

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2018.67 vom 8. Mai 2020**

BS Appellationsgericht, 2020-05-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_SB.2018.67](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2018.67)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2018.67 du 8 mai 2020

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2018.67 del 8 maggio 2020

## **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 § 92 Abs. 1 Ziff. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) das Appellationsgericht als Dreiergericht zuständig.

1.2 Die Berufungsklägerin ist durch das angefochtene Urteil beschwert und hat ein Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung (Art. 382 StPO). Sie ist somit zur Erhebung eines Rechtsmittels legitimiert. Dieses ist form- und fristgerecht eingereicht worden (Art. 399 StPO), so dass darauf einzutreten ist.

1.3 Gemäss Art. 406 Abs. 2 StPO kann die Verfahrensleitung mit dem Einverständnis der Parteien das schriftliche Verfahren anordnen, wenn die Anwesenheit der beschuldigten Person nicht erforderlich ist und Urteile des Einzelgerichts Gegenstand der Berufung sind. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Die Berufung wird deshalb im schriftlichen Verfahren behandelt.

### **E. 2**

2.1 Die Vorinstanz hat ihre Schuldsprüche im Wesentlichen gestützt auf die Feststellungen gefällt, welche der Fahndungsdienst der Kantonspolizei anlässlich der am 16. Juni 2014 und 28. Januar 2015 (Strafbefehl vom 8. September 2015) sowie am 9. Dezember 2015 und 8. März 2016 (Strafbefehl vom 22. März 2017) im Massagesalon B\_\_\_\_ durchgeführten Kontrollen gemacht hat. Des Weiteren hat sie auf die Aussagen des erstinstanzlich befragten, bei einer der Fahndungen involvierten Polizeibeamten abgestellt (Auss. C\_\_\_\_, erstinstanzliches Urteil S. 9, m.H. auf erstinstanzliches Protokoll S. 4). Die Polizeibeamten hatten die genannten Kontrollen in ziviler Kleidung durchgeführt und sich erst als Polizisten zu erkennen gegeben, nachdem sie in den B\_\_\_\_ Massagesalon hereingelassen worden waren (Polizeikontrollen vom 16. Juni 2014 und 28. Januar 2015) bzw. nachdem sie sich in den Räumlichkeiten des Salons mit dessen Angestellten über die verschiedenen angebotenen Dienstleistungen unterhalten hatten (Polizeikontrollen vom 9. Dezember 2015 und 8. März 2016).

2.2 Die Berufungsklägerin führt vorab an, da das Strafgericht mutmasslich von der ersten Gerichtsschreiberin und damit entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bzw. nicht korrekt zusammengesetzt worden sei, sei der Entscheid bereits aus diesem Grund aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Berufungsbegründung S. 4). Weiter macht sie ■ wie bereits vor erster Instanz ■ in prozessualer Hinsicht geltend, dass die Beweise aus nicht legitimierter verdeckter Fahndung

resultierten und daher unverwertbar seien. Weiter liege eine unzulässige Tatprovokation seitens der Beamten vor und hätten ebenfalls unzulässige verdeckte Hausdurchsuchungen stattgefunden. Auch die Rapporte, auf welche sich die Vorinstanz stütze, seien nicht verwertbar, da die Berufungsklägerin keine Möglichkeit gehabt habe, sämtlichen rapportierenden Fahndern Ergänzungsfragen zu stellen. Die ■ überdies unzureichende ■ Konfrontation mit dem Zeugen C\_\_\_\_\_ genüge dabei nicht (vgl. Berufungsbegründung S. 7-11). Die Berufungsklägerin führt weiter aus, es werde im erstinstanzlichen Urteil auf nicht weniger als ein Dutzend unkonfrontierte Behauptungen von Belastungszeugen abgestellt. Diese seien unverwertbar und aus den Akten zu weisen (Berufungsbegründung S. 11-14). Schliesslich, so die Verteidigung, sei ihre Mandantin mehrfach ohne Anwesenheit der Verteidigerin einvernommen worden. Sämtliche solchermaßen in Umgehung der Verteidigung erhobene Beweise seien ebenfalls unverwertbar und aus den Akten zu weisen (Berufungsbegründung S. 14). In der Sache führt die Berufungsklägerin aus, es bestünden erhebliche und unüberwindbare Zweifel an sämtlichen angeklagten Vorwürfen, weshalb die Beschuldigte freizusprechen sei (Berufungsbegründung S. 15-21). Abschliessend beantragt sie die Zuspreehung einer Entschädigung, da sie einen Tag ungerechtfertigt in Polizeigewahrsam gewesen sei.

2.3 In Bezug auf den Vorwurf, dass die Beweise aus nicht legitimierter verdeckter Fahndung resultierten und daher unverwertbar seien, ist Folgendes festzuhalten:

2.3.1 Mit den bereits per 1. Mai 2013 in Kraft getretenen Artikeln 285a und 298a ff. StPO sind die Begriffe der verdeckten Ermittlung und der verdeckten Fahndung gesetzlich definiert, gegeneinander abgegrenzt und die Voraussetzungen für deren Zulässigkeit im Strafprozessrecht verankert worden. Diese bundesrechtlichen Bestimmungen erfassen allerdings ausschliesslich jene Fälle, in denen bereits ein Verdacht auf eine strafbare Handlung besteht. Das Bundesgericht hat dazu ausgeführt, dass dieser Verdacht zwar bloss vage sein könne, aber nicht gänzlich unbestimmt sein dürfe. Es erschienen indessen manchmal im Interesse der Prävention Ermittlungen gegen Straftaten notwendig, selbst wenn zu Beginn der verdeckten Ermittlungstätigkeit kein Tatverdacht vorliege. Es gehe hier um Handlungen von Polizeiorganen vor einem Strafverfahren, welche der Verhinderung oder Erkennung einer möglichen Straftat dienen würden. Solche Vorermittlungen könnten sich gegen jede Art von schwerwiegenden Straftaten richten (BGE 143 I 353 E. 5.4 f. S. 361 f.). Die Grenze zwischen polizeirechtlicher und strafprozessualer Tätigkeit verlaufe in der Praxis fließend und eine klare Trennung sei nicht immer möglich. Das entscheidende Abgrenzungskriterium für die Anwendbarkeit der StPO sei der strafprozessuale Anfangsverdacht (BGE 143 IV 27 E. 2.5 S. 32; BGer 6B\_1143/2015 vom 6. Juni 2016 E. 1.3.1). Verdeckte Ermittlung und Fahndung gemäss StPO seien lediglich zur Abklärung bereits begangener bzw. in Ausführung begriffener Straftaten zulässig. Erfolgt Ermittlungshandlungen vor Vorliegen eines Tatverdachts im Rahmen einer Kontaktnahme oder Vorermittlung zur Verhütung künftiger Straftaten, handle es sich nicht um Massnahmen des Strafprozessrechts, sondern um eine klassische präventive polizeiliche Tätigkeit, deren Regelung in der Kompetenz der Kantone liege (BGE 143 IV 27 E. 2.5 S. 32; 140 I 353 E. 5.5.1 u. 5.5.2 S. 362 f.). Betreffend diese präventive Vorermittlung im Sinne eines polizeilichen Tätigwerdens zur Verhinderung oder Erkennung zukünftiger möglicher Delikte enthalte das Bundesrecht auch nach der Neuregelung der verdeckten Ermittlung und verdeckten Fahndung keine Bestimmungen (BGE 140 I 353 E. 5.5.1 S. 362; s. auch BGE 143 IV 27 E. 2.5 S. 32). Aus den Gesetzesmaterialien ergebe sich die

gesetzgeberische Absicht, die präventive verdeckte Vorermittlung der kantonalen Regelung ■ insbesondere im jeweiligen kantonalen Polizeirecht ■ zu überlassen. Nach der Auffassung der Rechtskommission des Nationalrats könne der Bund auch gar keine Gesetzesgrundlagen für die präventive verdeckte Vorermittlung schaffen, da es sich dabei nicht um Massnahmen des Strafprozessrechts handle, zu dessen Regelung der Bund nach Art. 123 Abs. 1 Bundesverfassung (BV, SR 101) befugt sei (BGE 143 I 353 E. 5.5.2 S. 363 m.V.a. BBl 2012 5596 Ziff. 2.2.2).

Dass diese Abgrenzung heikel sein kann, zeigt sich gerade in einem Grundsatzentscheid des Bundesgerichts zu diesem Thema selbst: So lässt es das Bundesgericht im BGE 140 I 353 zunächst genügen, dass der Verdacht auf eine strafbare Handlung ■ auch ein bloss vager ■ sei, um bereits von verdeckter Fahndung zu sprechen (E. 5.4 S. 361). Im selben Entscheid hält es indessen gleichzeitig fest, dass das Vorermittlungsverfahren (in casu gemäss PolG ZH) ■ die polizeiliche Tätigkeit ohne konkreten Tatverdacht vor einem strafprozessualen Vorverfahren im Sinne von Art. 299 ff. StPO ■ betreffe. Es legt dar: ■ Unter Vorermittlungen sind Abklärungen und Massnahmen der Polizei zu verstehen, die auf Verdachtsbegründung ausgerichtet sind oder die auf einem bloss vagen, noch unbestimmten Anfangsverdacht, kriminalistischen Erfahrungswerten oder auf einer blossen Vermutung oder Hypothese gründen, die ohne vorgängige Konkretisierung und Verdichtung (oder Entkräftung) für die Einleitung eines gerichtspolizeilichen Ermittlungsverfahrens gemäss Art. 306 StPO nicht genügen. Typisch ist solches Handeln, wenn die Polizei Meldungen aus der Bevölkerung über verdächtige Wahrnehmungen nachgeht. Vorermittlungen ermöglichen der Polizei das Erkennen, dass bestimmte Straftaten begangen worden sind oder gestützt auf einen bereits gefassten Tatentschluss kurz vor der Ausführung stehen könnten. Vorermittlungen bezwecken die Feststellung, ob überhaupt strafprozessual abzuklärende Sachverhalte vorliegen oder nicht, um im bejahenden Fall eine möglichst gute Ausgangslage für das nachfolgende Vorverfahren gemäss StPO zu schaffen oder auch (weitere) Straftaten zu verhindern ■ (E. 6.1 S. 365).

2.3.2 Vorliegend handelt es sich um Einsätze von nicht als solchen erkennbaren Polizeibeamten im Rahmen der routinemässig durchzuführenden Kontrolltätigkeit der Polizeieinheit "Fachgruppe Milieu" (erstinstanzliches Urteil S. 4, m.H. auf Auss. C\_\_\_\_, erstinstanzliches Protokoll S. 3). Es liegen somit polizeiliche Vorermittlungen zum Zweck der Feststellung vor, ob überhaupt strafprozessual abzuklärende Sachverhalte vorliegen. Diese stellen eine in die polizeilichen Kompetenzen fallende verdeckte Fahndung dar. Somit sind die Bestimmungen der StPO zur verdeckten Ermittlung und Fahndung nicht anwendbar und untersteht dieses Handeln der Reglementierung durch das kantonale Polizeigesetz (PolG, SG 510.100). Entsprechend ist die Legitimität der zur Debatte stehenden Einsätze im Rahmen dieser Bestimmungen zu prüfen.

## **E. 2.4**

2.4.1 Gemäss § 33a PolG hat die verdeckte Fahndung zum Zweck, "mit Angehörigen der Polizei, deren wahre Identität und Funktion nicht erkennbar ist, im Rahmen kurzer Einsätze ohne Verwendung einer Legende die Vorbereitung von Verbrechen und Vergehen zu erkennen oder Straftaten zu verhindern ■ (§ 33a Abs. 1 PolG). Die Anordnung entsprechender Polizeieinsätze hat durch die zuständige Gruppenchefin oder den zuständigen Gruppenchef zu erfolgen und bedarf innerhalb von 48 Stunden nach dem Einsatz der Genehmigung durch eine Polizeioffizierin oder einen Polizeioffizier (§ 33a Abs. 3 PolG).

Festzuhalten ist, dass sich den Akten weder eine Anordnung der Einsätze durch den zuständigen Gruppenchef noch eine nachträgliche Genehmigung derselben innert 48 Stunden entnehmen lässt. Die Berufungsklägerin lässt deshalb ausführen, dass sämtliche im Zusammenhang mit den Einsätzen erhobenen Beweise rechtswidrig und unverwertbar seien. Die Vorinstanz hat dazu erwogen, es handle sich bei den Vorgaben der Anordnung resp. Genehmigung um blosser Ordnungs- und nicht um Gültigkeitsvorschriften. Deren Verletzung tangierten die Verwertbarkeit der erhobenen Beweise nicht, so dass gleichwohl darauf abgestellt werden dürfe (erstinstanzliches Urteil S. 5).

2.4.2 Gemäss Art. 141 Abs. 3 StPO sind Beweise, bei deren Erhebung Ordnungsvorschriften verletzt wurden, verwertbar. Anderes gilt für Beweise, welche in Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben wurden. Diese dürfen nur dann verwertet werden, wenn sie zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich sind (Art. 141 Abs. 2 StPO). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts gelten als Gültigkeitsvorschriften die Regeln, die ausschliesslich oder vorrangig den Schutz der beschuldigten Person bezwecken. Demgegenüber dienen Ordnungsvorschriften in erster Linie der äusseren Ordnung des Verfahrens (Gless, in: Basler Kommentar StPO, Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], 2. Auflage 2014, Art. 141 N 67 m.w.H.).

Den Materialien zur Gesetzesentstehung ist zu entnehmen, dass das Parlament bei der Normierung der präventiven verdeckten Fahndung und Ermittlung primär den Schutz der Betroffenen vor ungerechtfertigten Grundrechtseingriffen vor Augen hatte. Ziel der Schaffung kantonaler Normen für die präventive verdeckte Ermittlung und Fahndung war es, die mit der Aufhebung des Bundesgesetzes über die verdeckte Ermittlung (BVE) entstandene Gesetzeslücke auf Initiative einer grossrätlichen Motion hin zu schliessen. Unbestritten war dabei die Notwendigkeit verdeckter polizeilicher Fahndung und Ermittlung im Vorfeld von Straftaten. Die Schaffung der kantonalen Normen diene gemäss dem Bericht der Justiz-, Sicherheit und Sportskommission des Grossen Rates vom 12. Dezember 2012 (nachfolgend: Bericht) zum Ratschlag und Entwurf zur Teilrevision des PolG des Regierungsrates vom 22. Mai 2012 (nachfolgend: Ratschlag) einem ■grösstmöglichen Ausbau der Rechtsstaatlichkeit■, da sowohl die verdeckte Fahndung wie auch die verdeckte Ermittlung mit Grundrechtseingriffen verbunden seien. Es wird festgehalten, das Gesetz müsse präzise festlegen, unter welchen Voraussetzungen präventive polizeiliche Vorermittlungstätigkeiten angeordnet werden dürften, da eine präzise Rechtsgrundlage für die betroffenen Personen, aber auch für die rechtsanwendenden Behörden Rechtssicherheit schaffe (s. Bericht S. 3 f.). Folglich dienen die in § 33a PolG vorgeschriebenen Abläufe vorrangig dem Schutz der Betroffenen. Es handelt sich deshalb bei der vorgesehenen Genehmigungspflicht gemäss § 33a Abs. 3 PolG um eine Gültigkeitsvoraussetzung und nicht um eine blosser Ordnungsvorschrift.

2.4.3 Vorliegend hätten nach dem Gesagten die zur Debatte stehenden Polizeikontrollen zumindest innerhalb von 48 Stunden nach deren Durchführung durch eine Polizeioffizierin oder einen Polizeioffizier genehmigt werden müssen (§ 33a Abs. 3 PolG). Da dies jedoch bei keiner Kontrolle geschehen ist und es sich bei dieser Vorschrift wie erwogen um eine Gültigkeitsvorschrift handelt, dürfen die durch die Kontrollen erlangten Erkenntnisse nicht als Beweismittel verwendet werden. Die gegen die Berufungsklägerin verwendeten Beweise und Indizien leiten sich allesamt aus den bei den polizeilichen Kontrollen gewonnenen Informationen ab oder ergeben sich aus den aufgrund dieser Kontrollen erhobenen Beweisen. Sie sind deshalb in Anwendung von Art. 141 Abs. 2 und 4 StPO nicht

verwertbar. Auch vermag der Vorwurf der mehrfachen Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts und der mehrfachen Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung das Verwertungsverbot nicht aufzuheben, müssten doch dafür die Beweise zur Aufklärung ■schwerer Straftaten unerlässlich■ sein ([Art. 141 Abs. 2 StPO]; s. dazu Gless, a.a.O., Art. 141 N 72). Vorliegend handelt es sich jedoch zweifellos nicht um schwere Straftaten, welche eine solche Aufhebung des Beweisverwertungsverbots zur Folge hätten. Da sich dieses sodann auf Folgebeweise erstreckt, kann auch auf die Aussagen des Zeugen und Polizeibeamten C\_\_\_\_\_ nicht abgestellt werden.

Zusammenfassend liegen demnach keine oder zumindest nur ungenügende Beweise und Indizien vor, um die gegen die Berufungsklägerin erhobenen Strafvorwürfe als erstellt zu erachten. Die Berufungsklägerin ist somit freizusprechen (s. auch AGE SB.2016.100 vom 26. Juni 2018, dem ein vergleichbarer Sachverhalt zu Grunde lag).

2.4.4 Bei diesem Ergebnis erübrigt sich ein Eingehen auf die weiteren Vorbringen der Berufungsklägerin (s. dazu vorne E.2.2). Der Vollständigkeit halber ist immerhin festzuhalten, dass die Ausführungen der Vorinstanz zum Konfrontationsrecht insofern nicht korrekt sind, als dass das Bundesgericht in einer neueren Entscheidung festgehalten hat, auf eine Konfrontation des Angeklagten mit dem Belastungszeugen oder auf dessen ergänzende Befragung könne nur unter besonderen Umständen verzichtet werden und die Fragen an Belastungszeugen dürften nicht in antizipierter Beweiswürdigung für unerheblich erklärt werden (BGer 6B\_510/2013 vom 3. März 2014 E. 1.3.2). Insbesondere ist dabei ■ entgegen den Erwägungen der Vorinstanz, welche sich auf eine ältere Entscheidung des Bundesgerichts beziehen ■ auch unerheblich, ob die belastende Aussage lediglich eines von mehreren Gliedern einer Indizienkette bildet, oder ob ihr ausschlaggebende Bedeutung zukommt. Da jedoch vorliegend wie erwähnt bereits aus anderen Gründen ein Freispruch erfolgt, hat es damit sein Bewenden.

2.5. Wie sich aus den Akten ergibt, wurde der gegen die Berufungsklägerin erlassene Strafbefehl im Strafregister bereits als rechtskräftiges Urteil eingetragen (act. 4, Ordner S. 4). Dies ist entsprechend dem vorliegenden Entscheid zu berichtigen.

### **E. 3**

3.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Staat sämtliche Kosten zu tragen. Der Freispruch erfolgt kostenlos und der Berufungsklägerin ist für das erst- und für das zweitinstanzliche Verfahren je eine Parteientschädigung aus der Gerichtskasse zu leisten (Art. 428 Abs. 1 StPO).

Für das erstinstanzliche Verfahren hat die Verteidigerin einen Aufwand von 18,32 Stunden à CHF 250.■ sowie Auslagen in Höhe von CHF 75.■, zuzüglich 7,7 % MWST von CHF 358.40 geltend. Dies erscheint angemessen, so dass der Berufungsklägerin eine Parteientschädigung gemäss Aufstellung, zuzüglich 3 Stunden Hauptverhandlung, total CHF 5'820.10 aus der Gerichtskasse auszurichten ist.

Die Verteidigerin macht mit ihrer Honorarnote für das zweitinstanzliche Verfahren einen Aufwand von 15,33 Stunden à CHF 250.■ sowie Auslagen in Höhe von CHF 27.40 geltend, zuzüglich 7,7 % MWST von CHF 297.30 geltend. Dies erscheint angemessen, so dass der Berufungsklägerin eine Parteientschädigung von total CHF 4'157.70 aus der Gerichtskasse auszurichten ist.

3.2 Die Berufungsklägerin beantragt zudem eine Entschädigung bzw. Genugtuung für die zu Unrecht erlittene Haft gemäss Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO. Gemäss Akten wurde die Berufungsklägerin am 22. Februar 2017 aus der Festnahme zur Befragung vorgeführt, wobei sich weder der Vorführungsbefehl noch die Entlassungsanzeige in den Akten befinden. Gemäss am 27. Januar 2020 erfolgter telefonischer Erkundigung der Instruktionsrichterin bei der Haftleitstelle wurde die Berufungsklägerin am 21. Februar 2017 abends und am 22. Februar 2017 ■ wiederum abends ■ entlassen. Sie befand sich somit 24 Stunden im Polizeigewahrsam, wofür sie praxisgemäss mit CHF 200.■ zu entschädigen ist.

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