

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B_207/2010

Urteil vom 22. April 2010
Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Favre, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Gerichtsschreiber Boog.

Verfahrensbeteiligte
Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8001 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

X._____,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz; verdeckte Ermittlung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts
des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 15. Dezember 2009.

Sachverhalt:

A.
Das Bezirksgericht Zürich erklärte X._____ mit Urteil vom 6. Januar 2009 der fahrlässigen Körperverletzung schuldig und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von 7 Monaten, unter Anrechnung der ausgestandenen Sicherheitshaft und mit bedingtem Strafvollzug bei einer Probezeit von 3 Jahren. Von der Anklage der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 und 5 sowie Art. 19a Ziff. 1 BetmG sprach es ihn frei. Ferner entschied es über die Zivilforderungen und über die Einziehung der beschlagnahmten Gegenstände.

Eine gegen diesen Entscheid von der Staatsanwaltschaft erhobene Berufung wies das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 15. Dezember 2009 ab und bestätigte das angefochtene Urteil, soweit es nicht in Rechtskraft erwachsen war.

B.
Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich führt Beschwerde beim Bundesgericht, mit der sie beantragt, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Sache zur Verurteilung von X._____ an die Vorinstanz zurückzuweisen.

C.
Es wurden keine Vernehmlassungen eingeholt.

Erwägungen:

1.
Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen den Freispruch des Beschwerdegegners von der Anklage des mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz und der mehrfachen Übertretung dieses Gesetzes.

Die Anklageschrift wirft dem Beschwerdegegner in dieser Hinsicht vor, er habe von Mitte Juli 2008 bis

zum 21. August 2008 mit dem Ziel, den Eigenkonsum zu finanzieren, von namentlich nicht bekannten Drogenhändlern in Zürich insgesamt 25 Gramm Kokain erworben und davon bis zur polizeilichen Kontrolle von 21. August 2008 rund 11 Gramm in Portionen à 0,6 Gramm an Dritte verkauft, womit er einen Erlös von mindestens Fr. 1'760.-- erzielte. Bei der polizeilichen Kontrolle sei er im Besitz von 4 Gramm Kokain angetroffen worden, wovon rund die Hälfte zum Verkauf und der Rest zum Eigenkonsum bestimmt gewesen sei. Überdies habe er im selben Zeitraum selbst etwa 11 Gramm Kokain konsumiert (Anklageschrift S. 2 f.; angefochtenes Urteil S. 5; erstinstanzliches Urteil S. 5 f.).

Zur Verhaftung des Beschwerdegegners führte ein Hinweis an die Polizei, wonach über einen bestimmten Natelanschluss Kokain bestellt werden könne. Gestützt darauf rief Det Kpl A. _____ auf diese Nummer an, um den mutmasslichen Dealer im Zuge eines Scheinkaufs des Drogenhandels überführen zu können. Im Anschluss an das Telefongespräch kam es zu einem Treffen in einer Bar in Dietikon. Ohne dass zuvor ein Gespräch stattgefunden hätte, fragte der Beschwerdegegner den Scheinkäufer: "für wie viel". Der Polizeibeamte legte daraufhin zwei 50er Noten auf den Tisch, worauf der Beschwerdegegner jenem eine Portion Kokain übergab. Unmittelbar danach wurde er festgenommen (angefochtenes Urteil S. 7; erstinstanzliches Urteil S. 6; vgl. auch Untersuchungsakten HD act. 16/1).

2.

2.1 Die kantonalen Instanzen gelangten zum Schluss, beim Einsatz des Polizeibeamten als Scheinkäufer, welche zur Verhaftung des Beschwerdegegners geführt habe, handle es sich um eine genehmigungsbedürftige verdeckte Ermittlung. Die Polizei habe zunächst bloss davon gewusst, dass über eine bestimmte Telefonnummer der Kontakt zu einem Kokaindealer hergestellt werden können. Damit habe der Verdacht bestanden, dass ein schwerer Fall von Drogenhandel im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 BetmG in Frage stehen könnte. Eine verdeckte Ermittlung wäre insoweit zulässig gewesen, und eine entsprechende richterliche Genehmigung wäre aller Wahrscheinlichkeit nach erteilt worden. Der polizeiliche Scheinkäufer habe aktiv den Kontakt zum Tatverdächtigen suchen müssen, um diesen überführen zu können. Dass am Telefon noch nicht von Kokain die Rede gewesen sei, sei belanglos. Aus den Akten ergebe sich, dass der Zweck des Treffens beiden Beteiligten von vornherein klar gewesen sei. Offensichtlich sei auch, dass beim Beschwerdegegner keine Tatbereitschaft habe geweckt werden müssen, sondern dieser ohne weiteres bereit gewesen sei, Kokain zu verkaufen. Dies ändere nichts daran, dass für die verdeckte Ermittlung beim zuständigen Richter eine Genehmigung hätte eingeholt werden müssen. Da dies unterblieb, sei der Einsatz des Polizeibeamten nicht zulässig gewesen und seien die Erkenntnisse, namentlich das Geständnis des Beschwerdegegners, welche aufgrund der verdeckten Ermittlung gewonnen worden seien, nicht verwertbar (angefochtenes Urteil S. 9 ff; erstinstanzliches Urteil S. 7).

2.2 Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerdeschrift geltend, der Einsatz des Polizeibeamten als Scheinkäufer sei nicht als verdeckte Ermittlung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Juni 2003 über die verdeckte Ermittlung (BVE; SR 312.8; in Kraft seit 1. Januar 2005) zu qualifizieren. Der Anwendungsbereich des BVE sei auf einige wenige, besonders gravierende, sich entsprechend im kriminellen Milieu abspielende Fälle beschränkt, die weitreichende Polizeieinsätze erforderten. Diese Voraussetzungen seien im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Der Polizeibeamte sei nicht in ein kriminelles Umfeld eingedrungen, und der Verkauf einer Portion Kokain stelle keine besonders schwere Straftat dar. Es handle sich bei seinem Einsatz des um einen isolierten Scheinkauf, dessen Wesenszug darin liege, dass sich der Scheinkäufer - ohne eine falsche Identität vorzuspielen - nicht als Polizeibeamter zu erkennen gebe, und der sich auf wenige kurze Kontakte mit der Zielperson beschränke, um das Geschäft abzuwickeln. Entscheidend sei, dass die Initiative nicht vom Scheinkäufer, sondern von der Zielperson ausgehe. Im zu beurteilenden Fall habe der polizeiliche Scheinkäufer lediglich ein Telefongespräch mit dem Beschwerdegegner geführt, bei welchem mit

keinem Wort über Kauf oder Verkauf von Drogen gesprochen worden sei, und einen Treffpunkt verabredet. Anlässlich des Treffens habe der Scheinkäufer keine Kaufabsichten erwähnt. Es sei vielmehr der Beschwerdegegner gewesen, der von sich aus gefragt habe, "für wie viel" jener Kokain kaufen wolle. Die Initiative sei damit klar vom Beschwerdegegner ausgegangen. Es sei kein besonderes Vertrauensverhältnis geschaffen oder ausgenutzt worden. Der Scheinkäufer habe die Tatbereitschaft des Beschwerdegegners nicht beeinflusst. Dieser hätte das Geschäft auch mit irgendeiner anderen Person abgeschlossen. Beim Einsatz des Polizeibeamten habe es sich daher mangels Eingriffsintensität nicht um eine qualifizierte verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE gehandelt, sondern schlicht um einen klassischen Scheinkauf, welcher nicht unter den

Anwendungsbereich des BVE falle. Damit sei auch das Geständnis des Beschwerdegegners prozessual verwertbar (Beschwerde S. 3 ff.).

3.

3.1 Das Bundesgericht hat sich in BGE 134 IV 266 einlässlich mit dem Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über die verdeckte Ermittlung befasst. Es hat erkannt, mangels einer klaren, abweichenden Regelung im BVE sei im Zweifelsfall jedes Anknüpfen von Kontakten mit einer verdächtigen Person zu Ermittlungszwecken durch einen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen ungeachtet des Täuschungsaufwandes und der Eingriffsintensität eine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE, die unter den Anwendungsbereich dieses Gesetzes falle. Damit sei ein solches Anknüpfen von Kontakten nur unter den im BVE genannten Voraussetzungen zulässig (E. 3.7).

3.2 Das Bundesgericht hat unlängst in zwei ebenfalls den Kanton Zürich betreffenden Entscheiden an der in BGE 134 IV 266 begründeten Rechtsprechung festgehalten. In den Urteilen 6B_743/2009 und 6B_837/2009 vom 8. März 2010 gelangte es zum Schluss, auch einfache, isolierte Betäubungsmittelscheinkäufe zwischen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen und Zielpersonen seien als verdeckte Ermittlungen im Sinne des BVE zu würdigen. Allerdings stelle nicht jedes kurze Gespräch eines nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen mit einem Verdächtigen oder mit einer zum Umfeld des Verdächtigen gehörenden Person zu Ermittlungszwecken eo ipso und ungeachtet der konkreten Umstände eine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE dar. Wesentliches Kriterium sei das "Anknüpfen von Kontakten". Dieses enthalte das Element eines aktiven, zielgerichteten Verhaltens. Von einem solchen könne noch nicht gesprochen werden, wenn ein nicht als solcher erkennbarer Polizeiangehörter beispielsweise im Rahmen einer Observation von der Zielperson angesprochen werde, sich auf ein kurzes Gespräch einlasse und dabei zu erkennen gebe, dass er an der gesprächsweise angebotenen Leistung nicht interessiert sei (Urteile des Bundesgerichts 6B_743/2009 und 6B_837/2009 vom 8.3.2010 E. 3.2 und 3.3 bzw. 3.3 und 3.4).

Diese Entscheide sind erst ergangen, nachdem die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde in der vorliegenden Sache beim Bundesgericht eingereicht hatte. Sie waren ihr somit noch nicht bekannt.

4.

Das angefochtene Urteil verletzt auf der Grundlage der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum BVE kein Bundesrecht. Der als Scheinkäufer eingesetzte Polizeibeamte hat sich nicht bloss abwartend passiv, sondern recht aktiv verhalten. Wie im dem Urteil des Bundesgerichts 6B_837/2009 vom 8. März 2010 zugrunde liegenden Fall hat er durch aktives, zielgerichtetes Verhalten den Kontakt zum Beschwerdegegner angeknüpft, indem er auf eine Nummer eines Mobiltelefonanschlusses anrief, dessen Inhaber als Kokainhändler in Verdacht stand, und mit diesem ein Treffen vereinbarte. Dass dabei nicht ausdrücklich von Betäubungsmitteln die Rede war, ist ohne Bedeutung, da den Beteiligten, wie die Vorinstanz zu Recht festhält, ohne weiteres klar war, worum es sich handelte. Beim Treffen in der Bar gab der Polizeibeamte darüber hinaus durch das Hinterlegen der Geldscheine zu erkennen, dass er Kokain kaufen wollte.

Der Einsatz des polizeilichen Scheinkäufers ist somit als verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE zu qualifizieren und fällt unter den Anwendungsbereich dieses Gesetzes. Voraussetzung für den Einsatz eines verdeckten Ermittlers sind nach Art. 5 Abs. 1 BVE die förmliche Ernennung des Beamten durch die Kommandantin oder den Kommandanten des Polizeikorps sowie die richterliche Genehmigung gemäss Art. 7 f. BVE. Diese richterliche Genehmigung liegt im zu beurteilenden Fall unbestrittenemassen nicht vor. Damit war der Einsatz des Beamten nicht zulässig und sind die durch den Einsatz des Polizeibeamten gewonnenen Erkenntnisse, namentlich das Geständnis des Beschwerdegegners, gemäss Art. 18 Abs. 5 BVE nicht verwertbar (vgl. BGE 134 IV 266 E. 5.2). Der Freispruch des Beschwerdegegners von der Anklage der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz ist daher nicht zu beanstanden.

Die Beschwerde erweist sich als unbegründet.

5.

Aus diesen Gründen ist die Beschwerde abzuweisen. Bei diesem Ausgang sind keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 4 BGG). Dem Beschwerdegegner ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, da ihm im bundesgerichtlichen Verfahren keine Umtriebe entstanden sind.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Kosten erhoben.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 22. April 2010

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Favre Boog