

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 09
Fax +41 31 634 50 54
obergericht-straf.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Beschluss

BK 19 214

Bern, 26. August 2019

Besetzung

Oberrichterin Schnell (Präsidentin), Oberrichterin Bratschi, Ober-
richterin Falkner
Gerichtsschreiberin Peng

Verfahrensbeteiligte

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



Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Nordring 8,
3013 Bern

Gegenstand

Durchsuchung von Aufzeichnungen / Verwertbarkeit von Beweis-
mitteln

Strafverfahren wegen Hinderung einer Amtshandlung, Beschimp-
fung und Sachbeschädigung

Beschwerde gegen die Verfügung der Regionalen Staatsanwalt-
schaft Bern-Mittelland vom 2. Mai 2019 (BM 19 17091)

Erwägungen:

1. Die Regionale Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) führt gegen den Beschuldigten A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) ein Strafverfahren wegen Hinderung einer Amtshandlung, Beschimpfung und Sachbeschädigung. Diese Straftatbestände beging der Beschwerdeführer angeblich am 15. April 2019 in der oberen und unteren Altstadt von Bern. Am 24. April 2019 verfügte die Staatsanwaltschaft die erkennungsdienstliche Erfassung des Beschwerdeführers inkl. Abnahme eines Wangenschleimhautabstrichs (abgekürzt: WSA) zur Erstellung eines DNA-Profiles. Weiter erliess die Staatsanwaltschaft am 29. April 2019 einen Vorführungsbefehl zwecks erkennungsdienstlicher Behandlung (inkl. WSA-Abnahme). Am 1. Mai 2019, morgens um 6.40 Uhr, wurde der Vorführungsbefehl polizeilich umgesetzt, indem der Beschwerdeführer beim Verlassen der Wohnung seiner Freundin angehalten und zwangsweise der erkennungsdienstlichen Erfassung (inkl. WSA-Abnahme) und anschliessend einer polizeilichen Einvernahme zugeführt wurde. Es wurde dabei auch das Mobiltelefon des Beschwerdeführers sichergestellt. Mit Verfügung vom 2. Mai 2019 ordnete die Staatsanwaltschaft die Durchsuchung dieses Mobiltelefons an.
2. Mit Eingabe vom 3. Mai 2019 beschwerte sich der Beschwerdeführer bei der Beschwerdekammer in Strafsachen gegen die Verfügung vom 24. April 2019 und den Vorführungsbefehl vom 29. April 2019. Es wird diesbezüglich auf das Beschwerdeverfahren BK 19 210 verwiesen.
3.
 - 3.1 Mit Eingabe vom 6. Mai 2019 (Postaufgabe am gleichen Tag) erhob der Beschwerdeführer auch gegen den Durchsuchungsbefehl vom 2. Mai 2019 Beschwerde bei der Beschwerdekammer in Strafsachen. Er stellte folgende Rechtsbegehren:
 1. Der Durchsuchungsbefehl vom 2. Mai 2019 sei aufzuheben.
 2. Es sei festzustellen, dass die Siegelung des Datenträgers verlangt worden ist.
 3. Sämtliche aufgrund des Durchsuchungsbefehls vom 2. Mai 2019 erstellten Aufzeichnungen und Akten seien aus den Akten des Verfahrens BM 19 17091 zu weisen und zu vernichten.
 4. Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge
 - 3.2 Der Beschwerdeführer machte geltend, dass er der Staatsanwaltschaft am 2. Mai 2019 um 09.19 Uhr per Fax mitgeteilt habe, dass die Siegelung des Mobiltelefons verlangt werde. Im Durchsuchungsbefehl werde die Siegelung mit keinem Wort erwähnt. Es sei zwar richtig, dass er in der polizeilichen Einvernahme vom 1. Mai 2019 zu Protokoll gegeben habe, dass er auf eine Siegelung verzichte. Diese Erklärung habe er aber am 2. Mai 2019 um 09.19 Uhr widerrufen. Der damit geltend gemachte Anspruch auf Siegelung des Datenträgers entfalte sofortige Wirkung, so dass der Durchsuchungsbefehl nicht hätte erlassen werden dürfen oder sofort hätte widerrufen werden müssen.

4. Mit Verfügung vom 7. Mai 2019 erteilte die Verfahrensleitung der Beschwerdekammer der Beschwerde die aufschiebende Wirkung.
5.
 - 5.1 Die Generalstaatsanwaltschaft beantragte in ihrer Stellungnahme vom 28. Mai 2019, die Beschwerde sei infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben und die Verfahrenskosten seien dem Beschwerdeführer aufzuerlegen.
 - 5.2 Zur Begründung führte die Generalstaatsanwaltschaft aus, dass die Polizei das Mobiltelefon aufgrund des nachträglich geltend gemachten Anspruchs auf Siegelung nun versiegelt habe. Eine Auswertung sei nicht vorgenommen worden. Die Staatsanwaltschaft werde in den nächsten zwanzig Tagen einen Entsiegelungsantrag stellen.
6.
 - 6.1 Der Beschwerdeführer reichte am 5. Juni 2019 eine Replik ein und hielt an den Ziff. 1, Ziff. 3 und Ziff. 4 der Rechtsbegehren fest. Betreffend Ziff. 2 der Rechtsbegehren beantragte er ergänzend, es sei festzustellen, dass die Staatsanwaltschaft sich unterzogen habe, unter Auferlegung der Kosten an den Staat und Entschädigung seiner diesbezüglichen Verteidigungskosten.
 - 6.2 Der Beschwerdeführer wies darauf hin, dass am 27. Mai 2019 der Strafantrag und die Privatklage betreffend den Vorfall der Sachbeschädigung vom 15. April 2019 an der D. _____-Bar zurückgezogen worden seien. Mit dem Rückzug des Strafantrags betreffend die Sachbeschädigung entfielen die Grundlage und der Anfangsverdacht gegen ihn und damit auch die Grundlage für die Sicherstellung und die Durchsuchung des Mobiltelefons. Entgegen der Auffassung der Generalstaatsanwaltschaft werde die Beschwerde gegen den Durchsuchungsbefehl durch die Siegelung und das in Aussicht gestellte (und mittlerweile beim Kantonalen Zwangsmassnahmengericht hängige) Entsiegelungsverfahren KZM 19 584 nicht gegenstandslos. Wenn schon der initiale Tatverdacht (resp. die Prozessvoraussetzung des Strafantrags) fehle, sei die Durchsuchung und die Sicherstellung des fraglichen Datenträgers a priori rechtswidrig und unzulässig. In einem solchen Fall bestehe die Durchsuchungsbefugnis unabhängig von den im Siegelungsverfahren nur eingeschränkt vorbringbaren Gründen nicht.
7.
 - 7.1 Die Generalstaatsanwaltschaft reichte am 28. Juni 2019 eine Duplik ein und hielt daran fest, dass die Beschwerde infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben bzw. darauf nicht einzutreten sei.
 - 7.2 Die Generalstaatsanwaltschaft machte geltend, dass gemäss Rechtsprechung und herrschender Lehre das Institut der Siegelung einer Beschwerde gegen die Anordnung der Durchsuchung grundsätzlich vorgehe, da dem Entsiegelungsrichter umfassende Kognition zukomme. Auch das Fehlen eines hinreichenden Tatverdachts oder der Beweiswahrscheinlichkeit sei nicht auf dem Weg der Beschwerde geltend zu machen, sondern vom Entsiegelungsrichter im Rahmen des Entsiegelungsverfahrens zu prüfen. Der Vollständigkeit halber verwies die Generalstaatsanwalt-

schaft auf den Antrag auf Entsiegelung der Staatsanwaltschaft vom 9. Mai 2019, auf die ergänzende Eingabe der Staatsanwaltschaft vom 3. Juni 2019 und auf die Verfügung des Kantonalen Zwangsmassnahmengerichts vom 11. Juni 2019, wonach das Entsiegelungsverfahren nicht sistiert werde. Dem Antrag auf Entsiegelung vom 9. Mai 2019 und der Ergänzung vom 3. Juni 2019 könnten entnommen werden, dass Hinweise bestünden, dass der Beschwerdeführer auch bei der illegalen Meisterfeier anwesend gewesen sei. Er habe sich aktiv an einer wechselseitigen tätlichen Auseinandersetzung im Restaurant I._____ beteiligt (Verdacht auf Raufhandel). Dies sei aus den in der Zwischenzeit visierten und zuvor edierten Videobildern aus dem Restaurant I._____ ersichtlich. Weiter bestünden Hinweise darauf, dass sich der Beschwerdeführer auch an den gewalttätigen Übergriffen gegenüber der Polizei am 13./14. April 2019 beteiligt haben solle. Zudem kämen beim Vorfall vom 15. April 2019 – auch wenn der Strafantrag wegen Sachbeschädigung zurückgezogen worden sei – auch die Tatbestände der Drohung und evtl. der Nötigung in Frage. Der Barkeeper der D._____ -Bar, J._____, sei durch die Täterschaft eingeschüchtert und unter Druck gesetzt worden, damit er nichts sage bzw. keine Meldung mache («Psst, sonst kommen wir wieder.»). Im Journal der Polizei stehe, dass J._____ als Fan des Berner Sportclubs Young Boys (abgekürzt: BSC YB) die Täterschaft vom Sehen her kennen dürfte und einen recht eingeschüchterten Eindruck hinterlassen habe. Übergriffe würden durch die Täterschaft mit dem Mobiltelefon gerne aufgenommen. Auf dem Mobiltelefon des Beschwerdeführers könnten sich zudem Hinweise auf die weiteren Beteiligten an den Ausschreitungen befinden (Kontakte, WhatsApp etc.). Die Auswertung des Mobiltelefons sei aus all diesen Gründen vorzunehmen.

8. Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft kann bei der Beschwerdekammer in Strafsachen innert zehn Tagen schriftlich und begründet Beschwerde geführt werden (Art. 393 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 396 Abs. 1 der 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]).
9. Es ist unbestritten, dass durch die Siegelung des Mobiltelefons Ziff. 2 der Rechtsbegehren des Beschwerdeführers entsprochen worden ist. Folglich ist das Beschwerdeverfahren diesbezüglich als gegenstandslos abzuschreiben. Das Gleiche gilt – entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers – bezüglich Ziff. 3 der Rechtsbegehren, da noch keine Auswertung des Mobiltelefons vorgenommen worden ist. Nachfolgend ist damit nur noch Ziff. 1 der Rechtsbegehren zu prüfen.
10. Die Generalstaatsanwaltschaft geht in ihrer Duplik vom 28. Juni 2019 davon aus, dass bezüglich Ziff. 1 der Rechtsbegehren mangels Zuständigkeit ein Nichteintretensentscheid zu fällen ist. Demgegenüber hält der Beschwerdeführer an seinem Antrag fest, wonach der Durchsuchungsbefehl vom 2. Mai 2019 aufzuheben ist. Wie die Generalstaatsanwaltschaft zutreffend ausführt, steht dem Beschwerdeführer mit dem Siegelungsverfahren ein Rechtsbehelf gegen die Durchsuchung des Mobiltelefons zur Verfügung, welcher der Beschwerde vorgeht. Die Beschwerde ist

gegenüber dem Siegelungsverfahren zufolge der umfassenden Kognition des Entsiegelungsrichters subsidiär (THORMANN/BRECHBÜHL, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 61 zu Art. 248 StPO; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 1B_351/2016 vom 16. November 2016 E. 1.3 mit Hinweisen). Im Entsiegelungsverfahren konnte der Beschwerdeführer die Rechtmässigkeit der Durchsuchung des Mobiltelefons bestreiten resp. das Fehlen des Strafantrags für die Sachbeschädigung rügen. Somit ist betreffend Ziff. 1 der Rechtsbegehren auf die Beschwerde nicht einzutreten.

11.

- 11.1 Gemäss Art. 428 Abs. 1 StPO tragen die Parteien die Kosten des Rechtsmittelverfahrens nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens. Als unterliegend gilt auch die Partei, auf deren Rechtsmittel nicht eingetreten wird. Soweit die Beschwerde als gegenstandslos abgeschrieben wird, gilt der Kanton Bern als unterliegende Partei. Folglich rechtfertigt es sich, die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 1'000.00, dem Beschwerdeführer und dem Kanton Bern je zur Hälfte aufzuerlegen.
- 11.2 Soweit das Beschwerdeverfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird, ist dem Beschwerdeführer eine Entschädigung auszurichten. Da Fürsprecher B. _____ weder eine Kostennote eingereicht noch eine solche in Aussicht gestellt hat, wird die Entschädigung pauschal auf CHF 500.00 (inkl. Auslagen und MWST) festgesetzt. Diese Entschädigung ist mit den Verfahrenskosten zu verrechnen, die vom Beschwerdeführer zu tragen sind.

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Das Verfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 1'000.00, werden dem Beschwerdeführer zur Hälfte, ausmachend CHF 500.00, auferlegt. Die andere Hälfte der Verfahrenskosten, ausmachend CHF 500.00, trägt der Kanton Bern.
3. Dem Beschwerdeführer wird für das Beschwerdeverfahren eine Entschädigung von CHF 500.00 (inkl. Auslagen und MWST) zugesprochen und mit den von ihm zu tragenden Verfahrenskosten verrechnet.
4. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten/Beschwerdeführer, v.d. Fürsprecher B. _____
 - der GeneralstaatsanwaltschaftMitzuteilen:
 - der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland, Staatsanwalt H. _____

Bern, 26. August 2019

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Die Präsidentin:

Oberrichterin Schnell

Die Gerichtsschreiberin:

Peng

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., Art. 78 ff. und Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.