

# BGer 7B 247/2022 vom 12. September 2023

Bundesgericht, 2023-09-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_7B\\_247\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_7B_247_2022)

FR: TF 7B 247/2022 du 12 septembre 2023

IT: TF 7B 247/2022 del 12 settembre 2023

## Regeste

Versuchte sexuelle Handlungen mit Kindern; Willkür | Straftaten

## Erwägungen

### E. 1

Die Beschwerde in Strafsachen wurde frist- und formgerecht gegen einen kantonal letztinstanzlichen, verfahrensabschliessenden Entscheid eines oberen Gerichts durch die beschuldigte Person eingereicht (Art. 42, 78, 80 Abs. 1, 86 Abs. 2, 90, 100 Abs. 1 BGG). Darauf ist unter Vorbehalt nachfolgender Ausführungen grundsätzlich einzutreten.

### E. 2

Der Beschwerdeführer macht geltend, die E-Mail-Korrespondenz mit dem verdeckten Fahnder alias "B.\_\_\_\_\_" sei ab dem 9. August 2019, 10.01 Uhr, unverwertbar. Er habe sich auf diesen Tag um 10.00 Uhr mit B.\_\_\_\_\_ verabredet, sei aber nicht zum Treffen erschienen, weil er herausgefunden habe, dass das Schutzalter für sexuelle Handlungen in der Schweiz bei 16 Jahren und nicht, wie in anderen Ländern, bei 14 Jahren liege. Er habe dies B.\_\_\_\_\_ um 09.34 Uhr vor dem Treffen mitgeteilt und gesagt, er könne sie nicht treffen. Bei der Kontaktaufnahme nach dem fehlgeschlagenen Treffen um 10.49 Uhr durch den verdeckten Fahnder mit der Nachricht "hey wieso bisch nöd cho?" handle es sich um eine unzulässige Tatprovokation nach Art. 293 StPO. Auch die weiteren Nachrichten um 10.58, 11.05 und 12.14 Uhr, "das mail hani vorher nöd gse; "misht hetti chöne dehei blibe", "ich hami sho uf dich gfreut" und "müemer halt warte bis ich gnuet alt bin" würden das zulässige Mass der Einwirkung nach Art. 293 StPO überschreiten. Sie hätten ihm ein schlechtes Gewissen gemacht und ihn zu einem weiteren Treffen angeregt. Der Beschwerdeführer gibt an, er hätte B.\_\_\_\_\_ keine weiteren Nachrichten mehr gesendet, wenn sie ihn um 10.49 Uhr nicht mehr von sich aus kontaktiert hätte. Die Vorinstanz übergehe, dass er dies in seinen Einvernahmen ausgesagt habe. Die erste Nachricht des verdeckten Ermittlers nach dem misslungenen Treffen und die darauf erfolgten weiteren Provokationen in der wechselseitigen E-Mail-Korrespondenz seien entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen kausal für seine Reaktion und das nachfolgende Treffen vom 13. August 2019. Insgesamt sei das Verfahren zufolge Verwertung der unzulässigen Beweise nicht fair im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK gewesen. Im Zusammenhang mit der vorinstanzlichen Feststellung, das Treffen sei nach dem ersten Fehlschlag auf erneute und von der verdeckten Ermittlung unabhängige Initiative des Beschwerdeführers zustande gekommen, rügt er Willkür in der Sachverhaltsfeststellung nach Art. 9 BV. Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, die verdeckte Fahndung hätte mit der unzulässigen Einflussnahme umgehend beendet werden müssen ( Art. 298d Abs. 1 lit. c StPO ). Dies sei nicht der Fall gewesen, obwohl es sich um eine Gültigkeitsvorschrift handle. Die Vorinstanz gehe auf diese Bestimmung nicht ein und verletze ihre Begründungspflicht.

Insgesamt seien die Beweise ab dem 9. August 2019 um 10.01 Uhr unverwertbar. Sie seien gemäss Art. 141 Abs. 5 StPO aus den Akten zu entfernen und zu vernichten. Aufgrund des Beweisverwertungsverbots sei er freizusprechen oder das Verfahren einzustellen. Eventualiter sei von der Strafe im Sinne von Art. 293 Abs. 4 StPO Umgang zu nehmen, da das Verfahren aufgrund der unzulässigen Tatprovokation insgesamt nicht fair gewesen sei. Sollte von der Strafe nicht Umgang genommen werden, sei zumindest von der Landesverweisung abzusehen, zumal ein Rückfallrisiko verneint werden müsse.

### **E. 3**

Die Schweizer Gesetzgebung kennt Regeln für Operationen, bei welchen die Polizei nicht als solche auftritt. Sie unterscheidet zwischen verdeckter Ermittlung und verdeckter Fahndung.

#### **E. 3.1**

Eine genehmigungsbedürftige verdeckte Ermittlung nach Art. 285a StPO setzt (zunächst) eine urkundengestützte Legendierung des polizeilichen Ermittlers voraus. Unter einer Legende versteht man eine durch Urkunden abgesicherte falsche Identität ( Art. 285a StPO ). Konkret geht es darum, eine Scheinidentität mit fingierten Urkunden zu untermauern ( BGE 143 IV 27 E. 4.1.1 f. mit Hinweis).

#### **E. 3.2**

Eine verdeckte Fahndung liegt vor, wenn Angehörige der Polizei im Rahmen kurzer Einsätze in einer Art und Weise, dass ihre wahre Identität und Funktion nicht erkennbar ist, Verbrechen und Vergehen aufzuklären versuchen und dabei insbesondere Scheingeschäfte abschliessen oder den Willen zum Abschluss vortäuschen. Ihre wahre Identität und Funktion wird in den Verfahrensakten und bei Einvernahmen offengelegt ( Art. 298a Abs. 1 und 2 StPO ). Die verdeckte Fahndung schliesst die Verwendung einer durch Urkunden abgesicherten Legende aus ( Art. 298a Abs. 2 StPO ). Indes muss auch der verdeckte Fahnder milieugepasst oder szenentypisch auftreten können. Er darf sich dabei einer untergeordneten Legendierung bedienen, die durchaus auch raffiniert sein kann, solange sie nicht urkundengestützt ist. Eine durch Urkunden abgesicherte Legende im Sinne von Art. 285a StPO ist bei Ermittlungen im Internet in der Regel allerdings gar nicht nötig. Wer sich im Chat unter einem Nicknamen registriert, über Namen, Wohnort, Alter und Aussehen unwahre Angaben macht, eine E-Mail-Adresse verwendet, die auf einen falschen Namen oder auf eine Fantasiebezeichnung lautet, und Fotos verschickt, braucht sich nicht mit Urkunden zu identifizieren ( BGE 143 IV 27 E. 4.1.3 mit Hinweisen).

#### **E. 3.3**

Bei Ermittlungen in einem Chatroom handelt es sich um eine verdeckte Fahndung ( BGE 143 IV 27 E. 4.1.3 mit Hinweisen). Diese wird durch die Staatsanwaltschaft oder die Polizei angeordnet. Sie erfordert den Verdacht, dass ein Verbrechen oder Vergehen begangen worden ist und frühere Ermittlungs- und Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sind ( Art. 298b Abs. 1 StPO ). Bei einer Dauer von über einem Monat muss die von der Polizei angeordnete verdeckte Fahndung durch die Staatsanwaltschaft genehmigt werden ( Art. 298b Abs. 2 StPO ). Eine richterliche Genehmigung ist nicht nötig. Indessen bestehen hinreichende gesetzliche Regeln und eine staatliche Kontrolle solcher Operationen (vgl. Art. 298d StPO zur Beendigung und Mitteilung einer verdeckten Fahndung). Gemäss Art. 298c Abs. 2 StPO gelten für Stellung, Aufgaben und Pflichten der verdeckten Fahndungspersonen die Artikel 291-294 über die verdeckte Ermittlung sinngemäss.

### **E. 3.4**

Nach Art. 293 Abs. 1 i.V.m. Art. 298c Abs. 2 StPO dürfen verdeckte Fahndungspersonen keine allgemeine Tatbereitschaft wecken und die Tatbereitschaft nicht auf schwerere Straftaten lenken. Sie haben sich auf die Konkretisierung eines vorhandenen Tatentschlusses zu beschränken. Gemäss Art. 293 Abs. 2 i.V.m. Art. 298c Abs. 2 StPO darf ihre Tätigkeit für den Entschluss zu einer konkreten Straftat nur von untergeordneter Bedeutung sein. Überschreitet eine verdeckte Fahndungsperson das Mass der zulässigen Einwirkung, so ist dies bei der Zumessung der Strafe für die beeinflusste Person gebührend zu berücksichtigen, oder es ist von einer Strafe abzusehen (Art. 293 Abs. 4 i.V.m. Art. 298c Abs. 2 StPO ).

### **E. 3.5**

Nach Art. 298d Abs. 1 lit. c StPO beendet die anordnende Polizei oder die Staatsanwaltschaft die verdeckte Fahndung unverzüglich, wenn die verdeckte Fahnderin oder der verdeckte Fahnder oder die Führungsperson Instruktionen nicht befolgt oder in anderer Weise ihre Pflichten nicht erfüllt, namentlich die Staatsanwaltschaft wesentlich falsch informiert oder die Zielperson in unzulässiger Weise zu beeinflussen versucht.

#### **E. 3.6.1**

Das Bundesgericht hat sich bereits mit der unzulässigen Erwirkung eines Geständnisses durch einen verdeckten Ermittler befasst. Es hat die infolge unzulässiger Einwirkung des verdeckten Ermittlers und unter Missachtung der Selbstbelastungsfreiheit erfolgten Aussagen als absolut unverwertbar im Sinne von Art. 141 Abs. 1 StPO erklärt ( BGE 148 IV 205 E. 2.8). Mit dem Mass der zulässigen Einwirkung vor der Tatbegehung hat es sich in seiner publizierten Rechtsprechung indessen noch nicht beschäftigt. Hierzu ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) heranzuziehen.

#### **E. 3.6.2**

Gemäss der Rechtsprechung des EGMR ist die Frage der Zulassung von Beweisen primär durch nationales Recht zu regeln und es obliegt grundsätzlich den innerstaatlichen Gerichten, die ihnen vorliegenden Beweise zu würdigen. Der Gerichtshof prüft bloss, ob das Verfahren als Ganzes, inklusive die Art, in welcher die Beweise erhoben wurden, fair im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK war (Urteil des EGMR Akbay und andere gegen Deutschland vom 15. Oktober 2020, Nr. 40495/15, §§ 109 ff.). Aus dem Anspruch auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK fliesst der Grundsatz, dass die Polizei bei ihren Ermittlungen nicht zu Straftaten anstiften bzw. provozieren darf. Eine solche Anstiftung oder Provokation liegt gemäss dem Gerichtshof vor, wenn die beteiligten Beamten sich nicht darauf beschränken, kriminelle Handlungen in einer im Wesentlichen passiven Weise zu untersuchen, sondern einen solchen Einfluss auf die beschuldigte Person ausüben, dass diese zur Begehung einer Straftat verleitet wird, die sie andernfalls nicht begangen hätte (Urteil des EGMR Akbay und andere gegen Deutschland, a.a.O., § 112). Bei der Entscheidung, ob die Ermittlungen "im Wesentlichen passiv" waren, prüft der EGMR die Gründe, welche der verdeckten Operation zugrunde liegen und das Verhalten der Behörden, die sie durchgeführt haben. Erforderlich ist, dass ein objektiver Tatverdacht besteht und dass die beschuldigte Person nicht unter Druck gesetzt wird, die Straftat zu begehen. Es fehlt an einem Tatverdacht, wenn eine Person nicht vorbestraft ist, kein Ermittlungsverfahren gegen sie eingeleitet wurde und nichts auf eine Veranlagung

hindeutet, Delikte zu begehen (Urteil des EGMR Akbay und andere gegen Deutschland, a.a.O., §§ 114-116). In Drogenfällen hat der Gerichtshof festgestellt, dass die Ermittlungsbehörden sich unter anderem dann nicht mehr passiv verhalten, wenn sie von sich aus Kontakt zu der beschuldigten Person aufnehmen, wenn sie ihr Angebot trotz einer anfänglichen Ablehnung seitens der beschuldigten Person erneuern oder darauf beharren, wenn sie diese mit Preisen, die den Marktwert übersteigen, ködern oder wenn sie durch Vorspiegelung von Entzugserscheinungen das Mitleid der beschuldigten Person erregen. Eine Verleitung liegt auch dann vor, wenn die Handlungen der Polizei einen Anreiz zur Begehung der Straftat darstellen (Urteile des EGMR Akbay und andere gegen Deutschland, a.a.O., §§ 116 f.; Furcht gegen Deutschland vom 23. Oktober 2014, Nr. 54648/09, § 52; Bannikova gegen Russland vom 4. Februar 2011, Nr. 18757/06, § 47). Im Fall Furcht gegen Deutschland ist der EGMR zum Schluss gelangt, dass eine unzulässige Einflussnahme durch die Ermittlungsbehörden vorlag, weil der verdeckte Ermittler den Beschuldigten nach seiner Erklärung, er wolle nicht an einem Drogendeal teilnehmen, acht Tage später von sich aus erneut kontaktierte und ihn dazu überredete, den Drogenverkauf zu arrangieren (Urteil des EGMR Furcht gegen Deutschland, a.a.O., § 58).

### **E. 3.7**

Willkür nach Art. 9 Abs. 1 BV liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid offenbar unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (BGE 148 II 465 E. 8.1; 148 III 95 E. 4.1; je mit Hinweisen). Die Verletzung von Grundrechten prüft das Bundesgericht nur insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde substantiiert vorgebracht und begründet wird (Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 148 I 127 E. 4.3 mit Hinweis).

### **E. 4.1**

In Bezug auf den konkreten Fall ist ein hinreichender Tatverdacht gegen den Beschwerdeführer in Bezug auf ein Verbrechen (sexuelle Handlungen mit einem Kind nach Art. 187 Ziff. 1 StGB ) zu bejahen. Dieser bewegte sich unter dem Pseudonym "xxx" in einem Chatroom und kontaktierte am 7. August 2019 um 12.12 Uhr von sich aus den als "B.\_\_\_\_\_" bzw. unter dem Pseudonym "yyy" auftretenden verdeckten Fahnder der Polizei. Kurz darauf kam er auf deren sexuelle Erfahrungen zu sprechen, schlug ihr eine knappe Stunde nach dem Erstkontakt ein Treffen mit dem Inhalt erheblicher sexueller Handlungen vor und tauschte mit ihr die E-Mail-Adressen aus (Vorakten act. 3, 4, 27, 28). Am 13. August 2019 vereinbarten die Genannten auf Initiative des Beschwerdeführers erneut ein Treffen, wobei er Ort und Zeit vorschlug (Vorakten act. 4 S. 2).

### **E. 4.2**

In Einklang mit den Erwägungen der Vorinstanz ist im polizeilichen Verhalten im Vorfeld des Treffens vom 13. August 2019 keine übermässige Einwirkung im Sinne von Art. 293 Abs. 1 i.V.m. Art. 298c Abs. 2 StPO zu sehen. Zwar kam ein erstes Treffen vom 9. August 2019 aufgrund der Absage des Beschwerdeführers nicht zustande, weil er infolge des Alters von B.\_\_\_\_\_ nicht mehr zu sexuellen Handlungen bereit war. Indessen schlug der Beschwerdeführer ohne Einfluss und unabhängig von den Ermittlungsbehörden unmittelbar

danach um 10.01 Uhr, d.h. zur vereinbarten Zeit des Treffens, vor, sich dennoch zu treffen, ohne "etwas Erotisches" zu machen. Wenn er geltend macht, er sei nach seiner Absage um 09.34 Uhr auf eigenständige Initiative des verdeckten Fahnders hin kontaktiert worden, trifft dies nicht zu, noch rügt der Beschwerdeführer diesbezüglich hinreichend substantiiert Willkür betreffend den vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt. Die auf die Absage des ersten sexuell motivierten Treffens und den neuen Vorschlag des Beschwerdeführers eines weiteren, "nicht erotischen" Treffens vom verdeckten Fahnder alias "B. \_\_\_\_\_" um 10.58 Uhr gesendete Nachricht, sie habe sich vergebens zum Treffpunkt begeben und hätte zu Hause bleiben können, enthält zwar einen gewissen Vorwurf. Indessen lenkte der Fahnder das Thema damit nicht auf ein künftiges Treffen bzw. auf mögliche Straftaten, sondern er reagierte auf die Nachricht des Beschwerdeführers. Mit seiner Frage nach einer Erklärung für das fehlgeschlagene Treffen (vgl. Nachricht um 10.49 Uhr) hielt er die Kommunikation mit dem Beschwerdeführer aufrecht. Dieses Vorgehen des verdeckten Fahnders ist zulässig. Er musste nicht jeglichen Kontakt mit dem potentiellen Straftäter beenden, als dieser erklärte, keine sexuellen Handlungen mit einem ihm unbekanntem 14-jährigen Mädchen ausführen, es aber trotzdem zum vereinbarten Zeitpunkt treffen zu wollen, zumal für ein solches umgehendes Treffen mangels näherer Bekanntschaft, des grossen Altersunterschieds und des damit einhergehenden Machtgefälles kein Grund bestand. Vielmehr durfte der Fahnder sich vom geltend gemachten Abstandswillen des Beschwerdeführers überzeugen und versuchen herauszufinden, was sich dieser unter einem Treffen "ohne erotische Handlungen" vorstellt. Wie seine Aussagen zu verstehen waren, erläuterte der Beschwerdeführer in der unmittelbar folgenden Kommunikation. Darin legte er ohne Einwirkung des verdeckten Fahnders offen, dass er sich von dem "nicht erotischen Treffen" eine Massage und Küsse ("au bischli küssen") versprach. Im weiteren Verlauf des Chats zwischen dem 9. August 2019 und dem 13. August 2019 konkretisierte der Beschwerdeführer die vorzunehmenden Handlungen erneut dahingehend, dass er vor B. \_\_\_\_\_ masturbieren wolle und diese ihrerseits dasselbe tun solle (Vorakten act. 3 S. 9 Kommunikation am 9. August 2019 ab 23.52 Uhr: "würde jetzt gern deine geile muschi riechen"; "ich denk es wäre okay nach dem massage das du mit deine muschi spielst und ich mit meinen schwanz vor einander"; "kann ich dann genau vor dein gesicht und in deine gesicht und mund spritzen oder über deine titten"), so dass klar war, dass es ihm beim Treffen um strafbare sexuelle Handlungen mit einem Kind, der vermeintlich 14-jährigen B. \_\_\_\_\_, ging. Bei seinen Vorschlägen, dass und welche sexuellen Handlungen vorgenommen werden sollten, ging die Initiative von ihm aus, wie die Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich feststellt. Damit ist auch klar, dass der Beschwerdeführer von seinem ursprünglichen Ansinnen in keiner Weise Abstand genommen hat. Auch in den weiteren beanstandeten Nachrichten des verdeckten Fahnders ist keine unzulässige Einflussnahme zu erblicken. So stellt die Vorinstanz willkürfrei fest, dass die Initiative für sexuelle Handlungen stets vom Beschwerdeführer ausging. Schon kurz nach Beginn des Chats mit der vermeintlich 14-jährigen sei er auf sexuelle Handlungen zu sprechen gekommen und habe das Thema weitere Male von sich aus aufgebracht. Das Verhalten der Polizei sei passiv gewesen, von ihrer Seite seien nie sexuelle Handlungen ins Spiel gebracht worden. Der Tatentschluss ging damit vom Beschwerdeführer aus. Insgesamt fehlt es an einer übermässigen Einwirkung im Rechtssinne für das am 13. August 2019 zustande gekommene Treffen mit der vermeintlichen "B. \_\_\_\_\_", anlässlich dessen der Beschwerdeführer verhaftet wurde.

#### **E. 4.3**

Wurde die verdeckte Fahndung wie vorliegend rechtmässig durchgeführt, so gab es auch keinen Anlass, diese gestützt auf Art. 298d Abs. 1 StPO abzubrechen.

#### **E. 4.4**

Die gegen den Beschwerdeführer erhobenen Beweise ab dem 9. August 2019, 10.01 Uhr sind damit ohne Weiteres verwertbar. Insofern besteht kein Grund, sie aus den Akten zu entfernen und zu vernichten. Seine gegen den Schuldspruch erhobenen Rügen, erweisen sich als unbegründet, soweit auf sie eingetreten werden kann.

#### **E. 4.5**

Seinen Eventualantrag, von Strafe sei Umgang zu nehmen, begründet der Beschwerdeführer mit der unzulässigen Einwirkung des polizeilichen Fahnders. Darauf braucht nicht weiter eingegangen zu werden. Dies gilt auch für den beantragten Verzicht auf eine Landesverweisung. Auch diesen Antrag begründet der Beschwerdeführer vornehmlich mit der Tatprovokation der Polizei.

#### **E. 4.6**

Dass die Vorinstanz in Bezug auf die Frage der zulässigen Einwirkung des verdeckten Ermittlers und hinsichtlich der Landesverweisung die Begründungspflicht verletzt hätte, ist schliesslich weder hinreichend dargetan noch ersichtlich.

#### **E. 5**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.