

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 09
Fax +41 31 635 48 15
obergericht-straf.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Beschluss

BK 16 493

Bern, 9. März 2017

Besetzung

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

Verfahrensbeteiligte

A. _____

Beschuldigter/Beschwerdeführer



Polizeikommando des Kantons Bern, Waisenhausplatz 32,
Postfach 7571, 3001 Bern

Beschwerdegegnerin

Gegenstand

Durchsuchung von Personen und Gegenständen / Sicherstellung /
Verwertbarkeit von Beweismitteln

Strafverfahren wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz

Beschwerde gegen den Hausdurchsuchungsbefehl der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland vom 9. November 2016 und die Hausdurchsuchung vom 16. November 2016 (BM 16 49691)

Erwägungen:

1. Gegen B._____ läuft ein Strafverfahren wegen Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch zum Nachteil der C._____ (BM 16 47859). Im Rahmen dieses Verfahrens ordnete die Regionale Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) am 9. November 2016 eine Hausdurchsuchung sämtlicher B._____ zugänglicher Räume sowie eine Durchsuchung von Aufzeichnungen an. Die Hausdurchsuchung fand am 16. November 2016 am Domizil von B._____ sowie seiner Mitbewohner A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer), D._____ und E._____ statt. Es wurden diverse Sprayerutensilien, Marihuana und Hanfpflanzen sichergestellt, welche teilweise im Sinne eines Zufallsfundes dem Beschwerdeführer zugeordnet werden konnten (4 Töpfe mit Marihuana-Pflanzen; 4 Einmachgläser Marihuana; 1 Minigrip Marihuana; 1 Laptop und 1 Handy Samsung; 3 getrocknete Marihuana-Pflanzen und diverse Blüten). Am 21. November 2016 eröffnete die Staatsanwaltschaft gegen den Beschwerdeführer eine Untersuchung wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, festgestellt anlässlich der Hausdurchsuchung im Verfahren BM 16 47859 am 16. November 2016 (Zufallsfund; BM 16 49691). Am 27. November 2016 reichte der Beschwerdeführer gegen die Durchführung der Hausdurchsuchung und die «Beschlagnahme» Beschwerde ein mit folgenden Rechtsbegehren:

1. Die Unrechtmässigkeit und Unangemessenheit der Durchsuchung meines Zimmers sei festzustellen.
 2. Die Beschlagnahmung der Sachen aus meinem Zimmer sei aufzuheben und die in meinem Zimmer beschlagnahmten Gegenstände seien mir zurückzugeben oder zu vernichten.
 3. Die Unverwertbarkeit als Beweise der beschlagnahmten Gegenstände sei festzustellen.
 4. Für die erlittene immaterielle Unbill sei mir eine Genugtuung von CHF 1'000.00 zuzusprechen.
- Unter Kosten- und Entschädigungsfolge

Die Generalstaatsanwaltschaft beantragte am 21. Dezember 2016, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Das Polizeikommando stellte am 21. Dezember 2016 den Antrag, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Innert Frist ging keine Replik bei der Beschwerdekammer ein.

- 2.
- 2.1 Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft und der Polizei kann bei der Beschwerdekammer in Strafsachen innert 10 Tagen schriftlich und begründet Beschwerde geführt werden (Art. 393 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 396 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO; SR 312.0], 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]).
- 2.2 Zur Beschwerde legitimiert ist jede Person, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheides hat (Art. 382 Abs. 1 StPO). Das Rechtsschutzinteresse bzw. die Beschwerde muss im Zeitpunkt des Entscheides über die Beschwerde noch aktuell sein. Zur abstrakten Beantwortung einer Rechtsfrage steht die Beschwerde grundsätzlich nicht zur Verfügung. Dieses Erfordernis

soll sicherstellen, dass die Beschwerdeinstanz konkrete und nicht bloss theoretische Fragen entscheidet und dient damit der Prozessökonomie. Ein aktuelles Rechtsschutzinteresse ist unter anderem dann zu verneinen, wenn die anzufechtende, hoheitliche Verfahrenshandlung im fraglichen Prozessstadium nicht mehr korrigiert werden kann, was beispielsweise der Fall ist, wenn sich die Beschwerde gegen die Anordnung und Durchführung einer schon abgeschlossenen Hausdurchsuchung richtet (PATRICK GUIDON, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, 2011, N. 244; vgl. Beschluss der Beschwerdekammer BK 12 42 vom 13. Juni 2012 E. 2.2, BK 14 7 vom 19. Februar 2014 E. 2.2 und BK 15 216 vom 28. September 2015 E. 2.2).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann auf das Erfordernis des aktuellen Rechtsschutzinteresses ausnahmsweise verzichtet werden, wenn sich die aufgeworfene Frage jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen kann, eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich ist und an der Beantwortung der Frage wegen der grundsätzlichen Bedeutung ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht (BGE 118 IV 67 E. 1d mit weiteren Hinweisen; GUIDON, a.a.O., N. 245). Mit grundsätzlicher Bedeutung ist nicht die Bedeutsamkeit für den Betroffenen, sondern die grundsätzliche Bedeutung einer klar umschriebenen, ganz spezifischen Frage grundlegender Art vorausgesetzt (vgl. Beschluss der Beschwerdekammer BK 12 42 E. 2.3 mit weiteren Hinweisen; ANDREAS J. KELLER, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 36 zu Art. 393 StPO).

Soweit der Beschwerdeführer die Feststellung der Unrechtmässigkeit und Unangemessenheit der Hausdurchsuchung beantragt (Ziff. 1 des Rechtsbegehrens), fehlt es ihm an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse. Die angefochtene Hausdurchsuchung ist bereits abgeschlossen, so dass diese Prozesshandlungen im jetzigen Verfahrensstadium nicht mehr korrigiert werden können. Der Beschwerdeführer macht zwar weitere, das Verfahren beeinflussende Nachteile geltend (Beweisverwertungsverbot; vgl. Ziff. 3 des Rechtsbegehrens), hierüber hat die Staatsanwaltschaft als Verfahrensleiterin indes noch nicht befunden (vgl. E. 3 hiernach). Die Frage der Verwertbarkeit der Zufallsfunde kann deshalb nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden. Hierüber hat zunächst die Verfahrensleitung zu entscheiden, ansonsten dem Beschwerdeführer eine Instanz verloren ginge. Die Geltendmachung von Beweisverwertungsverböten vermag im vorliegenden Fall demnach keinen ausnahmsweisen Verzicht auf das Erfordernis des aktuellen und praktischen Interesses und damit kein schutzwürdiges Interesse an einem Entscheid zu rechtfertigen. Auf das Rechtsbegehren Ziff. 1 der Beschwerde (Feststellung der Unrechtmässigkeit und Unangemessenheit der Hausdurchsuchung) ist folglich nicht einzutreten.

- 2.3 Soweit der Beschwerdeführer eine Genugtuung für die seiner Ansicht nach unzulässige Hausdurchsuchung geltend macht (Ziff. 4 des Rechtsbegehrens), ist ebenfalls nicht auf die Beschwerde einzutreten. Praxisgemäss ist ein allfälliger Genugtuungsanspruch gemäss dem Wortlaut von Art. 429 StPO im Zusammenhang mit einer Einstellungsverfügung, allenfalls mit einer Nichtanhandnahmeverfügung oder einem Urteil über materielle Straffragen zu prüfen. Gleich verhält es sich dies-

bezüglich mit Genugtuungsansprüchen gemäss Art. 431 StPO, der sich von Art. 429 StPO insofern unterscheidet, als er auch eine Entschädigung oder Genugtuung im Fall einer Verurteilung zulässt, wenn die Zwangsmassnahme schon zum Zeitpunkt der Anordnung rechtswidrig war (NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, N. 10 zu Art. 429 StPO und N. 2 zu Art. 431 StPO). Daraus folgt, dass Genugtuungsansprüche im jetzigen Verfahrensstadium noch nicht geltend gemacht werden können; darüber ist im Endentscheid, d.h. in der Einstellungsverfügung oder dem Strafbefehl zu befinden (vgl. Beschluss der Beschwerdekammer BK 11 37 vom 5. April 2011 E. 2c f., BK 12 42 E. 2.3, BK 13 373 vom 3. April 2014 E. 4, BK 13 139 vom 7. August 2013 E. 2.2, BK 15 216 vom 28. September 2015 E. 2.5; NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl. 2013, N. 1825). Anlässlich der Beurteilung der Genugtuungsansprüche wird dann auch – soweit es der Beschwerdeführer verlangt – die Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung überprüft werden müssen. Die Verfahrensrechte des Beschwerdeführers werden folglich durch das Nichteintreten auf das Rechtsbegehren Ziff. 1 der Beschwerde nicht tangiert und es ist sichergestellt, dass die Frage der Rechtmässigkeit der Zwangsmassnahme einer gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ist damit der Rechtsschutz ausreichend gewährleistet (vgl. auch Beschluss der Beschwerdekammer BK 12 42 E. 2). Der Entscheid der Strafbehörde ist mittels Beschwerde (Einstellungsverfügung) oder Einsprache (Strafbefehl) anfechtbar (Art. 322 Abs. 2 StPO resp. Art. 354 Abs. 1 StPO; vgl. auch Beschluss der Beschwerdekammer BK 13 373 E. 4).

3.

- 3.1 Ferner beantragt der Beschwerdeführer, die «Beschlagnahme» der Sachen aus seinem Zimmer sei aufzuheben, die Gegenstände seien ihm zurückzugeben oder zu vernichten (Ziff. 2 des Rechtsbegehrens) und es sei die Unverwertbarkeit der «beschlagnahmten» Gegenstände als Beweise festzustellen (Ziff. 3 des Rechtsbegehrens). Er macht im Wesentlichen geltend, für die Durchsuchung seines Zimmers sei weder ein Durchsuchungsbefehl noch ein hinreichender Tatverdacht vorgelegen. Die als Zufallsfund erhobenen Beweise seien deshalb nicht verwertbar.
- 3.2 Unter Zufallsfunden nach Art. 243 StPO versteht man die bei der Durchführung von Zwangsmassnahmen allgemein und bei Durchsuchungen und Untersuchungen im Besonderen zufällig entdeckten Beweismittel, Spuren, Gegenständen oder Vermögenswerte, die mit der abzuklärenden Straftat in keinem direkten Zusammenhang stehen und den ursprünglichen Verdacht weder erhärten noch widerlegen, aber auf eine weitere Straftat hinweisen (BGE 139 IV 128 E. 2.1). Werden Zufallsfunde gemacht, sind diese von der ausführenden Behörde sicherzustellen (Art. 243 Abs. 1 StPO). Die Sicherstellung kann somit die Wegnahme eines Gegenstandes begründen mit dem Ziel, den Zufallsfund den Behörden zur Verfügung zu stellen. Nicht zuletzt sollen damit Kollusionshandlungen, mithin das Risiko des Beweisverlustes, ausgeschlossen werden. Entsprechend muss die Sicherstellung Bestand haben, bis die zuständige Verfahrensleitung über die weitere Verwendung des Zufallsfundes entschieden hat. Der ursprüngliche Inhaber kann, in analoger Anwendung von Art. 267 StPO, einen Antrag auf Herausgabe stellen. Wird ein solcher Antrag ge-

stellt, muss die Behörde über Beschlagnahme oder Herausgabe mit einer rechtmittelfähigen und begründeten Verfügung entscheiden (GFELLER/THORMANN, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 23 zu Art. 243 StPO). Dieser Entscheid ist mit Beschwerde anfechtbar (vgl. Beschluss der Beschwerdekammer BK 13 126 vom 5. August 2013 E. 5).

Die von der Polizei als Zufallsfunde sichergestellten Gegenstände werden mit einem Bericht der Verfahrensleitung übermittelt; diese entscheidet über das weitere Vorgehen (Art. 243 Abs. 2 StPO). Die Verfahrensleitung hat darüber zu befinden, ob der Zufallsfund verwertet und gegebenenfalls beschlagnahmt werden kann oder ob er zurückzugeben ist bzw. beweisuntauglich gemacht oder vernichtet werden soll. Will die Verfahrensleitung den Zufallsfund verwerten, muss sie die anwendbaren Verfahrensbestimmungen berücksichtigen. Dies bedingt, sofern es sich um Gegenstände handelt, deren Beschlagnahme (GFELLER/THORMANN, a.a.O., N. 30 und 37 zu Art. 243 StPO; KELLER, a.a.O., N. 5 zu Art. 243 StPO). Der Entscheid der Verfahrensleitung über das weitere Vorgehen gemäss Art. 243 Abs. 2 StPO unterliegt der Beschwerde, ausgenommen derjenige über die Eröffnung der Untersuchung, da diese gemäss Art. 309 Abs. 3 StPO nicht anfechtbar ist. Bei Untersuchungseröffnung kann der Betroffene jedoch einen Antrag auf Entfernung der seines Erachtens zu Unrecht zu den Akten genommenen Beweismittel aus den Akten stellen und den ablehnenden Entscheid mit Beschwerde anfechten (KELLER, a.a.O., N. 5 zu Art. 243 StPO).

Das Recht bzw. die Pflicht zur Entfernung unverwertbarer Beweise (Art. 141 Abs. 5 StPO) trifft das im jeweiligen Verfahrensabschnitt verfahrensleitende Organ von Amtes wegen. Ist ein Verfahrensbeteiligter der Ansicht, ein Beweismittel unterliege einem Verwertungsverbot, so kann er bei der Verfahrensleitung das Beweisverbot und die Entfernung aus den Akten geltend machen (SABINE GLESS, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, a.a.O., N. 109 f. zu Art. 141 StPO).

- 3.3 Aus den vorstehend wiedergegebenen Ausführungen ergibt sich, dass das Begehren auf Herausgabe von Gegenständen resp. um Entfernung unverwertbarer Beweise aus den Strafakten vorerst bei der Staatsanwaltschaft zu stellen ist. Erst wenn die Staatsanwaltschaft als Verfahrensleiterin über das Begehren um Herausgabe der sichergestellten Gegenstände resp. um Entfernung unverwertbarer Beweise mit einer begründeten Verfügung entschieden hat, ist dies einer Überprüfung durch Beschwerdekammer zugänglich.

Gemäss vorliegender Aktenlage hat die Staatsanwaltschaft betreffend die von der Polizei vorläufig sichergestellten und dem Beschwerdeführer zugeordneten Gegenstände (Marihuana-Pflanzen und Blüten; Marihuana; Laptop; Mobiltelefon) noch keine formelle Beschlagnahmeverfügung erlassen und folglich noch nicht darüber befunden, ob und welche Gegenstände beschlagnahmt oder allenfalls herausgegeben werden sollen. Es liegt in Bezug auf den Herausgabeantrag des Beschwerdeführers resp. die Beschlagnahme folglich noch kein anfechtbarer Entscheid der Staatsanwaltschaft vor. Auf den Antrag des Beschwerdeführers um Aufhebung der «Beschlagnahme» (Rechtsbegehren Ziff. 2 der Beschwerde) ist demnach mangels eines zulässigen Anfechtungsobjektes nicht einzutreten. Wie die Generalstaatsan-

walterschaft im Übrigen zu Recht darauf hingewiesen hat, hat der Beschwerdeführer am 16. November 2016 sein schriftliches Einverständnis zur sofortigen Vernichtung der sichergestellten Hanfpflanzen und Hanfprodukte gegeben (vgl. die Einverständniserklärung vom 16. November 2016). Insoweit fehlt es ihm folglich von vornherein an einem schutzwürdigen Interesse zur Herausgabe.

Dasselbe gilt für den Antrag des Beschwerdeführers, es sei die Unverwertbarkeit der «beschlagnahmten» Gegenstände festzustellen (Rechtsbegehren Ziff. 3 der Beschwerde). Will der Beschwerdeführer die sichergestellten Gegenstände nicht verwertet haben, hat er vorerst bei der Staatsanwaltschaft als Verfahrensleiterin einen Antrag auf Entfernung der Gegenstände aus den Akten zu stellen (vgl. E. 3.2 hiavor). Dieses Leistungsbegehren an die Staatsanwaltschaft geht dem Feststellungsantrag des Beschwerdeführers vor. Vom Beschwerdeführer wird nicht geltend gemacht und es sich auch nicht ersichtlich, dass er bei der Staatsanwaltschaft bereits einen solchen Antrag gestellt und die Staatsanwaltschaft hierüber begründet verfügt hat. Soweit die Generalstaatsanwaltschaft unter Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 6B_191/2016 vom 5. August 2016 E. 2.3 die Auffassung vertritt, aus der Eröffnungsverfügung vom 21. November 2016 ergebe sich, dass die Staatsanwaltschaft die sichergestellten Gegenstände als Zufallsfunde qualifiziert und deren Verwertung als zulässig erachtet habe, kann ihr nicht gefolgt werden. Das erwähnte Bundesgerichtsurteil ist nicht mit der vorliegenden Konstellation vergleichbar, wo es um die Eintretensfrage geht. Das von der Generalstaatsanwaltschaft erwähnte Urteil betraf demgegenüber ein Sachurteil. Die staatsanwaltschaftliche Eröffnungsverfügung mit dem Text, es werde wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, festgestellt anlässlich der Hausdurchsuchung im Verfahren BM 16 47859 vom 16. November 2016 (Zufallsfund), eine Untersuchung eröffnet, stellt keinen begründeten Entscheid der Staatsanwaltschaft über die Verwertbarkeit des Zufallsfundes dar. Die Eröffnungsverfügung ist nicht anfechtbar. Auch bei Untersuchungseröffnung hat der Betroffene folglich zunächst bei der Staatsanwaltschaft einen Antrag auf Entfernung unverwertbarer Beweismittel aus den Akten zu stellen. Der Entscheid der Staatsanwaltschaft kann sodann mit Beschwerde angefochten werden (vgl. E. 3.3 hiavor; vgl. Beschluss der Beschwerdekammer BK 16 44 vom 21. März 2016 E. 2.1 mit weiteren Hinweisen). Somit fehlt es auch bezüglich des Rechtsbegehren Ziff. 3 der Beschwerde an einer anfechtbaren Verfügung, welche mittels Beschwerde angefochten werden könnte. Auch insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Sollte die Staatsanwaltschaft die Gegenstände in der Zwischenzeit beschlagnahmt oder diese im Rahmen eines Strafbefehls berücksichtigt haben, könnte der Beschwerdeführer dagegen Beschwerde resp. Einsprache erheben.

4. Nach dem Gesagten ist in allen Punkten auf die Beschwerde nicht einzutreten. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Diese werden bestimmt auf CHF 600.00.

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 600.00, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten/Beschwerdeführer
 - der Generalstaatsanwaltschaft
 - der Beschwerdegegnerin

Mitzuteilen:

- der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland, Staatsanwalt F. _____
(mit den Akten)

Bern, 9. März 2017

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Die Präsidentin:

Oberrichterin Schnell

Die Gerichtsschreiberin:

Lauber

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

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.