Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B 170/2007 /rom

Urteil vom 9. Oktober 2007
Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Ferrari, Zünd, Mathys,
Gerichtsschreiber Stohner.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Thomas Fingerhuth,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8090 Zürich.

Gegenstand
Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz,

Beschwerde in Strafsachen gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 17. Januar 2007.

Sachverhalt:

A.
X._____ verkaufte von März 2004 bis zu ihrer Verhaftung am 16. Februar 2005 A._____ insgesamt mindestens 500 Gramm Kokain. Bei ihrer Verhaftung war sie zudem im Besitz von 249 Gramm Kokain mit hohem Reinheitsgrad, welches ebenfalls zum Verkauf bestimmt war. Des Weiteren veräusserte X._____ im Zeitraum von Januar bis Spätsommer 2004 an B._____ mindestens 21 Gramm Kokaingemisch.

B.
Das Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, sprach X._____ zweitinstanzlich mit Urteil vom 17. Januar 2007 der mehrfachen Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 und 5 i.V.m. Art. 19 Ziff. 2 BetmG sowie der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG schuldig und verurteilte sie zu einer Freiheitsstrafe von 3 1/2 Jahren.

C.
X._____ führt Beschwerde in Strafsachen mit den Anträgen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 17. Januar 2007 sei aufzuheben, und die Sache sei im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
Der angefochtene Entscheid ist nach dem 1. Januar 2007 und somit nach dem Datum des Inkrafttretens des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG, SR 173.110) ergangen. Die Beschwerde untersteht daher dem neuen Recht (Art. 132 Abs. 1 BGG). Auf die vorliegende Beschwerde ist einzutreten, da sie unter Einhaltung

der gesetzlichen Frist (Art. 100 Abs. 1 BGG) und Form (Art. 42 BGG) von der in ihren Anträgen unterliegenden beschuldigten Person (Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG) eingereicht wurde und sich gegen einen von einer letzten kantonalen Instanz (Art. 80 BGG) gefällten Endentscheid (Art. 90 BGG) in Strafsachen (Art. 80 Abs. 1 BGG) richtet.

2.
Die Beschwerdeführerin bringt im Wesentlichen vor, die erhobenen Beweismittel stammten aus einer nicht genehmigten Telefonüberwachung und könnten deshalb nicht verwertet werden.

Die Vorinstanz geht insoweit von folgendem Sachverhalt aus (angefochtenes Urteil S. 8 ff.):

Anfangs Januar 2005 wurde gegen A._____ wegen Verdachts des Handels mit Kokain eine bewilligte Telefonüberwachung durchgeführt. Im Zuge dieser Ermittlungen wurden Telefongespräche zwischen A._____ und einer Person abgehört, welche sich Ÿ._____ñannte. Aus diesen Gesprächen schlossen die Strafverfolgungsbehörden, dass Ÿ._____die Hauptlieferantin von A._____ war und die Drogenübergaben jeweils in Zürich stattfanden. Die Ermittlungen ergaben weiter, dass es sich bei Ÿ._____üm die Beschwerdeführerin handeln musste. Die bereits bestehende Observation von A._____ wurde deshalb in der Folge auf die Beschwerdeführerin ausgedehnt.

Am 16. Februar 2005 stieg die Beschwerdeführerin in Zürich zu A._____ ins Auto und verliess dieses kurz darauf wieder. Bei seiner anschliessenden Verhaftung trug A._____ 70 Gramm Kokain auf sich. Die Beschwerdeführerin begab sich nach der Begegnung mit A._____ gemeinsam mit einer Kollegin in deren Wohnung, wo beide ebenfalls verhaftet wurden. In den Räumlichkeiten stellte die Polizei 249 Gramm Kokain sicher. Die Beschwerdeführerin gestand ein, diese Drogen seien ihr zuzuordnen; ihre Kollegin habe damit nichts zu tun.

In den nachfolgenden Einvernahmen bezeichnete A._____ die Beschwerdeführerin als seine Lieferantin Ÿ._____und erklärte, von dieser über einen längeren Zeitraum hinweg wöchentlich 50 Gramm Kokain bezogen zu haben. Nach der Konfrontation mit A._____ gab auch die Beschwerdeführerin zu, diesen mit einer erheblichen Menge Kokain beliefert zu haben.

3.
3.1 Die Beschwerdeführerin macht vorab geltend, die Feststellungen im angefochtenen Urteil, wonach sie und A._____ am 16. Februar 2005 unabhängig voneinander observiert worden seien und wonach sie bereits vor diesem Zeitpunkt als besagte Lieferantin Ÿ._____ḧabe ermittelt werden können, seien willkürlich (Beschwerde S. 7). Zudem habe die Vorinstanz ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, da sie ihr nicht die Möglichkeit eingeräumt habe, zu diesen Behauptungen Position beziehen und Beweisanträge stellen zu können. Offensichtlich unhaltbar sei des Weiteren die vorinstanzliche Feststellung, wonach sie selbst dann von der Polizei beim Einsteigen ins Auto von A._____ beobachtet worden wäre, wenn sie nicht observiert worden wäre (Beschwerde S. 8).

3.2 Willkür im Sinne von Art. 9 BV liegt nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung einzig vor, wenn der angefochtene Entscheid auf einer schlechterdings unhaltbaren oder widersprüchlichen Beweiswürdigung beruht bzw. im Ergebnis offensichtlich 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 (BGE 129 I 173 E. 3.1 mit Hinweisen). Dass das angefochtene Urteil mit der Darstellung der Beschwerdeführerin nicht übereinstimmt oder eine andere Lösung oder Würdigung vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, genügt praxisgemäss für die Begründung von Willkür nicht (BGE 131 IV 100 nicht publ. E. 4.1; 127 I 54 E. 2b mit Hinweisen).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV umfasst unter anderem das Recht der betroffenen Person, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Ent-

scheid zu beeinflussen (BGE 126 I 15 E. 2a/aa; 124 I 49 E. 3a, 241 E. e, je mit Hinweisen).

3.3 Vorliegend ist die Vorinstanz zugunsten der Beschwerdeführerin davon ausgegangen, diese sei aufgrund der Hinweise aus den abgehörten Telefongesprächen bereits vor dem 16. Februar 2005 polizeilich observiert worden und habe bereits vor diesem Zeitpunkt als besagte Lieferantin Ÿ._____ërmittelt werden können. Wäre die Polizei hingegen, wie die Beschwerdeführerin anführt, einzig aufgrund der Beschattung von A._____ auf sie gestossen, so würde sich die Frage der Unverwertbarkeit des Beweismittels der Telefonkontrolle zumindest nicht in der gleichen Schärfe stellen.

Im Übrigen sind diese vorinstanzlichen Feststellungen jedoch ohnehin keineswegs unhaltbar, sondern werden ausdrücklich durch einen Rapport der Kantonspolizei Zürich vom 17. Februar 2005 gestützt, wonach änlässlich der Observation der Angeschuldigten A._____ und X._____der Weg nach Zürich führte, wo es zur Drogenübergabe gekommen sei.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz auch keine Gehörsverletzung begangen. Die Beschwerdeführerin konnte sich vorliegend zu sämtlichen relevanten abgenommenen Beweisen äussern, mithin insbesondere zu den von A._____ erhobenen Vorwürfen Stellung nehmen. Die aufgrund des Beweisergebnisses vorgenommene Beweiswürdigung, wonach die Beschwerdeführerin bereits vor dem 16. Februar 2005 als Lieferantin Ÿ._____habe ermittelt werden können und deshalb unabhängig von A._____ observiert worden sei, musste die Vorinstanz der Beschwerdeführerin hingegen nicht explizit zur Stellungnahme unterbreiten.

Inwiefern schliesslich die vorinstanzliche Feststellung, wonach sie von der Polizei beim Einsteigen ins Auto von A._____ auch beobachtet worden wäre, wenn sie nicht observiert worden wäre, willkürlich sein sollte, wird von der Beschwerdeführerin nicht näher substantiiert und ist auch nicht ersichtlich. Vielmehr drängt sich der von der Vorinstanz gezogene Schluss, dass die Polizei aufgrund der Observation von A._____ auch dessen Treffen mit der Beschwerdeführerin beobachtet hätte, geradezu auf.

3.4 Unter dem Blickwinkel der Willkür steht einer Verwertung der erhobenen Beweise somit nichts entgegen.

4.
4.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Erkenntnis, dass es sich bei ihr um die Hauptlieferantin Ÿ._____handle, basiere auf einem Zufallsfund im Sinne von Art. 9 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF; SR 780.1). Dieser Zufallsfund sei kausal gewesen für ihre Verhaftung und die erbrachten Beweise. Da der Zufallsfund jedoch nie bewilligt worden sei, mithin die Strafverfolgungsbehörden vor Einleitung weiterer Ermittlungen die Zustimmung der Genehmigungsbehörde nicht eingeholt hätten, müssten sämtliche erhobenen Beweismittel als unverwertbar bezeichnet werden. Die gegenteilige Feststellung im angefochtenen Urteil verletze im Ergebnis Art. 9 Abs. 3 BÜPF und damit Bundesrecht (Beschwerde S. 9).

4.2 Art. 9 BÜPF mit der Marginalie Żufallsfundeštatuiert, dass bezüglich Ermittlungserkenntnissen, welche Straftaten einer Person betreffen, die in der Überwachungsanordnung keiner Straftat verdächtigt wird, vor Einleitung weiterer Ermittlungen die Zustimmung der Genehmigungsbehörde eingeholt werden muss (Abs. 2 Satz 1). Die Zustimmung kann erteilt werden, wenn die Voraussetzungen für eine Überwachung nach diesem Gesetz erfüllt sind (Abs. 2 Satz 2). Sind die Voraussetzungen für die Verwendung des Zufallsfundes nicht gegeben, so dürfen die Informationen nicht verwendet und es müssen die betreffenden Dokumente und Datenträger umgehend vernichtet werden (Abs. 3). Für die Fahndung nach gesuchten Personen dürfen sämtliche Erkenntnisse einer Überwachung verwendet werden (Abs. 4).

4.3 Die Untersuchungsbehörden wurden auf die Beschwerdeführerin als mögliche Drogenlieferantin von A._____ aufmerksam, weil dessen Telefonanschluss rechtmässig überwacht wurde. Zuvor bestand diesbezüglich noch kein Tatverdacht gegen die Beschwerdeführerin. Es ist folglich von einem sog. personellen Zufallsfund im

Sinne von Art. 9 Abs. 2 BÜPF auszugehen (Thomas Hansjakob, Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 2. Auflage, St. Gallen 2006, Art. 9 BÜPF N. 27 ff.). Eine Auswertung der Erkenntnisse aus der Telefonüberwachung zu blossen Fahndungszwecken im Sinne von Art. 9 Abs. 4 BÜPF liegt nicht vor, denn die Beschwerdeführerin wurde nicht bzw. jedenfalls nicht primär zwecks Verhaftung verfolgt, sondern observiert, um sie des Drogenhandels zu überführen. Von Seiten der Untersuchungsbehörde wurde bei der Anklagekammer nie um eine Genehmigung im Sinne von Art. 9 Abs. 3 BÜPF ersucht. Aus dem Wortlaut der Art. 9 Abs. 2 und 3 BÜPF ergibt sich zudem, dass der Gesetzgeber ein nachträgliches Genehmigungsverfahren ausschliessen wollte.

Im Ergebnis liegt damit die erforderliche Genehmigung bezüglich des die Beschwerdeführerin betreffenden Zufallsfundes nicht vor.

4.4 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dürfen in Fällen schwerer Kriminalität unter Umständen selbst nicht gesetzeskonform erlangte Beweise ausnahmsweise verwertet werden, sofern das Beweismittel an sich zulässig und auf gesetzmässigem Weg erreichbar, mithin nicht verboten gewesen wäre. Vorzunehmen ist insoweit eine Güterabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Wahrheitsfindung und dem privaten Interesse der angeklagten Person, dass der fragliche Beweis unterbleibt (BGE 131 I 272 E. 4.1 mit weiteren Hinweisen).

Für eine solche Interessenabwägung besteht jedoch kein Raum, wenn das Gesetz explizit von der Unverwertbarkeit der Beweismittel ausgeht. Dies ist vorliegend der Fall: Der Art. 9 Abs. 3 BÜPF bestimmt, dass die Informationen nicht verwendet werden dürfen und die betreffenden Dokumente und Datenträger umgehend vernichtet werden müssen. Von der Unverwertbarkeit solcher rechtswidrig erlangter primärer Beweismittel geht auch die herrschende Lehre aus (Niklaus Schmid, Verwertung von Zufallsfunden und Verwertungsverbote nach dem neuen Bundesgesetz über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [BÜPF], ZStrR 120/2002, S. 312 f.; Hansjakob, a.a.O., Art. 9 BÜPF N. 48 ff.; Niklaus Ruckstuhl, Rechtswidrige Beweise erlaubt; in: Forum Strafverteidigung, Beweismangel und Verwertungsverbot, Plädoyer, Beilage Dezember 2006, S. 20 ff.).

Folglich ist es vorliegend unzulässig, auch nur teilweise auf die Protokolle aus der Telefonüberwachung abzustellen.

4.5 Nicht geklärt ist damit jedoch, ob ein solches Beweisverwertungsverbot so genannte Fernwirkung erzielt. Es fragt sich mithin, ob das Verwertungsverbot einzig für die rechtswidrig beschafften primären Beweismittel gilt oder ob es sich auch auf alle weiteren Beweismittel erstreckt, welche gestützt auf die illegalen Primärbeweismittel erhoben wurden, so dass im Ergebnis sämtliche an sich legal beschafften Folgebeweise weder direkt noch indirekt verwertbar wären (vgl. Ruckstuhl, a.a.O., S. 22).

Art. 9 Abs. 3 BÜPF spricht zwar ausdrücklich von der Unverwertbarkeit der Informationen, äussert sich jedoch nicht näher zur Reichweite dieses Verbots und lässt damit die Frage der Fernwirkung unbeantwortet.
Die Lehre ist gespalten (vgl. hierzu Niklaus Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 2. Auflage, Bern 2005, S. 352 ff.). Während verschiedene Autoren für eine Fernwirkung des Verwertungsverbots eintreten (Hansjakob, a.a.O., Art. 9 BÜPF N. 53 ff.; Marc Jean-Richard-dit-Bressel, Ist ein Millionendiebstahl ein Bagatelldelikt - Fragen zum BÜPF, ZStrR 119/2001, S. 56 f.), wenden sich andere gegen eine solche umfassende Unverwertbarkeit von Folgebeweisen. So ist nach Schmid einzig von der Unverwertbarkeit auszugehen, ẅo der ursprüngliche, ungültige Beweis Bestandteil sine qua non des mittelbar erlangten Beweises ist(̈Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2004, N. 610; vgl. auch Derselbe, Verwertung von Zufallsfunden und Verwertungsverbote nach dem neuen Bundesgesetz über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [BÜPF], ZStrR 120/2002, S. 309 ff.). Nach Fornito erstreckt sich das Verwertungsverbot auch auf mittelbar erlangte Beweise, sofern das rechtswidrig erlangte Beweismittel die Erhebung weiterer Beweise erheblich begünstigt hat. Dabei schränke die Fernwirkung der Verwertungsverbote den Untersuchungsgrundsatz hinsichtlich weiterer Ermittlungen nicht ein (Roberto Fornito, Beweisverbote im
schweizerischen Strafprozess, Diss. St. Gallen 2000, S. 321 ff.). Bénédict macht sich bezüglich mittelbar erlangter Beweismittel für eine Interessenabwägung stark (Jérôme Bénédict, Le sort des preuves illégales dans

le procès pénal, Diss. Lausanne 1994, S. 247 ff.). Walder schliesslich bejaht eine Fernwirkung, solange keine vollendete Tatsache (fait accompli) geschaffen worden ist (Hans Walder, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess, ZStrR 82/1966, S. 47).

Das Bundesgericht hat es bislang ausdrücklich offengelassen, ob sich das in Art. 9 Abs. 3 BÜPF verankerte Verwertungsverbot auch auf mittelbar erlangte Beweise erstreckt (BGE 132 IV 70 E. 6.5; vgl. allerdings BGE 109 Ia 244 E. 2b, in welchem eine strikte Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten tendenziell abgelehnt wird).

Während für eine Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten spricht, dass andernfalls die Regeln über die Beweiserhebung unterminiert würden, können indirekte Beweisverbote auf der anderen Seite der Ermittlung der materiellen Wahrheit hinderlich sein (Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 S. 1184; Robert Hauser/Erhard Schweri/Karl Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel 2005, § 60 N. 16 ff.). Durch die namentlich von Schmid propagierte Lösung wird ein angemessener Ausgleich zwischen diesen divergierenden Interessen erzielt. Ohne die Beweisverwertungsverbote ihres wesentlichen Inhalts zu entleeren, kann so verhindert werden, dass es im Ergebnis zu stossenden Freisprüchen offenkundig schuldiger Personen kommt.

4.6 Die Beschwerdeführerin hat ein weitreichendes Geständnis abgelegt, ohne dass ihr gegenüber erwähnt worden wäre, sie werde aufgrund der Telefonkontrolle des Drogenhandels verdächtigt, und ohne dass ihr konkrete Gesprächsinhalte aus der Telefonüberwachung vorgehalten worden wären (vgl. die verbindlichen vorinstanzlichen Feststellungen, angefochtenes Urteil S. 22).

Dieses Beweismittel, d.h. ihr Geständnis, wäre mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch ohne die in Bezug auf die Beschwerdeführerin unrechtmässig erfolgte Telefonüberwachung erlangt worden. Wie die Vorinstanz zutreffend erörtert, kann es als sicher angesehen werden, dass sie von der Polizei beim Ein- und Aussteigen ins Auto von A._____ auch beobachtet worden wäre, wenn man damals einzig ihn wegen des aus der ordnungsgemäss bewilligten Telefonkontrolle stammenden Verdachts auf Drogenhandel observiert hätte. Dieser von der Polizei wahrgenommene Kontakt zwischen dem mutmasslichen Drogenhändler A._____ und der Beschwerdeführerin hätte aufgrund der konkreten Umstände zweifelsohne den Verdacht aufkommen lassen, sie sei in den Drogenhandel verwickelt. Folglich wäre die Polizei ihr höchstwahrscheinlich zwecks Verhaftung gefolgt und dabei auf die Drogen gestossen. Sie wäre damit auch in diesem Fall verhaftet und mit den belastenden Aussagen von A._____ konfrontiert worden. Dessen Aussagen, aufgrund welcher sich die Beschwerdeführerin zum Ablegen eines Geständnisses entschlossen haben dürfte, sind unbestrittenermassen verwertbar, da diesem gegenüber das Wissen aus der genehmigten Telefonkontrolle verwendet werden durfte.

4.7 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist damit nicht von der Unverwertbarkeit sämtlicher Beweismittel auszugehen. Der Schuldspruch wegen mehrfacher Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 und 5 i.V.m. Art. 19 Ziff. 2 BetmG verletzt kein Bundesrecht.

5.
Die Beschwerdeführerin gesteht ihre Drogenverkäufe an B._____ ausdrücklich ein. Bei ihrer Einvernahme wurde nicht auf die Telefonkontrolle Bezug genommen, und in den Akten finden sich keine Hinweise auf zwischen der Beschwerdeführerin und B._____ geführte Telefongespräche. Vielmehr legte sie ihr Geständnis ab, nachdem ihr die belastenden Aussagen von B._____ vorgehalten worden waren (vgl. angefochtenes Urteil S. 33).

Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, bestehen somit keine Anhaltspunkte, dass die Verwertung tatbezogener Ergebnisse aus der nicht genehmigten Telefonkontrolle für das Geständnis ursächlich gewesen wäre. Einer Verwertung der Aussagen der Beschwerdeführerin steht nichts entgegen.

Die Verurteilung der Beschwerdeführerin wegen Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG hält

folglich im Ergebnis der bundesgerichtlichen Rechtskontrolle stand.

6.
Die Beschwerde ist vollumfänglich abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die bundesgerichtlichen Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 4'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, sowie der Schweizerischen Bundesanwaltschaft schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 9. Oktober 2007
Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: