



Fall-Nr.:	AK.2009.60
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Strafkammer und Anklagekammer
Publikationsdatum:	25.02.2009
Entscheiddatum:	25.02.2009

Entscheid Anklagekammer, 25.02.2009

Der Einsatz polizeilicher Scheinkäufer im Drogenmilieu ist auch ohne richterliche Genehmigung zulässig. Von einer (genehmigungspflichtigen verdeckten Ermittlung kann erst dann gesprochen werden, wenn der nicht als Angehöriger der Polizei erkennbare Ermittler auf die Willensbildung seiner Zielperson ein Mindestmass an Einfluss nimmt. Dies ist beim polizeilichen Scheinkauf, wie er gemäss langjähriger Praxis in St. Gallen gehandhabt wird, nicht der Fall (Anklagekammer, 25. Februar 2009, AK. 2009.60).

Aus den Erwägungen:

1. Die Staatsanwaltschaft gelangte mit Schreiben vom 12. Juni 2003 an das Präsidium der Anklagekammer und teilte mit, dass die Kantonspolizei mit einer Sondergruppe eine Aktion durchführe, die sich gegen dealende Kleinhändler im Umfeld von Bahnhöfen verschiedener Städte richte. Sie beabsichtige nun, in der erwähnten Drogenszene Scheinkäufer zum Einsatz zu bringen, wobei folgende Rahmenbedingungen vorgesehen seien:

- Als Scheinkäufer kommt nur ein Polizeibeamter in Frage. Die Leitung der Aktion liegt beim Kantonalen Untersuchungsamt (KUA). Die Scheinkäufer werden vor dem Einsatz durch das KUA zu Protokoll über die Abwicklung und die rechtlichen Rahmenbedingungen belehrt.



St.Galler Gerichte

- Der Scheinkäufer muss vom Täter angesprochen werden; allenfalls ist ihm Kaufbereitschaft durch Sichtkontakt oder eine unverfängliche Frage ("wieviel?") zu signalisieren, mehr auf keinen Fall.
- Der Fall muss aktenmässig sauber dokumentiert sein: Scheinkauf wird abgewickelt, unmittelbar darauf Zugriff auf den Verkäufer durch observierende Beamte; Sicherstellung des Kokains beim Scheinkäufer; Sicherstellung der markierten Banknote beim Verkäufer; kurzer Amtsbericht des Scheinkäufers an das KUA innert Stunden; Vortest der Sicherstellung; polizeiliche Befragung nicht nötig.
- Nach erfolgtem Scheinkauf verfügt das KUA die Festnahme; Zuführung und Einvernahme durch das KUA innert 3 Stunden, ausserhalb der Arbeitszeit spätestens am nächsten Morgen nach der Aktion. Strafbescheid und Ausgrenzung werden innert 24 Stunden nach dem Scheinkauf ausgehändigt; anschliessend Haftentlassung und allenfalls Rückführung in den Wohnkanton (bzw. kontrollierte Abreise).
- Der Einsatz von Scheinkäufern soll vorerst probeweise in Buchs und Wil durchgeführt werden; wenn es sich bewährt, später allenfalls auch in St. Gallen.

2. Das Präsidium der Anklagekammer stellte mit Entscheid vom 16. Juni 2003 fest, dass der von der Staatsanwaltschaft vorgesehene Einsatz von Scheinkäufern - soweit die genannten Rahmenbedingungen eingehalten werden - nicht genehmigungspflichtig ist. Der Entscheid erfolgte auf der (damals geltenden) Rechtsgrundlage von Art. 152 StP. Das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE) lag erst im Entwurf vor; es wurde 2005 in Kraft gesetzt.

Zur Begründung stützte sich das Präsidium der Anklagekammer im Wesentlichen auf Botschaft und Entwurf zum BVE. Es wies darauf hin, dass in Berücksichtigung des Entwurfs zum erwähnten Bundesgesetz von einer verdeckten Ermittlung nur dann gesprochen werden könne, wenn diese auf eine gewisse Dauer angelegt sei sowie die Einschleusung eines mit einer falschen Legende und falscher Identität versehenen Beamten in einem mutmasslich kriminellen Umfeld zum Gegenstand habe. Allein der damit verbundene Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Zielperson rechtfertige denn



auch die besonderen Verfahrens- und Schutzvorschriften. Das von der Staatsanwaltschaft beabsichtigte Vorgehen stelle in diesem Sinn noch keine verdeckte Ermittlung dar. Der betreffende Beamte werde nicht in eine bestehende Organisation eingeschleust, er trete den Zielpersonen nicht mit falscher Identität entgegen und er werde auch nicht mit einer falschen Legende ausgestattet. Der vorgesehene Einsatz dauere wenige Minuten, wobei ein blosser Sichtkontakt in aller Regel genügen werde, damit die Zielperson den Scheinkäufer anspreche und ihm ein entsprechendes Angebot unterbreite, welches sofort angenommen und abgewickelt werde. Es handle sich demzufolge um einen Anwendungsfall von Art. 23 BetmG, ohne dass die Voraussetzungen einer verdeckten Ermittlung im Sinn von Art. 152 StP vorliegen würden. Der unter den von der Staatsanwaltschaft genannten Rahmenbedingungen vorgesehene Einsatz von Scheinkäufern im Bereich der dealenden Kleinhändler falle demzufolge nicht unter Art. 152 StP, so dass eine richterliche Genehmigung nicht erforderlich sei (AK.2003.160; vgl. auch den im Wesentlichen gleich argumentierenden Entscheid der I. Strafkammer des Obergerichts Zürich vom 3. November 2003, in ZR 2004 Nr. 41, S. 165 ff.).

3. Das Bundesgericht bestätigte zunächst im Wesentlichen diese Argumentation. Im Entscheid der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung vom 2. Juni 2008 (1B_123/2008) verwies das Bundesgericht auf die in der Lehre vorherrschende Auffassung, wonach es für die Qualifikation eines polizeilichen Einsatzes als verdeckte Ermittlung einer gewissen Einwirkung auf die Zielperson bedürfe. Unter Hinweis auf Thomas Hansjakob (Das neue Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung, ZStrR 2004, S. 97 ff.) führte das Bundesgericht aus, verdeckter Ermittler sei nur, wer aktiv einen falschen Eindruck über seine Identität und Beamteneigenschaft erwecke. Es genüge nicht, dass er es bloss unterlasse, sich als Polizist zu erkennen zu geben. Solange sich die Zielperson für den Namen und die Lebensumstände des verdeckten Ermittlers nicht interessiere, solange dieser also beispielsweise nicht aktiv eine besondere Täuschung verwende, sei er nicht verdeckter Ermittler. Der Scheinkäufer etwa, der auf der offenen Drogenszene zum Schein Drogen erwerbe, sei nicht verdeckter Ermittler, weil sein Gegenüber sich weder für den Namen noch weitere Umstände zur Person überhaupt interessiere, sondern bloss möglichst rasch und anonym ein Geschäft abschliessen wolle. Folgerichtig übernahm denn auch das Bundesgericht die von Robert Hauser/Erhard Schweni/Karl Hartmann (Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, S.



386) vorgenommene Unterscheidung zwischen qualifizierter verdeckter Ermittlung, bei der das BVE zur Anwendung kommt, und einfacher verdeckter Ermittlung, bei der das nicht der Fall ist. Anzuführen bleibt, dass dieser Entscheid im Rahmen eines Haftprüfungsverfahrens erging und die I. öffentlich-rechtliche Abteilung eine definitive Klärung der Rechtsfrage durch den Strafrichter im Hauptverfahren ausdrücklich vorbehielt.

4. Zwei Wochen nach dem Entscheid der öffentlich-rechtlichen Abteilung zu einem polizeilichen Scheinkauf von Betäubungsmitteln hatte die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts am 16. Juni 2008 über eine Beschwerde in Strafsachen zu entscheiden, welche die verdeckte polizeiliche Beteiligung an der Kommunikation in Chatforen im Internet zwecks Aufklärung von Straftaten zum Gegenstand hatte (6B_777/2007 = BGE 134 IV 266 ff.). Es hielt in seinem 23-seitigen Urteil fest, "dass jedes Anknüpfen von Kontakten mit einer verdächtigen Person zu Ermittlungszwecken durch einen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen eine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE ist und unter den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fällt" (BGE 134 IV 277). Eine Auseinandersetzung mit dem noch in eine andere Richtung tendierenden Entscheid der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung vom 2. Juni 2008 (1B_123/2008) fand nicht statt.

Die strafrechtliche Abteilung anerkannte zwar (ohne Zitat der entsprechenden Belegstellen), die Lehre scheine überwiegend der Auffassung zu sein, dass eine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE ein gewisses Mass an Täuschungs- und/oder Handlungs- und Eingriffsintensität voraussetze. Wenn dieses Mass nicht erreicht sei, liege nach dieser Auffassung keine verdeckte Ermittlung vor und bestimme sich die Zulässigkeit der verdeckten Ermittlung nach dem kantonalen Strafprozessrecht (BGE 134 IV 276). Den Bestimmungen des BVE liessen sich aber keine hinreichenden Anhaltspunkte für diese Auffassung entnehmen. Sollte der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des BVE - bzw. der Bestimmungen der künftigen schweizerischen Strafprozessordnung - auf verdeckte Ermittlungen beschränken wollen, die eine gewisse Täuschungs- oder Eingriffsintensität aufweisen, hätte er dies durch entsprechende Vorschriften zum Ausdruck zu bringen, aus welchen sich ein diesbezüglich eingeschränkter Anwendungsbereich klar ergebe (BGE 134 IV 277).



5. In Berücksichtigung dieses neuesten Entscheids des Bundesgerichts stellt sich die Frage nach der Fortführung der mit dem Entscheid des Anklagekammerpräsidiums vom 16. Juni 2003 eingeführten Praxis der polizeilichen Scheinkäufe von Betäubungsmitteln im Kanton St. Gallen. Die Staatsanwaltschaft ist mit Eingabe vom 10. Dezember 2008 an das Präsidium der Anklagekammer gelangt. Sie hat einleitend die polizeiliche Praxis im Zusammenhang mit Scheinkäufen von Drogen, aber auch mit den in Zusammenarbeit mit der Suchtberatung durchgeführten Testkäufen von Alkohol durch Jugendliche, dargelegt. Zugleich hat sie ihre Meinung klar zum Ausdruck gebracht, dass bei beiden Konstellationen kein Sachverhalt aus dem Anwendungsbereich des BVE vorliege. Abschliessend ersuchte die Staatsanwaltschaft, dass über die Frage der Bewilligungspflicht - in Kenntnis des Urteils des Bundesgerichts - neu entschieden werde.

6. Der erwähnte Entscheid der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts orientiert sich an der formalen Zweiteilung des BVE, welches zwischen den zwei "klar abgegrenzten Phasen" (Botschaft, BBI 1998, 4285) der (genehmigungspflichtigen) Ernennung des verdeckten Ermittlers durch den Kommandanten des Polizeikorps (Art. 5 und 7 BVE) und dem (ebenfalls genehmigungspflichtigen) Einsatz des verdeckten Ermittlers durch den Staatsanwalt im Strafverfahren (Art. 14 und 17 BVE) unterscheidet.

Diese Zweiteilung hat keinen Eingang in die (voraussichtlich im Jahr 2011 in Kraft tretende) schweizerische Strafprozessordnung gefunden, weil sie sich von allem Anfang an als verfehlt erwies. Zum einen verlangt Art. 4 BVE (bzw. Art. 286 StPO) als Voraussetzung einer verdeckten Ermittlung den Verdacht auf eine Katalogtat, deren konkrete Schwere den Eingriff rechtfertigt. Besteht aber ein konkreter Tatverdacht auf schwere Straftaten, ist die Polizei auf der Grundlage des kantonalen Prozessrechts (neu auf der Grundlage von Art. 307 StPO) verpflichtet, unverzüglich zu informieren, womit die Verfahrensherrschaft auf die Staatsanwaltschaft übergeht. Für einen selbständigen polizeilichen Einsatz einer verdeckten Ermittlung zur Abklärung von Straftaten besteht somit - im Unterschied zur polizeilichen Ernennung eines verdeckten Ermittlers als solcher - kein Raum.

Zum andern ist nicht nachvollziehbar, weshalb die (einstweilen nur interne) polizeiliche Ernennung eines verdeckten Ermittlers einer richterlichen Genehmigung bedarf. Die



St.Galler Gerichte

richterliche Genehmigung ist in dieser Phase der Ernennung ein unnötiger Formalismus, der im besten Fall dazu dienen kann, einen formalen Rechtfertigungsgrund für die Bildung einer Legende abzugeben. Im Übrigen bedarf es aber in dieser Phase keines besonderen Rechtsschutzes, da mit der Ernennung als solcher noch kein Eingriff in die rechtlich geschützten Sphären der potentiell Betroffenen verbunden ist. Ein derartiger Eingriff, der eines besonderen Rechtsschutzes bedarf, erfolgt vielmehr erst im Rahmen des konkreten Einsatzes. Erst dann ist es für die Genehmigungsbehörde auch möglich, in Berücksichtigung der konkreten Verdachtslage, der konkreten Zielsetzung und der konkret angeordneten Modalitäten der verdeckten Ermittlung die vom Gesetz vorgesehene Rechts- und Verhältnismässigkeitskontrolle vorzunehmen. Das Gesetz nennt denn auch keine Kriterien, aufgrund derer die Genehmigung zur Ernennung eines verdeckten Ermittlers durch den Kommandanten der Kantonspolizei verweigert werden könnte.

In dieser ersten Phase geht es nur um die behördeninterne Auswahl einer geeigneten Person, welche im Hinblick auf mögliche künftige Einsätze als verdeckter Ermittler ausgebildet, aufgebaut und allenfalls mit einer (noch nicht gegen aussen in Erscheinung tretenden) Legende versehen werden soll. Nachdem mit der Ernennung als solcher kein konkreter Einsatz im Rahmen einer Ermittlung oder eines Strafverfahrens verbunden ist, besteht für die Genehmigungsbehörde kein Beurteilungs- und auch kein Handlungsspielraum. Der Kommandant der Kantonspolizei und nicht die Genehmigungsbehörde entscheidet nach eigenem Ermessen und in eigener Verantwortung, welche Angehörigen des Polizeikorps - oder allenfalls welche anderen für eine polizeiliche Aufgabe angestellte Personen (vgl. Art. 5 Abs. 2 BVE) - für künftige Einsätze als verdeckte Ermittler grundsätzlich geeignet erscheinen und deshalb im Hinblick auf einen möglichen künftigen Einsatz vorbereitet werden sollen. Es ist nicht vorstellbar, unter welchen Umständen und mit welcher Argumentation die gesetzlich vorgeschriebene - aber letztlich inhaltlose und auf einen Formalakt beschränkte - Genehmigung zur Ernennung einer Person als verdeckter Ermittler verweigert werden könnte.

Das Bundesgericht stützt sich in seiner Entscheidung ausschliesslich auf die fehlende Genehmigung zur Ernennung, nicht aber auf die fehlende Genehmigung zum Einsatz des verdeckten Ermittlers im konkreten Strafverfahren (BGE 134 IV 282). Die



richterliche Genehmigung zur Ernennung eines verdeckten Ermittlers äussert sich nach Art. 7 Abs. 2 BVE ausdrücklich zur Erlaubnis, Urkunden zum Aufbau oder zur Aufrechterhaltung einer Legende herzustellen oder zu verändern, zu den gemachten Vertraulichkeitszusagen sowie zur Ernennung von Personen, die nicht Angehörige des Polizeikorps, aber vorübergehend für eine polizeiliche Aufgabe angestellt worden sind. Sämtliche dieser Kriterien sind bei den als Scheinkäufer eingesetzten Beamten der Kantonspolizei ohne Belang. Sie verfügen weder über eine Legende noch ist ihnen gegenüber eine Vertraulichkeitszusage abgegeben worden.

7. Die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts räumt ausdrücklich ein, dass das Parlament bei der Regelung der verdeckten Ermittlung relativ langfristige und heikle Einsätze im Auge gehabt habe (BGE 134 IV 271) und verschiedene Bestimmungen des Gesetzes überhaupt nicht für kurze und relativ einfache Einsätze, die sich auf wenige Kontakte oder gar nur einen einzigen Kontakt mit der Zielperson beschränken und keine besonderen Vorkehrungen erfordern, zugeschnitten seien (BGE 134 IV 273). Trotzdem gelangt es zum Schluss, dass verdeckte Ermittlung "das Anknüpfen von Kontakten durch Polizeiangehörige zu verdächtigen Personen (sei), die darauf abzielen, die Begehung einer strafbaren Handlung festzustellen und zu beweisen, wobei die Polizeiangehörigen nicht als solche erkennbar sind (ähnlich die Botschaft, BBl 1998, S. 4283)".

Während der erste Teil dieser Aussage wörtlich aus der Botschaft übernommen worden ist, findet der zweite Teil des vom Bundesgericht als "ähnlich" bezeichneten Zitats in den Gesetzesmaterialien keine Stütze. Dort ist in diesem Zusammenhang nicht die Rede von der Erkennbarkeit bzw. Nichterkennbarkeit von Polizeiangehörigen, sondern von der Einflussnahme des verdeckten Ermittlers auf die Willensbildung der Zielperson. Das wörtliche (und nicht nur ähnliche) Zitat lautet: "Verdeckte Ermittlung ist das Knüpfen von Kontakten zu verdächtigten Personen, die darauf abzielen, die Begehung einer strafbaren Handlung festzustellen und zu beweisen, wobei vorwiegend passiv die deliktische Aktivität untersucht wird". Im Anschluss daran wird der Begriff "vorwiegend passiv" erläutert und darauf hingewiesen, der verdeckte Ermittler dürfe "sich rollenadäquat verhalten, nicht aber durch eigene Einflussnahme die Tatbereitschaft wecken oder zu strafbarem Verhalten verleiten" (Botschaft, BBl 1998, S. 4283). Den Materialien lässt sich demzufolge gerade nicht entnehmen, dass der



Gesetzgeber das entscheidende Kriterium bei der Definition der verdeckten Ermittlung auf die fehlende Erkennbarkeit des Polizeiangehörigen gelegt hatte. Vielmehr ergibt sich aus der Botschaft, dass die besondere Problematik der verdeckten Ermittlung in der Einwirkung des verdeckten Ermittlers auf die Willensbildung der Zielperson bzw. in der Gefahr einer Weckung der Tatbereitschaft liegt.

8. Das Bundesgericht bezeichnet das in der Lehre verwendete Kriterium einer gewissen Täuschungs- und/oder Handlungs- und Eingriffsintensität als "äusserst vage". Es dürfe nicht von ungewissen Kriterien abhängen, ob eine verdeckte Ermittlungstätigkeit im konkreten Einzelfall unter den Anwendungsbereich des BVE oder aber unter den Anwendungsbereich der kantonalen Strafprozessordnungen falle (BGE 134 IV 276). Sollte der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des BVE bzw. der Bestimmungen der schweizerischen Strafprozessordnung auf verdeckte Ermittlungen beschränken wollen, die eine gewisse Täuschungs- und/oder Eingriffsintensität aufweisen, wäre im Gesetz zu regeln, "unter welchen Voraussetzungen und Umständen" verdeckte Ermittlungen, welche das erforderliche Mass an Täuschungs- und/oder Eingriffsintensität nicht erreichen, zulässig wären (S. 277).

Die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien für die Voraussetzungen polizeilicher Scheinkäufe ausserhalb des Anwendungsbereichs des BVE sind klar (vgl. AK.2003.160; ZR 2004 Nr. 41, S. 165ff.), jedenfalls bedeutend klarer als die Regelungen des BVE über das Mass der zulässigen Einwirkung des verdeckten Ermittlers auf die Willensbildung der Zielperson. Während das BVE ausgesprochen detaillierte Regelungen über Legendenbildung, Betreuung und Schutzmassnahmen zu Gunsten des verdeckten Ermittlers enthält, fehlt es weitgehend an justiziablen Bestimmungen, die Gewähr für einen rechtsstaatlich vertretbaren Einsatz bieten können. So darf etwa der verdeckte Ermittler keine "allgemeine" (wohl aber eine konkrete?) Tatbereitschaft wecken und die Tatbereitschaft nicht auf "schwerere" (wohl aber auf leichtere oder gleich schwere?) Straftaten lenken. Seine Tätigkeit darf überdies für den Entschluss zu einer konkreten Straftat "nur von untergeordneter Bedeutung" (aber damit doch kausal?) sein (Art. 10 BVE). Demgegenüber besteht in der bisherigen Rechtsprechung zur Zulässigkeit von polizeilichen Scheinkäufen ausserhalb des Anwendungsbereichs des BVE Klarheit darüber, dass:



St.Galler Gerichte

- der Scheinkäufer vom Täter angesprochen werden muss; allenfalls darf ihm Kaufbereitschaft durch Sichtkontakt oder eine unverfängliche Frage signalisiert werden; "mehr auf keinen Fall";
- der Scheinkäufer vor dem Einsatz durch die Staatsanwaltschaft über die Abwicklung und die rechtlichen Rahmenbedingungen belehrt wird;
- der Zugriff im unmittelbaren Anschluss an den Scheinkauf erfolgt und das Vorgehen aktenmässig sauber dokumentiert wird.

9. Obwohl die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts die Systematik des BVE (unter Hinweis auf Thomas Hansjakob, Das neue Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung, ZStrR 2004, 103, S. 105) als "etwas verwirrend", "nicht ohne weiteres klar" bezeichnet, orientiert es sich bei der Definition des Begriffs der verdeckten Ermittlung ausschliesslich am Wortlaut des BVE. Der eigentliche Schutzzweck der Gesetzgebung über die verdeckte Ermittlung wird bei der Auslegung der "nicht ohne weiteres klaren" Bestimmungen nicht herangezogen.

Noch bis Ende der 80er Jahre hatte sich das Bundesgericht auf den Standpunkt gestellt, der Einsatz verdeckter Ermittler bedürfe keiner gesetzlichen Grundlage, da die verdeckte Ermittlung nicht in ein durch Verfassung oder EMRK geschütztes Recht eingreife und der Betroffene in seinen Entschlüssen und seinem Verhalten gegenüber dem verdeckten Ermittler frei bleibe (BGE 112 Ia 23; vgl. auch BGE 116 IV 298 und 118 IV 118). Mitte der 90er Jahre hatte es dann erwogen, der Gesetzgeber müsse entscheiden, ob die verdeckte Ermittlung "wegen gewisser Missbrauchsgefahren" gesetzlich geregelt werden sollte und ob eine Normierung geeignet wäre, allfälligen Missbräuchen besser entgegenzutreten, als dies bis heute bereits durch die Rechtsprechung geschehe (BGE 124 IV 39). Die kantonale Rechtsprechung hatte zu jener Zeit - jedenfalls teilweise - in Abweichung von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung den Eingriffscharakter der verdeckten Ermittlung ausdrücklich anerkannt und dafür eine klare gesetzliche Grundlage gefordert (ZR 1995 Nr. 95, S. 199).



St.Galler Gerichte

In den früheren bundesgerichtlichen Entscheiden zur verdeckten Ermittlung hatten im Wesentlichen zwei Problemkreise zur Diskussion gestanden: es ging entweder um die Einwirkung des verdeckten Ermittlers auf die Willensbildung der Zielperson oder um den Anspruch des Angeschuldigten auf Konfrontation mit dem verdeckten Ermittler.

Hinsichtlich der Einwirkung auf die Willensbildung hatte das Bundesgericht ausgeführt, der Einsatz eines verdeckten Ermittlers sei "unbedenklich", soweit er lediglich ein strafbares Verhalten feststelle, das sich auch ohne sein Auftreten in gleicher oder ähnlicher Art abgespielt hätte. Unzulässig wäre es hingegen, wenn der verdeckte Ermittler gleichermassen als Initiator eine deliktische Tätigkeit auslösen würde, zu der es sonst nicht gekommen wäre; "denn die Strafverfolgungsorgane sollen nicht Kriminalität provozieren, um Täter verfolgen zu können, deren möglicherweise latent vorhandene Tatbereitschaft sonst nicht manifest geworden wäre" (BGE 112 Ia 22). Folgerichtig nahm das Bundesgericht an, dass die eigentliche Anstiftung der Zielperson durch den verdeckten Ermittler (im Sinne eines agent provocateur) einer Verurteilung entgegenstehe. Eine derartige Fahndungsmethode sei unredlich, verstosse gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit sowie gegen die Maxime der Fairness bzw. des gerechten Verfahrens (BGE 124 IV 41).

Bezüglich des Anspruchs der beschuldigten Person auf Konfrontation mit Belastungszeugen hatte sich das Bundesgericht anfänglich noch auf den Standpunkt gestellt, dass die Identität und die Ermittlungsmethoden des verdeckten Ermittlers nicht leichthin bekannt zu geben seien (BGE 112 Ia 24). Es gelangte dann später zum Schluss, dass auf das Zeugnis eines anonym bleibenden verdeckten Ermittlers jedenfalls dann nicht abgestellt werden dürfe, wenn dessen belastenden Aussagen die einzigen oder überwiegend ausschlaggebenden Beweise darstellen würden (BGE 125 I 157; vgl. auch BGE 121 I 310 und BGE 118 Ia 331). Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung neuestens wieder relativiert. Es stellt nicht mehr auf das Kriterium des ausschlaggebenden Beweises ab, sondern prüft im Sinne einer Gesamtwürdigung, ob die durch die Zulassung des anonymen Zeugen bewirkte Beschneidung der Verteidigungsrechte durch schutzwürdige Interessen gedeckt ist und sich die beschuldigte Person trotzdem wirksam verteidigen konnte (BGE 132 I 130).



10. Die Täuschung über die Identität eines Polizeibeamten als solche wurde auch in der Lehre bis anhin nicht als Kernproblem der verdeckten Ermittlung geortet (neu aber Luzia Vetterli, Verdeckte Ermittlung und Grundrechtsschutz, *forum poenale* 2008, S. 368). In der älteren Literatur zum Strafprozessrecht ist noch die Rede davon, dass im Strafverfahren "weitgehend eine Auseinandersetzung mit Täuschungsmanövern" stattfinde (Karl Peters, *Strafprozess*, 4. Aufl., Heidelberg 1985, 270). Bei der Täuschung werde es aber vielfach an einer Beeinträchtigung der Freiheit der Willensentschliessung und der Willensbetätigung fehlen; die Täuschung berühre zwar die Motivation für die Äusserung, beschränke aber nicht die Äusserungsfreiheit (Karl Peters, a.a.O., S. 337). Soweit das Problem der Täuschung in der Strafprozessliteratur abgehandelt wird, findet es meist im Zusammenhang mit den Vorschriften über die Einvernahme und dem Nemo-tenetur-Grundsatz Erwähnung (Robert Hauser / Erhard Schweri / Karl Hartmann, a.a.O., S. 290; Niklaus Schmid, *Strafprozessrecht*, 4. Aufl., Zürich 2004, S. 208). Es wird betont, dass das Täuschungsverbot als Ausfluss der Willens- und Entschliessungsfreiheit der beschuldigten Person ermöglichen soll, einen von den Strafbehörden unbeeinflussten Entscheid über Art und Mass ihrer Aussage oder Mitwirkung zu treffen (Peter Goldschmid, *Der Einsatz technischer Überwachungsgeräte im Strafprozess*, Bern 2001, S. 64). Für die Abgrenzung zwischen verbotener Täuschung und erlaubten Vernehmungsmethoden sei letztlich massgebend, ob die Freiheit der Willensentschliessung und –betätigung erheblich beeinträchtigt werde oder erhalten bleibe (Herbert Diemer, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 6. Aufl., München 2008, N 19 zu § 136a StPO). "Ein Täuschungsverbot per se, gleichsam als Selbstzweck, lässt sich der Verfassung nicht entnehmen" (Ernst Gnägi, *Der V-Mann-Einsatz im Betäubungsmittelbereich*, Bern 1992, S. 61). Letztlich geht es deshalb auch beim Täuschungsverbot nicht um die Täuschung als solche, sondern immer um die Frage, wieweit die Täuschung geeignet war, auf die Willensbildung und Willensbetätigung Einfluss zu nehmen. Ein blosser Irrtum (der Zielperson über die Identität des verdeckt ermittelnden Polizeibeamten) muss nicht verhindert oder aufgeklärt, und ein vorhandener Irrtum, der nicht hervorgerufen, aufrechterhalten oder verstärkt wurde, darf ausgenutzt werden (Herbert Diemer, a.a.O., N 22 zu § 136a StPO).

11. Der neueste Entscheid der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts enthält zwar verschiedene allgemeine Feststellungen; er erging aber im Rahmen eines konkre-



ten Verfahrens der Kantonspolizei Zürich in einem Internet-Chatroom. Wie der Sachverhaltsfeststellung zu entnehmen ist, hatten verschiedene Kontakte zwischen dem verdeckten Ermittler und der Zielperson stattgefunden und waren auch Verabredungen im Hinblick auf ein künftiges Treffen geschlossen worden. Die Einwirkung auf die Willensbildung der Zielperson ging also weit über das hinaus, was nach der heutigen Praxis des Anklagekammerpräsidiums zu den polizeilichen Scheinkäufen ausserhalb des Anwendungsbereichs des BVE als zulässig erachtet wird. In einer derartigen Konstellation wäre auch nach der Praxis des Anklagekammerpräsidiums der Einsatz eines verdeckten Ermittlers - allerdings gestützt auf Art. 17 und nicht auf Art. 5 BVE - anordnungs- und bewilligungspflichtig gewesen.

Der vom Bundesgericht beurteilte Einsatz eines verdeckten Ermittlers in Chatrooms erscheint deshalb nur bedingt geeignet, die bisherige Praxis der st. gallischen Strafuntersuchungsbehörden zu den polizeilichen Scheinkäufen im Drogenbereich und den Testkäufen von Alkohol in Frage zu stellen. Vielmehr lässt das Bundesgericht in diesen Bereichen durchaus Spielraum offen. Die strafrechtliche Abteilung nimmt ausdrücklich Bezug auf polizeiliche Scheinkäufe durch Fahnder in Zivil, die auch nach der vom Bundesgericht vertretenen Rechtsauffassung nicht dem Anwendungsbereich des BVE unterstehen sollen. Sie weist darauf hin, dass im Vernehmlassungsentwurf zum BVE noch vorgesehen gewesen sei, Art. 23 Abs. 2 BetmG zu streichen, wonach der Polizeibeamte, der zu Ermittlungszwecken ein Angebot von Betäubungsmitteln annimmt, straflos bleibt, auch wenn er seine Identität und Funktion nicht bekannt gibt. Der Vernehmlassungsentwurf habe diese Bestimmung streichen und nur noch für Einsätze im Rahmen einer verdeckten Ermittlung die Straffreiheit zubilligen wollen. Gegen die Streichung sei dann in verschiedenen Vernehmlassungen opponiert worden mit der Begründung, dass auch andere Fahnder in Zivil, die nicht als verdeckte Ermittler eingesetzt seien, die Möglichkeit behalten sollen, zu Ermittlungszwecken ihnen angebotene Drogen anzunehmen. Dieses Argument habe den Bundesrat überzeugt, weshalb Art. 23 Abs. 2 BetmG beibehalten worden sei mit der Modifikation, dass die betroffenen Beamten mit dem Auftrag zur Bekämpfung des Drogenhandels betraut sein müssen (BGE 134 IV 271).

Damit hat das Bundesgericht klar zum Ausdruck gebracht, dass jedenfalls im Bereich der polizeilichen Scheinkäufe die Annahme von angebotenen Drogen durch "Fahnder



in Zivil" - und damit durch als solche nicht erkennbare Polizeibeamte - auch ausserhalb einer verdeckten Ermittlung im BVE zulässig sind. Entscheidend ist allein, dass die betreffenden Beamten mit dem Auftrag zur Bekämpfung des Drogenhandels betraut sein müssen. Hingegen ist weder eine (genehmigungspflichtige) Ernennung zum verdeckten Ermittler noch ein (genehmigungspflichtiger) Einsatz eines verdeckten Ermittlers erforderlich.

12. In diesem Sinn wird in Kenntnis der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung am Entscheid des Anklagekammerpräsidiums vom 16. Juni 2003 ausdrücklich festgehalten. Soweit Scheinkäufe von Betäubungsmitteln unter den in jenem Entscheid genannten Rahmenbedingungen erfolgen, bedürfen sie auch weiterhin weder einer Anordnung noch einer Genehmigung im Sinne des BVE.

13. Testkäufe von Alkohol durch Jugendliche bildeten nicht Gegenstand des Entscheids des Anklagekammerpräsidiums vom 16. Juni 2003. Sie fallen nicht in die Zuständigkeit des Anklagekammerpräsidiums, da es sich bei den Testkäufern nicht um Angehörige eines Polizeikorps i.S. von Art. 5 Abs. 2 BVE handelt. In Übereinstimmung mit dem Kurzgutachten von Daniel Jositsch ist aber davon auszugehen, dass es sich auch hier nicht um einen Anwendungsfall der qualifizierten, d.h. unter den Anwendungsbereich des BVE fallenden, verdeckten Ermittlung, sondern um einen einfachen Scheinkauf in Analogie zu Art. 23 Abs. 2 BetmG handelt. Ein separater Rechtfertigungsgrund im Sinne des Betäubungsmittelgesetzes ist nicht erforderlich, da es sich bei alkoholischen Getränken nicht um verbotene Substanzen, sondern um grundsätzlich verkehrsfähige Güter handelt.