Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

1B 114/2016

Urteil vom 21. März 2017

I. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Fonjallaz, Eusebio, Chaix, Kneubühler,
Gerichtsschreiber Härri.

Verfahrensbeteiligte
Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn, Franziskanerhof, Barfüssergasse 28, 4502 Solothurn,
Beschwerdeführerin,

gegen

B._____,
Beschwerdegegner,
vertreten durch Rechtsanwältin Eveline Roos.

Gegenstand
Strafverfahren; verdeckte Ermittlung,

Beschwerde gegen das Urteil vom 3. Februar 2016
des Obergerichts des Kantons Solothurn, Beschwerdekammer.

Sachverhalt:

A.
Die Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn führt eine Strafuntersuchung gegen B._____ und A._____ (im Folgenden: die Beschuldigten). Sie wirft ihnen vor, ihren im Mai 2010 geborenen gemeinsamen Sohn am 26. Juli 2010 vorsätzlich getötet zu haben. Schon ab einem Zeitpunkt kurz nach der Geburt hätten sie dem Sohn zudem vorsätzlich verschiedene schwere und einfache Körperverletzungen zugefügt. Überdies hätten die Beschuldigten ihrer im Februar 2012 geborenen gemeinsamen Tochter, als diese ca. 7 Wochen alt gewesen sei, eine schwere Körperverletzung zugefügt. Die bei der Tochter festgestellten medizinischen Befunde seien typisch für ein Schütteltrauma. Am 27. April 2012 habe die Tochter neurochirurgisch operiert werden müssen.

B.
Am 6. Dezember 2013 ordnete die Staatsanwaltschaft zur Aufklärung des Todes des Sohnes den Einsatz von zwei verdeckten Ermittlern (”VE 1” und ”VE 2”) für die Dauer eines Jahres, d.h. bis zum 5. Dezember 2014, an. Gleichentags beantragte die Staatsanwaltschaft dem Haftgericht des Kantons Solothurn die Genehmigung des Einsatzes der verdeckten Ermittler. Am 11. Dezember 2013 genehmigte das Haftgericht deren Einsatz gemäss der Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 6. Dezember 2013.
Am 5. März 2014 ordnete die Staatsanwaltschaft den Einsatz eines weiteren verdeckten Ermittlers (”VE 3”) an; dies für die Dauer von vier Monaten, d.h. bis zum 4. Juli 2014. Das genehmigte das Haftgericht am 6. März

2014.
Am 30. Juli 2014 ordnete die Staatsanwaltschaft den erneuten Einsatz von VE 3 an; dies bis zum 5. Dezember 2014. Das genehmigte das Haftgericht am 4. August 2014.
Ebenfalls am 30. Juli 2014 ordnete die Staatsanwaltschaft den Einsatz von drei weiteren verdeckten Ermittlern ("VE 4-6") bis zum 5. Dezember 2014 an. Dies genehmigte das Haftgericht am 4. August 2014.
Am 21. November 2014 ordnete die Staatsanwaltschaft in zwei separaten Verfügungen die Verlängerung des Einsatzes von VE 1-3 bzw. VE 4-6 bis zum 5. Juni 2015 an. Das genehmigte das Haftgericht jeweils am 26. November 2014.
Der Einsatz der verdeckten Ermittler betraf den Tod des Sohnes. Am 1. April 2015 ordnete die Staatsanwaltschaft den Einsatz der verdeckten Ermittler VE 1-6 auch zur Aufklärung der schweren Körperverletzungen zum Nachteil der Tochter bis zum 5. Juni 2015 an. Dies genehmigte das Haftgericht am 4. April 2015.
Am 7. Mai 2015 erklärte die Staatsanwaltschaft den Einsatz der verdeckten Ermittler als beendet.

C.
Am 22. Mai 2015 brachte die Staatsanwaltschaft B._____ den Einsatz der verdeckten Ermittler zur Kenntnis.
Am 11. Juni 2015 erhob B._____ hiergegen Beschwerde.
Am 3. Februar 2016 hiess das Obergericht des Kantons Solothurn (Beschwerdekammer) die Beschwerde gut. Es hob die oben erwähnten Verfügungen des Haftgerichts auf und stellte fest, dass der Einsatz der verdeckten Ermittler unrechtmässig erfolgte. Es ordnete die Entfernung aus den Akten und Vernichtung der aus dem Einsatz der verdeckten Ermittler gewonnenen Ermittlungsergebnisse nach Abschluss des Beschwerdeverfahrens (inkl. einer allfälligen bundesgerichtlichen Beurteilung) an, namentlich aller Amtsberichte und weiterer im Zusammenhang mit den verdeckten Ermittlungen stehender Dokumente.

D.
Die Staatsanwaltschaft, vertreten durch den Oberstaatsanwalt, führt Beschwerde in Strafsachen mit dem Antrag, den Entscheid des Obergerichts aufzuheben und die Beschwerde von B._____ vom 11. Juni 2015 abzuweisen. Eventualiter sei der Entscheid des Obergerichts aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an dieses zurückzuweisen.

E.
Das Obergericht beantragt unter Hinweis auf seinen Entscheid die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.
B._____ hat sich vernehmen lassen mit dem Antrag, auf die Beschwerde nicht einzutreten; eventualiter sei sie abzuweisen.

Die Staatsanwaltschaft hat eine Replik eingereicht.

Erwägungen:

1.

1.1. Gegen den angefochtenen Entscheid ist gemäss Art. 78 Abs. 1 BGG die Beschwerde in Strafsachen gegeben.

1.2. Ein kantonales Rechtsmittel steht nicht zur Verfügung. Die Beschwerde ist somit nach Art. 80 BGG zulässig.

1.3. Die Beschwerdeführerin ist für die Strafverfolgung im gesamten Kanton zuständig. Gemäss § 72 des Gesetzes vom 13. März 1977 des Kantons Solothurn über die Gerichtsorganisation (BGS 125.12) ist der Oberstaatsanwalt für die gleichmässige Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs im Kanton verantwortlich (Abs. 1). Er leitet die Staatsanwaltschaft (Abs. 2). Er vertritt die Anklage nach Massgabe des Gesetzes vor dem Obergericht und vor den eidgenössischen Instanzen (Abs. 4). Die Beschwerdelegitimation nach Art. 81 Abs. 1 lit. a

und b Ziff. 3 BGG ist daher gegeben (BGE 142 IV 196 E. 1.5 S. 198 ff.).

1.4. Der vorinstanzliche Entscheid schliesst das Strafverfahren nicht ab. Er stellt einen Zwischenentscheid dar. Dieser ist gemäss Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG anfechtbar, wenn er der Beschwerdeführerin einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann.
Die Vorinstanz hat die Entfernung aus den Akten und Vernichtung sämtlicher aus dem Einsatz der verdeckten Ermittler gewonnenen Ermittlungsergebnisse angeordnet, namentlich aller Amtsberichte und weiterer im Zusammenhang mit den verdeckten Ermittlungen stehender Dokumente.
Die Beschuldigten verweigern die Aussage. Da sich die ihnen vorgeworfenen Taten in ihrer Wohnung abgespielt haben sollen, es keine Tatzeugen gibt und keine Spuren erhoben werden konnten, die es ermöglichten, die von den Kindern erlittenen Verletzungen einem der beiden Beschuldigten zuzuordnen, kommt den Ergebnissen der verdeckten Ermittlung für das weitere Verfahren erhebliches Gewicht zu. Dies gilt etwa für die Darlegungen im Amtsbericht Nr. 42. Danach habe der Beschwerdegegner seiner Mutter gesagt, sie habe in seiner Wohnung nichts zu suchen; er würde sie rauswerfen oder die Polizei rufen (gemeint: falls sie die Wohnung nicht freiwillig verlassen sollte). Darauf habe die Mutter entgegnet, dass - wenn schon - sie die Polizei rufen würde. Falls dies passieren sollte, erzähle sie alles und der Beschwerdegegner würde dann für längere Zeit im Gefängnis sitzen. Ohne die aus der verdeckten Ermittlung gewonnenen Erkenntnisse würde der Beschwerdeführerin die Weiterführung des Verfahrens zumindest stark erschwert. Der Beschwerdeführerin droht damit aufgrund des angefochtenen Entscheids ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG (BGE 141 IV 284 E. 2.4 S. 287 f.; 289 E. 1.4 S. 292). Die Beschwerde ist
auch insoweit zulässig.

1.5. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass.

2.

2.1. Art. 285a StPO umschreibt den Begriff der verdeckten Ermittlung. Danach liegt diese vor, wenn Angehörige der Polizei oder Personen, die vorübergehend für polizeiliche Aufgaben angestellt sind, unter Verwendung einer durch Urkunden abgesicherten falschen Identität (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.
Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird mit dem Kriterium des Eindringens in ein kriminelles Umfeld auf 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 (zur amtlichen Publikation bestimmtes Urteil 6B 1293/2015 vom 28. September 2016 E. 4.4 mit Hinweisen).
Art. 286 StPO regelt die Voraussetzungen der verdeckten Ermittlung. Gemäss Absatz 1 dieser Bestimmung kann die Staatsanwaltschaft eine verdeckte Ermittlung anordnen, wenn: a. der Verdacht besteht, eine in Absatz 2 genannte Straftat sei begangen worden; b. die Schwere der Straftat die verdeckte Ermittlung rechtfertigt; und c. die bisherigen Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sind oder die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden.
Nach Art. 286 Abs. 2 lit. a StPO kann die verdeckte Ermittlung unter anderem zur Verfolgung einer vorsätzlichen Tötung gemäss Art. 111 StGB oder einer schweren Körperverletzung gemäss Art. 122 StGB eingesetzt werden.
Die Vorinstanz bejaht die Voraussetzungen von Art. 286 StPO. Sie kommt zum Schluss, der Einsatz der verdeckten Ermittler sei gleichwohl unzulässig gewesen, da damit das Schweigerecht der Beschuldigten, von welchem diese Gebrauch gemacht hätten, umgangen worden sei.

2.2. Gemäss Art. 113 Abs. 1 StPO muss sich die beschuldigte Person nicht selbst belasten. Sie hat namentlich das Recht, die Aussage und ihre Mitwirkung im Strafverfahren zu verweigern. Sie muss sich aber den gesetzlich vorgesehenen Zwangsmassnahmen unterziehen.
Nach Art. 196 StPO sind Zwangsmassnahmen Verfahrenshandlungen der Strafbehörden, die in Grundrechte der

Betroffenen eingreifen und die unter anderem dazu dienen, Beweise zu sichern (lit. a). Zu den Zwangsmassnahmen gehört die verdeckte Ermittlung gemäss Art. 285a ff. StPO. Dies ergibt sich auch aus der Gesetzessystematik, sind diese Bestimmungen doch im 5. Titel der Strafprozessordnung enthalten, der die Zwangsmassnahmen regelt.
Gemäss Art. 113 Abs. 1 Satz 3 StPO muss sich somit, auch wer die Aussage verweigert, einer verdeckten Ermittlung unterziehen (VIKTOR LIEBER, in: Donatsch und andere [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 51 zu Art. 113 StPO).

2.3. Hat der Beschuldigte von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht, setzt dies dem verdeckten Ermittler bei seinem Einsatz allerdings Grenzen. Die verdeckte Ermittlung darf nicht zu einer Umgehung des Aussageverweigerungsrechts führen. Eine solche Umgehung liegt vor, wenn der verdeckte Ermittler unter Ausnützung des geschaffenen Vertrauensverhältnisses in einer vernehmungsähnlichen Weise dem Beschuldigten Fragen unterbreitet, die diesem bei der Einvernahme gestellt wurden oder hätten gestellt werden sollen, und ihn zur Aussage drängt. Eine Umgehung des Aussageverweigerungsrechts liegt dagegen nicht vor, wenn der verdeckte Ermittler lediglich Äusserungen des Beschuldigten zur Kenntnis nimmt, welche 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 von sich aus macht, von Dritten wahrgenommen werden und deshalb Eingang in das Strafverfahren finden (THOMAS HANSJAKOB, in: Donatsch und andere [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 10 zu Art. 293 StPO; NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl. 2013, S. 525 Fn. 603).
In diesem Sinne hat auch der deutsche Bundesgerichtshof mit Urteil vom 26. Juli 2007 entschieden (BGHSt 52 11, insb. Ziff. 14 f., 26 f. und 34). Er befand, der verdeckte Ermittler habe bei seinem Einsatz zur Aufklärung einer Körperverletzung mit Todesfolge die dargelegten Grenzen überschritten. Daraus leitete der Bundesgerichtshof ein Verwertungsverbot der vom verdeckten Ermittler gewonnenen Erkenntnisse ab (Ziff. 36). Die Anordnung der verdeckten Ermittlung beurteilte der Bundesgerichtshof dagegen als zulässig, da die Voraussetzungen für den Einsatz des verdeckten Ermittlers gemäss § 110a Abs. 1 Satz 4 dStPO, der Art. 286 StPO in der Sache im Wesentlichen entspricht, erfüllt waren und die erforderliche richterliche Zustimmung vorlag (Ziff. 13).
Die dargelegten Grenzen beim Einsatz des verdeckten Ermittlers ergeben sich auch aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte. Danach gehört das Schweigerecht des Beschuldigten zum Kern des fairen Verfahrens gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Die Behörden haben den Entschluss des Beschuldigten, zu schweigen, zu respektieren. Sie dürfen keine List anwenden, um aus dem Beschuldigten, der während der Einvernahme die Aussage verweigert hat, ein Geständnis oder andere belastende Angaben herauszulocken, welche sie bei der Einvernahme nicht erhalten konnten. Ein Informant der Polizei darf den Beschuldigten deshalb nicht unter Umständen, die einer Einvernahme gleichkommen, zu Aussagen drängen. Der Informant darf dagegen spontane und nicht provozierte Erklärungen des Beschuldigten, die dieser aus freien Stücken gemacht hat (”déclarations spontanées et non provoquées que le requérant aurait formulées de son plein gré”), zur Kenntnis nehmen (Urteil Allan gegen Vereinigtes Königreich vom 5. November 2002, Recueil CourEDH 2002 IX 63 § 44 und 50-53).

2.4. Gegenstand des angefochtenen Entscheids und somit auch des bundesgerichtlichen Verfahrens ist die Frage, ob die Staatsanwaltschaft den Einsatz der verdeckten Ermittler anordnen und das Haftgericht dies jeweils genehmigen durfte. Wie die Vorinstanz selber zutreffend darlegt, waren die Voraussetzungen für die Anordnung der verdeckten Ermittlung gemäss Art. 286 StPO erfüllt. Die Staatsanwaltschaft durfte die verdeckte Ermittlung deshalb anordnen und das Haftgericht diese genehmigen. Gemäss Art. 113 Abs. 1 Satz 3 StPO hatte sich der Beschwerdegegner der verdeckten Ermittlung zu unterziehen. Die Anordnung der verdeckten Ermittlung wäre höchstens unzulässig gewesen, wenn die Staatsanwaltschaft die verdeckten Ermittler zum vornherein angehalten hätte, das zulässige Mass der Einwirkung auf den Beschwerdegegner, wie oben dargelegt, zu überschreiten. Dafür enthalten die Akten jedoch keine Anhaltspunkte.
Eine andere Frage ist, ob die verdeckten Ermittler bei ihrem Einsatz die Grenze des Zulässigen überschritten haben, etwa durch Schaffung einer vernehmungsähnlichen Situation (bejahend der vom Anwalt der Beschuldigten mitverfasste Beitrag JOSET/BÜRGI, Die beste Freundin - ein Polizeispitzel, plädoyer 2/16, S. 26 ff., insb. S. 30; vgl. mit Hinweis hierauf auch MARK PIETH, Schweizerisches Strafprozesrecht, 3. Aufl. 2016,

S. 177). Diese Frage ist hier nicht Gegenstand des Verfahrens. Überschreitet eine verdeckte Ermittlerin oder ein verdeckter Ermittler das Mass der zulässigen Einwirkung, so ist dies gemäss Art. 293 Abs. 4 StPO bei der Zumessung der Strafe für die beeinflusste Person gebührend zu berücksichtigen, oder es ist von einer Strafe abzusehen. Wie sich aus dieser Bestimmung ergibt, ist es - sofern es zu einer Anklage kommt - Aufgabe des Sachgerichts, darüber zu befinden, ob die verdeckten Ermittler das Mass des Zulässigen überschritten haben und welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben (vgl. zur amtlichen Publikation bestimmtes Urteil 6B 1293/2015 vom 28. September 2016 E. 5; TANJA KNODEL, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 14 zu Art. 298 StPO). Nach in der Literatur vertretener
Auffassung stellt Art. 293 Abs. 4 StPO eine Spezialbestimmung dar, welche Art. 141 Abs. 1 StPO, der ein Beweisverwertungsverbot statuiert, vorgeht (HANSJAKOB, a.a.O., N. 17 zu Art. 293 StPO; KNODEL, a.a.O., N. 13 zu Art. 293 StPO). Wie es sich damit verhält, kann hier dahingestellt bleiben.

2.5. War die Anordnung des Einsatzes der verdeckten Ermittler nach dem Gesagten zulässig, verletzt das angefochtene Urteil Bundesrecht. Die Beschwerde in Strafsachen wird gutgeheissen und das angefochtene Urteil aufgehoben. Es wird die Rechtmässigkeit der Anordnung der verdeckten Ermittlung festgestellt. Ob die verdeckten Ermittler das Mass der zulässigen Einwirkung auf den Beschwerdegegner überschritten haben und welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben, wird - sofern es zu einer Anklage kommt - das Sachgericht zu entscheiden haben.

3.
Der Beschwerdegegner ersucht um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung gemäss Art. 64 BGG. Die Voraussetzungen dafür sind erfüllt. Dem Beschwerdegegner werden keine Gerichtskosten auferlegt und seiner Anwältin wird aus der Bundesgerichtskasse eine Entschädigung ausgerichtet.
Die Akten des kantonalen Beschwerdeverfahrens werden der Vorinstanz übermittelt zur Neuregelung der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde in Strafsachen wird gutgeheissen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 3. Februar 2016 wird aufgehoben. Es wird die Rechtmässigkeit der Anordnung der verdeckten Ermittlung festgestellt.

2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird gutgeheissen.

3.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

4.
Der Vertreterin des Beschwerdegegners, Rechtsanwältin Eveline Roos, wird aus der Bundesgerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 2'500.– ausgerichtet.

5.
Die Akten des kantonalen Beschwerdeverfahrens werden der Vorinstanz übermittelt zur Neuregelung der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen.

6.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Solothurn, Beschwerdekammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 21. März 2017

Im Namen der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Merkli

Der Gerichtsschreiber: Härri