil er anschliessend den Mitbeschuldigten telefonische Anweisungen darüber gab, bei welchen Geschäften sie besonders sorgfältig darauf achten müssten, dass ihnen niemand folge. Als Staatsanwalt wird man zwar die Polizei kaum veranlassen können, einen Beschuldigten so zu observieren, dass er bemerkt wird, man wird aber immerhin sagen können, die Polizei dürfe ruhig ein etwas höheres Risiko des Entdecktwerdens in Kauf nehmen, weil die dadurch verursachte Verunsicherung auch produktiv sein könne.

Die geschilderten Vorgehensweisen halte ich für ohne Weiteres zulässige Listen. Es ist ja nicht so, dass man den Beschuldigten in irgendeiner Weise täuschen würde, sondern man provoziert ihn nur zu unüberlegten Handlungen, indem man ihn merken lässt, dass er unter Beobachtung steht. Dies ist ja auch tatsächlich der Fall, nur in anderer Weise, als er erwartet. Er entscheidet weiterhin frei, wie er sich verhalten will, wird dabei allerdings unbemerkt beobachtet. Solange die gesetzlichen Rah-

¹³ Das kommt in der Praxis allerdings selten vor: Die meisten verfügbaren Telefonüberwachungen führen zu Erkenntnissen, die zumindest als Ermittlungsansätze brauchbar sind.

¹⁴ Art. 201 Abs. 2 lit. c StPO lässt dies ausnahmsweise zu, sofern der Untersuchungszweck es erfordert.

menbedingungen für die entsprechenden Massnahmen eingehalten werden, ist dieses Verhalten zulässig.

Anders liegt die Sache allerdings, wenn man direkt auf das beobachtete Geschehen Einfluss nimmt. Das trifft insbesondere auf sog. Hörfallen zu, bei denen man eine eingeweihte Person veranlasst, am überwachten Telefon das Gespräch mit dem Beschuldigten so zu steuern, dass beweisrelevante Ergebnisse resultieren. Bei dieser Konstellation wird die vorher passive Beweiserhebung zur aktiven. Im Unterschied zu den soeben geschilderten Listen wird der Beobachtungsgegenstand selbst beeinflusst, und zwar direkt. Das halte ich jedenfalls dann für unzulässig, wenn der Einsatz vorgängig nicht als verdeckte Ermittlung bewilligt wurde.¹⁵

3. Die Täuschung bei aktiven geheimen Beweiserhebungen

Unter dem Gesichtspunkt der Täuschung ist in der Regel bei den geheimen Beweiserhebungen nur die verdeckte Fahndung und Ermittlung überhaupt problematisch. Gleich einleitend ist aber zu wiederholen: Es gilt zwar das allgemeine Täuschungsverbot nach Art. 140 Abs. 1 StPO, für den Bereich der verdeckten Ermittlungen schafft Art. 285a StPO als Spezialbestimmung allerdings eine davon abweichende, ausdrückliche gesetzliche Grundlage für täuschendes Verhalten. Das ist allerdings kein Freipass, wie im Folgenden zu zeigen sein wird.

3.1 Problembereiche nach früherer Auffassung

Literatur und Rechtsprechung beschäftigten sich bei der Diskussion von verdeckten Ermittlungen bis 2008 im Wesentlichen nur mit zwei Problembereichen:

¹⁵ Anders in Deutschland der Bundesgerichtshof, BGHSt 42, 139, der bei dieser Konstellation eine Interessenabwägung zwischen Strafverfolgung und Persönlichkeitsrechten zulässt und es ermöglicht, auf diese Weise besonders schwere Straftaten aufzuklären. Der EGMR entschied in einem ähnlichen Fall, das Verhalten des privaten Gesprächspartners sei jedenfalls dem Staat zuzurechnen und damit nur zulässig, wenn eine gesetzliche Grundlage dafür bestehe: EGMR, M.M. v. Niederlande vom 8.4.2003; dazu DANIELA DEMKO: Zur Rechtsprechung des EGMR in Sachen "Hörfalle", HRRS 11/2004 Seite 382 ff. mit Hinweisen.

Einerseits wurde erkannt, dass die Zielperson durch den verdeckten Ermittler allenfalls so beeinflusst werden kann, dass sie in der Folge Straftaten begeht, die sie ohne die Einflussnahme des verdeckten Ermittlers überhaupt nicht oder nicht in diesem Umfang oder in dieser Art begangen hätte. Es geht also um die Grenzen der Einflussnahme, im Extremfall um die Problematik der Anstiftung der Zielperson durch den verdeckten Ermittler.

Andererseits beschäftigte sich die Literatur mit der Frage, inwieweit die Verteidigungsrechte des Beschuldigten eingeschränkt werden, wenn nichts oder nur wenig zur Person des verdeckten Ermittlers bekannt ist und wenn dieser in der Untersuchung überhaupt nicht oder nur unter einschränkenden Bedingungen mit dem Beschuldigten konfrontiert werden kann. Diese Problematik hat mit den hier zu diskutierenden Fragen direkt nichts zu tun.

Die mit dem Einsatz eines verdeckten Ermittlers verbundene Täuschung über die wahre Identität des Ermittlers wurde dagegen nicht als Kernproblem der verdeckten Ermittlung betrachtet.¹⁶

3.2 Problembereiche nach BGE 134 IV 266

Den Fokus auf die Täuschung an sich richtete das Bundesgericht in BGE 134 IV 266, der vor allem in Kreisen der Strafverfolger mit Überraschung aufgenommen wurde. Schon der Leitsatz des Bundesgerichtes ist bemerkenswert: "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."¹⁷

Der Entscheid entfaltete eine erhebliche Wirkung weit über den konkret zu beurteilenden Fall hinaus¹⁸. Vor dem Entscheid war die Praxis da-

¹⁶ So NIKLAUS OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Auflage Bern 2012, Seite 434 N. 1228.

¹⁷ Mich persönlich überrascht daran vor allem das Auslegungselement "mangels einer klaren, abweichenden Regelung im Gesetz" – solange also nicht *klar etwas anderes* im Gesetz steht, kann man es offenbar nach Belieben auslegen.

¹⁸ Für diesen konkreten Fall bot das Bundesgericht im zitierten Entscheid denn auch eine Lösung an: Nach seiner Auffassung wäre die verdeckte Fahndung im Chatroom

von ausgegangen, dass es unterhalb der Schwelle der verdeckten Ermittlung die Möglichkeit von bewilligungsfreien verdeckten Aktionen, sogenannten verdeckten Fahndungen, gab, die sich dadurch von verdeckten Ermittlungen unterschieden, dass verdeckte Fahnder nur im Rahmen von Kurzeinsätzen und ohne urkundlich abgesicherte Legende Scheingeschäfte mit mutmasslichen Delinquenten abschlossen, die noch im Rahmen der Aktion festgenommen wurden¹⁹. Diese Interpretation stützte sich auf die Legaldefinition von Art. 1 BVE, wonach verdeckte Ermittlung im Sinne des Gesetzes (nur) vorlag, wenn Angehörige der Polizei, die nicht als solche erkennbar waren, in das kriminelle Umfeld eindringen und dazu beitragen, besonders schwere Straftaten aufzuklären. Solange es nicht darum ging, in ein kriminelles Umfeld einzudringen, um es gewissermassen zu unterwandern, hielt man verdeckte Fahndungen zur Aufklärung von geringfügigen Straftaten für zulässig.

Insbesondere waren vor 2008 Scheinkäufe im Kokainhandel in vielen grösseren Städten gang und gäbe, und auch durch Aufkauf von mutmasslichem Diebesgut wurden viele Straftäter überführt, ohne dass je behauptet worden wäre, die Problematik dieser Strategie liege darin begründet, dass der Scheinkäufer nicht als Polizist erkennbar sei.

Solche Scheinkäufe waren nach BGE 134 IV 266 in vielen Fällen nicht mehr möglich, weil es um die Aufklärung von Straftaten ging, die im engen Deliktskatalog von Art. 4 Abs. 2 BVE²⁰ bzw. nach der Überführung dieses Gesetzes in die StPO in Art. 286 Abs. 2 StPO nicht enthalten waren.

Der Gesetzgeber reagierte rasch, indem nicht nur (in Art. 285a StPO) konkretisiert wurde, wann eine Aktion als verdeckte Ermittlung zu betrachten sei, sondern indem gleichzeitig auch (in Art. 298a ff. StPO) eine ausdrückliche gesetzliche Regelung für verdeckte Fahndungen geschaffen wurde, die festlegt, wann und unter welchen Rahmenbedingungen solche Einsätze zulässig sind.²¹ Explizit wurde damit das Ziel verfolgt, nach BGE

als verdeckte Ermittlung nicht nur bewilligungspflichtig, sondern im konkreten Fall auch bewilligungsfähig gewesen.

¹⁹ Vgl. dazu z.B. BEAT RHYNER/DIETER STÜSSI in ALBERTINI/FEHR/VOSER: Polizeiliche Ermittlung, Zürich 2008, Seite 493ff.

²⁰ AS 2004 1409.

²¹ Vgl. dazu THOMAS HANSJAKOB, Die neuen Bestimmungen zu verdeckter Fahndung und Ermittlung, in fp 2013 Seite 214 ff.

134 IV 266 wieder die Rechtslage herzustellen, welche der Gesetzgeber bei Erlass des BVE eigentlich zu schaffen beabsichtigt hatte.²²

3.3 Zur Frage der Täuschung über die Identität des verdeckten Ermittlers

Das vom Bundesgericht identifizierte Problem soll also darin bestehen, dass ein nicht als solcher erkennbarer Polizeiangehöriger an den Beschuldigten herangeführt wird. Wenn aber die mangelnde Erkennbarkeit das Heikle ist, dann müsste das heissen, dass der Beschuldigte nicht nur ein faktisches, sondern ein angemessen zu schützendes rechtliches Interesse geltend machen könnte, dass er beim Delinquieren nicht ausgerechnet auf einen Polizisten hereinfällt. Müsste man diesfalls nicht auch ein rechtlich geschütztes Interesse anerkennen, dass der Beschuldigte beim Delinquieren nicht auf einen beliebigen Geschäftspartner hereinfällt, der sich nur zum Schein auf das verbotene Geschäft einlässt, um dann die Polizei zu informieren?

Dass im zweiten Fall ein solches Interesse nicht schutzwürdig ist, ist offensichtlich. Um es salopp zu sagen: Niemand kann ein rechtlich zu schützendes Interesse geltend machen, nicht bei der Polizei verpiffen zu werden. Besteht aber in dieser Hinsicht ein Unterschied zwischen dem Privaten und dem Polizisten, die sich beide zum Schein auf ein verbotenes Geschäft einlassen, nur um die Straftat der Aufklärung zuzuführen?

Wenn man diesen Gedanken weiter spinnt, dann stösst man auf einen ähnlichen Unterschied: Wenn der Umstand, dass ein Straftäter von einem andern zur Tat angestiftet wurde, nicht zur Straflosigkeit des Angestifteten führt, wieso kann es dann nach Art. 293 Abs. 4 StPO zur Straflosigkeit der Zielperson führen, wenn der verdeckte Ermittler das Mass der zulässigen Einwirkung auf sie besonders deutlich überschreitet? Das Bundesgericht hat diese Frage in BGE 124 IV 34 ausführlich diskutiert und ist zum Schluss gekommen, es diskreditiere den Rechtsstaat, wenn ein polizeilicher agent provocateur einen Beschuldigten derart klar zu einer Straftat

²² Vgl. dazu den Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates zur Parlamentarischen Initiative "Präzisierung des Anwendungsbereichs der Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung", BBl 2012 5591, 5595: "Die vorgeschlagene Neuregelung umschreibt die verdeckte Ermittlung enger als die bundesgerichtliche Rechtsprechung und beschränkt den Anwendungsbereich der verdeckten Ermittlung wiederum auf jene Fälle, welche auch das BVE zu regeln beabsichtigte."

anstifte, dass die Tatbeteiligung des Polizisten diejenige des Angestifteten klar in den Hintergrund dränge; bei dieser Situation sei auch ein Freispruch des Angestifteten denkbar. Es kann nicht sein, dass der Staat Kriminalität selbst produziert, nur um sie dann zu verfolgen.

Es geht also bei dieser Unterscheidung nicht darum, dass die Zielperson auf einen Polizisten hereinfällt, sondern nur darum, dass der Polizist die Zielperson nicht so beeinflussen darf, dass sie Straftaten begeht, die sie sonst nicht zu begehen bereit wäre. Oder anders ausgedrückt: Das schützenswerte Interesse besteht nicht darin, nicht auf einen als solche nicht erkennbaren Polizisten hereinzufallen, sondern nur darin, vom Polizisten nicht übermässig zur Tat gedrängt zu werden.

Das führt also zum Ergebnis, dass nicht die Täuschung über die *Identität* des verdeckten Ermittlers, der in Wirklichkeit ein Polizist ist, das Problem darstellt, bezüglich dessen die Zielperson ein Rechtsschutzinteresse hat. Das Problem kann von vornherein nur im Umstand begründet sein, dass sich der verdeckte Ermittler nur *zum Schein* auf ein Geschäft *einlässt*, das er in Wirklichkeit verhindern will, und dass er in dieser Hinsicht über seine wirkliche *Absicht* täuscht.

Dass der verdeckte Fahnder über diesen inneren Umstand täuscht, ist allerdings nicht zu beanstanden: Kein Straftäter hat einen rechtlich zu schützenden Anspruch darauf, dass er weiss, ob sich das Gegenüber nur zum Schein auf ihn einlässt. Das hielt das Bundesgericht schon in BGE 108 Ia 22 in aller Klarheit fest: "Der Straftäter ist verfassungsrechtlich nicht davor geschützt, bei seinem rechtswidrigen Verhalten von einem für ihn nicht erkennbaren Polizeifunktionär beobachtet zu werden".

Der einzig legitime Anspruch besteht darin, vom Staat nicht zur Delinquenz verführt zu werden. Das hält das Bundesgericht im gleichen BGE 112 Ia 18, 22 mit ebensolcher Klarheit fest: "Unzulässig wäre es hingegen, wenn verdeckte Ermittler gewissermassen als Initianten eine deliktische Tätigkeit auslösen würden, zu der es sonst gar nicht gekommen wäre; denn die Strafverfolgungsorgane sollen nicht Kriminalität provozieren, um die Täter verfolgen zu können, deren möglicherweise latent vorhandene Tatbereitschaft sonst nicht manifest geworden wäre."

Das Problem liegt also weiterhin nicht darin, dass verdeckte Fahnder und Ermittler über ihre Funktion und über ihre wahre Absicht täuschen, sondern nur darin, inwieweit damit die Gefahr verbunden ist, dass die Zielperson in ihrer Willensbildung und –betätigung beeinflusst²³ und zu Delinquenz verführt wird, zu der sie sonst nicht bereit wäre.

²³ NIKLAUS OBERHOLZER, a.a.O. (Anm. 16) Seite 441 N. 1250.

Deshalb hat der Gesetzgeber denn auch in der neusten Fassung der Strafprozessordnung zwischen verdecktem Ermittler und verdecktem Fahnder unterschieden.

4. Die Schutzmechanismen bei verdeckter Fahndung und Ermittlung

4.1 Gemeinsamkeiten von VF und VE

In folgenden Punkten unterscheidet sich der Einsatz von verdecktem Ermittler und verdecktem Fahnder nicht:

- VE und VF benutzen beide eine falsche Identität, täuschen also das Gegenüber und dürfen es auf Rückfrage in diesem Punkt sogar aktiv belügen.
- Die Zielperson wird über die wahre Absicht des Partners getäuscht, indem der Ermittler nicht Mittäter oder Opfer ist, sondern dies nur vorspielt, um die Delinquenz aufklären zu helfen.

Der Gesetzgeber sieht deshalb für beide Massnahmen folgende Schutzmechanismen vor:

- Beide Massnahmen dürfen nur subsidiär eingesetzt werden (Art. 286 Abs. 1 lit. c und Art. 298b Abs. 1 lit. b StPO), d.h. nur dann, wenn andere Massnahmen gescheitert sind oder von vornherein zum Scheitern verurteilt wären; damit wird gesagt, dass zur Täuschung nur dann gegriffen werden darf, wenn man mit andern Mitteln die Delinquenz nicht nachweisen kann.
- Die Tatsache, dass eine verdeckte Aktion stattfand, muss im Strafverfahren offen gelegt werden (Art. 298 Abs. 1 und Art. 298d Abs. 4 StPO), damit der Beschuldigte wenigstens im Nachhinein die Zulässigkeit der Aktion hinterfragen kann.
- Die Tatprovokation ist weder dem verdeckten Fahnder noch dem verdeckten Ermittler erlaubt; beide müssen sich darauf beschränken, einen vorhandenen Tatentschluss zu konkretisieren (Art. 293 und Art. 298c Abs. 2 StPO).

4.2 Unterschiede von VF und VE

Verdeckte Fahndung und Ermittlung unterscheiden sich in folgenden Punkten:

Der verdeckte Fahnder

- benützt keine *abgesicherte* Legende (Art. 298a Abs. 2 StPO), darf also keine gefälschten Urkunden verwenden, sondern lediglich mündlich im Rahmen einer sog. Spruchlegende falsche Angaben zu seiner Person machen²⁴;
- beschränkt sich auf einen Kurzeinsatz (Art. 298a Abs. 1 StPO);
- kann deshalb kein Vertrauensverhältnis zur Zielperson aufbauen.

Für die verdeckte Fahndung gelten gegenüber der verdeckten Ermittlung folgende zusätzlichen Bestimmungen:

- Der verdeckte Fahnder muss ein ausgebildeter Polizist sein (Art. 298c Abs. 1 StPO). Das heisst einerseits, dass er für diese Aufgabe besonders vorbereitet ist, andererseits aber auch, dass er seine Stelle riskiert, wenn er sich nicht an die Regeln hält.
- Der verdeckte Fahnder muss seine Identität im Verfahren offenlegen (Art. 298a Abs. 2 StPO), sodass der Verteidigung eine Überprüfung der Person besser möglich ist.

Alle diese Unterschiede zielen darauf, dass unter diesen Rahmenbedingungen eine unzulässige Beeinflussung des Beschuldigten möglichst ausgeschlossen wird. Deshalb handelt es sich bei der verdeckten Fahndung um eine Massnahme, für welche keine Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht erforderlich ist.

Der verdeckte Ermittler dagegen darf nach Art. 285a Abs. 1 StPO

- eine Legende unter Verwendung gefälschter Urkunden benützen, das Gegenüber also qualifiziert täuschen;
- ins kriminelle Umfeld eindringen, muss sich also nicht auf die Aufklärung eines konkreten strafbaren Sachverhaltes beschränken, sondern kann die Struktur des kriminellen Milieus ermitteln;
- ein Vertrauensverhältnis zur Zielperson aufbauen, was auch das Risiko der Beeinflussung der Zielperson umfasst.

Zusätzlich darf er zu diesem Vorzeigegeld zur Dokumentation der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verwenden (Art. 295 StPO), also qualifiziert über seine tatsächlichen finanziellen Möglichkeiten täuschen.

²⁴ Vgl. dazu RHYNER/STÜSSI, a.a.O. (Anm. 19), Seite 511 f.

Der verdeckte Ermittler kann Polizist sein, der Einsatz Privater ist aber zulässig (Art. 287 Abs. 1 lit. b StPO); das schafft ein zusätzliches Risiko dafür, dass die Rahmenbedingungen nicht eingehalten werden.

Überdies bleibt der verdeckte Ermittler im Verfahren in der Regel anonym, damit er weiter eingesetzt werden kann und seine Sicherheit gewährleistet bleibt (Art. 288 Abs. 2 StPO).

Weil es unter diesen Rahmenbedingungen zu einem Vertrauensverhältnis kommen kann, das der verdeckte Ermittler auch so ausnützen kann, dass er die Zielperson zu Straftaten verführt, die sie sonst nicht begehen würde, ist für die Durchführung einer verdeckten Ermittlung eine zusätzliche rechtliche Hürde eingebaut: Es ist eine Genehmigung durch das unabhängige Zwangsmassnahmengericht erforderlich (Art. 289 StPO).

5. Der Gesichtspunkt der Täuschung bei verdeckter Fahndung und Ermittlung

5.1 Täuschung über die Identität

Unter dem vorliegend interessierenden Aspekt der Täuschung ergeben sich folgende Überlegungen:

Entgegen dem allgemeinen Täuschungsverbot von Art. 140 StPO dürfen verdeckte Fahnder und Ermittler zunächst über ihre eigene *Identität* täuschen. Der verdeckte Fahnder beschränkt sich nach Art. 298a Abs. 1 StPO dabei darauf, seine wahre Identität nicht offenzulegen, benützt also bloss eine Spruchlegende. Das funktioniert nur bei Geschäften, die von der Zielperson möglichst rasch und anonym abgewickelt werden sollen und bei denen deshalb das Problem der Beeinflussung des Tatentschlusses in der Regel nicht besteht.

Der verdeckte Ermittler dagegen verfügt nach Art. 285a und Art. 288 StPO über eine Legende, die in der Regel mit Urkunden abgesichert ist. Er muss sich deshalb nicht nur darauf beschränken, seine wahre Identität nicht offenzulegen, sondern seine Legende bleibt auch dann tragfähig, wenn das Gegenüber sie hinterfragt. Das ist bei Geschäften erforderlich, die von der Zielperson nur abgewickelt werden, nachdem gewissermassen eine Sicherheitsüberprüfung des Gegenübers stattgefunden hat. Die Zielperson will das Geschäft also nicht rasch und anonym, sondern nur mit Partnern abwickeln, die sie im Hinblick auf die Risiken des Geschäftes näher überprüfen konnte, zu denen sie also Vertrauen entwickelt hat.

5.2 Täuschung über die wahren Absichten

Entgegen dem allgemeinen Täuschungsverbot dürfen verdeckte Fahnder und Ermittler im Weiteren über ihre wahren *Absichten* täuschen.

Auch in diesem Zusammenhang beschränkt sich der verdeckte Fahnder dabei darauf, seine wahre Funktion, nämlich die Aufdeckung des illegalen Geschäftes, nicht offenzulegen (Art. 298a Abs. 1 StPO). Er kann aber nicht zu weiterführenden Lügen greifen, wenn das Gegenüber die Hintergründe des Geschäftsabschlusses hinterfragen will, weil das bereits mit einem Aufbau eines Vertrauensverhältnisses verbunden wäre.

Der verdeckte Ermittler dagegen darf ein Vertrauensverhältnis aufbauen (Art. 285a StPO) und kann in diesem Zusammenhang auch zu weiterführenden Lügen greifen, die zu seiner Legende passen. Er darf zum Beispiel behaupten, zu einer gewissen Gruppe zu gehören, die mit Straftaten in Verbindung gebracht wird (etwa Rocker). Er kann vorspielen, einen milieutypischen Beruf (z.B. Bordellwirt) auszuüben. Er kann sich als Angehöriger einer bestimmten Ethnie ausgeben, wenn dies den Abschluss des Geschäftes begünstigt. Er darf milieukonform²⁵ auftreten, kann also zum Beispiel Kontakte in verbrecherische Kreise behaupten, über angeblich begangene Straftaten berichten oder illegale Waffen mit sich führen.

5.3 Täuschung durch Probekäufe und über die Leistungsfähigkeit

Entgegen dem allgemeinen Täuschungsverbot dürfen verdeckte Fahnder und Ermittler schliesslich *Probekäufe* tätigen und über ihre *wirtschaftliche Leistungsfähigkeit* täuschen.

Prozessual wird bei Probekäufen die Möglichkeit geschaffen, dass die Polizei ein verbotenes Geschäft abwickeln kann, ohne den Verkäufer sofort festnehmen und strafrechtlich zur Verantwortung ziehen zu müssen, obwohl dies möglich wäre. Ziel dieses Vorgehens ist, das Hauptgeschäft abwickeln bzw. die gesamte angebotene Ware aus dem Verkehr ziehen zu können. Bei Probekäufen geht es polizeitaktisch vorwiegend nicht darum, das Vertrauen zur Zielperson aufzubauen, sondern die Absicht ist eher, die Qualität oder Herkunft der angebotenen Ware überprüfen zu können. Es kann aber auch sein, dass die Zielperson einen Probekauf verlangt, um die

²⁵ Bzw. rollenadäquat, TANJA KNODEL in NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar zur StPO, 2. Auflage Basel 2014 (BSK-StPO), N. 5 zu Art. 293

Zuverlässigkeit des Geschäftspartners testen zu können. Unter diesem Gesichtspunkt dürften Probekäufe bei verdeckten Fahndungen nur zulässig sein, um die Ware zu prüfen, nicht dagegen, um das Vertrauen zum Abschluss des Hauptgeschäftes aufzubauen.

Die Täuschung über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erfolgt in der Praxis einerseits dadurch, dass man verdeckte Ermittler (und selten auch verdeckte Fahnder²⁶) mit den szenetypischen Preziosen, etwa mit teuren Uhren oder Fahrzeugen, ausrüstet. Zweitens ist natürlich erforderlich, dass der verdeckte Fahnder oder Ermittler das für den Abschluss erforderliche Geld zum Treffen mitbringt, bei dem das Geschäft Zug um Zug abgeschlossen werden soll.

Zusätzlich ist es nur verdeckten Ermittlern (nicht aber verdeckten Fahndern²⁷) erlaubt, Vorzeigegeld zu verwenden. Zwar darf auch der verdeckte Fahnder Probekäufe mit zur Verfügung gestelltem Geld bezahlen. Bei Vorzeigefeldern geht es aber um hohe Summen, die vorgewiesen werden können, um vorzuspielen, dass die Mittel zur Abwicklung grosser Geschäfte bereit stehen, *bevor* das Geschäft Zug um Zug abgeschlossen wird. Weil solche Vorzeigegelder besondere Begehrlichkeiten wecken und mit dem Risiko verbunden sind, dass die Zielperson im Angesicht der schon bereit liegenden Gelder allenfalls bereit ist, den Umfang der angepeilten Geschäfte möglichst zu erhöhen, handelt es sich um eine qualifizierte Täuschung, die nur bei Verfahren zur Verfügung steht, die richterlich genehmigt wurden.

Dabei darf die vorgewiesene Geldsumme nur so hoch sein, dass das von der Zielperson angebotene Geschäft damit abgeschlossen werden kann; deutlich höhere Geldsummen würden allenfalls dazu führen, dass die Zielperson grössere Geschäfte abzuwickeln versucht, als sie eigentlich beabsichtigte. Das wäre eine unzulässige Einwirkung, die zwar nicht zur Straflosigkeit der Zielperson führen würde, aber bei der Strafzumessung zu berücksichtigen wäre, und zwar sinnvollerweise wohl so, dass man bei der Gewichtung der objektiven Tatschwere nur vom Umfang des Geschäftes ausgeht, welches die Zielperson ursprünglich abschliessen wollte²⁸.

²⁶ Der Verweis auf Art. 293 (auch Abs. 3) StPO in Art. 298c Abs. 2 StPO macht es zulässig, dass auch verdeckte Fahnder Probekäufe tätigen und ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit dokumentieren.

²⁷ Wegen des fehlenden Verweises auf Art. 295 StPO in Art. 298c Abs. 2 StPO.

²⁸ Ähnlich TANJA KNODEL, A.A.O. (BSK-StPO), N. 10 zu Art. 293.

5.4 Grenzen der Einwirkung

Verdeckte Ermittler und verdeckte Fahnder²⁹ sind bei ihrer Tätigkeit an die Grenzen von Art. 293 StPO gebunden. Das heisst folgendes:

Verdeckte Fahnder und Ermittler dürfen keine *allgemeine Tatbereitschaft* wecken. Unter Tatbereitschaft kann man dabei die Bereitschaft verstehen, eine bestimmte Straftat grundsätzlich zu begehen, also das gestohlene Bild oder verbotene Betäubungsmittel grundsätzlich zu verkaufen. Davon zu unterscheiden ist der Tatentschluss, also die Bereitschaft, diese Straftat unter den konkret vorhandenen Rahmenbedingungen zu begehen.³⁰

Erst in der Phase von der Tatbereitschaft zum Tatentschluss dürfen verdeckte Ermittler auf die Meinungsbildung der Zielperson einwirken. Sie dürfen also niemanden zu einer Tat verführen, die er sonst nicht begangen hätte. Zwar kann im Nachhinein immer behauptet werden, der Beschuldigte hätte eine Tat nicht begangen, wenn nicht gerade der verdeckte Fahnder oder Ermittler sich als Abnehmer bzw. Opfer angeboten hätte. Die Bestimmung muss aber so ausgelegt werden, dass der verdeckte Fahnder, der ein von der Zielperson ausgehendes Angebot nur annimmt, damit keine allgemeine Tatbereitschaft weckt. In der Regel kann ja davon ausgegangen werden, dass die Zielperson sonst einen andern Abnehmer gesucht hätte, und sich damit nur der Tatentschluss in dem Sinn konkretisiert, dass sie für das angepeilte Geschäft nun einen Geschäftspartner hat, der bereit ist, das Geschäft zu szenenüblichen Konditionen abzuwickeln. Unzulässig wäre aber unter diesem Gesichtspunkt etwa die Frage an den Drogenhändler, ob er allenfalls auch Waffen liefern könne.

In der Regel wird man verlangen müssen, dass zumindest der Verdacht auf die grundsätzliche Tatbereitschaft schon zum Zeitpunkt der Genehmigung der verdeckten Ermittlung anhand konkreter Erkenntnisse vorhanden gewesen sein muss. Es ist dann erste Aufgabe des verdeckten Ermittlers, diese allgemeine Tatbereitschaft zu überprüfen.

Verdeckte Fahnder und Ermittler dürfen die Tatbereitschaft nicht auf *schwerere Straftaten* lenken. Gemeint ist nicht bloss, dass die Bereitschaft auf *schwerere Straftatbestände* gelenkt wird³¹. Die Bestimmung ist schon

²⁹ Wegen des Verweises auf Art. 293 in Art. 298c Abs. 2 StPO.

³⁰ In diesem Sinn HANS BAUMGARTNER, Zum V-Mann-Einsatz, Zürich 1990, Seite 243 ff. mit zahlreichen Beispielen zur Abgrenzung.

³¹ So aber TANJA KNODEL, a.a.O. (BSK StPO), N. 3 zu Art. 293 (Raub statt Diebstahl), wie hier dann N. 5 zu Art. 293.

verletzt, wenn der Zielperson ein deutlich grösseres Drogengeschäft vorgeschlagen wird, als sie von sich aus anbietet.³² Das heisst auch, dass nicht derart vorteilhafte Konditionen angeboten werden dürfen, dass die Zielperson sich dazu verleiten lässt, wesentlich mehr Ware zu liefern, als sie ursprünglich beabsichtigte.

Verdeckte Fahnder und Ermittler dürfen die Tatbereitschaft aber auch nicht auf *andere Straftaten* lenken³³; das ergibt sich nicht aus Art. 293 Abs. 1 StPO, sondern aus dem Umstand, dass eine verdeckte Fahndung oder Ermittlung nur dann möglich ist, wenn gegen die Zielperson ein entsprechender Tatverdacht vorhanden ist, der sich auf eine bestimmte Straftat bezieht (Art. 286 Abs. 1 lit. a bzw. Art. 298b Abs. 1 lit. a StPO). Stellt sich im Lauf der Ermittlung heraus, dass die Zielperson auch andere Straftaten begeht als die in der Anordnung genannten, dann liegt ein Zufallsfund vor, der nach Art. 296 StPO nur nach entsprechendem Genehmigungsverfahren verwertbar ist.

Das Verhalten des verdeckten Fahnders oder Ermittlers darf schliesslich für den Entschluss zu einer konkreten Straftat nur von *untergeordneter Bedeutung* sein (Art. 293 Abs. 2 StPO). Aus Sicht des Überführten kann natürlich immer behauptet werden, man habe das verbotene Geschäft nur abgeschlossen, weil der verdeckte Fahnder oder Ermittler als Geschäftspartner zur Verfügung gestanden sei, sodass man ohne ihn gar nicht straffällig geworden wäre. Dieser Einwand ist nicht immer leicht zu widerlegen.

Taktisch sollte die Beweisführung bei Einsätzen von verdeckten Fahndern, insbesondere aber von verdeckten Ermittlern, deshalb unbedingt darauf angelegt werden, auch Geschäfte zu beweisen, an denen die verdeckt handelnde Person gar nicht beteiligt war: Wer auch Dritten Drogen verkauft hat, wird nicht überzeugend behaupten können, ohne den verdeckten Ermittler wäre es nicht zum Geschäftsabschluss gekommen. In der Praxis ist aber eine andere Konstellation leider häufiger: Der Hehler verfügt nur über ein einziges gestohlenen Bild von Picasso, oder - noch heikler - er handelt im Auftrag eines Dritten, der das gestohlene Bild besitzt und Käufer sucht. Bei dieser Konstellation ist die nachträgliche Behauptung, nur gerade der verdeckte Ermittler habe sich überhaupt für das Bild interessiert, und ohne ihn wäre es dem Überführten gar nicht gelungen, einen andern Interessenten zu finden, schon auf den ersten Blick

³² Ebenso NIKLAUS SCHMID, Praxiskommentar zur StPO, 2. Auflage Zürich 2013, N. 2 zu Art. 293

³³ Ebenso OBERHOLZER, a.a.O. (Anm. 16) Seite 442 N. 1251.

wesentlich plausibler. Bei dieser Situation müsste der verdeckte Ermittler genügend Nerven haben, um nicht primär das Ziel zu verfolgen, das gestohlene Bild erhältlich zu machen, damit es dem rechtmässigen Eigentümer wieder zurückgegeben werden kann; er müsste so verhandeln, dass auch im Nachhinein klar wird, dass die Zielperson und nicht in erster Linie der verdeckte Ermittler auf den Geschäftsabschluss drängt. Das beisst sich allerdings in der Praxis oft mit dem Anspruch, die verbotene Ware aus dem Verkehr zu ziehen.

Schlussfolgerungen

Aus diesen Überlegungen ergibt sich, dass das Heikle an aktiven und passiven verdeckten Beweiserhebungen nicht ihre Heimlichkeit ist, solange sie nicht dazu führt, dass das Beweisergebnis beeinflusst wird.

Das Heikle an aktiven verdeckten Beweiserhebungen ist auch nicht die Täuschung über die Identität des Ermittlers, ja nicht einmal die Täuschung über dessen wahre Absichten, sondern nur die mit einer hohen Intensität der Täuschung verbundene Möglichkeit, die Zielperson zu Delinquenz zu verführen, zu der sie überhaupt nicht oder zumindest nicht in diesem Umfang bereit gewesen wäre.

Die Gesetzgebung trägt diesen Umständen allerdings ausreichend Rechnung, indem genügend rechtsstaatliche Sicherungen eingebaut wurden.

