

CAP 2006-13

STRAFAPPELLATIONSHOF

13. Dezember 2006

Der Strafappellationshof hat in Sachen

X, Berufungsführer,
vertreten durch Rechtsanwalt A,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Freiburg, Berufungsgegnerin;

Berufung vom 22. Februar 2006 gegen
das Urteil des Bezirksstrafgerichts ____ vom 22. August 2005

nachdem sich ergeben hat:

A. Im September 2004 häuften sich im Kanton Freiburg Einbruchdiebstähle in Personenwagen. Die Kantonspolizei Bern vermeldete anfangs Oktober 2004 einen Diebstahl aus einem Personenwagen, wobei zwei Männer beobachtet wurden, die mit dem Personenwagen FR ____ wegfuhrten. Die Observationsgruppe der Kantonspolizei montierte kurz darauf an diesem Fahrzeug ein GPS-Überwachungsgerät.

Im Rahmen der Observierung beobachtete die Kriminalpolizei am 2. Dezember 2004 in ____, wie Y aus einem geparkten neutralen Dienstwagen der Polizei Gegenstände entwendete, nachdem er die Scheibe eingeschlagen hatte. Daraufhin bestieg er das von seinem Bruder X gelenkte Fahrzeug. Kurz darauf wurden X und Y von der Polizei angehalten und in der Folge in Untersuchungshaft gesetzt, da im Fahrzeug von X die zuvor entwendeten Gegenstände (Rucksack, Aktenkoffer, Jacke, Taschenlampe) und in seiner Wohnung in Düdingen diverse andere als gestohlen gemeldete Gegenstände (mehrere Natels, Minidisk, Uhr, Laptop) vorgefunden wurden (act. 2004 f.). Gegen die Gebrüder wurde ein Strafverfahren eröffnet. Ihnen wurden aufgrund der bei X beschlagnahmten Gegenstände 10 Diebstähle aus Personenwagen zur Last gelegt, die zwischen dem 4. Oktober 2004 und dem 2. Dezember 2004 begangen wurden. Zudem werden ihnen im gleichen Zeitraum 29 weitere Diebstähle aus Personenwagen zur Last gelegt, da sich das Fahrzeug von X gemäss Auswertung der GPS-Daten zur in Frage kommenden Zeit in der Nähe der mutmasslichen Tatorte (verschiedene öffentliche Parkplätze im ganzen Kanton) befunden hatte. Die Gebrüder bestritten die Tatvorwürfe; sie wollen die beschlagnahmten Gegenstände von Unbekannten gekauft haben.

B. Mit Verfügung vom 24. März 2005 wurden X und Y wegen gewerbsmässigen und bandenmässigen Diebstahls und Sachbeschädigung, X zusätzlich wegen Fälschung von Ausweisen und Fahrens ohne Führerausweis, dem Bezirksstrafgericht ____ überwiesen.

Das Strafgericht verurteilte X zu 30 Monaten Gefängnis wegen gewerbsmässigen Diebstahls sowie Sachbeschädigung begangen in der Zeit vom 4. Oktober 2004 bis 30. November 2004, wegen banden- und gewerbsmässigen Diebstahls sowie Sachbeschädigung begangen am 1. und 2. Dezember 2004, wegen Fahrens ohne Führerausweis sowie Fälschens von Ausweisen. In einzelnen Punkten wurde X vom Vorwurf des Diebstahls freigesprochen. Die Zivilbegehren wurden gutgeheissen.

Y wurde wegen bandenmässigen Diebstahls sowie mehrfacher Sachbeschädigung, begangen am 1. und 2. Dezember 2004, zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 8 Monaten verurteilt.

C. Gegen dieses Urteil reichte X am 22. Februar 2006 Berufung ein. Er beantragt, das Urteil des Strafgerichts vom 22. August 2005 abzuändern und ihn von weiteren Tatvorwürfen freizusprechen; die Strafe sei auf höchstens 12 Monate Gefängnis bedingt festzusetzen. Die Zivilbegehren seien, bis auf einen Betrag an die Versicherung A, abzuweisen. Die Verfahrenskosten seien ihm nur im Umfang von 1/3 und im Übrigen Y und dem Staat Freiburg aufzuerlegen.

Die Staatsanwaltschaft beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 9. Mai 2006, die Berufung abzuweisen.

erwogen:

1. (...)
2. Der Berufungsführer rügt vorab, das Protokoll der GPS-Überwachung hätte nicht als Beweismittel verwendet werden dürfen. Für die Überwachung sei keine richterliche Genehmigung eingeholt worden und es bestehe keine gesetzliche Grundlage für einen solchen Eingriff (Berufung Ziff. I).
 - a) In tatsächlicher Hinsicht ist unbestritten, dass die Observationsgruppe der Kantonspolizei am 6. Oktober 2004 um 22.54 Uhr am Personenwagen von Z, der Ehefrau von X, ein GPS-Überwachungsgerät montierte. Dieses blieb bis zum Zeitpunkt seiner Verhaftung in Betrieb, wobei es zwischen dem 18. und 25. November 2004 wegen technischer Störung – die Batterie musste gewechselt werden – ausfiel (act. 2176 ff.). Die Auswertung der so erhaltenen Daten wurde im vorliegenden Verfahren als Beweismittel verwendet.
 - b) Das Installieren eines GPS-Ortungssystems am Privatwagen und die Auswertung der Fahrzeugbewegungen in örtlicher und zeitlicher Hinsicht ist zweifellos eine Überwachungsmassnahme mit einem technischen Überwachungsgerät und dürfte daher von Art. 134 Abs. 4 StPO in der heute geltenden Fassung vom 12. Oktober 2005 (ASF 2005_104) erfasst sein. Zuständig für deren Anordnung ist der Untersuchungsrichter. Die Verfügung muss dem Präsidenten der Strafkammer zur Genehmigung unterbreitet werden. Die Strafkammer ist zuständig, um über die Rechtmässigkeit und Verhältnismässigkeit der Überwachung zu befinden. Diese Bestimmung war jedoch im Dezember 2004 noch nicht in Kraft und es wurden keine speziellen Übergangsbestimmungen erlassen, so dass das Gesetz vom 18. September 1997 zur Anpassung der kantonalen Gesetzgebung an die Strafprozessordnung (Übergangsrecht) zur Anwendung kommen könnte. Diese Frage kann jedoch offen gelassen werden. Die Zulässigkeit von Grundrechtseingriffen beurteilt sich anhand der zum Zeitpunkt ihrer Anordnung massgebenden gesetzlichen Grundlagen. Die Verwertbarkeit der nach altem Recht angeordneten und abgeschlossenen GPS-Überwachungsmassnahmen hängt daher davon ab, ob sie bereits unter Geltung des alten Rechts den Voraussetzungen von Art. 134-136 aStPO unterstanden oder von der Kantonspolizei angeordnet werden konnten.

Heute wird die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs durch das Bundesgesetz und die Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (SR 780.1) geregelt. Bis zum 31. Dezember 2005 waren Umfang und Voraussetzungen von Überwachungsmassnahmen in Art. 134 aStPO geregelt. Danach konnte, auf Anordnung des Untersuchungsrichters, der Post- und Fernmeldeverkehr des Beschuldigten überwacht werden oder technische Überwachungsgeräte nach den Artikeln 179^{bis} ff. StGB eingesetzt werden: a) wenn ein Verbrechen oder ein Vergehen, dessen Schwere oder Eigenart den Eingriff rechtfertigt, oder eine mit Hilfe des Telefons begangene Straftat verfolgt wird; b) und wenn die notwendigen Ermittlungen ohne Überwachung wesentlich erschwert würden oder andere Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sind.

Unter denselben Voraussetzungen konnten auch Drittpersonen überwacht werden, wenn der dringende Verdacht bestand, dass sie für den Beschuldigten bestimmte oder von ihm herrührende Mitteilungen entgegennehmen oder weitergeben oder dass der Beschuldigte ihren Anschluss benutzt. Die Verfügung des Richters war kurz zu begründen und sofort vollstreckbar. Sie musste spätestens innert 24 Stunden dem Präsidenten der Strafkammer zur Genehmigung eingereicht werden, der spätestens innert 48 Stunden einen schriftlichen und begründen Entscheid zu fällen hatte. Der Entscheid war endgültig. Die Genehmigung wurde längstens für einen Monat erteilt und konnte auf schriftlich begründetes Gesuch um jeweils einen Monat verlängert werden (Art. 135 aStPO). Die Überwachung musste sofort eingestellt werden, wenn ihre Voraussetzungen entfallen oder wenn die Genehmigung nicht oder nicht mehr erteilt wurde. Dem Überwachten musste spätestens bei Abschluss des Strafverfahrens von der Dauer und den Gründen der Massnahme, von der er betroffen war, Kenntnis gegeben werden. Mit Zustimmung des Präsidenten der Strafkammer konnte die Bekanntgabe ausnahmsweise unterbleiben, wenn diese den Zweck der Überwachungsmassnahme oder ein anderes wichtiges öffentliches Interesse gefährdet hätte (Art. 136 aStPO). Wurde die Genehmigung von Überwachungsmassnahmen verweigert, so waren die bis dahin gemachten Aufzeichnungen unverzüglich zu vernichten. Sie durften in keinem Strafverfahren verwendet werden, und eine Beschlagnahme war ausgeschlossen (Art. 137 Abs. 4 aStPO).

Unter den Begriff "technische Überwachungsgeräte nach den Artikeln 179^{bis} ff. des Schweizerischen Strafgesetzbuches" gemäss Art. 135 aStPO fielen Geräte zur Bild- und Tonaufzeichnung. Während Art. 179^{bis} und 179^{ter} StGB das private Gespräch schützen, stellt Art. 179^{quater} StGB allgemein Verletzungen des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte unter Strafe. So wird nach Art. 179^{quater} StGB derjenige bestraft, der eine Tatsache aus dem Geheimbereich eines anderen oder eine nicht jedermann ohne weiteres zugängliche Tatsache aus dem Privatbereich eines anderen ohne dessen Einwilligung mit einem Aufnahmegerät beobachtet oder auf einen Bildträger aufnimmt. Geschützt werden soll nur ein enger Bereich des Privaten, d. h. jener Bereich, der nur durch vorgängiges Überwinden eines physischen Hindernisses oder einer "rechtlich-moralischen" Schranke zugänglich ist, und dieser nur gegen "visuelle Bespitzelung". Nach einhelliger Lehre stellen "Funkpillen", die, vom Opfer verschluckt, stets seinen Aufenthaltsort verraten, Peilsender und Thermaldetektoren keine Aufnahmegeräte dar; der Tatbestand von Art. 179^{quater} ist eng auszulegen und auf das visuelle Bespitzeln mit Hilfe technischer Geräte zu beschränken. Die Entstehungsgeschichte und die französischen und italienischen Gesetzesextexte sprechen ebenfalls für diese Auslegung (SCHUBARTH, Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, StGB Besonderer Teil, Band 3, N. 3 ff. zu Art. 179^{quater}, INS/WYDER, Basler Kommentar zum StGB II, N. 14 zu Art. 179^{quater}).

Der Strafappellationshof kommt daher zum Schluss, dass kein Verstoss gegen Art. 134 ff. aStPO vorliegt, da der Sachverhalt nicht davon erfasst ist.

c) Der Berufungsführer rügt, es fehle an einer gesetzlichen Grundlage für diese Überwachungsmassnahme. Das Gesetz über die Kantonspolizei (SGF 551.1) ermächtigt die Polizei, Daten auf nicht erkennbare Weise zu beschaffen, namentlich indem sie eine Person beobachtet oder beschattet, wenn ein Ermittlungsverfahren dies erfordert (Art. 38b Abs. 1). In der Botschaft zum Datenschutzgesetz (DSchG; SGF 17.1) wird hierzu dargelegt, bei dieser Bestimmung handle es sich um eine in der Natur der polizeilichen Aufgaben begründete Aus-

nahmebestimmung zu Art. 9 Abs. 2 DSchG, die sich nur auf das gewöhnliche Beobachten beziehe, ohne Einsatz von besonderen Mitteln. Für die Verwendung technischer Überwachungsmittel, die langfristige Beobachtung oder den Einsatz von V-Leuten sei eine spezifische gesetzliche Grundlage erforderlich (Botschaft Nr. 194 *in* TGR 1994 S. 3114). Das Gesetz über die Kantonspolizei bildet demnach keine genügende gesetzliche Grundlage für derartige Überwachungsmassnahmen.

Auf die Aufgaben der Gerichtspolizei findet an sich die Strafprozessordnung Anwendung. Bei der praktischen Arbeit der Polizei kann jedoch die präventive Tätigkeit nicht immer klar von der gerichtspolizeilichen Tätigkeit unterschieden werden. Im vorliegenden Fall führte die Kantonspolizei die GPS-Überwachung aus eigener Initiative durch, jedenfalls ist den Akten kein entsprechender Auftrag eines Untersuchungsrichters zu entnehmen. Wie gezeigt, fehlte ihr jedoch hierzu die gesetzliche Ermächtigung; die mit dem GPS-Überwachungsgerät beschafften Beweise wurden folglich vorschriftswidrig beschafft.

d) Nicht jedes vorschriftswidrig beschaffte Beweismittel führt indessen zu einem Verbot der Verwertung. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel verfassungsrechtlich nicht in jedem Fall ausgeschlossen, sondern lediglich dem Grundsatz nach (vgl. BGE 130 I 126 E. 3.2 mit Hinweisen). Die ältere Rechtsprechung hat ein rechtswidrig erhobenes Beweismittel nur dann für unverwertbar erklärt, wenn es an sich unzulässig bzw. auf gesetzmässigem Weg nicht erreichbar sei (BGE 96 I 437 E. 3b, 103 Ia 206 E. 9b). Der Einsatz technischer Überwachungsgeräte (z. B. von Videokameras) als Methode der Wahrheitsermittlung ist gegenüber dem Beschuldigten an sich bewilligungsfähig, soweit damit lediglich Wissens- und Willensäußerungen sowie Handlungen registriert werden, die er aus freiem Willen tatsächlich ausgeführt hat, wenn auch nicht in der Absicht und im Bewusstsein, sie den Überwachungsorganen zur Kenntnis kommen zu lassen. Wesentlich ist, dass mit dem technischen Überwachungsgerät nicht in den seelischen Eigenraum des Beschuldigten eingebrochen wird (vgl. zum Ganzen BGE 109 Ia 273 E. 7; FZR 1994 S. 332; PIQUEREZ, *Traité de procédure pénale suisse*, Genf/Zürich/Basel 2006, N. 721 ff.).

Mit Entscheid vom 18. Mai 2004 präzisierte das Bundesgericht seine Rechtsprechung und liess den Umstand allein, dass der rechtswidrig beschaffte Beweis nicht an sich verboten ist, nicht mehr genügen, um dessen Verwertbarkeit zuzulassen. Vielmehr sei auf folgende Interessenabwägung anzustellen: Je schwerer die zu beurteilende Straftat sei, um so eher überwiege das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse des Angeklagten daran, dass der fragliche Beweis unverwertet bleibe (BGE 130 I 126 E. 3.2 mit Hinweisen). Aus zwei Entscheiden des EGMR leitete das Bundesgericht in BGE 131 I 272 E. 4.2. zudem folgende Präzisierung ab: Eine Abhörung oder Videoaufnahme durch die Polizei zu strafprozessualen Zwecken als Beweismittel sei, trotz allfälliger Verletzung von Art. 8 EMRK bei der Beschaffung, mit dem Gebot eines fairen Verfahrens grundsätzlich vereinbar, solange Handlungen bzw. Äußerungen des Beschuldigten aufgezeichnet werden, die er aus eigenem Antrieb und ohne äussere Beeinflussung macht und ihm dabei keine Falle gestellt worden sei (mit Verweisen auf Urteil i. S. Khan gegen Grossbritannien vom 12. Mai 2000, Recueil CourEDH 2000-V S. 303, Ziff. 42 ff.; Urteil i. S. Allan gegen Grossbritannien vom 5. November 2002, Recueil CourEDH 2002-IX S. 63, Ziff. 50 ff.).

Der Einsatz von technischen Überwachungsgeräten ist grundsätzlich zulässig, und ein entsprechender Auftrag – bzw. soweit nötig die Bewilligung des Untersuchungsrichters – hätte ohne weiteres eingeholt werden können.

Um die Frage zu beantworten, ob im vorliegenden Fall die Ergebnisse der GPS-Überwachung als Beweismittel berücksichtigt werden können, ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. Dabei ist das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung gegen die rechtlich geschützten Interessen des Berufungsführers abzuwägen. Es geht darum, die Aufklärung bzw. Verfolgung einer Serie von Einbruchdiebstählen gegenüber den Interessen des Berufungsführers, dass die Bewegungen des von ihm benutzen Fahrzeuges nicht systematisch erfasst werden, abzuwägen. Bei dieser Ausgangslage überwiegen die Interessen der Öffentlichkeit an der Verbrechensaufklärung diejenigen des Berufungsführers.

Diebstahl weist bereits im Grundtatbestand einen Strafrahmen von bis zu 5 Jahren Zuchthaus auf. Banden- und gewerbsmässiger Diebstahl stellt ein Verbrechen dar. Dem Berufungsführer wurden 39 Einbrüche vorgeworfen. Demgegenüber ist der Eingriff in seine Persönlichkeitssphäre als nicht all zu schwer zu werten. Bereits der Umstand, dass die Aufzeichnungen nur Bewegungen im öffentlichen Raum wiedergeben, zeigt, dass von einem erheblichen Eingriff in die Persönlichkeitssphäre des Betroffenen nicht die Rede sein kann. Wohl fand die Überwachung rund um die Uhr und während insgesamt 50 Tagen statt, doch wurden einzig die Fahrten mit dem Personenwagen aufgenommen und nicht sämtliche Bewegungen des Berufungsführers (act. 2176 ff.). Unter Gesamtbetrachtung aller Umstände überwiegt somit das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung die rechtlich geschützten Interessen des Berufungsführers, so dass die Protokolle der GPS-Überwachung verwertet werden können. Zudem ist festzuhalten, dass die Verurteilung nicht allein aufgrund dieses Indizes erfolgte. Auch wenn nicht in Abrede gestellt wird, dass die GPS-Überwachungen das Hauptindiz bilden, sind sie jedoch nicht die einzigen. Ausgangspunkt waren die Beobachtungen der Zeugen, die am 4. Oktober 2004 den Einbruchdiebstahl in einen Personenwagen in _____ gesehen hatten (act. 2066), das sichergestellte Diebesgut und schliesslich der Diebstahl aus dem neutralen Polizeifahrzeug, der von der Observationsgruppe der Polizei beobachtet wurde (act. 2067).

3.-8. (...)

e r k a n n t :

- I. Die Berufung wird teilweise gutgeheissen und das Urteil des Bezirksstrafgerichts _____ vom 22. August 2005 in Ziffer I abgeändert. Dieses lautet neu wie folgt:
 1. *X wird freigesprochen vom Vorwurf des Diebstahls und der Sachbeschädigung betreffend Ziffer I B 11 der Überweisungsverfügung des Untersuchungsrichters vom 24. März 2005.*
 2. *X wird freigesprochen vom Vorwurf des Fälschens von Ausweisen (Art. 252 StGB) betreffend Ziffer II der Überweisungsverfügung des Untersuchungsrichters vom 24. März 2005 (ÜV-Nr. B 15).*
 3. *X ist schuldig:*

- a) des gewerbsmässigen Diebstahls (Art. 139 Ziff. 2 StGB) sowie der mehrfachen Sachbeschädigung (Art. 144 Abs. 1 StGB) betreffend Ziffer I A 1 bis A 6 und B 1 bis B 29 (ausgenommen des Falles B 11) der Überweisungsverfügung des Untersuchungsrichters vom 24. März 2005, begangen in der Zeit vom 4. Oktober 2004 bis 30. November 2004.
 - b) des banden- und gewerbsmässigen Diebstahls (Art. 139 Ziff. 2 und Ziff. 3 Abs. 2 StGB) sowie der mehrfachen Sachbeschädigung (Art. 144 Abs. 1 StGB) betreffend Ziffer I A 7 bis A 10 der Überweisungsverfügung des Untersuchungsrichters vom 24. März 2005, begangen am 01. und 02. Dezember 2004.
 - c) des Fahrens ohne Führerausweis (Art. 95 Ziff. 1 SVG) betreffend Ziffer II der Überweisungsverfügung des Untersuchungsrichters vom 24. März 2005, begangen am 30. Juli 2004 (ÜV-Nr. B 15).
4. Er wird verurteilt zu einer Gefängnisstrafe von 30 Monaten (Art. 63, 67, 68 Ziff. 1 StGB).
 5. Die Untersuchungshaft von 92 Tagen wird angerechnet (Art. 69 StGB).
 6. (...)
 7. (...)
- II. In den übrigen Punkten (II und III) bleibt das Urteil des Bezirksstrafgerichts _____ vom 22. August 2005 unverändert.
- III. Die Kosten des Berufungsverfahrens, bestehend aus einer reduzierten Gebühr von Fr. 1'000.– und den Auslagen von Fr. 279.–, werden X auferlegt.

Freiburg, 13. Dezember 2006