

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 19 466

Bern, 18. Dezember 2019

Besetzung

Oberrichterin Schnell (Präsidentin), Oberrichterin Falkner, Ober-
richter J. Bähler
Gerichtsschreiberin Lustenberger

Verfahrensbeteiligte

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



Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Nordring 8,
Postfach, 3001 Bern

Gegenstand

Verwertbarkeit von Beweismitteln

Strafverfahren wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungs-
mittelgesetz und falscher Anschuldigung

Beschwerde gegen die Verfügung der Regionalen Staatsanwalt-
schaft Bern-Mittelland vom 17. Oktober 2019 (BM 16 54095)

Erwägungen:

1. Am 23. Dezember 2016 fand am Domizil von A. _____ wegen Verdachts auf Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz (BetmG; SR 812.121) eine Hausdurchsuchung statt. Gleichentags wurde der Beschuldigte polizeilich befragt. Mittels Strafbefehl vom 8. August 2019 wurde A. _____ wegen Widerhandlungen gegen das BetmG durch Veräusserung von mindestens 5 kg Marihuana und Anstalten treffen zum Verkauf von weiteren 371 g Marihuana sowie durch Konsum einer unbestimmten Menge Marihuana verurteilt. Dagegen erhob A. _____ fristgerecht Einsprache. Seinen im Rahmen der Einsprachebegründung eingereichten Antrag vom 25. September 2019, es seien die Ergebnisse sowie die Auswertungen der Hausdurchsuchung aus den Akten zu entfernen, wies die Regionale Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) am 17. Oktober 2019 ab (Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung). Den Antrag, es sei das Protokoll der Einvernahme vom 23. Dezember 2016, 17:43 Uhr, aus den Akten zu entfernen, hiess die Staatsanwaltschaft teilweise gut und verfügte, das Einvernahmeprotokoll werde ab Zeile 89 aus den Akten entfernt (Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung). Gegen diese Verfügung erhob A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) am 28. Oktober 2019 Beschwerde. Seine Rechtsbegehren lauten wie folgt:

1. Die Verfügung der Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland vom 17. Oktober 2019 sei aufzuheben.
2. Die Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland sei anzuweisen, die Ergebnisse der Hausdurchsuchung sowie der Durchsuchung von Aufzeichnungen (Auswertung von elektronischen Geräten) infolge Unverwertbarkeit im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO aus den Akten zu entfernen.
3. Die Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland sei anzuweisen, das Protokoll der polizeilichen Einvernahme des Beschuldigten vom 23. Dezember 2016, 17.43 Uhr, infolge Unverwertbarkeit im Sinne von Art. 131 Abs. 3 StPO vollständig aus den Akten zu entfernen.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen -

Im anschliessenden Beschwerdeverfahren beantragte die Generalstaatsanwaltschaft am 18. November 2019 die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Darauf reagierte der Beschwerdeführer mit Replik vom 10. Dezember 2019, wobei er an den gestellten Anträgen und deren Begründung vollumfänglich festhielt.

2. 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 311], 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]). Zur Beschwerdeführung legitimiert ist jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheids hat (Art. 382 Abs. 1 StPO). Nach konstanter Praxis der Beschwerdekammer sind Beschwerden gegen die Nichtentfernung unverwertbarer Beweise aus den Strafakten zulässig. Der Ausschlussgrund von Art. 394 Bst. b StPO gelangt nicht zur Anwendung, da der Gesetzgeber sich in Art. 141 Abs. 5 StPO bewusst dafür entschieden hat, dass un-

verwertbare Beweise aus den Strafakten zu entfernen, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und hiernach zu vernichten sind. Infolgedessen hat die beschuldigte Person ein rechtlich geschütztes Interesse daran, dass unverwertbare Beweise rechtzeitig aus den Akten entfernt werden (Beschlüsse des Obergerichts des Kantons Bern BK 17 293 vom 3. Oktober 2017 E. 2; BK 17 266 vom 31. August 2017 E. 2 und BK 15 262 vom 9. November 2015 E. 2.1). Folglich ist der Beschwerdeführer als Beschuldigter und Adressat der angefochtenen Verfügung unmittelbar in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen und zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht erhobene Beschwerde wird eingetreten.

3. Hausdurchsuchung und Durchsuchung von Aufzeichnungen
- 3.1 Der Beschwerdeführer wehrt sich zunächst gegen die Verwertbarkeit der anlässlich der Hausdurchsuchung vom 23. Dezember 2016 und der Auswertung seines Mobiltelefons gewonnenen Erkenntnisse. Er macht geltend, es habe an einem hinreichenden Tatverdacht in Bezug auf den Vorwurf des Handelns mit Marihuana gefehlt. Im Zeitpunkt, in dem die Hausdurchsuchung angeordnet worden sei, habe er den Tatvorwurf vollumfänglich bestritten. Die vorhandenen objektiven Beweismittel (THC-positiver Mahsantest und mehrere sichergestellte Minigrips mit 10.7 g Marihuana) hätten lediglich den Vorwurf des Eigenkonsums bekräftigt. Darüber hinaus hätten lediglich seine Aussagen vorgelegen, welche aufgrund einer schlaflosen Nacht, in stark angetrunkenem Zustand und als Opfer eines Diebstahls/Raubs getätigt, etwas sprunghaft und wirr anmuten würden. Er bestreite aber, gegenüber der Polizei eine derart hohe Summe als Diebstahlsbetrag genannt zu haben. Die weiteren Aussagen, welche angeblich gemacht worden seien und welche bestritten würden, seien als sog. «Zigarettegespräche» ausserhalb förmlicher Verfahrenshandlungen getätigt worden und als solche mangels Belehrung nicht verwertbar. Sie würden daher nicht als Hinweis erheblicher und konkreter Natur für das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts in Betracht kommen. Aus den genannten Gründen seien die Ergebnisse der angeordneten Zwangsmassnahmen als unverwertbar i.S.v. Art. 141 Abs. 2 StPO aus den Akten zu weisen.
- 3.2 Zwangsmassnahmen, zu denen die Hausdurchsuchung und die Durchsuchung von Aufzeichnungen zweifelsohne gehören, können nur ergriffen werden, wenn ein hinreichender Tatverdacht vorliegt (Art. 197 Abs. 1 Bst. b StPO). Der erforderliche Verdachtsgrad richtet sich nach der Eingriffsschwere der betreffenden Zwangsmassnahme. Diese ergibt sich aus der Art des Eingriffes sowie dessen zeitlicher Dauer. Mit zunehmender Eingriffsschwere steigen die Anforderungen an den Verdachtsgrad (WEBER, in: Basler Kommentar, Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 8 zu Art. 197 StPO m.w.H.). Da ein Verdacht ausreichend ist und mit anderen Worten keine gesicherten Erkenntnisse vorliegen müssen, ist es sehr wohl möglich, dass der Verdacht sich in der Folge nicht konkretisiert und das Verfahren letztlich nicht zu einer Verurteilung führt. Dieses Verfahrensstadium ist somit zwangsläufig mit einem beträchtlichen Unsicherheitsfaktor behaftet (vgl. HUG/SCHEIDEGGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 2. Aufl. 2014, N. 5 zu Art. 197 StPO). Für die Begründung eines hinreichenden Tatverdachts genügt es, wenn Hinweise erheblicher und konkreter Natur auf eine strafbare Handlung

und die Beteiligung der beschuldigten Person daran vorliegen (BGE 141 IV 87 E. 1.3.1; 137 IV 122 E. 3.2).

- 3.3 Das vorliegende Verfahren hat seinen Ursprung darin, dass in der Nacht vom 22. auf den 23. Dezember 2016 bei der Polizei die Meldung einging, der Beschwerdeführer sei im Club Du Théâtre in Bern resp. in der Umgebung des Clubs bestohlen oder gar ausgeraubt worden. Dem Berichtsrapport der Kantonspolizei Bern vom 29. Dezember 2016 kann dazu entnommen werden, der stark betrunkene und aufgelöst wirkende Beschwerdeführer habe mehrmals wiederholt, ihm seien CHF 100'000.00 gestohlen worden. Da er sich während des Polizeieinsatzes unkooperativ verhalten habe, sei er in Handfesseln gelegt und zur Polizeiwache Weissenhaus transportiert worden. Bereits bei seiner ersten Einvernahme als Opfer habe sich herauskristallisiert, dass er höchstwahrscheinlich in Drogengeschäfte verwickelt sei, weshalb er danach als Beschuldigter befragt worden sei. Als die Einvernahme beendet gewesen sei, habe er den Polizeibeamten vorgerechnet, zu welchem Preis er sein Marihuana gekauft und zu welchem Preis er es weiterverkauft habe. Ausserdem habe er ihnen erklärt, wie lange er mit dieser Strategie Drogen habe verkaufen müssen, um «diesen Betrag» (nicht ganz klar ist, ob damit die CHF 100'000.00 gemeint sind) zu erhalten. Nach Rücksprache mit dem pikettierenden Regionalfahnder C._____, der keine weiteren Massnahmen für nötig befunden habe, habe man den Pikett-Staatsanwalt D._____ informiert, welcher die Sicherstellung des Mobiltelefons sowie die Hausdurchsuchung angeordnet habe.

In seiner ersten polizeilichen Einvernahme vom 23. Dezember 2016 Z. 42 nannte der Beschwerdeführer als Opfer einen Deliktsbetrag von CHF 96'800.00. Auch als er danach als Beschuldigter befragt wurde, gab er an, diese Summe Bargeld im Portemonnaie gehabt zu haben. Dies mag, wie der Beschwerdeführer in seiner Replik schreibt, unrealistisch und lebensfremd klingen, machte die befragenden Beamten aber dennoch hellhörig. Danach gefragt, bestritt er zwar, dass er dealen würde und verweigerte weiter seine Aussage (Z. 76 ff.). Gemäss Verbal habe er danach aber indirekt vom Dealen gesprochen und darüber, wie schnell man viel Geld verdienen könne, wenn man ein bisschen ehrgeizig sei (Z. 82 f.). Zwar ist dem Beschwerdeführer zuzustimmen, dass es wünschenswert gewesen wäre, seine diesbezüglichen Aussagen als direkte Rede und nicht als Verbal zu protokollieren. Letztlich hat er das Einvernahmeprotokoll jedoch unterzeichnet und dessen Inhalt damit bestätigt. Hätte es entgegen den Darstellungen im Protokoll und dem Berichtsrapport keine derartigen Aussagen seitens der Beschwerdeführers gegeben, hätte sich der zuständige Polizeibeamte zudem wegen falscher Anschuldigung und Falschbeurkundung zu verantworten. Ein solches Vorgehen seitens der Polizei erscheint äusserst unwahrscheinlich, zumal weder irgendwelche Hinweise auf solch grobe Verfehlungen noch Gründe dafür ersichtlich sind und vom Beschwerdeführer auch nicht genannt werden. Die Beschwerdekammer geht daher davon aus, dass die erwähnten «Zigarettengespräche» so stattgefunden haben wie im Protokoll und dem Berichtsrapport beschrieben.

- 3.4 Weiter teilt die Beschwerdekammer die Auffassung der Staatsanwaltschaft, wonach die Frage der Verwertbarkeit für die Begründung eines hinreichenden Tatver-

dachts nicht relevant ist. Die Generalstaatsanwaltschaft verweist in diesem Zusammenhang zu Recht auf RHYNER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 7a, 23 und 25 zu Art. 306 StPO. Demnach untersteht grundsätzlich jede polizeiliche Erkenntnis über Straftaten dem strafprozessualen Verfolgungszwang von Art. 7 Abs. 1 und 306 Abs. 1 StPO, weshalb die polizeilich festgestellten tatverdachtsbegründenden Umstände nicht unmittelbar beweisverwertbar sein müssen. Dementsprechend konnten die im Anschluss an die ordentliche Einvernahme getätigten Äusserungen des Beschwerdeführers als Grundlage eines zusätzlichen Verdachts auf Handel mit Betäubungsmitteln verwendet werden. Die Hausdurchsuchung und die Durchsuchung seines Mobiltelefons konnten sich somit auf einen hinreichenden Tatverdacht i.S.v. Art. 197 Abs. 1 Bst. b StPO stützen. Die daraus gewonnen Erkenntnisse sind verwertbar.

4. Notwendige Verteidigung

- 4.1 Des Weiteren verlangt der Beschwerdeführer die vollständige Entfernung des Protokolls seiner Einvernahme vom 23. Dezember 2016, 17:43 Uhr. Als Grund dafür nennt er die angeblich zu späte Beiordnung der notwendigen Verteidigung. Ein hinreichender Tatverdacht bezüglich einer allfälligen qualifizierten Widerhandlung gegen das BetmG habe spätestens im Zeitpunkt der polizeilichen Einvernahme vom 23. Dezember 2016, 14:26 Uhr, vorgelegen, als der Beschwerdeführer – jedenfalls gemäss Protokolltext – vom Marihuanahandel in erheblichem Umfang gesprochen habe. Aus den angegebenen Mengen und Gewinnen ergäbe sich unmittelbar ein dringender Tatverdacht, wonach eine gewerbsmässige Begehung (Überschreitung der relevanten Umsatz- bzw. Gewinnschwellen) i.S.v. Art. 19 Abs. 2 Bst. b (recte: Bst. c) BetmG und damit eine Freiheitsstrafe von mindesten einem Jahr in Betracht kommen könnte. Es sei von einem Gewinn von CHF 1'000.00 pro Woche die Rede gewesen. Ein kurzer Zeitraum von zehn Wochen hätte mit anderen Worten ausgereicht, um auf einen gewerbsmässigen Handel zu schliessen. Angesichts der Schilderungen zum ersten Kontakt (mit 15 Jahren habe er zum ersten Mal Gras an der Murtenstrasse gesehen) habe mit einer Begehung über einen längeren Zeitraum gerechnet werden müssen. Es wäre zumindest angezeigt gewesen, dazu weitere Fragen zu stellen und Klarheit zu schaffen.
- 4.2 Der beschuldigten Person ist namentlich dann eine notwendige Verteidigung beizuordnen, wenn ihr eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr droht (Art. 130 Bst. b StPO). Liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor, so achtet die Verfahrensleitung darauf, dass unverzüglich eine Verteidigung bestellt wird (Art. 131 Abs. 1 StPO). Wurden in Fällen, in denen die Verteidigung erkennbar notwendig gewesen wäre, Beweise erhoben, bevor eine Verteidigung bestellt worden ist, so ist die Beweiserhebung nur gültig, wenn die beschuldigte Person auf ihre Wiederholung verzichtet (Art. 131 Abs. 3 StPO). Andernfalls unterliegen solche Beweise einem absoluten Beweisverwertungsverbot nach Art. 141 Abs. 1 StPO. Damit das Beweisverwertungsverbot greift, muss zum Zeitpunkt der Beweiserhebung erkennbar gewesen sein, dass es sich um einen Fall von notwendiger Verteidigung handelt. Die Frage der Erkennbarkeit orientiert sich an objektiven Massstäben. Abzustellen ist auf die Informationen, die den Strafbehörden zum Zeitpunkt der jeweiligen Bewei-

serhebung bekannt waren (OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2012, S. 162 Rz. 442).

- 4.3 Mit einer Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr wird bestraft, wer durch gewerbsmässigen Handel mit Betäubungsmitteln einen grossen Umsatz oder einen erheblichen Gewinn erzielt (Art. 19 Abs. 2 Bst. c BetmG). Gewerbsmässig handelt, wer die deliktische Tätigkeit nach Art eines Berufs ausübt (BGE 116 IV 319 E. 4). Gross ist der Umsatz, wenn er sich auf CHF 100'000.00 oder mehr beläuft (BGE 129 IV 188 E. 3.1.3). Von einem erheblichen Gewinn wird ab einem Betrag von CHF 10'000.00 gesprochen (BGE 129 IV 253 E. 2.2). Dabei ist der Zeitraum, über den sich die gewerbsmässige Tätigkeit erstreckt, für die Beurteilung der Umsatz- resp. Gewinngrösse unerheblich (BGE 129 IV 188 E. 3.2).
- 4.4 Streitig ist, ab wann die Strafverfolgungsbehörden erkennen konnten, dass der Beschwerdeführer zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verurteilt werden könnte. Diese Frage knüpft direkt an den Tatverdacht an. Es gilt also zu prüfen, ab welchem Zeitpunkt der Beschwerdeführer sich mit dem Verdacht auf gewerbsmässigen Handel mit Marihuana konfrontiert sah.

Unbestrittenermassen machte der Beschwerdeführer anlässlich seiner polizeilichen Einvernahme vom 23. Dezember 2016, 14:26 Uhr, erstmals Angaben zum Handel mit Marihuana. Dabei gab er an, pro Woche locker CHF 4'000.00 einzunehmen, wovon er CHF 1'000.00 behalten könne. CHF 3'000.00 würden an «E. _____» gehen (Z. 36 f.). Der Staatsanwaltschaft ist darin zuzustimmen, dass in diesem Zeitpunkt noch völlig offen war, ob der Beschwerdeführer die massgebliche Grenze eines Gewinns von CHF 10'000.00 jemals erreicht. Es ist auch nicht Aufgabe des einvernehmenden Polizeibeamten, den Beschuldigten gezielt nach Umständen zu befragen, die eine notwendige Verteidigung begründen könnten. Er hat einzig zu reagieren, wenn aufgrund der vorhandenen Erkenntnisse die Notwendigkeit der Verteidigung erkennbar wird. Dies war im Zeitpunkt, in dem der Beschwerdeführer von einem wöchentlichen Gewinn von CHF 1'000.00 sprach, nicht der Fall. Es war auch dann noch nicht der Fall, als der Beschwerdeführer später in der Einvernahme angab, mit ca. 15 Jahren zum ersten Mal an der Murtenstrasse grosse Geldstapel, weisses Pulver und Gras gesehen zu haben. Zwar führte er weiter aus, das Geld habe ihn motiviert. Er habe nicht mehr für das Gras bezahlen, sondern damit Geld verdienen wollen (Z. 76 ff.). Dennoch musste aufgrund der Schilderungen darüber, was sich der Beschwerdeführer als 15-jähriger vorgestellt hatte, nicht direkt der Verdacht auf Gewerbsmässigkeit geschöpft werden. Dass jemand, der Drogen veräussert, damit auch Geld verdienen möchte, dürfte in den meisten Fällen naheliegend sein, bedeutet aber noch lange nicht, dass diese Person gewerbsmässig vorgeht. Dementsprechend musste der einvernehmende Polizist aus den entsprechenden Äusserungen des Beschwerdeführers, welcher seine Vorstellungen als 15-jähriger wiedergab, und der Tatsache, dass er bisweilen einen Gewinn von CHF 1'000.00 in einer Woche mit dem Verkauf von Marihuana erzielte, nicht bereits darauf schliessen, dass eine qualifizierte Deliktsbegehung im Raum stehen könnte. Dies vor allem deshalb nicht, weil es dem Beschwerdeführer ursprünglich anscheinend in erster Linie um die Finanzierung seines Eigenkonsums gegangen war. Dementsprechend war die notwendige Verteidigung im Zeitpunkt, als die hier

strittige Einvernahme (23. Dezember 2016, 17:43 Uhr) begann, noch nicht erkennbar. Das entsprechende Protokoll ist, wie von der Staatsanwaltschaft entschieden, bis und mit Zeile 88 verwertbar und hat in den Akten zu verbleiben.

5. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens belaufen sich auf CHF 1'200.00. Sie werden gestützt auf Art. 428 Abs. 1 StPO dem unterliegenden Beschwerdeführer auferlegt.
6. Die Entschädigung für die amtliche Vertretung des Beschwerdeführers im Beschwerdeverfahren wird am Ende des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft oder das urteilende Gericht festzusetzen sein (Art. 135 Abs. 2 StPO).

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 1'200.00, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Die amtliche Entschädigung für das Beschwerdeverfahren wird am Ende des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft oder das urteilende Gericht festgesetzt.
4. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten/Beschwerdeführer, a.v.d. Rechtsanwalt B. _____
 - der Generalstaatsanwaltschaft

Mitzuteilen:

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

Bern, 18. Dezember 2019

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Die Präsidentin:

Oberrichterin Schnell

Die Gerichtsschreiberin:

Lustenberger

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 Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.