

# forum poenale

**Herausgeber -****Editeurs - Editrici**

Jürg-Beat Ackermann

Bernhard Sträuli

Wolfgang Wohlers

**Schriftleitung -****Direction de revue -****Direzione della rivista**

Anja Hasler

---

**RECHTSPRECHUNG | JURISPRUDENCE | GIURISPRUDENZA** 2

---

---

**AUFSÄTZE | ARTICLES | ARTICOLI** 37

---

**Peter Goldschmid:** Das Zwangsmassnahmengericht 37**Yvan Jeanneret:** L'avocat de la première heure dans le CPP: une innovation déjà dépassée? 44**Sabrina Kronenberg:** Der Bandenbegriff im schweizerischen Strafrecht 50

---

---

**DOKUMENTATION | DOCUMENTATION | DOCUMENTAZIONI** 55

---

**Stämpfli Verlag AG**[www.forumpoenale.ch](http://www.forumpoenale.ch)

- Nr. 10** Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 8. März 2010 i.S. X. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich – 6B\_743/2009  
 Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 8. März 2010 i. S. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich und Beschwerdeführerin gegen X. – 6B\_837/2009

**Art. 1 BVE; Art. 286 StPO: verdeckte Ermittlung; nicht-offene Ermittlung.**

Eine verdeckte Ermittlung stellt jedes Anknüpfen von Kontakten mit einer verdächtigen Person zu Ermittlungszwecken durch einen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen ungeachtet des Täuschungsaufwandes und der Eingriffsintensität dar (Bestätigung der Rechtsprechung). (Regeste forumpoenale)

**Art. 1 LFIS; art. 286 CPP: investigation secrète; investigation «non ouverte».**

Toute prise de contact avec une personne soupçonnée, émanant d'un membre du corps de police qui n'est pas reconnaissable comme tel et qui agit à des fins d'enquête, constitue une investigation secrète, indépendamment de l'ampleur de la tromperie et de l'intensité de l'intervention (confirmation de la jurisprudence). (Résumé forumpoenale)

**Art. 1 LFIM; art. 286 CPP: inchiesta mascherata; inchiesta «non aperta».**

Ogni presa di contatto a fini investigativi con una persona sospetta da parte di un membro della polizia non riconoscibile come tale costituisce un'inchiesta mascherata, indipendentemente dai mezzi utilizzati per ingannarla e dall'intensità dell'intervento (conferma della giurisprudenza). (Regesto forumpoenale)

**Sachverhalt:**

Urteil vom 8. März 2010 – 6B\_743/2009

Am 27.2.2007 erschien ein Kunde im Musikladen, in dem X. anwesend war. Der Kunde erklärte diesem, er wolle etwas zu Rauchen kaufen. X. verwies den Kunden an den Geschäftsführer, der sich ebenfalls im Laden befand. Der Geschäftsführer verkaufte dem Kunden wunschgemäss Marihuana zum Preis von CHF 100.–. Beim Kunden handelte es sich, was X. nicht wusste, um einen Fahnder der Betäubungsmittel-Gruppe der Stadtpolizei Zürich, der zu Ermittlungszwecken den Scheinkauf tätigte, da der Verdacht bestand, dass im betreffenden Musikladen ein Betäubungsmittelhandel betrieben wurde. X. gab anlässlich seiner Haftenvernahme nach Konfrontationen mit den Wahrnehmungen des polizeilichen Ermittlers zu, den Kunden an den Geschäftsführer verwiesen zu haben im Wissen darum, dass der Kunde Marihuana kaufen wollte. X. macht geltend, der Einsatz des polizeilichen Scheinkäufers sei als verdeckte Ermittlung i.S. des BVE zu qualifizieren. Da die hierfür erforderliche richterliche Genehmigung gefehlt habe, sei der

Einsatz unzulässig und seien die dadurch gewonnenen Erkenntnisse nicht verwertbar.

Das OGer ZH sprach X. der Widerhandlung gegen das BetmG i.S.v. Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG schuldig. X. führt Beschwerde in Strafsachen mit den Anträgen, er sei in Änderung des Urteils des OGer von den Vorwürfen der Widerhandlung gegen das BetmG freizusprechen. Das BGer heisst die Beschwerde gut, soweit sie sich gegen die Verurteilung von X. wegen Widerhandlungen gegen das BetmG richtet.

Urteil vom 8. März 2010 – 6B\_837/2009

X. habe in einem Restaurant in Zürich von einer Drittperson ca. 180 Gramm Kokain erworben und dieses am gleichen Tag zum Preis von CHF 14 000.– einem vermeintlichen Interessenten zum Kauf angeboten, bei welchem es sich in Tat und Wahrheit um einen Beamten der Stadtpolizei Zürich gehandelt habe, der als Scheinkäufer aufgetreten sei. Der erhobene Vorwurf gegen X. betreffend Handel mit 180 Gramm Kokaingemisch beruht im Wesentlichen auf den Erkenntnissen des polizeilichen Scheinkäufers. Das OGer ZH ist in Übereinstimmung mit dem BezGer ZH der Auffassung, dass der Einsatz des Polizeibeamten als verdeckte Ermittlung i.S. des BVE zu qualifizieren ist. Da die hierfür erforderliche richterliche Genehmigung nicht vorgelegen habe, seien die durch die verdeckte Ermittlung gewonnenen Erkenntnisse nicht verwertbar.

Die I. Strafkammer des OGer ZH sprach X. in Bestätigung des Urteils des BezGer ZH vom Vorwurf der mehrfachen Widerhandlung gegen das BetmG frei. Die Oberstaatsanwaltschaft ZH führt Beschwerde in Strafsachen mit den Anträgen, der Entscheid des OGer sei aufzuheben und die Sache zur Verurteilung von X. an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das BGer weist die Beschwerde ab.

**Aus den Erwägungen:**

Urteil vom 8. März 2010 – 6B\_743/2009

[...]

2.

2.1 Das Bundesgericht hat sich in BGE 134 IV 266 mit dem Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 20. Juni 2003 über die verdeckte Ermittlung (BVE; SR 312.8), in Kraft seit 1. Januar 2005, befasst. Es hat sich mit den Kriterien auseinandergesetzt, die in der Lehre vorgeschlagen werden, um die verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE von anderen, nicht unter dieses Gesetz fallenden verdeckten Ermittlungstätigkeiten abzugrenzen. Es hat die vorgeschlagenen Kriterien aus diesen und jenen Gründen verworfen [...] und erkennt, mangels einer klaren, abweichenden Regelung im BVE sei im Zweifelsfall davon auszugehen, dass 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 ist und unter den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fällt. Das Kriterium des «Anknüpfens von Kontakten» nimmt Bezug auf die Ausführungen in der bundesrätlichen Botschaft (BB1 1998 4241 ff., 4283), wonach verdeckte Ermittlung das Anknüpfen von

Kontakten zu verdächtigen Personen ist, die darauf abzielen, die Begehung von strafbaren Handlungen festzustellen und zu beweisen [...]. Das Kriterium des «nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen» entspricht der Formulierung in Art. 1 BVE. Diese weite Auslegung des Begriffs der verdeckten Ermittlung im Sinne des BVE durch das Bundesgericht ist in der Lehre auf Kritik gestossen (siehe HANSJAKOB, Verdeckte Ermittlung – Gesetz und Rechtsprechung, fp 2008, S. 361 ff.; SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2009, N 1183; DERS., Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2009, N 3 f. vor Art. 286–298; RHYNER/STÜSSI, in: ALBERTINI/FEHR/VOSER [Hrsg], Polizeiliche Ermittlung [Schweiz], Ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung, 2008, 498 ff.). Sie hat aber auch Zustimmung gefunden (siehe PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht, 2009, S. 134; VETTERLI, Verdeckte Ermittlung und Grundrechtsschutz, fp 2008, 367 ff.). Die Kritik an der Rechtsprechung wird unter anderem damit begründet, dass «nach der bisher vorherrschenden Auffassung eher ein qualifiziert täuschendes Verhalten (Verwenden einer Legende, eigentliches Einschleichen in ein deliktisches Umfeld und eine länger dauernde Aktivität) verlangt wird» (SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, N 3 vor Art. 286–298). Erforderlich sei ein Mindestmass an aktiver Täuschung, im Regelfall der Aufbau eines gewissen Vertrauensverhältnisses zur Zielperson (SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, N 1182 f.).

[...]

*Hinweis der Schriftleitung: Das Urteil vom 8. März 2010 (6B\_837/2010) enthält in E. 3.1 die wörtlich gleichen Formulierungen wie in E. 2.1 des abgedruckten Urteils vom 8. März 2010 – 6B\_743/2010.*

### Bemerkungen:

I. Das BGer hat mit zwei Entscheiden noch einmal klar Stellung bezogen in der lang anhaltenden Kontroverse, was als verdeckte Ermittlung gilt. Es hält ausdrücklich fest: Als verdeckte Ermittlung gilt «jedes Anknüpfen von Kontakten mit einer verdächtigen Person zu Ermittlungszwecken durch einen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen ungeachtet des Täuschungsaufwandes und der Eingriffsintensität.» (BGer, Urteile v. 8.3.2010 6B\_743/2010, E. 2.1 sowie 6B\_837/2010, E. 3.1.). Diese Rechtsprechung hat das BGer mit einem Urteil v. 22.4.2010 (6B.207/2010) erneut bestätigt.

Das BGer weist damit die zum Teil geäusserte Kritik an BGE 134 IV 266 zurück. Es bekräftigt, dass aus den Regelungen des Bundesgesetzes über die verdeckte Ermittlung (BVE, SR 312.8) nicht folgt, dass eine verdeckte Ermittlung im Sinne dieses Gesetzes nur bei einer bestimmten (wie auch immer zu definierenden) Täuschungs- und/oder Eingriffsin-

tensität oder bei einer bestimmten Dauer des Einsatzes anzunehmen ist. Das Gericht weist zu Recht darauf hin, dass solche Kriterien zu vage und daher für die Bestimmung des Anwendungsbereichs des Gesetzes ungeeignet wären.

Das Gleiche gilt auch für die neue Regelung durch die StPO, in der das BVE aufgeht.

II. Seit einigen Jahren schon erlaubt das BVE die heimliche Ausforschung von Tatverdächtigen durch Polizisten, die etwa unter falschem Namen auftreten oder Scheinkäufe tätigen können. Neuerdings ersetzen die Art. 286 ff. der Schweizerischen StPO die BVE-Regelungen und ermöglichen damit auch künftig verdeckte Ermittlungstätigkeit.

Eine Strafverfolgung, die den Bürgerinnen und Bürgern immer offen – also als solche erkennbar – gegenüber tritt, können sich heute nur noch wenige vorstellen (vgl. aber PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel 2009, 137 f.; ALBRECHT, Zur rechtlichen Problematik des Einsatzes von V-Leuten, AJP 2002, 632 ff.; OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, dargestellt am Beispiel des Kantons St.Gallen, N 78 ff.; OBERHOLZER, BG über die verdeckte Ermittlung: Kein Meisterstück der helvetischen Gesetzgebung, Anwaltsrevue 2005, 57 ff.). Auch die rechtswissenschaftliche Diskussion dreht sich deshalb im Wesentlichen nicht mehr um das Ob, sondern nur noch um das Wie: Unter welchen Umständen dürfen Strafbehörden ermitteln, ohne ihrem Gegenüber mitzuteilen, dass das Auge des Gesetzes sie als mutmassliche Straftäter prüft? Bei der Antwort auf diese Frage ist eben nicht nur streitig, wann und wie verdeckte Ermittlungen zulässig sind, sondern was überhaupt eine «verdeckte Ermittlung» ist (vgl. BAUMGARTNER, Zum V-Mann-Einsatz, Zürich 1990, 26 ff.).

1. Das BVE enthält keine ausdrückliche und abschliessende Definition der «verdeckten Ermittlung». Einen Anknüpfungspunkt gibt lediglich die Zweckbestimmung in Art. 1 BVE, wonach das Gesetz die Einsätze von Angehörigen der Polizei regelt, die nicht als solche erkennbar in einem kriminellen Umfeld besonders schwere Straftaten aufklären.

Die Botschaft zum BVE weist ferner darauf hin, dass der Begriff der verdeckten Ermittlung in der Diskussion immer wieder mit unterschiedlichem Bedeutungsgehalt verwendet werde, was zu Verständnis- und Abgrenzungsschwierigkeiten führe. Sie verweist anschliessend aber auch nur auf eine weite Formel. Danach liegt eine verdeckte Ermittlung im Anknüpfen von Kontakten zu verdächtigen Personen, die darauf abzielen, die Begehung einer strafbaren Handlung festzustellen und zu beweisen, wobei die deliktische Tätigkeit vorwiegend passiv zu untersuchen sei (BB1 1998 4283).

Weder Art. 1 BVE noch die bundesrätliche Erläuterung konnten die Diskussionen rund um die Begriffsbestimmung der heimlichen Ausforschung beenden. Die Zulässigkeit nicht offener Ermittlungsmethoden blieb letztlich auch umstritten, weil die Begrifflichkeit nicht eindeutig geklärt wurde: Soll der Anwendungsbereich des BVE generell auf besonders gravierende Ermittlungseingriffe im kriminellen





Milieu beschränkt bleiben, welche langwierige Polizeieinsätze mit Pseudoidentitäten – also qualifizierte Täuschungsanstrengungen – erfordern oder ist jedes nicht offene Tätigwerden der Polizei an den Regeln des BVE zu messen?

2. Das BGer hat sich mit diesen Fragen in dem viel beachteten Entscheid BGE 134 IV 266 auseinander gesetzt und festgehalten, dass als verdeckte Ermittlung jedes Anknüpfen von Kontakten zu verdächtigen Personen gilt, wenn dieses darauf abzielt, die Begehung von strafbaren Handlungen festzustellen und zu beweisen. Massgeblich sei, dass ein nicht als solcher erkennbarer Polizeiangehöriger aktiv in Kontakt zu einem mutmasslichen Straftäter tritt, um Beweise zu erlangen. Das BGer stützte diese Interpretation des Begriffs «verdeckte Ermittlung» vor allem auf die Formulierung in Art. 1 BVE (ebenso: PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht, 134; VETTERLI, Verdeckte Ermittlung und Grundrechtsschutz, FP 2008, 367 ff.).

Die weite Auslegung des BGer ist aber in der Lehre teilweise auf Kritik gestossen. Nach Ansicht der Verfechter einer restriktiveren Auslegung sollen die rechtlichen Schranken des BVE nur im Falle eines «qualifiziert täuschenden Verhaltens», etwa beim Verwenden einer Legende, dem Einschleichen in ein deliktisches Umfeld oder bei einer länger andauernden Aktivität gelten (HANSJAKOB, Verdeckte Ermittlung – Gesetz und Rechtsprechung, FP 2008, 361 ff.; SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2009, N 1183; DERS., Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2009, vor Art. 286–298 N 3 f.; RHYNER/STÜSSI, in: ALBERTINI/FEHR/VOSER [Hrsg.], Polizeiliche Ermittlung, Ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung, 2008, 498 ff.). Erforderlich sei ein gewisses Mass an aktiver Täuschung, im Regelfall sogar der Aufbau eines Vertrauensverhältnisses zur Zielperson (vgl. etwa SCHMID, Handbuch, N 1182 f.). Einfache nichtoffene Ermittlungen sollen nicht darunter fallen. Letztere wollen manche notfalls etwa auf die polizeiliche Generalklausel stützen (BISCHOFF/LANTNER, Verdeckte polizeiliche Ermittlungshandlungen in Chatrooms, Jusletter vom 14.1.2008, N 58 f.). Dies dürfte zwar den Spielraum der Ermittler erweitern, würde aber – neben anderen Problemen – die Frage nach der Verwertbarkeit solcher Erkenntnisse aufwerfen.

Die Motivationen, die jeweils hinter den entgegengesetzten Positionen stehen, sind offensichtlich: Während die eine Seite eine flexible Handhabung verschiedener Formen heimlicher Sachverhaltsermittlung angesichts bestimmter Kriminalitätsphänomene für unabdingbar hält, beharrt die andere Seite – zu Recht – darauf, dass sensible Ermittlungsmethoden, wie eben verdeckte Ermittlungen, ausschliesslich auf der Grundlage und im Rahmen der einschlägigen Gesetze stattfinden und nicht durch semantische Schleichwege umgangen werden dürfen.

3. Trotz der kontroversen Diskussion rund um die Zulässigkeit verdeckter Ermittlungen äussert sich weder die neue StPO noch die dazu gehörende Botschaft zur Definition der «verdeckten Ermittlung». Vielmehr orientiert sich die Neuregelung weitgehend kommentarlos an den Vorgängerregelungen im BVE (vgl. etwa BBl 2006 1255). Es fehlt sogar eine Art. 1 BVE ähnliche Umschreibung dessen, was künftig unter die Regelungen der «verdeckten Ermittlungen» zu fassen ist, insbesondere fehlt die Zweckbestimmung eines Eindringens in das kriminelle Umfeld. Dass der Gesetzgeber die Diskussion nicht durch eine klare gesetzliche Regelung beendet hat, ist vor allem mit Blick auf die Rechtssicherheit zu bedauern, sowohl aus Sicht der Betroffenen als auch aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden.

Angesichts dieser Situation ist nicht zu erwarten, dass die Kontroverse über den Begriff der «verdeckten Ermittlungen» verstummt. Vielmehr werden wohl die Lager und auch die bisher vertretenen Positionen gleich bleiben: Die eine Seite wird (jedenfalls für bestimmte Fallkonstellationen) weiter für sich in Anspruch nehmen, dass die schweizerische Prozessordnung keinen Anhaltspunkt dafür enthalte, dass nur eine «qualifizierte» nicht offene Ermittlungsmethode unter den Anwendungsbereich des Gesetzes falle und eine «einfache» verdeckte Ermittlungstätigkeit vom Anwendungsbe- reich des Gesetzes ausgenommen sei (PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht, Grundriss für Studium und Praxis, Basel 2009, 134.). Die andere Seite wird auch künftig nur täuschungsintensive nicht offene Sachverhaltsaufklärung unter das Rechtsregime der StPO und jede andere heimliche Ermittlungen in das Ermessen der Strafverfolgungsbehörden stellen wollen (SCHMID, StPO, Praxiskommentar, N 3 vor Art. 286–289; SCHMID, Handbuch, N 1182 f.).

III. Wesentlich für die Qualifizierung einer nicht-offenen Sachverhaltserforschung als verdeckte Ermittlung ist gemäss dem BGer das «Anknüpfen von Kontakten», im Sinne eines aktiven, zielgerichteten Verhaltens, durch einen als solchen nicht erkennbaren Polizeianghörigen (s.a. BGer, Urteil v. 22.4.2010, 6B\_207/2010, E. 3.2).

1. Die Konsequenzen dieser Rechtsprechung sind klar: Nimmt ein Polizeibeamter aktiv Kontakt zu einer Person auf, mit dem Ziel Straftaten zu ermitteln, so handelt es sich um eine verdeckte Ermittlung, die wenn sie nicht vorgängig genehmigt ist oder nachträglich genehmigt wird, unzulässig ist. Die dadurch erlangten Erkenntnisse müssen sofort aus den Verfahrensakten entfernt werden (BGer, Urteil v. 8.3.2010, 6B\_837/2009, E. 4.1.). Denn diese dürfen weder für weitere Ermittlungen noch zum Nachteil einer beschuldigten Person verwendet werden (Art. 18 Abs. 5 BVE). Diese Bestimmung findet nicht nur Anwendung bei nicht genehmigten Einsätzen im Strafverfahren, sondern auch bei Einsätzen im Vorfeld eines Strafverfahrens (so bereits BGE 134 IV 266, 286 f.). Daraus leitet das BGer auch die Fernwirkung des Verwertungsverbots ab: Die durch nicht genehmigte verdeckte Ermittlung gewonnenen Erkenntnisse dürfen auch nicht für

weitere Ermittlungen verwendet werden (BGer, Urteil v. 8.3.2010, 6B\_837/2009 E. 4.2.).

2. Das BGer bestätigt in den beiden Entscheiden jedoch nicht nur seinen früheren Entscheid BGE 134 IV 266. Es gibt ferner auch noch Anhaltspunkte dafür, wie weitere Fallkonstellationen künftig beurteilt werden könnten. Dabei deutet es bereits die Neuerungen an, die sich durch das Inkrafttreten der StPO, auch ausserhalb deren Regelungsbereiches, ergeben.

Für verdeckte Ermittlungen im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität, insbesondere aktive Scheinkäufe gilt auch nach den Regelungen der Schweizer StPO: Bei Verdacht auf schwere Fälle von BtM-Kriminalität können – und müssen – die Strafverfolgungsbehörden eine verdeckte Ermittlung bei der zuständigen Behörde beantragen (Art. 286 Abs. 2 lit. f StPO). Wird diese genehmigt, sind die dadurch gewonnen Erkenntnisse als Beweis verwertbar.

Bei Verdacht auf mittlere bis leichtere BtM-Kriminalität ist eine verdeckte Ermittlung nach den Vorgaben des Art. 286 Abs. 2 lit. f StPO nicht zulässig. Werden gleichwohl auf diesem Wege Erkenntnisse gewonnen, so sind diese nicht als Beweis verwertbar. Das hält Art. 289 Abs. 6 StPO ausdrücklich fest (GLESS, in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER [Hrsg.] Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [BSK], Art. 141 StPO N 57). Es handelt sich dabei um ein striktes Verwertungsverbot nach Art. 140 Abs. 1 Satz 2 StPO. Eine Relativierung durch Interessenabwägung verbietet sich hier von vornherein (GLESS, BSK, Art. 141 StPO N 70 f.).

Nach den Äusserungen des BGer sind auch einfache, isolierte Scheingeschäfte zwischen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen und Zielpersonen im Allgemeinen resp. sog. Betäubungsmittelscheinkäufe im Speziellen verdeckte Ermittlungen im Sinne des BVE (BGer, Urteil v. 8.3.2010, 6B\_837/2009, E. 3.3). Es bedarf keines qualifiziert täuschenden Verhaltens oder eines Vertrauensverhältnisses zur Zielperson. Auch hier gelten die geschilderten Regeln zu den Beweisverwertungsverboten. Lediglich in den Fällen, in denen sich die Polizei *nicht* aktiv um die Gewinnung bestimmter Informationen bemüht, sondern sich das heimliche Ausforschen auf eine blossе, wenngleich nicht als Strafverfolgungsmassnahme offen gelegte, Anwesenheit im Milieu beschränkt und Polizeibeamte dort von Drogendealern angesprochen werden, ist nach dem Massstab des Bundesgerichts *nicht* von einer genehmigungsbedürftigen verdeckten Ermittlung auszugehen (ebda. E. 3.4.).

Klärungsbedarf über die Zulässigkeit des Einsatzes von verdeckten Ermittlern resp. agents provocateurs gab es in der jüngeren Rechtspraxis in Zusammenhang mit den sog. «Alkoholtestkäufern» (BGer, Urteil v. 22.6.2009, 6B\_272/2009; KG Basel-Land, Urteil v. 10.2.2009, FP 2009, 139). Hierbei stellt sich ein zusätzliches Problem, weil nicht Angehörige der Polizei als Scheinkäufer fungieren, sondern minderjährige Privatpersonen gezielt von den Strafverfolgungsbehörden eingesetzt werden, um die Bereitschaft zum illegalen Alkoholverkauf zu testen. Eine solche Praxis ist we-

der auf der Grundlage des BVE noch nach den Regelungen der StPO genehmigungsfähig, da hier keine Polizeibeamten eingesetzt werden (vgl. a. GODENZI, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, Zürich 2008, 124 ff.) und regelmässig auch wegen keiner der dort aufgezählten Katalogtaten ermittelt wird. Deshalb bedarf es hierfür einer eigenen gesetzlichen Regelung, etwa durch kantonale Polizeigesetze.

3. Seit der gesetzlichen Regelung verdeckter Ermittlungen ist deren Zulässigkeit im Grenzbereich zwischen Strafverfolgungs- und originärer Polizeitätigkeit umstritten. Solche «proaktive Ermittlungstätigkeit» liegt zwischen Repression und Prävention scheinbar im Niemandsland (vgl. KUBICIEL, Rechtsextremistische Musik von und mit V-Leuten, NStZ 2003, 57 ff.; SOINÉ, Aufklärung der organisierten Kriminalität – [keine] Aufgabe für Nachrichtendienste, ZRP 2008, 108 ff.). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht jedoch fest, dass auch solche Massnahmen, wenn sie als «Anknüpfen von Kontakten mit einer verdächtigen Person zu Ermittlungszwecken durch einen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen» qualifizieren als verdeckte Ermittlung genehmigungsbedürftig sind.

Nach der Schweizerischen Strafprozessordnung kann eine verdeckte Ermittlung nur bei einem Verdacht auf eine bereits begangene Katalogtat angeordnet werden (vgl. Art. 286 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 StPO). Es geht also um Repression. Soll eine Zielperson *nicht* eines Delikts überführt werden, welches sie noch gar nicht verübt hat, sondern erst durch das Verhalten des nicht als solchen erkennbaren Polizeibeamten veranlasst wird, so muss eine solche präventive Massnahme durch polizeigesetzliche Regelungen gerechtfertigt sein (vgl. auch die Hinweise in BGer, Urteil v. 8.3.2010, 6B\_743/2009, E. 3.5). Das hat auch der Gesetzgeber bei Schaffung der StPO so gesehen, wie aus der Botschaft hervorgeht: «Für die Phase der verdeckten Ermittlung vor einem Strafverfahren, wie sie das BVE vorsieht, bleibt somit genau besehen kein Platz.» (BB1 2006 1255).

IV. Die Entscheide des BGer wollen dem semantischen Wirrisspiel um die Zulässigkeit heimlicher Ausforschung und der damit einhergehenden Rechtsunsicherheit ein Ende setzen. Die Strafverfolgungsbehörden sollen keine über die gesetzliche Regelung hinaus gehende Definitionsmacht darüber in Anspruch nehmen, was als blosses nicht offenes Ausforschen und was als echte verdeckte Ermittlung gilt. Ob eine heimliche Sachverhaltserforschung durch die Polizei als «verdeckte Ermittlung» anzusehen ist, kann deshalb auch nicht davon abhängen, in welchem Umfang die Polizei im Einzelfall täuschend auf eine Zielperson einwirkt. Dieses Kriterium ist zu vage, da jede nicht-offene Ermittlung bereits ein Täuschungsmoment in sich trägt.

Die Rechtsprechung ist aus drei Gründen zu begrüssen.

Sie ermöglicht den Strafverfolgungsbehörden den Einsatz verdeckter Ermittler. Gleichzeitig sichert sie die gesetzesmässige Kontrolle einer Strafverfolgung, die der Öffentlichkeit naturgemäss zunächst weitgehend verborgen ist, jedoch

gleichwohl rechtsförmig und überprüfbar bleiben muss. Vor allem aber wahrt die Rechtsprechung die gesetzlich verbürgten Rechte der Personen, denen die Strafbehörden als Ermittlungsorgane gegenüberstehen, ohne dies zu offenbaren. In dieser Situation wissen die Zielpersonen nicht, dass sie durch ihre Äusserungen und Handlungen zu ihrer eigenen Strafverfolgung beitragen (vgl. PIQUEREZ, *Traité de procédure pénale suisse*, N 734) und sind insofern ohne Verfahrensrechte; das ist aber nur unter den gesetzlich festgelegten Rahmenbedingungen zulässig (vgl. BGE 134 IV 266, 276; ALBRECHT, *AJP* 2002, 633; JOSET/RUCKSTUHL, *V-Mann Problematik aus der Sicht der Verteidigung*, *ZStrR* 1993, 358 ff.; VETTERLI, *FP* 2008, 368; GLESS, *BSK*, Art. 140 StPO N 52.).

Die Konsequenzen einer trennungsscharfen Interpretation der Vorschriften über die verdeckte Ermittlung durch das Bundesgericht anhand des Kriteriums «aktives Anknüpfen von Kontakten» sind klar und hart zugleich: Eine nicht nach den gesetzlichen Regelungen genehmigte aktive Kontaktaufnahme zu einer Zielperson durch einen Polizeibeamten zum Zwecke der heimlichen Ausforschung mit dem Ziel der Strafverfolgung ist unzulässig. Dadurch gewonnene Informationen sind im Strafverfahren weder als Beweise noch als Ermittlungsansatz verwertbar.

Prof. Dr. Sabine Gless, Universität Basel

**Nr. 11** Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 25. Januar 2010, i.S. Bundesanwaltschaft gegen Marco Walter Tinner, Urs Tinner, Friedrich Tinner und Max Schmid – 1B\_265/2009

**Art. 27 Abs. 1, 2 und 5, Art. 69 BStP: «Tinner-Verfahren»; Rechtshilfe zwischen Schweizer Behörden; Ausnahmen von der Pflicht zur Rechtshilfe.**

Art. 69 BStP sieht für die Durchsuchung von Papieren ein mehrstufiges Verfahren vor, bei welchem der Betroffene seine Geheimhaltungsinteressen geltend machen und schon vor der Hauptverhandlung einen gerichtlichen Entscheid über die Zulässigkeit der Beschlagnahme und Durchsuchung erreichen kann. Soweit dagegen im Verhältnis zwischen Behörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden die Ermächtigung eines Behördenmitglieds zur Herausgabe von Akten in Frage steht, ist nach Art. 27 BStP (Rechtshilfe) zu verfahren. Dies gilt auch dann, wenn Unterlagen zunächst von der Bundesanwaltschaft beschlagnahmt und zu den Verfahrensakten genommen worden sind und der Bundesrat anschliessend die Aktenherrschaft an sich gezogen hat. Obgleich es sich insofern nicht um einen typischen Anwendungsfall von Art. 27 BStP handelt, ändert dies nichts daran, dass den

Strafverfolgungsbehörden für die Rückerlangung der Akten nur der Weg über die Rechtshilfe zur Verfügung steht. (Regeste forumpoenale)

**Art. 27 al. 1, 2 et 5, art. 69 PPF: «affaire Tinner»; entraide judiciaire entre autorités suisses; exceptions à l'obligation d'octroyer l'entraide.**

Aux fins de la perquisition de documents, l'art. 69 PPF instaure une procédure en plusieurs étapes au cours de laquelle la personne frappée par la mesure peut faire valoir ses intérêts au maintien du secret et obtenir, avant que la cause n'entre dans la phase de l'instruction définitive, une décision judiciaire sur l'admissibilité de la saisie et de la perquisition. Dans la mesure toutefois où la contestation oppose des autorités fédérales, cantonales ou communales et porte sur la question de l'habilitation d'un membre d'une autorité à produire des documents officiels, la procédure d'entraide prévue par l'art. 27 PPF doit être suivie. Il en va de même lorsque le ministère public de la Confédération a tout d'abord saisi et versé au dossier les documents que le Conseil fédéral a ultérieurement rappelés dans sa sphère de maîtrise. Bien qu'il ne s'agisse pas là d'un cas typique d'application de l'art. 27 PPF, il n'en demeure pas moins que la seule voie ouverte aux autorités de poursuite pénale pour récupérer les documents litigieux est celle de l'entraide. (Résumé forumpoenale)

**Art. 27 cpv. 1, 2 e 5, art. 69 PP: «caso Tinner»; assistenza giudiziaria fra autorità svizzere; eccezioni all'obbligo d'assistenza.**

Per quel che riguarda la perquisizione di carte, l'art. 69 PP prevede una procedura a più fasi nel corso della quale l'interessato può far valere i suoi interessi al mantenimento del segreto ed ottenere, già prima del dibattimento, una decisione giudiziaria sull'ammissibilità del sequestro e della perquisizione. Nella misura in cui invece la contestazione oppone le autorità federali, cantonali e comunali e concerne la questione della facoltà di un membro dell'autorità a produrre documenti ufficiali, dev'essere seguita la procedura di assistenza giudiziaria giusta l'art. 27 PP. Questo vale anche nel caso in cui il ministero pubblico della Confederazione ha in un primo momento sequestrato e versato agli atti i documenti ed il Consiglio federale gli ha successivamente fatti rientrare nella propria sfera di dominio. Benché a tale riguardo non si tratta di un tipico caso di applicazione dell'art. 27 PP, questo non cambia che l'unica via a disposizione dell'autorità di perseguimento penale per recuperare i documenti è quella dell'assistenza giudiziaria. (Regeste forumpoenale)

**Sachverhalt:**

Urs Tinner wird vorgeworfen, er sei, während er ab 1998 in Dubai und Malaysia für Abdul Kadir Khan, den «Vater der pakistanischen Atombombe» gearbeitet hatte, in den Besitz von Dokumenten gelangt, welche für die Herstellung von Kernwaffen und für die An-