Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
1B 123/2008 /fun

Urteil vom 2. Juni 2008
I. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Féraud, Präsident,
Bundesrichter Aemisegger, Reeb,
Gerichtsschreiber Härri.

Parteien
X._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Pablo Blöchlinger,

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat, Stauffacherstrasse 55, Postfach, 8026 Zürich.

Gegenstand
Haftentlassung,

Beschwerde gegen die Verfügung vom 30. April 2008 des Bezirksgerichts Zürich, Haftrichter.

Sachverhalt:

A.
Am 3. April 2008 wurde X._____ infolge eines polizeilich observierten Drogengeschäfts, bei dem er einem polizeilichen Scheinkäufer Kokain verkaufen wollte, verhaftet. Die Polizei stellte bei ihm 183 Gramm Kokain sicher. In der anschliessenden polizeilichen Einvernahme gab er zudem an, in den 2 bis 3 Monaten vor der Verhaftung ca. 50 Gramm Kokain verkauft zu haben. In der Hafteinvernahme stellte er diesen Handel wieder in Abrede und machte bezüglich des bei ihm sichergestellten Kokains geltend, es habe nicht ihm gehört; er habe es kurz vorher von Y._____ - seinem ebenfalls verhafteten Begleiter - erhalten.

Mit Verfügung vom 7. April 2008 versetzte der Haftrichter am Bezirksgericht Zürich X._____ in Untersuchungshaft.

Am 25. April 2008 stellte X._____ ein Haftentlassungsgesuch mit der Begründung, es sei offenbar ein verdeckter Ermittler zum Einsatz gekommen, für welchen keine richterliche Bewilligung vorgelegen habe.

B.
Mit Verfügung vom 30. April 2008 wies der Haftrichter das Haftentlassungsgesuch ab.

Er bejahte den dringenden Tatverdacht und Kollusionsgefahr. Den Einwand, es habe eine nicht richterlich genehmigte und damit unverwertbare verdeckte Ermittlung stattgefunden, wies er zurück. Er befand, der Einsatz des polizeilichen Scheinkäufers im vorliegenden Fall werde vom Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über die verdeckte Ermittlung (BVE; SR 312.8) nicht erfasst; eine richterliche Genehmigung sei daher nicht erforderlich gewesen.

C.
X._____ führt Beschwerde in Strafsachen mit dem Antrag, die Verfügung des Haftrichters vom 30. April

2008 sei aufzuheben; er sei umgehend aus der Haft zu entlassen.

D.
Die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat hat sich vernehmen lassen mit dem Antrag, die Beschwerde abzuweisen.

Der Haftrichter hat auf Gegenbemerkungen verzichtet.

X._____ hat eine Replik eingereicht. Er hält an seinen Anträgen fest.

Erwägungen:

1.
Gemäss Art. 78 Abs. 1 BGG beurteilt das Bundesgericht Beschwerden gegen Entscheide in Strafsachen. Der Begriff "Entscheide in Strafsachen" umfasst sämtliche Entscheidungen, denen materielles Strafrecht oder Strafprozessrecht zu Grunde liegt. Mit anderen Worten kann grundsätzlich jeder Entscheid, der die Verfolgung oder die Beurteilung einer Straftat betrifft und sich auf Bundesrecht oder auf kantonales Recht stützt, mit der Beschwerde in Strafsachen angefochten werden (Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 S. 4313). Die Beschwerde in Strafsachen ist hier somit gegeben.

Ein kantonales Rechtsmittel gegen den angefochtenen Entscheid steht nicht zur Verfügung. Die Beschwerde ist nach Art. 80 i.V.m. Art. 130 Abs. 1 BGG zulässig.

Der Beschwerdeführer ist nach Art. 81 Abs. 1 BGG zur Beschwerde befugt.

Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.
2.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, die angefochtene Verfügung verletze sein verfassungsmässiges Recht auf persönliche Freiheit.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz falle der Einsatz des polizeilichen Scheinkäufers hier unter das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung und hätte er daher einer richterlichen Genehmigung bedurft. Eine solche habe unstreitig nicht vorgelegen. Die aufgrund der verdeckten Ermittlung gewonnenen Beweise seien daher nicht verwertbar.
Der Beschwerdeführer bringt sodann vor, im Polizeirapport vom 4. April 2008 werde die Kontaktaufnahme zwischen ihm und dem polizeilichen Scheinkäufer falsch wiedergegeben. Die Präsidentin der Anklagekammer des Obergerichts des Kantons Zürich habe gestützt darauf mit Verfügung vom 17. April 2008 eine rückwirkende Telefonkontrolle angeordnet. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse seien daher ebenfalls nicht verwertbar.

Ebenso wenig verwertbar seien die Aussagen des Beschwerdeführers und von Y._____, da diese unter dem Eindruck der illegalen Polizeiaktion gestanden seien.

Seien alle diese Beweise nicht verwertbar, fehle es am dringenden Tatverdacht. Der Beschwerdeführer sei deshalb aus der Untersuchungshaft zu entlassen.

2.2 Bei Beschwerden, die gestützt auf das verfassungsmässige Recht der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2, Art. 31 BV) wegen der Ablehnung eines Haftentlassungsgesuches erhoben werden, prüft das Bundesgericht im Hinblick auf die Schwere des Eingriffes die Auslegung und Anwendung des entsprechenden kantonalen Rechtes frei. Soweit jedoch reine Sachverhaltsfragen und damit Fragen der Beweiswürdigung zu beurteilen sind, greift das Bundesgericht nur ein, wenn die tatsächlichen Feststellungen der kantonalen Instanz offensichtlich unrichtig sind (Art. 97 Abs. 1 BGG; BGE 132 I 21 E. 3.2.3, mit Hinweisen).

2.3 Gemäss § 58 Abs. 1 StPO/ZH darf Untersuchungshaft angeordnet werden, wenn der Angeschuldigte ei-

nes Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtigt wird und ausserdem aufgrund bestimmter Anhaltspunkte ernsthaft befürchtet werden muss, er werde unter anderem Spuren oder Beweismittel beseitigen, Dritte zu falschen Aussagen zu verleiten suchen oder die Abklärung des Sachverhaltes auf andere Weise gefährden (Ziff. 2).

Der Beschwerdeführer stellt die Kollusionsgefahr nach § 58 Abs. 1 Ziff. 2 StPO/ZH nicht in Abrede. Er macht einzig geltend, es fehle am dringenden Tatverdacht.

2.4 Im Gegensatz zum erkennenden Sachrichter hat das Bundesgericht bei der Überprüfung des dringenden Tatverdachtes keine erschöpfende Abwägung sämtlicher belastender und entlastender Beweisergebnisse vorzunehmen. Macht ein Inhaftierter geltend, er befinde sich ohne ausreichenden Tatverdacht in strafprozessualer Haft, ist vielmehr zu prüfen, ob aufgrund der bisherigen Untersuchungsergebnisse genügend konkrete Anhaltspunkte für eine Straftat und eine Beteiligung des Beschwerdeführers daran vorliegen, die Justizbehörden somit das Bestehen eines dringenden Tatverdachts mit vertretbaren Gründen bejahen durften. Im Haftprüfungsverfahren genügt dabei der Nachweis von konkreten Verdachtsmomenten, wonach das inkriminierte Verhalten mit erheblicher Wahrscheinlichkeit die fraglichen Tatbestandsmerkmale erfüllen könnte (BGE 116 Ia 143 E. 3c S. 146). Das Beschleunigungsgebot in Haftsachen lässt dabei nur wenig Raum für ausgedehnte Beweismassnahmen. Zur Frage des dringenden Tatverdachtes bzw. zur Schuldfrage hat der Haftrichter weder ein eigentliches Beweisverfahren durchzuführen, noch dem erkennenden Strafrichter vorzugreifen (BGE 124 I 208 E. 3 S. 210 mit Hinweisen).

Die Frage, ob allenfalls absolute strafprozessuale Beweisverwertungsverbote vorliegen könnten, ist grundsätzlich vom Strafrichter im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung zu beurteilen. Der Haftrichter hat die Verdachtsgründe aufgrund der vorläufigen, prima facie legal erhobenen Untersuchungsergebnisse zu prüfen. Dazu können auch Unterlagen gehören, deren Verwertbarkeit im Rahmen eines allfälligen Gerichtsverfahrens noch nicht endgültig geklärt sein muss (Urteil 1B 182/2007 vom 20. September 2007 E. 4.4).

Im Fall, der dem Urteil 1B 182/2007 vom 20. September 2007 zugrunde lag, hatte der Beschwerdeführer geltend gemacht, rechtshilfeweise in die Schweiz übermittelte Unterlagen dürften hier aus verschiedenen Gründen im Haftprüfungsverfahren nicht verwertet werden. Das Bundesgericht wies den Einwand zurück mit der Begründung, die prozessuale Verwertbarkeit der rechtshilfeweise erlangten Informationen erscheine nicht zum Vornherein ausgeschlossen (E. 4.4).

2.5 Gemäss Art. 1 BVE hat verdeckte Ermittlung nach diesem Gesetz zum Zweck, mit Angehörigen der Polizei, die nicht als solche erkennbar sind (Ermittlerin oder Ermittler), in das kriminelle Umfeld einzudringen und damit beizutragen, besonders schwere Straftaten aufzuklären. Dieses Gesetz gilt für Strafverfahren auch der Kantone (Art. 2 BVE). Für die Ernennung von Ermittlerinnen oder Ermittler ist eine richterliche Genehmigung notwendig (Art. 7 Abs. 1 BVE). Für den Einsatz von Ermittlerinnen oder Ermittlern in einem Strafverfahren ist eine Genehmigung durch eine richterliche Behörde nach Artikel 8 Absatz 1 notwendig (Art. 17 Abs. 1 BVE). Wird der Einsatz nicht genehmigt oder wurde keine Genehmigung eingeholt, so muss die anordnende Behörde den Einsatz beenden und die betreffenden Aufzeichnungen sofort aus den Verfahrensakten aussondern. Durch die verdeckte Ermittlung gewonnene Erkenntnisse dürfen weder für weitere Ermittlungen noch zum Nachteil einer beschuldigten Person verwendet werden (Art. 18 Abs. 5 BVE).

Thomas Hansjakob (Das neue Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung, ZStrR 122/2004, S. 97 ff.) äussert sich zum Anwendungsbereich dieses Gesetzes. Er führt aus, verdeckter Ermittler sei nur, wer aktiv einen falschen Eindruck über seine Identität und Beamteneigenschaft erwecke. Es genüge nicht, dass er es bloss unterlasse, sich als Polizist zu erkennen zu geben. Solange sich die Zielperson für den Namen und die Lebensumstände des verdeckten Ermittlers nicht interessiere, solange dieser also beispielsweise nicht aktiv eine besondere Tarnung oder einen Falschnamen verwenden, über seine Berufstätigkeit täuschen oder seine Adresse verschleiern müsse, sei er nicht verdeckter Ermittler. Der Scheinkäufer etwa, der auf der offenen Drogenszene zum Schein Drogen erwerbe, sei nicht verdeckter Ermittler, weil sein Gegenüber sich weder für den Namen noch weitere Umstände zur Person überhaupt interessiere, sondern bloss möglichst rasch und anonym ein Ge-

schäft abschliessen wolle. Sobald der Scheinkäufer aber einen falschen Namen, eine nicht identifizierbare Telefonnummer oder eine fiktive Adresse nennen müsse, um das Geschäft später abwickeln zu können, bewege er sich als verdeckter Ermittler (S. 99).

Hansjakob bemerkt sodann, mit dem Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung sei auch Art. 23 Abs. 2 BetmG angepasst worden. Er laute nun: "Der Beamte, der mit der Bekämpfung des unerlaubten Betäubungsmittelverkehrs beauftragt ist und zu Ermittlungszwecken selber ein Angebot von Betäubungsmitteln annimmt, bleibt straflos, auch wenn er seine Identität und Funktion nicht bekannt gibt." Hansjakob legt dar, der Bundesrat habe in einem Vorentwurf Art. 23 Abs. 2 BetmG streichen wollen. Er habe im Entwurf darauf verzichtet mit der Begründung, dass auch künftig zivilen Fahndern, die nicht als verdeckte Ermittler tätig seien, ermöglicht werden solle, zu Ermittlungszwecken Drogen anzukaufen, die ihnen angeboten werden. Der Bundesrat habe aber diese Möglichkeit nur spezialisierten Fahndern offen lassen wollen, die mit der Bekämpfung des Drogenhandels betraut seien. Der Gesetzgeber habe die Bestimmung übernommen. Damit sei klar, dass auch nach dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die verdeckte Ermittlung Scheinkäufe ausserhalb des Verfahrens der verdeckten Ermittlung möglich seien (S. 100).
Wolfgang Wohlers (Das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (ZSR 124/2005 I, S. 219 ff.) führt aus, quantitativ gesehen entfalle der Hauptteil verdeckter Ermittlungen auf kurzfristige Einsätze, wie z.B. den Scheinkauf von Betäubungsmitteln. Die Abwicklung derartiger Einsätze könne selbstverständlich im Rahmen des Bundesgesetzes über die verdeckte Ermittlung erfolgen. Zwingend sei dies dann, wenn der verdeckt ermittelnde Beamte unter Inanspruchnahme einer durch Urkunden unterlegten falschen Identität agieren und/oder seine Identität auch in einem späteren Strafverfahren geschützt werden soll. Wenn die Strafverfolgungsbehörden von den besonderen Möglichkeiten Gebrauch machen wollten, die das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung eröffne, dann müsse im Gegenzug auch das Verfahren eingehalten werden, das durch dieses Gesetz vorgeschrieben werde. Anders liege es dann, wenn ein verdeckt ermittelnder Polizeibeamter nicht unter einer durch Urkunden untermauerten Identität agiere und in einem nachfolgenden Strafverfahren als normaler Zeuge zur Verfügung stehe. Solle von den besonderen Möglichkeiten, die das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung biete, kein Gebrauch gemacht werden, müssten auch die besonderen
rechtsstaatlichen Sicherungen, die dieses Gesetz vorsehe, nicht zwingend zur Anwendung kommen (S. 223 f.).

In einem Entscheid vom 3. November 2003 (ZR 103/2004 Nr. 41 S. 165 ff.) kommt das Obergericht des Kantons Zürich zum Schluss, von einer verdeckten Ermittlung könne nur dann gesprochen werden, wenn die Tätigkeit auf eine gewisse Dauer angelegt sei und die Einschleusung eines mit einer falschen Identität und einer falschen Legende versehenen Beamten in ein mutmasslich kriminelles Umfeld zum Gegenstand habe. Allein der damit verbundene starke Eingriff in die Persönlichkeitssphäre der Zielperson rechtfertige die besonderen Verfahrens- und Schutzvorschriften (E. 2.4). Zu beurteilen hatte das Obergericht einen Fall, in dem der Polizei Erkenntnisse vorlagen, wonach unter einer bestimmten Telefonnummer (derjenigen des damaligen Angeklagten) Kokain bestellt werden konnte. Aus diesem Grunde rief ein polizeilicher Scheinkäufer diese Nummer an. Auf entsprechende Aufforderung des Angeklagten hin bestellte der Scheinkäufer "zwei" und vereinbarte mit dem Angeklagten einen Treffpunkt. Das Obergericht beurteilte die Tätigkeit des Scheinkäufers nicht als "qualifizierte verdeckte Ermittlung", für die eine richterliche Genehmigung erforderlich gewesen wäre, sondern als "einfache verdeckte Ermittlung", für welche das Obergericht die Notwendigkeit
einer richterlichen Genehmigung verneinte (E. 2.5 f.).

Robert Hauser/Erhard Schweri/Karl Hartmann (Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, S. 386 N. 28) unterscheiden unter Hinweis auf diesen obergerichtlichen Entscheid ebenfalls zwischen qualifizierter verdeckter Ermittlung, bei der das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung zur Anwendung kommt, und einfacher verdeckter Ermittlung, bei der das nicht der Fall ist.

2.6 Die Vorinstanz legt dar, aus dem Nachtragsbericht der Stadtpolizei über den Einsatz des polizeilichen Scheinkäufers "SK151" vom 24. April 2008 gehe hervor, dass aufgrund polizeilicher Vorermittlungen im Betäubungsmittelmilieu der Benutzer der Mobile-Nummer ... als Drogenhändler vermutet worden sei. Darauf sei der Polizeiangehörige "SK151" unter entsprechenden Belehrungen als Scheinkäufer mit einer Kontaktaufnahme beauftragt worden. Anlässlich der telefonischen Kontaktaufnahme vom 1. April 2008 habe "SK151"

gefragt, ob er mit X._____ - dem Beschwerdeführer - spreche. "SK151" habe sich dabei als "Henry" vorgestellt, der die Mobile-Nummer - so auf entsprechende Anfrage von X._____ - von einem Vladan erhalten habe. "SK151" habe gesagt, er würde gerne über "business" sprechen. Da X._____ auf einen direkten Anruf von Vladan bestanden habe, habe "SK151" X._____ erklärt, er - "SK151" - sei an einem direkten Treffen nicht interessiert. Unmittelbar nach diesem Telefongespräch sei "SK151" von X._____ per SMS hinsichtlich eines Treffens kontaktiert worden und sei ein solches auf 19.00 Uhr am "Central" vereinbart worden. Nach zwei Anrufen von X._____ kurz vor 19.00 Uhr, mit denen er den Treffpunkt habe verlegen wollen, habe man sich am "Central" getroffen und sich in ein dortiges Café begeben. Dort sei "SK151" - nachdem er auf Nachfrage von X._____ erklärt habe, Vladan, der die Mobile-Nummer vermutlich von Leuten aus der Bodenseeregion habe, halte sich zurzeit im Balkan auf - von X._____ nach der Art "business", das er machen wolle, gefragt worden. Auf das kaum merkliche Naserümpfen von X._____ hin habe "SK151" mit einem Nicken reagiert. Nach der weiteren Frage von X._____, wie viel er wolle, habe "SK151" zurückgefragt, wie viel er habe. Darauf habe X._____ erklärt, er könne jede Menge besorgen. X._____ habe sodann "500","1 für 70", angeboten. "SK151" habe das für zuviel gehalten und die Menge auf "200" reduziert zum Betrag von Fr. 14'000.–. Schliesslich sei ein weiteres Treffen auf den 3. April 2008 in einem mexikanischen Restaurant vereinbart worden, mit vorgängiger telefonischer Kontaktaufnahme. Nach dieser Kontaktaufnahme habe man sich um die Mittagszeit des 3. April 2008 in einer Bar getroffen. Dort habe X._____ unter dem Tisch ein Päckchen mit weissem Pulver gezeigt und "SK151" eine Kleinstmenge zur Überprüfung der Qualität übergeben. Nachdem "SK151" die Qualität für gut befunden habe, habe er sich für kurze Zeit von X._____ verabschiedet, um angeblich das Geld zu holen. Darauf habe die Polizei, welche den Vorgang beobachtet habe, X._____ verhaftet.

Der Beschwerdeführer legt nicht substantiiert dar und es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern diese Sachverhaltsdarstellung offensichtlich unrichtig sein soll. Für das Bundesgericht ist sie daher massgeblich (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG).

2.7 Im vorliegenden Fall ging es nach dem Gesagten um einen einzigen Drogenkauf. "SK151" traf den Beschwerdeführer lediglich zweimal. "SK151" wurde mir keiner Legende ausgestattet und es wurden dazu keine Urkunden hergestellt. Der Beschwerdeführer interessierte sich anscheinend nicht näher für die Umstände zur Person von "SK151" und wollte bloss möglichst rasch und anonym ein Geschäft abschliessen.

Unter diesen Umständen ist es im Lichte der angeführten Literatur und kantonalen Rechtsprechung keineswegs zwingend, dass der Einsatz von "SK151" vom Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung erfasst wird und damit die daraus gewonnenen Beweise einem Verwertungsverbot unterliegen, weil unstreitig keine richterliche Genehmigung vorgelegen hat. Wie es sich damit verhält, wird nach der dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Strafrichter im Hauptverfahren zu entscheiden haben. Seinem Entscheid darf im vorliegenden Haftprüfungsverfahren, in dem nach dem Gesagten keine abschliessende Beweiswürdigung vorzunehmen ist, nicht vorgegriffen werden. Hier genügt die Feststellung, dass die Verwertbarkeit der aus dem Einsatz von "SK151" gewonnenen Erkenntnisse prima facie keineswegs ausgeschlossen ist. Diese Erkenntnisse dürfen im Haftprüfungsverfahren daher grundsätzlich berücksichtigt werden. Anders verhielte es sich nur, wenn schon jetzt - bei einer Würdigung prima facie - klar wäre, dass die genannten Beweise einem Verwertungsverbot unterliegen.

2.8 Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass er am 3. April 2008 beim Treffen mit "SK151" und der anschliessenden Festnahme 183 Gramm Kokain auf sich trug. Der dringende Tatverdacht auf eine qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz ist damit schon aufgrund der Erkenntnisse aus dem Einsatz von "SK151" offensichtlich gegeben. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer in der polizeilichen Einvernahme einen Handel mit weiteren ca. 50 Gramm Kokain gestanden hat. Ob und wieweit der dringende Tatverdacht durch die Telefonkontrolle und die Aussagen von Y._____ noch verstärkt werde, kann offen bleiben.

3.
Der Beschwerdeführer bringt vor, den Hergang des Scheinkaufs könne man nur anhand des polizeilichen Nachtragsrapports vom 24. April 2008 richtig beurteilen. Der Polizeirapport vom 4. April 2008 sei demgegenüber

unvollständig. Indem die Vorinstanz den Rapport vom 4. April 2008 nicht aus dem Recht gewiesen habe, habe sie gegen Treu und Glauben (Art. 9 BV) und das Fairnessgebot (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) verstossen.

Der Einwand ist unbehelflich. Anfechtungsobjekt ist hier allein die Verfügung vom 30. April 2008. Darin hat die Vorinstanz auf den Nachtragsrapport vom 24. April 2008 abgestellt, also auf jenen Rapport, dem auch der Beschwerdeführer die massgebliche Bedeutung zuerkennt. Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, inwiefern es Verfassung oder Konvention verletzen könnte, wenn die Vorinstanz den Rapport vom 4. April 2008 nicht förmlich aus dem Recht gewiesen hat.

4.
Die Beschwerde ist abzuweisen.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Beschwerdeführer die Kosten (Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat und dem Bezirksgericht Zürich, Haftrichter, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 2. Juni 2008
Im Namen der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Féraud Härri