

Urteilskopf

148 IV 205

20. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen A.A. (Beschwerde in Strafsachen) 6B_210/2021 vom 24. März 2022

Regeste (de):

Art. 3, Art. 113, Art. 140 Abs. 1, Art. 141 Abs. 1 und Art. 293 Abs. 4 StPO; Art. 6 Ziff. 1 EMRK; verdeckte Ermittlung; Selbstbelastungsfreiheit; Beweisverwertungsverbot.

Die Verwertbarkeit von Beweismitteln, die im Rahmen einer verdeckten Ermittlung erlangt wurden, setzt grundsätzlich voraus, dass die Garantien von Art. 140 Abs. 1 StPO eingehalten werden. Wird eine beschuldigte Person von einem verdeckten Ermittler durch übermässige Druckausübung und unter Umgehung der Selbstbelastungsfreiheit zu selbstbelastenden Aussagen veranlasst, sind diese absolut unverwertbar im Sinne von Art. 141 Abs. 1 StPO (E. 2.8).

Regeste (fr):

Art. 3, art. 113, art. 140 al. 1, art. 141 al. 1 et art. 293 al. 4 CPP; art. 6 par. 1 CEDH; investigation secrète; droit à ne pas s'auto-incriminer; preuve inexploitable.

L'exploitabilité de preuves, obtenues dans le cadre d'une investigation secrète, suppose en principe que les garanties de l'art. 140 al. 1 CPP soient respectées. Si un agent infiltré incite un prévenu à faire des déclarations en exerçant des pressions excessives et en éludant son droit à ne pas s'auto-incriminer, ces déclarations ne sont en aucun cas exploitables au sens de l'art. 141 al. 1 CPP (consid. 2.8).

Regesto (it):

Art. 3, art. 113, art. 140 cpv. 1, art. 141 cpv. 1 e art. 293 cpv. 4 CPP; art. 6 n. 1 CEDU; inchiesta mascherata; diritto di non autoincriminarsi; divieto di utilizzazione di prove.

L'utilizzabilità di prove, ottenute nel quadro di un'inchiesta mascherata, presuppone in linea di principio il rispetto delle garanzie dell'art. 140 cpv. 1 CPP. Se un agente infiltrato induce l'imputato a rendere delle dichiarazioni autoincriminatorie, esercitando pressioni eccessive ed eludendo il diritto di non autoincriminarsi, tali dichiarazioni sono assolutamente inutilizzabili giusta l'art. 141 cpv. 1 CPP (consid. 2.8).

Sachverhalt ab Seite 206

BGE 148 IV 205 S. 206

A. A.A. wird vorgeworfen, am 19. Oktober 2009 um ca. 5.30 Uhr seine Ehefrau B.A. vor der ehelichen Wohnung in Zürich getötet zu haben, indem er mit einer nicht näher bekannten Waffe aus kurzer Distanz mindestens fünf Mal auf sie geschossen habe.

B. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 23. August 2018 wurde A.A. des Mordes schuldig erklärt und zu einer Freiheitsstrafe von 14 Jahren verurteilt.

C. Gegen dieses Urteil erhob A.A. Berufung, woraufhin er vom Obergericht des Kantons Zürich am 24. September 2020 vollumfänglich freigesprochen wurde.

D. Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich führt Beschwerde in Strafsachen vor Bundesgericht. Sie beantragt, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. September 2020 sei aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventualiter sei das angefochtene Urteil aufzuheben und A.A. sei wegen Mordes schuldig zu sprechen und mit einer Freiheitsstrafe von 14 Jahren zu bestrafen. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Während der mehrere Jahre dauernden Strafuntersuchung stellte sich der Beschuldigte A.A. (nachfolgend: Beschwerdegegner) stets auf den Standpunkt, er habe seine Frau nicht getötet und wisse auch nicht, wer dies getan haben könnte. In der Folge wurde eine verdeckte Ermittlung angeordnet. Am 5. und 6. September 2015 vertraute der Beschwerdegegner dem verdeckten Ermittler "C." im Anschluss an eine Sitzung bei der Wahrsagerin "D.", ebenfalls eine verdeckte Ermittlerin, an, B.A. erschossen zu haben. Die Vorinstanz beurteilt die Erkenntnisse aus der verdeckten Ermittlung als unverwertbar.

2.1

2.1.1 Verdeckte Ermittlung liegt nach Art. 285a StPO vor, wenn Angehörige der Polizei oder Personen, die vorübergehend für polizeiliche Aufgaben angestellt sind, unter Verwendung einer durch Urkunden abgesicherten falschen Identität - einer Legende - durch täuschendes Verhalten zu Personen Kontakte knüpfen mit dem Ziel, ein Vertrauensverhältnis aufzubauen und in ein kriminelles Umfeld einzudringen, um besonders schwere Straftaten aufzuklären. Mit dem Kriterium des Eindringens in ein kriminelles Umfeld wird auf

BGE 148 IV 205 S. 207

das Haupteinsatzgebiet der verdeckten Ermittlung - die organisierte Kriminalität - verwiesen. Die verdeckte Ermittlung ist aber auch ausserhalb dieses Bereichs und bezogen auf einen Einzeltäter als Zielperson möglich und zulässig (BGE 143 IV 27 E. 4.4 mit Hinweis; BGE 143 I 304 E. 2.1).

2.1.2 "C." sowie die zusätzlich eingesetzte Ermittlerin "D." sind unstreitig als verdeckte Ermittler im Sinne von Art. 285a ff. StPO zu qualifizieren. Ebenfalls ist unbestritten, dass die formellen Voraussetzungen der verdeckten Ermittlung nach Art. 286 und 289 StPO bei der Anordnung erfüllt waren.

2.2 Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 293 und 141 StPO. Es sei unzutreffend, dass Art. 293 Abs. 4 StPO auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sei. Die Norm umfasse nicht nur Erkenntnisse über eine Tat, die erst noch (allenfalls zum wiederholten Mal) ausgeführt werde, sondern auch das Erlangen eines Geständnisses durch verdeckte Ermittler über eine bereits begangene (einmalige) Straftat. Selbst wenn die verdeckten Ermittler folglich die Grenzen des Zulässigen überschritten hätten, wäre dieser Umstand allein bei der Strafzumessung zu berücksichtigen, nicht jedoch bei der Frage nach der Verwertbarkeit der entsprechenden Beweismittel. Im Übrigen hätten sich die verdeckten Ermittler mit dem Einsatz der Wahrsagerin lediglich das

beim Beschwerdegegner bereits lange vorher vorhandene Interesse an Spiritualität zu Nutze gemacht. Ein Verstoß gegen das Fairnessgebot liege nicht vor.

2.3 Die Vorinstanz erwägt, die Grenzen der zulässigen Einwirkung eines verdeckten Ermittlers ergäben sich grundsätzlich aus Art. 293 StPO. Die Norm sei aufgrund ihrer Formulierung aber primär auf Fälle zugeschnitten, in denen ein verdeckter Ermittler im Hinblick auf künftige Straftaten tätig werde. Für Situationen, in denen er erst nach einer erfolgten Straftat zur Aushorchung respektive Erlangung eines Geständnisses eingesetzt werde, sei sie insofern nicht einschlägig, als sie keinerlei Auskunft über die diesbezüglichen Kompetenzen der Ermittler und ihre Grenzen gebe. Vorliegend, so die Vorinstanz weiter, hätten die verdeckten Ermittler die Grenzen zulässiger Einwirkung, wie sie sich aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und des Bundesgerichts ableiten liessen, deutlich überschritten. Die Legende von "C." möge zwecks Gewinnung des Vertrauens des Beschwerdegegners noch zulässig gewesen sein. Die verdeckte

BGE 148 IV 205 S. 208

Ermittlung habe sich aber in eine problematische Richtung entwickelt, als die Wahrsagerin "D." ins Spiel gekommen sei. Dies beginne bereits damit, dass sich der Beschwerdegegner nicht aus eigenem Antrieb nach einer Wahrsagerin erkundigt habe, sondern "C." ihm im Wissen darum, dass er an übersinnliche Wesen ("Dschinns") glaube und sich bei Problemen auch schon an Wahrsager und Fakire gewendet habe, einen Besuch bei "D." vorgeschlagen habe. In der Folge habe "D." ihr Wissen über die polizeilichen Ermittlungen eingesetzt, um den Beschwerdegegner von ihren magischen Kräften zu überzeugen und sich seine Angst vor übersinnlichen Mächten gezielt zu Nutze gemacht. Weiter habe sie die Existenz eines bösen Geistes des Opfers, der negativen Einfluss auf das Leben des Beschwerdegegners nehme, heraufbeschworen. Dabei sei den Ermittlern bewusst gewesen, dass der Beschwerdegegner aufgrund des Strafverfahrens bereits unter enormem Druck gestanden und in Sorge um seine und die Sicherheit seiner Kinder gewesen sei. Diesen Druck hätten sie im Laufe der Zeit erhöht. "D." habe dem Beschwerdegegner mitgeteilt, der Geist werde "hartnäckiger" und ihm suggeriert, es bestehe für ihn eine konkrete Gefahr. "C." habe ihn zusätzlich in dieser Vorstellung bestärkt.

Anlässlich eines Treffens am 5. September 2015 habe die Wahrsagerin die angebliche Bedrohung konkretisiert und erklärt, sie spüre die Anwesenheit des Geistes des Opfers im Raum. Dieser sei erbost, weil er das Heranwachsen seiner Kinder nicht miterleben könne. Weiter habe "D." vorgegeben, sie sehe in der Kommunikation mit dem Geisterwesen, wie die Frau umgebracht worden und wer dafür verantwortlich sei. Diese Ankündigung habe offenbar nicht zum gewünschten Ergebnis geführt, denn der Beschwerdeführer habe geantwortet, er habe von der Polizei respektive aus Zeitungen erfahren, dass seine Frau erschossen worden sei und er halte die brasilianische Frau des Liebhabers seiner Ehefrau für die Täterin. Er habe auch erklärt, nichts mit der Sache zu tun zu haben und der Täter müsse - koste es, was es wolle - gefunden werden. Daraufhin habe "D." das Gespräch noch gezielter auf die Tötung von B.A. gelenkt und vorgegeben, der Geist zeige ihr, was passiert sei. Es gehe auch um eine Pistole. Erst im Anschluss habe der Beschwerdegegner erklärt, dass er die Verantwortung übernehme und ihn der Geist in Ruhe lassen solle. Passiert sei passiert. Die Vorinstanz führt weiter aus, die Hellseherin habe danach erklärt, sie könne dem Beschwerdegegner zwar Schutz gewähren, dies jedoch nur für eine Woche. Mit dieser

BGE 148 IV 205 S. 209

zeitlichen Beschränkung habe sie den auf ihm lastenden psychischen Druck bewusst aufrechterhalten. Nach der Sitzung habe der Beschwerdegegner dann den vorgängig an seinem Fahrzeug angebrachten "Blutsegen"

(roter Farbkleck in Form einer Handfläche) entdeckt. Er sei sicher gewesen, dass es sich dabei um das von der Wahrsagerin erwähnte Zeichen des Geistes handle und habe offensichtlich die Fassung verloren. Auf der anschliessenden Heimfahrt habe "C." unter Ausnutzung der sorgfältig aufgebauten Freundschaft die beim Beschwerdegegner aufkommenden Zweifel an der Wahrsagerin zerstreut und ihm geraten, sich "zu befreien". Dadurch habe sich der Beschwerdegegner zu weiteren Aussagen über die angeblichen Verfehlungen seiner Ehefrau und seiner Verantwortung für deren Tod verleiten lassen: Er habe "C." beauftragt, der Wahrsagerin mitzuteilen, sie solle wiederum dem Geist ausrichten, dass er es getan habe, weil seine Ehefrau "zulum" und "so viel blöd" gemacht habe. Anderntags habe der Beschwerdegegner schliesslich ein umfassendes Geständnis vor "C." abgelegt. Dieses habe er damit eingeleitet, dass er nun endlich Ruhe haben wolle. Er wolle nur noch Schutz für sich und seine Kinder. Daraufhin hätten die Ermittler ihm mitgeteilt, dass der Schutz des Geistes an jenen Orten angebracht werden müsse, wo alles passiert sei, und ihn so dazu bewegt, ihnen weitere Tatumstände anzuvertrauen. Den geschilderten Ablauf der verdeckten Ermittlung würdigt die Vorinstanz dahingehend, dass in Ausübung von Täuschung, Druck und Zwang eine Situation geschaffen worden sei, die einer polizeilichen Einvernahme nicht nur geähnelt, sondern eine solche gar übertroffen habe. Die verdeckten Ermittler hätten das Gespräch immer wieder auf den Geist und das Ableben des Opfers gelenkt und sich bewusst zu Nutze gemacht, dass der Beschwerdegegner abergläubisch sei und Schutz vor "dem Geist" sowie eine Möglichkeit zur Beendigung des zermürbenden Strafverfahrens gesucht habe. Die Ängste des Beschwerdegegners seien dabei absichtlich geschürt worden. Zudem sei er in seiner Entscheidungsfreiheit eingeschränkt gewesen, habe er doch das Gespräch mit der Wahrsagerin aufgrund der ihm suggerierten Ausgangslage nicht einfach beenden können, wenn er ihren Schutz tatsächlich habe in Anspruch nehmen wollen. Die Errichtung des vom Beschwerdegegner begehrten Schutzes sei mehrfach an die Bedingung geknüpft worden, dass er reinen Tisch mache und "sein Herz öffne". Indem "D." beim letzten Treffen erklärt habe, der Geist zeige ihr eine Pistole, habe sie seine Aussagen

BGE 148 IV 205 S. 210

schliesslich gezielt in eine bestimmte Richtung gelenkt, obwohl er ihr gegenüber zuvor vorgebracht habe, nichts mit der Sache zu tun zu haben. Vor diesem Hintergrund könne das "Geständnis" des Beschwerdegegners nicht als spontan und frei erfolgte Willensäusserung angesehen werden. Das Recht auf ein faires Verfahren, als dessen Teilgehalt das Recht auf Aussageverweigerung sowie das Verbot der Beweiserhebung durch Zwangsmittel, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und sonstige Mittel, welche die Denk- oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen könnten, seien erheblich verletzt worden. Das Vorgehen der verdeckten Ermittler sei weit über die Grenzen erlaubter List hinausgegangen und habe geradezu der Umgehung der Selbstbelastungsfreiheit gedient. Daraus müsse ein Verwertungsverbot im Sinne von Art. 141 Abs. 1 StPO resultieren.

2.4 Die beschuldigte Person muss sich nicht selbst belasten. Sie hat namentlich das Recht, die Aussage und ihre Mitwirkung im Strafverfahren zu verweigern (Art. 113 Abs. 1 Satz 1 und 2 StPO). Dieses strafprozessuale Selbstbelastungsprivileg ("nemo tenetur se ipsum accusare") und als Teil davon das Recht auf Aussageverweigerung sind grundrechtlich ausdrücklich verankert: Gemäss Art. 14 Abs. 3 lit. g des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II; SR 0.103.2) darf ein wegen einer strafbaren Handlung Angeklagter nicht gezwungen werden, gegen sich selbst als Zeuge auszusagen oder sich schuldig zu bekennen (BGE 142 IV 207 E. 8.2). Das Privileg folgt ausserdem aus dem in Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 3 StPO verankerten Grundsatz des "fair trial" und steht in engem Zusammenhang mit der Unschuldsvermutung (Art. 6 Ziff. 2 EMRK, Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 10 Abs. 1 StPO; vgl. BGE 142 IV 207 E. 8.3 und 9.5; Urteil des EGMR Heaney und McGuinness gegen Irland vom 21. Dezember 2000, Nr. 34720/97, Recueil CourEDH 2000-XII S. 445 § 40). Demnach ist es insbesondere Sache der Anklagebehörde, die Schuld des Beschuldigten zu beweisen. Dieser hat seine Unschuld nicht nachzuweisen (BGE 127 I 38 E. 2a; Urteil 6B_1031/2019 vom 1. September 2020 E. 1.2.1, nicht publ. in: BGE 146 IV 311). Folglich müssen die Strafbehörden seinen Willen, zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen zu schweigen, respektieren (BGE 143

I 304 E. 2.3; Urteile des EGMR Bykov gegen Russland vom 10. März 2009, Nr. 4378/02, § 92; Allan gegen Grossbritannien vom 5. November 2002, Nr. 48539/99, Recueil CourEDH 2002-IX S. 63 § 44).

BGE 148 IV 205 S. 211

2.5

2.5.1 Gemäss Art. 113 Abs. 1 Satz 3 StPO muss sich die beschuldigte Person den gesetzlich vorgesehenen Zwangsmassnahmen, namentlich einer verdeckten Ermittlung, unterziehen. Bewegt sich der verdeckte Ermittler im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben, ist es auch zulässig, ihn zur Aufklärung einer bereits begangenen Straftat und zwecks Erlangung von entsprechenden Informationen, gegebenenfalls sogar selbstbelastenden Aussagen, auf die Zielperson anzusetzen (vgl. BGE 143 I 304 E. 2.2). Dass dabei das Verbot der Täuschung nach Art. 140 Abs. 1 StPO nicht vollumfänglich greifen kann, liegt in der Natur dieser geheimen Zwangsmassnahme und wurde vom Gesetzgeber offensichtlich bewusst in Kauf genommen (vgl. HANSJAKOB/PAJAROLA, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl. 2020, N. 29 und 40 zu Art. 293 StPO; JÉRÔME BÉNÉDICT, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2. Aufl. 2019, N. 22a und 24a zu Art. 140 StPO; MARK PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2016, S. 177; SABINE GLESS, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 52 f. zu Art. 140 StPO; ferner BGE 134 IV 266 E. 3.7).

2.5.2 Der verdeckten Ermittlung sind indes Grenzen gesetzt. Diese greifen namentlich dann, wenn der Beschuldigte im Verfahren von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat. Die verdeckte Ermittlung darf nicht zu einer Umgehung dieses Rechts führen. Eine solche Umgehung liegt vor, wenn der verdeckte Ermittler unter Ausnutzung des geschaffenen Vertrauensverhältnisses in einer vernehmungsförmlichen Weise dem Beschuldigten Fragen unterbreitet, die diesem bei der Einvernahme gestellt wurden oder hätten gestellt werden sollen, und ihn zur Aussage drängt. Keine Umgehung des Aussageverweigerungsrechts liegt dagegen vor, wenn der verdeckte Ermittler lediglich Äusserungen des Beschuldigten zur Kenntnis nimmt, die dieser von sich aus, ohne vom verdeckten Ermittler dazu gedrängt worden zu sein, gemacht hat. Der Beschuldigte ist nicht davor geschützt, dass Äusserungen, die er aus eigener Initiative tätigt, von Dritten wahrgenommen werden und deshalb Eingang in das Strafverfahren finden (BGE 143 I 304 E. 2.3 mit Hinweisen).

2.5.3 Hat der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren die Aussage nicht verweigert, sondern Angaben zu den gegen ihn gerichteten Vorwürfen gemacht und diese bestritten, kann die Rechtslage keine andere

BGE 148 IV 205 S. 212

sein. Der Beschuldigte hat das Recht, nicht zu seiner eigenen Verurteilung beitragen zu müssen (BGE 138 IV 47 E. 2.6.1; BGE 131 IV 36 E. 3.1). Folglich schützt das Selbstbelastungsprivileg nicht nur die Freiheit zu entscheiden, ob er gegenüber den Strafbehörden Aussagen machen will, sondern prinzipiell auch, was er allenfalls aussagen will (so auch NIKLAUS OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4. Aufl. 2020, S. 284 Rz. 908). Vorbehalten bleibt eine allfällige Strafbarkeit wahrheitswidriger Aussagen nach Art. 303-305 StGB (siehe zur Abgrenzung zur straflosen Selbstbegünstigung BGE 132 IV 20 E. 4.4 mit Hinweisen). Für den Beschuldigten besteht somit grundsätzlich keine Wahrheitspflicht; einfache Lügen des Beschuldigten bleiben ohne direkte strafrechtliche Konsequenz (VIKTOR LIEBER, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafpro-

zessordnung StPO, 3. Aufl. 2020, N. 29 zu Art. 113 StPO; OBERHOLZER, a.a.O., S. 285 Rz. 913; MARC ENGLER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 6 zu Art. 113 StPO). Hat sich der Beschuldigte entschieden, gegenüber den Ermittlungsbehörden die Vorwürfe zu bestreiten (und damit womöglich zu lügen), darf diese Freiheit nicht umgangen und auf dem Weg verdeckter Ermittlungen versucht werden, ihn zu gegenläufigen, belastenden Aussagen zu nötigen. Ein solches Vorgehen stellt, sofern der verdeckte Ermittler eine vernehmungähnliche Situation im unter E. 2.5.2 dargestellten Sinn schafft, eine Umgehung der Selbstbelastungsfreiheit dar, auch wenn sich der Beschuldigte zuvor nicht ausdrücklich auf sein Aussageverweigerungsrecht berufen hat.

2.6 In der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Unerlässlich ist, dass auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingegangen und im Einzelnen aufgezeigt wird, worin eine vom Bundesgericht überprüfbare Rechtsverletzung liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerde an das Bundesgericht nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (BGE 140 III 115 E. 2, BGE 140 III 86 E. 2; Urteil 6B_928/2020 vom 6. September 2021 E. 1.2; je mit Hinweis). Auf ungenügend begründete Rügen oder allgemeine appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 146 IV 88 E. 1.3.1; BGE 145 IV 154 E. 1.1; BGE 143 IV 500 E. 1.1; je mit Hinweisen).

BGE 148 IV 205 S. 213

2.7 Soweit in der Beschwerde geltend gemacht wird, das Einwirken der verdeckten Ermittler habe sich im Rahmen des Zulässigen bewegt und es liege kein Verstoß gegen das Fairnessgebot vor, genügt sie den dargestellten Begründungsanforderungen nicht. Die Vorinstanz stellt den Ablauf der verdeckten Ermittlung, namentlich unter Wiedergabe von Gesprächsinhalten, ausführlich und detailliert dar und begründet einlässlich, worin sie die unzulässige Druckausübung auf den Beschwerdegegner erblickt (siehe E. 2.3 hiervor). Sie hebt insbesondere hervor, dass die Ermittler mit Beharrlichkeit darauf hingearbeitet hätten, eine Situation zu konstruieren, in der dem Beschwerdegegner das Geständnis als einzige Möglichkeit erschienen sei, für sich und seine Kinder den ersehnten Schutz zu finden. Durch Ausnutzung seines Glaubens an übersinnliche Kräfte und das gezielte Schüren von Ängsten hätten sie seine Entscheidungsfreiheit eingeschränkt und ihn vor der aufgebauten Drohkulisse und unter massivem psychischem Druck zu einem Geständnis gedrängt. Mit den vorinstanzlichen Überlegungen setzt sich die Beschwerdeführerin kaum auseinander. Sie bringt lediglich vor, mit dem Einsatz der Wahrsagerin hätten sich die verdeckten Ermittler das beim Beschwerdegegner bereits lange vorher vorhandene und damit vorbestehende Interesse an Spiritualität zu Nutze gemacht. Das Thema Geister, Schutz vor diesen sowie damit zusammenhängende Rituale seien für ihn nichts Neues gewesen. Man habe ihn bei diesem Interesse ganz bewusst abgeholt, worin keine Verletzung des Fairnessgebots zu erblicken sei. Worin die der Vorinstanz vorgeworfene Rechtsverletzung bestehen soll, geht aus dieser Argumentation nicht hervor und kann vom Bundesgericht entsprechend auch nicht überprüft werden. Insbesondere übersieht die Beschwerdeführerin, dass es gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen nicht bei diesem "Abholen auf der spirituellen Ebene" geblieben ist, sondern dass es zu einer zusätzlichen, massiven Unterdrucksetzung des Beschwerdegegners gekommen ist. Indem sie auf die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz nicht weiter eingeht, verfehlt die Beschwerde die Begründungsanforderungen nach Art. 42 Abs. 2 BGG, weshalb auf die Beanstandungen insoweit nicht eingetreten werden kann. Im Folgenden ist deshalb entsprechend den Feststellungen der Vorinstanz davon auszugehen, dass die verdeckten Ermittler durch übermässige Einwirkung das Aussageverweigerungsrecht respektive die Selbstbelastungsfreiheit des Beschwerdegegners umgangen sowie

BGE 148 IV 205 S. 214

das Fairnessgebot verletzt haben und dass Art. 140 Abs. 1 StPO betroffen ist. Zu klären bleiben die Folgen dieser Verletzungen. Das Bundesgericht hat sich hierzu bisher nicht abschliessend geäussert (BGE 143 I 304 E. 2.4) und sowohl eine Berücksichtigung bei der Strafzumessung nach Art. 293 Abs. 4 StPO als auch die Unverwertbarkeit gestützt auf Art. 141 Abs. 1 StPO als Möglichkeit in Betracht gezogen (Urteil 6B_646/2017 vom 1. Mai 2018 E. 6.2).

2.8

2.8.1 Gemäss Art. 140 Abs. 1 StPO sind Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können, bei der Beweiserhebung untersagt. Solche Methoden sind auch dann unzulässig, wenn die betroffene Person ihrer Anwendung zustimmt (Art. 140 Abs. 2 StPO). Beweise, die in Verletzung dieser Bestimmung erhoben wurden, sind in keinem Fall verwertbar (Art. 141 Abs. 1 StPO).

2.8.2 Das Mass der zulässigen Einwirkung von verdeckten Ermittlern ist in Art. 293 StPO geregelt. Verdeckte Ermittler dürfen keine allgemeine Tatbereitschaft wecken und die Tatbereitschaft nicht auf schwerere Straftaten lenken. Sie haben sich auf die Konkretisierung eines vorhandenen Tatentschlusses zu beschränken. Ihre Tätigkeit darf für den Entschluss zu einer konkreten Straftat nur von untergeordneter Bedeutung sein (Art. 293 Abs. 1 und 2 StPO). Wenn erforderlich, dürfen sie gemäss Abs. 3 der Bestimmung zur Anbahnung des Hauptgeschäfts Probekäufe tätigen oder ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit dokumentieren. Überschreitet ein verdeckter Ermittler das Mass der zulässigen Einwirkung, so ist dies nach Art. 293 Abs. 4 StPO bei der Zumessung der Strafe für die beeinflusste Person gebührend zu berücksichtigen oder es ist von einer Strafe abzusehen. Von seinem Wortlaut und seiner systematischen Einordnung her gelangt Art. 293 Abs. 4 StPO sicher dort zur Anwendung, wo ein verdeckter Ermittler in ein kriminelles Milieu, etwa im Bereich Drogenhandel, eingeschleust wird und dort auf den Tatentschluss der Zielperson einwirkt, um (erst noch bevorstehende) Straftaten aufzudecken. Fraglich ist jedoch, ob dieses Prinzip auch Geltung beanspruchen kann, wenn der Ermittler zum Zweck der verdeckten Erlangung selbstbelastender Aussagen über bereits stattgefundene Straftaten auf eine beschuldigte Person angesetzt wird.

BGE 148 IV 205 S. 215

2.8.3 In der Lehre wird die Ansicht vertreten, Art. 293 Abs. 4 StPO sei auf die verdeckte Ermittlung generell anwendbar; das heisst auch auf Fälle, in denen die verdeckte Ermittlung einzig der Provokation eines Geständnisses dient. Begründet wird dies damit, dass sich die verdeckte Ermittlung erheblich von anderen Beweiserhebungsmethoden unterscheide und insbesondere das Täuschungsverbot darauf keine Anwendung finde (HANSJAKOB/PAJAROLA, a.a.O., N. 40 zu Art. 293 StPO; RYAN GAUDERON, *L'investigation secrète: mesure de contrainte licite ou moyen d'instruction déloyal?*, AJP 2020 S. 1438). Ausserdem könne die Reduktion der Strafe, ähnlich wie die von Art. 431 StPO vorgesehene Entschädigung für ungerechtfertigte Untersuchungs- oder Sicherheitshaft, als hinreichende Abfindung des Beschuldigten für die erlebte übermässige Einwirkung eines verdeckten Ermittlers angesehen werden. In der Annahme von Unverwertbarkeit und daraus folgend einem Freispruch mangels Beweisen sei dagegen eine übermässige Bevorteilung des Beschuldigten zu erblicken (GAUDERON, a.a.O., S. 1438). In eine ähnliche Richtung geht die Auffassung von GONIN, der darauf hinweist, dass die Wahrheitsfindung und die Arbeit der Strafverfolgungsbehörden nicht übermässig erschwert werden dürften (LUC GONIN, Urteilsbesprechung von BGE 143 I 304 -310, RDAF 2018 I S. 318). Mit der Argumentation von GAUDERON, wonach der Beschuldigte über Art. 293 Abs. 4 StPO einen hinreichenden Ausgleich für die Verletzung seiner Parteirechte erfährt, wird letztlich auf die Rechtsprechung des EGMR ange-

spielt, wonach dieser nur prüft, ob ein Verfahren insgesamt, einschliesslich der Art und Weise, wie die Beweise erhoben wurden, als fair beurteilt werden kann und sich nicht dazu äussert, ob bestimmte Arten von Beweismitteln zulässig sind oder nicht (BGE 131 I 272 E. 3.2.3.3 mit Hinweisen; Urteile des EGMR Akbay und andere gegen Deutschland vom 15. Oktober 2020, Nr. 40495/15, § 109; Furcht gegen Deutschland vom 23. Oktober 2014, Nr. 54648/09, § 46; Bykov gegen Russland, § 89; Allan gegen Grossbritannien, § 42). Darüber hinaus ist den zitierten Autoren dahingehend beizupflichten, dass dem Täuschungsverbot bei der verdeckten Ermittlung ein anderer Stellenwert zukommt als bei anderen Beweiserhebungsmethoden. Wie bereits dargelegt, ist das Mittel der Täuschung der verdeckten Ermittlung inhärent und ihre Rechtmässigkeit wird durch Täuschungshandlungen des verdeckten Ermittlers entsprechend nicht berührt. Wird folglich allein das Täuschungsverbot verletzt, liegt noch keine übermässige Einwirkung des

BGE 148 IV 205 S. 216

verdeckten Ermittlers vor, weshalb sich die hier interessierende Frage nach den Folgen und einer allfälligen Unverwertbarkeit in solchen Fällen gar nicht stellt. Fraglich ist vielmehr, ob der von Art. 293 Abs. 4 StPO vorgesehene Kompensationsmechanismus im Hinblick auf die Verfahrensfairness ausreichend ist, wenn weitere Elemente von Art. 140 Abs. 1 StPO tangiert sind bzw. wenn weitere Parteirechte des Beschuldigten, insbesondere das Aussageverweigerungsrecht, geschmälert, verletzt oder umgangen wurden.

2.8.4 Fest steht, dass Art. 293 Abs. 1-3 StPO, die das Mass der zulässigen Einwirkung verdeckter Ermittler auf die Zielperson umschreiben (siehe E. 2.8.2 hiervor), nach dem Gesetzeswortlaut auf das gezielte heimliche Aushorchen eines Tatverdächtigen über eine vergangene Straftat nicht passen, sondern auf Tatprovokationen zugeschnitten sind: Abs. 1 und 2 der Bestimmung regeln, inwiefern verdeckte Ermittler Einfluss auf die Tatbereitschaft und den Tatentschluss der Zielperson nehmen dürfen; Art. 293 Abs. 3 StPO äussert sich zur Tötung von Probekäufen sowie zur Dokumentation der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Die vom Gesetzgeber gewählten Formulierungen deuten demnach darauf hin, dass Art. 293 Abs. 4 StPO, der die Folgen einer unzulässigen Einwirkung festlegt, ebenfalls nicht für das verdeckte Erlangen selbstbelastender Aussagen eines Tatverdächtigen konzipiert wurde.

2.8.5 Gegen die Anwendbarkeit von Art. 293 Abs. 4 StPO auf das heimliche Aushorchen eines Beschuldigten über vergangene Straftaten spricht der hohe Stellenwert, welcher der Selbstbelastungsfreiheit im Strafprozess zukommt (siehe E. 2.5.1 hiervor). Das Recht zu schweigen und das Recht, nicht zu seiner eigenen Verurteilung beitragen zu müssen ("privilege against self-incrimination"), gehören zu den allgemein anerkannten internationalen Normen und zum Kern eines fairen Verfahrens nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK (vgl. BGE 144 I 242 E. 1.2.1; BGE 143 I 304 E. 2.3; BGE 131 IV 36 E. 3.1; Urteile des EGMR Bykov gegen Russland, § 92; Allan gegen Grossbritannien, § 44). Öffentliche Interessen können daher keine Massnahmen rechtfertigen, die zu einer Aushöhlung des Nemo tenetur-Grundsatzes führen (Urteil des EGMR Bykov gegen Russland, § 93). Die Wichtigkeit dieses Grundsatzes spiegelt sich in der StPO nebst in Art. 113 StPO an verschiedener Stelle wider. Gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. d StPO sind menschenunwürdige Beweiserhebungsmethoden verboten. Von der Bestimmung erfasst werden laut Botschaft nebst

BGE 148 IV 205 S. 217

Folter und folterähnlicher Methoden auch Methoden, die zwar nicht die Schwelle des Folterverbots erreichen,

die aber gleichwohl geeignet sind, die Willensfreiheit der Verfahrensbeteiligten herabzusetzen oder auszuschalten, wie beispielsweise Narkoanalyse oder Lügendetektoren (Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1129 Ziff. 2.1.2). Solche sind absolut unzulässig. Der Gesetzgeber misst der Willensfreiheit der beschuldigten Person demnach hohe Bedeutung bei. Verdeutlicht wird dies durch die Vorgaben von Art. 158 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 StPO. Demnach weisen Polizei und Staatsanwaltschaft die beschuldigte Person zu Beginn der ersten Einvernahme in einer ihr verständlichen Sprache darauf hin, dass sie die Aussage und die Mitwirkung verweigern kann, ansonsten die Einvernahme unverwertbar ist. Die gleiche Aufklärungspflicht trifft gemäss Art. 185 Abs. 5 StPO die sachverständige Person zu Beginn ihrer Erhebungen. Es greift ein absolutes Verwertungsverbot im Sinne von Art. 141 Abs. 1 StPO, wenn der Beschuldigte nicht auf die Selbstbelastungsfreiheit resp. das Mitwirkungsverweigerungsrecht hingewiesen wird (vgl. Urteile 6B_187/2020 vom 21. Oktober 2020 E. 3.2.1; 6B_1390/2019 vom 23. April 2020 E. 2.3.2 mit Hinweisen), was die Bedeutung dieser Rechte unterstreicht. Im gleichen Sinne betont das Bundesgericht, dass das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung absolut gilt und Verstösse die Unverwertbarkeit des betroffenen Beweismittels zur Folge haben (Urteil 6B_990/2017 vom 18. April 2018 E. 2.4.4; so im Übrigen auch LIEBER, a.a.O., N. 37 zu Art. 113 StPO; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, CPP, Code de procédure pénale, 2. Aufl. 2016, N. 3 zu Art. 113 StPO).

2.8.6 Damit in Einklang steht die Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs, der über die sich vorliegend stellende Frage der Verwertbarkeit von Aussagen, die eine beschuldigte Person infolge unzulässiger Druckausübung gegenüber verdeckten Ermittlern abgegeben hatte, bereits mehrfach entschieden hat. Nach seiner Auffassung stellt die Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit einen "gravierenden Rechtsverstoß" dar und führt zur Unverwertbarkeit der verdeckten Einvernahme (Beschlüsse des Bundesgerichtshofs 5 StR 51/10 vom 18. Mai 2010 Rn. 28, in: Online-Zeitschrift für Strafrecht [HRRS]2010 Nr. 573; 4 StR 296/08 vom 27. Januar 2009 Rn. 7 ff., in: HRRS 2009 Nr. 344). Ein Blick nach Deutschland drängt sich denn auch aus folgenden Überlegungen auf: Auf Fälle unzulässiger Tatprovokation durch

BGE 148 IV 205 S. 218

einen verdeckten Ermittler wandten die deutschen Gerichte in der Vergangenheit regelmässig eine Art. 293 Abs. 4 StPO entsprechende Strafzumessungslösung an. Demnach begründete die "nachhaltige erhebliche Einwirkung des Lockspitzels" einen "wesentlichen Strafmilderungsgrund" und konnte unter Umständen gar zu einem Absehen von einer Strafe führen (Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs 1 StR 148/84 vom 23. Mai 1984, BGHSt 32, S. 345 ff.; siehe auch Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs 5 StR 240/13 vom 11. Dezember 2013 Rn. 37, in: HRRS 2014 Nr. 163). Bezugnehmend auf diese Regelung hielt der EGMR nun jedoch fest, dass die Fairness des Verfahrens im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK in Fällen unzulässiger Anstiftung durch einen verdeckten Ermittler nur gewährleistet sei, wenn die durch die polizeiliche Anstiftung erhobenen Beweise unberücksichtigt blieben oder ein Verfahren mit vergleichbaren Konsequenzen eingreife ("For the trial to be fair within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention, all evidence obtained as a result of police incitement must be excluded or a procedure with similar consequences must apply"; Urteile des EGMR Akbay und andere gegen Deutschland, § 123; Furcht gegen Deutschland, § 64; Lagutin und andere gegen Russland vom 24. April 2014, Nr. 6228/09, § 117). Selbst eine erhebliche Milderung der Strafe führe dagegen nicht zu einem hinreichenden Ausgleich der mit der rechtswidrigen Tatprovokation einhergehenden Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK (Urteile des EGMR Akbay und andere gegen Deutschland, § 124 und 133 ff.; Furcht gegen Deutschland, § 69). Als Reaktion auf diese Rechtsprechung gab der deutsche Bundesgerichtshof die Strafzumessungslösung auf und erkannte stattdessen, dass eine durch rechtsstaatswidrige Tatprovokation verursachte Konventionsverletzungsgrundsätzlich durch Annahme eines Verfahrenshindernisses und daraus folgend durch Einstellung des Verfahrens zu kompensieren sei (Urteile des Bundesgerichtshofs 1 StR 197/21 vom 16. Dezember 2021 Rn. 31; 2 StR 97/14 vom 10. Juni 2015 Rn. 27 ff., in: HRRS 2015 Nr. 1104). Die Frage, ob vor diesem Hintergrund die von Art. 293 Abs. 4 StPO vorgesehene Regelung zum Ausgleich eines unzulässigen Einwirkens verdeck-

ter Ermittler allgemein als konventionskonform angesehen werden kann, braucht nicht abschliessend geklärt zu werden (ablehnend TRECHSEL/SEELMANN, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl. 2021, N. 22 zu Art. 47 StGB; WOLFGANG WOHLERS, Fair Trial - Grundpfeiler oder Feigenblatt?,

BGE 148 IV 205 S. 219

forumpoenale 3/2019 S. 211 f.; im Grundsatz auch FRANK MEYER, Neues zu den Rechtsfolgen unzulässiger Tatprovokation, forumpoenale 3/2015 S. 176 ff.). Jedenfalls scheint es aber verfehlt, die Bestimmung über ihren Wortlaut hinaus zum Nachteil einer beschuldigten Person auf Fälle anzuwenden, in denen verdeckte Ermittler nicht auf deren Tatentschluss einwirkten, sondern ihr in einer vernehmungähnlichen Situation Aussagen entlockten. Wenn bereits die Vereinbarkeit der Konzeption gemäss Gesetzestext mit den Garantien der EMRK fraglich ist, muss dies umso mehr für vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich geregelte Konstellationen gelten. Die jüngere Rechtsprechung des EGMR liefert demnach starke Argumente dafür, Art. 293 Abs. 4 StPO vorliegend nicht zur Anwendung zu bringen.

2.8.7 Darüber hinaus gilt es zu bedenken, dass der Beweiswert von erzwungenen Geständnissen unter Umständen fraglich ist und deren Verwertung der Wahrheitsfindung zuwiderlaufen kann (vgl. WOHLERS, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl. 2020, N. 1 zu Art. 140 StPO; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, a.a.O., N. 3 zu Art. 140 StPO; GLESS, a.a.O., N. 6 zu Art. 140 und N. 6 zu Art. 141 StPO); je nach Mass des ausgeübten Drucks können selbst Unschuldige dazu gebracht werden, sich strafrechtlich zu belasten oder gar ein falsches Geständnis abzulegen (REGULA SCHLAURI, Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren, 2003, S. 101). Entsprechend soll die Selbstbelastungsfreiheit nach der Rechtsprechung des EGMR den Beschuldigten vor missbräuchlichem Zwang seitens der Behörden schützen und trägt dadurch zur Vermeidung von Justizirrtümern bei (BGE 131 IV 36 E. 3.1 mit Hinweisen; Urteile des EGMR Bykov gegen Russland, § 92; Allan gegen Grossbritannien, § 44). Demnach dient das Selbstbelastungsprivileg nicht nur dem Individualrechtsschutz, sondern auch dem Schutz öffentlicher Interessen, indem es zur Legitimation des Strafverfahrens an sich beiträgt (ENGLER, a.a.O., N. 3a zu Art. 113 StPO; SCHLAURI, a.a.O., S. 101 f.).

2.8.8 Im Ergebnis ist festzuhalten, dass Art. 140 StPO bei der Anordnung einer verdeckten Ermittlung gewisse Einschränkungen erfährt, indem das Täuschungsverbot zumindest punktuell durchbrochen wird. Dies bedeutet aber nicht, dass die übrigen Garantien von Art. 140 Abs. 1 StPO (Verbot von Zwangsmitteln, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen und Mitteln, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können) ihren Geltungsanspruch verlieren würden. Auch bei einer

BGE 148 IV 205 S. 220

verdeckten Ermittlung setzt die Verwertbarkeit eines Beweismittels voraus, dass die Vorgaben von Art. 140 StPO - mit gewisser Relativierung hinsichtlich des Täuschungsverbots - eingehalten werden. Die verdeckte Ermittlung darf nicht dazu missbraucht werden, Art. 140 und 141 Abs. 1 StPO sowie das Aussageverweigerungsrecht im Besonderen zu umgehen. Art. 293 Abs. 4 StPO regelt nur, wie bei übermässiger Einwirkung auf die Tatbereitschaft und den Tatentschluss zu verfahren ist. Die Bestimmung befasst sich indes nicht mit verbotenen Beweiserhebungsmethoden. Kamen solche zur Anwendung bzw. wurde das Selbstbelastungsprivileg verletzt, ist auch bei einer verdeckten Ermittlung Art. 141 Abs. 1 StPO massgeblich und es greift ein absolutes Verwertungsverbot.

2.9 Vorliegend erfolgte das Geständnis des Beschwerdegegners gegenüber "C." nicht aus eigener Initiative und freien Stücken, sondern als Resultat einer von den verdeckten Ermittlern geschickt aufgebauten inneren Zwangslage, sukzessive genährten Angst und stetig intensivierten Drucksituation. Sein Aussageverweigerungsrecht wurde unterlaufen. Die Vorgehensweise der verdeckten Ermittler ist mit dem Fairnessgebot (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) nicht vereinbar und als verbotene Beweiserhebungsmethode im Sinne von Art. 140 Abs. 1 StPO einzustufen. Das aus der verdeckten Ermittlung hervorgegangene Geständnis des Beschwerdegegners ist daher unverwertbar im Sinne von Art. 141 Abs. 1 StPO.