

Regierungsratsbeschluss

vom 24. Oktober 2011

Nr. 2011/2194

KR.Nr. A 164/2010 (BJD)

Auftrag überparteilich: Standesinitiative: Schaffung einer Rechtsgrundlage für verdeckte Ermittlungen gegen Pädophile auf Bundesebene (10.11.2010) Stellungnahme des Regierungsrates

1. Auftragstext

Der Kanton Solothurn reicht beim Bund eine Standesinitiative ein, die die verdeckte Ermittlung gegen Pädophile im Internet neu als Bundeskompetenz festlegt.

2. Begründung

2011 tritt die neue Strafprozessordnung in Kraft. Damit wird es ab 1. Januar nicht mehr möglich sein, verdeckt im Internet zu fahnden und präventiv mögliche pädophile Straftäter zu überführen. Grund dafür ist die unvollständige Übernahme des Artikels 4 des Bundesgesetzes über die verdeckte Ermittlung in die eidgenössische Strafprozessordnung. Mit der neuen Strafprozessordnung sind einzig noch repressive verdeckte Ermittlungen zulässig.

Gefordert ist damit der Kanton. Er kann die Lücke in der Strafprozessordnung mit einer Gesetzesanpassung wieder schliessen. Auch in unserem Kanton sind entsprechende Gesetzesanpassungen geplant. Zu viel kann man allerdings nicht von diesen Anpassungen erwarten. Aus personellen Gründen sind ohnehin nur beschränkt verdeckte Ermittlungen möglich. Zudem machen gerade im Bereich der Internetkriminalität Straftäter nicht vor den Kantonsgrenzen halt. Kurz- und mittelfristig wird der Kanton diese Lücke mit eigenen Ermittlungskapazitäten füllen können. Langfristig macht aber eine Bundeskompetenz in diesem Bereich Sinn.

Das Instrument der Standesinitiative – vielfach in ihrer Wirksamkeit und Angemessenheit bestritten – macht in diesem Fall Sinn, da damit die Kantone einen Bereich ihrer Polizeihochheiten an den Bund abtreten.

3. Stellungnahme des Regierungsrates

3.1 Grundsätzliche Bemerkungen und rechtliche sowie operative Ausgangslage

3.1.1 Grundsätzliche Bemerkungen

Vorab gilt es darauf hinzuweisen, dass rechtlich bei den verdeckten Ermittlungen zwischen zwei verschiedenen Formen zu unterscheiden ist: Erstens die verdeckten Ermittlungen im Rahmen von Strafverfahren, zweitens diejenigen ausserhalb von Strafverfahren (sog. präventive verdeckte Ermittlungen). Dabei ist festzuhalten, dass verdeckte Ermittlungen *im Rahmen von Strafverfahren* (bis 31. Dezember 2010 gestützt auf das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung [BVE; SR 312.8] und seit 1. Januar 2011 gestützt auf die neue Schweizerische Strafprozessordnung [StPO; SR 312.0]) *möglich* sind. Wir begrüssen grundsätzlich die dem Auftrag zugrundeliegende Bestrebung, eine genügende Rechtsgrundlage für die Weiterführung von präventiven

verdeckten Ermittlungen im Internet gegen Pädophile zu schaffen. Die rechtlichen Grundlagen sollten unseres Erachtens aber nicht auf den Bereich der Internetkriminalität beschränkt werden, sondern allgemeiner der Verhinderung von Straftaten dienen. Zu nennen sind etwa Alkoholkäufe durch Jugendliche, welche nach der heutigen Rechtsprechung ebenfalls als verdeckte Ermittlungen gelten (vgl. das Urteil der Strafkammer des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 21. Oktober 2010).

Die Polizei Kanton Solothurn ist im Bereich der Cyberkriminalität, vor allem bei der (repressiven) Bekämpfung der Kinderpornografie, aktiv und verfügt über gut ausgebildete Spezialisten im technischen Bereich.

3.1.2 Rechtliche und operative Ausgangslage zur verdeckten Ermittlung ausserhalb von Strafverfahren

3.1.2.1 Unter altem Recht (in Kraft bis 31. Dezember 2010)

Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a BVE sah vor, dass eine verdeckte Ermittlung angeordnet werden kann, wenn ein Verdacht auf bereits begangene oder erst noch zu begehende besonders schwere Straftaten vorlag. In Absatz 2 derselben Bestimmung waren auch die Straftatbestände „sexuelle Handlungen mit Kindern“ (Art. 187 des Schweizerischen Strafgesetzbuches [StGB; SR 311.0]) sowie „harte Pornografie“ (Art. 197 Ziff. 3 StGB) unter den für eine verdeckte Ermittlung Anlass gebenden Straftatbeständen aufgeführt. Bis vor Kurzem ging die Praxis davon aus, dass eine eigentliche verdeckte Ermittlung im Sinne des erwähnten Bundesgesetzes nur vorliege, wenn eine gewisse Eingriffsschwere erreicht werde, was etwa beim Eindringen der verdeckt agierenden Person in ein kriminelles Umfeld unter Verwendung einer falschen Identität (Legende) und beim Aufbau eines Vertrauensverhältnisses der Fall wäre. Erreichte der verdeckte Einsatz keine entsprechende Eingriffsschwere, ging die Praxis demgegenüber nicht von einer verdeckten Ermittlung, sondern lediglich von einer unter erleichterten Voraussetzungen zulässigen verdeckten Fahndung aus. Dies wurde bei einfachen Ermittlungshandlungen wie der einfachen Lüge oder Scheinkäufen angenommen. So ging die Praxis beispielsweise beim Chatroom-Monitoring von einer blossen verdeckten Fahndung aus. Das Bundesgericht hat nun jedoch mit seiner aktuellen Rechtsprechung zum BVE eine neue rechtliche Ausgangslage für die verdeckte polizeiliche Ermittlung geschaffen, indem es ausgeführt hat, dass „jedes Anknüpfen von Kontakten mit einer verdächtigen Person zu Ermittlungszwecken durch einen als solchen nicht erkennbaren Polizeiangehörigen“ eine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE sei und in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes falle (vgl. BGE 134 IV 266 vom 16. Juni 2010). Das Bundesgericht hat damit den Begriff der verdeckten Ermittlung ausserordentlich weit ausgelegt. Nach dieser Rechtsprechung gilt bereits die virtuelle Kontaktaufnahme durch Polizeiangehörige mit potentiellen Pädophilen im Internet als verdeckte Ermittlung. Die Anordnung und Durchführung solcher Operationen musste somit nach den Bestimmungen des BVE erfolgen und bedurfte namentlich der richterlichen Genehmigung. Im Weiteren hielt das Bundesgericht fest, dass „verdeckte polizeiliche Operationen zur Verhinderung von Straftaten unter den Regelungsbereich der Polizeigesetzgebung“ und somit grundsätzlich unter die kantonale Gesetzgebungskompetenz fallen.

Die Kontrollstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität (KOBK) hat im Auftrag von Bund und Kantonen in Chatrooms und Internetforen nach Pädophilen oder Kinderpornografie gefahndet. Sofern sich aus dieser Tätigkeit ein konkreter Verdacht gegen bestimmte Personen ergeben hat, leitete die KOBK die Informationen zur Weiterverfolgung und -bearbeitung an die zuständigen Strafverfolgungsbehörden von Bund oder Kantonen weiter.

3.1.2.2 Unter neuem Recht

Seit dem 1. Januar 2011 ist die verdeckte Ermittlung als strafprozessuale Zwangsmassnahme in den Artikeln 286 ff. StPO geregelt. Das BVE ist aufgehoben worden. Im Gegensatz zum BVE, das von der Polizei angeordnete verdeckte Ermittlungen bereits im Vorfeld von Strafverfahren unter

bestimmten Voraussetzungen (s. oben, Ziff. 3.1.2.1) ermöglichte, sieht die Neuregelung in Artikel 286 ff. StPO verdeckte Ermittlungen nur noch auf Anordnung des Staatsanwalts und zum Zweck der Aufklärung *bereits begangener* schwerer Straftaten vor. Für die Regelung der verdeckten Ermittlung ausserhalb von Strafverfahren, namentlich im Vorfeld von Strafverfahren, verblieb in der StPO – dem repressiven Geltungsbereich (Art. 1 StPO) entsprechend – kein Raum mehr.

Bezüglich der Fahndung nach Pädophilen in Internetforen ist gerichtlich noch nicht geklärt, welche konkreten Anforderungen an die strafprozessuale Verdachtslage zu stellen sind, damit der Einsatz eines verdeckten Ermittlers vom jeweiligen Zwangsmassnahmengericht (im Kanton Solothurn: Haftgericht) nach Artikel 289 StPO genehmigt werden kann. Diese Frage kann erst verbindlich beantwortet werden, wenn eine Rechtsprechung hierzu vorliegt. Der Bundesrat führte in seiner Botschaft zur StPO aus, dass eine verdeckte Ermittlung *vor* einem Strafverfahren nicht notwendig sei, weil es dafür keinen personenbezogenen Tatverdacht brauche, sondern ein tatbezogener genüge. Die Zulassung der verdeckten Ermittlung *ohne* genügenden Tatverdacht für ein Strafverfahren erschiene auch rechtsstaatlich als problematisch (Botschaft, BBl 2005, S. 1255). In der parlamentarischen Beratung war man der Ansicht, dass verdeckte Ermittlungen ausserhalb von Strafverfahren nicht mehr notwendig seien und dass die Kantone, falls sie einen Bedarf sehen, in ihren Polizeigesetzen eigene Rechtsgrundlagen schaffen könnten.

U.a. der Kanton Schwyz hat bereits eine Grundlage für die verdeckte Fahndung ausserhalb von Strafverfahren geschaffen. Die KOBik und der Kanton Schwyz kamen Ende 2010 in einer Vereinbarung überein, dass KOBik die Chatroom-Überwachung im Auftrag des Kantons Schwyz weiterführen darf. Das Schwyzer Zwangsmassnahmengericht hat diesen Einsatz vorerst für ein Jahr bewilligt. Damit kann das Chatroom-Monitoring nahtlos weitergeführt werden und besteht auch für den Kanton Solothurn in diesem Bereich dieselbe Sicherheitslage wie vor dem 1. Januar 2011.

3.2 Stellungnahme zur verlangten Schaffung einer Bundeskompetenz für die verdeckte Ermittlung gegen Pädophile im Internet

Der Auftrag will, dass der Kanton Solothurn beim Bund mittels Standesinitiative die Schaffung einer Bundeskompetenz für die verdeckte Ermittlung gegen Pädophile im Internet verlangt. Gemäss Auftragstext und Begründung (s. oben Ziff. 1 und 2) muss davon ausgegangen werden, dass damit hauptsächlich bezweckt wird, die polizeiliche Aufgabe der verdeckten Ermittlung gegen Pädophile im Internet neu in die Zuständigkeit des Bundes zu übertragen. Dies würde – auch wenn dies im Auftrag nicht explizit verlangt wird – voraussetzen, dass zumindest auch die Gesetzgebungskompetenz im Bereich der präventiven verdeckten Ermittlung gegen Pädophile im Internet (von den Kantonen) auf den Bund übertragen würde. Den Auftrag lehnen wir ab, weil eine Übertragung der polizeilichen Aufgabe der verdeckten Ermittlung gegen Pädophile im Internet auf den Bund weder notwendig noch sinnvoll ist (s. unten Ziff. 3.2.1) und weil der gesetzgeberische Handlungsbedarf (auf Stufen Bund und Kanton) erkannt und die Problemlösung eingeleitet ist (s. unten Ziff. 3.2.2). Im Einzelnen:

3.2.1 Die Übertragung der polizeilichen Aufgabe der verdeckten Ermittlung gegen Pädophile im Internet auf den Bund ist weder notwendig noch sinnvoll

Mit einer Übergangslösung wurde sichergestellt, dass die bisherigen Aktivitäten im Bereich der verdeckten Fahndungen in Internetforen weitergeführt werden können (s. oben, Ziff. 3.1.2.2). Die Übertragung der polizeilichen Aufgabe der verdeckten Ermittlung gegen Pädophile im Internet auf den Bund ist deshalb nicht notwendig. Eine solche Übertragung, welche die Polizeihöhe der Kantone grundsätzlich betreffen würde, ist aber auch nicht sinnvoll, insbesondere mit Blick auf die geltenden Strafverfolgungszuständigkeiten, das Verfahren und die vorhandenen (personellen) Mittel:

- Das Bundesrecht (Art. 22 StPO) bestimmt ausdrücklich, dass – vorbehaltlich gesetzlicher Ausnahmen – die kantonalen Strafbehörden die Straftaten des Bundesrechts zu verfolgen und zu beurteilen haben. Demnach bildet die Strafverfolgungszuständigkeit der Kantone die Regel, diejenige des Bundes die Ausnahme. Die (in Art. 23 f. StPO) als solche Ausnahmen vorgesehenen Strafverfolgungszuständigkeiten des Bundes beschlagen vorwiegend Delikte, die sich gegen den Bund, gegen völkerrechtlich geschützte Personen oder Magistratspersonen richten oder das organisierte Verbrechen oder den Terrorismus betreffen. Die Verfolgung pädophiler Straftaten gegen Minderjährige fällt in aller Regel nicht in die Strafverfolgungszuständigkeit des Bundes. Die vom Auftrag geforderte Verlagerung der polizeilichen Aufgabe der verdeckten Ermittlung gegen Pädophile im Internet (von den Kantonen) auf den Bund wäre somit systemwidrig und würde als derart punktuelle Strafverfolgungszuständigkeit des Bundes keinen Sinn machen. Auch wäre es falsch, die Strafverfolgungszuständigkeit vom Tatmittel, vorliegend dem Internet, abhängig zu machen. Diese soll weiterhin über die Straftatbestände definiert werden. Der Umstand schliesslich, dass die Straftäter nicht vor Kantonsgrenzen Halt machen, ist ein allgemeines Phänomen, welches nicht nur das Verhalten Pädophiler im Internet betrifft, sondern sämtliche Bereiche der Kriminalität (z.B. Drogenhandel, Menschenhandel, Einbruchkriminalität, Betrug mit dem Tatmittel des Internets). Diesen Umstand in casu als Begründung für die Übertragung der polizeilichen Aufgabe der verdeckten Ermittlung gegen Pädophile im Internet heranzuziehen, überzeugt deshalb nicht. Mit dieser Begründung müssten die Kantone auch in vielen anderen Bereichen ihre Ermittlungskompetenzen an den Bund abgeben.
- Die Übertragung der polizeilichen Aufgabe der verdeckten Ermittlung gegen Pädophile im Internet – als einer einzelnen von vielen polizeilichen Aufgaben im Rahmen der Gefahrenabwehr (Prävention) und Strafverfolgung (Repression) – auf den Bund würde in den Verfahren die Ermittlungstätigkeit der Polizeien der Kantone wesentlich erschweren. Die Aufteilung der polizeilichen Ermittlungszuständigkeiten zwischen Bund und Kantonen würde neue Schnittstellen schaffen, welche insgesamt zu mehr Aufwand (insbesondere für die Koordination) und höheren Risiken führen.
- Der Bund verfügt im Gegensatz zu den Kantonen kaum über ermittelnde Fachstellen. Der Auftrag scheint diesbezüglich von falschen Vorstellungen auszugehen. Die Bundesstelle KOBik ist keine Strafverfolgungsbehörde, sondern eine Koordinationsstelle mit Monitoringaufgaben. Dank der Vereinbarung mit dem Kanton Schwyz kann sie weiterhin wie vor dem 1. Januar 2011 tätig sein und Hinweise in Form von festgestellten Verdachtsmomenten der jeweils zuständigen kantonalen Strafverfolgungsbehörde weiterleiten. Weiter kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass beim Bund (konkret bei der Bundeskriminalpolizei) derzeit genügend personelle Mittel vorhanden sind, um verdeckte Ermittlungen gegen Pädophile im Internet durchzuführen. Bis anhin ermitteln die Kantone mit ihren vorhandenen personellen Mitteln.

3.2.2 Gesetzgeberischer Handlungsbedarf ist erkannt und die Problemlösung eingeleitet

Das Problem der fehlenden Rechtsgrundlage für die präventive verdeckte Ermittlungstätigkeit und der entsprechende gesetzgeberische Handlungsbedarf sind erkannt. Die Thematik ist bereits Gegenstand von Gesetzgebungsarbeiten auf Bundesebene. Dabei wurde seitens des Bundes klar und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass die Regelung präventiver Massnahmen in die Gesetzgebungskompetenz der Kantone fällt. Demgemäss sollen auf kantonaler Ebene entsprechende Rechtsgrundlagen geschaffen werden. Das zuständige Departement des Innern hat die gesetzgeberischen Arbeiten (für die erforderlichen Änderungen des Polizeigesetzes) anhand genommen, wobei der departementale Entwurf noch diesen Winter vorliegen sollte. Im Einzelnen:

3.2.2.1 Auf Stufe Bund

Der Bundesrat hat im November 2009 ein neues Polizeiaufgabengesetz in die Vernehmlassung geschickt und bereits bei dieser Gelegenheit einen neuen Artikel 286a StPO vorgeschlagen, welcher die strafprozessuale verdeckte Ermittlung von anderen Fahndungs- und Ermittlungsmethoden, bei welchen die Polizei ihre Identität ebenfalls nicht zu erkennen gibt, klarer abgrenzen soll. Mittlerweile hat auch die Rechtskommission des Nationalrats (RK-NR) sich des Problems angenommen und einen Gesetzesentwurf ausgearbeitet. Dieser geht auf eine von Nationalrat Jotsch eingereichte parlamentarische Initiative (Geschäftsnummer 08.458) zurück und sieht vor, den Begriff der verdeckten Ermittlung in der Strafprozessordnung enger zu fassen als in der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Demnach soll verdeckte Ermittlung nur dann vorliegen, wenn Polizeiangehörige unter Verwendung einer auf Dauer angelegten, durch Urkunden abgesicherten falschen Identität (Legende) durch aktives, zielgerichtetes Verhalten zu Personen Kontakte knüpfen und ein besonderes Vertrauensverhältnis aufbauen, um besonders schwere Straftaten aufzuklären. Für die verdeckte Fahndung, die weniger weit geht als verdeckte Ermittlung, will die RK-NR ebenfalls eine eigene Grundlage schaffen. Sie hiess den Vorentwurf am 13. Mai 2011 einstimmig gut. In unserer Vernehmlassung haben wir diesen Vorentwurf grundsätzlich begrüsst (s. RRB 2011/1927 vom 13. September 2011).

3.2.2.2 Auf Stufe Kanton

Die vorgesehene bundesrechtliche Regelung genügt aber wohl nicht als eigenständige Rechtsgrundlage für verdeckte polizeiliche Ermittlungen oder andere verdeckte polizeiliche Fahndungs- und Ermittlungshandlungen ausserhalb von Strafverfahren, da der Geltungsbereich der Strafprozessordnung die präventive polizeiliche Tätigkeit gerade nicht erfasst. Kriminalpolizeiliche Instrumente, welche der Erkennung und Verhinderung von Straftaten dienen, die erst begangen werden könnten, wie auch polizeiliche Vorermittlungen im Hinblick auf einen erst noch zu konkretisierenden Anfangsverdacht auf strafbare Handlungen, sind im Polizeirecht und nicht in der Strafprozessordnung zu regeln. Das Polizeirecht beschlägt die kantonale Zuständigkeit. Aus diesem Grund haben wir bereits eine entsprechende Anpassung des Kantonspolizeigesetzes (KapoG; BGS 511.11) an die Hand genommen (s. oben Ziff. 3.2.2). Dabei sollen verschiedene polizeiliche Massnahmen neu im Gesetz geregelt werden, die Klarheit und Rechtssicherheit schaffen. Neben der Observation und anderen Regelungen wird auch die verdeckte Fahndung Gegenstand dieser Vorlage sein. Dabei werden wir uns auf die Vorarbeiten einer Arbeitsgruppe der KKJPD stützen können, welche eine entsprechende Musterbestimmung für die kantonalen Polizeigesetze zu Handen der Kantone erarbeitet hat. Die Regelung soll die Anordnung verdeckter Fahndung zur Verhinderung von Straftaten durch die Kantonspolizei ermöglichen. Der Bund und die KKJPD haben in diesem Bereich in den letzten Monaten intensiv zusammengearbeitet, um eine in sich stimmige Regelung der verdeckten Ermittlungstätigkeiten der Strafbehörden von Bund und Kantonen zustande zu bringen und eine einheitliche Abgrenzung zur verdeckten Fahndung sicherzustellen.

3.3 Fazit

Gesetzliche Grundlagen zur präventiven verdeckten Ermittlung bzw. Fahndung – auch, aber nicht nur für Ermittlungen gegen Pädophile im Internet – müssen geschaffen werden. Der Handlungsbedarf wurde erkannt und entsprechende Gesetzesanpassungen sind sowohl beim Bund (Strafprozessordnung) als auch beim Kanton (Kantonspolizeigesetz) auf gutem Weg. Mit der auf Bundesebene vorgesehenen klareren Abgrenzung der (repressiven) verdeckten Ermittlung und Fahndung von den präventiven Ermittlungs- und Fahndungsaktivitäten der Polizei sowie mit den in den Kantonen laufenden Änderungen der kantonalen Polizeigesetze wird das Grundproblem gelöst, ohne dass die Strafverfolgungszuständigkeiten tangiert werden müssen. Für die Übergangszeit bis zum Inkrafttreten der gesetzlichen Regelungen ist das Problem mit der Vereinbarung zwischen der KOBK und dem Kanton Schwyz ebenfalls gelöst. Dadurch kann die KO-

BIK das bis anhin praktizierte Chatroom-Monitoring auch seit dem 1. Januar 2011 praktisch nahtlos weiterführen. Aus den dargelegten Gründen ist von der Einreichung einer Standesinitiative abzusehen.

4. Antrag des Regierungsrates

Nichterheblicherklärung.



Andreas Eng
Staatsschreiber

Vorberatende Kommission

Justizkommission

Verteiler

Staatskanzlei
Staatskanzlei, Legistik und Justiz (FF) (3)
Departement des Innern (2)
Bau- und Justizdepartement
Bau- und Justizdepartement (br)
Obergericht
Gerichtskonferenz
Staatsanwaltschaft
Jugendanwaltschaft
Polizei Kanton Solothurn
Aktuarin Justizkommission (fre)
Parlamentsdienste
Traktandenliste Kantonsrat