

BS_APPELLATIONSGERICHT BES.2021.133 vom 29. Oktober 2021

BS Appellationsgericht, 2021-10-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_BES.2021.133

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT BES.2021.133 du 29 octobre 2021

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT BES.2021.133 del 29 ottobre 2021

Erwägungen

E. 1

1.1 Gemäss Art. 393 Abs. 1 lit. a der Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) ist gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft die Beschwerde zulässig. Zuständiges Beschwerdegericht ist das Appellationsgericht als Einzelgericht (§ 88 Abs. 1 in Verbindung mit § 93 Abs. 1 Ziff. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Die Kognition des Beschwerdegerichts ist gemäss Art. 393 Abs. 2 StPO frei, d.h. nicht auf Willkür beschränkt.

1.2 Anfechtungsgegenstand der vorliegenden Beschwerde bildet die vorinstanzliche Verfügung vom 29. Oktober 2021, mit welcher der Beschwerdeführerin die Anfang 2016 durchgeführte Observation mitgeteilt wurde. Die Beschwerdeführerin ist als von der Observation Betroffene von dieser berührt und hat damit ein rechtlich geschütztes Interesse an der Feststellung deren allfälliger Rechtswidrigkeit bzw. an der Offenlegung der Ergebnisse. Sie ist somit zur Beschwerdeerhebung legitimiert (Art. 382 Abs. 1 StPO). Auf die rechtzeitig erhobene Beschwerde ist einzutreten.

1.3 Mit der Beschwerde gerügt werden können namentlich Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens und die Unangemessenheit polizeilicher oder staatsanwaltschaftlicher Verfügungen und Verfahrenshandlungen, wozu sowohl die polizeilichen Anordnungen betreffend Observation als auch die staatsanwaltschaftliche Genehmigung der Fortdauer einer Observation gehören (Art. 393 Abs. 2 lit. a und c). Bemängelt werden können somit die fehlenden Voraussetzungen bei der Anordnung, insbesondere deren Unangemessenheit, und die fehlende Genehmigung (Eugster/Katzenstein, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Auflage 2014, Art. 283 N 8 mit Hinweisen).

E. 2

2.1 Die Beschwerdeführerin rügt, der angefochtene Entscheid sei in formeller Hinsicht rechtswidrig, da sich in den Akten keinerlei Hinweise auf eine Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts und/oder eine begründete Verfügung der Staatsanwaltschaft über die Anordnung der Observation finde (Beschwerde Ziff. 4). Überdies handle es sich bei der durchgeführten Observation entgegen den Angaben der Staatsanwaltschaft um eine geheime Überwachung und nicht lediglich um die Vorbereitungen zu Zwangsmassnahmen. In materieller Hinsicht erweise sich die Observation als vollkommen verfehelter Eingriff in die Persönlichkeitssphäre der Beschwerdeführerin, habe doch angesichts der Geringfügigkeit der untersuchten Wirtschaftsdelikte und der mutmasslichen Rolle der Beschwerdeführerin als Gehilfin im Jahr 2016 keinerlei Grund für eine geheime Überwachung vorgelegen (Beschwerde Ziff. 7). Die Staatsanwaltschaft habe nicht

dargelegt, weshalb überhaupt eine geheime Observation notwendig gewesen sei, ergäben sich doch die angeklagten Sachverhalte aus Dokumenten und seien die angekündigten Zwangsmassnahmen, namentlich die Verhaftung, gar nicht durchgeführt worden (Replik Ziff. 2.2 f.). Eine abstrakte Strafdrohung rechtfertigt nicht automatisch eine Observation (Replik Ziff. 2.4.). Ebenfalls nicht dargetan sei, weshalb die Ermittlungen im Sinne von Art. 282 Abs. 1 lit. b StPO sonst aussichtslos oder unverhältnismässig erschwert gewesen wären (Replik Ziff. 2.6).

2.2 Die Staatsanwaltschaft macht geltend, die Observation habe im Rahmen der Aktion [...] stattgefunden, in Vorbereitung von Hausdurchsuchungen an den mutmasslichen Wohnorten und am Arbeitsort der beiden verdächtigen Personen sowie an weiteren Lokalitäten in Basel und überdies in Zusammenhang mit der Festnahme des Lebenspartners der Beschwerdeführerin, B____. Zu diesem Zweck sei insbesondere vor dem Hintergrund der komplizierten Wohnsituation der Beschwerdeführerin und ihres Lebenspartners die Fahndung der Kantonspolizei mit der Erstellung eines Bewegungsbildes der beiden Beschuldigten und der Aufklärung der örtlichen Situation beauftragt worden. Die mündliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin im Rahmen der Einvernahme vom 29. Oktober 2021 sei irrtümlicherweise als «geheime Überwachung gemäss Art. 279 StPO» anstatt als Observation gemäss Art. 283 StPO erfolgt. Aus diesem Formfehler könne die Beschwerdeführerin allerdings nichts zu ihren Gunsten ableiten (Stellungnahme Ziff. 1). Die konkret durchgeführte Observation sei durch die unterzeichnende Staatsanwältin aktenkundig am 23. November 2015 genehmigt bzw. angeordnet worden. Entgegen den Einwänden der Beschwerdeführerin seien ihr bei der Mitteilung als Grund die Delikte des Steuerbetrugs und des betrügerischen Konkurses im Zusammenhang mit der Firma C____ angegeben worden. Sie sei zum Anordnungszeitpunkt als Lebenspartnerin des Beschuldigten B____ und als kaufmännische Angestellte der C____ in Liq. sowie der Nachfolgefirma [...] verdächtigt worden, zusammen mit dem Beschuldigten B____ sowie dem Mitbeschuldigten [...] diverse Barbezüge ab den Geschäftskonten der Firma C____ getätigt zu haben, was durch zahlreiche Bankeditionen belegt sei. Zudem seien die Beschwerdeführerin und B____ des Steuerbetrugs verdächtigt worden, da sie der Steuerverwaltung fiktive Barbelege für sogenannte Fremdleistungen eingereicht hätten, welche wiederum den Reingewinn der C____ schmälern sollten (Stellungnahme Ziff. 2).

E. 3

ff.; Hansjakob/Pajarola, in: Donatsch et. al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Auflage 2020, Art. 282 N 1; Urteil BGer 6B_878/2019 vom 20. Mai 2020 E. 1.1.2). Gemäss den Prinzipien der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit darf die Observation erst dann eingesetzt werden, wenn ohne sie die Ermittlungen aussichtslos oder unverhältnismässig erschwert würden (Eugster/Katzenstein, a.a.O., Art. 282 N 16 f.; Hansjakob/Pajarola, a.a.O., Art. 282 N 24). An die Subsidiarität sind jedoch keine zu hohen Anforderungen zu stellen, handelt es sich bei der Observation doch um eine verhältnismässig eingriffsmilde Massnahme (AGE BES.2018.116 vom 31. Juli 2018 E. 2.4).

3.2. Der Beschwerdeführerin werden Pfändungsbetrag und betrügerischer Konkurs vorgeworfen, welche im Sinne von Art. 163 StGB Vergehen darstellen. Zwar ist der Beschwerdeführerin dahingehend zu folgen, dass sich die konkreten Verdachtsmomente aus den Bankeditionen und den fiktiven Barbelegen ergeben und hierfür eine Observation nicht erforderlich war. Jedoch hat die Staatsanwaltschaft zutreffend dargelegt, dass bei im

Rahmen der Ermittlungen vorgesehenen Hausdurchsuchungen und Festnahmen eine Observation auch dazu dienen kann, dass die Ermittlungen nicht übermässig erschwert werden. Hierzu gilt es zu beachten, dass für die erfolgreiche Durchführung einer Hausdurchsuchung oder Festnahme der richtige Zeitpunkt des behördlichen Zugriffs entscheidend ist, um eine allfällige Flucht- oder Kollusionsgefahr zu minimieren. Im vorliegenden Fall war die Observation zwecks Erstellung eines Bewegungsbildes der beiden Beschuldigten sowie zur Abklärung der örtlichen Situation, insbesondere aufgrund der unübersichtlichen Wohnsituation der Beschwerdeführerin und ihres Lebenspartners angebracht, logierten diese doch mutmasslich an verschiedenen Orten in Basel, Birsfelden und St. Louis/F. Die Observation der Beschwerdeführerin war im Zusammenhang mit den angeklagten Delikten und den in damit zusammenhängenden geplanten Zwangsmassnahmen somit grundsätzlich zulässig und mit Blick auf ihre Eingriffsmilde auch verhältnismässig.

E. 3.3

3.3.1 Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 279 StPO. Anlässlich der Einvernahme vom 29. Oktober 2021 sei ihr mündlich mitgeteilt worden, dass sie im Jahr 2016 überwacht worden sei, ohne diese Massnahme jedoch zu begründen. Erst auf Insistieren ihres Rechtsvertreters sei ihr die Observation schliesslich schriftlich mitgeteilt worden, wiederum ohne die Angabe von Gründen (Beschwerde Ziff. 1-3). Zudem bestehe für die angeordnete Observation eine Dokumentations- bzw. Aktenführungspflicht (Replik Ziff. 3.1). Die polizeilichen Unterlagen betreffend die erfolgte Observation hätten keinen Eingang in die Akten der Staatsanwaltschaft gefunden, so dass diese von der Beschwerdeführerin nicht hätten eingesehen werden können. Dies sei rechtswidrig und verletze den Anspruch auf Aktenvollständigkeit (Beschwerde Ziff. 5 f.). Die anlässlich der Observation erstellten Berichte, Fotos und Filme seien daher der Verteidigung im Rahmen der Akteneinsicht zur Verfügung zu stellen (Beschwerde Ziff. 8).

3.3.2 Die Staatsanwaltschaft macht geltend, gemäss vorherrschender Doktrin seien Dokumente betreffend die operative, taktische Tätigkeit der Polizei nicht zu den Verfahrensakten zu nehmen. Für rein behördeninterne Akten, worunter auch die Einsatzunterlagen wie Observationsjournale fielen, bestehe keine strafprozessuale Dokumentationspflicht. Mit der Observierung seien keine weiteren Beweissicherungen und Beweisverwertungen angestrebt, sondern die Vorbereitung der Aktion [...] bezweckt worden. Es seien daher keine Observationsergebnisse im Verfahren gegen die Beschwerdeführerin verwendet worden, weshalb ihr auch keinerlei Einsichtsrecht in die Observationsakten im Strafverfahren zukomme (Stellungnahme Ziff. 3).

3.3.3 Die Staatsanwaltschaft teilt den von einer Observation direkt betroffenen Personen spätestens mit Abschluss des Vorverfahrens Grund, Art und Dauer der Observation mit (Art. 283 Abs. 1 StPO). Zum Grund gehören die Angaben darüber, zum Beweis welcher mutmasslichen Delikte die Observation angeordnet wurde; nicht erforderlich ist, schon in der Mitteilung offenzulegen, worauf der Tatverdacht beruhte. Die Art der Überwachung wird durch Angaben darüber, welche Personen oder Gegenstände observiert wurden, umschrieben; mitzuteilen sind auch allfällige Ton- oder Bildaufzeichnungen. Als Angabe über die Dauer genügt die Mitteilung des Zeitpunktes der Aufnahme und des Abbruchs der Observation gemäss Bewilligung; wann genau in dieser Zeitspanne observiert wurde, muss nicht mitgeteilt werden (Hansjakob/Pajarola, a.a.O., Art. 283 N 2; Eugster/Katzenstein, a.a.O., Art. 283 N 9). Grundvoraussetzung für den Aufschub oder den gänzlichen Verzicht

auf die Mitteilung ist gemäss Art. 283 Abs. 2 StPO, dass die Erkenntnisse nicht zu Beweis Zwecken verwendet werden (lit. a) und der Aufschub oder die Unterlassung zum Schutze überwiegender öffentlicher oder privater Interessen notwendig ist (lit. b). Auch im vorliegenden Zusammenhang ist ein öffentliches Interesse dann überwiegend, wenn andere heikle Strafverfahren nicht gefährdet werden sollen. Insbesondere liegt ein überwiegendes öffentliches Interesse zur Geheimhaltung nicht schon im Umstand begründet, dass die Strafverfolgungsbehörden an sich ein Interesse daran hätten, letztlich beweismässig unergiebigere Observationen nicht mitzuteilen, um ihre Arbeitsweise nicht offenlegen zu müssen (Hansjakob/Pajarola, Art. 283 N 8 f.).

E. 3.4

3.4.1 Gemäss der im Strafverfahren geltenden Aktenführungs- bzw. Dokumentationspflicht sind die Behörden verpflichtet, alle verfahrensrelevanten Vorgänge schriftlich festzuhalten und die Akten vollständig und korrekt anzulegen und zu führen. In der Strafprozessordnung werden die Grundsätze zur Aktenführungs- und Dokumentationspflicht in Art. 100 StPO konkretisiert (BGE 129 I 85 E. 4.1). Die Ermittlungs- und Untersuchungsbehörden dürfen grundsätzlich kein von ihnen erhobenes oder ihnen zugekommenes Material zurückbehalten, das einen Bezug zur Sache hat. Die Dokumentationspflicht gilt auf allen Verfahrensstufen, also auch bereits im polizeilichen Ermittlungsverfahren (BGer 6B_1268/2017 vom 14. Juni 2018 E. 2.3 mit Hinweis auf BGer 6B_719/2011 vom 12. November 2012 E. 4.5 mit weiteren Hinweisen). Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch ergebnislose oder unergiebigere Ermittlungen in ihrem negativen Ausgang einen für die Urteilsfällung relevanten Gehalt aufweisen können (BGer 6B_1071/2021 vom 7. April 2022 E. 3.1.3; 6B_1318/2019 vom 23. Juni 2021 E. 2.5.2; 6B_1094/2019 vom 25. Juni 2020 E. 1.3.1). Wie alle anderen Verfahrenshandlungen muss somit auch die Observation aktenkundig gemacht werden (Hansjakob/Pajarola, a.a.O., Art. 282 N 40). Werden Bild- und Tonaufzeichnungen getätigt, sind sie ebenfalls ins Verfahren einzuführen und aktenkundig zu machen (Art. 76 Abs. 1 StPO; Eugster/Katzenstein, a.a.O., Art. 828 StPO N 7). Nicht zu den Akten zu erkennen sind hingegen nach der vorherrschenden Auffassung in der Doktrin Dokumente betreffend die operative, taktische Tätigkeit der Polizei, etwa Einsatzdispositive, Sicherheits- und Überwachungskonzepte (Schmutz, a.a.O., Art. 100 StPO, N. 18; Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2009, N. 568; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2005, § 55 N. 15, vgl. dazu BGer 6B_722/2011 vom 12. November 2021 E. 4.5). Bei Observationen gelten bezüglich der Aktenführung die gleichen Regeln wie für die verdeckte Ermittlung: Die Polizei führt ein Observationsjournal, das alle polizeilich relevanten Informationen, also auch über taktische Details, enthält; dieses Journal bleibt bei der Polizei und kommt nicht in die Strafakten. Ist die Observation ergebnislos verlaufen, ist dies in den Akten festzuhalten. Ergibt die Observation hingegen beweisurelevante Ergebnisse, dann fordert die Staatsanwaltschaft bei der Polizei einen Amtsbericht (Wahrnehmungsbericht) für die Verfahrensakten an, was durchaus möglich scheint, ohne Fahndungsdetails preiszugeben. Aus diesem Bericht haben alle beweisurelevanten Tatsachen eines spezifischen Observationszeitraums hervorzugehen, und er ist ■ wenn vorhanden ■ mit beweisurelevantem Bildmaterial zu dokumentieren. Taktische und andere polizeiinterne Tatsachen darf er nicht enthalten (Hansjakob/Pajarola, a.a.O., Art. 282 N 36 f., 40 f.).

3.4.2 Unbestritten ist, dass sich die massgeblichen strafrechtlich relevanten Handlungen bereits aus den aktenkundigen Dokumenten ergeben und damit die Observation der

Beschwerdeführerin nicht die Sicherung und Verwertung von Beweisen bezweckte. Vielmehr erfolgte die Observation in Vorbereitung von Hausdurchsuchungen sowie der Festnahme des Mitbeschuldigten. Da die geplanten Zwangsmassnahmen, namentlich die Festnahme von B____, schliesslich nicht bzw. nicht gestützt auf die Ergebnisse der Observation durchgeführt wurden und die Massnahme auch sonst keine beweisrelevanten Resultate gezeitigt hat, besteht vorliegend kein Anlass, einen entsprechenden Amtsbericht der Polizei zu den Akten zu nehmen. Jedoch müssen auch ergebnislose oder unergiebigere Ermittlungen aktenkundig gemacht werden müssen, so dass die erfolgte Observation zumindest als Vermerk zu den Akten zu nehmen ist. Ein entsprechender Vermerk fehlt jedoch in den Akten. Dadurch, dass die Staatsanwaltschaft die Observation lediglich angeordnet und der Beschwerdeführerin später mitgeteilt hat, ist sie ihrer Dokumentationspflicht nicht ausreichend nachgekommen.

E. 4

4.1 Aus dem Gesagten folgt, dass sich die Rüge der Beschwerdeführerin, die ergebnislos gebliebene Observation sei zu Unrecht nicht in den Akten vermerkt worden, als begründet erweist. Die Beschwerde ist folglich teilweise gutzuheissen. Entsprechend wird die Staatsanwaltschaft angewiesen, einen Vermerk über die ergebnislos gebliebene Observation zu den Akten zu nehmen. In Bezug auf die Rechtmässigkeit der Observation sowie deren Mitteilung ist die Beschwerde hingegen abzuweisen.

4.2 Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind nach Massgabe des Obsiegens oder Unterliegens der Parteien zu verlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Für ihr anteilmässiges Unterliegen ist der Beschwerdeführerin eine reduzierte Gerichtsgebühr von CHF 400.■ aufzuerlegen. Soweit die Beschwerdeführerin obsiegt, trägt sie keine Gerichtsgebühr.

4.3 Die unentgeltliche Rechtsvertretung im Beschwerdeverfahren durch [...] wird bewilligt und der Rechtsvertreter für seine Bemühungen aus der Gerichtskasse entschädigt. Die Entschädigungspflicht ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass die Observation gegenüber der Beschwerdeführerin fälschlicherweise als «verdeckte Ermittlung» bezeichnet wurde, eine schriftliche Mitteilung erst auf Intervention des Rechtsvertreters erfolgte sowie die mangelhafte Dokumentation in den Akten. Da keine Honorarnote eingereicht wurde, ist der Aufwand des Rechtsvertreters zu schätzen. Für den doppelten Schriftenwechsel scheint ein Aufwand von 6 Stunden zum üblichen Stundenansatz von CHF 200.■ (einschliesslich Auslagen), zuzüglich Mehrwertsteuer, angemessen.

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