



**Fall-Nr.:** ST.2021.60-SK3  
**Stelle:** Kantonsgericht  
**Rubrik:** Strafkammer und Anklagekammer  
**Publikationsdatum:** 08.12.2023  
**Entscheiddatum:** 18.08.2023

### **Entscheid Kantonsgericht, 18.08.2023**

**Art. 146 Abs. 2 StGB (SR 311.0); Art. 282 Abs. 1 StPO (SR 312.0)**

**Unverwertbarkeit einer von der Sozialversicherungsanstalt angeordneten Observation durch Privatdetektive im (späteren) Strafverfahren wegen gewerbsmässigen Betrugs mangels genügendem Tatverdacht im Sinne von Art. 282 Abs. 1 StPO. Gegen diesen Entscheid wurde Beschwerde an das Bundesgericht erhoben (Verfahren 6B\_1365/2023)**

Zum Sachverhalt und zur Prozessgeschichte:

Die Anklage wirft der Beschuldigten im Wesentlichen vor, zwischen Anfang Juni 2011 und Ende Juni 2018 bei der Sozialversicherungsanstalt A, der Versicherungsgesellschaft B und der Pensionskasse C in betrügerischer Art und Weise die Zusprechung von Leistungen der Invalidenversicherung bzw. der beruflichen Vorsorge erwirkt zu haben. Dazu habe sie seit spätestens Ende Mai 2011 zielgerichtet ein Scheinbild ihres Gesundheitszustandes durch unwahre Angaben und Zurschaustellung eines von schwerer Krankheit gezeichneten Daseins errichtet und gepflegt, wissentlich und willentlich wiederholt körperliche und psychische Beschwerden vorgespiegelt, die ihr jegliche Arbeits- bzw. Erwerbstätigkeit verunmöglichten, und gegenüber medizinischen Fachpersonen bewusst unwahre Angaben über ihren Gesundheitszustand gemacht. Insgesamt habe die Beschuldigte im erwähnten Zeitraum widerrechtlich Versicherungsleistungen von insgesamt Fr. 294'396.42 bezogen. Das Kreisgericht sprach die Beschuldigte von der Anklage des gewerbsmässigen Betrugs frei. Die Strafkammer bestätigte diesen Freispruch.

Aus den Erwägungen:

III.



1. a/aa) Die Verteidigung machte im erstinstanzlichen Verfahren geltend, die im Auftrag der Sozialversicherungsanstalt angeordnete Observation der Beschuldigten im Dezember 2016 sei nicht verwertbar, weil es an einer gesetzlichen Grundlage gefehlt habe und das Vorgehen der Sozialversicherungsanstalt in verschiedener Hinsicht EMRK- und verfassungswidrig gewesen sei. Die Vorinstanz setzte sich mit dieser Kritik nicht im Einzelnen auseinander. Gleichwohl erklärte sie die Observationsergebnisse mitsamt den gestützt darauf erhobenen Folgebeweisen unter Hinweis auf die Praxis des Bundesgerichts zur Verwertung solcher Observationen für unverwertbar.

bb) Die Beauftragung von Privatdetektiven durch die Sozialversicherungsanstalt ist nach den Regeln über von Privaten gesammelte Beweise zu beurteilen (Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 24. Juni 2019, ST.2018.29, E. III.2.c [bestätigt vom Bundesgericht in BGer 6B\_1249/2019]; Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 8. Juli 2022, ST.2020.153, E. II.2.a/bb). Für systematische private Observationen im Strafprozess bestand bis zum 1. Oktober 2019 keine ausreichende gesetzliche Grundlage. Eine zeitlich vorangegangene Observation verletzte Art. 8 EMRK, Art. 13 BV und Art. 197 Abs. 1 lit. a StPO und war somit unzulässig (BGE 143 IV 387 E. 4.2; 143 I 377 E. 4; BGer 6B\_428/2018 E. 1.4; 6B\_739/2018 E. 1.3; 6B\_786/2018 E. 2.4; Urteil des EGMR *Vukota-Bojic gegen die Schweiz*, Nr. 61838/10, §§ 69–77). Daraus folgt indes nicht, dass die rechtswidrig (mithin ohne ausreichende gesetzliche Grundlage) erhobenen Beweismittel automatisch strafprozessual unverwertbar wären. Ob und inwiefern aus einer festgestellten Verfassungs- und EMRK-Widrigkeit ein Beweisverwertungsverbot folgt, ist nach dem anwendbaren schweizerischen Verfahrensrecht zu prüfen (BGE 143 IV 387 E. 4.3; 143 I 377 E. 5; BGer 6B\_739/2018 E. 1.3; Urteil des EGMR *Vukota-Bojic gegen die Schweiz*, Nr. 61838/10, §§ 93 f.). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht in Anlehnung an die Doktrin davon aus, dass von Privaten rechtswidrig erlangte Beweismittel nur verwertbar sind, wenn sie von den Strafverfolgungsbehörden rechtmässig hätten erlangt werden können und kumulativ dazu eine Interessenabwägung für deren Verwertung spricht (BGer 6B\_739/2018 E. 1.3; 6B\_786/2015 E. 1.2; 6B\_983/2013 E. 3.2; je m.H.). Es bedarf einer Güterabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Wahrheitsfindung und dem privaten Interesse der beschuldigten Person, dass der fragliche Beweis unterbleibt (BGE 137 I 218 E. 2.3.4; BGer 6B\_739/2018 E. 1.3; 6B\_786/2018 E. 2.4; 6B\_1311/2017 E. 2.3). Wesentlich ist, ob die Strafverfolgungsbehörden das strittige Beweismittel hätten



erheben können, wenn ihnen der (hinreichende) Tatverdacht gegen den Observierten bekannt gewesen wäre (BGer 6B\_1242/2020 E. 3.3.1; 6B\_1249/2019 E. 2.4.4; 6B\_739/2018 E. 1.4). Dies ist gemäss Art. 282 Abs. 1 StPO der Fall, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass Verbrechen oder Vergehen begangen worden sind und die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden.

cc) Die Staatsanwaltschaft stellt sich auf den Standpunkt, diese vom Bundesgericht entwickelten Voraussetzungen für die Verwertbarkeit der von der Sozialversicherungsanstalt angeordneten Observation seien vorliegend erfüllt. Dabei verweist die Staatsanwaltschaft für den genügenden Tatverdacht im Sinne von Art. 282 StPO im Wesentlichen auf die Ausführungen der Sozialversicherungsanstalt im Überwachungsauftrag vom 1. Dezember 2016. Auch die gebotene Interessenabwägung spreche für die Verwertbarkeit der Observationsergebnisse.

dd/aaa) Der Überwachungsauftrag der Sozialversicherungsanstalt an die D GmbH erfolgte am 1. Dezember 2016. Die Sozialversicherungsanstalt verwies darin unter dem Titel "Begründung des Abklärungsbedarfs" insbesondere auf die Ergebnisse der polydisziplinären Begutachtung der Beschuldigten vom April und Mai 2016, welche sie am 29. Februar 2016 bei der E AG in Auftrag gegeben hatte. Das polydisziplinäre Gutachten vom 24. Juni 2016 habe die Fragen bezüglich des effektiven Funktionsniveaus nicht abschliessend klären können und die Ergebnisse aus der neuropsychologischen Untersuchung vom 10. Mai 2016 begründeten erhebliche Zweifel an der Mitwirkung der Beschuldigten; ihr von Desinteresse und Teilnahmslosigkeit geprägtes Verhalten im Rahmen der Exploration sei nicht nachvollziehbar. Auch die von der Schulbehörde F berichtete Teilnahme der Beschuldigten an einem Elterngespräch und die unauffällige Entwicklung ihrer Kinder seien mit den von der Beschuldigten postulierten Beschwerden nicht vereinbar. Zusätzlich werfe Fragen auf, dass sich ihr Ehemann zwischenzeitlich selbstständig gemacht habe.

bbb) Im Zeitpunkt der Erteilung des Überwachungsauftrags lagen der Sozialversicherungsanstalt zahlreiche ärztliche Berichte, Einschätzungen und Gutachten über die Beschuldigte vor. Im Folgenden werden diese näher beleuchtet,



soweit sie Rückschlüsse auf das der Beschuldigten vorgeworfene aggravierende Verhalten zulassen:

- Am 23. Juni 2008 erstattete das Institut G ein interdisziplinäres Gutachten über die Beschuldigte. Dabei erzielte sie im Symptomvalidierungstest zur Überprüfung der Leistungsmotivation ein auffallendes Ergebnis. Das Gutachten wies indes ausdrücklich darauf hin, dass die Resultate des Symptomvalidierungstests nicht als Hinweise auf eine bewusstseinsnahe Tendenz zur Beschwerdeverdeutlichung interpretiert würden und sich keine Hinweise für eine willentliche Herbeiführung oder massive Verdeutlichung psychischer oder körperlicher Störungen im Sinne einer Aggravation oder Simulation zeigten. Unter dem Titel "psychiatrische Diagnose" wurde der Beschuldigten ein chronisches, organisches Psychosyndrom nach Schädelhirntrauma (IDC-10 F07.2) diagnostiziert. Die Arbeitsfähigkeit der Beschuldigten in einem geschützten Umfeld bezifferte das Gutachten mit 50 %; eine Tätigkeit in der freien Wirtschaft sei nicht realistisch. Der Regionale Ärztliche Dienst der Invalidenversicherung (RAD) kam zum Schluss, auf dieses Gutachten könne vollständig abgestellt werden. Gestützt darauf verfügte die Sozialversicherungsanstalt eine IV-Rente.
- Anlässlich der Rentenrevision 2012 wandte sich die Sozialversicherungsanstalt mit einem Fragebogen an den Hausarzt der Beschuldigten, Dr. med. H. Dieser attestierte der Beschuldigten am 18. Mai 2012 einen unveränderten Gesundheitszustand. Die Sozialversicherungsanstalt bestätigte daraufhin den Anspruch der Beschuldigten auf die bestehende IV-Rente.
- Anlässlich der Rentenrevision 2015 wandte sich die Sozialversicherungsanstalt mit einem Fragebogen an Dr. med. I, der zwischenzeitlich Dr. med. H als Hausarzt der Beschuldigten abgelöst hatte. Dr. med. I beschrieb in seinem Verlaufsbericht vom 31. August 2015 zwar einen unveränderten Gesundheitszustand, wies jedoch darauf hin, dass die Konzentrationsstörungen nicht eingeschätzt werden könnten, da wegen der Sprachbarriere eine neuropsychologische Untersuchung kein aussagekräftiges Ergebnis bringe.
- Am 29. Februar 2016 erteilte die Sozialversicherungsanstalt der E AG den Auftrag für eine polydisziplinäre Abklärung der Beschuldigten. Als Grund dafür wurden die



auffälligen Beschwerdevalidierungstests in der vorerwähnten neuropsychologischen Abklärung angegeben.

Im neuropsychologischen Teil-Gutachten von J, Fachpsychologin für Neuropsychologie FSP, vom 11. Mai 2016 werden unter dem Titel "Beurteilung" Zweifel an der Mitwirkungsbereitschaft der Beschuldigten in der Untersuchung beschrieben. Die verminderte Kooperationsbereitschaft habe zu einem ungünstigen Testprofil und zu einem nicht validen Ergebnis der neurologischen Untersuchung geführt. Das Ergebnis weise deutlich auf eine verminderte Anstrengung hin. Unter dem Titel "Bewertung" führt die Gutachterin aus, die Abschätzung tatsächlich vorhandener Leistungseinbussen sei auf Grundlage der Testergebnisse nicht möglich. Im Vordergrund des psychischen Gesundheitsschadens stünden jedoch weniger die nicht quantifizierbaren kognitiven Einschränkungen; eine weitaus stärkere Behinderung sei in der Verhaltensstörung der Beschuldigten zu sehen, die durch Apathie, Antriebsminderung und psychomotorische Verlangsamung gekennzeichnet sei. Diese Verhaltensstörung sei auch im interdisziplinären Gutachten vom 23. Juni 2008 beschrieben worden. Die Beschuldigte sei aufgrund ihrer Verhaltensstörung nicht in der Lage, an einer neuropsychologischen Testuntersuchung adäquat mitzuarbeiten, so wie sie auch ihre Alltagsanforderungen nicht adäquat erfüllen könne. Aufgrund der ausgeprägten Verhaltensstörung erscheine eine Eingliederung in den freien Arbeitsmarkt nicht realistisch.

Im psychiatrischen Teil-Gutachten der E AG vom 30. Mai 2016 wurde der Beschuldigten unter dem Titel "Psychiatrische Diagnose mit Relevanz für die Arbeitsfähigkeit" ein chronisches hirnrorganisches Psychosyndrom nach Schädelhirntrauma (ICD-10 F07.2) attestiert. Die Untersuchung habe die dafür typischen Syndrome gezeigt, nämlich Antriebsminderung, Interessenverlust, Apathie, Erschöpfung, verminderte Belastbarkeit und Verlangsamung des Tempos bei Arbeitsabläufen. Aus psychiatrischer Sicht bestehe kein Hinweis für Aggravation. Abschliessend geht das Gutachten bei der Beschuldigten von einer ungünstigen Prognose aus, zumal eine spezielle Behandlung an ihren somatopsychischen Fähigkeiten, sich auf einen solchen Prozess einzulassen, scheitere.



Im Gutachten der E AG vom 24. Juni 2016 wird unter dem Titel "versicherungsmedizinische Beurteilung" unter Hinweis auf die erwähnten Diagnosen zusammengefasst festgehalten, dass die Beschuldigte für den allgemeinen Arbeitsmarkt unverändert zu 100 % arbeitsunfähig sei. Es liege keine Aggravation vor und Diskrepanzen zwischen den geschilderten Symptomen und dem gezeigten Verhalten in der Untersuchungssituation seien nicht feststellbar. Im Unterschied zum Gutachten vom 23. Juni 2008 werde die Arbeitsfähigkeit in geschützter Umgebung in Folge weiterer Chronifizierung etwas tiefer eingeschätzt (2008: 50 %; aktuell: 30 %). Die Gutachterin der Sozialversicherungsanstalt, Dr. med. K, kam in ihrer Stellungnahme vom 20. Oktober 2016 zum Schluss, auf das Gutachten der E AG vom 24. Juni 2016 könne vollständig abgestellt werden. Dabei hielt sie unter dem Titel "neuropsychologische Testung" ausdrücklich fest, dass es der Beschuldigten nicht möglich gewesen sei, adäquat an der neuropsychologischen Testung mitzuarbeiten, was zu Auffälligkeiten in den Validierungstests geführt habe. Diese Auffälligkeiten wurden – in Übereinstimmung mit dem Gutachten – nicht als Hinweise für eine Aggravation gedeutet. Im Gegenteil wurde ausdrücklich festgehalten: "Hinweise für Inkonsistenzen oder eine Aggravation der Beschwerden fanden sich anlässlich der Begutachtung nicht" [keine Hervorhebung im Original].

In Anbetracht der vorgenannten Diagnosen und Einschätzungen kann den Ergebnissen der polydisziplinären Begutachtung der Beschuldigten kein Verdachtsmoment für einen allfälligen Sozialversicherungsbetrug entnommen werden. Weder die einzelnen Teil-Gutachten noch das Gutachten der federführenden E AG vom 24. Juni 2016 lassen auf eine mögliche Simulation oder Aggravation der Beschuldigten schliessen. Im Gegenteil verneint das Gutachten der E AG ausdrücklich jegliche Hinweise darauf. Soweit die Sozialversicherungsanstalt den Überwachungsauftrag an die D GmbH mit "erhebliche[n] Zweifel[n] an der Mitwirkung" der Beschuldigten bei der neuropsychologischen Untersuchung begründet, übersieht sie, dass sich die Beschuldigte nicht willentlich zur ungenügenden Kooperation entschloss. Die mangelnde Kooperations- bzw. Mitwirkungsfähigkeit ist Ausdruck ihres gutachterlich bestätigten Krankheitsbildes. Die entsprechenden Auffälligkeiten waren der Sozialversicherungsanstalt zudem seit Kenntnis des Gutachtens des Instituts G vom Juni 2008 bekannt. Auch die zahlreichen früheren Arztberichte zeigen keine Diagnosen,



## St.Galler Gerichte

die sich nicht mit den Erkenntnissen der polydisziplinären Begutachtung der Beschuldigten in Einklang bringen liessen. Gestützt auf die medizinischen Akten bestanden zum Zeitpunkt der Erteilung des Observationsauftrags an die D GmbH somit keine Indizien für ein täuschendes Verhalten der Beschuldigten.

Inwiefern sodann die Auskünfte der Schulbehörde F konkrete Anhaltspunkte für einen Sozialversicherungsbetrug geliefert haben sollten, erhellt nicht. Die Sozialversicherungsanstalt wandte sich am 8. November 2016 mit einem Fragenkatalog an die Schuldirektion der Schule F und bat unter anderem um Mitteilung, ob die Beschuldigte in den letzten fünf Jahren an Elterngesprächen teilgenommen habe und ob der Schulbehörde gesundheitliche Einschränkungen bekannt seien. Gemäss dem Antwortschreiben des Schuldirektors der Schule F vom 17. November 2016 war die Beschuldigte in diesem Zeitraum nur bei einem einzigen Elterngespräch anwesend. Weiter wird festgehalten: "Bezüglich ihrer Fragen zu Frau (...) können wir keine nennenswerten Aussagen machen. Uns sind keine gesundheitlichen Einschränkungen bekannt, was aber nicht heisst, dass keine vorhanden sind. Aufgrund der problemlosen Führung der Kinder kommt es zu wenigen Elternkontakten". Diese Auskünfte begründen keine Verdachtsmomente für eine allfällige Simulation oder Aggravation der Beschuldigten. Insbesondere ist nicht erkennbar, weshalb die von ihr geschilderten gesundheitlichen Beschwerden nicht mit ihrer (einmaligen) Teilnahme am Elterngespräch oder der unauffälligen Entwicklung der Kinder vereinbar sein sollten. In den Akten finden sich im Übrigen keine Hinweise darauf, ob die Schuldirektion bzw. das Schulpersonal vorgängig vom Amtsgeheimnis entbunden worden ist (vgl. Art. 320 Abs. 2 StGB; vgl. dazu BSK StGB-Oberholzer, Art. 320 N 14). Mangels Aussagekraft der Auskünfte braucht deren Verwertbarkeit indes nicht vertieft geprüft zu werden.

Auch die berufliche Selbständigkeit des Ehemannes der Beschuldigten lässt keine Rückschlüsse auf ein täuschendes Verhalten ihrerseits zu. Das Argument, er könne deswegen nicht im Haushalt mithelfen, ist spekulativ und verfängt schon aus diesem Grund nicht.

Andere damals bekannte (vermeintliche) Auffälligkeiten sind den Akten nicht zu entnehmen und wurden von der Sozialversicherungsanstalt in ihrem



Überwachungsauftrag auch nicht dargetan. Dass die Beschuldigte im Mai 2011 erfolgreich einen Nothelferkurs absolviert hatte und ab 2013 regelmässig in den Kosovo gereist war, war bis zur Hausdurchsuchung im Februar 2018 unbekannt. Aufgrund dieser Erkenntnisse ist der vorliegende Fall mit der Konstellation, die dem Urteil 6B\_739/2018 des Bundesgerichts zugrunde lag, nicht vergleichbar. Im dort zu beurteilenden Fall lag der IV-Stelle der Sozialversicherungsanstalt ein anonymes Schreiben vor, welches die Einschränkungen des Beschuldigten in Frage stellte. Zudem wurde in einem Arztbericht ausdrücklich darauf hingewiesen, die Möglichkeit eines Rentenbegehrens im Auge zu behalten (BGer 6B\_739/2018 E. 1.4). Beides war vorliegend nicht der Fall.

ccc) Zusammenfassend sind die Voraussetzungen für die Verwertbarkeit der im Auftrag der Sozialversicherungsanstalt angeordneten Observation der Beschuldigten vom 2. bis 10. Dezember 2016 durch die D GmbH entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft nicht erfüllt. Zum Zeitpunkt der Erteilung des Observationsauftrags an die D GmbH bestand kein begründeter Verdacht für eine allfällige Simulation bzw. zumindest massgebliche Aggravation von Seiten der Beschuldigten in Bezug auf die von ihr geschilderten und im Rahmen der Rentenrevisionen 2012 und 2015 als unverändert bestätigten physischen und psychischen Beschwerden. Weil es am Kriterium des hinreichenden Tatverdachts im Sinne von Art. 282 Abs. 1 StPO (und Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO) fehlt, hätten die Strafverfolgungsbehörden diese Beweismittel (Observationsvideos und -bericht) nicht rechtmässig erlangen können. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse können deshalb nicht berücksichtigt werden, womit sich Ausführungen zur Interessenabwägung erübrigen.

b/aa) Zu prüfen ist im Folgenden, ob aus der Unverwertbarkeit der Ergebnisse der Observation der Beschuldigten respektive des Überwachungsberichts vom 16. Dezember 2018 eine allfällige Unverwertbarkeit weiterer Beweise folgt. Diese Frage entscheidet sich anhand von Art. 141 Abs. 2 i.V.m. Abs. 4 StPO, zumal hier nach der unmissverständlichen gesetzlichen Regelung kein Fall der absoluten Unverwertbarkeit nach Art. 141 Abs. 1 StPO vorliegt (BGE 143 IV 387 E. 4.5).

Hat ein Beweis, der nach Art. 141 Abs. 2 StPO nicht verwertet werden darf, die Erhebung eines weiteren Beweises ermöglicht, ist dieser gemäss Art. 141 Abs. 4



StPO nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre. Das Bundesgericht hat sich in BGE 138 IV 169 einlässlich mit der Tragweite dieser Bestimmung auseinandergesetzt. Steht sicher fest, dass der erste Beweis keinen Einfluss auf die Erlangung des zweiten Beweises hatte, sondern Letzterer auch ohne bzw. unabhängig vom Ersteren erhoben worden wäre, besteht grundsätzlich kein Grund für eine Unverwertbarkeit des zweiten Beweises, da der illegale Beweis nicht kausal für den zweiten Beweis war und demnach nicht von einer Fernwirkung gesprochen werden kann.

Eine Fernwirkung ist auch zu verneinen, wenn der Folgebeweis im Sinne eines hypothetischen Ermittlungsverlaufs zumindest mit einer grossen Wahrscheinlichkeit auch ohne den unverwertbaren ersten Beweis erlangt worden wäre (BGE 138 IV 169 E. 3.3). Diese Praxis hat das Bundesgericht in jüngeren Entscheiden bestätigt (BGer 6B\_1041/2021 E. 2.3 m.H.a. BGE 138 IV 169 E. 3.3). Entscheidend sind die konkreten Umstände (BGer 6B\_335/2020 E. 3.3.1; 6B\_654/2019 E. 3.2.3). Im Kern bezwecken Beweisverwertungsverbote die Sicherstellung eines fairen Verfahrens (BSK StPO-Gloss, Art. 141 N 6).

bb) In den Akten finden sich die folgenden für den Tatvorwurf relevanten Unterlagen, welche im Anschluss an die Observierung der Beschuldigten entstanden sind:

- medizinische Stellungnahme von Dr. med. K vom 3. Januar 2017;
- Protokoll des Gesprächs zwischen der Beschuldigten und L, Mitarbeiter IV-Stelle M, sowie Dr. med. K vom 22. März 2017;
- Wahrnehmungsprotokoll von Dr. med. K zum Gespräch vom 22. März 2017;
- Aktennotiz von L, Mitarbeiter IV-Stelle M, zum Gespräch vom 22. März 2017;
- Psychiatrisches Teil-Gutachten von Dr. med. N vom 25. September 2017;
- Neurologisches Teil-Gutachten von Dr. med. O vom 26. September 2017;
- Neuropsychologische Beurteilung von Dr. med. N vom 8. September 2017;
- Bericht von Dr. med. N (undatiert) betreffend "bidisziplinärer Konsens";
- Stellungnahme von Dr. med. K zum bidisziplinären Gutachten vom 9. Januar 2018.



Unter Beilage dieser IV-Akten reichte die Sozialversicherungsanstalt am 7. Februar 2018 bei der Staatsanwaltschaft ihre Strafanzeige ein, worauf die Staatsanwaltschaft am 26. Februar 2018 eine Strafuntersuchung gegen die Beschuldigte eröffnete. Am 29. März 2018 führten die Strafverfolgungsbehörden am Wohnsitz der Beschuldigten eine Hausdurchsuchung durch. Dabei stellten sie zahlreiche Gegenstände und Datenträger mit belastendem Inhalt sicher.

cc) Die Staatsanwaltschaft stützt ihren Tatvorwurf gegen die Beschuldigte nebst den nicht verwertbaren Ergebnissen der Observation im Wesentlichen auf die Aussagen der Beschuldigten in ihrer Befragung vom 22. März 2017, das Gutachten von Dr. med. N vom 25. September 2017 und die anlässlich der Hausdurchsuchung vom 29. März 2018 sichergestellten Akten und Beweismittel.

Die Befragung vom 22. März 2017 und das Gutachten vom 25. September 2017 ergingen zeitlich noch vor der Strafanzeige durch die Sozialversicherungsanstalt vom 7. Februar 2018 und somit unter originärer und ausschliesslicher Verfahrensleitung des Amtes. Bis dahin stellte das Verfahren ein reines Verwaltungsverfahren dar. An der Befragung vom 22. März 2017, an welcher der Gutachterin Dr. med. K verschiedene Inkonsistenzen auffielen und die Beschuldigte sich nach dem Dafürhalten der Staatsanwaltschaft in Widersprüche verstrickte, wurde die Beschuldigte direkt mit den Ergebnissen der Observation konfrontiert. Grund für die anschliessende Beauftragung von Dr. med. N mit der Erstellung eines bidisziplinären Gutachtens waren "neue Erkenntnisse", womit zweifellos die Ergebnisse der Observation und die Aussagen der Beschuldigten anlässlich ihrer Befragung vom 22. März 2017 gemeint waren. Ohne diese hätte keine Notwendigkeit für eine erneute, weitergehende Abklärung bestanden, zumal die Sozialversicherungsanstalt bis dahin davon abgesehen hatte, obschon ihr die Auffälligkeiten beim Symptomvalidierungstest zur Überprüfung der Leistungsmotivation seit Jahren bekannt waren. Wendet man vorliegend die Regeln der StPO an, so stellen die Befragung vom 22. März 2017 und das Gutachten vom 25. September 2017 somit klarerweise Folgebeweise der unverwertbaren Observation vom Dezember 2016 dar (Art. 141 Abs. 2 i.V.m. Abs. 4 StPO an). Dass im damaligen Zeitpunkt (noch) keine Strafuntersuchung eröffnet war, spielt keine Rolle, weil die Anwendbarkeit von Art. 141 Abs. 2 i.V.m. Abs. 4 StPO ansonsten einzig vom Zeitpunkt der Anzeigeerstattung abhängig gemacht würde. Hätte die Sozialversicherungsanstalt unmittelbar nach



Kenntnisnahme der Observationsergebnisse Strafanzeige gegen die Beschuldigte eingereicht, hätte die Staatsanwaltschaft – nach Eröffnung der Strafuntersuchung – die entsprechenden Beweiserhebungen (Befragung und Gutachten) selbst in Auftrag geben müssen (Art. 311 Abs. 1 Satz 1 StPO); eine Delegation dieser Ermittlungen bzw. Beweiserhebungen an die Sozialversicherungsanstalt ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht zulässig (BGer 6B\_1249/2019; 6B\_1286/2019 E. 3.3.1). Alternativ hätte die Staatsanwaltschaft, falls die Sozialversicherungsanstalt "parallel" zum Strafverfahren das verwaltungsrechtliche Verfahren weitergeführt und selbstständig die Befragung durchgeführt und das Gutachten in Auftrag gegeben hätte, im Sinne einer Beweiserhebung gestützt auf Art. 194 StPO den Beizug dieser Akten verfügen müssen. In beiden Fällen hätte die Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots im Sinne von Art. 141 Abs. 2 i.V.m. Abs. 4 StPO gegriffen. Nichts Anderes kann gelten, wenn die Sozialversicherungsanstalt nach Kenntnisnahme der Observationsergebnisse, welche einen klaren Tatverdacht begründeten, über ein Jahr mit der Anzeigeerstattung zuwartet und vorher die entsprechenden Akten selbst erhebt. Andernfalls würde Art. 141 Abs. 2 i.V.m. Abs. 4 StPO ausgehebelt. Die Befragung der Beschuldigten vom 22. März 2017 und das Gutachten von Dr. med. N vom 25. September 2017 sind im Strafverfahren somit ebenfalls nicht verwertbar. Der Vorinstanz ist im Übrigen beizupflichten, dass das lange Zuwarten bis zur Anzeigeerstattung auch mit Blick auf das aus Art. 6 Ziff. 1 Satz 1 EMRK abgeleitete und in Art. 113 Abs. 1 StPO verankerte Recht des Beschuldigten, sich nicht selbst belasten zu müssen (nemo-tenetur-Grundsatz), problematisch ist. Dieser Grundsatz gilt als solcher zwar ausschliesslich im Strafverfahren und die betreffende Person kann sich im Verwaltungsverfahren grundsätzlich nicht darauf berufen. Allerdings kann der Grundsatz eine Vorwirkung auf das Verwaltungsverfahren entfalten, wenn von Anfang an mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten bzw. absehbar ist, dass es im Anschluss daran auch zu einem Strafverfahren kommen wird (Zürcher Kommentar StPO-Lieber, Art. 113 N 14a, 57 und 60 m.H.). Das war hier spätestens der Fall, nachdem die Sozialversicherungsanstalt Mitte Dezember 2016 den Observationsbericht der D GmbH mitsamt den Aufnahmen erhalten hatte. Trotzdem machte die Sozialversicherungsanstalt die Beschuldigte weder an ihrer Befragung vom 22. März 2017, als sie mit den Ergebnissen der Observation konfrontiert wurde, noch im Vorfeld ihrer bidisziplinären medizinischen Untersuchung auf ihr



Mitwirkungsverweigerungsrecht aufmerksam. Ihre damaligen Aussagen und das entsprechende Gutachten sind auch aus diesem Grund nicht verwertbar (Lieber, a.a.O., Art. 113 N 14a).

Die Vorinstanz erwog sodann zutreffend, dass sämtliche anlässlich der Hausdurchsuchung vorgefundenen Beweismittel wie die Bestätigung des Nothelferkurses, Fotos, Videos oder die ausgewerteten Mobiltelefonaten vorliegend nicht zu berücksichtigen sind. Denn es ist nicht anzunehmen, dass die Staatsanwaltschaft ohne die von der Sozialversicherungsanstalt in Auftrag gegebene Observation ein Strafverfahren eröffnet und eine Hausdurchsuchung durchgeführt hätte, zumal sich die Sozialversicherungsanstalt erst aufgrund der Observationsergebnisse und der Resultate der darauffolgenden Abklärungen zur Strafanzeige entschloss. Die Observation stand mit anderen Worten quasi am Anfang der später von der Staatsanwaltschaft präsentierten Beweiskette; sie war ausschlaggebend dafür, dass überhaupt erst eine Strafuntersuchung eröffnet worden ist. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Ermittlungsbehörden auf andere, rechtmässige Weise genügend Hinweise für die Begründung eines Tatverdachts gegen die Beschuldigte hätten erlangen können. Aus diesem Grund ist auch das von der Staatsanwaltschaft am 6. November 2018 in Auftrag gegebene Gutachten von Dr. med. P nicht verwertbar. Die Sicherstellung der Akten und Beweismittel im Rahmen der Hausdurchsuchung und die Einholung eines forensischen Gutachtens wären ohne die vorhergegangene unverwertbare Observation nicht möglich gewesen. Es bestand eine in sachlicher Hinsicht manifestierende enge kausale Verknüpfung zwischen primärem Erstbeweis und diesen Folgebeweisen entsprechend der dargelegten Praxis des Bundesgerichts (vgl. vorne E. III.1.b/aa).

Damit erübrigen sich Ausführungen zur zwischen den Parteien strittigen Frage, ob das Gutachten von Dr. med. P vom 11. Januar 2019 aufgrund inhaltlicher und formeller Mängel unverwertbar ist. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass sich der Gutachter für die Erstellung des Gutachtens auf die gesamten Strafuntersuchungsakten inklusive die Dossiers der Sozialversicherungsanstalt (Stand 30. Oktober 2018) mitsamt dem Observierungsmaterial stützte. Damit lagen dem Gutachter nebst den nicht verwertbaren Observierungsergebnissen auch die vorerwähnten, teilweise nicht verwertbaren Akten vor, von welchen er Kenntnis zu nehmen hatte (BGer 9C\_672/2019



E. 5.7; BGE 134 V 231 E. 5.1; 125 V 351 E. 3a). Ebenso stand dem Gutachter das Protokoll der Befragung des Ehemannes der Beschuldigten, welche die Staatsanwaltschaft mit Verfügung vom 1. Juli 2020 für unverwertbar erklärt und aus den Akten entfernt hatte, zur Verfügung. Diese Akten hätten nicht in das Gutachten einfließen dürfen. Aufgrund der Ausführungen im Gutachten ist davon auszugehen, dass dies dennoch geschah. Dafür spricht, dass der Gutachter die Observation, das Gutachten von Dr. med. N vom 25. September 2017 und die Hausdurchsuchung im Gutachten gleich mehrfach ausdrücklich erwähnte. Einige der dem Gutachter unterbreiteten Fragen nehmen zudem explizit darauf Bezug. Aus dem Gutachten ergibt sich letztlich nicht, welche nicht verwertbaren Akten in welchem Umfang in das Gutachten einfließen. Angesichts dieser Unsicherheiten erscheint fraglich, ob auf das Gutachten abgestellt werden könnte, zumal die Praxis des Bundesgerichts hier eher restriktiv ist (BGer 6B\_1390/2019 E. 2.4.4; vgl. auch BSK StPO-Heer, Art. 189 N 10 ff.).

dd) Zusammenfassend spielt, weil die Observationsergebnisse nicht verwertbar sind, die in Art. 141 Abs. 4 StPO festgehaltene Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten, weshalb auch die vorerwähnten Beweise unverwertbar sind und nicht berücksichtigt werden dürfen. Andernfalls würden die aus der Observation gewonnenen Erkenntnisse indirekt verwertet, was verboten ist (BGer 6B\_335/2020 E. 3.3.2).

c) Damit aber sind alle zentralen Beweismittel, auf welche sich die Staatsanwaltschaft für das täuschende Verhalten der Beschuldigten stützt, nicht verwertbar. Von der Fernwirkung gemäss Art. 141 Abs. 4 StPO erfasst wären auch die Beweise, deren Abnahme die Staatsanwaltschaft und die Verteidigung im Berufungsverfahren beantragt haben. Die entsprechenden Beweisanträge sind daher abzuweisen. Sämtliche im Strafverfahren erhobenen bzw. zu erhebenden Beweise basieren letztlich auf dem unverwertbaren Erstbeweis, der Observation. Nicht verwertbar ist insbesondere auch die von der Staatsanwaltschaft eingereichte Übersicht über die Bezüge ab dem auf die Beschuldigte lautenden Konto bei der Bank Q. Ohnehin vermag diese kein täuschendes Verhalten der Beschuldigten zu beweisen, zumal unklar bleibt, welche Bezüge sie selbst getätigt hat.



2. a) Der Beschuldigten wird vorgeworfen, ab der ersten Rentenrevision, die im Februar 2012 eingeleitet worden war, die Entscheidungsträger und Hilfspersonen der Sozialversicherungsanstalt über ihren (verbesserten) Gesundheitszustand getäuscht und dadurch Leistungen erwirkt zu haben, die ihr nicht zugestanden wären.

b) Nach Art. 146 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selber oder einen andern am Vermögen schädigt.

Angriffsmittel des Betrugs ist die Täuschung. Als solche gilt jedes Verhalten, das darauf gerichtet ist, bei einem anderen eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung hervorzurufen. Die Täuschung ist eine unrichtige Erklärung über Tatsachen, mit der auf die Vorstellung eines anderen eingewirkt wird (BGE 135 IV 76 E. 5.1; BGer 6B\_480/2018 E. 1.1.1).

c) Mangels Verwertbarkeit der belastenden Beweismittel ist das der Beschuldigten in der Anklage vorgeworfene und in objektiver Hinsicht erforderliche arglistig täuschende Verhalten nicht nachweisbar, weshalb sie vom Vorwurf des gewerbsmässigen Betrugs freizusprechen ist.

d) Bei diesem Ergebnis braucht die Rüge der Verteidigung, das Vorgehen der Sozialversicherungsanstalt sei EMRK- und verfassungswidrig gewesen, nicht thematisiert zu werden. Ob die Erhebung des Observationsberichts sozialversicherungsrechtlich zulässig war, kann dahingestellt bleiben. Auch erübrigen sich Ausführungen zu den weiteren von der Verteidigung vorgebrachten formellen Rügen.