

Hochschulstrasse 17
Postfach 7475
3001 Bern
Telefon 031 635 48 09
Fax 031 635 48 15
Obergericht-Straf.Bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Beschluss

BK 15 350 BED

Bern, 22. Dezember 2015

Besetzung

Oberrichterin Schnell (Präsidentin), Oberrichter Trenkel, Oberrichter Stucki
Gerichtsschreiberin Beldi

Verfahrensbeteiligte

A. _____

verteidigt durch Rechtsanwalt B. _____

Beschuldigter

C. _____

verteidigt durch Rechtsanwalt D. _____

Beschuldigter/Beschwerdeführer

Gegenstand

Missbrauch einer Fernmeldeanlage, evtl. Nötigung, Widerhandlung gegen das BetmG /
Verwertbarkeit von Beweisen, Aus-den-Akten-Weisen

Beschwerde gegen die Verfügung der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland
vom 23. Oktober 2015 (BM 14 49814)



Regeste

Für Durchsuchungen von Aufzeichnungen im Sinn von Art. 246 StPO bedarf es – abgesehen Dringlichkeit und Gefahr im Verzug – eines schriftlichen Durchsuchungsbefehls der Staatsanwaltschaft. Die Einwilligung des Betroffenen in die Durchsuchung vermag dieses Erfordernis nicht zu ersetzen. Ausgehend von den konkreten Verhältnissen ist Art. 246 StPO als Gültigkeitsvorschrift zu qualifizieren.

Bei der Prüfung der Verwertbarkeit von Zufallsfunden bzw. bei der Prüfung der hypothetischen Zulässigkeit der Zwangsmassnahme ist die Fehlerhaftigkeit der ursprünglichen Zwangsmassnahme, d.h. das Fehlen eines Durchsuchungsbefehls, zugrunde zu legen (konkrete Hypothesenbildung).

Die Beschwerdekammer in Strafsachen hat beschlossen:

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die aus dem Mobiltelefon des Beschwerdeführers gewonnenen Auswertungsergebnisse, die Einvernahme von F._____, der Fotobogen der Kantonspolizei Bern betreffend Mobiltelefon von F._____ und der bestehende Anzeigerapport der Kantonspolizei vom 10. August 2015 gegen den Beschwerdeführer und F._____ wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz sind im Verfahren gegen den Beschwerdeführer aus den Akten zu entfernen und bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und danach zu vernichten. Einvernahmepassagen, die im Zusammenhang mit Vorhalten aus Erkenntnissen der Telefonauswertung stehen (inkl. Vorhalt „F._____“; Einvernahmen von G._____ vom 4. März 2015, von H._____ vom 13. Januar und 17. Februar 2015, des Beschwerdeführers vom 13. Juli 2015 und von A._____ vom 13. Januar und 24. Februar 2015) sind partiell zu entfernen und bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und danach zu vernichten.

Soweit weitergehend wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 1'500.00, werden zu einem Drittel, ausmachend CHF 500.00, dem Beschwerdeführer auferlegt; der Rest wird vom Kanton Bern getragen.
3. Dem Beschwerdeführer wird im Umfang von zwei Dritteln eine Entschädigung ausgerichtet; diese wird nach Eingang der Kostennote bestimmt.
4. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten/Beschwerdeführer C._____, v.d. Rechtsanwalt D._____
 - dem Beschuldigten A._____, v.d. Rechtsanwalt B._____
 - der Generalstaatsanwaltschaft

Mitzuteilen:

- der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland (mit den Akten)

Begründung:

1. Im Nachgang an eine Auswertung des Mobiltelefons von C._____ wurde gegen diesen eine Strafuntersuchung wegen Missbrauchs einer Fernmeldeanlage, evtl. Nötigung, und Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz eröffnet. Am 1. Oktober 2015 stellte C._____, verteidigt durch Rechtsanwalt D._____, die Anträge, die Auswertung seines Mobiltelefons, diverse Protokolle und ein Fotobogen betreffend Mobiltelefon von F._____ seien aus den Strafakten zu entfernen, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und danach zu vernichten. Mit Verfügung vom 23. Oktober 2015 wies die Regionale Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland (nachfolgend Staatsanwaltschaft) diese Anträge ab. Dagegen reichte C._____ am 2. November 2015 bei der Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Bern Beschwerde ein und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Gleichzeitig wiederholte er die bereits bei der Staatsanwaltschaft gestellten Anträge. Die Generalstaatsanwaltschaft schloss in ihrer Stellungnahme vom 18. November 2015 auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde. C._____ replizierte am 8. Dezember 2015 und hielt an seinen Anträgen fest.
2.
 - 2.1 Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft kann bei der Beschwerdekammer in Strafsachen innert 10 Tagen schriftlich und begründet Beschwerde geführt werden (Art. 393 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 396 Abs. 1 StPO, Art. 35 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1] i.V.m. Art. 29 Abs. 2 des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]). Nach konstanter Praxis der Beschwerdekammer sind Beschwerden gegen die Nichtentfernung unverwertbarer Beweise aus den Strafakten zulässig (Beschluss der Beschwerdekammer BK 15 262 vom 9. November 2015 E. 2.1, mit weiteren Hinweisen). Der Gesetzgeber hat sich in Art. 141 Abs. 5 StPO bewusst dafür entschieden, dass die Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise aus den Strafakten zu entfernen und unter separatem Verschluss zu halten sind. Damit soll die Gefahr gebannt werden, dass unverwertbare Beweise – trotz bestehender Pflicht zur Nichtbeachtung – beim Belassen in den Akten die Entscheidungsfindung beeinflussen (vgl. Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085 ff., S. 1184). Daraus folgt, dass die beschuldigte Person grundsätzlich ein rechtlich geschütztes Interesse daran hat, dass unverwertbare Beweise bereits frühzeitig aus den Akten entfernt werden (vgl. etwa auch Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich UH150031 vom 17. März 2015; betreffend möglichen Einschränkungen einer Beschwerdezulassung vgl. Beschluss der Beschwerdekammer BK14 263 vom 6. November 2014 E. 2). Die Zulässigkeit der Beschwerde gegen die Verweigerung der Entfernung von Beweismitteln aus den Akten wird aus diesen Gründen denn auch in der Lehre bejaht (GUIDON, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, 2011, N 100; WOHLERS, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage 2014, Art. 141 N 10a; GLESS, in:

Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Auflage 2014, Art. 141 N 118).

- 2.2 Vorliegend hat der Beschwerdeführer als beschuldigte Person ein unmittelbares rechtlich geschütztes Interesse im Sinn von Art. 382 Abs. 1 StPO an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids über die Ablehnung seines Aktenentfernungsgesuchs. Gründe, welche gegen die Zulassung einer Beschwerde sprechen, sind keine ersichtlich. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten.

3. Der massgebliche Sacherhalt lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Am 10. November 2014 erschien der Beschwerdeführer in Begleitung von G._____ auf der Polizeiwache Ostring, um gegen A._____ Anzeige einzureichen. Er führte aus, dass der Ex-Freund von H._____, mit welcher er ein gutes Verhältnis pflege, von ihm Geld verlange, andernfalls er seine Ehefrau über das Verhältnis zwischen ihm und H._____ orientieren werde. Am 9. Dezember 2014 eröffnete die Staatsanwaltschaft gegen A._____ eine Untersuchung wegen Erpressung, evtl. Drohung, evtl. Nötigung, evtl. übler Nachrede zum Nachteil des Beschwerdeführers. Am 19. Dezember 2014 wurde der Beschwerdeführer delegiert als Auskunftsperson zur Sache einvernommen. Dabei übergab er der polizeilichen Sachbearbeiterin einen Memory-Stick mit SMS-Nachrichten, die mit der Erpressung in Verbindung gebracht werden könnten. Da bei den vom Beschwerdeführer zusammengetragenen SMS-Nachrichten nur das Erstelldatum (24. November 2014) ersichtlich war, aber Angaben darüber fehlten, an welchem Datum und um welche Uhrzeit die einzelnen Nachrichten verschickt worden waren, und ausserdem nicht eruiert werden konnte, von wem die ursprüngliche Nachricht stammte und an wen sie verschickt wurde, stufte die Strafverfolgungsbehörde die Datensammlung als untaugliches Beweismittel ein. Daraufhin erklärte sich der Beschwerdeführer anlässlich der Einvernahme vom 19. Dezember 2014 mit der Auswertung seines Mobiltelefons durch die Polizei einverstanden. Diese Auswertung förderte nicht nur Informationen im Zusammenhang mit dem gegen A._____ bestehenden Tatverdacht, sondern auch solche zutage, die den Verdacht begründen, der Beschwerdeführer seinerseits könnte sich im Umgang mit H._____ strafrechtlich relevanten Handelns schuldig gemacht haben. Entsprechend eröffnete die Staatsanwaltschaft am 25. März 2015 gegen den Beschwerdeführer eine Untersuchung wegen Missbrauchs einer Fernmeldeanlage, evtl. Nötigung, und Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz. Später zog H._____ den Strafantrag wegen Missbrauchs einer Fernmeldeanlage wieder zurück. Gleichzeitig erklärte sie ihr Desinteresse an der weiteren Strafverfolgung gegen den Beschwerdeführer in Bezug auf allfällige andere Vorwürfe. Mit Schreiben vom 27. April 2015 und vom 7. Mai 2015 teilte der Beschwerdeführer mit, dass er mit der Auswertung des hier interessierenden Mobiltelefons nicht mehr einverstanden sei, und verlangte die nachträgliche Siegelung. Mit Verfügung vom 12. Mai 2015 wies die Staatsanwältin das Gesuch um nachträgliche Siegelung ab, mit der Begründung, dass das Gesuch verspätet erfolgt sei. Die Verfügung blieb unangefochten. Hingegen liess der Beschwerdeführer am 30. Juli 2015 ein Ausstandsgesuch gegen die polizeiliche Sachbearbeiterin stellen, das mit Verfügung vom 3. September 2015 ebenfalls abgewiesen wurde. Auch diese Verfügung blieb unangefochten.

Am 1. Oktober 2015 stellte der Beschwerdeführer wegen Beweisverwertungsverbotten (u.a. mangels Vorliegens eines schriftlichen Durchsuchungsbefehls) die hier interessierenden Anträge. Die Staatsanwaltschaft begründete ihren negativen Entscheid vom 23. Oktober 2015 zusammengefasst damit, dass es sich bei den Modalitäten eines schriftlichen Durchsuchungsbefehls lediglich um eine Ordnungsvorschrift handle, deren Nichteinhaltung nicht automatisch zur Unverwertbarkeit der erlangten Beweise führe. Zudem habe eine wirksame Einwilligung des Beschwerdeführers zur Auswertung seines Mobiltelefons vorgelegen, welche die förmliche Anordnung der Durchsuchung durch die Verfahrensleitung ersetze. Der Beschwerdeführer habe vorgängig, ausdrücklich, eindeutig, freiwillig nach erfolgter Aufklärung und im Wissen, was für Daten sich auf seinem Mobiltelefon befinden und damit wirksam in die Auswertung seines Mobiltelefons eingewilligt. Die Auswertung seines Mobiltelefons sei damit rechtmässig erfolgt. Bei den belastenden Textnachrichten handle es sich um Zufallsfunde, welche grundsätzlich verwertbar seien.

Dagegen wendet der Beschwerdeführer ein, dass die Auswertung seines Mobiltelefons in unzulässiger Weise erfolgt sei, weil kein schriftlicher Befehl zur Anordnung der Auswertung vorliege. Das Vorhandensein eines schriftlichen Befehls stelle eine Gültigkeitsvorschrift dar. Eine Einwilligung ersetze den schriftlichen Befehl nicht. Abgesehen davon sei seine Einwilligung unwirksam, da er vorgängig nicht richtig informiert worden sei. Auch die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen für die Anordnung einer Auswertung seien nicht erfüllt. Im Zeitpunkt der Auswertung habe ein hinreichender Tatverdacht für die weitreichende Zwangsmassnahme gefehlt. Zudem sei die Auswertung unverhältnismässig. Zusammengefasst liege ein Fall verbotener Beweisausforschung vor. Die unzulässige und mithin unverwertbare Auswertung des Mobiltelefons zeitige Fernwirkung auf sämtliche Einnahmen, in welchen den befragten Personen Auszüge der Auswertungen vorgehalten worden seien. Entsprechend seien auch die Wiedergaben dieser Aussagen in den Polizeirapporten aus den Akten zu entfernen. Von der Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots seien auch der Anzeigenrapport der Kantonspolizei betreffend Handel mit Betäubungsmitteln und der Fotobogen betreffend das Mobiltelefon von F. _____ betroffen.

4.

- 4.1 Die Generalstaatsanwaltschaft verweist auf die Praxis der Beschwerdekammer, wonach sich diese bei der Beurteilung von Beschwerden gegen die Nichtentfernung von angeblich unverwertbaren Beweismitteln eine gewisse Zurückhaltung auferlege. Demnach rechtfertige sich eine Entfernung von Beweismitteln nur bei liquider Sach- und klarer Rechtslage, zumal der endgültige Entscheid über ein Beweisverwertungsverbot in jedem Fall dem Sachgericht vorbehalten bleibe (vgl. z.B. Beschlüsse der Beschwerdekammer BK 15 39 vom 2. April 2015, BK 14 303 vom 4. Dezember 2014, BK14 263 vom 6. November 2014). Vorliegend könne angesichts der sich stellenden Rechtsfragen (u.a. Notwendigkeit eines förmlichen Durchsuchungsbefehls bei Vorliegen einer Einwilligung, Qualifikation des Durchsuchungsbefehls als Gültigkeits- oder Ordnungsvorschrift) nicht von einer klaren Rechtslage ausgegangen werden, weshalb sich die beantragte Massnahme nicht rechtfertigen lasse.

- 4.2 Die Frage, wann und ob eine liquide Sach- und klare Rechtslage vorliegt, musste in den bisher durch die Kammer entschiedenen Fällen noch nie näher umschrieben werden. Eine gewisse Zurückhaltung bei der Beurteilung von Beschwerden gegen die (Nicht)Entfernung von angeblich unverwertbaren Beweismitteln ist deshalb geboten, weil die Beschwerdekammer ihre Entscheide gestützt auf die ihr jeweils vorgelegten Akten beurteilen muss. Es ist nicht Aufgabe der Beschwerdekammer, den für die Beurteilung rechtlicher Fragestellungen relevanten Sachverhalt abzuklären, diese Aufgabe obliegt der Staatsanwaltschaft. Ist der Sachverhalt (noch) ungenügend abgeklärt und damit im Hinblick auf die zu entscheidende Rechtsfrage nicht liquid, muss – jedenfalls in gewissen Konstellationen – auch von einer unklaren Rechtslage gesprochen werden, so dass es sich nicht rechtfertigt, ein Beweismittel bereits in einem frühen Verfahrensstadium aus den Akten zu weisen. Die Formulierung „liquide Sach- und klare Rechtslage“ ist vor diesem Hintergrund zu verstehen. Die Beurteilung der Frage, ob eine „klare Rechtslage“ vorliegt, steht somit im Zusammenhang mit dem fraglichen Sachverhalt und wird nicht isoliert von diesem vorgenommen. Allein der Umstand, dass gewisse Rechtsfragen in Lehre und kantonaler Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet werden und in diesem Sinn umstritten sind, rechtfertigt hingegen keine Zurückhaltung. Der Umstand, dass in der Literatur unterschiedliche Auffassungen dazu vertreten werden, ob trotz Einwilligung ein förmlicher, schriftlicher Durchsuchungsbefehl erforderlich ist und ob es sich dabei um eine Gültigkeits- oder Ordnungsvorschrift handle, hindert nicht, dass die Beschwerdekammer diese Fragen mit voller Kognition und ohne eingeschränkte Prüfungsdichte beurteilt.
5. Strittig ist zunächst, ob die ohne Durchsuchungsbefehl durchgeführte Auswertung des Mobiltelefons rechtmässig war oder nicht. Die Staatsanwaltschaft stellt sich auf den Standpunkt, dass infolge Vorliegens einer wirksamen Einwilligung zur Auswertung des Mobiltelefons von einer förmlichen Anordnung durch die Verfahrensleitung habe abgesehen werden können.
- 5.1 Gemäss Art. 246 StPO dürfen Schriftstücke, Ton-, Bild- und andere Aufzeichnungen, Datenträger sowie Anlagen zur Verarbeitung und Speicherung von Informationen durchsucht werden, wenn zu vermuten ist, dass sich darin Informationen befinden, die der Beschlagnahme unterliegen. Die Durchsuchung dient dazu, Aufzeichnungen, welche prima vista als Beweisgegenstände in Betracht kommen, auf die mögliche Beweiseignung hin zu prüfen. Schriftstücke oder Datenträger werden dabei in Hinblick auf ihren Inhalt oder ihre Beschaffenheit durchgelesen bzw. besichtigt, um so ihre Beweiseignung festzustellen und sie bejahendenfalls beschlagnahmeweise zu den Akten des Strafverfahrens zu nehmen. Die Durchsuchung von Aufzeichnungen stellt einen besonders schweren Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen dar (KELLER, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage 2014, Art. 246 N 2, auch zum Folgenden). Das Gesetz sieht deshalb für die Durchsuchung von Aufzeichnungen ein besonders geregeltes Verfahren vor und gewährt dem Betroffenen einen speziellen, erhöhten Rechtsschutz. Dieser Rechtsschutz wird durch das Recht auf Siegelung und den Richtervorbehalt für den Entscheid über die Entsiegelung gewährleistet (OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Auflage 2012, N 1079).

Durchsuchungen gemäss Art. 246 StPO sind nach Art. 198 i.V.m. Art. 241 Abs. 1 StPO von der Staatsanwaltschaft (allenfalls vom Sachgericht) anzuordnen bzw. vorzunehmen (BGE 139 IV 128 E. 1.4, auch zum Folgenden). Die Anordnung hat in Form eines schriftlichen Befehls zu ergehen (Art. 241 Abs. 1 StPO), es sei denn, es liege ein dringender Fall vor. Diesfalls genügt eine mündliche Anordnung und eine nachträgliche schriftliche Bestätigung. Es ist der Staatsanwaltschaft unbenommen, die Polizei im Rahmen von Art. 312 StPO damit zu beauftragen, die auf die Amtsstelle verbrachten bzw. entsiegelten Aufzeichnungen nach bestimmten Kriterien zu durchsuchen bzw. auszuwerten (KELLER, a.a.O., Art. 246 N 4). Sofern im Sinn von Art. 241 Abs. 3 StPO „Gefahr in Verzug“ vorliegt, kann die Polizei Unterlagen und Aufzeichnungen auch ohne besonderen Befehl der Staatsanwaltschaft durchsuchen. Das polizeiliche Handeln muss sich dann allerdings – wie bei einer allfälligen Delegation von der Staatsanwaltschaft an die Polizei nach Art. 312 StPO – angesichts der besonderen Relevanz des Eingriffs in die Privatsphäre der betroffenen Person (oder Dritter) auf einfache Sachverhalte beschränken (SCHMID, Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, 2009, S. 474 N 1074; ders., Schweizerische Strafprozessordnung Praxiskommentar, 2. Auflage 2013, Art. 246 N 3; GFELLER, in: Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Auflage 2014, Art. 241 N 32 ff.; CHIRAZI in: Commentaire romand, Code de procédure pénale, 2010, Art. 241 N 28 und 33).

- 5.2 Unbestritten liegt für die Durchsuchung des Mobiltelefons des Beschwerdeführers kein schriftlicher Befehl vor. Dass von „Gefahr in Verzug“ gesprochen werden könnte, welche die Polizei zu selbständigem Handeln im Sinn von Art. 241 Abs. 3 StPO ermächtigt hätte, ist nicht erkennbar und wird auch nicht geltend gemacht. Die Staatsanwaltschaft vertritt indessen die Ansicht, dass in die Durchsuchung von Aufzeichnungen freiwillig eingewilligt werden könnte. Dies würde sich e contrario bereits aus dem Recht auf Siegelung ergeben. Die Generalstaatsanwaltschaft ihrerseits verweist auf die Voraussetzungen der Hausdurchsuchung und Entscheide der Beschwerdekammer, in welchen die Formlosigkeit einer Hausdurchsuchung nicht bemängelt worden sei.

Bei der Beurteilung der Voraussetzungen einer Durchsuchung von Aufzeichnungen ist Art. 246 StPO im Zusammenhang mit den allgemeinen Bestimmungen zur Durchsuchung und dabei insbesondere mit Art. 241 StPO auszulegen. Inwiefern Hausdurchsuchungen bei Vorliegen einer Einwilligung ohne Durchsuchungsbefehl vorgenommen werden dürfen, braucht an dieser Stelle nicht beurteilt zu werden. Streitgegenstand ist vorliegend die Durchsuchung von Aufzeichnungen, welche systematisch in einem anderen Abschnitt als die Hausdurchsuchung geregelt ist. Ferner werden bei der Durchsuchung von Aufzeichnungen, welche im 3. Abschnitt des 4. Kapitels geregelt ist, Einwilligungen – im Gegensatz zu den unter dem 2. Abschnitt aufgeführten Bestimmungen zur Hausdurchsuchung – im Gesetzeswortlaut nicht erwähnt. Eine analoge Anwendung der Regeln zur Hausdurchsuchung rechtfertigte sich allein schon mit Blick auf die besondere Schwere der Grundrechtseingriffe bei Durchsuchung von Aufzeichnungen nicht. Hinzu kommt, dass einer Vielzahl von Betroffenen nicht bewusst ist, was in technischer Hinsicht bei einer Auswertung überhaupt möglich ist, weshalb die Beurteilung der Zulässigkeit einer entsprechenden Einwilligung mit Schwierigkeiten verbunden wäre. Ein Durchsuchungsbefehl bezweckt vor diesem Hintergrund, die

Eingriffe in die betroffenen Grundrechte mess- und kontrollierbar zu machen (GFELLER, a.a.O., Art. 241 N 8).

Zu berücksichtigen ist ferner, dass das Bundesgericht in seinem zur Publikation bestimmten Entscheid 1B_256/2015 vom 4. November 2015 festgehalten hat (E. 4.5), dass Strafverfahren nur in den vom Gesetz vorgesehenen Formen durchgeführt werden können (Art. 2 Abs. 2 StPO) und selbst eine Zustimmung des Betroffenen zur rückwirkenden Randdatenerhebung nicht eine richterliche Genehmigung zu ersetzen vermag. Gleiches muss in der hier interessierenden Konstellation gelten: Die Zustimmung bzw. Einwilligung des Betroffenen in die Durchsuchung seines Mobiltelefons ersetzt nicht den staatsanwaltlichen Durchsuchungsbefehl. Inwiefern das Gegenteil aus dem Recht auf Siegelung abgeleitet werden könnte, ist für die Beschwerdekammer nicht nachvollziehbar. Auch aus dem von der Polizei verwendeten Formular kann nichts Gegenteiliges geschlossen werden. Dieses bezweckt einzig den Nachweis einer erfolgten Information über das Recht auf Siegelung.

Gestützt auf das Ausgeführte vermag eine Einwilligung einen schriftlichen Befehl nicht zu ersetzen. Das selbständige Handeln der Polizei ohne staatsanwaltschaftlichen Befehl war regelwidrig. Welche prozessualen Folgen dieser Verstoß zeitigt, wird nachfolgend zu prüfen sein (E. 6). Die weiteren Voraussetzungen der Durchsuchung im Sinn von Art. 241 i.V.m. Art. 241 StPO waren indessen erfüllt. Sowohl die Beschlagnahmerelevanz wie auch der Tatverdacht (der Erpressung, begangen durch A._____) waren gegeben. Der Einwand, wonach die Durchsuchung auf die Kommunikation zwischen dem Beschwerdeführer und dem Beschuldigten hätte beschränkt werden müssen, geht fehl. Um die Bedeutung einzelner Mitteilungen des Beschuldigten richtig erfassen zu können, waren nicht nur die von ihm ausgehenden Mitteilungen von Bedeutung, sondern auch der Kommunikationsverkehr zwischen den beiden Betroffenen insgesamt und zudem, in Anbetracht der speziellen Beziehungssituation, auch derjenige mit H._____. Für die richtige Einordnung der vom Beschwerdeführer erhobenen Vorwürfe war das Beziehungsgeflecht zwischen dem Beschwerdeführer und H._____ einerseits und zwischen A._____ und H._____ andererseits erheblich.

6.

6.1 Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise ist in Art. 141 StPO geregelt. Für Beweise, die durch verbotene Beweiserhebungsmethoden erlangt werden, sieht Art. 141 Abs. 1 Satz 1 StPO ein absolutes Beweisverwertungsverbot vor. Dasselbe gilt, wenn das Gesetz einen Beweis als unverwertbar bezeichnet (Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO). Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nach Art. 141 Abs. 2 StPO grundsätzlich nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich. Beweise, bei deren Erhebung lediglich Ordnungsvorschriften verletzt wurden, sind dagegen gemäss Art. 141 Abs. 3 StPO verwertbar. Ob im Einzelfall eine Gültigkeits- oder eine Ordnungsvorschrift vorliegt, bestimmt sich (sofern das Gesetz die Norm nicht selber als Gültigkeitsvorschrift bezeichnet) primär nach dem Schutzzweck der Norm: Hat die Verfahrensvorschrift für die Wahrung der zu schützenden Interessen der betreffenden Person eine derart erhebliche Bedeutung, dass

sie ihr Ziel nur erreichen kann, wenn bei Nichtbeachtung die Verfahrenshandlung ungültig ist, liegt eine Gültigkeitsvorschrift vor (BGE 139 IV 128 E. 1.6; Urteil des Bundesgerichts 6B_56/2014 vom 16. Dezember 2014 E. 3.2). Das Bundesgericht hat in 139 IV 128 ausdrücklich festgehalten, dass die Frage, ob die Notwendigkeit eines schriftlichen Befehls eine reine Ordnungsvorschrift oder eine Gültigkeitsvorschrift darstelle, nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu beantworten sei (E. 1.1.7).

- 6.2 Im vorgenannten Entscheid hatte das Bundesgericht eine von Polizeibeamten ohne staatsanwaltlichen Befehl vorgenommene Durchsuchung des iPhones der Beschwerdeführerin/Beschuldigten zu beurteilen und kam zum Schluss, dass das Erfordernis eines Durchsuchungsbefehls reine Ordnungsvorschrift darstelle und daher nichts gegen die Verwertung der Freier-Adressen sprechen würde. Die Voraussetzungen für die Durchsuchung des (offenkundig nicht mittels eines Codes verschlossenen) iPhones seien an sich erfüllt und die Durchsuchung als solche sei auch nicht unverhältnismässig gewesen. Die Polizeibeamten hätten sich offenbar darauf beschränkt, (nur) Einsicht in die im Gerät abgelegten Adressen zu nehmen. Anhaltspunkte dafür, dass sich die Beamten vorsätzlich und rechtsmissbräuchlich über die gesetzliche Zuständigkeitsordnung im Sinn von Art. 198 StPO hinweggesetzt bzw. den staatsanwaltlichen Durchsuchungsbefehl bewusst nicht eingeholt hätten, bestünden nicht. Das gelte umso mehr, als selbständiges polizeiliches Handeln im Rahmen von Art. 246 StPO nicht kategorisch ausgeschlossen, sondern bei Dringlichkeit (Art. 241 Abs. 3 StPO) möglich sei. Die Zuständigkeiten seien hier in einer gewissen Hinsicht „fliessend“.

Der Beschwerdeführer weist zu Recht darauf hin, dass der vom Bundesgericht beurteilte Sachverhalt vom vorliegenden Sachverhalt abweicht. Die Polizeibeamten sichten dort lediglich Kontaktdaten. Hier wurde indessen der ganze Inhalt inkl. gelöschter Daten gespiegelt. Ferner richtete sich die damalige Zwangsmassnahme gegen die beschuldigte Person. Vorliegend wurde die Massnahme bei einer Drittperson angewendet. Solche Zwangsmassnahmen sind gemäss Art. 197 Abs. 2 StPO besonders zurückhaltend einzusetzen. Aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer mit der Durchsuchung seines Mobiltelefons einverstanden war, kann die Staatsanwaltschaft nichts zu ihren Gunsten ableiten, zumal keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass er den Umfang der Auswertung und die technischen Möglichkeiten richtig hat erfassen können. Dass er in die Auswertung auch von gelöschten Daten eingewilligt haben könnte, ist zu bezweifeln. Vor diesem Hintergrund erachtet die Beschwerdekammer die Notwendigkeit eines Durchsuchungsbefehls in der hier interessierenden Konstellation als Gültigkeitsvorschrift.

- 6.3 Gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO dürfen Beweise, die Strafbehörden unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich. Was unter eine schwere Straftat gemäss dieser Bestimmung fällt, kann dem Gesetz nicht entnommen werden. In der Lehre umstritten ist, ob dabei auf die Deliktskataloge der Art. 269 Abs. 2 und Art. 286 Abs. 2 StPO zurückgegriffen werden darf oder ob schwere Straftaten auf Delikte der Schwerekriminalität oder Verbrechen beschränkt werden sollen (GLESS, a.a.O., Art. 141 N 72; WOHLERS, a.a.O., Art. 141 N 21a; SCHMID, Praxiskommentar, a.a.O., Art. 141 N 8). Diese Frage braucht hier nicht abschliessend beurteilt zu wer-

den. Der Tatbestand der Erpressung (Art. 156 StGB) ist nicht nur unter den vorerwähnten Deliktskategorien aufgeführt, sondern stellt auch ein Verbrechen dar. Unabhängig vom Deliktsbetrag stellt der gegen A._____ erhobene Vorwurf somit eine schwere Straftat im Sinn von Art. 141 Abs. 2 StPO dar. Ferner ist die Auswertung des Mobiltelefons des Beschwerdeführers als unerlässliches Beweismittel zur Aufklärung dieses Vorwurfs zu bezeichnen, weshalb die im Zusammenhang mit diesem Vorwurf erhobene Auswertung im Verfahren gegen A._____ derzeit verwertbar und nicht aus den Akten zu weisen ist. Wie es sich aber mit der Verwertung im gegen den Beschwerdeführer erhobenen Verfahren verhält, ist eine andere Frage (vgl. nachfolgend E. 7).

7.

- 7.1 Die Auswertung des Mobiltelefons förderte nicht nur Informationen im Zusammenhang mit dem gegen A._____ bestehenden Tatverdacht, sondern auch solche zutage, die den Verdacht begründen, der Beschwerdeführer seinerseits könnte sich im Umgang mit H._____ strafrechtlich relevanten Handelns schuldig gemacht haben. Die entsprechenden Informationen stellen Zufallsfunde in Sinn von Art. 243 StPO dar (BGE 139 IV 128 E. 2.1). Art. 243 StPO verpflichtet zur Sicherstellung solcher Zufallsfunde, äussert sich aber nicht zu deren Verwertbarkeit. Zufallsfunde sind gemäss Lehre verwertbar, wenn die ursprüngliche Massnahme rechtmässig erfolgt ist und die Beweiserhebung auch hinsichtlich des neuen Tatverdachts verfahrensrechtlich zulässig gewesen wäre (GFELLER/THORMANN in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage 2014, Art. 243 N 30). Besonderes Kriterium für die Verwertbarkeit von Zufallsfunden ist somit die hypothetische Zulässigkeit der Zwangsmassnahme. Bei Zufallsfunden, die aus einer rechtswidrigen Durchsuchung stammen, gilt die allgemeine Regel von Art. 141 StPO zur Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise (KELLER, a.a.O., Art. 243 N 4). Dabei ist der Prüfung der hypothetischen Zulässigkeit die Fehlerhaftigkeit der ursprünglichen Zwangsmassnahme, d.h. das Fehlen eines Durchsuchungsbefehls, zugrunde zu legen (konkrete Hypothesenbildung).
- 7.2 Soweit hier interessierend stellt sich somit die Frage, ob die Beweise, die ohne schriftlichen Durchsuchungsbefehl und damit unter Verletzung einer Gültigkeitsvorschrift erhoben worden sind, im Sinn von Art. 141 Abs. 2 StPO verwertbar sind oder nicht. Gegen den Beschwerdeführer wird wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (Art. 19 Abs. 1 BetmG) und „evtl. Nötigung“ ermittelt. Diese Delikte können nicht unter schwere Straftaten im Sinn von Art. 141 Abs. 2 StPO subsumiert werden. Zwar trifft zu, dass der Tatbestand der Nötigung unter den in E. 6.3 erwähnten Deliktskatalog fallen würde. Indessen wurde nicht wegen Nötigung eröffnet, sondern wegen *Missbrauchs einer Fernmeldeanlage, evtl. Nötigung*, und Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz. H._____ zog den Strafantrag wegen Missbrauchs einer Fernmeldeanlage aber wieder zurück. Was zwischenzeitlich mit dem Vorwurf der „evtl. Nötigung“ passiert ist, entzieht sich der Kenntnis der Beschwerdekammer. Jedenfalls reicht dies nicht zur Annahme einer schweren Straftat im Sinn von Art. 141 Abs. 2 StPO.

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die aus dem Mobiltelefon gewonnenen Auswertungsergebnisse nicht gegen den Beschwerdeführer verwendet werden dürfen. Sie sind im Verfahren gegen den Beschwerdeführer aus den Akten zu entfernen und bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und danach zu vernichten.

8. Der Beschwerdeführer verlangt nicht nur die Entfernung der aus dem Mobiltelefon gewonnenen Auswertungsergebnisse seines Mobiltelefons, sondern auch die Entfernung der Folgebeweise.
- 8.1 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; BGE 138 IV 169 E. 3.1). Keine Fernwirkung gemäss Art. 141 Abs. 4 StPO tritt ein, wenn der Folgebeweis im Sinn eines hypothetischen Ermittlungsverlaufs zumindest mit einer grossen Wahrscheinlichkeit auch ohne den illegalen ersten Beweis erlangt worden wäre. Entscheidend sind die konkreten Umstände des Einzelfalls (BGE 138 IV 169 E. 3.3.3 mit Hinweisen; Entscheid des Bundesgerichts 6B_208/2015 vom 24. August 2015 E. 2.3.2).
- 8.2 Bei den Einvernahmen vom 13. Januar 2015 mit H._____ und A._____ (Rechtsbegehren 2.3 und 2.6) wurden keine Vorhalte aus der Telefonauswertung gemacht. Die Staatsanwaltschaft befragte die beiden zu den vom Beschwerdeführer erhobenen Vorwürfen und in diesem Zusammenhang zu Recht zu den untereinander bestehenden Beziehungen. Die Einvernahmeprotokolle belegen, dass der vom Beschwerdeführer ausgehende, umfangreiche SMS- und Telefonverkehr von beiden Befragten spontan thematisiert worden sind. Ausserdem machte A._____ spontan Angaben zur Abgabe von Methadon an H._____ (Einvernahme von A._____ vom 13. Januar 2015 Z. 274 f., Z. 759 ff.). Somit kann insbesondere der Vorwurf, wonach der Beschwerdeführer Methadon besorgt haben soll, berücksichtigt werden.

Hinsichtlich der in der Befragung von H._____ genannten Namen „I._____“ und „F._____“ ist dem Beschwerdeführer darin beizupflichten, dass die Namen vermutungsweise aus der Telefonauswertung gewonnen worden sind. Dass der vollständige Name des Lieferanten auch ohne Telefonauswertung hätte erhältlich gemacht werden können, ist zu bezweifeln, zumal H._____ nur den Vornamen kannte (13. Januar 2015 Z. 535) und A._____ keine weiteren Angaben zum Bezugsort hat machen können (13. Januar 2015 Z. 760). Soweit aus den Akten ersichtlich, wurde der vollständige Name des Lieferanten „F._____“ ausschliesslich aus den Kontaktdaten des Mobiltelefons des Beschwerdeführers gewonnen (Einvernahme des Beschwerdeführers vom 13. Juli 2015 Z. 449 ff.). Die im Zusammenhang mit dem Vorhalt „F._____“ gemachten Angaben und die Einvernahme von F._____ sind gestützt auf das unter E. 7.2 hiervoor Ausgeführten im Verfahren gegen den Beschwerdeführer nicht verwertbar und zu schwärzen bzw. aus den Akten zu weisen.

Der Beschwerdeführer führt hinsichtlich der Einvernahmen von H._____ und A._____ vom 13. Januar 2015 weiter aus, dass diese wegen Verletzung der Teilnahmerechte ohnehin nicht verwertbar seien. Dem kann nicht gefolgt werden. Zum einen werden Teilnahme- und Mitwirkungsrechts erst ab Eröffnung der Strafuntersu-

chung durch die Staatsanwaltschaft gewährt (WOHLERS, a.a.O., Art. 147 N 2). Zum damaligen Zeitpunkt war indessen noch keine Untersuchung gegen den Beschwerdeführer eröffnet. Zum anderen hätte selbst eine bereits erfolgte Eröffnung der Strafuntersuchung nicht dazu geführt, dass der Beschwerdeführer an den fraglichen Einvernahmen hätte beiwohnen dürfen. Eine Beschränkung der Parteiöffentlichkeit drängt sich in Anlehnung an Art. 101 StPO auf, wenn im Hinblick auf noch nicht erfolgte Vorhalte eine konkrete Kollusionsgefahr gegeben ist. Dies trifft zu, wenn sich die Befragung der Mitbeschuldigten oder der Auskunftspersonen auf untersuchte Sachverhalte bezieht, welche die (noch nicht einvernommene) beschuldigte Person persönlich betreffen und zu denen ihr noch kein Vorhalt gemacht werden konnte (BGE 139 IV 25 E. 5.5.4.1; Beschluss der Beschwerdekammer BK 15 262 vom 9. November 2015 E. 6).

8.3 Der Beschwerdeführer verlangt im Weiteren die Entfernung des Fotobogens der Kantonspolizei Bern betreffend Mobiltelefon von F._____ (Rechtsbegehren 2.10). Auf diesem sind Kontakte des Beschwerdeführers mit F._____ ersichtlich. Da diese ebenfalls gestützt auf die umstrittene Telefonauswertung haben erlangt werden können, sind sie als Folgebeweise gegen den Beschwerdeführer nicht zulässig und der Fotobogen ist aus den Akten zu entfernen.

8.4 Hinsichtlich der Einvernahmen von G._____ vom 4. März 2015 (Rechtsbegehren 2.2), von H._____ vom 17. Februar 2015 (Rechtsbegehren 2.4), des Beschwerdeführers vom 13. Juli 2015 (Rechtsbegehren 2.5) und des beschuldigten A._____ vom 24. Februar 2015 (Rechtsbegehren 2.7) hält die Generalstaatsanwaltschaft zu Recht fest, dass diese nicht vollumfänglich, sondern nur partiell (soweit Aussagen im Zusammenhang mit Vorhalten aus den Auswertungsergebnissen des Mobiltelefons des Beschwerdeführers gemacht worden sind) aus den Akten zu entfernen bzw. zu schwärzen sind. Aus dem Umstand, dass das Herausfiltern der fraglichen Textstellen mit einem gewissen Aufwand verbunden ist, kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten.

Bezüglich des Anzeigerapports der Kantonspolizei vom 10. August 2015 gegen den Beschwerdeführer und F._____ wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz inkl. Auszüge aus den beigelegten Protokollen der Einvernahmen von H._____ und A._____ vom 13. Januar 2015 und des Beschwerdeführers vom 13. Juli 2015 (Rechtsbegehren 2.8) ist festzuhalten, dass dieser in der bestehenden Form nicht im Verfahren gegen den Beschwerdeführer verwendet werden darf. Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz können dem Beschwerdeführer nur insoweit vorgeworfen werden, als die Vorwürfe nicht (direkt oder indirekt) im Zusammenhang mit der umstrittenen Telefonauswertung bzw. dem Vorhalt „F._____“ entstanden sind.

8.5 Gestützt auf das Ausgeführte erweist sich die Beschwerde als teilweise begründet und ist insoweit gutzuheissen, als die aus dem Mobiltelefon des Beschwerdeführers gewonnenen Auswertungsergebnisse im Verfahren gegen den Beschwerdeführer aus den Akten zu entfernen und bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und danach zu vernichten sind. Gleiches gilt für die Einvernahme von F._____, den Fotobogen der Kantonspolizei Bern betreffend Mobiltelefon von F._____ und den bestehenden Anzeigerapport der Kantonspoli-

zei vom 10. August 2015 gegen den Beschwerdeführer und F._____ wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz. Die anderen hier umstrittenen Einvernahmen hat die Staatsanwaltschaft umgehend zu überprüfen und sämtliche Aussagen, die gestützt auf Vorhalte aus der vorgenannten Telefonauswertung (inkl. Vorhalt „F._____“) gemacht worden sind, partiell zu entfernen bzw. zu schwärzen. Soweit weitergehend ist die Beschwerde abzuweisen.

9. Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, dem Beschwerdeführer die Kosten zu einem Drittel aufzuerlegen; den Rest trägt der Kanton. Dem Beschwerdeführer ist für seine Aufwendungen im Beschwerdeverfahren vom Kanton Bern eine angemessene Entschädigung auszurichten, ausgehend von einem Obsiegen zu zwei Dritteln (Art. 433 Abs. 1 i.V.m. Art. 436 Abs. 1 StPO). Die Entschädigung wird nach Eingang der Kostennote seines Rechtsvertreters separat bestimmt.

Bern, 22. Dezember 2015

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Die Präsidentin:

Oberrichterin Schnell

Die Gerichtsschreiberin:

Beldi

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden durch die Beschwerdekammer in Strafsachen in Rechnung gestellt.

Die Entschädigung für das Beschwerdeverfahren wird durch die Beschwerdekammer in Strafsachen entrichtet.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 39 ff., 78 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.