

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 17 233

Bern, 3. August 2017

Besetzung

Oberrichterin Schnell (Präsidentin), Oberrichter Trenkel, Oberrichterin Bratschi
Gerichtschreiberin Egli

Verfahrensbeteiligte

A. _____
a.v.d. Fürsprecher B. _____
Beschuldigter/Beschwerdeführer



Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Maulbeerstrasse 10, Postfach 6250, 3001 Bern

Gegenstand

Beschlagnahme
Strafverfahren wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz

Beschwerde gegen die Verfügung der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland vom 31. Mai 2017 (BM 17 8144)

Erwägungen:

1. Am 31. Mai 2017 beschlagnahmte die Regionale Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) diverse Gegenstände im Rahmen eines gegen A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) geführten Strafverfahrens wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz. Mit Schreiben vom 2. Juni 2017 stellte der Beschwerdeführer bei der Staatsanwaltschaft den begründeten Antrag, ihm sei das iPhone 7 (IMEI _____), inkl. Ladekabel, unverzüglich auszuhändigen. Bezugnehmend auf dieses Schreiben teilte die Staatsanwaltschaft dem Beschwerdeführer am 6. Juni 2017 mit, die Beschlagnahme werde nicht aufgehoben. Daraufhin erhob der Beschwerdeführer gegen die Beschlagnahme seines Mobiltelefons am 12. Juni 2017 Beschwerde mit folgenden Anträgen:

«1. Die Beschlagnahmeverfügung vom 31. Mai 2017 sei betreffend das iPhone 7, IMEI _____, inkl. Ladekabel, aufzuheben.

2. Die vorgenannten Gegenstände seien dem Beschwerdeführer unverzüglich herauszugeben.

-unter Kosten- und Entschädigungsfolge-»

Die Generalstaatsanwaltschaft beantragte in ihrer Stellungnahme die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. In der Replik vom 17. Juli 2017 hielt der Beschwerdeführer an seinen Rechtsbegehren fest.

2. Gegen Verfügungen der Staatsanwaltschaft 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 Schweizerische Strafprozessordnung [StPO; SR 312], 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]). Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung unmittelbar in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen und somit zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 382 Abs. 1 StPO). Auf die form- und fristgerechte Beschwerde ist einzutreten.
3. Der Beschwerdeführer bringt zunächst vor, die Begründung der Beschlagnahmeverfügung vom 31. Mai 2017 vermöge dem Begründungserfordernis nicht zu genügen, zumal sie sich mit der Wiedergabe des Gesetzeswortlautes begnüge. Er verweist hierfür insbesondere auf den Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 16 502 vom 12. Dezember 2016. Grundsätzlich sei darzulegen, dass ein hinreichender Tatverdacht und ein Beschlagnahmegrund, d.h. ein eventueller Verwendungszweck im Sinne von Art. 263 Abs. 1 Bst. a bis d StPO, gegeben seien. Der Entscheid müsse auch die tatnächsten Anhaltspunkte enthalten, auf die sich der Tatverdacht stütze.

In der angefochtenen Verfügung wird – nebst der Wiedergabe des Gesetzeswortlauts von Art. 263 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 69 ff. des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB; SR 311) – zur Begründung einzig ausgeführt, die aufgelisteten Ge-

genstände würden im derzeitigen Verfahrensstadium als Beweismittel dienen und würden voraussichtlich zum Zeitpunkt des Verfahrensabschlusses zur Vernichtung eingezogen, weshalb sie der Beschlagnahme unterliegen würden. Im Schreiben vom 6. Juni 2017 teilte die Staatsanwaltschaft dem Beschwerdeführer zudem mit, es handle sich bei dem iPhone 7 um ein Tatwerkzeug, das wahrscheinlich am Ende des Verfahrens gestützt auf Art. 69 StGB eingezogen werde.

Diese Ausführungen vermögen dem vom Beschwerdeführer richtig ausgeführten und von der Kammer bereits mehrfach erläuterten Begründungserfordernis nicht zu genügen (vgl. Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 12 175 vom 24. Juli 2012; Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 16 502 vom 12. Dezember 2016). Zwar geht vorliegend aus der Beschlagnahmeverfügung – anders als in den genannten Beispielen – immerhin hervor, auf welche beiden Varianten von Art. 263 StPO sich die Staatsanwaltschaft stützt. Im Schreiben vom 6. Juni 2017 wird dann aber – obwohl sich der Beschwerdeführer in seinem Herausgabeantrag mit beiden Beschlagnahmezwecken auseinandersetzt – nur noch die wahrscheinliche Einziehung am Ende des Verfahrens als Grund für die Beschlagnahme des Mobiltelefons genannt. Wohl aus diesem Grund handelt der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde einzig die Einziehungsbeschlagnahme ab. Die Generalstaatsanwaltschaft ihrerseits kommt wiederum auf den Verwendungszweck des Mobiltelefons als Beweismittel zurück, weshalb sich der Beschwerdeführer in seiner Replik dann auch noch mit der Beweismittelbeschlagnahme auseinandersetzt. Dieses Hin und Her zeigt, dass eine vernünftige Anfechtung der Beschlagnahmeverfügung kaum möglich ist, wenn die Staatsanwaltschaft nicht von Anfang an begründet, inwiefern sie sich auf welche Beschlagnahmezwecke stützt. Das Vorgehen der Staatsanwaltschaft erweist sich mithin als rechtswidrig. Es wird festgestellt, dass das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt wurde. Angesichts der nachfolgenden Ausführungen bzw. der Gutheissung der Beschwerde kann jedoch aus verfahrensökonomischen Gründen auf eine Kassation und Rückweisung zur Begründung an die Staatsanwaltschaft verzichtet werden.

4.

- 4.1 Zur Frage der Sicherungseinziehung führt der Beschwerdeführer aus, die Voraussetzungen von Art. 69 StGB seien vorliegend nicht erfüllt. Zwar handle es sich beim Mobiltelefon um ein Tatwerkzeug, mit welchem auch in Bezug auf Drogengeschäfte kommuniziert worden sei, dessen Bedeutung für die Straftat sei allerdings wesentlich untergeordneter Natur gewesen. Das iPhone habe mehrheitlich legalen, alltäglichen Zwecken wie der Kommunikation mit Familienangehörigen etc. gedient. Das Telefon sei nicht mit einer Prepaid-Karte betrieben worden, sondern mit einem auf die Ehegattin des Beschwerdeführers eingelösten Abonnement. Der legitime Gebrauchswert des Telefons sei deshalb hoch, womit sich eine Einziehung in Anbetracht der Verhältnismässigkeit umso weniger vertreten lasse.

Vorliegend könne zudem nicht mit genügend zuverlässiger Wahrscheinlichkeit vorausgesagt werden, der Beschuldigte werde das beschlagnahmte iPhone erneut zur Begehung von Betäubungsmitteldelikten einsetzen. Das Mobiltelefon sei einerseits ein alltäglicher und heute unverzichtbarer Gebrauchsgegenstand mit einer Vielzahl

unproblematischer Verwendungsmöglichkeiten. Zum anderen sei das iPhone als Alltagsgegenstand ohnehin problemlos wiederzubeschaffen. Eine Einziehung erscheine zur Verhinderung künftiger Straftaten daher als wenig probates Mittel. Mit Blick auf das äusserst kooperative Verhalten des Beschwerdeführers könne zudem davon ausgegangen werden, dass es sich um eine einmalige Entgleisung gehandelt habe, sodass sich eine Einziehung auch deshalb nicht rechtfertigen lasse.

4.2 Die Generalstaatsanwaltschaft bringt in ihrer Stellungnahme vor, der Einwand des Beschwerdeführers, wonach die Einziehung nicht verhältnismässig sei, weil der Gebrauchswert des Telefons hoch sei, könne nicht gehört werden. Würde man diesen Einwand gelten lassen, müsste sich jeder Drogendealer lediglich eines Telefons bedienen, welches auch privaten Zwecken bzw. Zwecken Dritter diene. Dass der Beschwerdeführer die Drogengeschäfte über das auf seine Frau eingelöste und hauptsächlich legalen Zwecken dienende Telefon abgewickelt habe, sei sein Risiko. Hinsichtlich der für die Sicherungseinziehung vorausgesetzten Gefährlichkeit für die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Beschwerdeführer, wieder im Besitz des iPhones, von Abnehmern und Lieferanten kontaktiert würde, er also wieder in alte Muster zurückfiele. Dem Beschwerdeführer werde Betäubungsmittelhandel vorgeworfen, bei dem es sich nicht etwa um eine «einmalige Entgleisung» handle, wie er dies in der Beschwerde darstelle. Der Beschwerdeführer habe über einen längeren Zeitraum immer wieder delinquent. Auch das Argument des Beschwerdeführers, wonach es sich beim Mobiltelefon um einen einfach zu beschaffenden Alltagsgegenstand handle, greife nicht. So könne beispielsweise auch ein Küchenmesser als ein typischer Alltagsgegenstand und mit sehr einfacher Wiederbeschaffungsmöglichkeit als mutmassliches Tatwerkzeug zur Sicherungseinziehung beschlagnahmt werden.

4.3 In seiner Replik macht der Beschwerdeführer geltend, der Gebrauchswert des Mobiltelefons sei sehr wohl und entgegen der Darstellung der Generalstaatsanwaltschaft im Rahmen der Verhältnismässigkeit des Eingriffs in die Eigentumsгарantie zu berücksichtigen. Das Argument, wonach die Gefährdung für die Sicherheit, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung ohne Einziehung aufgrund der möglichen Kontaktaufnahme durch Abnehmer und Lieferanten nicht ausgeschlossen werden könne, gehe fehl, zumal entsprechende Kontaktnahmen auch mit einem neuen bzw. anderen Telefon möglich wären. Im Übrigen spreche nichts dagegen, Abnehmer und Lieferanten aus den Kontakten zu löschen. Die Einziehung sei mithin nicht erforderlich und unverhältnismässig, weil mildere Mittel die ohnehin eher theoretische Gefährdung zu bannen vermögen würden. Im Übrigen sei zu betonen, dass das Mobiltelefon als Gerät an sich keine Gefährlichkeit für die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung darstelle.

Die Einschätzung einer Straftat als einmalige Entgleisung sei entgegen der Darstellung der Generalstaatsanwaltschaft nicht alleine deshalb ausgeschlossen, weil diese mehrfach bzw. über einen längeren Zeitraum begangen worden sei. Bei der einmaligen Entgleisung gehe es vielmehr darum, wie sich der Beschuldigte bis anhin verhalten habe bzw. ob eine erneute Straftat in Zukunft hinreichend wahrscheinlich erscheine (analoge Prüfung für die bedingte Strafe). Der Beschwerde-

führer habe sich bisher nichts zu Schulden kommen lassen und sei insbesondere auch nicht einschlägig vorbestraft. Er habe sich zudem im vorliegenden Strafverfahren sehr kooperativ verhalten, was indiziere, dass er seine Handlungen bereue und nicht noch einmal begehen werde.

Zuletzt vergleiche die Generalstaatsanwaltschaft das Mobiltelefon bezüglich der Gefährlichkeit für die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung mit einem Messer. Dieser Vergleich sei absurd. Ein Messer stelle ein direktes Tatwerkzeug dar, von welchem schon naturgemäss weiterhin eine direkte Gefahr für die Sicherheit von Menschen ausgehe. Dies sei vorliegend bezüglich des Mobiltelefons, welches höchstens als indirektes Tatwerkzeug zu qualifizieren sei, gerade nicht der Fall.

- 4.4 Gemäss Art. 263 Abs. 1 Bst. d StPO können Gegenstände unter anderem beschlagnahmt werden, wenn sie voraussichtlich einzuziehen sind. Die Beschlagnahme zu Einziehungszwecken richtet sich in ihrem Umfang nach den Vorgaben des materiellen Rechts (Art. 69 StGB). Zusammenfassend sind es zwei Voraussetzungen, welche einen Gegenstand einziehbar und damit beschlagnahmefähig machen: Zum einen ist er in einer von Art. 69 Abs. 1 StGB vorgesehenen Weise deliktsverstrickt, hat also zur Begehung einer Straftat gedient, war dazu bestimmt oder ist durch eine Straftat hervorgebracht worden. Erforderlich ist zum anderen, dass der Gegenstand eine Gefahr darstellt (BSK StPO II-BOMMER/GOLDSCHMID, N. 36 ff. zu Art. 263 StPO). Dabei hat das Gericht im Sinne einer Gefährdungsprognose zu prüfen, ob es hinreichend wahrscheinlich ist, dass der Gegenstand in der Hand des Täters in der Zukunft die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährdet (vgl. BGE 130 IV 143 E. 3.3.1).

Die Sicherungseinziehung stellt einen Eingriff in die Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV; SR 101) dar und untersteht dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 36 BV). Die Einziehung muss deshalb vorab zur Erreichung des Sicherungszwecks geeignet sein. Diese Zwecktauglichkeit kann insbesondere bei problemloser Wiederbeschaffungsmöglichkeit in Frage stehen. Gemäss dem Prinzip der Subsidiarität darf der Eingriff zudem nicht weiter reichen, als es der Sicherungszweck gebietet. Schliesslich muss die Einziehung verhältnismässig im engeren Sinne sein, d.h. zwischen dem anvisierten Ziel der Sicherung und dem Eingriff in das Eigentum des Betroffenen muss ein vernünftiges Verhältnis bestehen (vgl. dazu BSK StGB I-BAUMANN, N. 14 zu Art. 69 StGB, Urteil des Bundesgerichts 6B_748/2008 vom 16. Februar 2009 E. 4.4).

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gebietet es das Prinzip der Subsidiarität bei elektronischen Datenträgern, selbst bei gegebenen Einziehungsvoraussetzungen, einzig die deliktischen Daten auf Kosten des Beschuldigten unwiederherstellbar zu löschen und anschliessend die Datenträger samt Kopien der darauf enthaltenen legalen Daten wieder zurückzugeben (Urteil des Bundesgerichts 6B_1067/2009 vom 31. Mai 2010 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen).

- 4.5 Der Beschwerdeführer gab im Rahmen seiner Einvernahme bei der Polizei am 2. März 2017 auf die Frage, wie die Drogengeschäfte abgewickelt worden seien, zu Protokoll, seine Abnehmer hätten geschrieben oder seien einfach vorbei gekom-

men. Manchmal hätten sie ihn vorher gefragt, ob er arbeite. Dies hätten sie via SMS oder Whatsapp getan. Da er Vollzeit arbeite, seien sie auch einfach vorbeigekommen und hätten geschaut, ob er arbeite (S. 9 Z. 360 ff.). Auf die Frage, woher er sein Kokain bezogen habe, gab er an, das Kokain in Clubs gekauft zu haben. Es habe immer Leute vor Ort gehabt, bei denen man Kokain habe kaufen können. Auf Vorhalt, beim Verkauf dieser Menge kenne man den Verkäufer, gab er zu, die Personen zu kennen und manchmal mit ihnen telefoniert zu haben. Früher habe er telefoniert, in letzter Zeit habe er die Clubs aufgesucht. Aktuell habe er keine Nummern im Natel abgespeichert. Der Beschwerdeführer gab dann weiter zu, nur teilweise die Wahrheit zu sagen, er wolle keine anderen Personen hineinziehen (S. 10 Z. 414 ff.).

Damit ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer sein Mobiltelefon für die Abwicklung von Drogengeschäften verwendete. Ein Deliktsskonnex ist zu bejahen. Die Einziehung des Mobiltelefons des Beschwerdeführers scheint jedoch weder als geeignet, noch als erforderlich für die Erreichung des Sicherungszwecks (Verhinderung von weiteren Drogengeschäften):

Die Eignung ist bereits deshalb zu verneinen, weil es sich beim Mobiltelefon um einen Alltagsgegenstand handelt, welcher problemlos wieder zu beschaffen ist. Dem Beschwerdeführer ist es ohne weiteres möglich, sich sofort ein neues Mobiltelefon – sogar mit gleichbleibender Rufnummer – zu besorgen. Dies wäre nicht einmal mit grossen Kosten verbunden. Dabei ist für die Kammer anders als für die Generalstaatsanwaltschaft doch von Bedeutung, dass es sich beim beschlagnahmten iPhone um ein auf die Ehefrau gelöstes Gerät handelt, welches vom Beschwerdeführer mehrheitlich zu legalen, alltäglichen Zwecken verwendet wurde. Dies im Unterschied zum «klassischen» Drogendealer, welcher zahlreiche Mobiltelefone und noch viel mehr (oftmals auf falsche Identitäten eingelöste) SIM-Karten besitzt, welche zweifellos schwieriger zu beschaffen sind. Zudem geht aus den (grundsätzlich glaubhaften) Aussagen des Beschwerdeführers hervor, dass ein Grossteil der Kontaktnahmen sowohl mit seinen Abnehmern als auch mit den Lieferanten persönlich vor Ort und gar nicht über das Mobiltelefon erfolgte. Mit einer Einziehung des Mobiltelefons kann folglich nicht verhindert werden, dass er den Kontakt zu diesen Leuten weiterhin pflegt. Eine Einziehung erweist sich folglich als sinnlos und damit als ungeeignet. Der Vergleich der Generalstaatsanwaltschaft mit dem Messer überzeugt nicht; beim Messer handelt es sich um eine Waffe, welche per se als gefährlich zu qualifizieren ist.

Nicht erforderlich ist eine Einziehung des Mobiltelefons deshalb, weil als mildere Massnahme sämtliche Kontaktdaten des Beschwerdeführers auf seinem Mobiltelefon unwiederherstellbar gelöscht werden können. Eine allfällige Gefährdung der Sicherheit von Menschen, der Sittlichkeit oder der öffentlichen Ordnung geht nicht vom Mobiltelefon selber, sondern von den darauf gespeicherten Kontaktdaten aus. Ist der Beschwerdeführer nicht bereit, bekannt zu geben, welches die Kontaktdaten seiner Lieferanten sind, können im Zweifelsfall auch sämtliche Kontakte gelöscht werden. Der Sicherungszweck gebietet es mithin nicht, das Mobiltelefon einzuziehen bzw. eine Einziehung bringt nicht mehr als die Löschung der Kontaktdaten.

Eine Einziehung des Mobiltelefons erweist sich aus den genannten Gründen insgesamt als nicht verhältnismässiger Eingriff in die Eigentumsgarantie des Beschwerdeführers. Das Mobiltelefon ist unter dem Titel der späteren Einziehung nicht beschlagnahmefähig.

5. Soweit die Staatsanwaltschaft bzw. die Generalstaatsanwaltschaft geltend machen, das Mobiltelefon sei aus Beweis Zwecken zu beschlagnahmen, kann auf den zutreffenden Einwand des Beschwerdeführers in seinem Herausgabeantrag bzw. in seiner Replik verwiesen werden. So ist es zum Zwecke der Beweismittelsicherung problemlos möglich, die auf dem Telefon vorhandenen Daten zu kopieren. Es befindet sich seit nunmehr fünf Monaten bei den Untersuchungsbehörden. Das Mobiltelefon als Gerät hat keinen Beweis Zweck und ist deshalb einer Beweismittelbeschlagnahme nach Sicherstellung der Daten nicht mehr zugänglich

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland vom 31. Mai 2017 wird betreffend das iPhone 7 (IMEI _____), inkl. Ladekabel, aufgehoben. Das Mobiltelefon ist dem Beschwerdeführer herauszugeben.

6. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Kanton Bern die Verfahrenskosten (Art. 428 Abs. 1 StPO).

Die Entschädigung des amtlichen Anwalts des Beschwerdeführers für seine Aufwendungen im Beschwerdeverfahren ist durch die Staatsanwaltschaft beziehungsweise das urteilende Gericht am Ende des Verfahrens festzusetzen (Art. 135 Abs. 2 StPO). Es ist darauf hinzuweisen, dass derjenige Teil der Entschädigung, welcher auf das Beschwerdeverfahren fällt – im Falle einer Verurteilung des Beschwerdeführers – von der Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO ausgenommen ist. Der Beschwerdeführer hat diese Kosten weder dem Kanton zurückzuzahlen, noch muss er dem amtlichen Anwalt die Differenz zwischen amtlichem und vollem Honorar erstatten.

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland vom 31. Mai 2017 wird betreffend das iPhone 7 (IMEI _____), inkl. Ladekabel, aufgehoben.
2. Das iPhone 7 (IMEI _____), inkl. Ladekabel, ist dem Beschwerdeführer herauszugeben.
3. Es wird festgestellt, dass das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt worden ist.
4. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 1'000.00, trägt der Kanton.
5. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten/Beschwerdeführer, a.v.d. Fürsprecher B. _____
 - der Generalstaatsanwaltschaft

Mitzuteilen:

- der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland, Staatsanwältin C. _____
(mit den Akten)

Bern, 3. August 2017

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Die Präsidentin:

Oberrichterin Schnell

Der Gerichtsschreiberin:

Eggli

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.