

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT BES.2016.186 vom 18. November 2016**

BS Appellationsgericht, 2016-11-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_BES.2016.186](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_BES.2016.186)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT BES.2016.186 du 18 novembre 2016

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT BES.2016.186 del 18 novembre 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Hebt das Bundesgericht einen kantonalen Entscheid auf und weist es die Sache an die kantonale Behörde zurück, hat diese ihrer neuen Entscheidung die rechtliche Begründung des Bundesgerichtsentscheids zugrunde zu legen. Dabei hat sie sich auf das zu beschränken, was sich aus den für sie verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichts als Gegenstand der neuen Entscheidung ergibt. Dieser ist insofern endgültig abgegrenzt (BGE 123 IV 1 E. 1 S. 3; 117 IV 97 E. 4a S. 104; Meyer/Dormann, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Auflage 2011, Art. 107 BGG N 18 f.; vgl. AGE SB.2015.71 vom 6. Februar 2018 E 1.1 und SB.2013.106 vom 27. Juni 2016 E. 1.1).

### **E. 2**

2.1 Das Appellationsgericht hatte seinen Nichteintretensentscheid vom 14. Juni 2017 wie folgt begründet: Die Rechtmässigkeit der von der Invalidenversicherung angeordneten Observation sei gemäss Art. 339 Abs. 2 lit. d StPO vom zuständigen Sachgericht zu beurteilen. Ein Entscheid über die Rechtmässigkeit von Beweisen stelle nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung einen Zwischenentscheid dar, gegen den Beschwerde ans Bundesgericht nur zulässig sei, wenn er einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil rechtlicher Natur darstelle, der auch durch einen für den Beschwerdeführer günstigen späteren Endentscheid nicht mehr behoben werden könne. Eine Ausnahme von dieser Regel sei gemäss Bundesgericht nur in Ausnahmefällen zu machen, z.B. wenn aufgrund des Gesetzes oder der Umstände des Einzelfalls die Rechtswidrigkeit des Beweismittels ohne weiteres feststehe. Wenn kein derartiger Ausnahmefall vorliege und eine Beschwerde ans Bundesgericht gegen den Zwischenentscheid ausgeschlossen sei, sei nicht ersichtlich, worin die eigenständige Wirkung eines entsprechenden Entscheids des Beschwerdegerichts liegen könne. Vorliegend habe der Beschwerdeführer nicht dargelegt und sei auch nicht ersichtlich, inwiefern das Verbleiben der Unterlagen betreffend die geheime Observation in den Akten einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil nach sich ziehen solle. Da nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung von Privaten rechtswidrig erlangte Beweismittel dann verwertbar seien, wenn sie von den Strafverfolgungsbehörden rechtmässig hätten erlangt werden können und kumulativ dazu eine Interessabwägung für deren Verwertung spreche, stehe die Rechtswidrigkeit der durch die Invalidenversicherung angeordneten Observation nicht ohne Weiteres fest. Es fehle daher an einem rechtlich geschützten Interesse des Beschwerdeführers an der Beurteilung dieser Frage durch das Beschwerdegericht.

2.2 Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid 1B\_266/2017 vom 5. Oktober 2017 für das Appellationsgericht bindend erkannt, dass nach dem Wortlaut und der Systematik von Art. 393 Abs. 1 lit. a und 394 lit. b StPO die Ablehnung des Aktenentfernungsgesuchs mit

strafprozessualer Beschwerde anfechtbar sei. Wollte man deren Zulässigkeit vom Erfordernis des nicht wieder gutzumachenden Nachteils abhängig machen, müsste man vom klaren Gesetzeswortlaut Abstand nehmen. Dies wäre nur zulässig, wenn triftige Gründe zur Annahme bestünden, dass er nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspreche (a.a.O. E. 2.4). Solche Gründe, die sich namentlich aus der Entstehungsgeschichte der Norm, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben könnten, seien vorliegend nicht gegeben. Das Zulässigkeitsersfordernis des nicht wieder gutzumachenden Rechtsnachteils gelte bei Beschwerden nach der StPO ■ anders als bei der Beschwerde nach Art. 93 Abs. 1 lit. a des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) ■ nur bei einer Anfechtung von durch die Staatsanwaltschaft abgelehnten Beweisanträgen, nicht auch für Entscheide über die Entfernung unverwertbarer Beweismittel (a.a.O. E. 2.5). Die gestützt auf Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG entwickelte bundesgerichtliche Praxis zur Entfernung von (angeblich) unverwertbaren Beweismitteln aus Untersuchungsakten könne sowohl aus teleologischen wie auch aus institutionellen Gründen nicht analog auf die StPO-Beschwerde übertragen werden. Der Umstand, dass der Weiterzug eines Aktenentfernungsentscheids ans Bundesgericht mangels irreparablen Nachteils (vorerst) ausgeschlossen bleiben könne, lasse die Zuständigkeit der Beschwerdeinstanz zur Behandlung entsprechender Verfügungen nicht dahinfallen (a.a.O. E. 2.6). Nichts anderes ergebe sich aus der gesetzlichen Kompetenzordnung zwischen dem Beschwerde- und dem Sachgericht. Es treffe zwar zu, dass die Frage der Verwertbarkeit von Beweismitteln grundsätzlich dem Sachrichter (Art. 339 Abs. 2 lit. d StPO) zu unterbreiten sei und der definitive Entscheid über gesetzliche Beweisverwertungsverbote (Art. 140 f. StPO) mithin grundsätzlich der zuständigen Verfahrensleitung bzw. dem erkennenden Sachrichter im Rahmen des Endentscheids obliege. Dies schliesse indessen nicht aus, dass die Beschwerdeinstanz bereits im Vorverfahren nach dem aktuellen Stand der Untersuchung unter Wahrung der Verfahrensrechte aller Parteien über die Verwertbarkeit von Beweismitteln befände. Hierbei könne allerdings insbesondere in Fällen von Art. 141 Abs. 2 StPO eine gewisse Zurückhaltung angezeigt sein. Falls sich bei rechtswidrig erlangten (■ungültigen■) Beweisen eine Prüfung bzw. Interessenabwägung nach Art. 141 Abs. 2 StPO (■zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich■) aufdränge, könne es sich je nach den Umständen des Einzelfalls als geboten erweisen, diese dem erkennenden Sachgericht vorzubehalten, zumal dieses die Prüfung im Licht der gesamten Beweisergebnisse vornehmen könne. Lasse sich hingegen die Unverwertbarkeit der umstrittenen Aktenstücke bei einer Beurteilung der Aktenlage und der Gegebenheiten des konkreten Falls schon im Untersuchungsstadium eindeutig feststellen, leuchte nicht ein, warum die Beschwerdeinstanz diese Beweismittel nicht bereits aus den Strafakten entfernen solle (a.a.O. E. 2.7). An der zeitnahen Entfernung unverwertbarer Beweise aus den Akten habe die beschuldigte Person ein rechtlich geschütztes Interesse (a.a.O. E. 2.9).

2.3Es ist daher auf die Beschwerde einzutreten und deren Begründetheit zu prüfen. Dabei hat sich das Appellationsgericht auf ausdrückliche Anweisung des Bundesgerichts (a.a.O. E. 3) am inzwischen als BGE 143 IV 387 amtlich publizierten Urteil des Bundesgerichts 1B\_75/2017 vom 16. August 2017 zu orientieren, welcher sich ausführlich mit der Verwertbarkeit von Beweismitteln aus Privatüberwachungen im Vorverfahren befasst.

### **E. 3**

Das Bundesgericht hat in BGE 143 IV 387 (E. 4.1 und 4.2 S. 389-393) in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EGMR festgestellt, für systematische private Observationen im Strafprozess bestehe keine gesetzliche Grundlage. Der Eingriff in die Privatsphäre der observierten Person verstosse daher gegen Art.

## E. 8

der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) bzw. Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 36 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV, SR 101). Die insofern rechtswidrig erhobenen Beweismittel seien jedoch nicht automatisch strafprozessual unverwertbar. Ob und inwiefern aus einer festgestellten Verfassungs- und EMRK-Widrigkeit ein Beweisverwertungsverbot folge, sei nach dem anwendbaren schweizerischen Verfahrensrecht zu prüfen (a.a.O., E. 4.3 S. 393 f.). Im Strafprozess sei die Frage der Verwertbarkeit von Beweismitteln grundsätzlich dem Sachgericht überlassen. Von der Regel, dass im Untersuchungsverfahren noch nicht abschliessend über Beweisverwertungen entschieden werde, bestünden aber Ausnahmen, insbesondere wenn das Gesetz ausdrücklich die sofortige Rückgabe aus den Akten bzw. Vernichtung rechtswidriger Beweise vorsehe. Gleich verhalte es sich, wenn aufgrund des Gesetzes oder der Umstände des Einzelfalles die Unverwertbarkeit bereits ohne weiteres feststehe. Derartige Umstände könnten nur angenommen werden, wenn der Betroffene ein besonders gewichtiges rechtlich geschütztes Interesse an der unverzüglichen Feststellung der Unverwertbarkeit des Beweises geltend mache (a.a.O. E. 4.4 S. 394). Die Frage, ob rechtswidrig erhobene Beweismittel bereits im Vorverfahren auszuschneiden seien, sei nach Art. 141 Abs. 2 StPO zu prüfen. Falls die Beweismittel nicht klarerweise unverwertbar seien, sei die abschliessende Prüfung der Verwertbarkeit dem Sachrichter im Endentscheid vorzubehalten (E. 4.6 S. 396).

4.

4.1 In ihrer Vernehmlassung vom 11. Dezember 2018 vertritt die Staatsanwaltschaft die Ansicht, dass im vorliegenden Fall eine schwere Straftat im Sinne der genannten bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorliege. Es gehe um Sozialversicherungsbetrug. Zwar sei nicht abschliessend geklärt, welche strafbaren Handlungen die Qualifikation der ■schweren Straftaten■ gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO erfüllten. Versicherungsbetrug würde jedoch selbst nach den strengerem von der Lehre aufgestellten Kriterien die Voraussetzungen erfüllen. So habe denn auch das Bundesgericht im BGE 143 IV 387, der sowohl hinsichtlich des Tatvorwurfs als auch hinsichtlich der Deliktssumme mit dem vorliegenden Fall vergleichbar sei, das Erfordernis der schweren Straftat bejaht. Schliesslich spreche auch die Aufnahme des Tatbestands des Sozialversicherungsbetrugs in den Katalog derjenigen Delikte, welche zu einer obligatorischen Landesverweisung gemäss Art. 66a StGB führten, für die Qualifikation solcher Taten als schwere Straftaten i.S. von Art. 141 Abs. 2 StPO. Im Übrigen seien die in Frage stehenden Observationen ausnahmslos an allgemein zugänglichen und für die Öffentlichkeit einsehbaren Orten erfolgt, was nach der Praxis des Bundesgerichts keinen schweren Eingriff in die Privatsphäre des Betroffenen darstelle. Es liege somit kein (klarer) Fall von Unverwertbarkeit vor.

4.2 Demgegenüber vertritt der Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme vom 9. März 2018 die Meinung, dass Art. 141 Abs. 2 StPO auf Fälle wie den vorliegenden nicht anwendbar sei, da sich diese Bestimmung auf die Verletzung von für die Strafverfolgungsbehörden, nicht für private und andere Institutionen aufgestellte,

Gültigkeitsvorschriften beziehe. Die Invalidenversicherung habe nicht nur eine Gültigkeitsvorschrift verletzt, sondern ihre Vorgehensweise sei als strafrechtliche Beweiserhebung insgesamt rechtswidrig gewesen und könne nicht durch ein Gültigkeitserfordernis rechtmässig werden. Die Zulassung von Beweisen unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften bei Aufklärung schwerer Straftaten gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO sei ohnehin höchst problematisch und habe zu entsprechender Kritik in der Lehre geführt. Die Bestimmung sei daher eng auszulegen. Auf private Observationen könne die Ausnahmeklausel von Art. 141 Abs. 2 StPO somit nicht zur Anwendung kommen. Im Übrigen spreche der Gesetzestext von der ■Aufklärung schwerer Straftaten■, womit nur besonders schwere Verbrechen gemeint sein könnten. Dazu gehörten Mord, Terroranschläge, Geiselnahme etc.. Es gäbe keinerlei Hinweis, dass ein mögliches Vermögensdelikt von so grosser Relevanz sein sollte, dass klare Verwertungsverbote aufgehoben werden sollten. Aus der Gesetzesnovelle von Art. 66a StGB könne für die Auslegung der älteren Bestimmung von Art. 141 Abs. 2 StPO nichts abgeleitet werden. Die Observationen seien daher klar unverwertbar.

5.

5.1 Nach Art. 141 Abs. 1 StPO sind Beweise, die in Verletzung von Art. 140 StPO erhoben wurden, sowie solche, die die StPO als unverwertbar bezeichnet, in keinem Fall verwertbar. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung dürfen Beweise, die die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich. Das Bundesgericht hat in BGE 143 IV 387 erkannt, Ergebnisse von privaten Observationen seien zwar rechtswidrig, aber sie stellten weder verbotene Beweismittel im Sinne von Art. 140 StPO noch Beweise dar, welche die StPO als unverwertbar bezeichnet. Es liege somit nach der unmissverständlichen gesetzlichen Regelung kein Fall der ■absoluten■ Unverwertbarkeit gemäss Art. 141 Abs. 1 StPO vor (E. 4.5 S. 395). Die Frage der Verwertbarkeit solcher Observationsergebnisse sei vielmehr nach Art. 141 Abs. 2 StPO zu prüfen (E. 4.6 S. 396). Das Argument des Beschwerdeführers, Art. 141 Abs. 2 StPO sei nur auf Beweise anwendbar, die durch die Strafverfolgungsbehörden erhoben wurden, nicht auch auf durch Private oder andere Institutionen erhobene Beweismittel resp. angeordnete Observationen, ist daher nicht zu hören.

5.2 Die Frage, ob ausnahmsweise bereits das Beschwerdegericht über die Frage der Unverwertbarkeit entscheiden und die fraglichen Observationsergebnisse aus den Akten zu entfernen hat, hängt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung davon ab, ob einklarer Fall der Unverwertbarkeit i.S.v. Art. 141 Abs. 2 StPO vorliegt. Wie bereits ausgeführt, dürfen nach dieser Bestimmung rechtswidrig erhobene Beweise ausnahmsweise verwertet werden, wenn sie zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich sind. Die Entfernung der Beweise aus den Akten ist durch das Beschwerdegericht somit nur dann anzuordnen, wenn offensichtlich ausgeschlossen werden kann, dass sich die Observationsergebnisse für die Wahrheitsfindung in Bezug auf eine schwere Straftat als unerlässlich erweisen könnten. Andernfalls ist die abschliessende Prüfung der Bedeutung und Verwertbarkeit der Beweismittel dem erkennenden Sachgericht zu überlassen (BGE 143 IV 387 E. 4.6 S. 396 f.).

5.3 In BGE 143 IV 387 E. 4.6 S. 396 hat das Bundesgericht erwogen, bei der Interessenabwägung falle ins Gewicht, dass es sich bei dem von der Staatsanwaltschaft untersuchten Delikt um ein Verbrechen handle, nämlich um ■einen schwerwiegenden Fall

von mutmasslichem Versicherungsbetrug mit einer hohen Deliktssumme. Mitzuberechtigten sei sodann, dass die privaten Observationen nicht in Privaträumlichkeiten erfolgt seien, sondern an allgemein zugänglichen und für die Öffentlichkeit einsehbaren Orten (vgl. Art. 282 Abs. 1 StPO). In solchen verdeckten Beobachtungen liege nach der Praxis des Bundesgerichts in der Regel kein schwerer Eingriff in die Privatsphäre des Betroffenen. Im Übrigen wären die Voraussetzungen für eine (gesetzlich zulässige) Observation durch die Strafverfolgungsbehörden grundsätzlich erfüllt gewesen. Die Ergebnisse der privaten Observation seien zudem die einzigen direkten Beweismittel zur Aufklärung der untersuchten Delikte resp. zur Prüfung des Anfangstatverdachts. Nach dem aktuellen Stand der Untersuchung könne nicht offensichtlich ausgeschlossen werden, dass sich die fraglichen Beweismittel für die Wahrheitsfindung in einem schweren Fall von mutmasslichem Versicherungsbetrug als unerlässlich erweisen könnten. Die diesbezügliche abschliessende Prüfung der Bedeutung und Verwertbarkeit der Beweismittel (im Rahmen der gesamten Beweisergebnisse) sei daher dem erkennenden Sachgericht bzw. der den Endentscheid verfügenden Strafbehörde zu überlassen.

5.4 Auch im vorliegenden Fall geht es um eine Untersuchung wegen mutmasslichen (gewerbsmässigen) Versicherungsbetrugs. Dem Beschwerdeführer wird vorgeworfen, durch Simulierung einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit über einen Zeitraum von rund sieben Jahren zu Unrecht ca. CHF 250'000. von der Invalidenversicherung, ca. CHF 30'000. von der Pensionskasse und ca. CHF 140'000. vom Amt für Sozialbeiträge (Ergänzungsleistungen, Prämienverbilligungen, Krankheitskosten) bezogen zu haben. Bei gewerbsmässigem Betrug handelt es sich um ein Verbrechen, das mit einer Strafe zwischen 90 Tagessätzen Geldstrafe und 10 Jahren Freiheitsstrafe zu ahnden ist. Zwar definiert das Gesetz den Terminus «schwere Straftat» i.S.v. Art. 141 Abs. 2 StPO nicht. Während ein Teil der Lehre generell Verbrechen i.S.v. Art. 10 StGB als solche genügen lässt (vgl. Schmid/Jositsch, in: StPO Praxiskommentar, 3. Auflage 2018, Art. 141 N 8), schlägt ein anderer Teil einen Rückgriff auf die Deliktskataloge der Art. 269 Abs. 2 und Art. 286 Abs. 2 StPO vor (so Donatsch/Cavegn, in: ZStrR 2009, 166; Häring, in: ZStrR 2009, 248) und stellt sich schliesslich ein weiterer Teil auf den Standpunkt, dass nur Delikte der Schwerekriminalität gemeint sein könnten, also Straftatbestände, bei denen als Strafe ausschliesslich Freiheitsstrafe angedroht ist (Gless, in: Basler Kommentar StPO, 2. Auflage 2014, Art. 141 N 72; Wohlers, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur StPO, 2. Auflage 2014, Art. 141 N 21.a). Diese Frage muss jedoch im vorliegenden Verfahrensstadium nicht abschliessend geklärt werden, geht es doch nur um die Frage, ob ein klarer Fall der Unverwertbarkeit vorliegt und daher bereits das Beschwerdegericht die Beweise aus den Akten zu entfernen hat. Gemäss BGE 143 IV 387, an welchem sich das Appellationsgericht nach ausdrücklicher Anweisung des Bundesgerichts zu orientieren hat, ist ein schwerwiegender Fall von mutmasslichem Versicherungsbetrug zumindest ein ausreichend schweres Delikt, um einen derartigen klaren Fall der Unverwertbarkeit zu verneinen.

5.5 Wie in BGE 143 IV 387 wurde zudem auch im vorliegenden Fall der Beschwerdeführer nur an allgemein zugänglichen und für die Öffentlichkeit einsehbaren Orten observiert, worin in der Regel kein schwerer Eingriff in die Privatsphäre des Betroffenen liegt (BGE 143 IV 387 E. 4.6 S. 396 m.w.H.). Die Staatsanwaltschaft macht im Weiteren zutreffend geltend, dass die Voraussetzungen für eine strafprozessuale Observation durch die

Strafverfolgungsbehörden gemäss Art. 282 Abs. 1 StPO erfüllt waren. Der verfahrensleitende Staatsanwalt hat denn auch am 27. März 2012 ■ als Folge der Erkenntnisse der durch die Invalidenversicherung angeordneten privaten Observation ■ eine solche angeordnet und im April und Mai 2012 durchführen lassen (vgl. Akten Band 2, Register ■Weitere Zwangsmassnahmen■).

5.6Schliesslich ist auch davon auszugehen, dass die Verwertung der Ergebnisse der rechtswidrigen, durch die Invalidenversicherung angeordneten privaten Observation zur Wahrheitsfindung hinsichtlich des untersuchten gewerbmässigen Versicherungsbetrugs unerlässlich ist, wäre doch bei einer Unverwertbarkeit dieses Beweismittels auch die gestützt darauf durch die Staatsanwaltschaft angeordnete rechtmässige Observation nicht verwertbar (Art. 141 Abs. 4 StPO).

5.7Es kann nach dem Gesagten nicht offensichtlich ausgeschlossen werden, dass sich die Erkenntnisse aus der durch die Invalidenversicherung angeordneten rechtswidrigen Observation für die Wahrheitsfindung in Bezug auf eine schwere Straftat als unerlässlich erweisen könnte. Damit ist die abschliessende Prüfung der Bedeutung und Verwertbarkeit der Beweismittel dem erkennenden Sachgericht zu überlassen.

6.

Aus diesen Erwägungen folgt, dass die Beschwerde gegen die Abweisung des Aktenentfernungsgesuchs abzuweisen ist.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 500.■ zu tragen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.