

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 21 241

Bern, 9. September 2021

Besetzung

Oberrichter J. Bähler (Präsident), Oberrichter Schmid,
Oberrichterin Hubschmid
Gerichtsschreiber i.V. Purtscheller

Verfahrensbeteiligte

A. _____
a.v.d. Rechtsanwältin **B.** _____
Beschuldigter/Beschwerdeführer



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

Gegenstand

Überwachungsmassnahmen (durchgeführte Observation)

Strafverfahren wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz

Beschwerde gegen die Verfügung der Regionalen Staatsanwaltschaft Emmental-Oberaargau vom 4. Mai 2021 (EO 19 11172)

Erwägungen:

1. Die Regionale Staatsanwaltschaft Emmental-Oberaargau (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) führt gegen A._____ eine Strafuntersuchung wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, evtl. qualifiziert begangen, sowie wegen Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz durch Führen eines Personenwagens in fahruntfähigem Zustand.

Mit Schreiben vom 20. Juli 2020 teilte die Staatsanwaltschaft A._____ gestützt auf Art. 283 der Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0) mit, dass er in der Zeit vom 11. September bis 10. Oktober 2019 in unregelmässigen Abständen polizeilich observiert worden sei. Mit Eingabe vom 28. Juli 2020 erhob A._____, amtlich vertreten durch Rechtsanwältin B._____, hiergegen Beschwerde. Er beantragte, dass die «Mitteilung einer Observation vom 20. Juli 2020» aufzuheben und die Staatsanwaltschaft anzuweisen sei, ihren Protokollierungsvorschriften nachzukommen. Mit Beschluss vom 7. September 2020 trat die Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Bern (nachfolgend: Beschwerdekammer) mangels eines rechtlich geschützten Interesses an der Aufhebung der Mitteilungsverfügung auf die Beschwerde vom 28. Juli 2020 nicht ein (Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 20 295 vom 7. September 2020 E. 2), worauf A._____ mit Beschwerde in Strafsachen vom 13. Oktober 2020 ans Bundesgericht gelangte. Dieses hiess die Beschwerde gut und wies die Sache antragsgemäss zur inhaltlichen Beurteilung ans Obergericht des Kantons Bern zurück (Urteil des Bundesgericht 1B_529/2020 vom 9. Dezember 2020 E. 3). Im Rahmen der Neubeurteilung erkannte die Beschwerdekammer, dass weder die anordnende Person (ausreichend) noch das konkrete Datum des Observationsentscheids bzw. -beginns (als sogenannt «hoheitliche» Verfahrenshandlung) klar erkennbar gewesen seien und hiess in der Folge die Beschwerde gut (Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 21 7 vom 12. März 2021 E. 6.3). Daraufhin wies die Staatsanwaltschaft mit Schreiben vom 19. April 2021 die Polizei an, einen detaillierten Bericht über die Observation zu erstellen sowie Unterlagen einzureichen, mit welchen der Beginn und das Ende der in Frage stehenden Observation bewiesen werden könne. Dem kam die Polizei mit dem Berichtsrapport vom 21. April 2021 nach. Zudem reichte sie den Observationsantrag vom 28. August 2019 ein. Mit Verfügung vom 4. Mai 2021 teilte die Staatsanwaltschaft A._____ mit, dass er in der Zeit vom 11. September 2019 bis zur Anhaltung vom 10. Oktober 2019 in unregelmässigen Abständen polizeilich observiert wurde.

Mit Eingabe vom 17. Mai 2021 erhob A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) gegen die durchgeführte Observation Beschwerde und beantragte Folgendes:

1. Es sei festzustellen, dass die gegen den Beschwerdeführer durchgeführte Observation rechtswidrig ist;
2. Es sei festzustellen, dass sämtliche Ergebnisse und Erkenntnisse aus der Observation des Beschwerdeführers im Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer absolut unverwertbar sind. Die entsprechenden Ergebnisse und Erkenntnisse aus der Observation seien zu vernichten.
3. Die aufgrund der unverwertbaren Ergebnissen aus der Observation gewonnenen Beweise seien für unverwertbar zu erklären und zu vernichten;
unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Die Generalstaatsanwaltschaft schloss in ihrer Stellungnahme vom 28. Mai 2021 auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Eine Replik des Beschwerdeführers ging innert Frist nicht ein.

2.

- 2.1 Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Übertretungsstraßenbehörden 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 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]). Das gilt auch für Observationen im Sinne von Art. 282 f. StPO, selbst wenn in Art. 283 StPO mit dem Titel «Mitteilung» – anders als etwa in Art. 279 Abs. 3, Art. 285 Abs. 4 oder Art. 298 Abs. 3 StPO – keine Beschwerdemöglichkeit angegeben ist. Dies ergibt sich daraus, dass gemäss Art. 20 Abs. 1 Bst. b und Art. 393 Abs. 1 Bst. a StPO bei Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft und der Polizei grundsätzlich die Beschwerde zulässig ist, bei Entscheidungen des Zwangsmassnahmengerichts indes nur in den im Gesetz vorgesehenen Fällen (Art. 20 Abs. 1 Bst. c und Art. 393 Abs. 1 Bst. c StPO; siehe dazu auch Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 20 295 vom 7. September 2020 E. 2 mit weiteren Hinweisen). Die Mitteilung der Staatsanwaltschaft vom 4. Mai 2021, mit welcher die Observation gegen den Beschwerdeführer formell mitgeteilt worden war, erweist sich somit als zulässiges Anfechtungsobjekt. Die Beschwerde erfolgte ferner fristgerecht.
- 2.2 Zur Beschwerdeführung legitimiert ist jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheids hat (Art. 382 Abs. 1 StPO). Das Rechtsschutzinteresse muss im Zeitpunkt des Entscheids über die Beschwerde noch aktuell sein. Dies ist insbesondere dann zu verneinen, wenn die anzufechtende, hoheitliche Verfahrenshandlung im konkreten Prozessstadium nicht mehr korrigiert werden kann, was beispielsweise der Fall ist, wenn sich die Beschwerde gegen die Anordnung und Durchführung einer bereits abgeschlossenen Hausdurchsuchung richtet (statt vieler: GUIDON, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, 2011, N 244 mit weiteren Hinweisen). Aufgrund dessen tritt die Beschwerdekammer in Strafsachen gemäss konstanter Praxis auf die Beschwerde ohne aktuelles Rechtsschutzinteresse nicht ein, es sei denn, es werde ein das Verfahren beeinflussender Nachteil (z.B. Beweisverwertungsverbot; vgl. Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 18 83 vom 21. Juni 2018 E. 5.1) geltend gemacht oder es stelle sich eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung (vgl. etwa Beschlüsse des Obergerichts des Kantons Bern BK 20 355 vom 13. Oktober 2020 E. 3; BK 16 493 vom 9. März 2017 E. 2.2; BK 15 216 vom 28. September 2015 E. 2.2; BK 14 7 vom 19. Februar 2014 E. 2.2 und BK 12 42 vom 13. Juni 2012 E. 2.2). Auch das Bundesgericht verzichtet ausnahmsweise auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses, wenn sich die aufgeworfenen Fragen unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen können, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre und die Beantwortung wegen deren grundsätzlicher Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt (BGE 140

IV 74 E. 1.3.3 S. 78; 125 I 394 E. 4b; Urteile des Bundesgerichts 1B_465/2020 vom 7. Dezember 2020 E. 1.2; 1B_56/2013 vom 28. Mai 2013 E. 1; 1B_351/2012 vom 20. September 2012 E. 2.3.3 und 1B_156/2007 vom 23. August 2007 E. 2). Weiter ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung vom Erfordernis eines aktuellen praktischen Interesses abzuweichen, wenn der Beschwerdeführer am Rechtsmittel festhält und hinreichend substantiiert und in vertretbarer Weise einen Verstoß gegen die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) geltend macht (BGE 137 I 296 E. 4.3 ;136 I 274 E. 1.3; Urteile des Bundesgerichts 1B_492/2019 vom 7. November 2019 E. 1.3; 1B_95/2017 vom 25. April 2017 E. 1.3; 1B_313/2010 vom 17. November 2010 E. 1.2; je mit Hinweisen). Im Zusammenhang mit der Beschwerde gegen eine Observation verneinte das Bundesgericht bereits den nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Bst. a des Bundesgerichtsgesetzes [BGG; SR 173.110]), anders als bei der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs gemäss Art. 269 ff. StPO (Urteil des Bundesgerichts 1B_450/2017 vom 29. März 2018 E. 1.2.3)

- 2.3 Betreffend Feststellungsbegehren gilt der allgemeine prozessuale Grundsatz, dass derjenige, welcher ein Leistungsbegehren stellen kann, kein rechtlich geschütztes Interesse an einem Feststellungsbegehren hat (BGE 137 IV 87 E. 1; Urteile des Bundesgerichts 6B_1459/2019 vom 15. Juni 2020 E. 2.2; 1B_103/2014 vom 16. April 2014 E. 1.2;).
- 2.4 Der Beschwerdeführer beantragt vorliegend unter Ziffer 1 seiner Beschwerde die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Observation. Auf das Feststellungsbegehren kann nicht eingetreten werden, da stattdessen ein Leistungsbegehren in Betracht kommt (vgl. Anträge Ziff. 2 und 3), sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt und der Beschwerdeführer ferner auch nicht einen Verstoß gegen die EMRK rügt. Auf den Antrag Ziffer 1 kann somit mangels eines aktuellen und praktischen Interesses nicht eingetreten werden. Die aufgeworfene Rechtsfrage ist allerdings im Zusammenhang mit Rechtsbegehren Ziffer 2 vorfrageweise zu behandeln.
- 2.5 Der Beschwerdeführer beantragt unter Ziffer 2, es sei festzustellen, dass sämtliche Ergebnisse und Erkenntnisse aus der Observation im Strafverfahren gegen ihn absolut unverwertbar seien. Die entsprechenden Ergebnisse und Erkenntnisse aus der Observation seien zu vernichten. In Ziffer 3 beantragt er die Vernichtung der Folgebeweise.

Auf Beschwerden gemäss Art. 393 Abs. 1 Bst. a StPO gegen die Nichtentfernung (angeblich) unverwertbarer Beweise aus den Straftaten ist einzutreten, wobei je nach Umständen des Einzelfalls eine gewisse Zurückhaltung angezeigt sein kann (BGE 143 IV 475 E. 2.7; vgl. weiter u.a. Beschlüsse des Obergerichts des Kantons Bern BK 19 368 vom 21. November 2019 E. 2, BK 18 503 vom 8. Februar 2019 E. 2.2, BK 17 293 vom 3. Oktober 2017 E. 2, BK 17 266 vom 31. August 2017 E. 2, BK 16 379 vom 1. Mai 2017 E. 2, BK 16 44 vom 21. März 2016 E. 2.3 und BK 15 262 vom 9. November 2015 E. 2.1, mit weiteren Hinweisen). Das Recht bzw. die Pflicht zur Vernichtung oder Entfernung unverwertbarer Beweise trifft das im jeweiligen Verfahrensabschnitt verfahrensleitende Organ. Im Vorverfahren hat die Staatsanwaltschaft die Verfahrensleitung inne (Art. 61 Bst. a StPO), weshalb diese

grundsätzlich als erste Instanz über die Verwertbarkeit von Beweisen zu entscheiden hat. Die Beschwerdekammer tritt diesbezüglich praxisgemäss erst auf die Beschwerde gegen einen abschlägigen Entscheid der Staatsanwaltschaft ein (vgl. Beschlüsse des Obergerichts des Kantons Bern BK 20 474 vom 1. Februar 2021 E. 2.5; BK 20 355 vom 13. Oktober 2020 E. 3; BK 18 304 vom 16. August 2018 E. 2.3 f.; BK 18 87 vom 13. Juni 2018 E. 5.2 f.). Vor dem Hintergrund des vorliegenden Verfahrensablaufs ist allerdings erkennbar, dass sich die Staatsanwaltschaft gemäss der Mitteilung vom 4. Mai 2021 auf den Standpunkt stellt, die Observation sei rechtmässig erfolgt und die daraus gewonnenen Beweismittel mithin verwertbar, was auch aus der Stellungnahme der Generalstaatsanwaltschaft hervorgeht. Es rechtfertigt sich deshalb und aus Gründen der Verfahrensökonomie, auf die Beschwerde einzutreten. Auf Rechtsbegehren Ziffer 2 und 3 wird nach dem Gesagten eingetreten.

3.

- 3.1 Der Beschwerdeführer bestreitet in seiner Beschwerde vom 17. Mai 2021 vorab sinngemäss, dass der Observation hinreichende Verdachtsmomente zugrunde gelegen hätten. Die Kantonspolizei Bern habe die Ermittlungen gestützt auf Hinweise aus der Bevölkerung verbunden mit den von der «Bevölkerung» gemachten Fotografien des Beschwerdeführers und des «unbekannten Mannes» aufgenommen. Die Glaubwürdigkeit dieser Meldungen sei nicht überprüfbar, da die Identität der Meldenden unbekannt sei. Weiter könne nicht eruiert werden, gestützt auf welche konkreten Beobachtungen davon ausgegangen worden sei, dass die Treffen dem Betäubungsmittelhandel gedient haben sollen. Der Personenwagen des Beschwerdeführers werde wiederholt erwähnt, ohne dass schlüssig habe dargelegt werden können, dass es sich beim Lenker des Personenwagens tatsächlich um den Beschwerdeführer handle. Es müsse demnach vermutet werden, dass die Kantonspolizei Bern für die Identifikation auch hier auf die von der «Bevölkerung» eingereichten Fotos zurückgegriffen habe. Den Fotos lasse sich ausser einem handschriftlich angebrachten Datum weder der Urheber noch der konkrete Aufnahmeort entnehmen. Überdies seien der unbekannte Mann und der Beschwerdeführer auf keinem der Fotos gemeinsam ersichtlich. Ferner müsse berücksichtigt werden, dass es sich bei den Fotos um eine heimliche Datenbearbeitung im Sinne von Art. 4 Abs. 4 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) handle. Selbst wenn zu jenem Zeitpunkt konkrete Anhaltspunkte für den Erwerb von Betäubungsmittel bestanden hätten, so wäre höchstens eine Übertretung oder ein Vergehen im Raum gestanden. Infolgedessen habe die Kantonspolizei kein Recht gehabt, diese Fotos zur Identifikation des Beschwerdeführers sowie zur Begründung des Tatverdachts herbeizuziehen. Nach dem Gesagten fehle es an konkreten Anhaltspunkten resp. am hinreichenden Tatverdacht gegen den Beschwerdeführer, um eine Observation gegen ihn anordnen zu können.

Weiter habe die Kantonspolizei das Verhältnismässigkeitsgebot verletzt, indem sie sogleich die Observation des Beschwerdeführers angeordnet habe, ohne vorgängig andere Ermittlungsansätze zu prüfen. So hätte man beispielsweise vorerst nur den G._____ überwachen können, um die Hinweise aus der Bevölkerung zu überprüfen.

Betreffend die Dauer der Observation sei zu Gunsten des Beschwerdeführers davon auszugehen, dass diese länger als 30 Tage gedauert habe. So habe die Beschwerdekammer zum vorliegenden Sachverhalt bereits festgehalten, dass nicht habe verifiziert werden können, ob die Daten zum Beginn und Ende der Observation tatsächlich der Wahrheit entsprächen (Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 21 7 vom 12. März 2021 E. 6.3). Seither sei einzig der einschlägige Observationsantrag vom 28. August 2019 nachgereicht worden. Dieser datiere 14 Tage vor dem angeblichen Beginn der Observation. Daher sei zu Gunsten des Beschwerdeführers davon auszugehen, dass die Observation noch vor dem 11. September 2019 begonnen und damit einhergehend länger als einen Monat gedauert habe. Da die Polizei die entsprechende Genehmigung der Staatsanwaltschaft im Sinne von Art. 282 Abs. 2 StPO nicht eingeholt habe, sei eine Gültigkeitsvorschrift verletzt worden. Demnach seien sowohl die Beweise aus der Observation als auch alle Folgebeweise gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO unverwertbar.

- 3.2 Die Generalstaatsanwaltschaft hält der Beschwerde vom 17. Mai 2021 im Wesentlichen entgegen, dass die Observation keinen schweren Grundrechtseingriff indiziere. Demnach seien die Hinweise aus der Bevölkerung als genügend konkret anzusehen, um einen die Observation rechtfertigenden Anfangsverdacht zu begründen. Die von Privatpersonen gemachten Fotos dürften sodann, selbst wenn sie rechtswidrig erlangt worden wären, von den Strafverfolgungsbehörden verwendet werden. Der Polizei sei es erlaubt, gestützt auf Art. 72 i.V.m. Art. 118 PolG bei entsprechenden Hinweisen Vorermittlungen aufzunehmen, um festzustellen, ob strafbare Handlungen zu erkennen und zu verhindern seien. Im Zuge dessen dürfe die Polizei gleich wie bei Art. 282 StPO Personen und Sachen an allgemein zugänglichen Orten verdeckt beobachten und dabei Bild- und Tonaufnahmen machen. Nachdem der Polizei gemeldet worden sei, dass im G._____ ein unbekannter Mann Drogen verkaufe und sich der Lenker des Personenwagens C._____, BMW, X3, rot, Halter: A._____, dort mit diesem Mann treffe, wäre es der Polizei erlaubt gewesen, diese Fotos selbst zu erstellen und den Lenker des Personenwagens, neben der Halterabklärung, auch auf diese Weise zu identifizieren. Die Meldungen der Bevölkerung würden demnach ausreichen, um konkrete Anhaltspunkte im Sinne von Art. 282 Abs. 1 StPO für ein Verbrechen oder Vergehen zu begründen.

Aufgrund der Meldungen aus der Bevölkerung habe der Verdacht bestanden, wonach der Beschwerdeführer mit Drogen (Heroin, evtl. Kokain) handle. Mittels Observation habe man beabsichtigt, Kenntnisse über mögliche Abnehmer und weitere Lieferanten zu erlangen und so ein Bewegungsbild des Beschwerdeführers zu erstellen. Dabei sei die Observation das mildeste gleich geeignete Mittel zur Erreichung des Zwecks und demnach verhältnismässig.

Betreffend die Dauer der Observation gebe es keine Veranlassung, an den Angaben im Berichtsrapport der Polizei zu zweifeln. Es sei davon auszugehen, dass die Observation vom 11. September 2019 bis zum 10. Oktober 2019 gedauert habe und somit keine Genehmigung der Staatsanwaltschaft erforderlich gewesen sei.

4. Streitgegenstand ist vorliegend nach dem Gesagten die Rechtmässigkeit der Observation und basierend darauf die Verwertbarkeit der Erkenntnisse aus der angefochtenen Observation. Betreffend den Aufbau des vorliegenden Beschlusses ist in diesem Zusammenhang vorfrageweise zu prüfen, ob das von Privaten erstellte Foto rechtmässig erhoben wurde, ob es verwertbar ist und ob sich daraus in Kombination mit anderen Verdachtselementen konkrete Anhaltspunkte für ein Verbrechen oder Vergehen ergeben haben, welche für die Anordnung einer Observation hinreichend sind. Danach sind die weiteren Voraussetzungen der Observation zu prüfen. Ausserdem drängen sich Ausführungen zu den Protokollierungs-, Dokumentations- und Aktenführungspflichten der Polizei im Hinblick auf die Anordnung der Observation auf. Zuletzt ist auf die Dauer derselben bzw. die Zuständigkeit zur Anordnung einzugehen.
5.
 - 5.1 Der Beschwerdeführer beanstandet, dass das durch die Bevölkerung gemachte Foto von ihm (pag. 205) eine heimliche Datenbearbeitung darstelle, infolgedessen rechtswidrig sei und aufgrund dessen von der Kantonspolizei nicht zur Begründung eines Tatverdachts verwendet werden dürfe. Die Verwertbarkeit des Fotos ist vorfrageweise zu klären, da die - vom Beschwerdeführer als rechtswidrig deklarierte - Observation unter anderem gestützt auf dieses Foto angeordnet wurde.
 - 5.2 Die Strafbehörden setzen zur Wahrheitsfindung alle nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel ein, die rechtlich zulässig sind (Art. 139 Abs. 1 StPO). Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel richtet sich nach Art. 141 StPO. Gesetzlich nicht geregelt ist der Umgang mit privat erhobenen Beweismitteln, die in Verletzung (straf-)rechtlicher Bestimmungen erlangt wurden. Art. 141 Abs. 2 StPO besagt lediglich, dass Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, im Strafverfahren nicht verwertet werden dürfen. Von Privaten rechtswidrig erlangte Beweismittel sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur verwertbar, wenn sie von den Strafverfolgungsbehörden rechtmässig hätten erlangt werden können und kumulativ dazu eine Interessenabwägung für deren Verwertung spricht. Bei der Interessenabwägung ist derselbe Massstab wie bei staatlich erhobenen Beweisen anzuwenden. Die Verwertung ist damit nur zulässig, wenn dies zur Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich ist (BGE 147 IV 9 E. 1.3.1; 146 IV 226 E. 2; Urteil 6B_902/2019 vom 8. Januar 2020 E. 1.2; je mit Hinweisen).
 - 5.3 Das Erstellen von Aufnahmen im öffentlichen Raum, auf welchen Personen erkennbar sind, stellt ein Bearbeiten von Personendaten im Sinne von Art. 3 Bst. a und e des DSG dar (BGE 146 IV 226 E. 3.1; 138 II 346 E. 6.5). Gemäss Art. 4 Abs. 2 DSG hat ihre Bearbeitung nach Treu und Glauben zu erfolgen und muss verhältnismässig sein. Art. 4 Abs. 4 DSG bestimmt, dass die Beschaffung von Personendaten und insbesondere der Zweck ihrer Bearbeitung für die betroffene Person erkennbar sein muss, mithin nicht heimlich erfolgen darf. Die Missachtung dieses Grundsatzes stellt gemäss Art. 12 Abs. 2 Bst. a DSG eine Persönlichkeitsverletzung dar (BGE 146 IV 226 E. 3; 138 II 346 E. 9.1; MAEDER, Verwertbarkeit privater Dashcam-Aufzeichnungen im Strafprozess, AJP 2018 S. 155 ff., 163; mit Hinweis

auf die Botschaft vom 23. März 1988 zum Bundesgesetz über den Datenschutz, BBl 1988 II 413 ff., Ziff. 221.2).

- 5.4 Eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 12 DSG ist gemäss Art. 13 Abs. 1 DSG widerrechtlich, wenn kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Das Bundesgericht hat sich in BGE 146 IV 226 folgendermassen zur Interessenabwägung im Rahmen von Art. 13 Abs. 1 DSG geäussert (a.a.O. E. 3.3):

Eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 12 DSG ist gemäss Art. 13 Abs. 1 DSG widerrechtlich, wenn kein Rechtfertigungsgrund - namentlich ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse - vorliegt. In der Doktrin wird teilweise die Auffassung vertreten, dass solche materiellrechtlichen Rechtfertigungsgründe die Rechtswidrigkeit einer (privaten) Beweiserhebung im verfahrensrechtlichen Kontext nicht zu heilen vermögen. Massgebend sei einzig, dass im Rahmen der Beschaffungshandlung gegen eine Bestimmung des materiellen, objektiv gesetzten schweizerischen Rechts verstossen worden sei. Die Rechtswidrigkeit folge damit im Verfahrensrecht einer autonomen Definition. Begründet wird dies unter anderem damit, dass den widerstreitenden Interessen an der (verfahrensrechtlichen) Verwertbarkeit oder Unverwertbarkeit eines Beweismittels im Rahmen einer bloss materiellrechtlichen Prüfung eines Rechtfertigungsgrundes nicht angemessen Rechnung getragen werde (CAROLINE GUHL, Trotz rechtswidrig beschaffter Beweise zu einem gerechten Straf- und Zivilurteil, 2018, S. 103 ff., mit Hinweis auf YVES RÜEDI, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess, 2009, S. 161 ff.). Dieser Auffassung ist beizupflichten. Bei der Frage, ob ein Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 13 Abs. 1 DSG vorliegt, ist eine Abwägung zwischen den Interessen des Datenbearbeiters und denjenigen der verletzten Person vorzunehmen (AMÉDÉO WERMELINGER, in: Datenschutzgesetz [DSG], Baeriswyl/Pärli [Hrsg.], 2015, N. 2 zu Art. 13 DSG). Bei der Frage der strafprozessualen Verwertbarkeit eines Beweismittels sind hingegen der Strafanspruch des Staates und der Anspruch der beschuldigten Person auf ein faires Verfahren in erster Linie entscheidend; die Interessen des privaten Datenbearbeiters treten dabei zurück.

- 5.5 Dem Beschwerdeführer ist zuzustimmen, dass die betreffende Aufnahme von ihm heimlich erstellt wurde und somit im Lichte der zitierten Rechtsprechung einer Persönlichkeitsverletzung gleichkommt, zumal er bis zu seiner Festnahme am 10. Oktober 2019 nicht um die Existenz der Bilder wusste.

Eine Einwilligung des Beschwerdeführers kann von vornherein ausgeschlossen werden, da er erst nach Eröffnung des Strafverfahrens Kenntnis von den bestehenden Bildern erlangte. Die Beschwerdekammer ist demgegenüber der Ansicht, dass das persönliche Interesse des auf dem Foto identifizierbaren Beschwerdeführers an informeller Selbstbestimmung nicht besonders schwer wiegt; obschon der Beschwerdeführer auf dem Foto klar erkenn- und identifizierbar ist, bleibt zu berücksichtigen, dass er im öffentlichen Raum fotografiert wurde. Dem kann vorliegend kein privates schützenswertes Interesse an der Aufnahme des Fotos entgegengehalten werden, zumal die Ersteller durch den vorgeworfenen Betäubungsmittelhandel augenscheinlich nicht unmittelbar in ihren eigenen Interessen betroffen sind. In Anbetracht der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht ausserdem im Anwendungsbereich von Art. 13 Abs. 1 DSG kaum noch Spielraum für die Gewichtung von öffentlichen Interessen, da diese erst im Rahmen von Art. 141 Abs. 2 StPO zu prüfen sind. Es sind folglich keine überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen ersichtlich, welche die festgestellte Persönlichkeitsverletzung zu rechtfertigen vermögen.

- 5.6 Es bleibt zu prüfen, ob das Foto im Strafverfahren trotzdem verwertbar ist. Wie bereits ausgeführt, geht die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Anlehnung an die Doktrin davon aus, dass von Privaten rechtswidrig erlangte Beweismittel nur verwertbar sind, wenn sie von den Strafverfolgungsbehörden rechtmässig hätten erlangt werden können und kumulativ dazu eine Interessenabwägung für deren Verwertung spricht. Die Verwertung ist damit nur zulässig, wenn dies zur Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich ist (BGE 147 IV 9 E. 1.3.1; 146 IV 226 E. 2; Urteil 6B_902/2019 vom 8. Januar 2020 E. 1.2; je mit Hinweisen).
- 5.7 Die Polizei hätte das betreffende Foto selbst erlangen können. Gemäss Art. 35a Abs. 1 des Polizeigesetzes vom 8. Juni 1997 (PolG; BSG 551.1; Stand: 1. Juni 2016 - die von der Generalstaatsanwaltschaft zitierten Art. 72 i.V.m. Art. 118 PolG sind erst seit dem 1. Januar 2020 in Kraft) konnte die Kantonspolizei *zur Verhinderung von Verbrechen oder Vergehen* Personen und Sachen an allgemein zugänglichen Orten verdeckt beobachten und dabei Bild- und Tonaufnahmen machen, wenn ernsthafte Anzeichen dafür bestehen, dass Verbrechen oder Vergehen vor der Ausführung stehen (Bst. a) und andere Massnahmen zur Informationsbeschaffung aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden (Bst. b). Bestehen demgegenüber konkrete Anhaltspunkte, dass *Verbrechen oder Vergehen begangen worden sind*, stehen den Strafverfolgungsbehörden gestützt auf Art. 282 Abs. 1 StPO dieselben Möglichkeiten offen. Der Lenker des Personenwagens C._____ wurde durch Privatpersonen fotografiert, weil diese ihn mehrfach dabei beobachtet haben, wie er im G._____ von einem unbekannten Mann mutmasslich Drogen gekauft habe. Damit legte der Beschwerdeführer als ebendieser Lenker des Personenwagens C._____ ein den hypothetischen Verdacht auf eine Straftat begründendes Verhalten an den Tag. Wäre die Polizei aufgrund eigener Feststellungen oder durch Hinweise Dritter in Kenntnis dieses Verhaltens des Lenkers des Personenwagens C._____ gelangt, hätte sie diesen gestützt auf Art. 282 Abs. 1 StPO zu Identifikationszwecken fotografieren dürfen und somit die Fotoaufnahmen rechtmässig erheben können, zumal ein milderer Mittel nicht in Betracht gekommen wäre.
- 5.8 Demzufolge ist in Anlehnung an Art. 141 Abs. 2 StPO eine Interessenabwägung vorzunehmen und im Rahmen derselben zu prüfen, ob ein schweres Delikt vorliegt. Was unter eine schwere Straftat gemäss dieser Bestimmung fällt, kann dem Gesetz nicht entnommen werden. Als schwere Straftaten im Sinne des Gesetzes fallen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung vorab Verbrechen in Betracht (BGE 147 IV 9 E. 1.3.1; 146 I 11 E. 4.2; 137 I 218 E. 2.3.5.2). Je schwerer die zu beurteilende Straftat ist, umso eher überwiegt das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse der beschuldigten Person an der Unverwertbarkeit des fraglichen Beweises (BGE 147 IV 9 E. 1.3.1 141 IV 9 E. 1.3.1; 131 I 272 E. 4.1.2 S. 279; 130 I 126 E. 3.2; je mit Hinweisen). Für die Frage, ob eine schwere Straftat im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO vorliegt, sind nicht generell gewisse Tatbestände und deren abstrakte Strafandrohungen, sondern die gesamten Umstände des konkreten Falls zu berücksichtigen. Entscheidend ist nicht das abstrakt angedrohte Strafmass, sondern die Schwere der konkreten Tat (BGE 147 IV 16 E. 6; 147 IV 9 E. 1.4.2). Dabei kann auf Kriterien wie das geschützte Rechtsgut, das Ausmass dessen Gefährdung resp. Verletzung, die Vorgehensweise und

kriminelle Energie des Täters oder das Tatmotiv abgestellt werden (BGE 147 IV 9 E. 1.4.2 mit Hinweisen; Urteile 6B_256/2021 vom 17. Mai 2021 E. 1.3.1; 6B_1409/2019 vom 4. März 2021 E. 1.3.1; je mit Hinweisen). Bei der Frage der strafprozessualen Verwertbarkeit eines Beweismittels sind der Strafanspruch des Staates und der Anspruch der beschuldigten Person auf ein faires Verfahren in erster Linie entscheidend (BGE 146 IV 226 E. 3 mit Hinweisen)

- 5.9 Vorliegend wird dem Beschwerdeführer der Handel mit Heroin vorgeworfen. Sofern der Täter dabei weiss oder annehmen muss, dass die Widerhandlung mittelbar oder unmittelbar die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann, beträgt der Strafrahmen hierfür Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu 20 Jahren (Art. 19 Abs. 2 Bst. a BetmG). Von einer Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen ist ab einer Heroinmenge von 12 Gramm auszugehen, wobei die Menge des reinen Stoffs entscheidend ist (BGE 120 IV 334 E. 2a S. 33 f.; 119 IV 180 E. 2d S. 185 f.; Urteil 6B_720/2018 vom 3. Oktober 2018 E. 4). In diesem Zusammenhang ist weiter festzuhalten, dass der Drogenhandel bereits die Gesundheit vieler Menschen gefährdet oder sogar erheblich beeinträchtigt hat. Auch der EGMR sieht im Drogenhandel eine «Geissel der Menschheit» (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_1299/2019 vom 28. Januar 2020 E. 3.4.8 mit Hinweis).
- 5.10 Die Staatsanwaltschaft eröffnete am 10. Oktober 2020 gegen den Beschwerdeführer eine Untersuchung unter anderem wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, evtl. qualifiziert begangen (pag. 1). Anlässlich der beim Beschwerdeführer durchgeführten Hausdurchsuchung konnten diverse Minigrips mit Heroin sichergestellt werden (pag. 305). Aus der Verfügung vom 12. März 2020 geht sodann hervor, dass vom Besitz des Beschwerdeführers diverse Minigrips mit Heroin, 347.48 Gramm (brutto), 4.74 g Haschisch sowie 6.18 g Marihuana beschlagnahmt wurden (pag. 320). Aus den Akten geht ferner hervor, dass er gemäss den Hochrechnungen der Polizei gestützt auf seine eigenen Aussagen in der Zeit von November 2015 bis Oktober 2019 ca. 6'000 Gramm Heroin erwarb und 2'350 Gramm verkaufte; auf Vorhalt dieser Gesamtmengen hielt er diese zumindest für möglich (pag. 219 Z. 183 ff.). Aus dem forensisch-chemischen Abschlussbericht vom 15. November 2019 geht ausserdem hervor, dass der Reinheitsgehalt des untersuchten Heroingemischs im Schnitt über 20% liegt (pag. 109 ff.). Gemäss dem Entwurf der Anklageschrift wird dem Beschwerdeführer nun voraussichtlich die Veräusserung von u.a. ca. 1'538.5 Gramm Heroin (angenommen reiner Wirkstoff 338.5 Gramm) vorgeworfen. Nach dem Gesagten ist augenscheinlich von einer schweren Straftat im Sinne der zitierten Rechtsprechung auszugehen.

Die erwähnten öffentlichen Sicherheits- und Strafverfolgungsinteressen sind gegen das private Interesse des Beschwerdeführers an der Achtung seiner Persönlichkeit und gegen die Verwertbarkeit der Fotoaufnahmen abzuwägen, ferner an den Anspruch auf ein faires Verfahren. Das private Interesse des Beschwerdeführers auf Achtung seiner Persönlichkeit ist vorliegend – obwohl für den Beschwerdeführer nicht erkennbar war, dass er fotografiert wurde – als gering einzustufen, da er sich im öffentlichen Raum aufhielt und keine schwere Persönlichkeitsverletzung vorliegt. Aus dieser Überlegung ergibt sich auch, dass nicht von einer schweren Verletzung des Fairnessgebots auszugehen ist, zumal ein Hinweis von Privaten an die Adres-

se der Polizei ohne weiteres zulässig gewesen wäre und diese auch so auf den Beschwerdeführer hätte aufmerksam werden können. All diese Interessen vermögen somit auch in ihrer Gesamtheit das öffentliche Interesse an der Aufklärung der Straftat bzw. der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz nicht aufzuwiegen.

Insgesamt überwiegt im konkreten Fall das gewichtige öffentliche Interesse an der Verhinderung und Verfolgung von Straftaten das private Interesse des Beschwerdeführers an der Unverwertbarkeit des rechtswidrig erlangten Beweises sowie die öffentlichen Interessen an der rechtskonformen Erhebung von Beweismitteln deutlich. Die Interessenabwägung fällt somit zugunsten der Verwertbarkeit der Fotoaufnahme sowie allfälliger Folgebeweise im vorliegenden Strafverfahren aus.

Das Foto erscheint zudem im vorliegenden Strafverfahren als ein wesentliches (wenn auch nicht unentbehrliches) Beweismittel, da es in Ergänzung zum Auto-kennzeichen die eindeutige optische Identifikation des Beschwerdeführers ermöglichte und somit den Ursprung der Beweiserhebungskette mitbegründete.

- 5.11 Nach dem Gesagten ist das inkriminierende Foto verwertbar. Es stellt zwar vorab ein widerrechtlich erlangtes Beweismittel von Privatpersonen dar. Da es aber hypothetisch legal durch die Behörden hätte erlangt werden können, die zuvor vorgenommene Interessenabwägung zu Gunsten der öffentlichen Interessen ausfällt und das Beweismittel im vorliegenden Strafverfahren unerlässlich ist, kommt die Beschwerdekammer zum Schluss, dass das Foto des Beschwerdeführers sowie allfällige Folgebeweise im vorliegenden Strafverfahren verwertbar sind.

6. Zu prüfen ist weiter die Rechtmässigkeit der Observation. Gemäss Art. 282 StPO können die Staatsanwaltschaft und – im Ermittlungsverfahren – die Polizei Personen und Sachen an allgemein zugänglichen Orten verdeckt beobachten und dabei Bild- oder Tonaufzeichnungen machen, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass Verbrechen oder Vergehen begangen worden sind (Abs. 1 Bst. a) und die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden (Abs. 1 Bst. b). Hat eine von der Polizei angeordnete Observation einen Monat gedauert, so bedarf ihre Fortsetzung der Genehmigung durch die Staatsanwaltschaft (Abs. 2).

Art. 282 Abs. 1 Bst. a StPO verlangt somit für die Observation, dass aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, es sei ein Verbrechen oder Vergehen begangen worden. Ausgeschlossen ist die Observation zur Verfolgung und Klärung von Übertretungen. Mit der Umschreibung, aufgrund konkreter Anhaltspunkte sei anzunehmen, es sei ein Verbrechen oder Vergehen begangen worden, führt der Gesetzgeber eine weitere Variante des Grades von Tatverdacht ein: Bei der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und in analoger Anwendung beim Einsatz technischer Überwachungsgeräte wird ein «dringender Tatverdacht» vorausgesetzt (Art. 269 Abs. 1 Bst. a StPO; Art. 281 Abs. 2 i.V.m. Art. 269 Abs. 2 Bst. a StPO), die Anordnung einer verdeckten Ermittlung verlangt dagegen bloss «einen Tatverdacht» (Art. 286 Abs. 1 Bst. a StPO). Die unterschiedlichen Verdachtsgrade begründet die Botschaft mit der unterschiedlich intensiven Eingriffsschwere der verschiedenen Zwangsmassnahmen (EUGSTER/KATZENSTEIN, in: Basler Kommen-

tar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N 10 zu Art. 282 StPO mit weiterem Hinweis). Es bedarf eines StPO-konformen Verdachts. Zwangsmassnahmen, worunter die Observation selbstredend fällt, dürfen nur ergriffen werden, wenn ein «hinreichender Tatverdacht» vorliegt (vgl. Art. 197 Abs. 1 Bst. b StPO). Was unter «hinreichendem Tatverdacht» zu verstehen ist, ist je nach Zwangsmassnahme unterschiedlich zu beantworten; der jeweils konkret erforderliche Verdachtsgrad ist vor dem Hintergrund der Art sowie der Dauer der jeweiligen Zwangsmassnahme zu bestimmen (vgl. zum Ganzen Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 2017 293 vom 3. Oktober 2017 E. 6.1).

Mit Blick auf Art. 282 StPO führen EUGSTER/KATZENSTEIN aus, dass vage Hinweise auf ein Verbrechen oder Vergehen, die noch keinen Tatverdacht begründen, nicht ausreichen, während wohl plausible Hinweise oder Anhaltspunkte, die einen erst vagen Tatverdacht begründen, genügen dürften (EUGSTER/KATZENSTEIN, a.a.O., N 11 zu Art. 282 StPO). HANSJAKOB ist der Ansicht, dass zur Begründung des Tatverdachts konkrete Anhaltspunkte genügen; die Formulierung deutet darauf hin, dass nicht nur Tatsachen, sondern auch Vermutungen diesen Anfangsverdacht stützen können (vgl. dazu HANSJAKOB, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2020, N 20 zu Art. 282 StPO). Gemäss SCHMID/JOSTISCH liegen konkrete Anhaltspunkte bereits bei zuverlässig scheinenden Mitteilungen eines Informanten oder dem auffälligen Verhalten von Personen an Orten, die als Drogenhandelsplätze bekannt sind vor (SCHMID/JOSTISCH, in: Praxiskommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2018, N 12 zu Art 282 StPO). Demnach muss ein Anfangsverdacht i.S.v. Art. 299 StPO angesichts der eher geringen Eingriffsschwere der Zwangsmassnahme ausreichen (vgl. zum Ganzen Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 2017 293 vom 3. Oktober 2017 E. 6.1).

Die Observation darf erst dann eingesetzt werden, wenn ohne sie die Ermittlungen aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden (Art. 282 Abs. 1 Bst. b StPO). Diese Voraussetzung deckt sich weitgehend mit den entsprechenden Bestimmungen betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 269 Abs. 1 Bst. c StPO), des Einsatzes technischer Überwachungsgeräte (Art. 281 Abs. 4 i.V.m. Art. 269 Abs. 1 Bst. c StPO) sowie bezüglich verdeckter Ermittlung (Art. 286 Abs. 1 Bst. c StPO) und unterscheidet sich von diesen insofern, als andere Ermittlungshandlungen nicht bereits erfolglos eingesetzt worden sein müssen. Damit bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass bereits zu Beginn von Ermittlungshandlungen die Observation zulässig ist (EUGSTER/KATZENSTEIN, a.a.O., N 17 zu Art. 282 StPO; FREI, Grundlagen und Grenzen der Observation, 2018, S. 27; jeweils mit Hinweisen).

- 6.1 Das vorliegende Strafverfahren wurde anfangs August 2019, als bei der Kantonspolizei Bern in K._____ Hinweise eingegangen waren, wonach ein später als A._____ identifizierter Mann mit einer unbekannten Drittperson, Drogengeschäfte betreibe, initiiert. Der Mann sei dafür mit seinem Personenwagen nach H._____ gefahren, habe dort auf der Höhe der J._____ parkiert und sich anschliessend in den G._____ begeben, wo es zum Treffen mit einem unbekannten Mann gekommen sei (pag. 67). Untermauert wird dieser Vorwurf mit Ergebnissen aus einer Observation, welche gestützt auf Hinweise aus der Bevölke-

nung angeordnet wurde (vgl. pag. 76 ff.). Zu beurteilen ist, ob den Hinweisen aus der Bevölkerung konkrete Anhaltspunkte entnommen werden konnten, welche eine Observation rechtfertigten. Der fragliche Inhalt der Meldungen wird von der Polizei wie folgt wiedergegeben: Im August 2019 gingen bei der Kantonspolizei Bern in K._____ Hinweise aus der Bevölkerung ein, wonach im G._____ in K._____ ein unbekannter Mann, Drogen verkaufen würde. Regelmässig fahre der Personenwagen, C._____, BMW, X3, rot, in H._____ und parkiere auf der Höhe J._____. Der Lenker des Personenwagens, Herr A._____, steige aus und begebe sich in den G._____. Dort käme es zu einem Treffen mit einem unbekannten Mann. A._____ komme nach dem Treffen mit dem unbekannten Mann im G._____ zurück zu seinem Personenwagen und fahre davon. Anschliessend komme auch der unbekannte Mann aus dem Wald und gehe zu Fuss in den L._____ Richtung Bahnhof. (pag. 67).

- 6.2 Ausgehend vom Umstand, dass die Observation keinen schweren Grundrechtseingriff darstellt, sind die Anforderungen an die Verdachtsdichte nicht hoch, konkrete Anhaltspunkte mithin ausreichend. Dem Observationsantrag vom 28. August 2019 ist zu entnehmen, dass die Polizei gestützt auf die Meldung aus der Bevölkerung Anhaltspunkte dafür sah, wonach es sich bei der unbekannten Person um einen (albanischen) Drogenläufer handeln könnte. Mit Blick auf das Verhalten der unbekannten Person (warten im Wald, Rückkehr in Richtung Bahnhof) in Kombination mit ihrem Erscheinungsbild auf dem Foto (Rucksack, sportliche Jacke, scheinbar wachsamer Blick) erscheint auch dieser Eindruck nachvollziehbar (pag. 206). Die Beschwerdekammer erachtet die Hinweise aus der Bevölkerung auf mehrmalige Treffen des Beschwerdeführers im Wald mit der auf dem Foto ersichtlichen Person unter Berücksichtigung des konkreten Vorgehens (umständliches Treffen im Wald statt am zentralen Ort, gestaffelte Entfernung, fehlender Hinweis auf andere plausible Gründe für das gewählte Vorgehen) als genügend konkret, um einen Anfangsverdacht zu begründen, der die Einleitung einer Observation zu rechtfertigen vermag, zumal der Handel und die Lagerung von Drogen in Parks und Wäldern einem verbreiteten Muster entspricht (vgl. zum Handel mit Opioiden: ZO-BEL/ESSEIVA/UDRISARD/LOCICIRO/-SAMITCA, *Le marché des stupéfiants dans le canton de Vaud: Les opioïdes*. Addiction Suisse/Ecole des sciences criminelles/Institut universitaire de médecine sociale et préventive, Lausanne 2017, S. 128; vgl. auch Tagesanzeiger vom 28. Juni 2017: *So funktioniert der Heroin-Markt in der Schweiz; mit Hinweis auf die genannte Studie*). Das Argument des Beschwerdeführers, wonach unklar und damit einhergehend nicht überprüfbar sei, wer die Meldung in welcher Form bei der Polizei abgesetzt habe, ist unbehelflich. Es ist grundsätzlich nicht verboten, Ermittlungen aufgrund von Hinweisen anonym bleibender Personen aufzunehmen. Vielmehr ist entscheidend, ob der Inhalt der eingegangenen Mitteilungen konkrete Anhaltspunkte dafür gibt, dass eine Straftat begangen worden sei (vgl. hierzu ausführlich Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 2017 293 vom 3. Oktober 2017 E. 6.2). Da die konkreten Umstände auf Drogenhandel hingewiesen haben und das Treffen in allen Details beschrieben worden ist, kann entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers auch nicht weiter schädlich sein, dass die Hinweise keine Angaben über Menge und Austausch von Drogen sowie Geld enthalten. Sodann stand der Polizei ein auf den 20. Mai 2019 datiertes Foto

zur Verfügung, welches die Identifikation des Beschwerdeführers ohne Weiteres ermöglichte.

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass die Meldungen aus der Bevölkerung kombiniert mit dem eingereichten Foto konkrete Anhaltspunkte im Sinne von Art. 282 Abs. 1 StPO zu begründen vermochten.

- 6.3 Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers war die Anordnung der Observation vorliegend verhältnismässig. Vorab kann hierzu auf die zutreffenden Ausführungen der Generalstaatsanwaltschaft, enthalten auf Seite 4 ihrer Stellungnahme vom 28. Mai 2021, verwiesen werden. Es galt, den Hinweisen aus der Bevölkerung betreffend den angeblichen Drogenhandel zwischen dem Beschuldigten und einer Drittperson nachzugehen. Dazu stellte die Observation das mildeste hinreichend geeignete Mittel dar. Die Subsidiarität wird durch den Berichtsrapport vom 21. April 2021 untermauert. Demnach konnte die Kriminalabteilung dem Ersuchen um Observation des Beschwerdeführers wegen fehlender Ressourcen nicht nachkommen, weshalb letztendlich beschlossen worden sei, den Beschwerdeführer mit eigenen Mitteln der Aussenfahndung zu überwachen. Dieses Vorgehen zeigt in aller Deutlichkeit auf, dass der Polizei keine anderen milderer Mittel zur Verfügung standen, welche weniger aufwendig aber gleich effizient gewesen wären, um den Hinweisen aus der Bevölkerung nachzugehen. Der Einwand des Beschwerdeführers, wonach die alleinige Überwachung des G. _____ ein weniger einschneidender Ermittlungsansatz gewesen wäre, geht fehl. Aufgrund des vorhandenen Fotos vom 20. Mai 2019 und dem bekannten Autokennzeichen bestanden genügend Anhaltspunkte, dass es sich bei der beobachteten Person um den Beschwerdeführer handelt. Die alleinige Überwachung des G. _____ wäre somit nicht gleich geeignet gewesen wie eine direkte Observation des Beschwerdeführers.

Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die Observation auch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit rechtmässig war.

7.

- 7.1 Einzugehen ist weiter auf die Einhaltung der Aktenführungs-, Protokollierungs- und Dokumentationsvorschriften. Die Beschwerdekammer hat betreffend das vorliegende Strafverfahren in ihrem Beschluss BK 12 7 vom 12. März 2021 E. 6.3 festgehalten was folgt:

[...] Jedoch sind die Aktenführungs-, Protokollierungs- und Dokumentationsvorschriften der StPO – welche auch für die Polizei gelten, wenn sie unter der Ägide der StPO handelt – mindestens in gedrängter Form und somit rechtsgenügend einzuhalten. Mit anderen Worten hätte es ein Dokument aus der einschlägigen Zeit (September 2019) gebraucht, aus welchem sich ergibt, wann und durch wen die Observation angeordnet und zu welchem Zeitpunkt damit begonnen wurde. In welcher Weise und mit welcher Formstrenge eine solche aktenkundig zu machende Dokumentation inskünftig genau erfolgt, kann zumindest derzeit der Kantonspolizei selbst überlassen werden. Im Übrigen ist schliesslich verlangt – was indes grundsätzlich eine Selbstverständlichkeit darstellt –, dass auch das Ende der Observationszeit zwecks allfälliger Berechnung der Dauer niedergeschrieben und damit aktenkundig wird. Im hiesigen Fall ist dies jedoch freilich unproblematisch, endete die Observation doch mit der Anhaltung des Beschwerdeführers. Wie es sich in den Fällen gemäss Art. 283 Abs. 2 StPO verhält, kann an dieser Stelle offengelassen werden.

Vorliegend ist also festzustellen, dass weder die anordnende Person (ausreichend) klar erkennbar ist noch das konkrete Datum des Observationsentscheids bzw. -beginns (als sogenannt «hoheitliche» Verfahrenshandlung). Das Kommando der Kantonspolizei, welches hierzu explizit um Auskunft er- sucht wurde, hat die offen gebliebenen Fragen nicht beantwortet. Im Ergebnis ist daher eine Ein- schränkung der Verteidigungsrechte des Beschwerdeführers gegeben und sind die Akten als unvoll- ständig zu qualifizieren. Die Protokollierungsvorschriften sind verletzt. Es liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

- 7.2 Neu enthalten die Akten den Observationsantrag vom 28. August 2019 und den nachträglichen Berichtsrapport vom 21. April 2021. Ersterem ist zu entnehmen, dass D._____ Einsatzleiter Fall war und im Zusammenhang mit der Aktion I._____ in Sachen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz eine Observation gegen die Zielperson A._____ beantragt wurde. Der Antrag enthält ein vordefiniertes Ziel sowie eine kurze Darlegung des Sachverhalts inkl. Begrün- dung des Tatverdachts. Es wird darüber hinaus festgehalten, es handle sich um ei- ne – auf einen Monat befristete – Observation nach Art. 282 StPO und es sei noch keine Voruntersuchung [recte: Untersuchung] eröffnet worden, weshalb die Obser- vation erst ab einem Monat durch die zuständige Staatsanwaltschaft zu genehmi- gen sei. Aus dem nachträglichen Berichtsrapport vom 21. April 2021 geht ausser- dem hervor, D._____ sei vom Gruppenchef der Aussenfahndung, E._____, beauftragt worden, geeignete Ermittlungen gegen A._____ aufzunehmen. D._____ habe darauf mit Observationsantrag vom 28. August 2019 die Krimi- nalabteilung um Observation der Zielperson ersucht. Dem Ersuchen habe aufgrund fehlender Ressourcen von Seiten der Kriminalabteilung nicht entsprochen werden können. Deshalb habe E._____ am Montag, 9. September 2019 im Rahmen der Wochenplanung entschieden, A._____ mit eigenen Mitteln der Aussen- fahndung zu überwachen. Noch gleichentags habe Einsatzleiter Fall D._____ die polizeiliche Observation von A._____ angeordnet. Diese Anordnung sei – wie damals üblich – in mündlicher Form erfolgt. Die Observation habe unter der Leitung von D._____ am Mittwoch, 11. September 2019 begonnen und am Donnerstag, 10. Oktober 2019, am Tag der Anhaltung von A._____, geendet.
- 7.3 Die eingereichten Unterlagen erfüllen die Anforderungen an die Aktenführungs-, Protokollierungs- und Dokumentationsvorschriften im Lichte der zitierten Erwägun- gen augenscheinlich nicht, zumal kein Dokument aus der Zeit der Anordnung vor- liegt, aus welchem die anordnende Person, Datum sowie Beginn und Ende der Observation hervorgehen.
- 7.4 Die Aktenführungs- und Protokollierungsvorschriften ergeben sich bereits aus Art. 29 Abs. 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 3 EMRK und werden u.a. in Art. 76 ff. und Art. 100 StPO konkretisiert. Gemäss Art. 76 Abs. 1 StPO sind mündliche Entschei- de zu protokollieren. Das Protokoll erfüllt gemäss bundesgerichtlicher Rechtspre- chung im Strafprozess drei verschiedene Funktionen. Es hält zum einen die münd- lichen Aussagen der Verfahrensbeteiligten fest und dient insofern als Grundlage für die Feststellung des Sachverhalts. Zum andern gibt es Auskunft über die Einhal- tung der Verfahrensvorschriften und garantiert insofern ein rechtsstaatlich korrektes Verfahren. Schliesslich versetzt es das Gericht und allfällige Rechtsmittelinstanzen in die Lage, die inhaltliche Richtigkeit und verfahrensmässige Ordnungsmässigkeit

einer angefochtenen Entscheidung zu überprüfen (Urteil des Bundesgerichts 6B_492/2012 vom 22. Februar 2013 E. 1.4; vgl. zur verfahrensrechtlichen Funktion der Aktenführung [Gedächtnis- oder Perpetuierungsfunktion, Informationsfunktion, Kontroll- und Garantiefunktion sowie Grundlage einer effizienten Wahrnehmung der Verfahrensrechte] auch ausführlich SCHMUTZ, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung; 2. Aufl. 2014, N 4 ff. zu Art. 100 StPO). Die Dokumentationspflicht gilt auf allen Verfahrensstufen, also auch bereits im polizeilichen Ermittlungsverfahren. Polizeiliche Vorermittlungen und sicherheitspolizeiliche Vorkehrungen unterstehen hingegen dem jeweils anwendbaren Polizeirecht. Sie fallen aber unter die strafprozessuale Dokumentationspflicht, wenn sie zur Eröffnung eines polizeilichen Ermittlungsverfahrens führen (Urteil des Bundesgerichts 6B_719/2011 vom 12. November 2012 E. 4.5 mit Hinweisen). Es ist zu berücksichtigen, dass auch ergebnislose oder unergiebigere Ermittlungen in ihrem negativen Ausgang einen für die Urteilsfällung relevanten Gehalt aufweisen können (Urteile des Bundesgerichts 6B_1094/2019 vom 25. Juni 2020 E. 1.3.1; 6B_403/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.3.1; je mit Hinweisen). Nicht zu den Akten zu erkennen sind grundsätzlich Dokumente betreffend die operative, taktische Tätigkeit der Polizei, etwa Einsatzdispositive, Sicherheits- und Überwachungskonzepte (Urteil des Bundesgerichts 6B_719/2011 vom 12. November 2012 E. 4.5 mit Hinweisen).

- 7.5 Wie bereits dargelegt, dürfen Beweise, welche Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von *Gültigkeitsvorschriften* erhoben haben, 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 selbst 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 144 IV 302 E. 3.4.3 S. 310; 139 IV 128 E. 1.6 S. 134; Urteile 6B_998/2017 vom 20. April 2018 E. 2.2.1; 6B_56/2014 vom 16. Dezember 2014 E. 3.2, nicht publ. in: BGE 141 IV 39; je mit Hinweisen). In BGE 142 I 86 bezeichnete das Bundesgericht die Protokollierungsregeln gemäss Art. 76 ff. StPO als «in der Regel» zwingend (a.a.O. E. 2.2). In Bezug auf Art. 77 Bst. b StPO hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung hinsichtlich ihres zwingenden Charakters allerdings relativiert und diese Bestimmung als Ordnungsvorschrift bezeichnet (Urteil des Bundesgerichts 6B_893/2015 vom 14. Juni 2016 E. 1.4.3). Das Obergericht des Kantons Bern hat bereits in seinem Leitentscheid SK 12 233 vom 15. Mai 2013 entschieden, dass sowohl die Kenntnisnahme als auch die Unterzeichnung des Einvernahmeprotokolls durch die befragte Person gemäss Art. 78 Abs. 5 StPO Gültigkeitsvorschriften darstellen. Im konkreten Fall war die Belehrung der beschuldigten Person nicht gehörig protokolliert und konnte auch anderweitig nicht beweismässig erstellt werden, weshalb ihre Aussage deshalb nicht verwertbar war.

Auch in der Lehre wird mitunter die Haltung vertreten, es handle sich bei der Dokumentationspflicht der Polizei in der Regel um eine Gültigkeitsvorschrift (scheinbar

für eine generelle Gültigkeitsvorschrift: BÜRGE, Polizeiliche Ermittlung und Untersuchung, Charakteristik, Abgrenzungen und Auswirkungen auf die Beschuldigtenrechte, Bern 2018, S. 81 f.; differenziert mit Verweis auf die dargelegte Rechtsprechung GLESS, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung; 2. Aufl. 2014; N 67 zu Art. 141 StPO; BRÜSCHWEILER/NADIG/SCHNEEBELI, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2020, N 2a zu Art. 76; NÄPFLI, in: Basler Kommentar zu Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N 12 zu Art. 76 StPO).

- 7.6 Die Protokollierung der mündlichen Anordnung von Zwangsmassnahmen als Grundrechtseingriff (vgl. Art. 196 StPO) in der bereits beschriebenen Art und Weise (im Zusammenhang Observationen: anordnende Person, Zeitpunkt Anordnung, Beginn und Ende Observation) erscheint nach dem Gesagten als wesentlicher Ausfluss des rechtlichen Gehörs bzw. der Beschuldigtenrechte und zur Sicherstellung der Durchführung eines fairen Verfahrens als notwendig, zumal sie die beschuldigte Person, von Zwangsmassnahmen betroffene Dritte sowie das Gericht und allfällige Rechtsmittelinstanzen in die Lage versetzt, die inhaltliche Richtigkeit und verfahrensmässige Ordnungsmässigkeit einer (mündlich angeordneten) Zwangsmassnahme zu überprüfen. Es bestehen insofern gute Gründe für die Annahme einer Gültigkeitsvorschrift. Diese Frage kann im vorliegenden Verfahren mit Blick auf Art. 141 Abs. 2 StPO allerdings offengelassen werden. Die Verletzung der Protokollierungspflicht, welche im vorliegenden Verfahren das Recht des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör nicht deutlich verkürzt hat, wiegt auch unter Berücksichtigung der festgestellten widerrechtlichen Aufnahme des Fotos nicht schwer. Demgegenüber besteht ein gewichtiges Interesse an der Verfolgung der angeklagten Delikte (vgl. E. 5.9 f.). Selbst bei Annahme einer Gültigkeitsvorschrift läuft eine Interessenabwägung auf die Verwertbarkeit der Erkenntnisse aus der Observation hinaus.

8.

- 8.1 Einzugehen ist weiter auf die Dauer der Observation bzw. die Zuständigkeit zur Anordnung derselben. Im Ermittlungsverfahren kann die Polizei ohne Genehmigung der Staatsanwaltschaft selbstständig eine Observation anordnen, sofern deren Dauer einen Monat nicht überschreitet (Art. 282 StPO). Dabei ist für den Beginn des Fristenlaufs nicht der Zeitpunkt der Anordnung, sondern die Aufnahme der Observationstätigkeit massgebend (Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1253 Ziff. 2.5.8.3). Bei der Monatsfrist handelt es sich um eine «Brutto-Frist». Das heisst, Unterbrüche in der Observation sind nicht beachtlich und verlängern die Frist nicht (EUGSTER/KATZENSTEIN, a.a.O., N 19a zu Art. 282 StPO).
- 8.2 Vorliegend befand sich das Strafverfahren zum Zeitpunkt der Observation noch nicht im Stadium der Untersuchung. Der Observationsantrag datiert vom 28. August 2019, obschon die Observation erst ab dem 11. September 2019 begonnen haben soll. Diese zweiwöchige Verzögerung vermag die Polizei im Berichtsrapport vom 21. April 2021 damit hinreichend zu erklären, es sei vorerst bei der Kriminalabteilung ersucht worden, den Beschwerdeführer observieren zu lassen. Erst als das

Gesuch aufgrund fehlender Ressourcen abgelehnt worden sei, habe man am Montag den 9. September 2019 im Rahmen der Wochenplanung entschieden, den Beschwerdeführer mit eigenen Mitteln der Aussenfahndung zu überwachen, was letztendlich am 11. September 2019 geschehen sei. Der skizzierte Ablauf überzeugt namentlich insofern, als dass zwischen der Anfrage bei der Kriminalabteilung und deren Antwort eine gewisse Zeit verstrichen ist und die Polizei nach Rückweisung des Antrags erst im Rahmen der Wochenplanung über eine eigenständige Observation des Beschwerdeführers befunden hat. Weiter ist auch die zweitägige Zeitspanne zwischen der Anordnung und dem effektiven Beginn der Observation nachvollziehbar, weshalb davon auszugehen ist, dass die Observation am Mittwoch den 11. September 2019 begonnen hat. Das Argument des Beschwerdeführers, wonach aufgrund unzureichender Belege zu seinen Gunsten davon auszugehen sei, dass die in Frage stehende Observation noch vor dem 11. September 2019 begonnen habe, kann somit nicht gehört werden. Unbestritten und ohne Weiteres belegbar ist dagegen das Ende der Observation, das mit der Festnahme des Beschwerdeführers am 10. Oktober 2019 zusammenfällt.

- 8.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Observation vom 11. September 2019 bis zum 10. Oktober 2019 gedauert hat und infolgedessen keine Genehmigung durch die Staatsanwaltschaft notwendig war.
9. Nach dem Gesagten war die Observation des Beschwerdeführers rechtmässig. Folglich sind Ergebnisse und Erkenntnisse daraus im Strafverfahren gegen ihn verwertbar. Demnach erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
10. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden auf CHF 1'200.00 festgelegt. Die Entschädigung der amtlichen Verteidigung für ihre Aufwendungen im Beschwerdeverfahren ist durch die Staatsanwaltschaft oder das urteilende Gericht im Endentscheid festzusetzen (Art. 135 Abs. 2 StPO).

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
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. Rechtsanwältin B. _____
(per Einschreiben)
 - der Generalstaatsanwaltschaft (per Kurier)

Mitzuteilen:

- der Regionalen Staatsanwaltschaft Emmental-Oberaargau, Staatsanwältin F. _____
(mit den Akten – per Einschreiben)

Bern, 9. September 2021

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Der Präsident:

Oberrichter J. Bähler

Gerichtsschreiber i.V.:

Purtscheller

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.