

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 21 354

Bern, 22. November 2021

Besetzung

Oberrichter J. Bähler (Präsident), Oberrichter Schmid,
Oberrichterin Bratschi
Gerichtsschreiber Rudin

Verfahrensbeteiligte

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



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

Gegenstand

Verwertbarkeit von Beweismitteln
Strafverfahren wegen Pornografie

Beschwerde gegen die Verfügung der Regionalen Staatsanwalt-
schaft Berner Jura-Seeland vom 14. Juli 2021 (BJS 21 6511)

Erwägungen:

1. Die Regionale Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) führt gegen A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) ein Strafverfahren wegen Pornografie. Mit Schreiben vom 14. Juli 2021 wies die Staatsanwaltschaft den Antrag des Beschwerdeführers, amtlich vertreten durch Rechtsanwältin B. _____, auf Aus-den-Akten-Weisung des Einvernahmeprotokolls vom 21. Mai 2021 sowie sämtlicher daraus gewonnener Erkenntnisse und Funde ab. Dagegen reichte der Beschwerdeführer am 23. Juli 2021 bei der Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Bern (nachfolgend: Beschwerdekammer) Beschwerde ein.

Die Generalstaatsanwaltschaft beantragt mit Stellungnahme vom 5. August 2021 die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Weiter beantragt sie, es sei festzustellen, dass kein Fall einer notwendigen Verteidigung vorgelegen habe bzw. vorliege und die Regionale Staatsanwältin sei anzuweisen, die Verfügung vom 28. Juni 2021 (Einsetzung amtliche Verteidigung) in Wiedererwägung zu ziehen. Der Beschwerdeführer replizierte am 10. August 2021.

2. Die Beschwerde ist zulässig gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft, aber auch gegen Unterlassungen, unter Einschluss der Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung (Art. 393 Abs. 1 Bst. a und Art. 393 Abs. 2 Bst. a der Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO; SR 312.0]). Beschwerden gegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung sind an keine Frist gebunden (Art. 396 Abs. 2 StPO); demgegenüber müssen Beschwerden gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen innert 10 Tagen eingereicht werden (Art. 396 Abs. 1 StPO). Die Zuständigkeit der Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Bern ergibt sich aus Art. 13 Bst. c StPO i.V.m. Art. 35 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1) und 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). Auf Beschwerden gemäss Art. 393 Abs. 1 Bst. a StPO gegen die Nichtentfernung (angeblich) unverwertbarer Beweise aus den Strafakten 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 21 241 vom 9. September 2021 E. 2.5; BK 21 98 vom 27. Mai 2021 E. 4.1; je mit weiteren Hinweisen). Der Streitgegenstand vor der Beschwerdekammer wird durch das Anfechtungsobjekt definiert und dementsprechend auch begrenzt (Entscheide des Obergerichts des Kantons Bern BK 21 98 vom 27. Mai 2021 E. 3, BK 21 147 vom 13. April 2021 E. 2.2; je mit weiteren Hinweisen). Das angefochtene Schreiben der Staatsanwaltschaft [recte: Verfügung] vom 14. Juli 2021 ist ein beschwerdefähiges Anfechtungsobjekt und die Beschwerde wurde form- und fristgerecht erhoben, weshalb darauf einzutreten ist.

3.

3.1 Der Beschwerdeführer macht vorliegend zusammenfassend geltend, er sei Staatsangehöriger Österreichs und werde der Kinderpornografie gemäss Art. 197 Abs. 4 StGB verdächtigt, welche eine Katalogtat für eine obligatorische Landesverweisung gemäss Art. 66a Abs. 1 Bst. h StGB darstelle, weshalb bereits am 21. Mai 2021 erkennbar ein Fall notwendiger Verteidigung vorgelegen habe (Art. 130 Bst. b StPO). Entsprechend sei die betreffende Einvernahme vom 21. Mai 2021 ungültig (Art. 131 Abs. 3 StPO) und sämtliche Folgebeweise seien unverwertbar.

3.2 Die Generalstaatsanwaltschaft bringt dagegen vor was folgt:

«Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers liegt bzw. lag kein Fall einer notwendigen Verteidigung vor. Aufgrund der Meldung aus den USA bestand zwar der Verdacht, dass sie der Beschwerdeführer wegen Art. 197 Abs. 4 StGB strafbar gemacht haben könnte. Es ergaben sich aber aus dieser Meldung keine Hinweise auf eine bestimmte und damit auch nicht auf eine grosse Anzahl Filme (über 500 Erzeugnisse). Vorliegend geht es um maximal 100 Erzeugnisse mit kinderpornografischem Inhalt, welche der Beschwerdeführer besass und weiterverbreitete.

Die VBRS-Richtlinien sehen für Handlungen gemäss Art. 197 Abs. 4 StGB bei tatsächlichen sexuellen Handlungen mit Minderjährigen im Erstfall für ca. 30-200 Erzeugnisse 90 Strafeinheiten vor. Des Weiteren lässt sich der Weisung der Generalstaatsanwaltschaft betreffend die Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer entnehmen, dass in der Regel vermutet wird, dass das private Interessen der beschuldigten Person am Verbleib in der Schweiz das öffentliche Interesse an der Landesverweisung überwiegt, wenn a) ihr eine Straftat nach Art. 66a Abs. 1 StGB vorgeworfen wird, jedoch eine Strafe von höchstens 180 Strafeinheiten angezeigt erscheint, und b) sie weder wegen einer Straftat nach Art. 66a Abs. 1 StGB vorbestraft, noch in den letzten fünf Jahren vor der Tatbegehung wegen eines anderen Delikts zu einer Strafe von mehr als 180 Strafeinheiten verurteilt worden ist und c) sie Inhaberin einer gültigen Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung B, C oder Ci ist (Ziff. 8). Zudem steht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre auch das FZA einer Landesverweisung entgegen. Der Beschwerdeführer ist österreichischer Staatsangehöriger, er verfügt in der Schweiz über eine Niederlassungsbewilligung C, absolvierte bis zum 31. Juli 2021 bei C._____ eine Lehre, und wird jetzt wohl auf Stellensuche sein. Er wohnt bei seiner Familie in F._____ (Ort) und wird von dieser unterstützt. Des Weiteren weist er keine Vorstrafen auf. Gemäss Art. 5 Anhang I FZA sind Massnahmen, welche die Freizügigkeitsrechte einschränken, nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit zulässig. Vorliegend sind in die Voraussetzungen für die Einschränkung der Freizügigkeitsrechte nicht gegeben, da vom Beschwerdeführer keine hinreichend schwere Gefährdung droht.

Damit stand bzw. steht keine Freiheitsstrafe von über 1 Jahr und keine Landesverweisung zur Diskussion und der Fall wird im Strafbefehlsverfahren und ohne Landesverweisung erledigt werden können, da ein Härtefall vorliegt. Es lag und liegt deswegen auch kein Fall einer notwendigen Verteidigung vor.»

3.3 Der Beschwerdeführer macht in seiner Replik Ausführungen dahingehend, es habe gemäss dem (beigelegten) Entsiegelungsantrag der Staatsanwaltschaft vom 6. August 2021 bereits am 24. Februar 2021 ein dringender Tatverdacht gegen ihn vorgelegen.

4.

- 4.1 Liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor, so achtet die Verfahrensleitung darauf, dass unverzüglich eine Verteidigung bestellt wird (Art. 131 Abs. 1 StPO). Die Verteidigung ist insbesondere notwendig, wenn der beschuldigten Person eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder die Landesverweisung droht (Art. 130 Abs. 1 Bst. b StPO). Die notwendige Verteidigung muss spätestens im Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung im Sinne von Art. 309 StPO sichergestellt sein (Urteile des Bundesgerichts 6B_990/2017 vom 18. April 2018 E. 2.3.2; 6B_178/2017 vom 25. Oktober 2017 E. 2.2.1; 6B_883/2013 vom 17. Februar 2014 E. 2.1.2; je mit Hinweisen). Entscheidend ist dabei nicht die formelle Eröffnung der Strafuntersuchung, sondern wann eine solche hätte eröffnet werden müssen (Urteile des Bundesgerichts 6B_990/2017 vom 18. April 2018 E. 2.3.2; 6B_191/2017 vom 25. Oktober 2017 E. 2.6).

Gemäss Art. 309 Abs. 1 StPO eröffnet die Staatsanwaltschaft namentlich dann eine Untersuchung, wenn sich aus Informationen und Berichten der Polizei, aus einer Strafanzeige oder aus ihren eigenen Feststellungen ein hinreichender Tatverdacht ergibt (Bst. a) oder wenn sie Zwangsmassnahmen anordnet (Bst. b). Die Strafuntersuchung gilt als eröffnet, sobald sich die Staatsanwaltschaft mit dem Straffall zu befassen beginnt (materieller Eröffnungsbegriff). Der Eröffnungsverfügung kommt mithin lediglich deklaratorische Wirkung zu (BGE 143 IV 397 E. 3.4.2; 141 IV 20 E. 1.1.4; Urteil 6B_1080/2020 vom 10. Juni 2021 E. 5.3).

Wird die Untersuchung verspätet eröffnet und die erkennbar notwendige Verteidigung zu spät sichergestellt, unterliegen die nach dem für die Untersuchungseröffnung relevanten Zeitpunkt erhobenen Beweise der Beweisverwertungseinschränkung von Art. 131 Abs. 3 StPO (Urteile des Bundesgerichts 6B_990/2017 vom 18. April 2018 E. 2.3.2; 6B_191/2017 vom 25. Oktober 2017 E. 2.6). Die Frage der Erkennbarkeit betreffend die notwendige Verteidigung orientiert sich an objektiven Massstäben (Urteil des Bundesgerichts 6B_191/2017 vom 25. Oktober 2017 E. 2.6 mit Hinweis auf OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2012, N. 442).

- 4.2 Die Argumentation der Generalstaatsanwaltschaft, mit welcher sich der Beschwerdeführer in seiner Replik nicht auseinandersetzt, ist einschlägig. Zwar hat der Beschwerdeführer zutreffend erkannt, dass die notwendige Verteidigung gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ab Eröffnung der Untersuchung sicherzustellen ist und dass diese Eröffnung in casu vor dem 16. Juni 2021 (Datum der Eröffnungsverfügung) angezeigt gewesen wäre, mit anderen Worten formell verspätet verfügt wurde (vgl. hierzu die Hausdurchsuchungsbefehle vom 12. März 2021 sowie vom 20. Mai 2021). Der Tatverdacht fiel zudem spätestens am 21. Mai 2021 auf den Beschwerdeführer (vgl. hierzu den Anzeigerapport vom 27. Mai 2021, wonach der Beschwerdeführer unmittelbar nach seiner Anhaltung ein Schuldeingeständnis ablegte; vgl. auch den diesbezüglichen Vorhalt zu Beginn der Einvernahme vom 21. Mai 2021). Demgegenüber lag - entgegen der Ansicht der Staatsanwaltschaft gemäss Schreiben vom 18. Juni 2021 - zu keinem Zeitpunkt erkennbar ein Fall notwendiger Verteidigung vor. Gemäss den Akten, welche den Strafverfolgungsbehörden am 21. Mai 2021 vorgelegen haben, bestand der Verdacht, dass

der Beschwerdeführer auf dem Chat-Portal *OmeGLE.com* einem anderen Nutzer geschrieben hatte: «*into cp? Add me on snap for trade: G._____ (Benutzername), send a screen first from your cp for proof*». Mit Blick auf den Wortlaut von Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB bestand damit vor dem Hintergrund des Angebots «*trade*» (Handel) der Verdacht, dass der Beschwerdeführer nicht nur zum Eigenkonsum kinderpornographisches Material beschaffte (Abs. 5), sondern dieses auch Dritten anbot bzw. zugänglich machen wollte. Die Abkürzung «*cp*» (child porn) lässt weiter zumindest vermuten, dass es sich dabei um tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen handelt (2. Satz von Art. 197 Abs. 4 StGB) und nicht um sogenannte *nicht tatsächliche sexuelle Handlungen* (1. Satz). Gestützt auf das leere Strafregister des Beschwerdeführers war ferner von einem *Erstfall* auszugehen und der Beschwerdeführer war zum Zeitpunkt der Einvernahme lediglich 20 Jahre alt. Mit Blick auf Ziffer 13 (Pornografie) der Richtlinien für die Strafzumessung des Verbands Bernischer Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte (VBRS) vom 8. Dezember 2006 (Stand: 9. Dezember 2020) war somit höchstens von einem mittleren bis mittelschweren Fall (ca. 30 bis 500 Erzeugnisse) auszugehen, jedoch keinem schweren Fall (ab ca. 500 Erzeugnissen). Gemäss den VBRS-Richtlinien war im Anwendungsbereich von Art. 197 Abs. 4 StGB bei tatsächlichen sexuellen Handlungen mit Minderjährigen im Erstfall folglich mit einer Strafe von höchstens 120 Strafeinheiten zu rechnen.

Im Verlauf der Einvernahme vom 21. Mai 2021 gestand der Beschwerdeführer zwar ein, dass es sich dabei um Videos handle (S. 4 Z. 138), vereinzelt Videos mit Kleinkindern (Babys) darunter gewesen seien (S. 5 Z. 168), und dass er besonderes Interesse an Geschlechtsverkehr und Oralsex habe (S. 5. Z. 171). Er sagte allerdings bereits zu Beginn aus, dass er erst im Februar 2021 mit der Beschaffung von Kinderpornografie begonnen habe (S. 2 Z. 27) und später, dass es sich um ungefähr 100 Dateien (S. 7 Z. 288) gehandelt habe. Im Verlauf der Einvernahme verdichtete sich somit der grundsätzliche Tatverdacht auf Pornografie, betreffend das Verschulden ist der Einvernahme und auch den weiteren Beweismitteln allerdings nichts zu entnehmen, was auf einen schweren Fall bzw. eine Sanktion über 120 Strafeinheiten hinweist.

Im Lichte dieser Erkenntnis verweist die Generalstaatsanwaltschaft zu Recht auf Ziffer 8 ihrer Weisung betreffend die Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer vom 15. September 2016, wonach in der Regel vermutet wird, dass das private Interesse der beschuldigten Person am Verbleib in der Schweiz das öffentliche Interesse an der Landesverweisung überwiegt, wenn ihr eine Straftat nach Art. 66a Abs. 1 StGB vorgeworfen wird, jedoch eine Strafe von höchstens 180 Strafeinheiten angezeigt erscheint (Bst. a) und sie weder wegen einer Straftat nach Art. 66a Abs. 1 StGB vorbestraft, noch in den letzten fünf Jahren vor der Tatbegehung wegen eines anderen Delikts zu einer Strafe von mehr als 180 Strafeinheiten verurteilt worden ist (Bst. b) und sie Inhaberin einer gültigen Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung B, C oder Ci ist (Bst. c). Der Beschwerdeführer erfüllte nach dem Gesagten als Besitzer einer Niederlassung C von Beginn weg die drei Voraussetzungen gemäss Bst. a-c. Hinweise für eine Widerlegung der betreffenden Vermutung sind auch aktuell nicht ersichtlich (Einreise per Familiennachzug aus Österreich 2015, keine Betreibungen, Lehrstelle

als H. _____ (Beruf)). Es drohte mithin gestützt auf die Akten zu keinem Zeitpunkt erkennbar die Landesverweisung, zumal die Generalstaatsanwaltschaft dies nun auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren explizit verneint. Mit anderen Worten liegt kein Fall von notwendiger Verteidigung vor. Dass die Staatsanwaltschaft nach der Einvernahme vom 21. Mai 2021 die gegenteilige Haltung vertrat und gemäss Akten auch Abklärungen betreffend die allfällige Landesverweisung des Beschuldigten traf, ist im vorliegenden Verfahren nicht erheblich, da die Erkennbarkeit der notwendigen Verteidigung nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen ist. Mithin ist die Einvernahme vom 21. Mai 2021 nicht ungültig im Sinne von Art. 131 Abs. 3 StPO und die entsprechende Fernwirkung auf weitere Beweismittel zu verneinen. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

5. Die Generalstaatsanwaltschaft beantragt, es sei festzustellen, dass kein Fall von notwendiger Verteidigung vorgelegen habe bzw. vorliegt und die Regionale Staatsanwaltschaft sei anzuweisen, die Verfügung vom 28. Juni 2021 in Wiedererwägung zu ziehen. Vorliegend besteht kein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung, dass kein Fall einer notwendigen Verteidigung vorliegt (vgl. BGE 137 IV 87 E. 1; Urteil des Bundesgerichts 6B_1459/2019 vom 15. Juni 2020 E. 2.2), obschon die Beschwerdekammer die Frage der notwendigen Verteidigung vorfrageweise beantworten musste, um die Begründetheit der Beschwerde gegen die Nichtentfernung von Beweismitteln gemäss dem Schreiben der Staatsanwaltschaft vom 14. Juli 2021 zu überprüfen. Die beantragte Anweisung zur Wiedererwägung der Verfügung vom 28. Juni 2021 bezieht sich ausserdem nicht auf das vorliegend zu beurteilende Anfechtungsobjekt (Schreiben vom 14. Juli 2021) und zielt somit nicht auf den Verfahrensgegenstand (vgl. statt vieler Beschluss der Beschwerdekammer BK 21 98 vom 27. Mai 2021 E. 3), weshalb auf den Antrag nicht eingetreten wird. Es ist zudem darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdekammer gegenüber der Staatsanwaltschaft nur eingeschränkt weisungsbefugt ist (vgl. etwa Art. 397 Abs. 3 und 4 StPO), dies im Gegensatz zur Generalstaatsanwaltschaft (vgl. Art. 90 Abs. 3 GSOG).
6. Aufgrund seines Unterliegens im Hauptpunkt sind dem Beschwerdeführer die Verfahrenskosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 1'200.00, aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Staatsanwaltschaft oder das urteilende Gericht legen die amtliche Entschädigung (vorbehältlich einer vorzeitigen Entlassung) am Ende des Verfahrens fest (vgl. Art. 135 Abs. 2 StPO).

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Auf den Antrag der Generalstaatsanwaltschaft, es sei festzustellen, dass kein Fall einer notwendigen Verteidigung vorlag bzw. vorliegt und die Regionale Staatsanwältin sei anzuweisen, die Verfügung vom 28. Juni 2021 in Wiedererwägung zu ziehen, wird nicht eingetreten.
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 1'200.00, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Die Staatsanwaltschaft oder das urteilende Gericht legen die amtliche Entschädigung am Ende des Verfahrens fest (vgl. Art. 135 Abs. 2 StPO).
5. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten/Beschwerdeführer, a.v.d. Rechtsanwältin B. _____
(per Einschreiben)
 - der Generalstaatsanwaltschaft (per Kurier)

Mitzuteilen:

- der Regionalen Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland, Staatsanwältin D. _____
(mit den Akten – per Einschreiben)

Bern, 22. November 2021

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Der Präsident:

Oberrichter J. Bähler

Der Gerichtsschreiber:

Rudin

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.

