

Prof. Dr. Martin Schubarth

## **Chatroomproblematik und Versagen des Gesetzgebers**

---

Mit dem Inkrafttreten der neuen StPO wurde das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung, das bisher die gesetzliche Grundlage für eine präventive Chatroomüberwachung bildete, ausser Kraft gesetzt. Dadurch entstand eine empfindliche Lücke, da die neue StPO keine Grundlage für präventive polizeiliche Tätigkeit gibt und sich in den kantonalen Gesetzen keine hinreichenden gesetzlichen Grundlagen finden. Der Verfasser behandelt das gesetzgeberische Versagen, das andauert; schildert die Möglichkeiten, mit denen man die Lücke hätte vermeiden können, und geht den Gründen für das eklatante gesetzgeberische Versagen nach.

---

Rechtsgebiet(e): Strafprozessrecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Martin Schubarth, Chatroomproblematik und Versagen des Gesetzgebers, in: Jusletter 13. Februar 2012

## Inhaltsübersicht

- I. Von der Utopie des fehlerfreien Gesetzes und vom Umgang mit fehlerhaften Gesetzen
- II. Von der Trennung zwischen Prävention und Ermittlung; das strafprozessuale «Reinheitsgebot»
- III. Problematik des «Reinheitsgebots» im Chatroombereich
  1. Die Chatroomproblematik
  2. Das seit 1. Januar 2011 aufgehobene Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE)
  3. Die neue eidgenössische Strafprozessordnung, das «Reinheitsgebot» und das lückenhafte Polizeirecht
- IV. Gesetzgeberisches Versagen; Gründe
  1. Politische Beihilfe zum Kindsmisbrauch?
  2. Das Urteil des Bundesgerichtes vom 10. Juni 2008
  3. Zwischenfazit: Zukünftige Lücke im Gesetz spätestens seit Mitte 2008 bekannt
  4. Die Nichtschliessung der bevorstehenden Lücke
  5. Dringlicher Bundesbeschluss?
  6. Änderung des Beschlusses betreffend Inkraftsetzung der neuen StPO ?
  7. Nachtrag: Vorschläge für untaugliches und unwürdiges Bricolage
- V. Schlussbetrachtung

## I. Von der Utopie des fehlerfreien Gesetzes und vom Umgang mit fehlerhaften Gesetzen

[Rz 1] Neue Gesetze sind nie fehlerfrei. Das optimale Gesetz ist eine Utopie. Aber Utopien können und müssen den Gesetzgeber anspornen. Und die Utopie des fehlerfreien Gesetzes muss auch nach vollbrachter Tat, also nach der Verabschiedung eines Gesetzes, weiterverfolgt werden.

[Rz 2] Von zentraler Bedeutung ist deshalb der Umgang mit dem fehlerhaften Gesetz, genauer: Wie man, wenn der Fehler einmal erkannt ist, das Gesetz verbessert und zwar innert nützlicher Frist.

[Rz 3] Neue Gesetze können, rein äusserlich betrachtet, einen optimalen, in sich überzeugenden Eindruck machen. Aber neue Gesetze stehen nicht allein in der Landschaft. Sie sind nur ein Teil, ein Puzzle, der gesamten Rechtsordnung. Ein neues Gesetz ist deshalb nicht optimal bloss deshalb, weil es für sich allein betrachtet optimal erscheint. Das neue Gesetz muss auch in den Gesamtzusammenhang passen. Schafft das neue Gesetz eine Lücke, dann ist die Arbeit erst perfekt, wenn diese Lücke, gegebenenfalls in einem anderen Gesetz, in überzeugender Weise geschlossen ist.

## II. Von der Trennung zwischen Prävention und Ermittlung; das strafprozessuale «Reinheitsgebot»

[Rz 4] Gegen diese hier abstrakt vorgestellten Prinzipien wurde im Zusammenhang mit der Verabschiedung, der Vorbereitung der Inkraftsetzung, mit der Inkraftsetzung selbst und in der «Nachbearbeitung» der neuen eidgenössischen Strafprozessordnung in einem für den Schutz von Kindern

vor pädophilen Straftätern zentralen Bereich in eklatanter, geradezu erschreckender Weise verstossen.

[Rz 5] Die Eröffnung eines Strafverfahrens setzt zumindest Anhaltspunkte dafür voraus, dass eine Straftat begangen worden sein könnte. Aufgabe des Strafprozessrechtes ist deshalb, zu regeln, wie in rechtsstaatlicher Weise ein solcher Anfangsverdacht aufgeklärt werden kann. Geht es um die Aufklärung, ob eine bereits begangene oder zumindest bereits begonnene Straftat vorliegt, kommt das Strafprozessrecht zur Anwendung.

[Rz 6] Strafflose Vorbereitungshandlungen können demgegenüber nicht Gegenstand eines strafprozessualen Ermittlungsverfahrens sein. Soweit es geboten erscheint, bereits im Vorfeld einer Straftat, also rein präventiv, vorzugehen, handelt es sich um eine polizeiliche Aufgabe, die nicht Gegenstand des Strafverfahrensrechtes ist.

[Rz 7] Die Unterscheidung zwischen polizeilicher Präventivarbeit einerseits und der strafprozessualen Ermittlungstätigkeit andererseits ist neuerdings auch aus verfassungsrechtlichen Gründen zentral. Denn während früher, bis zum Inkrafttreten der neuen Strafprozessordnung, die Gesetzgebungskompetenz für die beiden hier angesprochenen Tätigkeiten, also für die polizeiliche Präventivarbeit und für die Aufklärung des Verdachts einer bereits begangenen Straftat, grundsätzlich bei den Kantonen lag, bestehen heute hier unterschiedliche Kompetenzen. Die Gesetzgebungskompetenz für die polizeiliche Präventivarbeit liegt grundsätzlich weiterhin bei den Kantonen; diejenige für die Strafverfolgung dagegen neu grundsätzlich beim Bund. Deshalb spielt das gesetzgeberische «Reinheitsgebot», also das Gebot, zwischen Präventivarbeit und Ermittlungsarbeit sauber zu unterscheiden, erst jetzt eine zentrale Rolle. Wenn früher in einer kantonalen Strafprozessordnung der Sache nach auch polizeiliche Präventivtätigkeit geregelt wurde, dann schadete dies unter dem Gesichtspunkt der Gesetzgebungskompetenz nicht und war allenfalls ein gesetzgebungsästhetischer Schönheitsfehler.

## III. Problematik des «Reinheitsgebots» im Chatroombereich

### 1. Die Chatroomproblematik<sup>1</sup>

[Rz 8] Allerdings gibt es Bereiche, wo die Trennung zwischen polizeilicher Präventivarbeit und strafrechtlicher Aufklärung problematisch erscheint. Die Chatroomproblematik macht dies deutlich.

---

<sup>1</sup> Hierzu auch Dr. Peter Studer, Die vorbeugende Ermittlung von Pädophilen in Kinderchatrooms – ein Opfer der neuen Strafprozessordnung?, in: Jusletter 15. November 2010 sowie Philipp Skarupinski / Josefine Grossbacher, Zwischen Schutz und Schranken – polizeiliche Chatroom-Ermittlungen zur Bekämpfung von pädophilen Straftaten, in: Jusletter 3. Oktober 2011.

[Rz 9] Worum geht es? Pädophile pflegen sich in Chatrooms an Minderjährige heranzumachen und dann mit diesen Buben oder Mädchen einen Treffpunkt zu vereinbaren mit der Absicht, sie zu missbrauchen. Zur Bekämpfung dieser perfiden Taktik konnte sich die Polizei vor dem Inkrafttreten der neuen eidgenössischen Strafprozessordnung unter einem Decknamen – Beispiel: «Manuela 13» – in den Chatroom einschalten und einen Treffpunkt mit dem Pädophilen vereinbaren. Dort traf dann der Pädophile nicht wie erwartet seine Beute, also «seine» Manuela, sondern die Polizei. Sie nahm ihn fest und fand dann in seinem Auto oder bei der nachfolgenden Hausdurchsuchung weiteres gravierendes Belastungsmaterial. Man muss der Polizei dankbar sein für ihre hervorragende, oft sehr belastende Arbeit, mit der sie einen wesentlichen Beitrag zum Schutze von Kindern vor pädophilen Schurken geleistet hat.

## 2. Das seit 1. Januar 2011 aufgehobenen Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE)

[Rz 10] Grundlage dieser Tätigkeit, in der Prävention fließend in Ermittlung übergeht – wo hier der Rubikon liegt, hängt davon ab, wie man in solchen Konstellationen den Beginn des strafbaren Versuchs festlegt, was hier nicht weiter diskutiert sei –, bildete das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE), das mit dem Inkrafttreten der neuen eidgenössischen Strafprozessordnung «ersatzlos» – genauer: ersatzlos, soweit das BVE die polizeiliche Präventivtätigkeit betraf – aufgehoben wurde. Interessant in unserem Zusammenhang ist, dass das frühere BVE gerade nicht dem hier vorgestellten «Reinheitsgebot» huldigte, sondern gesetzliche Grundlage für den Einsatz verdeckter Ermittler bildete unabhängig davon, ob es sich um Präventivarbeit oder Ermittlungstätigkeit handelte. Der Sachzusammenhang hat dazu geführt, dass in diesem Spezialgesetz diese beiden Bereiche gemeinsam geregelt wurden. Der Gesichtspunkt der unterschiedlichen Gesetzgebungskompetenz trat demgegenüber zurück.

## 3. Die neue eidgenössische Strafprozessordnung, das «Reinheitsgebot» und das lückenhafte Polizeirecht

[Rz 11] Die neue eidgenössische Strafprozessordnung befolgt demgegenüber in diesem Punkt das «Reinheitsgebot». Sie gibt also eine gesetzliche Grundlage für dem Einsatz verdeckter Ermittler ausschliesslich für die strafprozessuale Ermittlungsarbeit, also für die Aufklärung des Verdachts eines bereits begonnenen Straftat. Für die präventive Aufklärung im Vorfeld einer Straftat findet sich in der neuen StPO – unter dem Gesichtspunkt des «Reinheitsgebotes» konsequent – keine gesetzliche Grundlage. Regelungsmaterie dafür wäre das Polizeirecht, also vor allem die kantonalen

Polizeigesetze. Dort gab es aber am 1. Januar 2011, Datum des Inkrafttretens der neuen Strafprozessordnung, kaum hinreichende Regelungen. Im Ergebnis entstand dadurch eine gravierende Lücke in einem Bereich, bei dem unstrittig eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die polizeiliche Tätigkeit im Chatroom bestehen müsste. Die Polizei von Stadt und Kanton Zürich, die bis dahin Pionierarbeit in der präventiven Pädophilenbekämpfung in Chatrooms geleistet hatten, mussten ihre Tätigkeit, zum Neujahr 2011 vom Gesetzgeber im Stich gelassen – «Bonne Année!» –, aufgeben.<sup>2</sup>

## IV. Gesetzgeberisches Versagen; Gründe

### 1. Politische Beihilfe zum Kindsmisbrauch?

[Rz 12] Wie konnte es zu einer solchen gesetzgeberischen Fehlleistung kommen? Sind etwa unsere Politiker pädophil? Natürlich nicht. Politiker sind alle sehr ehrenwerte Menschen, die die Gesetze strikte beachten. Ausnahmen wie jener Tessiner Ständerat, der sich seinen eigenen Strassenverkehrskodex geschaffen hat, oder wie jener Walliser Ständerat, früher Staatsrat, der illegal einen Wolf abschiessen lässt (und ihn dann als «Trophäe» in seinem Büro aufstellt) oder neuerdings ein Bundesratskandidat, der sich mit einer speziellen «Erbsünde» herumschlägt, bestätigen nur die Regel.

[Rz 13] Oder sind Politiker vielleicht Helfershelfer von Pädophilen? Diese Frage ist mehr als berechtigt. Denn wer Pädophile durch gesetzgeberische Schlamperei unterstützt, wer naheliegende Gesetze zum Schutze von Kindern nicht realisiert oder naheliegende Fehlerkorrekturen blockiert, der macht sich der politischen Beihilfe am Kindsmisbrauch schuldig.

### 2. Das Urteil des Bundesgerichtes vom 10. Juni 2008<sup>3</sup>

[Rz 14] Das Bundesgericht hat in einem Grundsatzentscheid angenommen, dass auch die anonyme präventive Chatroomüberwachung mit Anknüpfung eines persönlichen Treffens mit dem potentiellen pädophilen Straftäter eine verdeckte Ermittlung darstellt, weshalb die formellen Vorgaben des damals noch gültigen BVE zu beachten seien. Ob der Entscheid zutreffend ist oder ob der Anwendungsbereich des BVE zu Unrecht auch auf anonyme polizeiliche Kontakte im Chatroom ausgedehnt wurde<sup>4</sup>, sei hier dahin gestellt. Denn

<sup>2</sup> Vgl. NZZ Nr. 303 vom 29. Dezember 2010, S. 15, und NZZ Nr. 304 vom 30. 12. 2010, S.9.

<sup>3</sup> BGE 134 IV 266; mehrfach bestätigt, vgl. Tanja Knodel, Basler Kommentar StPO, Basel 2011, Art. 286 N 4.

<sup>4</sup> Vgl. dazu Daniel Jositsch/Angelika Murer Mikolasek, Wenn polizeiliche Ermittler im Chatroom in Teufels Küche kommen – oder wie das Bundesgericht neue Probleme geschaffen hat, AJP 2011, 181 ff., 185 ff.

auch höchstrichterliche Fehlurteile<sup>5</sup> schaffen eine Rechtslage, die gegebenenfalls zähneknirschend zu beachten ist und von der Polizei in Zürich auch beachtet wurde. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil auch auf die Konsequenzen hingewiesen, die sich aus seinem Urteil mit dem Inkrafttreten der neuen eidgenössischen Strafprozessordnung ergeben: Wegfall der bisher im BVE gegebenen gesetzlichen Grundlage für verdeckte Ermittlung im Präventivbereich.

### 3. Zwischenfazit: Zukünftige Lücke im Gesetz spätestens seit Mitte 2008 bekannt

[Rz 15] Nach dem Gesagten war seit dem Vorliegen der schriftlichen Urteilsbegründung des erwähnten Urteils des Bundesgerichtes, also seit Mitte 2008, folgendes bekannt:

- Auch die präventive Chatroomüberwachung mit Anknüpfung von Kontakten zu einer verdächtigen Person fällt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung in den Anwendungsbereich der verdeckten Ermittlung.
- Das BVE, solange in Kraft die gesetzliche Grundlage für präventive Verbrechensbekämpfung durch verdeckte Ermittlung, wird mit dem Inkrafttreten der neuen eidgenössischen Strafprozessordnung, also, wie sich dann erweisen sollte, an Silvester 2010, um Mitternacht, ausser Kraft treten.
- Dadurch entsteht ab Neujahr 2011 eine empfindliche Lücke in der präventiven Chatroomüberwachung, soweit sich nicht in den kantonalen Polizeigesetzen eine hinreichende gesetzliche Grundlage für diese Tätigkeit findet.

[Rz 16] Eine Analyse der kantonalen Gesetze hätte ergeben, dass in kaum einem der 26 Kantone, insbesondere nicht im Kanton Zürich, wo sich die Polizei besonders in der präventiven Chatroomüberwachung engagierte, eine nach der Rechtsprechung genügende gesetzliche Grundlage bestanden hat.

### 4. Die Nichtschliessung der bevorstehenden Lücke

[Rz 17] Nach dem Gesagten bestand offensichtlich gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

[Rz 18] Entweder hätten alle 26 Kantone im zur Verfügung stehenden Zeitraum von rund zweieinhalb Jahren in ihren Polizeigesetzen die angekündigte Lücke schliessen müssen, was sie auch ohne weiteres hätten tun können, wenn ihnen ihre kantonale Polizeihöhe wirklich so wichtig war, wie

später, als es allerdings bereits viel zu spät war, der Sekretär der kantonalen Polizeidirektoren behauptete.

[Rz 19] Oder man hätte sich darauf verständigen können und müssen, dass es wenig Sinn macht, im Bereich der Internetkriminalität, die keine Kantons Grenzen kennt, auf die offensichtlich überforderten kantonalen Gesetzgeber abzustellen, und man hätte deshalb den Problembereich durch ein die neue Strafprozessordnung ergänzendes Bundesgesetz regeln können und müssen. Wenn es bis zum 31. Dezember 2010 möglich war, die präventive Überwachung von Chatrooms durch ein Bundesgesetz – das BVE – zu regeln, ist nicht einsichtig, weshalb eine solche bundesrechtliche Regelung plötzlich nicht mehr möglich sein sollte.

[Rz 20] Doch nichts dergleichen geschah. Der Sache nach ein klarer Fall von politischer Beihilfe zur Pädophilie durch gesetzgeberisches Unterlassen, obwohl offensichtlich eine gesetzgeberische Handlungspflicht bestand. Die Gründe dafür sind undurchsichtig. Ein gezielter Wille für politische Beihilfe zur Pädophilie<sup>6</sup> lässt sich wohl nicht nachweisen. Wohl schon eher das wechselseitige Zuschieben und Abwarten in der Wahrnehmung der gesetzgeberischen Verantwortung, in völliger Verkennung (oder wohl eher Verdrängung ?) der eigenen Verantwortung gegenüber dem Bürger und der Bevölkerung.<sup>7</sup>

[Rz 21] Erst wenige Monate vor dem Inkrafttreten der neuen eidgenössischen Strafprozessordnung begann es den Verantwortlichen zu dämmern, dass hier etwas geschehen müsse.

### 5. Dringlicher Bundesbeschluss?

[Rz 22] Zu diesem Zeitpunkt war es zu spät, durch ein Bundesgesetz die drohende Lücke zu schliessen, da das ordentliche Gesetzgebungsverfahren dafür zu lange dauert.

[Rz 23] Zwar wurde bereits am 29. September 2008 im Nationalrat die parlamentarische Initiative Jositsch<sup>8</sup> eingereicht, mit der Remedur geschaffen werden sollte. Aber diese ist heute mehr als drei Jahre nach ihrer Einreichung immer noch hängig und wird nicht mit der nötigen Dringlichkeit behandelt. Überdies hat sich im Vernehmlassungsverfahren herausgestellt, dass sie gar nicht geeignet ist, die hier diskutierte Lücke zu schliessen, da auch nach diesem Vorstoss die

<sup>5</sup> BGE 134 IV 266 findet eine lesenswerte kritische Betrachtung bei Vincent Jeanneret/Roland M. Ryser, Commentaire Romand CPP, Basel 2011, vor Art. 286 N 11 f.

<sup>6</sup> Dass es einen solchen auch in einem europäischen Verfassungsstaat, nämlich Belgien, geben kann, hat der Fall Dutoit gezeigt.

<sup>7</sup> Dazu die Reaktion eines Bürgers auf den nachstehend geschilderten, leider gescheiterten Versuch, in letzter Minute die Situation durch Änderung des Inkraftsetzungsbeschlusses zu retten: «Mit Fassungslosigkeit habe ich in den heutigen Artikel in der NZZ, im besonderen die Antwort des Bundesrats auf Ihre Intervention, zur Kenntnis genommen. Offenbar gibt es hier eine massive Fehleinschätzung... Sie sollten hier nicht aufgeben Sie haben eine massive Unterstützung in der Bevölkerung, so auch meine.»

<sup>8</sup> 08.458.

Vorfeldermittlung in der Kompetenz der Kantone verbleibt, wie der Initiant selbst zugibt.<sup>9</sup>

[Rz 24] Vor allem wurde nie in Erwägung gezogen, durch einen dringlichen Bundesbeschluss dem Problem rechtzeitig beizukommen.<sup>10</sup> Dies steht in eklatantem Widerspruch dazu, dass etwa die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates am 31. Mai 2011 mit einem dringlichen Bundesbeschluss ergänzende Übergangsbestimmungen zur Einführung der Spitalfinanzierung verlangte.<sup>11</sup> Weshalb? Im Ständerat haben die Krankenversicherungen eine starke Lobby. Von Pädophilen bedrohte Kinder verfügen demgegenüber über keine Lobby im Parlament. Sie sind aus naheliegenden Gründen nicht organisiert und verfügen, im Unterschied zu den Krankenkassen, nicht über die finanziellen Mittel für eine organisierte Lobby im Parlament.

## 6. Änderung des Beschlusses betreffend Inkraftsetzung der neuen StPO?

[Rz 25] Im Dezember 2010 kam die Idee<sup>12</sup> auf, durch eine nachträgliche Änderung des Beschlusses betreffend Inkraftsetzung der StPO die bisherige Rechtsgrundlage für die Chatroomüberwachung wenigstens vorübergehend beizubehalten.

[Rz 26] Zum besseren Verständnis dafür Folgendes: Das BVE sollte gemäss Art. 446 Abs. 1 StPO in Verbindung mit Anhang 1 (I Ziff. 2) mit dem Inkrafttreten der StPO aufgehoben werden. Die drohende hier diskutierte Lücke hätte also durch eine Änderung des Beschlusses betreffend Inkraftsetzung der StPO vom 31. März 2010 noch in der letzten Sitzung des Bundesrates vor Weihnachten 2010 abgewendet werden können.

[Rz 27] Rechtstechnisch hätte sich dies durch einen Beschluss des Bundesrates wie folgt realisieren lassen:

[Rz 28] «In Abänderung des Beschlusses betreffend Inkraftsetzung der StPO vom 31. März 2010 wird die Schweizerische Strafprozessordnung auf den 1. Januar 2011 in Kraft gesetzt, *ausgenommen Anhang 1 zu Art. 446 Abs. 1, I Ziff. 2*. Die Aufhebung des Bundesgesetzes betreffend verdeckte Ermittlung wird somit nicht in Kraft gesetzt.»<sup>13</sup>

[Rz 29] Der Sache nach wäre damit die neue StPO vollständig in Kraft gesetzt worden, unter einstweiliger Beibehaltung des BVE, eine im Hinblick auf die besondere, nicht mehr anders lösbare Situation vertretbare und in Ermangelung – in

diesem Zeitpunkt – von Alternativen gebotene Lösung. Diese nachträgliche Abänderung des Beschlusses betreffend die Inkraftsetzung der StPO wäre zwar ungewöhnlich, aber, da sie keine schützenswerten Erwartungen tangiert hätte, auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit – Pädophile haben keinen schützenswerten Anspruch auf eine sich abzeichnende Gesetzeslücke –, unproblematisch gewesen.

[Rz 30] In diesem Zusammenhang darf erwähnt werden, dass der Bundesrat, wenn es ihm ins Konzept passt, ziemlich skrupellos Gesetze in Kraft setzt. So hat er eine Änderung von Art. 5 des revidierten Allgemeinen Teils des StGB auf den 1. Dezember 2006 in Kraft gesetzt<sup>14</sup>, als diese zu ändernde Bestimmung noch gar nicht in Kraft war.<sup>15</sup> Über die Rechtstechnik dieser juristischen Zirkusnummer hat man auch auf Anfrage nie etwas erfahren.<sup>16</sup>

[Rz 31] Der oben wiedergegebene Vorschlag betreffend Modifizierung des Inkrafttretensbeschlusses wurde Frau Bundesrätin Sommaruga vom Verfasser dieses Aufsatzes am 20. Dezember 2010 übermittelt. Schlecht beraten von ihrem Umfeld hat sie, damals erst seit drei Wochen im Amt, den Vorschlag abgelehnt. Damit hat das Departement sehenden Auges die hier diskutierte Lücke besiegelt.

[Rz 32] Das traurige Fazit dieser Übung ist: Geht es um «systemrelevante Interessen» wie seinerzeit nach dem Grounding der Swissair und der Gründung der Swiss oder später bei der UBS, handelt man nullkommaplötzlich. Kinder sind aber offenbar nicht systemrelevant. Sie sind so klein, dass für sie das Prinzip «to big to fail» nicht gilt. Eine Politik, die eine UBS in einer Nacht- und Nebelaktion aus dem selbstverschuldeten Sumpf zieht, macht sich lächerlich, wenn sie ein seit Jahren bekanntes Problem zum Schutze von Kindern nicht rechtzeitig löst und damit unzählige Kinder ihren pädophilen Peinigern ausliefert.

## 7. Nachtrag: Vorschläge für untaugliches und unwürdiges Bricolage

[Rz 33] Statt das Problem an der Wurzel zu packen und mit einer tauglichen gesetzlichen Regelung zu lösen, wurden sonderbare Vorschläge gemacht, die gesetzgeberische Lücke zu umdribbeln.

[Rz 34] Bricolage auf höchster Ebene, womit auch die noch

<sup>9</sup> NZZ vom 17. September 2011, Nr. 21, S. 16.

<sup>10</sup> Zu den Besonderheiten eines dringlichen Bundesgesetzes vgl. Thomas Gächter, in: Giovanna Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener, Staatsrecht, Zürich 2011, 298 ff.

<sup>11</sup> Parlamentarische Initiative 11.439; BBl 2011 5465. Auf die Initiative traten in der Folge am 14./15. Juni 2011 die Räte nicht ein.

<sup>12</sup> Lanciert von Anton Keller, einem langjährigen Parlamentsberater.

<sup>13</sup> Vorschlag formuliert vom Verfasser dieses Aufsatzes.

<sup>14</sup> Ursula Cassani, Commentaire romand, Code pénal I, Art. 5 N 23.

<sup>15</sup> Sie trat erst am 1. Januar 2007 in Kraft.

<sup>16</sup> Die Problematik der Inkraftsetzung von Bundesgesetzen hat in der schweizerischen Lehre bisher nicht die Beachtung gefunden, die sie verdient. Vgl. zuletzt Gächter a.a.O. 297. Eingehend zum (hier nicht relevanten) Problem der unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung und des Vorrangs des Gesetzgebers verfassungsrechtlich fragwürdigen durch den Bundesrat verschleppten Inkraftsetzung eines rechtsgültig beschlossenen Gesetzes Martin Schubarth, Legisvakanz und Verfassung – Zur verschleppten (Nicht-)Inkraftsetzung des neuen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, AJP 2005, 1039 ff.

nicht eingearbeitete Bundesrätin Sommaruga getäuscht wurde, war die Idee, die Koordinationsstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität (Kobik) dem Schwyzer Polizeigesetz zu unterstellen.<sup>17</sup> Die Lücke sollte also mit folgendem Trick gelöst werden: Eine *Bundesstelle*, die sich mit Internetkriminalität befasst, soll, weil es bundesrechtlich keine gesetzliche Grundlage gibt, formal einem *kantonalen* Gesetz unterstellt werden, das angeblich<sup>18</sup> für die präventive Chatroomüberwachung eine hinreichende gesetzliche Grundlage gibt. Dass man in Bundesbern eine solche unausgeorene juristische Turnübung, deren staatsrechtliche Tragfähigkeit hier dahin gestellt sei, in Erwägung gezogen hat, offenbar erst im Dezember 2010, zeugt nicht von grossem Verantwortungsgefühl.

[Rz 35] Der Vorschlag überzeugt auch aus folgendem Grund nicht: Die Kobik fahndet nicht nach pädophilen Straftätern, sondern sucht das Internet nach illegalen Seiten ab.<sup>19</sup> Bezeichnend, dass die Kobik bis Ende 2011 keinerlei Erfolgsmeldung durchgegeben hat.

[Rz 36] Unwürdiges Bricolage war auch der Vorschlag, die Zürcher Polizei dem Schwyzer Polizeigesetz zu unterstellen, oder den Kanton Schwyz, der angeblich die gesetzliche Grundlage zur Vorfeldermittlung hat, zu bitten, den Kanton Zürich, der über die nötigen personellen Ressourcen verfügt, zu beauftragen, die präventiven Ermittlungen im Chatroom (rechtshilfeweise?, die Rechtsgrundlage blieb unklar) vorzunehmen.

[Rz 37] Eine Seifenblase war auch die Ankündigung des Sekretärs der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren, vorgetragen in einer Fernsehsendung Ende Dezember 2010 – nachdem man die letzte noch mögliche Rettungsaktion, die oben beschriebenen Inkraftsetzungslösung, hintertrieben hatte –, man habe einen «pfannenfertigen» Gesetzgebungsvorschlag. Von diesem hat man später nichts mehr gehört. Pfanne und Inhalt dürften längstens verkohlt sein.

## V. Schlussbetrachtung

[Rz 38] Bund und Kantone waren unfähig, ein seit Mitte 2008 bekanntes gesetzgeberisches Problem bis Ende 2010 zu lösen. Sie haben es auch heute, mehr als ein Jahr später, nicht gelöst. Das ist in der Tat unfassbar.<sup>20</sup> Versagt haben die zuständigen Bundesstellen und die meisten kantonalen Gesetzgebungsdienste. Versagt haben aber auch die Politiker in Parlament und Regierung, auf der Ebene des Bundes und

der Kantone. Und versagt hat die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren.

[Rz 39] Wird es im Jahre 2012 endlich zu einer Lösung des Problems kommen? Oder wird es beim Schutz pädophiler Konsumenten durch das qualifizierte fortgesetzte Unterlassen des Gesetzgebers und aller für eine optimale Gesetzgebung Verantwortlicher bleiben? Mit Konsumentenschutz lassen sich bekanntlich sehr leicht politische Lorbeeren holen. Und für Konsumentenschutz findet sich eine verfassungsrechtliche Grundlage.<sup>21</sup> Der Schutz von Kindern und Jugendlichen<sup>22</sup> ist allerdings ein verfassungsrechtlicher Auftrag, der dem hier angesprochenen Konsumentenschutz vorgehen müsste.

---

Prof. Dr. Martin Schubarth, Ancien président du Tribunal fédéral, Avocat-Conseil [www.martinschubarth.ch](http://www.martinschubarth.ch)

---

\* \* \*

---

<sup>17</sup> Vgl. Jositsch/Murer Mikolasek 190.

<sup>18</sup> Ob die im Kanton Schwyz getroffene Regelung wirklich ausreicht, ist nicht klar und sei hier nicht weiter diskutiert. Reserviert auch Jositsch/Murer Mikolasek 190.

<sup>19</sup> Jositsch/Murer Mikolasek 190.

<sup>20</sup> Vgl. die oben (FN 6) wiedergegebene Äusserung eines Bürgers.

<sup>21</sup> Art. 97 BV.

<sup>22</sup> Art. 11 BV.