

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2016.9 vom 9. Dezember 2016**

BS Appellationsgericht, 2016-12-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_SB.2016.9](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2016.9)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2016.9 du 9 décembre 2016

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2016.9 del 9 dicembre 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Gegen Urteile des Strafgerichts kann gemäss Art. 398 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO, SR. 312.0) Berufung erhoben werden. Zur Beurteilung der Berufung ist gemäss § 18 Abs. 1 des Gesetzes über die Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung (EG StPO, SG.257.100) in Verbindung mit § 73 Ziff. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) der Ausschuss des Appellationsgerichts zuständig. Dieser prüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, auf unvollständige oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie auf Unangemessenheit (Art. 398 Abs. 3 StPO).

1.2 Der Beschuldigte ist durch das angefochtene Urteil beschwert und hat ein rechtlich geschütztes Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 382 Abs. 1 StPO). Er ist damit zur Erhebung eines Rechtsmittels legitimiert. Dieses ist form- und fristgerecht eingereicht worden, so dass darauf einzutreten ist.

### **E. 2**

Die Vorinstanz hat dem Berufungskläger zur Last gelegt, er habe als Mittäter bei der Einfuhr und dem Weitervertrieb vom 300 Gramm Kokain ■ nämlich durch Entgegennahme, Abwägen und Aushändigen der Drogen an den Verkäufer und Organisator B\_\_\_\_ ■ mitgewirkt. Konkret habe er am 2. Juli 2008 den von Holland einreisenden Drogen-Kurier C\_\_\_\_ am Bahnhof in Basel in Empfang genommen, wobei ursprünglich geplant gewesen sei, dass er ihn von Freiburg im Breisgau über die Grenze in die Schweiz bringe. In der Folge habe er den Kurier zum Drahtzieher B\_\_\_\_ gebracht, wo die Übergabe der Drogen stattgefunden habe. In einem Telefongespräch mit B\_\_\_\_ am 12. Juli 2008 habe der Berufungskläger zudem angegeben, er habe die Ware unmittelbar nach der Ankunft des Transporteurs gewogen. Durch diese Handlungen, so die Vorinstanz, habe sich der Berufungskläger des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a altBetmG schuldig gemacht.

### **E. 3**

3.1 Der Berufungskläger hält dem in prozessualer Hinsicht entgegen, das angefochtene Urteil verwerte widerrechtlich Telefonkontrollen der lediglich gegenüber dem Mitbeschuldigten B\_\_\_\_ rechtmässig genehmigten Überwachung. Er macht geltend, die Informationen betreffend den Berufungskläger selbst stellten Zufallsfunde dar, welche gemäss dem damals geltenden Art. 9 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) nur dann verwertet werden dürften, wenn vor der Einleitung weiterer Ermittlungen die Zustimmung der Genehmigungsbehörde eingeholt

werde. Dies sei jedoch in casu nicht erfolgt. Vielmehr sei die entsprechende Genehmigung erst verspätet und nach Vornahme weiterer Ermittlungshandlungen eingeholt worden, was zu einer Unverwertbarkeit der massgebenden Informationen aus den Telefonkontrollen sowie aller darauf basierenden Beweise gegenüber dem Berufungskläger führe (Berufungsbegründung S. 1-4).

Der Berufungskläger kommt zum Schluss, die Nichtverwendung der Telefonkontrollen und der darauf basierenden Untersuchungsergebnisse für zwangsläufig dazu, dass er mangels Nachweises des angeklagten Sachverhalts freizusprechen sei.

3.2 Festzuhalten ist zunächst, dass ■ entgegen der Ansicht des Berufungsklägers ■ vor der Genehmigung des Zufallsfundes am 19. Juni 2009 keine weiteren Ermittlungshandlungen gegenüber dem Berufungskläger getätigt wurden. So stellt insbesondere die gemäss Gesuch vom 14. Juli 2008 genehmigte Verlängerung der Telefonüberwachung des Anschlusses von B\_\_\_\_\_ keine Ermittlungshandlung gegen den Berufungskläger A\_\_\_\_\_ dar. Eine andere Auffassung würde dazu führen, dass für sämtlichen Personen, welche in einem überwachten Telefonat vorkommen bzw. an einem solchen beteiligt sind, quasi vorsorglich allfällige Zufallsfunde genehmigt werden müssten, bevor der ursprüngliche Anschluss weiter überwacht werden könnte ■ notabene ohne zu wissen, ob diese Personen in einem späteren Verfahren überhaupt relevant sein werden. Dies kann nicht der ratio legis entsprechen, würde doch die Anwendbarkeit des Art. 9 BÜPF sonst in der Praxis nahezu unmöglich.

3.3 Anzuführen ist, dass selbst wenn davon ausgegangen werden sollte, dass bereits die Verlängerung der Überwachung des Anschlusses von B\_\_\_\_\_ eine Ermittlungshandlung gegen den Berufungskläger darstellt, die Verwertbarkeitsproblematik höchstens eben diese weiteren Ermittlungshandlungen betreffen könnte ■ nicht jedoch die Genehmigungsfähigkeit der ursprünglichen Telefonüberwachung. Insofern ist der Argumentation der Staatsanwaltschaft zu folgen (Berufungsantwort der Staatsanwaltschaft, S. 2). Dafür, dass sich aus allfälligen unerlaubterweise getätigten weiteren Ermittlungen der Schluss ergäbe, der ursprüngliche Zufallsfund könne nicht mehr genehmigt werden, sprechen weder der Gesetzeswortlaut des Art. 9 Abs. 2 BÜPF noch der Sinn und Zweck dieser Bestimmung. Vielmehr geht es darum, die unerlaubte Beschaffung weiterer Folgebeweise zu verhindern (s. dazu auch Thomas Hansjakob, Kommentar zum BÜPF, 2. Auflage, Rz. 39). Eine ■ Rückwirkung ■ auf den ursprünglichen Zufallsfund lässt sich daraus nicht ableiten. Der Entscheid des Bundesgerichts, den der Berufungskläger zur Untermauerung seiner Argumentation anführt (BGE 133 IV 329), kann für diese Behauptung ebenfalls nicht beigezogen werden, liegt diesem doch gerade die umgekehrte Konstellation zu Grunde, indem es um die Frage geht, ob ein Beweisverwertungsverbot eine ■ Fernwirkung ■ erzielt bzw. ■ einzig für die rechtswidrig beschafften Beweise gilt, oder ob es sich auch auf alle weiteren Beweise erstreckt, welche gestützt auf die illegalen Primärbeweismittel erhoben wurden ■ (E. 4.5 des zit. Entscheids). Vorliegend geht es jedoch um die Frage, ob eine Wirkung für bereits vor allfälligen illegalen Beweisen erhobene Beweismittel besteht bzw. ob diese gar nicht mehr genehmigt werden könnten. Dies bezüglich lässt sich aus dem genannten Entscheid nichts ableiten.

Aus dem Gesagten erhellt, dass jedenfalls die ursprünglich aus der Telefonüberwachung vom 2. bis 12. Juli 2008 gewonnenen Erkenntnisse als Zufallsfunde rechtsgenügend genehmigt wurden und damit auch verwendet werden dürfen. Da sich das Urteil zudem lediglich auf ebendiese Informationen stützt und gar nicht auf diejenigen aus der Verlängerung der Überwachung ■ weil sich nämlich daraus nichts mehr gegen den

Berufungskläger ergeben hat ■, hat die Vorinstanz diese Informationen zur Fällung des Urteils verwenden dürfen.

3.4 Was das Argument der Staatsanwaltschaft angeht, die Beurteilung der Genehmigung von Zufallsfunden unterliege dem Beschwerdeweg und dürfe deshalb durch das Sachgericht nicht mehr beurteilt werden (Berufungsantwort S. 2), so ist zwar festzuhalten, dass der von der Staatsanwaltschaft angeführte Entscheid des Bundesgerichts (BGE 140 IV 40) nicht vollständig mit der vorliegenden Situation vergleichbar ist ■ lag doch in jenem bereits ein Beschwerdeentscheid vor, weshalb eine nochmalige Prüfung derselben Frage durch das Sachgericht verneint wurde. Vorliegend existiert jedoch gerade kein Beschwerdeentscheid, da die Genehmigung vom Berufungskläger gar nicht angefochten wurde. Auch die beiden anderen von der Staatsanwaltschaft genannten Entscheide treffen die vorliegende Situation nicht genau. Aus der Formulierung des Bundesgerichts, dass ■ nach Eintritt der Rechtskraft dieser im StPO-Beschwerdeverfahren zu prüfenden Entscheide ■ eine nochmalige Überprüfung durch das Sachgericht nicht mehr möglich sein soll (E. 1.1 des zitierten Entscheides), lässt sich jedoch für den vorliegenden Fall ableiten, dass auch hier eine Überprüfung durch das Sachgericht nicht mehr möglich ist: Mangels fristgemässer Anfechtung wurde der Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts über die Genehmigung ebenfalls rechtskräftig, so dass hier dasselbe zu gelten hat wie im zitierten Entscheid ■ zumal der Verteidiger durch den in den ihm zugestellten Akten festgehaltenen Hinweis auf den Beschwerdeweg unbestrittenermassen über diesen Umstand informiert war (vgl. act. 78 ■ 84, siehe zum Ganzen auch Thomas Hansjakob, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), 2. Auflage 2014, N 32 zu Art. 279 StPO, m.H. auf BGer 1B\_425/2010 vom 22. Juni 2011).

3.5 Anzuführen ist schliesslich, dass der Berufungskläger fehl geht, wenn er für die gegenteilige Argumentation BGE 133 IV 329 ins Feld führt (Berufungsbegründung S. 4): Anders als hier lag in jenem Fall gar keine Genehmigung vor, so dass auch kein Anfechtungsobjekt existierte (E. 4.3 des zitierten Entscheids). Dass das Beweisverwertungsverbot in dieser Situation dennoch ex officio gilt, bedarf keiner weiteren Begründung. Daraus lässt sich jedoch für den vorliegenden Fall ebenfalls nichts ableiten, liegt doch hier unbestrittenermassen eine Genehmigung vor, welche vom Berufungskläger wie gesagt ■ trotz explizitem Hinweis in der Einvernahme ■ nicht angefochten wurde.

3.6 Zusammenfassend sind die Erkenntnisse aus der Telefonüberwachung somit auch im Verfahren gegen den Berufungskläger verwertbar.

#### **E. 4**

4.1 In Bezug auf den Sachverhalt macht der Berufungskläger geltend, die von der Vorinstanz angenommene Feststellung sei unrichtig. So habe er etwa stets angegeben, er habe den Drogen-Kurier C\_\_\_\_ am Bahnhof SBB und nicht am Badischen Bahnhof abgeholt. Weiter bestünden auch nicht genügend Beweise für den von der Vorinstanz angenommenen Sachverhalt. Es sei durchaus plausibel, dass es in dem fraglichen Telefonat vom 12. Juli 2008 um ein anderes Drogengeschäft als um dasjenige vom 2. Juli 2008 gegangen sei. Viel wahrscheinlicher sei, dass es sich dabei um eine neue Bestellung gehandelt habe. Auch dass die Drogen vom Berufungskläger selbst gewogen und weiterverpackt geworden seien, sei nicht erstellt (Berufungsbegründung S. 5-7).

4.2 Diesbezüglich ist zunächst festzuhalten, dass der Berufungskläger den Transporteur C\_\_\_\_ gemäss Anklage ■ am Badischen Bahnhof in Basel ■ in Empfang genommen haben

soll (Anklage Ziff. 9). Im erstinstanzlichen Urteil selbst wird teilweise explizit von ■Badischer Bahnhof■ (erstinstanzliches Urteil, S. 11), teilweise auch einfach von ■Bahnhof■ gesprochen (erstinstanzliches Urteil, S. 16). Tatsächlich hat der Berufungskläger im Vorverfahren angegeben, er habe C\_\_\_\_ am Bahnhof SBB abgeholt, während sich im Protokoll der erstinstanzlichen Verhandlung eine solche Aussage nicht finden lässt (act. 779-781). An der zweitinstanzlichen Verhandlung hat er ebenfalls angegeben, er habe C\_\_\_\_ beim Bahnhof SBB abgeholt (zweitinstanzliches Protokoll S. 2). Eine etwaige falsche Bezeichnung des Abholortes in der Anklage ist indessen ein nebensächlicher und unbedeutender Mangel in der Sachverhaltsschilderung, da dem Berufungskläger im erstinstanzlichen Urteil lediglich zur Last gelegt wird, er habe den Transporteur in Basel in Empfang genommen und zu B\_\_\_\_ gebracht. Wo genau dies geschehen ist ■ ob am Badischen Bahnhof oder am Bahnhof SBB ■, ist für den Tatvorwurf letztlich irrelevant und auch nicht mit einer Belastung für den Berufungskläger verbunden. Es spielt höchstens insofern eine Rolle, als dass festgehalten wird, er habe ihn ursprünglich sogar über die Grenze bringen sollen, da als Empfangsort Freiburg im Breisgau vereinbart worden sei (siehe dazu hinten E. 5). Dieser ursprünglich vereinbarte Abholort wird jedoch vom Berufungskläger gar nicht bestritten (zweitinstanzliches Protokoll S. 2). Vielmehr hat dieser stets zugegeben, dass nur aufgrund der Tatsache, dass C\_\_\_\_ im Zug eingeschlafen sei, plötzlich ein anderer Ort zum Abholen vereinbart worden sei. Ob dies nun Basel Badischer Bahnhof oder Basel Bahnhof SBB war, ist wie gesagt letztlich irrelevant. Eine Verletzung des Anklagegrundsatzes, welche der Berufungskläger implizit geltend macht, liegt demnach nicht vor.

4.3Der Berufungskläger wendet weiter ein, das Kokain, über welches im Telefonat vom 12. Juli 2008 gesprochen worden sei, sei identisch mit jenem, welches am 2. Juli 2008 mit Hilfe des Berufungsklägers importiert worden sei (Berufungsbegründung S. 7/8).

4.3.1Festzuhalten ist, dass der Abnehmer D\_\_\_\_ im Telefongespräch vom 12. Juli 2008 um 00.32 Uhr gegenüber B\_\_\_\_ angab, es seien ■genau 170■ (act 521). Auf Vorhalt dieses Gesprächs meinte der Berufungskläger im Vorverfahren, er habe keine Ahnung, was das bedeute, denke aber mittlerweile, dass es dabei vermutlich um Kokain gehe (act 493). Als ihm in einem nächsten Schritt das eine Minute später zwischen B\_\_\_\_ und ihm selber geführte Telefonat vorgehalten wurde, in welchem B\_\_\_\_ ihm mitteilt, er habe von D\_\_\_\_ erfahren, dass es ■genau 170■ seien ■ worauf der Berufungskläger antwortet, somit sei die gemeinsame Rechnung korrekt gewesen ■, behauptete der Berufungskläger hingegen plötzlich, es sei hier um etwas ganz anderes gegangen, nämlich um ein Päckchen von einem gewissen E\_\_\_\_ (genannt [...], vgl. act. 494), das er B\_\_\_\_ habe bringen müssen, und in welchem Schmuck oder Gold gewesen sei. B\_\_\_\_ habe ihm in diesem Zusammenhang vorgeworfen, ■etwas weggenommen■ zu haben (act 493). Die in diesem Telefonat geführte Diskussion, weshalb das Gewicht wohl weniger betrage ■ nämlich ■wegen dem Plastik■ oder wegen des Aluminiums ■ lässt jedoch auch darauf schliessen, dass es bei diesem Material um Drogen und nicht um Gold ging, ist doch notorisch, dass Drogen eben in Plastik oder Aluminium verpackt werden, Gold hingegen nicht (s. dazu unten E. 4.4.2). An der erstinstanzlichen Hauptverhandlung schliesslich gab der Berufungskläger an, er habe das von E\_\_\_\_ erhaltene Paket noch am gleichen Abend oder am anderen Morgen, als er C\_\_\_\_ abgeholt habe ■ also am 2. Juli 2008 ■ zu B\_\_\_\_ gebracht (act. 781). Demgegenüber wurde im erstinstanzlichen Plädoyer (act. 816) und in der Berufung seitens der Verteidigung vermutet, die Telefongespräche vom 12. Juli 2008 bezögen sich auf ein

Paket, das am selben Tag oder kurz davorgeliefert worden sei (Berufungsbegründung S. 7/8). Schon diese Angaben sind widersprüchlich und unglaubhaft.

4.3.2 Dass es sich bei der Behauptung betreffend das Paket mit Gold, welches der Berufungskläger von E\_\_\_ zu B\_\_\_ gebracht haben will, um eine Schutzbehauptung handelt, ergibt sich weiter daraus, dass B\_\_\_ erst nach Ergehen der Anklageschrift von sich aus dem Strafgericht eine Erklärung zukommen liess, worin nun auch er plötzlich behauptete, es habe sich bei den 30 oder 300 ■Finger■ um Gold und nicht um Kokain gehandelt (act. 765). Schon dieser Aussageverlauf zeigt, dass B\_\_\_ sich erst nachträglich ■ wohl nach Absprache mit dem Berufungskläger, mit dem er offensichtlich noch im Kontakt stand (vgl. act. 480, 567) ■ der Umdeutung des Berufungsklägers, dass es sich um Gold und nicht um Drogen gehandelt habe, angeschlossen hat. B\_\_\_ hat zudem die Version des Pakets, welches der Berufungskläger ihm von E\_\_\_ gebracht haben will, erst bestätigt, nachdem ihm in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung detailliert die aus den Telefonüberwachungen resultierenden Indizien für Drogenhandel vorgehalten worden waren und der Berufungskläger nochmals die entsprechende Version zum Besten gegeben hatte (781). Dabei gab B\_\_\_ vor, er habe diesen Sachverhalt bereits bei der Einvernahme im Vorverfahren nach Abhören der Telefonkontrollen geschildert (781). Dies ist aber wie erwogen nicht der Fall. Schliesslich passt auch das Telefonat B\_\_\_s mit C\_\_\_ vom 3. Juli 2008 um 12.43 Uhr, an dem er diesem mitteilt, er könne noch nicht bezahlen, er müsse zuerst ■die Sache verkaufen■ (act. 605), schlecht ins Bild eines Goldpaketes, wäre es doch diesfalls naheliegend gewesen, C\_\_\_ mit ebendiesem Gold zu bezahlen.

4.3.3 Wenn es auch nicht Sache des Beschuldigten ist, seine Unschuld zu beweisen, so zeigen doch zum einen die Art und Weise und der Zeitpunkt, in welchem der Berufungskläger erstmals einen Pakettransport mit Gold erwähnt hat, sowie weiter auch die Unstimmigkeit zwischen seiner eigenen Deposition und den Ausführungen seines Verteidigers in Bezug auf den Zeitpunkt der Lieferung (s. dazu vorne E. 4.3.1), dass die Version mit dem Paket Gold, auf welches sich die Aussage mit den ■ genau 170■ bezogen haben soll, nicht stimmen kann.

Festzustellen ist weiter, dass auch die Bestätigungen von B\_\_\_ nicht mit den Behauptungen des Berufungsklägers übereinstimmen: B\_\_\_ hat angegeben, die 30 ■Fingers■, welche C\_\_\_ am 2. Juli 2008 gebracht habe (vgl. Telefonkontrolle vom 2. Juli 2008, 22.14 Uhr, act. 587/ 763), seien Gold gewesen. Demgegenüber will der Berufungskläger in dem später an B\_\_\_ überbrachten Paket, welches kurz vor oder am 12. Juli 2008 an D\_\_\_ gelangt und seiner Meinung nach dezidiert nicht identisch sei mit der von C\_\_\_ gebrachten Ware, Gold vermutet haben (s. dazu vorne E. 4.3.1). Auch diese Angaben sind somit widersprüchlich und unglaubhaft.

Nach dem Gesagten ist die Aussage, dass es sich bei der Lieferung um ein Paket Gold gehandelt habe, als Schutzbehauptung zu qualifizieren.

4.3.4 Was das Argument des Berufungsklägers betrifft, es habe sich bei dem im besagten Telefonat besprochenen um einen anderen Transport als denjenigen vom 2. Juli 2008 gehandelt, ist Folgendes festzuhalten: Wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, hat B\_\_\_ nach seiner Reise vom 26. Juni 2008 keine weitere Reise nach Holland unternommen. Das von ihm im fraglichen Telefongespräch erwähnte Abwiegen von 300 Gramm ■in dem Land von wo ich komme■ (act. 521) kann sich folglich nur auf die Reise vom 26. Juni 2008 beziehen, welche zum Transport vom 2. Juli 2008 und in der Folge zum

Verkauf der Drogen an D\_\_\_\_\_ ■ an irgend einem Datum zwischen dem 2. und 12. Juli 2008 ■ führte, nachdem sich D\_\_\_\_\_ am 3. Juli 2008 nach der Adresse von B\_\_\_\_\_ erkundigt hatte (act. 518, 519).

Der Ablauf der Telefonkontrollen zeigt im Übrigen, dass die Beschaffung des Kokains aus Holland mehrere Wochen in Anspruch genommen hat. So fand das Vorbereitungsgespräch mit C\_\_\_\_\_ am 9. Juni 2008 statt, während die Reise selbst erst am 2. Juli 2008 erfolgte. Aus dem Telefonat zwischen B\_\_\_\_\_ und C\_\_\_\_\_ vom 3. Juli 2008 um 12.43 Uhr (act. 605) erhellt zudem, dass es für B\_\_\_\_\_ gar nicht so einfach war, die Ware zu verkaufen, gab er doch an, dass er ■bei null■ angefangen habe und zuerst ■die Sache■ verkaufen müsse, bevor er C\_\_\_\_\_ das Geld bringen könne (act. 605). Wie erwogen hat der Berufungskläger zudem noch in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung behauptet, das fragliche Paket am gleichen Abend oder am anderen Morgen nach dem Abholen von C\_\_\_\_\_ zu B\_\_\_\_\_ gebracht zu haben (781), so dass B\_\_\_\_\_ für den Verkauf offenbar erhebliche Zeit benötigt hat. Auch

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