



Kass.-Nr. AC050042/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Paul Baumgartner und Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 21. Juli 2005

in Sachen

X.,

....,

Angeklagter, Appellant 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 Handlungen mit Kindern etc.

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. November 2004 (SB040478/U/eh)

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 beim vermeintlich 14-jährigen "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 lautet 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. Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende, rechtzeitig angemeldete und begründete Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher der Beschwerdeführer beantragt, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Sache sei (sinngemäss zur Neuurteilung) an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Vorinstanz und Staatsanwaltschaft haben auf Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 9, 10).

4. Im Hinblick auf § 3 Abs. 2 Schlussbestimmungen des Gesetzes über die Teilrevision der Strafprozessgesetzgebung vom 27. Januar 2003 (OS 59, 22 ff., 49) erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde ohne weiteres als zulässig, nachdem die Berufung am 9. September 2004 (ER act. 28) erklärt worden war.

II.

1. Umstritten ist im Beschwerdeverfahren einzig die Frage, ob - wie das Obergericht annahm - der der Anklage wegen versuchter sexueller Handlungen mit Kindern zugrundeliegende Chat- und E-Mail-Verkehr des Beschwerdeführers mit einem Polizeibeamten als Beweismittel verwertbar ist oder aber einem Beweisverwertungsverbot unterliegt, wie die Einzelrichterin angenommen hatte.

Der Beschwerdeführer beruft sich in diesem Zusammenhang auf die §§ 106c ff., insbesondere 106e Ziff. 3 sowie 106c Abs. 1 und 3 StPO; ferner auf Art. 9 BV (Willkürverbot), den Grundsatz "in dubio pro reo" und das Verbot der willkürlichen Beweiswürdigung und schliesslich auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und des fairen Verfahrens (Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK). In der Verletzung all dieser Bestimmungen erblickt er den Nichtigkeitsgrund von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO (Beschwerde S. 2). Dem Aufbau des Berufungsurteils folgend

wird diese Frage in der Beschwerde unter drei Gesichtspunkten thematisiert (Beschwerde S. 3/4; nachfolgend Ziff. 3 bis 5).

2. Am 7. Januar 2003 hatte die Bezirksanwaltschaft Zürich, Hauptabteilung 2, gestützt auf § 106d Abs. 1 Ziff. 2 StPO eine verdeckte Ermittlungsmassnahme des Inhaltes angeordnet, dass sich "Beamte und Beamtinnen der Kinderschutzgruppe der Stadtpolizei Zürich [...] unter veränderter Identität als Personen unter 16 Jahren in dem unter der Internetadresse 'www.xxx.ch' betriebenen Chat an(melden) und [...] sich wie die übrigen Teilnehmer in diesem Chat (bewegen). Sie führen Chat-Gespräche mit den übrigen Chat-Teilnehmern und können Treffen mit diesen vereinbaren, wobei das Entstehen eines auf eine Straftat gerichteten Vorsatzes nicht gefördert werden darf" (act. 1/2 S. 2). Am 23. Januar 2003 genehmigte der Präsident der Anklagekammer diese Anordnung, u.a. mit der Einschränkung, dass die Ermittler "einzelnen Chat-Teilnehmern Kontakte mit Personen unter 16 Jahren nur anbieten dürfen, falls bei diesen Chat-Teilnehmern aufgrund ihres Auftretens und Verhaltens davon ausgegangen werden muss, dass sie Kontakt zu unter 16-jährigen Partnern suchen" (act. 1/7 S. 5; vgl. angefochtenes Urteil S. 13/14). Der Inhalt der Gespräche ist wiedergegeben auf S. 19 ff. des angefochtenen Urteils.

Unbestritten ist, dass sich der vorliegende Sachverhalt nach den Bestimmungen von §§ 106c ff. StPO (in der Fassung vom 15. Januar 2001) beurteilt; das BG über die verdeckte Ermittlung (BVE) vom 20. Juni 2003 ist auf den 1. Januar 2005 in Kraft getreten und findet daher keine Anwendung, ebensowenig wie die gleichfalls auf den 1. Januar 2005 in Kraft getretene Änderung von § 106e StPO vom 27. Januar 2003.

3. Als erstes ist die Frage zu prüfen, ob es im vorliegenden Fall einer richterlichen Genehmigung für das in Frage stehende Vorgehen der Polizei bedurfte, was die Vorinstanz in ihrer Hauptbegründung verneinte (Urteil S. 14 ff., 16), der Beschwerdeführer jedoch bejaht (Beschwerde Ziff. 2, S. 11 ff.).

a) Das Obergericht erörterte zunächst die Frage, ob das Vorgehen der Ermittlungsbehörde im Zusammenhang mit ihrem Auftritt im Chatroom überhaupt

die materiellen Voraussetzungen einer verdeckten Ermittlung im Sinne der §§ 106c ff. StPO erfülle und erwog dazu, dies erscheine (namentlich im Hinblick auf die erforderliche Intensität des polizeilichen Einsatzes) zwar als fraglich, könne jedoch offen gelassen werden. Weiter hielt das Obergericht fest (Urteil S. 15), die Ermittlung sei zunächst nicht gegen den Beschwerdeführer, sondern gegen Unbekannt geführt worden, womit es sich um Vorfeldermittlungen von Strafuntersuchungen gehandelt habe. Zur Anordnung solcher Ermittlungen sei gemäss § 106d Abs. 1 Ziff. 1 StPO zwar grundsätzlich das Polizeikommando zuständig, jedoch schade es nicht, dass im vorliegenden Fall die Bezirksanwaltschaft (als "übergeordnete" Behörde) die fragliche Verfügung erlassen habe.

Sodann prüfte das Obergericht die Notwendigkeit der richterlichen Genehmigung nach § 106e StPO (Urteil S. 15 f.). Jene Beamten und Beamtinnen - so das Obergericht -, welche sich unter dem Pseudonym "Marco X" bei "xxx.ch" einloggen, benötigten dafür keine Urkunden, die zur Begründung einer "Legende" hergestellt oder benutzt werden mussten. Weiter habe es sich bei allen beteiligten Personen um Polizeiangehörige gehandelt, und schliesslich seien sie auch nicht "im Rahmen der Beweisaufnahme in der Strafuntersuchung" eingesetzt worden, nachdem noch gar keine konkrete Strafuntersuchung gegen eine bestimmte Person eröffnet gewesen sei. Die Beweisaufnahme sei erst im Zusammenhang mit der gegen den Beschwerdeführer geführten Strafuntersuchung erfolgt, wo es zu einer Hausdurchsuchung beim Beschwerdeführer und zur Beschlagnahme des Computers kam; all dies habe nichts mit einer Überwachungsmassnahme im Sinne von § 104 StPO zu tun. Da somit vorliegend keiner der in § 106e StPO aufgeführten Fälle vorliege, habe es auch keine richterliche Genehmigung gebraucht, weshalb die in der Verfügung des Präsidenten der Anklagekammer genannten Einschränkungen keinerlei Wirkung hätten (Urteil S. 16).

b) Zur Begründung seiner Rüge macht der Beschwerdeführer geltend, der Präsident der Anklagekammer habe die Notwendigkeit der richterlichen Genehmigung auf § 106e Ziff. 3 StPO gestützt. Damit habe er die verdeckte Ermittlung von Polizeibeamten im Internet in einem an sich legalen Chat der vorliegenden Art als Beweisaufnahme in einer Strafuntersuchung betrachtet. Mit seinem kon-

kreten Vorgehen bzw. der angeordneten Einschränkung habe der Präsident der Anklagekammer eindeutig die Beweisaufnahme gegen individuell bestimmte Chat-Teilnehmer im Blickpunkt gehabt.

Auch die Untersuchungsbehörde - so der Beschwerdeführer weiter - habe die verdeckten Ermittlungsmassnahmen im xxx.ch nicht nur im Rahmen von Vorermittlungen, sondern auch im Rahmen der Beweisaufnahme als erforderlich betrachtet. So habe sie die von ihr angeordnete verdeckte Ermittlung unter anderem ausdrücklich damit gerechtfertigt, dass nur durch eine Verwendung der Chat-Korrespondenz und allenfalls der durch die verdeckten Ermittler gewonnen Erkenntnisse als Beweismittel im Strafprozess dem Täter nachgewiesen werden könne, welches der Zweck des von ihm geplanten Treffens (nämlich: Vornahme sexueller Handlungen mit einem unter 16-Jährigen) gewesen sei. Erklärtes und zentrales Ziel der verdeckten Ermittlung sei es demnach gewesen, einem Täter nachzuweisen, was der Zweck des Treffens gewesen sei, was Teil der Beweisaufnahme sei. Daran ändere nichts, dass im Zeitpunkt der Anordnung der Massnahme noch kein Tatverdacht gegen den Beschwerdeführer bestanden habe. Die gegenteilige Betrachtungsweise sei überspitzt formalistisch und verkenne den spezifischen Charakter der verdeckten Ermittlung im vorliegenden Kontext. Sobald ein verdeckter Ermittler sich entscheide, einem bestimmten Chat-Teilnehmer Kontakt mit einer unter 16-jährigen Person anzubieten bzw. als diese Person aufzutreten, werde die Grenze zwischen Vorermittlung und Untersuchung überschritten und beginne die Beweisaufnahme gegen einen bestimmten Verdächtigen, wobei die mit dem Ermittler geführte Chat- und E-Mail-Korrespondenz das zentrale Beweismittel darstelle. Hätte es der Ermittler in der Hand, selbst zu bestimmen, wann und unter welchen Umständen er in einem Chat als Kind unter 16 Jahren auftreten dürfe, um mit einem derartigen Köder Täter zu überführen, und müsste er erst in einem späteren Zeitpunkt eine richterliche Genehmigung einholen, würde - so der Beschwerdeführer - die Funktion dieser Genehmigung ausgehöhlt und auf das Absegnen vollendeter Tatsachen reduziert.

c) Vorliegend kommt als Anwendungsfall für eine genehmigungsbedürftige verdeckte Ermittlung einzig § 106e Abs. 1 Ziff. 3 StPO in Betracht. Danach bedarf

es einer Genehmigung durch den Präsidenten der Anklagekammer, soweit es um den "Einsatz von Personen, die verdeckt ermitteln, im Rahmen der Beweisaufnahme in der Strafuntersuchung" geht. Strittig ist dabei, ob der Einsatz noch im Rahmen des "Vorfelds von Strafuntersuchungen" oder schon als Teil der Strafuntersuchung im Sinne einer Beweisaufnahme (und somit unter Genehmigungspflicht) erfolgte.

aa) Für letzteres spricht zunächst die Tatsache, dass sowohl die anordnende Behörde (Bezirksanwaltschaft) wie auch der Präsident der Anklagekammer, welcher die Genehmigung erteilte, ausdrücklich bzw. implizite davon ausgingen, es liege eine genehmigungsbedürftige verdeckte Ermittlung im Sinne des Gesetzes vor. Schon damals wurde darauf hingewiesen, dass die Massnahme "im Rahmen der Vorermittlungen und der Beweisaufnahme" erforderlich sei und dass nur durch Verwendung der Chat-Korrespondenz und allenfalls weiterer Erkenntnisse der verdeckten Ermittler als Beweismittel der Nachweis einer relevanten Absicht zu erbringen sein werde (vgl. act. 1/2 S. 2). Diese Vorabwürdigung der Ermittlungs- bzw. Genehmigungsinstanz ist zwar für die sachrichterlichen Instanzen nicht notwendigerweise verbindlich, bildet aber zumindest einen wesentlichen Anhaltspunkt, der nur durch triftige Gegenargumente widerlegt werden kann.

bb) Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die Umschreibung "im Rahmen der Beweisaufnahme in der Strafuntersuchung" nicht so zu verstehen ist, dass erst mit der (heute gemäss § 22 Abs. 4 revStPO formellen, früher informellen) *Eröffnung der Untersuchung* durch die Untersuchungsbehörden (im damaligen Zeitpunkt Bezirksanwaltschaft, heute Staatsanwaltschaft) gegen eine bestimmte Person als Angeschuldigte von genehmigungsbedürftiger verdeckter Ermittlung gesprochen werden kann, nicht aber während vorangehenden polizeilichen Ermittlungen. Dagegen spricht schon die Gesetzessystematik, gemäss welcher "Untersuchung" der Oberbegriff ist, worunter sowohl polizeiliche (Vor-)Ermittlungen als auch die Untersuchung im Rahmen der bezirks- bzw. staatsanwaltschaftlichen Tätigkeit fällt (vgl. Titel vor § 20 StPO: "II. Abschnitt: Untersuchung").

Dass es sich bei verdeckter Ermittlung auch schon in diesem ersten Verfahrensstadium um genehmigungsbedürftige Akte handelt, folgt im weiteren daraus,

dass es sich dabei um eine Form der Beweisaufnahme handelt; der Sinn der verdeckten Ermittlung ist es (u.a.) gerade, im Hinblick auf die Weiterführung der Untersuchung, die allfällige Anklageerhebung und schliesslich die Verurteilung, Beweismaterial zu sammeln, wie der vorliegende Fall belegt. Grundsätzlich fallen denn auch der ermittelnden und der untersuchenden Tätigkeit die gleichen Aufgaben zu, nämlich die Eruierung des Sachverhaltes und der Täterschaft (vgl. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel/ Genf/München 2005, § 75 N 33). Dabei kann keine Rolle spielen, ob die Ermittlungen von Anfang an gegen eine oder mehrere namentlich bekannte Personen aufgenommen wurden oder ob erst als Folge der verdeckten Ermittlung ein bestimmter Tatverdacht in persönlicher Hinsicht begründet wird. Genehmigungsbedürftig ist die Art der Ermittlung als solche. Sodann ist auszuschliessen, dass es im vorliegenden Fall lediglich um präventive polizeiliche Tätigkeit im Sinne der Gefahrenabwehr ging, bei welcher keine richterliche Genehmigungspflicht besteht (betr. Abgrenzung repressiver Ermittlungsmassnahmen zu Präventivmassnahmen ROBERTO ZALUNARDO-WALSER, Verdeckte kriminalpolizeiliche Ermittlungsmassnahmen unter besonderer Berücksichtigung der Observation, Zürich 1998, S. 15/16; siehe auch DONATSCH/WEDER/HÜRLIMANN, Die Revision des Zürcher Strafverfahrensrechts vom 27. Januar 2003, Zürich 2005, S. 14); dagegen spricht nur schon die erwähnte Zielsetzung der Ermittlungsbehörden selber (Sammlung von Beweisen).

cc) Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass nach den Bestimmungen des BVE ausdrücklich sowohl der verdeckte Einsatz während der polizeilichen Vorbereitungsphase wie auch derjenige im eigentlichen Strafverfahren erfasst und der richterlichen Genehmigungspflicht unterstellt wird (Art. 7, 17 BVE; vgl. SCHMID, Strafprozessrecht, 4. Auflage Zürich 2004, N 772d ff.). Auch dies dokumentiert die Notwendigkeit, verdeckte Ermittlung im Rahmen polizeilicher Vorermittlungen der richterlichen Genehmigungspflicht zu unterstellen, was als Auslegungshilfe zu § 106e Abs. 1 Ziff. 3 StPO herangezogen werden kann.

d) Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass - entgegen der von der Vorinstanz vertretenen Auffassung - von einer genehmigungsbedürftigen ver-

deckten Ermittlung auszugehen ist. Indem das Obergericht dies verkannt hat, hat es gesetzliche Prozessformen im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO verletzt. Nachdem es sich dabei jedoch lediglich um eine von mehreren Begründungen handelt und das Obergericht auch für den Fall der Genehmigungsbedürftigkeit der verdeckten Ermittlung die Verwertbarkeit der polizeilichen Erkenntnisse geprüft und bejaht hat (vgl. Urteil S. 16), führt dieser Nichtigkeitsgrund noch nicht zur Gutheissung der Beschwerde.

4. Im weiteren macht der Beschwerdeführer geltend (Beschwerde Ziff. 1, S. 4 ff.), der unter dem Pseudonym "Marco X" auftretende Polizeibeamte habe die in der Genehmigungsverfügung des Präsidenten der Anklagekammer aufgeführte, oben (Ziff. 2) wiedergegebene Einschränkung bzw. Auflage verletzt.

a) Das Obergericht hat in diesem Zusammenhang zunächst auf die im Zusammenhang mit Scheinkäufen von Betäubungsmitteln herausgebildeten Regeln (Verbot der Tatprovokation) hingewiesen und diese als ohne weiteres auch auf die verdeckte Ermittlung in einem Internet-Chatroom anwendbar erklärt (Urteil S. 25 ff., insbes. 27). Es gelangte zum Schluss, eine (unzulässige) Förderung des Vorsatzes des Beschwerdeführers seitens der Ermittlungsbehörden habe nicht vorgelegen. Im weiteren untersuchte es (Urteil S. 30 ff., Erw. 4), ob entsprechend der Auflage des Präsidenten der Anklagekammer vor der Nennung des Alters von 14 Jahren durch die Ermittlungsbehörde genügend konkrete Anhaltspunkte dafür bestanden hätten, dass der Beschwerdeführer ein sexuelles Treffen mit einem noch nicht 16-jährigen Knaben suche.

Das Obergericht weist darauf hin, dass Personen, welche sexuellen Kontakt zu unter 16-Jährigen suchen, dies in einem öffentlichen Chat bzw. auf einer öffentlich zugänglichen Homepage aus nahe liegenden Gründen kaum direkt ansprechen. Diese Überlegung habe die Ermittlungsbehörde miteinbeziehen müssen; sie habe ihre Aufmerksamkeit deshalb auch Personen zuwenden müssen, welche diese Absicht im Chat oder auf ihrer eigenen Seite nicht explizit aussprachen, deren Verhalten aber sonstwie auf ein solches Vorhaben hindeutete. Weiter vertritt die Vorinstanz die Auffassung, dass die Formulierung auf der Homepage des Beschwerdeführers (vgl. Urteil S. 17/18), er suche "junge Boys" ohne Alters-

begrenzung nach unten, zweifellos den Verdacht habe aufkommen lassen, dass er (auch) an Kontakten zu noch nicht 16-jährigen Knaben interessiert sei; dafür spreche auch die Antwort auf eine entsprechende Frage in der Untersuchung, wonach er habe "schauen wollen, was denn da so komme" (Urteil S. 31 u.H.a. auf act. 8/1 S. 3). Zusammenfassend habe der Beschwerdeführer von Anfang an (auch) jemanden ausgesucht, dessen Alter 16 Jahre gewesen sei, womit ihm habe klar sein müssen, dass er sich in einem - zwar noch legalen - Grenzbereich bewegt habe. Nicht zu verkennen sei auch, dass er den Kontakt mit "Marco" über "xxx.ch" gesucht habe, womit klar sei, dass er (auch oder vorwiegend) an sexuellen Kontakten interessiert gewesen sei. Dass der Beschwerdeführer im Wissen um die Schutzaltersgrenze "Marco X" ein Treffen mit sexuellem Hintergrund angeboten habe, ohne nachzufragen, ob dieser das 16. Altersjahr bereits vollendet hatte, habe von Beginn weg den konkreten Verdacht begründet, dass der Beschwerdeführer die Absicht hegte, sexuelle Kontakte (auch) zu noch nicht 16-jährigen herzustellen. Somit sei die Auflage des Präsidenten der Anklagekammer beachtet worden (Urteil S. 32).

b) Zur Begründung seiner Rüge führt der Beschwerdeführer aus (Beschwerde S. 4 ff.), mit der Einschränkung in der Genehmigungsverfügung habe u.a. verhindert werden sollen, dass Chat-Teilnehmer, welche sich zwar grundsätzlich an das Schutzalter halten wollten, für die aber Angebote von unter 16-jährigen Partnern eine Verlockung darstellten, in Versuchung geführt und zu einer Straftat verleitet würden. Insbesondere sei klargelegt worden, dass nicht jeder Verdacht genüge, sondern dass zumindest ein *sehr starker, erhärteter, qualifizierter Verdacht* bestehen müsse; aus dem Auftreten und Verhalten der Chat-Teilnehmer müsse zumindest auf eine *sehr hohe Wahrscheinlichkeit* geschlossen werden können, dass dieser sexuelle Kontakte zu unter 16-jährigen Partnern suche. Aufgrund des ins Internet gestellten Profils von "Marco X" habe der Beschwerdeführer gewusst, dass jener 16 Jahre alt gewesen sei, wovon auch die Vorinstanz ausgehe. Der Kontakt zu "Marco X" sei vom Beschwerdeführer im Chat am 27. Januar 2003, 11.30 (recte: 11.13) Uhr, aufgenommen worden. Das weitere Gespräch habe zwischen "heiku" (= Beschwerdeführer) und "Marco X" um 11.21 Uhr

vorläufig mit einer Nachricht des Beschwerdeführers geendet, welche keinen Hinweis dafür ergebe, dass er Kontakt zu einem unter 16-Jährigen suche.

Der sogenannte "Marco X" habe sich, so der Beschwerdeführer weiter, anfänglich als Person ausgegeben, die das Schutzalter bereits überschritten hatte. Damit habe der verdeckte Ermittler nicht annehmen dürfen, der Beschwerdeführer missachte mit seiner Kontaktaufnahme das Schutzalter und suche auch nach Kontakten mit unter 16-Jährigen. Nach der letzten Nachricht des Beschwerdeführers vom 27. Januar 2003, 11.21 Uhr, habe es beinahe anderthalb Stunden, nämlich bis 12.48 Uhr gedauert, als "Marco" den Beschwerdeführer erneut kontaktiert habe mit der Nachricht: "Ich bin im Oktober 14 Jahre alt geworden". Dies mache klar, dass die Mitteilung nicht im Verlaufe eines Chat-Gesprächs erfolgt sei; es habe sich auch nicht um die Antwort auf eine vom Beschwerdeführer gestellte Frage nach dem Alter, sondern um eine neue Kontaktaufnahme gehandelt, nachdem sich der verdeckte Ermittler anderthalb Stunden Zeit genommen hatte, um zu überlegen ob, und wenn ja, wie er den Kontakt mit dem Beschwerdeführer wieder aufnehmen solle.

Auch die Berufungsinstanz anerkenne, dass es anderthalb Stunden gedauert habe, bis sich der verdeckte Ermittler wieder gemeldet habe; sie gehe aber davon aus, es sei nicht ersichtlich, weshalb in der blossen Mitteilung des Alters ein Angebot für sexuelle Kontakte oder nur schon eine Aufforderung zur konkreten Kontaktnahme liegen solle. Dies gehe jedoch an der erwähnten Einschränkung gemäss Verfügung des Anklagekammerpräsidenten vorbei. Weder ergebe sich daraus, dass der verdeckte Ermittler mit einer unter dem Schutzalter liegenden Altersangabe ein ausdrückliches Angebot für einen sexuellen Kontakt verbinden, noch, dass er eine Aufforderung für eine konkrete Kontaktaufnahme machen müsse. Da in jenem Chat primär Sexpartner gesucht würden, müsse grundsätzlich bei jeder Kontaktnahme ein sexueller Zweck vermutet werden, auch wenn dies nicht ausdrücklich ausgesprochen werde. Letztlich stelle auch die Berufungsinstanz nicht in Abrede, dass die Mitteilung "Ich bin im Oktober 14 Jahre alt geworden" in einem von Sexualität geprägten Kontext erfolgt sei. Damit sei - so der Beschwerdeführer - die nach einer Pause von knapp anderthalb Stunden vom

verdeckten Ermittler dem Beschwerdeführer gegenüber mitgeteilte Altersangabe entgegen der Auffassung der Vorinstanz ein Kontaktangebot im Sinne der genannten Einschränkung der Genehmigungsverfügung gewesen.

Unbehelflich ist nach Auffassung des Beschwerdeführers das Argument, wonach die Ermittlungsbehörden ihre Aufmerksamkeit auch solchen Personen hätten zuwenden müssen, die ihre Absicht (sexuelle Kontakte mit unter 16-Jährigen) nicht explizit äusserten. Zu beurteilen sei, unter welchen Voraussetzungen sie einem Chat-Teilnehmer ein Kontaktangebot einer Person unter 16 Jahren machen durften; dafür genüge jedoch "ein Verhalten, das sonstwie auf ein solches Vorhaben hindeute" nicht. Wie dargelegt habe es vielmehr eines sehr starken, qualifizierten und erhärteten Verdachts bedurft, während blosser Anhaltspunkte und Verdachtsmomente nicht genügten. Die Frage, ob ein hinreichender Verdacht im Sinne der Einschränkung der Genehmigungsverfügung bestanden hatte, beurteile sich ausschliesslich aufgrund der dem Ermittler im Anfangsstadium vor dem Zeitpunkt der Altersangabe mit 14 Jahren bekannten Anhaltspunkte; demgegenüber begründe das Obergericht den Verdacht mit erst nachträglich entstandenen Anhaltspunkten, nämlich mit Hinweisen auf die Einvernahmen des Beschwerdeführers während der Untersuchung. Damit würden zwei Zeitebenen in unzulässiger Weise vermischt.

Zusammenfassend vertritt der Beschwerdeführer die Auffassung, dass sich die Polizei über die vom Präsidenten der Anklagekammer erlassenen Einschränkungen hinweggesetzt und damit - die richterliche Genehmigungspflicht vorausgesetzt - § 106c Abs. 3 StPO verletzt habe, was im übrigen vom Kassationsgericht mit freier Kognition zu prüfen sei (Beschwerde S. 10).

c) Vorliegend geht es nicht unmittelbar um die Frage, ob die Vorgehensweise der Polizei das Entstehen des auf eine Straftat gerichteten Vorsatzes gefördert hat (§ 106c Abs. 3 StPO), sondern darum, ob der durch die Genehmigungsverfügung des Präsidenten der Anklagekammer konkret vorgegebene Handlungsspielraum beachtet wurde oder nicht (zum Verhältnis zwischen der allgemeinen gesetzlichen und der konkreten richterlichen Einschränkung der verdeckten Ermittlung vgl. nachfolgend Ziff. 5b). Nach der heute geltenden Bestimmung von § 106e

Abs. 3 Satz 2 StPO kann dieser den Einsatz "unter Auflagen" genehmigen, wobei der Sinn solcher Auflagen darin bestehen wird, dem Grundsatz des Verbots der Tatprovozierung im Einzelfall Nachachtung zu verschaffen. Dass eine entsprechende Kompetenz schon zuvor - d.h. auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung - bestand, ist ohne weiteres zu bejahen.

In diesem Zusammenhang ist mit dem Beschwerdeführer davon auszugehen, dass dem Kassationsgericht bei der Prüfung der Frage der Einhaltung von Verfahrensvorschriften im Zusammenhang mit der verdeckten Ermittlung im Rahmen von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO grundsätzlich freie Kognition zukommt. Ob sich die Polizei an die sachlichen Einschränkungen bzw. Auflagen der Genehmigungsverfügung (bzw. an die schon Gesetzes wegen geltenden Vorgaben) gehalten hat oder nicht, ist nicht eine Frage der Beweiswürdigung, wie offenbar die Vorinstanz annimmt (Urteil S. 17 oben), sondern eine solche der richtigen Anwendung des Verfahrensrechts, konkret der Zulässigkeit eines Beweismittels. Insoweit kommt dem Kassationsgericht in jeder Hinsicht - also auch hinsichtlich allenfalls zu prüfenden Vorfragen bzw. Sachverhaltsfeststellungen - freie Kognition zu (vgl. ZR 95 Nr. 17; SCHMID, in Donatsch/ Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996, § 430 N 18).

d) Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass sich der verdeckte Ermittler durch sein Vorgehen im vorliegenden Fall nicht an die Auflage des Anklagekammerpräsidenten gehalten hat. Wie der Beschwerdeführer zutreffend geltend macht, war diesbezüglich festgelegt worden, dass entsprechende Kontakte nur angeboten werden dürften, falls bei den betreffenden Chat-Teilnehmern wegen des Auftretens und Verhaltens davon ausgegangen werden *musste*, dass sie Kontakt zu unter 16-jährigen Partnern suchten. Es bedurfte also - worauf der Beschwerdeführer zu Recht hinweist - nicht nur eines einfachen, sondern eines qualifizierten, erhärteten Verdachts des vorbestehenden Vorsatzes ("... ausgegangen werden muss"; vgl. im auch S. 4 der Genehmigungsverfügung "... klar darauf schliessen lässt"). Ein solcher (qualifizierter) Verdacht lässt sich der hierfür massgeblichen Korrespondenz zwischen "Marco" und dem Beschwerdeführer bis zum fraglichen Zeitpunkt jedoch nicht entnehmen. Ebenfalls zu Recht

weist der Beschwerdeführer darauf hin, dass es insofern nicht auf allfällige spätere Aussagen des Beschwerdeführers in der Untersuchung ankommen kann, sondern dass zu prüfen ist, ob sich der verdeckte Ermittler im damaligen Zeitpunkt an die entsprechenden Auflagen gehalten hat, mithin von einem entsprechenden Vorsatz beim Beschwerdeführer ausgehen durfte (so schon einzelrichterliches Urteil S. 4 unten; vgl. auch SJZ 89 [1993] S. 71, Erw. 3.2).

Eine Analyse der in Frage stehenden Korrespondenz (Urteil S. 19) lässt erkennen, dass der Kontakt vom Beschwerdeführer initiiert wurde, wobei zunächst keine Bezugnahme auf das Alter von "Marco" erfolgte; dieser hatte in seinem Benutzerprofil sein Alter mit "16 Jahren" angegeben (Urteil S. 18). Nachdem der Beschwerdeführer am 27. Januar 2003, 11.21 Uhr, sein Alter sowie seine körperlichen Merkmale (Grösse, Gewicht, Augenfarbe) erwähnt hatte, verbunden mit der Frage nach weiterem Kontakt, trat eine annähernd anderthalbstündige Pause ein. Unvermittelt teilte "Marco" dann um 12.48 Uhr mit: "Ich bin im Oktober 14 Jahre alt geworden." Dieser Verlauf belegt jedenfalls nicht mit der erforderlichen (siehe oben) Klarheit, dass der Beschwerdeführer bereits vor dieser Mitteilung den Vorsatz gefasst hatte, Kontakt mit einem unter 16-jährigen Partner zum Zweck der Vornahme sexueller Handlungen aufzunehmen. Zwar lässt sich ein solcher Vorsatz auch nicht ausschliessen, doch ist dies nicht entscheidend. Mit der gleichen Wahrscheinlichkeit kann jedenfalls gesagt werden, der Beschwerdeführer habe angenommen, es handle sich bei "Marco" um einen 16-Jährigen (als was er sich ausgegeben hatte), und es genügt insofern nicht zu argumentieren (Urteil S. 31/32), es habe dem Beschwerdeführer klar sein müssen, dass er sich in einem "zwar noch legalen" Grenzbereich bewege. Ausdrücklich offen gelassen hat das Obergericht dabei die Frage, ob in der Homosexuellen-Szene die Altersangabe von 16 Jahren als deutlicher Hinweis darauf verstanden werde, dass es sich tatsächlich um noch jüngere Burschen handle.

Unhaltbar ist die Auffassung (Urteil S. 28), es sei nicht ersichtlich, weshalb in der blossen Mitteilung des Alters ein Angebot für sexuelle Kontakte habe liegen sollen. Unter den gegebenen Umständen musste diese Mitteilung offensichtlich als entsprechendes Angebot verstanden werden. Damit steht fest, dass sich der

verdeckte Ermittler nicht an die Auflage gemäss Genehmigungsverfügung des Präsidenten der Anklagekammer gehalten hat. Indem das Obergericht vom Gegenteil ausging, hat es auch insoweit den Nichtigkeitsgrund von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO erfüllt.

5. Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend (Beschwerde Ziff. 3, S. 14 ff.), entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei davon auszugehen, dass der verdeckte Ermittler mit der Mitteilung "Ich bin im Oktober 14 Jahre alt geworden" das Entstehen des Vorsatzes beim Beschwerdeführer gefördert und damit gegen § 106c Abs. 3 StPO verstossen habe.

a) Das Obergericht hat dazu festgehalten (Urteil S. 30), es könne nicht gesagt werden, durch die Ermittlungen der Polizeibehörden sei beim Beschwerdeführer eine deliktische Tätigkeit ausgelöst worden, zu der es sonst nicht gekommen wäre. Mit der Angabe des Alters von 14 Jahren sei von den Ermittlungsbehörden einzig auf die Konkretisierung des bereits vorhandenen Tatentschlusses eingewirkt worden. Eine Förderung des Vorsatzes liege somit nicht vor.

Nach Auffassung des Beschwerdeführers spielt es demgegenüber eine zentrale Rolle, dass es "Marco" war, der darauf hinwies, dass er 14 Jahre alt sei. Ein solches Angebot habe nur dann gemacht werden dürfen, wenn der Auftritt und das Verhalten des Teilnehmers zuvor klar darauf habe schliessen lassen, dass dieser Kinder für sexuelle Kontakte suche. Wenn sich vor einem entsprechenden Kontaktangebot nicht hinreichende Anhaltspunkte dafür ergäben, dass der andere Chat-Teilnehmer solche Kontakte suche, lasse sich nachher nicht mehr ausschliessen, dass dieser lediglich der Verlockung eines ihm vom verdeckten Ermittler gemachten Angebotes erlegen sei bzw. einer Versuchung nicht habe widerstehen können. Damit sei von der (unzulässigen) Förderung des strafrechtlich relevanten Vorsatzes auszugehen, denn es genüge, dass sich nicht ausschliessen lasse, dass ein Straftäter das Delikt unter unzulässiger Beeinflussung des V-Mannes verübt habe.

b) Wie schon erwähnt bestimmt das Gesetz in § 106c Abs. 3 StPO, dass die verdeckte Ermittlung das Entstehen des auf eine Straftat gerichteten Vorsatzes

nicht fördern darf. Dabei handelt es sich um ein *generell-abstraktes Verbot*, welches im vorliegenden Fall seine *konkrete Ausgestaltung* in der bereits zuvor abgehandelten Auflage gemäss Genehmigungsverfügung vom 23. Januar 2003 erfuhr (vgl. act. 1/7 S. 3 f.). Nachdem feststeht (vorn Ziff. 4), dass sich der verdeckte Ermittler nicht an diese Auflage gehalten hat, ist damit gleichzeitig gesagt, dass er (auch) das allgemeine Verbot der Förderung des Deliktvorsatzes missachtet hat, es sei denn, man unterstellte, dass die Genehmigungsverfügung über das allgemeine (gesetzliche) Verbot der Tatprovokation hinausging, wofür jedoch keine Anhaltspunkte vorliegen. Dementsprechend hatte denn auch die erste Instanz im beanstandeten Verhalten eine Verletzung von § 106c Abs. 3 StPO erkannt (OG act. 30 S. 7).

c) Auf die weitere Rüge der Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit bzw. des Fairnessgrundsatzes (Beschwerde Ziff. 6, S. 22), ist schon deshalb nicht weiter einzugehen, weil damit in der Sache keine neuen Vorbringen gemacht werden.

6. Zusammenfassend steht fest, dass das Obergericht zu Unrecht davon ausgegangen ist, dass es sich vorliegend nicht um eine der Genehmigungspflicht unterliegende verdeckte Ermittlung handle (vorstehend Ziff. 3), und dass es weiter auch zu Unrecht davon ausgegangen ist, die Ermittlungsbehörden hätten jedenfalls die von Gesetzes wegen bzw. aufgrund der Genehmigungsverfügung geltende Grenze zur unzulässigen (tatprovokierenden) Einwirkung auf den Vorsatz nicht überschritten (vorstehend Ziff. 4 und 5). Insofern ist die Nichtigkeitsbeschwerde begründet im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO, weshalb in Gutheissung der Beschwerde das angefochtene Urteil vom 15. November 2004 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Diese wird bei ihrem neuen Entscheid die zu den Folgen des unzulässigen verdeckten Ermittlung entwickelten Grundsätze (insbesondere SJZ 89 [1993] S. 73; BGE 124 IV 40 f.) zu beachten haben.

7. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens (einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung) auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wird das Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. November 2004 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen:
Fr. 378.-- Schreibgebühren,
Fr. 152.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens (einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung) werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, die Einzelrichterin in Strafsachen des Bezirkes Zürich und das Bundesamt für Polizei, Abteilung Bundeskriminalpolizei, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: