



Kass.-Nr. AC060016/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der Sekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 27. Dezember 2006

in Sachen

X.,

...,

Angeklagter, Appellat und Beschwerdeführer
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. ...

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Anklägerin, Appellantin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch die Leitende Staatsanwältin Dr. iur. Ursula Frauenfelder Nohl, Staatsanwaltschaft
Zürich-Sihl, Postfach, 8026 Zürich

betreffend

versuchte sexuelle Handlung mit Kindern etc.

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Dezember 2005 (SB050309/U/jv)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Dem Beschwerdeführer wird vorgeworfen, er habe zu Beginn des Jahres 2003 über das Internet mit dem ihm unbekanntem und sich als 14-jährig ausgebenden "Marco" (bzw. "Marco X") Kontakt zwecks Aufnahme einer sexuellen Beziehung gepflegt und sich mit diesem am 19. Februar 2003 vor dem Opernhaus in Zürich verabredet in der Absicht, an einem noch zu bestimmenden Ort sexuelle Handlungen vorzunehmen. Dazu kam es nicht, weil es sich bei "Marco" um ein von der Stadtpolizei Zürich entwickeltes Pseudonym und bei "Marco" in Wirklichkeit um einen Polizeibeamten handelte. Weiter wird dem Beschwerdeführer vorgeworfen, er sei am 19. Februar 2003 im Besitz von ca. 100 Bildern mit sexuellen Handlungen bzw. Darstellungen von und mit Kindern gewesen, welche er zuvor vom Internet heruntergeladen und auf seinem PC abgespeichert hatte. Die Anklage lautete auf unvollendeten, untauglichen Versuch der sexuellen Handlungen mit Kindern sowie mehrfache Pornographie.

2. Die Einzelrichterin in Strafsachen des Bezirkes Zürich sprach den Beschwerdeführer mit Urteil vom 18. Juni 2004 der (einfachen) Pornographie im Sinne von Art. 197 Ziff. 3^{bis} StGB schuldig; vom Vorwurf des unvollendeten, untauglichen Versuchs der sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 21 Abs. 1 StGB und Art. 23 Abs. 1 StGB sowie der mehrfachen Pornographie im Sinne von Art. 197 Ziff. 3^{bis} StGB wurde der Beschwerdeführer freigesprochen. Er wurde mit 14 Tagen Gefängnis, abzüglich 9 Tage Untersuchungshaft, bestraft, wobei der Vollzug der Freiheitsstrafe bedingt aufgeschoben wurde.

Auf Berufung der Staatsanwaltschaft hin sprach das Obergericht mit Urteil vom 15. November 2004 den Beschwerdeführer nebst Pornographie auch des unvollendeten, untauglichen Versuchs der sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 21 Abs. 1 StGB und Art. 23 Abs. 1 StGB schuldig, während er vom Vorwurf der *mehrfachen* Pornographie er-

neut freigesprochen wurde. Das Obergericht erhöhte die Strafe auf sechs Monate Gefängnis, abzüglich 9 Tage Untersuchungshaft, wobei dem Beschwerdeführer wiederum der bedingte Strafvollzug unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren bewilligt wurde (KG act. 2).

3. Auf kantonale Nichtigkeitsbeschwerde hin hob das Kassationsgericht mit Beschluss vom 21. Juli 2005 (Kass.-Nr. AC050042 = ZR 104 [2005] Nr. 68) das Urteil des Obergerichts auf und wies die Sache zur Neuurteilung an dieses zurück.

4. Mit Urteil vom 12. Dezember 2005 sprach das Obergericht den Beschwerdeführer erneut schuldig des unvollendeten, untauglichen Versuchs der sexuellen Handlungen mit Kindern sowie der Pornografie, sprach ihn aber wiederum vom Vorwurf der *mehrfachen* Pornografie frei. Es bestrafte ihn mit zwei Monaten Gefängnis, abzüglich 9 Tage Untersuchungshaft, wobei es den Vollzug der Strafe aufschob und die Probezeit auf zwei Jahre festsetzte (KG act. 2).

5. Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende, rechtzeitig angemeldete und begründete Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher der Beschwerdeführer beantragt, es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache erneut an das Obergericht zurückzuweisen.

Staatsanwaltschaft und Obergericht haben auf Stellungnahmen zur Beschwerde verzichtet (KG act. 9 und 10).

6. Der Beschwerdeführer hat gegen das angefochtene Urteil auch eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts erhoben (vgl. KG act. 5).

7. Hinsichtlich der Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde ist auf § 3 Abs. 2 Schlussbestimmungen des Gesetzes über die Teilrevision der Strafprozessgesetzgebung vom 27. Januar 2003 (OS 59, 22 ff., 49) zu verweisen. Danach erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde in dieser Sache nach wie vor als zulässig, nachdem die seinerzeitige Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil am 9. September 2004 (ER act. 28) erklärt worden war.

II.

1. In seinem Entscheid vom 21. Juli 2005 war das Kassationsgericht (wie zuvor schon die Einzelrichterin) zum Schluss gekommen, dass es sich einerseits bei dem in Frage stehenden Einsatz von "Marco" um eine genehmigungspflichtige verdeckte Ermittlung gehandelt habe und dass andererseits die polizeilichen Ermittlungsbehörden dabei die gesetzliche bzw. aufgrund der Genehmigungsverfügung geltende Grenze zur unzulässigen (tatprovokierenden) Einwirkung auf den Vorsatz des Täters überschritten hätten. Die Vorinstanz wurde angewiesen, bei ihrem neuen Entscheid die zu den Folgen der unzulässigen verdeckten Ermittlung entwickelten Grundsätze (insbesondere SJZ 89 [1993] S. 73 und BGE 124 IV 40 f.) zu beachten (a.a.O., Erw. 6).

Thema des vorliegenden Verfahrens ist die Frage der rechtlichen Folgen der festgestellten Widerrechtlichkeit des verdeckten polizeilichen Einsatzes bzw. der Verwertbarkeit der dabei erlangten Beweise. Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, der erneute Schuldspruch des Obergerichts bezüglich den untauglichen Versuch sexueller Handlungen mit Kindern stütze sich insofern auf unverwertbare Beweise.

2. Als erstes macht der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang eine Verletzung von § 104a GVG geltend (Beschwerde Ziff. IV/2, S. 5 ff.).

2.1 Zur Begründung führt der Beschwerdeführer zunächst aus, das Obergericht räume selbst ein, dass es gestützt auf § 104a GVG in seinem neuen Entscheid die in SJZ 89 [1993] S. 73 und BGE 124 IV 40 entwickelten Grundsätze zu beachten haben werde. Gemäss dem erstgenannten Entscheid (des Zürcher Obergerichtes) führe ein unzulässiger V-Mann-Einsatz zu einem Beweisverbot, wobei dieses Prinzip unabhängig von der Schwere des Verstosses gegen die Schranken der verdeckten Ermittlung gelte. Demgegenüber habe das Bundesgericht in BGE 124 IV 40 keine Grundsätze zu den Folgen der unzulässigen ver-

deckten Ermittlung entwickelt; die Anweisung des Kassationsgerichts könne sich somit einzig auf die in SJZ 89 [1993] S. 70 ff. entwickelten Grundsätze beziehen.

Der Schuldspruch des Obergerichts bezüglich des untauglichen Versuchs sexueller Handlungen mit Kindern stütze sich - so der Beschwerdeführer weiter - beweismässig im wesentlichen auf den aufgezeichneten Chat- und E-Mail-Verkehr mit dem als "Marco X" auftretenden verdeckten Ermittler und die Verhaftung des Beschwerdeführers am vereinbarten Treffpunkt. Gemäss Obergericht ergebe eine Gesamtwürdigung, dass die genannten Beweismittel auf dieser Stufe keinem Verwertungsverbot unterlägen, somit verwertbar seien. Damit stelle sich das Obergericht zweifellos gegen die in SJZ 89 (1993) S. 70 ff. entwickelten Grundsätze, aus denen ein Beweisverbot resultiere. Das Obergericht verkenne die Tragweite des genannten Entscheides (wonach dieses nämlich "ein breites Feld eröffne"), und insbesondere liessen sich - entgegen der Auffassung des Obergerichts - auch aus BGE 124 IV 40 keine anderen Grundsätze als aus SJZ 89 (1993) S. 70 ff. ableiten. Unzulässig sei es sodann, wenn das Obergericht auf die neuerdings in BGE 131 I 272 ff. entwickelte Praxis Bezug nehme, welche den in SJZ 89 (1993) S. 70 ff. (und BGE 124 IV 40) entwickelten Grundsätzen widerspreche. Das Kassationsgericht habe das Obergericht eindeutig angewiesen, nach den in SJZ 89 (1993) S. 70 ff. entwickelten Grundsätzen zu entscheiden. In Anwendung dieser Grundsätze hätte aber im vorliegenden Fall ein Beweismittelverbot (bzw. ein Verwertungsverbot) resultieren müssen. Mit anderen Worten steht nach Auffassung des Beschwerdeführers der angefochtene Entscheid insoweit in Widerspruch zu SJZ 89 (1993) S. 70 ff., was bedeute, dass sich das Obergericht in Verletzung von § 104a GVG nicht an die Anweisung des Kassationsgerichts gehalten habe.

2.2 Das Obergericht hat im angefochtenen Urteil in grundsätzlicher Hinsichtlich festgehalten, es sei nach wie vor "dezidiert" der Ansicht, dass selbst dann, wenn vorliegend von einer verdeckten Ermittlung auszugehen wäre, jedenfalls keine *genehmigungspflichtige* verdeckte Ermittlung vorliege (Urteil Erw. III/7, S. 17). Darin ist zwar ein Abweichen von der im kassationsgerichtlichen Rückweisungsbeschluss vertretenen Auffassung zu sehen und man kann sich (zumal un-

ter ausstandsrechtlichen Gesichtspunkten) zunächst fragen, ob derartige bekenntnishaften Bekundungen im Rahmen einer Urteilsbegründung nach erfolgter Rückweisung durch die obere Instanz sinnvoll sind; eine Rüge wird diesbezüglich jedoch nicht erhoben. Gleichzeitig hat sich das Obergericht in der Folge ausdrücklich (und in Nachachtung von § 104a GVG) der Auffassung des Kassationsgerichts unterworfen und hat festgehalten, dass vorliegend von einer genehmigungspflichtigen verdeckten Ermittlung im Sinne von § 106e Abs. 1 Ziff. 3 StPO auszugehen sei (Urteil S. 18 ff.). Dabei hat es (zutreffend) darauf hingewiesen, dass die Bindung an den Rückweisungsentscheid insoweit abgeschwächt sein kann, als eine Änderung der Rechtsprechung durch übergeordnete Gerichte zu berücksichtigen ist (Urteil S. 19 oben).

In der Folge hat das Obergericht in seinem (über 100-seitigen) Urteil die neuere Rechtsprechung und Literatur zur Thema der Verwertung widerrechtlich erlangter Beweise im einzelnen ausführlich wiedergegeben und gewürdigt. Es hat dabei erwogen (Urteil S. 86 ff.), dass die vom Kassationsgericht erwähnten Entscheide ein breites Feld eröffneten. Weiter hat es seine Auffassung - wonach insbesondere unter Berücksichtigung der neueren (schweizerischen und deutschen) Rechtsprechung nicht notwendigerweise von einem Beweisverwertungsverbot auszugehen sei - dargelegt und dazu namentlich auf BGE 124 IV 42 f. und 131 I 278 E. 4 Bezug genommen (Urteil S. 89 ff.). Es ist zum Schluss gelangt, eine Interessenabwägung zwischen dem evidenten öffentlichen Interesse an der Aufklärung resp. Verhinderung des sexuellen Missbrauchs von Kindern und damit an der Verwertbarkeit (auch unrechtmässig) erlangter Beweise und dem Interesse des Angeklagten (Unverwertbarkeit der erlangten Beweise; Schutz der persönlichen Freiheit) ergebe, dass die öffentlichen Interessen weitaus höher zu gewichten seien als jene des Angeklagten. Die Ermittlungsbehörde habe zwar tatprovokierend auf den Beschwerdeführer eingewirkt, und es habe auch eine Täuschung über die Identität von "Marco" vorgelegen; auf der anderen Seite sei nicht ersichtlich, dass sie in den "seelischen Eigenraum des Angeklagten" (BGE 131 I 283) vorgedrungen sei. Zudem liege mit der Verhaftung am vereinbarten Treffpunkt ein weiteres Beweismittel gegen den Beschwerdeführer vor. Die Gesamtwürdigung ergebe daher, dass die genannten Beweismittel verwertbar seien (Urteil S. 96 f.)

2.3 Gemäss § 104a Abs. 1 GVG ist bei Rückweisungen die untere Instanz an die Rechtsauffassung gebunden, welche dem Rückweisungsentscheid zu Grunde liegt; gleiches gilt bei erneuter Befassung mit dem Fall für die rückweisende Instanz selber. Vorbehalten bleibt gemäss § 104a Abs. 3 GVG u.a. die Änderung der Rechtsprechung durch übergeordnete Gerichte.

Die Rüge der Verletzung von § 104a GVG ist in mehrfacher Hinsicht unbegründet. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das Kassationsgericht die Rückweisung mit dem Hinweis verbunden hatte, die Vorinstanz werde "die zu den Folgen der unzulässigen verdeckten Ermittlung entwickelten Grundsätze" zu beachten haben, was als solches zunächst lediglich die Thematik des Rückweisungsverfahrens umschreibt, aber noch keine inhaltlichen Vorgaben enthält. In Klammer beigefügt wurde der Hinweis "*insbesondere* [hier hervorgehoben] SJZ 89 (1993) S. 73; BGE 124 IV 40 f.". Aus dem Wort "*insbesondere*" folgt, dass es sich dabei nicht um eine abschliessende Aufzählung handelt und dass das Obergericht insofern ohne weiteres frei war, weitere relevante Präjudizien und Literaturstellen zu Rate zu ziehen, um sich ein Urteil zu bilden. Als zweites kommt hinzu, dass der mehrfach erwähnte Entscheid SJZ 89 (1993) S. 70 ff. selber nicht von einem ausnahmslos geltenden Beweisverwertungsverbot ausgeht, sondern ausdrücklich vorsieht, dass "im Einzelfall, im Rahmen einer Güter- und Interessenabwägung, höhere Interessen der Gemeinschaft gebieterisch den Verzicht auf den Schutz der Persönlichkeitsrechte des Betroffenen fordern könnten" (a.a.O., S. 73). Wenn der Beschwerdeführer geltend macht (Beschwerde S. 7), ein derartiger Ausnahmefall liege vorliegend zweifelsohne nicht vor, betrifft dies die - hier nicht aktuelle - Frage, ob der angefochtene Entscheid *inhaltlich* an einem Nichtigkeitsgrund leidet und nicht diejenige der *formellen* Bindung an den Rückweisungsentscheid. Und schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der vom Obergericht zur Begründung des angefochtenen Entscheides ebenfalls herangezogene BGE 131 I 272 vom 3. Mai 2005 datiert. Er wurde also nach Erlass des kassationsgerichtlichen Rückweisungsbeschlusses veröffentlicht und war dem Kassationsgericht im Zeitpunkt seines Entscheides noch nicht bekannt, weshalb insofern von der Vorinstanz auch der Vorbehalt von § 104a Abs. 3 GVG (Änderung der Rechtsprechung durch übergeordnete Gerichte) angerufen werden konnte.

2.4 Das Obergericht hält im angefochtenen Urteil ferner fest (Urteil S. 95), der Beschwerdeführer habe völlig frei entscheiden können, wie er sich verhalten wolle, als er am 27. Januar 2003 unvermittelt nach einer Pause von ca. eineinhalb Stunden mit der Mitteilung konfrontiert wurde, "Marco" sei im Oktober 14 Jahre alt geworden; bei klarem Licht betrachtet - so das Obergericht - hätte er diese Mitteilung eigentlich als Warnung auffassen können und müssen, dass er sich auf mehr als dünnem Eis bewege. Auch in diesem Zusammenhang rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung von § 104a GVG, habe doch das Kassationsgericht im Beschluss vom 21. Juli 2005 klar und eindeutig festgehalten, dass unter den gegebenen Umständen diese Mitteilung des Alters offensichtlich als entsprechendes Angebot (für sexuelle Kontakte) habe verstanden werden müssen (was das Obergericht in seinem ersten Berufungsurteil noch verneint hatte). Indem nunmehr das Obergericht jenes Angebot auch als Warnung für den Beschwerdeführer werte, kritisiere es implizit die kassationsgerichtliche Auffassung (Beschwerde Ziff. 2.2, S. 9/10).

In diesem Zusammenhang ging es dem Obergericht darum, die Argumentation der Verteidigung zu entkräften, wonach der Beschwerdeführer nach der erwähnten Mitteilung nicht mehr frei gewesen sei, sich anders zu entscheiden, als er es letztlich getan hat. Dass dem so sei (nämlich dass der Beschwerdeführer nicht frei gewesen wäre, sich anders zu entscheiden), nahm aber auch das Kassationsgericht nicht an; es sprach, wie gesagt, lediglich von einem entsprechenden Angebot. Damit liegt jedenfalls im Ergebnis auch hier kein Widerspruch zum Rückweisungsentscheid vor.

3. Im Folgenden rügt der Beschwerdeführer, mit der Berücksichtigung der (wegen Verletzung der Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung) einem Beweisverbot unterliegenden Beweismittel habe die Vorinstanz namentlich § 106c Abs. 3 StPO sowie Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK und das Fairnessgebot verletzt. Zudem habe sie gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und das Willkürverbot (Art. 9 BV), den Grundsatz "in dubio pro reo" und das Verbot willkürlicher Beweiswürdigung verstossen (Beschwerde Ziff. IV.3, S. 10 ff.).

3.1 Zunächst stehe - so der Beschwerdeführer - gemäss verbindlicher Auffassung des Kassationsgerichts fest, dass sich der verdeckte Ermittler "Marco" nicht an die Auflage des Anklagekammerpräsidenten gehalten habe. Damit sei gesagt, dass er (auch) das allgemeine Verbot der Förderung des Deliktvorsatzes missachtet habe, womit das beanstandete Verhalten "eine Verletzung von § 106c Abs. 3 StPO darstelle" (recte: womit das beanstandete Verhalten die Verbotsnorm von § 106c Abs. 3 StPO erfülle). Ob und inwiefern Beweise, die in Missachtung dieser Norm gewonnenen worden seien, einem Beweisverbot unterliegen oder nicht, sei damit auch eine Frage des kantonalen Verfahrensrechts, womit das Kassationsgericht diesbezüglich frei zu entscheiden habe.

Das Obergericht habe die im Rückweisungsentscheid erwähnten Präjudizien und zahlreiche weitere in Literatur und Rechtsprechung vertretene Auffassungen nachgezeichnet, wobei aber in keinem der hier angeführten Bundesgerichtsentscheide die spezifische Frage der rechtlichen Folgen gemäss § 106c Abs. 3 StPO behandelt werde. Hingegen basierten die in SJZ 89 (1993) S. 70 ff. entwickelten Grundsätze zu den Folgen unzulässiger verdeckter Ermittlung (Beweismittelverbot) auf einer nach wie vor schlüssigen Argumentation, der zumindest dort gefolgt werden müsse, wo es um die Folgen der Missachtung der Verbotsnorm von § 106c Abs. 3 StPO gehe. Dies habe das Obergericht jedoch abgelehnt, und zwar unter Hinweis darauf, dass diese Praxis u.a. auf frühere Entscheide des deutschen BGH zurückgehe, welcher seinerseits mittlerweile Abschied von dieser Praxis genommen habe. Darin liege jedoch noch keine überzeugende oder nachvollziehbare Begründung, und zudem sei eine Praxis(änderung) des deutschen BGH weder für die Schweiz insgesamt noch für den Kanton Zürich von Bedeutung, wenn es darum gehe, die Folgen der Missachtung der Verbotsnorm von § 106c Abs. 3 StPO zu eruieren.

Unzulässigerweise - so der Beschwerdeführer - gehe das Obergericht von der in BGE 131 I 272 E. 4 vorgezeichneten Vorgehensweise aus, d.h. es prüfe, ob das Interesse an der Aufklärung bzw. Verhinderung einer Straftat (hier: sexueller Missbrauch von Kindern) dem Interesse des Angeklagten an der Unverwertbarkeit der (widerrechtlich) erlangten Beweise vorgehe oder nicht, um diese Frage (und

damit diejenige der Verwertbarkeit) schliesslich zu bejahen. BGE 131 I 272 liege jedoch weder eine unzulässige verdeckte Ermittlung zugrunde, noch gehe es um die Missachtung des Verbots der Förderung des Deliktvorsatzes; vielmehr gehe es in jenem Entscheid um die Verwertbarkeit von ohne Bewilligung gemachten Videoaufnahmen, somit um Beweismittel, deren Erhebung an einem formellen Mangel litten. Die BGE 131 I 272 ff. zugrundeliegende Rechtswidrigkeit sei weit weniger gravierend gewesen als es die Rechtswidrigkeit einer unzulässigen verdeckten Ermittlung sei, welche das Verbot der Förderung des Deliktvorsatzes missachte und eine richterliche Auflage verletze. Jene Grundsätze könnten daher nicht einfach auf den vorliegenden Fall übertragen werden. Letztlich habe das Obergericht mit seinem Vorgehen das Verbot der Berücksichtigung verbotener (bzw. unrechtmässig erlangter) Beweise und namentlich § 106c Abs. 3 StPO verletzt, ferner die verfassungs- bzw. konventionsrechtlichen Grundsätze der Verfahrensfairness und der Verhältnismässigkeit.

3.2 Wie sich aus dem Gesagten ergibt, ist das Obergericht im Wesentlichen den (zuletzt) in BGE 131 I 272 entwickelten bzw. bestätigten Grundsätzen zur Frage der Verwertbarkeit unrechtmässig erlangter Beweise im Strafprozess gefolgt. Danach ist die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel *verfassungsrechtlich* nicht in jedem Fall ausgeschlossen, sondern lediglich dem Grundsatz nach. Soweit das Beweismittel auch auf legalem Weg hätte erlangt werden können, bejaht das Bundesgericht die Verwertbarkeit dann, wenn auf Grund einer Interessenabwägung davon auszugehen sei, dass das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse des Angeklagten daran, dass der fragliche Beweis unverwertet bleibt, überwiegt. Dabei überwiege das öffentliche Interesse an der Verwertbarkeit umso eher, je schwerer die zu beurteilende Straftat sei. Demgegenüber sei das Beweismittel namentlich dann nicht verwertbar, wenn bei seiner Beschaffung ein Rechtsgut verletzt wurde, das im konkreten Fall den Vorrang vor dem Interesse an der Durchsetzung des Strafrechts verdient (a.a.O., E. 4.1.2, 4.5, je mit Hinweisen).

Das Obergericht hat diese Interessenabwägung vorgenommen und ist zum Schluss gelangt (Urteil S. 96), das öffentliche Interesse an der Aufklärung bzw. an

der Strafverfolgung überwiege hier das Interesse des Beschwerdeführers an der Unverwertbarkeit der Beweismittel. In der Folge hat das Obergericht den Umstand der Tatprovokation im Rahmen der Strafzumessung als "merklich strafmindernd" berücksichtigt (Urteil S. 101 unten).

3.3 Wie erwähnt, handelt es sich bei den in BGE 131 I 272 statuierten Grundsätzen um solche *verfassungsrechtlicher* Natur; insoweit ist davon auszugehen, dass es sich nicht um eine abschliessende Regelung handelt und dass die Kantone grundsätzlich befugt sind, im Rahmen des (zur Zeit noch weitgehend vom kantonalen Recht beherrschten) Verfahrensrechts abweichende Bestimmungen zu erlassen bzw. zur Anwendung zu bringen (zu den rechtlichen Grundlagen von Beweisverboten ROBERTO FORNITO, Beweisverbote im schweizerischen Strafprozess, Diss. St.Gallen 2000, S. 69 ff.). Insofern kann man sich fragen, ob die Vorinstanz von einem zutreffenden Ansatz ausgegangen ist, wenn sie ohne Weiteres die verfassungsrechtlichen Grundsätze zur Verwertung von widerrechtlich erlangten Beweismitteln im Allgemeinen zur Anwendung gebracht hat, ohne vorab zu prüfen, ob bzw. welche spezifischen Sanktionen das kantonale Verfahrensrecht im Zusammenhang mit § 106c Abs. 3 StPO vorsieht.

Wie sich aus dem Folgenden denn auch ergibt, braucht auf die in BGE 131 I 272 wiedergegebene Praxis (die im Schrifttum auf Kritik gestossen ist, vgl. etwa WOHLERS, AJP 2006, S. 627 ff.) hier mangels Relevanz nicht abgestellt zu werden.

3.4a) Vorliegend geht es darum, ob Beweise, welche im Rahmen einer nicht entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen (§§ 106c ff. StPO) durchgeführten verdeckten Ermittlung gewonnen wurden, verwertet werden dürfen bzw. um die Frage, wie sich eine solche, nicht gesetzeskonform durchgeführte verdeckte Ermittlung allenfalls anderweitig im Strafverfahren auswirkt. Diese Frage beurteilt sich, wie der Beschwerdeführer zutreffend geltend macht, hier grundsätzlich noch nach kantonalem Recht. Ausgangspunkt ist § 106c Abs. 3 StPO der lautet:

"Die verdeckte Ermittlung darf das Entstehen des auf eine Straftat gerichteten Vorsatzes nicht fördern."

Welches die Folgen einer Missachtung dieses Verbotes sind, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Es stellt ein im Bereich des (Straf-)Prozessrechts regelmässig anzutreffendes Phänomen dar, dass an die Verletzung von Regeln über die Beweiserhebung keine Rechtsfolgen geknüpft werden (vgl. Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, vom 21.12.2005, BBl 2006, 1085 ff., Ziff. 2.4.1.1, zu Art. 139; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel u.a. 2005, § 60 Rz 5). Dabei handelt es sich indessen nicht um ein "qualifiziertes Schweigen" des Gesetzgebers, sondern um (echte) *Gesetzeslücken*, die vom Richter im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB zu schliessen sind (vgl. FORNITO, a.a.O., S. 78 f.; allgemein zur Schliessung von *prozessrechtlichen* Gesetzeslücken BGE 122 I 254 E. 6a; für das Strafprozessrecht HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, a.a.O., § 6 Rz 6 ff., 10).

b) Bei der Schliessung der Lücke im Zusammenhang mit der zu § 106c Abs. 3 StPO gehörenden Sanktion ist zunächst zu beachten, dass es um eine spezifische Form eines unrechtmässig erlangten Beweismittels geht. Die Besonderheit der verdeckten Ermittlung besteht darin, dass dabei auf das später zu beurteilende Tatgeschehen selbst Einfluss genommen wird. Insofern, als dabei durch Kontaktierung einer zur Begehung einer Straftat mutmasslich bereiten Person (Zielperson) auf deren Willensbildung oder Willensbetätigung Einfluss genommen wird, liegt es sachlich gesehen nahe, die Folgen allfälliger Überschreitungen der gesetzlichen Regeln (konkret des Verbots der Förderung des konkreten Tatvorsatzes) nicht auf der Stufe der Abklärung des Sachverhaltes (also durch ein Beweisverbot), sondern im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens bei der Strafzumessung zu regeln. Dies ist auch der Lösungsansatz, welchem der eidgenössische Gesetzgeber beim Erlass des BG über die verdeckte Ermittlung (BVE; SR 312.8) gefolgt ist: Art. 10 Abs. 4 BVE bestimmt, dass das Überschreiten der Schranken des zulässigen Verhaltens durch den verdeckten Ermittler bei der Strafzumessung für die beeinflusste Person gebührend zu berücksichtigen ist; gegebenenfalls ist von Strafe ganz abzusehen. Bei dieser Betrachtungsweise ist die Frage nach der Verwertbarkeit der Beweise vom Gesetz implizite bereits (positiv) beantwortet; die Rechtsfolgen der übermässigen Einwirkung auf den Willen der Zielperson setzen erst (und ausschliesslich) auf der Ebene der Strafzumessung

(bzw. Strafbefreiung) ein. Die nämliche Regelung liegt sodann auch dem Entwurf zu einer schweizerischen Strafprozessordnung (vom 21. Dezember 2005) zu Grunde (vgl. Art. 292 Abs. 4 des Entwurfs; BBl 2006, S. 1479), in die das BVE dereinst integriert werden soll.

Zwar ist die dieser gesetzlichen Regelung zugrundeliegende bundesgerichtliche Praxis (BGE 116 IV 296, 124 IV 39) im Schrifttum seinerzeit auf Kritik gestossen. So wurde dagegen ausgeführt, bei den unerlaubten Aktivitäten eines Lockspitzels handle es sich nicht um gewöhnliche Anstiftungshandlungen, sondern um ein missbräuchliches Verhalten, welches sich der Staat anrechnen lassen müsse (vgl. PETER ALBRECHT, Kommentar Strafrecht, Sonderband Betäubungsmittelstrafrecht, Bern 1995, Art. 23 N 20). Dem ist entgegenzuhalten, dass auch ein missbräuchliches Verhalten eines verdeckten Ermittlers sachlich eine Anstiftungshandlung darstellen kann. Ferner ist es durchaus möglich, ein solches Handeln (z.B. unter Berücksichtigung der damit verbundene Intensität der Beeinflussung) im Hinblick auf das (insofern reduzierte) Verschulden der Zielperson einzuordnen und insofern dem Staat anzurechnen. Die entsprechende Kritik erweist sich als nicht stichhaltig.

c) Das BVE stand allerdings im Zeitpunkt der Tatbegehung noch nicht in Kraft und ist somit im vorliegenden Fall nicht unmittelbar anwendbar. Dies schliesst jedoch die Berücksichtigung der darin getroffenen Regelung nicht aus. So ist die inhaltliche Berücksichtigung bereits verabschiedeter, aber (im relevanten Zeitpunkt) noch nicht in Kraft stehender Gesetzesbestimmungen möglich und unter Umständen sogar geboten, so etwa dann, wenn - wie hier - die anwendbare Norm (§ 106c Abs. 3 StPO) die zu beantwortende Frage selber nicht beantwortet. Im Rahmen der hier vorzunehmenden Lückenfüllung (vgl. oben lit. a) ist es zulässig und angebracht, im Sinne einer "Vorwirkung" und gewissermassen als Ausdruck einer allgemein anerkannten Rechtsauffassung auf die im fraglichen Zeitpunkt zwar bereits beschlossene, aber noch nicht anwendbare gesetzliche Regelung als Ausdruck einer allgemein anerkannten Rechtsauffassung vorzugreifen (vgl. ZK-DÜRR, ZGB Art. 1 N 253 ff.).

Im Übrigen war bereits im Rückweisungsentscheid vom 21. Juli 2005 (S. 8) darauf hingewiesen worden, dass das BVE als Auslegungshilfe zu den kantonalrechtlichen Bestimmungen herangezogen werden könne. Das Obergericht hat sich (Urteil S. 89 oben) darauf bezogen und seinerseits darauf hingewiesen, dass Art. 10 Abs. 4 BVE die alte Streitfrage, ob ein Überschreiten der Schranken des zulässigen Verhaltens durch den verdeckten Ermittler ein Beweisverwertungsverbot zur Folge habe oder bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sei, klar und bindend regle. Dem ist im Sinne des oben Ausgeführten zuzustimmen.

3.5 Nachdem das Obergericht die Tatsache der Überschreitung der Verbotsnorm von § 106c Abs. 3 StPO im Rahmen der Strafzumessung strafmindernd gewürdigt hat (vorstehend Ziff. 3.2 am Ende), hat es sich insoweit im Ergebnis an die anwendbaren Vorgaben gehalten. Daraus folgt, dass die hier erhobene Rüge unbegründet ist.

4. Mit seiner weiteren Rüge (Beschwerde Ziff. IV.3.2, S. 15 ff.) macht der Beschwerdeführer geltend, das Obergericht sei bei der von ihm vorgenommenen Interessenabwägung zu Unrecht zum Schluss gekommen, dass die in Frage stehenden Beweismittel verwertbar seien. Zum einen verhalte es sich nicht so, dass das rechtswidrig erhobene Beweismittel auch auf gesetzmässigem Weg erreichbar gewesen wäre (Ziff. 3.2.1), und zum anderen leide auch die vom Obergericht vorgenommene Interessenabwägung an gravierenden Mängeln (Ziff. 3.2.2).

Aus dem vorstehend (Ziff. 3.4) Ausgeführten folgt, dass unter den hier gegebenen Umständen (und unter Vorgreifung auf die Regelung von Art. 10 Abs. 4 BVE) eine Abwägung der Interessen unterbleiben konnte, indem der Umstand der unrechtmässigen Erhebung von Beweisen (in Form der Überschreitung des zulässigen Masses der Beeinflussung durch den verdeckten Ermittler) von vornherein (nur) bei der Strafzumessung zu berücksichtigen ist; die prozessuale Verwertbarkeit der gewonnenen Beweismittel wird insofern vorausgesetzt. Damit kann offen bleiben, ob die gerügten Mängel vorliegen oder nicht.

5. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde in allen Teilen als unbegründet und ist abzuweisen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens (einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung) sind ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 800.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 336.-- Schreibgebühren,
Fr. 152.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens (einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung) werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Obergericht des Kantons Zürich (I. Zivilkammer), Bezirksgericht Zürich (Einzelrichterin in Strafsachen), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: