



6B_878/2019

Urteil vom 20. Mai 2020

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Bundesrichter Muschietti,
Gerichtsschreiber Matt.

Verfahrensbeteiligte
A. _____,
vertreten durch Advokatin Jessica Baltzer,
Beschwerdeführer,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Landschaft, Erste Staatsanwältin,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Beweiserhebung und Beweisverwertbarkeit
(banden- und gewerbsmässiger Diebstahl,
mehrfache Sachbeschädigung etc.); Entschädigung,

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Strafrecht,
vom 8. Februar 2019 (460 18 137).

Sachverhalt:

A.
Am 26. Januar 2018 verurteilte das Strafergericht Basel-Landschaft A. _____ wegen banden- und gewerbsmässigen Diebstahls, mehrfacher Sachbeschädigung und mehrfachen, teilweise versuchten Hausfriedensbruchs zu 6 Jahren und 2 Monaten Freiheitsstrafe und verwies ihn für 9 Jahre des Landes. Auf Berufung von A. _____ hin bestätigte das Kantonsgericht Basel-Landschaft am 8. Februar 2019 das erstinstanzliche Urteil in Aktualisierung des anrechenbaren Freiheitsentzugs.

B.
Mit Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht beantragt A. _____, er sei freizusprechen, aus der Haft zu entlassen und zu entschädigen. Eventualiter sei die Sache an das Kantonsgericht zurückzuweisen. Er ersucht um unentgeltliche Rechtspflege.

C.
Das Kantonsgericht beantragt die Abweisung der Beschwerde; die Staatsanwaltschaft verzichtet auf eine Stellungnahme. A. _____ hält an der Beschwerde fest.

Erwägungen:

1.

Der Beschwerdeführer, rügt die erhobenen Beweise seien wegen Verstosses gegen Art. 141 i.V.m. Art. 277 Abs. 2, Art. 280 lit. c und Art. 281 Abs. 4 StPO nicht verwertbar.

1.1.

1.1.1. Beweise, die in Verletzung von Art. 140 StPO erhoben worden sind (durch Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können), sind in keinem Fall verwertbar. Dasselbe gilt, wenn dieses Gesetz einen Beweis als unverwertbar bezeichnet (Art. 141 Abs. 1 StPO). Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich (Art. 141 Abs. 2 StPO). Beweise, bei deren Erhebung Ordnungsvorschriften verletzt worden sind, sind verwertbar (Art. 141 Abs. 3 StPO). Ermöglichte ein Beweis, der nach Art. 141 Abs. 2 StPO nicht verwertet werden darf, die Erhebung eines weiteren Beweises, so ist dieser nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre (Art. 141 Abs. 4 StPO).

1.1.2. Die Staatsanwaltschaft kann technische Überwachungsgeräte einsetzen, unter anderem um den Standort von Personen oder Sachen festzustellen (Art. 280 lit. c StPO). Vorbehaltlich der Bestimmungen von Art. 280 - 281 StPO richtet sich der Einsatz technischer Überwachungsgeräte nach den Art. 269 - 279 StPO, mithin nach den Bestimmungen über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 281 Abs. 4 StPO).

Die Staatsanwaltschaft kann den Post- und den Fernmeldeverkehr überwachen lassen, wenn der dringende Verdacht besteht, eine in Art. 269 Abs. 2 StPO genannte Straftat, namentlich Diebstahl gemäss Art. 139 StGB, sei begangen worden; die Schwere der Straftat die Überwachung rechtfertigt, und die bisherigen Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sind oder die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden (Art. 269 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a StPO). Der Einsatz technischer Überwachungsgeräte bedarf der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht (Art. 281 Abs. 4 i.V.m. Art. 272 Abs. 1 StPO). Ergebnisse einer nicht genehmigten Überwachung sind nicht verwertbar (Art. 281 Abs. 4 i.V.m. Art. 277 Abs. 2 i.V.m. Art. 141 Abs. 1 StPO) und sofort zu vernichten (Art. 281 Abs. 4 i.V.m. Art. 277 Abs. 1 StPO). Werden durch die Überwachung andere Straftaten als die in der Überwachungsanordnung aufgeführten bekannt, so können die Erkenntnisse gegen die beschuldigte Person verwendet werden, wenn zur Verfolgung dieser Straftaten eine Überwachung hätte angeordnet werden dürfen; die Staatsanwaltschaft ordnet unverzüglich die Überwachung an und leitet das Genehmigungsverfahren ein (Art. 278 Abs. 1 und 3 StPO).

Die Staatsanwaltschaft und, im Ermittlungsverfahren die Polizei, können Personen und Sachen an allgemein zugänglichen Orten verdeckt beobachten und dabei Bild- oder Tonaufzeichnungen machen, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass Verbrechen oder Vergehen begangen worden sind; und die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden (Art. 282 Abs. 1 StPO). Hat eine von der Polizei angeordnete Observation einen Monat gedauert, so bedarf ihre Fortsetzung der Genehmigung durch die Staatsanwaltschaft (Art. 282 Abs. 2 StPO). Die Observation spielt sich im Gegensatz zur Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten im öffentlichen Raum ab. Da sie nicht als schwerwiegender Eingriff in die Grundrechte verstanden wird, ist keine richterliche Genehmigung erforderlich (EUGSTER/KATZENSTEIN, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 3 ff. zu Art. 282 StPO).

1.2. Dem strittigen Beweisverwertungsverbot liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Am 23. November 2016 entdeckte eine Patrouille der Kantonspolizei Basel-Landschaft einen als gestohlen gemeldeten Personenwagen. Da der Verdacht bestand, dass das Fahrzeug in der Vornacht bei einem Einbruchdiebstahl verwendet worden sein könnte, wobei das Luftgitter am Frontspoiler des Fahrzeugs abgefallen war, installierte die Polizei an diesem Personenwagen umgehend einen GPS-Sender. Im Rahmen der anschliessenden Observation verfolgte die Polizei am 28. November 2016 das überwachte sowie ein weiteres, mit diesem einen Konvoi bildendes Fahrzeug mit unbekanntem Verdächtigen zu einer B. _____-Filiale in Gelterkinden. Dort konnte beobachtet werden, wie aus beiden Fahrzeugen Personen ausstiegen und, dass anschliessend im Dachgeschoss des B. _____-Gebäudes für kurze Zeit das Licht brannte. Nachdem sich die Verdächtigen mit ihren Fahrzeugen vom Tatort entfernt hatten, wurden sie von der Polizei angehalten und verhaftet. Im Fahrzeug mit dem GPS-Sender befanden sich der Beschwerdeführer und ein Mitbeschuldigter.

1.3. Die Vorinstanz begründet nachvollziehbar, dass bei Anbringen des GPS-Senders durch die Polizei der dringende Verdacht bestand, wonach das zu überwachende Fahrzeug im Rahmen einer längeren Serie von Einbruchdiebstählen, so auch am 17. November 2016, verwendet wurde. Ihr ist zuzustimmen, dass die visuelle Observation des gestohlenen Fahrzeugs durch die Polizei sowie die technische Überwachung von dessen Standort angesichts des dringenden Tatverdachts mehrfacher Einbruchdiebstähle unbekannter Täterschaft unter Verwendung dieses und anderer Fahrzeuge, der Schwere der Straftaten sowie der bis dato erfolglosen Untersuchungshandlungen nach Art. 281 Abs. 4 i.V.m. Art. 269 ff. und Art. 282 StPO

zulässig waren.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz fällt das Anbringen des GPS-Senders hingegen klarerweise unter die staatsanwaltschaftlich anzuordnenden und genehmigungspflichtigen Zwangsmassnahmen im Sinne von Art. 280 lit. c StPO (vgl. **BGE 144 IV 370** E. 2.1; Urteile 1B_273/2019 vom 3. Dezember 2019 E. 2.2.1; 6B_178/2017 vom 25. Oktober 2017 E. 3.1.2 f., publ. in *Prä.* 2018 S. 192 mit Hinweis auf THOMAS HÄNSJAKOB, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, StPO, 2. Aufl. 2014, N. 18 f. zu Art. 280 StPO). Dies gilt unbeschadet der Frage, ob im Rahmen der Überwachung Beweise erhoben wurden. Es ist vielmehr die Überwachung an sich, welche als Eingriff in die Grundrechte die Notwendigkeit einer Anordnung durch die Staatsanwaltschaft und Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht begründet (vgl. EUGSTER/KATZENSTEIN, a.a.O., N. 37 f. zu Art. 280 StPO).

Im Übrigen erhellt aus dem vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt, dass es der Polizei ohne Weiteres möglich gewesen wäre, die Staatsanwaltschaft rechtzeitig, jedenfalls vor der Verfolgung des Fahrzeugs, über das Anbringen des GPS-Senders zu informieren und sie um Anordnung der technischen Überwachung zu ersuchen. Die Auffindung des Fahrzeugs gelang demnach am 23. November 2016; die Verfolgung fand hingegen erst am 28. November 2016 statt. Angesichts der in die Wege geleiteten Zwangsmassnahme (Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten) sowie des vorinstanzlich geschilderten Tatverdachts einer Serie von Einbruchdiebstählen seitens der Polizei hätte die Staatsanwaltschaft wohl im Verlauf des 23. November 2016 ein Untersuchungsverfahren eröffnen müssen (vgl. Art. 307 Abs. 1 i.V.m. Art. 309 Abs. 1 StPO), sodass auch die weitere Observation unter ihrer Aufsicht hätte erfolgen müssen (vgl. Art. 282 StPO). Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund erscheint die Verfolgung des mit GPS-Sender ausgestatteten Fahrzeugs vom 28. November 2016 nicht mehr als rein polizeiliche Massnahme, wie die Vorinstanz argumentiert. Nachdem ferner feststeht, dass eine Genehmigung der technischen Überwachung durch das Zwangsmassnahmengericht fehlt, ist diese rechtswidrig. Dabei spielt keine Rolle, ob die Auffassung des Zwangsmassnahmengerichts zutrifft oder ob dieses das Anbringen des GPS-Senders am visuell überwachten Fahrzeug hätte bewilligen müssen. Diese Frage ist hier nicht mehr zu prüfen. Der Staatsanwaltschaft stand es frei, gegen den Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts betreffend Verweigerung der Genehmigung keine Beschwerde an das Bundesgericht zu erheben (vgl. **BGE 137 IV 340** E. 2.1 ff.; Urteil 6B_1314/2016 vom 10. Oktober 2018 E. 1.4.3, nicht publ. in **BGE 145 IV 114**; MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSSEL, Basler Kommentar, StPO, 2. Aufl. 2014, N. 10 zu Art. 274 StPO).

1.4. Nachfolgend bleibt zu prüfen, welche Folgen die Rechtswidrigkeit der technischen Überwachungsmassnahme vorliegend nach sich zieht.

1.4.1. Der Beschwerdeführer hält dafür, alle im Verfahren erhobenen Beweise seien in Anwendung von Art. 281 Abs. 4 i.V.m. Art. 277 Abs. 2 und Art. 141 Abs. 1 zweiter Satz StPO absolut unverwertbar. Wie nachfolgend zu zeigen ist, kann dem indes nicht gefolgt werden.

Zwar erfolgte die Verhaftung der Verdächtigen im Anschluss an die ungenehmigte technische Überwachung des als gestohlen gemeldeten Fahrzeugs. Die Verhaftung als solche ist aber kein Beweis für Tat oder Täterschaft. Der Beschwerdeführer behauptet auch nicht, die GPS-Ortung des Fahrzeugs sei zum Nachweis seiner Anwesenheit an einem Tatort verwendet, oder anlässlich der weiteren Beweiserhebungen im Verfahren seien die einschlägigen Gesetzesbestimmungen verletzt worden. Solches ist nicht ersichtlich. Wenngleich die Verdächtigen am 28. November 2016 allem Anschein nach bei einem Einbruch in eine B._____-Filiale in Gelterkinden beobachtet wurden, wird ihnen diese Tat nicht zur Last gelegt. Wie der im erstinstanzlichen Urteil zusammengefassten Anklage zu entnehmen ist, betrifft der zeitlich letzte Vorwurf einen Einbruchdiebstahl im Vorfeld der GPS-Anbringung vom 23. November 2016. Die Vorinstanz erwägt daher zu Recht bzw. nachvollziehbar, dass keine gestützt auf die rechtswidrige technische Überwachung erhobenen Beweise oder Erkenntnisse ersichtlich sind oder vom Beschwerdeführer im bisherigen Verfahren rechtsgenügend geltend gemacht wurden. Entgegen seiner Auffassung handelt es sich bei den im nachfolgenden Verfahren - unbestrittenermassen gesetzmässig - gewonnenen Beweisen (Befragungen und DNA-Spuren) somit auch nicht um direkte Folgebeweise, welche nach Art. 141 Abs. 4 StPO grundsätzlich ebenfalls unverwertbar wären (zur Anwendbarkeit von Art. 141 Abs. 4 StPO auch auf nach Art. 141 Abs. 1 StPO gewonnenen Beweise vgl. SABINE GLESS, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 90 zu Art. 141 StPO; **BGE 138 IV 169** E. 3.3). Aus dem angefochtenen Entscheid erhellt vielmehr, dass die Polizei in der Nacht des 28. November 2016 bereits vor Ort war, als sich die Verdächtigen dem mit Sender ausgestatteten Fahrzeug näherten. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass die Verhaftung der Verdächtigen und somit auch die dieser folgenden Beweisabnahmen allein aufgrund der visuellen Beschattung des Fahrzeugs durch die Polizei, mithin ohne die rechtswidrige GPS-Ortung möglich gewesen wären. Daran ändert nichts, dass die Polizei mit dem Zugriff zunächst abwartete, um die Verdächtigen allenfalls in flagranti zu überführen, zumal ihnen, wie dargelegt, diesbezüglich kein Vorwurf gemacht wird. Die Vorinstanz spricht insoweit nachvollziehbar von einem blossen Zugriffsfehler. Im Übrigen ist es plausibel anzunehmen, dass der Zugriff ohne die Überwachung des Fahrzeugs mittels GPS mit grösster Wahrscheinlichkeit früher erfolgt wäre, da andernfalls die erhebliche Gefahr bestanden hätte, die Verdächtigen aus den Augen zu verlieren, was denn auch der Fall war. Die bereits mit Entdecken des Fahrzeugs durch die Polizei und somit noch im Ermittlungsverfahren begonnene visuelle Observation war zudem angesichts des dringenden Tatverdachts sowie der zeitlichen Dringlichkeit zweifellos rechtens, was der Beschwerdeführer nicht bestreitet. Hingegen braucht nach dem Gesagten nicht geprüft zu werden, ob das in Art. 141 Abs. 1 erster Satz StPO statuierte Beweisverwertungsverbot auch für

Anwendungsfälle nach dessen zweitem Satz ("wenn dieses Gesetz einen Beweis als unverwertbar bezeichnet") absolut gilt. Zusammenfassend sind die vom Beschwerdeführer beanstandeten Beweise im Verfahren verwertbar.

1.4.2. Sind gegenüber der beschuldigten Person rechtswidrig Zwangsmassnahmen angewandt worden, so spricht ihr die Strafbehörde eine angemessene Entschädigung und Genugtuung zu (Art. 431 Abs. 1 StPO). Als Zwangsmassnahme gelten nach Art. 196 StPO jene Verfahrenshandlungen der Strafbehörden, die in die Grundrechte des Betroffenen eingreifen und dazu dienen, Beweise zu sichern, die Anwesenheit von Personen im Verfahren sicherzustellen oder die Vollstreckung des Entscheids zu gewährleisten. Hierunter fallen namentlich die geheimen Überwachungsmaßnahmen. Der aus Art. 5 Abs. 5 EMRK abgeleitete Entschädigungsanspruch besteht unabhängig vom Ausgang des Verfahrens, insbesondere des Verhaltens der beschuldigten Person. Die zuständige Strafbehörde entscheidet über den Anspruch von Amtes wegen im Endentscheid, wobei die Frage nach dem Ob einer Entschädigung aufgrund des eindeutigen Wortlauts der Bestimmung nicht im Ermessen der Strafbehörde liegt. Die Höhe der Entschädigung richtet sich nach zivilrechtlichen Grundsätzen gemäss Art. 41ff. OR (WEHRENBURG/FRANK, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 3 ff. zu Art. 431 StPO). Nach dem in Erwägung 1.3 vorstehend Gesagten steht die Rechtswidrigkeit der technischen Überwachung des Fahrzeugs mittels GPS-Sender fest. Die Vorinstanz hat den an den Beschwerdeführer auszurichtenden Anspruch festzusetzen.

2. Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Gerichtskosten zu erheben; soweit der Beschwerdeführer unterliegt, erscheint sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nicht als aussichtslos (Art. 64 Abs. 1 und 2; Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG). Ihm ist daher Advokatin Jessica Baltzer beizuordnen. Diese ist im Rahmen des Obsiegens des Beschwerdeführers vom Kanton Basel-Landschaft und im Übrigen aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

- 1.** Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Der angefochtene Entscheid wird aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
- 2.** Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
- 3.** Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen, soweit es nicht gegenstandslos ist, und dem Beschwerdeführer wird Advokatin Jessica Baltzer beigegeben.
- 4.** Der Kanton Basel-Landschaft bezahlt Advokatin Jessica Baltzer für das bundesgerichtliche Verfahren Fr. 1'500.-- Entschädigung. Sie wird ausserdem aus der Bundesgerichtskasse mit Fr. 1'500.-- entschädigt.
- 5.** Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Strafrecht, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 20. Mai 2020

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Matt