

FDP St.Gallen, Harfenbergstrasse 2, 9000 St.Gallen

Sicherheits- und Justizdepartement
des Kantons St.Gallen
Frau Regierungsrätin Karin Keller-Sutter
Moosbruggstrasse 11
9001 St.Gallen

St.Gallen, 30. März 2012

Vernehmlassung zum X. Nachtrag zum Polizeigesetz

Sehr geehrte Frau Regierungspräsidentin

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Vernehmlassung zu Ihrem Entwurf zum X. Nachtrag zum Polizeigesetz. Wir nehmen zu diesem Entwurf gerne wie folgt Stellung:

Allgemeines

Grundsätzlich ist die beabsichtigte kantonale Gesetzgebung im Bereich der verdeckten Fahndungs- und Ermittlungstätigkeit der Polizei zu begrüßen. Die seit dem Urteil des Bundesgerichts im Jahr 2008 und der Ablösung des BVE durch die StPO bestehende Rechtsunsicherheit auf diesem Gebiet erfordert die Schaffung genügender gesetzlicher Grundlagen für diese Art der präventiven Polizeitätigkeit. Die polizeiliche Generalklausel vermag den Anforderungen an eine genügende gesetzliche Grundlage nicht gerecht zu werden. Ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf ist folglich klar ausgewiesen, insbesondere um die sog. „Chatraum-Kontrolle“ sowie Scheinkäufen im Drogenbereich auch dann zu ermöglichen, wenn kein konkreter Tatverdacht gegeben. In diesem Bereich besteht heute eine sehr unbefriedigende rechtliche Situation. Aufgrund ihrer wichtigen präventiven Abschreckungswirkung für potentielle Täter ist die Polizei mit den entsprechenden Fahndungs- bzw. Ermittlungsmöglichkeiten auszustatten. Auch sind klare gesetzliche Grundlagen erforderlich, um für die Angehörigen der Strafverfolgungsbehörden die nötige Rechtssicherheit zu garantieren.

Trotz dieses ausgewiesenen Handlungsbedarfs sowie der nachvollziehbaren Forderung nach griffigeren polizeilichen Massnahmen sind bei der Gesetzgebung in diesem heiklen grundrechtsrelevanten Bereich stets auch rechtsstaatliche Grundprinzipien wie Verhältnismässigkeit oder der Schutz der Privatsphäre des Bürgers im Auge zu behalten. Zu beachten ist, dass die durch das polizeiliche Handeln bewirkten Grundrechtseingriffe durch genügend gewichtige öffentliche Interessen abgedeckt sein müssen. Solange kein konkreter Tatverdacht besteht und die Polizei präventiv handelt, ist das öffentliche Interesse aber geringer als im repressiven Bereich polizeilichen Handelns, bei dem es um die Aufklärung und Ahndung



von konkreten Straftaten geht. Präventive Massnahmen finden ihre Legitimation vor allem alleine in ihrer generalpräventiven Bedeutung. Demgegenüber kommen bei der repressiven Tätigkeit die spezialpräventive Wirkung sowie das öffentliche Interesse an Aufklärung und Sühne begangener Straftaten hinzu. Für die präventiven Massnahmen sind deshalb zumindest gleich strenge Voraussetzungen wie für repressive Massnahmen vorzusehen.

Bundesrechtliche Vorgaben

Die Überlegung, dass die kantonrechtlichen Vorschriften über die präventive Tätigkeit der Polizei möglichst weitgehend den bundesrechtlichen Vorschriften über die repressive Fahndungs- und Ermittlungstätigkeit angelehnt werden sollten, ist richtig. Nur so kann vermieden werden, dass Informationen, die bei der präventiven Polizeitätigkeit erlangt werden, in einem späteren Verfahren – nachdem sich ein konkreter Tatverdacht ergeben hat – keinem Beweisverwertungsverbot unterliegen. Zudem ist die kantonale Gesetzgebung, mit der zwischen verdeckter Fahndung und Ermittlung unterscheiden werden, soll auch deshalb mit dem Bundesrecht in Einklang zu bringen, um einen Konflikt mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts, das diese Unterscheidung bis anhin nicht kannte (BGE 134 IV 266, E. 3.7), auszuschliessen. Es sind deshalb klare Abgrenzungskriterien auch im kantonalen Recht vorzusehen.

Verdeckte Observation

Auch wenn mit der verdeckten Observation lediglich Informationen gewonnen werden über Tatsachen und Handlungen, die sich im öffentlichen Raum abspielen, so stellt sie für die betroffene Person doch einen empfindlichen Grundrechtseingriff dar – insbesondere wenn die verdeckte Observation einer Person länger andauert und dabei systematisch Bild- und Tonaufnahmen gemacht werden.

Die Kantonspolizei soll die verdeckte Observation nach dem Gesetzesentwurf (Art. 50ter Abs. 1) selbständig anordnen können. Nach Art. 50ter Abs. 2 des Vorentwurfes bedarf ihre Fortsetzung der Genehmigung durch den Kommandanten der Kantonspolizei, wenn sie einen Monat gedauert hat. Damit hat die Polizei grundsätzlich freie Hand sowohl hinsichtlich Anordnung als auch hinsichtlich Verlängerung einer verdeckten Observation. Für die repressive verdeckte Observation sieht Art. 282 Abs. 2 StPO indes vor, dass deren Verlängerung nach einem Monat durch die Staatsanwaltschaft genehmigt werden muss. In diesem Punkt weicht der Entwurf zum X. Nachtrag zum Polizeigesetz folglich von der Bestimmungen der StPO ab. In der Konsequenz bedeutete dies, dass bei Vorliegen eines konkreten Tatverdachts die repressive verdeckte Observation durch die Polizei nach einem Monat der Genehmigung durch die Staatsanwaltschaft bedürfte, die präventive Observation – bei der lediglich Anhaltspunkte für die Möglichkeit einer Straftat bestehen – der staatsanwaltschaftlichen Kontrolle aber gänzlich entzogen wäre. Bei einem konkreten Tatverdacht würden folglich schärferer Regeln gelten als bei der präventiven verdeckten Observation, die bereits aufgrund von „Anzeichen, dass es zu einer Straftat kommen könnte“ (Art. 50ter Abs. 1 lit. a), möglich sein soll. Da es sich bei beiden Massnahmen, sowohl bei der repressiven als auch bei der präventiven Observation, für den Betroffenen um einen Grundrechtseingriff mit derselben Intensität handelt, erscheint diese Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt – zumal die öffentlichen Interessen bei der präventiven Polizeitätigkeit geringer sind als bei der repressiven und Grundrechtseingriffe deshalb

restriktiver handzuhaben sind. Abs. 2 von Art. 50ter ist deshalb mit Art. 282 Abs. 2 StPO in Einklang zu bringen und eine Genehmigungspflicht für länger andauernde verdeckte Observationen vorzusehen. Im Interesse der Praktikabilität sowie der Entlastung der Staatsanwaltschaft könnte einschränkend vorgesehen werden, dass eine Genehmigung nur dann erforderlich ist, wenn sich die verdeckte Observation über mehr als einen Monat gegen dieselbe Person richtet (die Observation von Personengruppen sowie von Sachen stellt einen weniger weitgehenden Grundrechtseingriff dar, als die Beobachtung einer Einzelperson über einen längeren Zeitraum). Die im Entwurf vorgesehene Genehmigung durch den Kommandanten vermag nicht zu genügen, da es sich bei der Genehmigungsinstanz um eine polizeiexterne Stelle handeln sollte und die Parallelität zu Art. 282 Abs. 2 StPO dadurch nicht gewährleistet ist.

Der Begriff der „Informationsbeschaffung“ in Art. 50ter Abs. 1 lit. b des Entwurfs ist sehr allgemein gehalten und kann dementsprechend weit ausgelegt werden. Auch der Begriff der „Anzeichen“ in lit. a ist sehr weit gefasst. Art. 282 Abs. 1 lit. a StPO verlangt demgegenüber „konkrete Anhaltspunkte“. Eine präventive verdeckte Observation unter Zuhilfenahme von Bild- und Tonaufzeichnungsgeräten i. S. einer für den Bürger nicht ersichtlichen systematischen Überwachung des öffentlichen Raumes ohne konkrete Anhaltspunkte, dass es zu Straftaten kommen könnte, ist aus rechtsstaatlicher und grundrechtlicher Sicht bedenklich. Generalprävention ist in erster Linie mit sichtbarer polizeilicher Präsenz umzusetzen. Der Entwurf sollte sich deshalb auch in diesem Punkt stärker an Art. 282 StPO anlehnen und konkrete bzw. hinreichende Anhaltspunkte für Straftaten zur Voraussetzung einer verdeckten Observation machen.

Verdeckte Fahndung

Art. 298a Abs. 1 des Vorentwurfs zur Präzisierung des Anwendungsbereichs der Bestimmungen der StPO über die verdeckte Ermittlung (gemäss Bericht zu dem vom Bundesamt für Justiz durchgeführten Vernehmlassungsverfahren) nennt bei der Definition der *verdeckten Fahndung* ausdrücklich den Abschluss von Scheingeschäften und die Vortäuschung des Willens zu deren Abschluss. Im Hinblick auf einen der wichtigsten Anwendungsbereiche der präventiven verdeckten Fahndung erschiene es sinnvoll, die Definition in Art. 50quater entsprechend zu erweitern. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts stellt „jedes Anknüpfen von Kontakten mit einer verdächtigen Person zu Ermittlungszwecken durch einen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen eine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE“ dar (BGE 134 IV 266, E. 3.7). Auch wenn das BVE mittlerweile durch die StPO abgelöst worden ist, sollte mittels entsprechender gesetzlicher Definition sichergestellt werden, dass der Ankauf von Betäubungsmitteln zu präventiven Zwecken auch im Rahmen der präventiven verdeckten Fahndung möglich ist (d. h. ohne Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht). Nach dem Wortlaut von Art. 50quater dient die verdeckte Fahndung dem „erkennen“ und „verhindern“ von Straftaten. Diese Umschreibung schliesst nicht ohne weiteres mit ein, dass die verdeckt handelnden Polizeiangehörigen auch Scheingeschäfte tätigen dürfen und dabei m. a. W. an strafrechtlich relevantem Verhalten teilnehmen bzw. zu diesem als *agents provocateurs* veranlassen. (auch der Verweis in Art. 50sexies lit. b auf Art. 293 StPO stellt dies nicht in genügender Weise klar).

Es erscheint fraglich, ob die Umschreibung der verdeckten Fahndung als „kurze Einsätze“ zweckmässig ist. Zum einen ist der Begriff „kurz“ sehr unbestimmt, zum anderen widerspricht er der bundesgerichtli-

chen Rechtsprechung, wonach die „zeitliche Dauer eines Einsatzes kein taugliches Abgrenzungskriterium“ sei (BGE 134 IV 266, E. 3.5.2). Diese Umschreibung, die auch Art. 298a Abs. 1 des Vorentwurfs zur Änderung der StPO verwendet, ist in dem vom Bundesamt für Justiz durchgeführten Vernehmlassungsverfahren auf Kritik gestossen. Insbesondere hat das Bundesstrafgericht zu bedenken gegeben, dass Ermittlungen in Chatrooms regelmässig auf eine gewisse Dauer angelegt seien, weshalb das Adjektiv „kurz“ in diesem Bereich nicht zielführend sein könne. Ein Verzicht auf dieses Umschreibungsmerkmal erscheint deshalb sinnvoll, zumal die Abgrenzung der verdeckten Fahndung von der verdeckten Ermittlung ja in erster Linie über die Verwendung einer Legende i.S. v. Art. 50septies durch den verdeckten Ermittler stattfindet. Ausserdem steht die Definition als „kurze Einsätze“ in einem gewissen Widerspruch zur Möglichkeit, die verdeckte Fahndung über einen Monat hinaus und grundsätzlich unbeschränkt zu verlängern.

Die Voraussetzung des Vorliegens „hinreichender Anzeichen“ für Verbrechen oder Vergehen gemäss Art. 50quinquies Abs. 1 anstelle blosser „Anzeichen“ wie bei der verdeckten Observation ist grundsätzlich zu begrüssen. Damit wird klargestellt, dass ein Verdacht mit einer gewissen Intensität notwendig ist. Wiederum vermag die Genehmigungsbestimmung von Art. 50quinquies Abs. 2 aber rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zu genügen. Wie bei der verdeckten Observation sollte die Fortführung einer verdeckten Fahndung nach einem Monat zumindest von der Staatsanwaltschaft bewilligt werden. Dies sieht auch Art. 298b Abs. 1 des Vorentwurfs zur Änderung der StPO so vor. Eine stärkere Kontrolle ist insbesondere auch deshalb angezeigt, weil die verdeckte Fahndung gemäss ihrer Umschreibung in Art. 50quater grundsätzlich auf „kurze Einsätze“ angelegt ist. Die Verlängerung der verdeckten Fahndung nach einem Monat steht deshalb bereits in einem gewissen Konflikt mit deren gesetzlicher Definition. Umso mehr ist es angezeigt, nach einem Monat eine Genehmigung durch die Staatsanwaltschaft vorzusehen und die kantonalrechtliche Bestimmung damit in Einklang zu bringen mit der (künftigen) bundesrechtlichen Regelung sowie den Bestimmungen zur verdeckten Observation. Weniger strenge Voraussetzungen als bei der repressiven Fahndung sind aus grundrechtlicher Sicht nicht verhältnismässig.

Nach Art. 298a Abs. 2 des Vorentwurfs zur Änderung der StPO wird die Identität und Funktion der verdeckten Fahnder in den Verfahrensakten und Einvernahmen offengelegt. Eine entsprechende Bestimmung ist im Entwurf zum X. Nachtrag zum Polizeigesetz nicht vorgesehen. Wechselt die präventive verdeckte Fahndung in deren Verlauf zu einer repressiven verdeckten Fahndung (wenn m. a. W. ein konkreter Tatverdacht aufkommt) erscheint es inkonsistent, wenn im anschliessenden Strafverfahren bzw. bei den Einvernahmen nur die repressiv verdeckt fahndenden Polizeiangehörigen genannt werden. Die Verfahrensrechte des Angeschuldigten gebieten es, dass er auch die präventiv tätigen verdeckten Fahnder kennt, wenn deren Tätigkeit schliesslich zu einem Strafverfahren geführt hat. Zum Schutze der Polizeiangehörigen sind im Gesetz klar definierte Ausnahmen vorzusehen (wie es u. a. auch in der Vernehmlassung betreffend Änderung der StPO gefordert wird).

Verdeckte Ermittlung

Zu begrüssen ist, dass auch vorübergehend angestellte Personen als verdeckte Ermittler tätig sein können. Allerdings weist der Begriff „angestellt“ auf ein (entlohntes) öffentlich-rechtliches Anstellungsverhältnis.

nis hin, was einen eher engen Handlungsspielraum bedeutet. Eine Erweiterung der Umschreibung erscheint deshalb angezeigt.

Zu bedenken ist, dass die Verwendung einer Kreditkarte für den Zugang zu Chatrooms wohl als Verwendung einer Urkunde betrachtet wird und deshalb nur im Rahmen einer verdeckten Ermittlung zulässig ist. Dies schränkt die Möglichkeiten der Chatroomkontrolle im Rahmen der verdeckten Fahndung ein.

Fraglich ist auch, ob sich der Begriff „besonderes Vertrauensverhältnis“ zur Abgrenzung von der verdeckten Fahndung eignet. In der konkreten Anwendung erscheint der Begriff sehr schwer fassbar, insbesondere was die „Besonderheit“ des Vertrauensverhältnisses angeht.

Die in Art. 50 octies Abs. 2 vorgesehene Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht ist zu begrüssen, da dies der verdeckten Ermittlung die notwendige rechtsstaatliche Legitimität verleiht und eine richterliche Kontrolle ermöglicht. Zudem entspricht die Bestimmung den bundesrechtlichen Vorschriften bei der repressiven verdeckten Ermittlung gemäss Art. 289 StPO.

Weiteres

Es wird zu Kenntnis genommen, dass für Alkohol-Testeinkäufe durch Jugendliche eine gesetzliche Grundlage im Bundesrecht (Alkoholgesetz) geschaffen werden soll. Dies ist grundsätzlich zu begrüssen – auch wenn bis zum Inkrafttreten des geänderten Alkoholgesetzes noch einige Zeit verstreichen dürfte und bis dahin keine gesetzliche Grundlage für solche Testeinkäufe besteht.

Um den notwendigen Gleichlauf mit dem Bundesrecht zu gewährleisten, sollte die weitere Entwicklung bei der beabsichtigten Änderung der StPO im Auge behalten werden.

Mit freundlichem Gruss

FDP.Die Liberalen
St.Gallen



Marc Mächler
Präsident



Adrian Schumacher
Geschäftsführer / Parteisekretär

Kopie an:

Dr. Reinhard Rüesch, Fraktionspräsident, Marc Mächler, Parteipräsident, Christoph Graf, Präsident jfsg