

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 22 249

Bern, 1. Dezember 2022

Besetzung

Oberrichter J. Bähler (Präsident), Oberrichter Schmid,
Oberrichterin Bratschi
Gerichtsschreiberin Kurt

Verfahrensbeteiligte

A. _____
a.v.d. Rechtsanwalt B. _____
Beschuldigter 1/Beschwerdeführer

C. _____

Beschuldigte 2

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

Gegenstand

Verdeckte Fahndung

Strafverfahren wegen Widerhandlung gegen das Sportförde-
rungsgesetz

Beschwerde gegen die Verfügung der Regionalen Staatsanwalt-
schaft Bern-Mittelland vom 3. März 2022 (BM 22 1762)



Erwägungen:

1. Die Regionale Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) ordnete mit Verfügung vom 3. März 2022 im Verfahren gegen die Beschuldigten wegen Widerhandlung gegen das Sportförderungsgesetz eine verdeckte Fahndung an. Am 19. Mai 2022 teilte die Staatsanwaltschaft den Beschuldigten den Einsatz eines verdeckten Ermittlers mit. Dagegen reichte der Beschuldigte 1 (nachfolgend: Beschwerdeführer), vertreten durch Rechtsanwalt B._____, am 2. Juni 2022 Beschwerde ein und beantragte die Aufhebung der Verfügung vom 3. März 2022. Sodann stellte er den prozessualen Antrag, dass ihm im vorliegenden Beschwerdeverfahren die amtliche Verteidigung zu gewähren und Rechtsanwalt B._____ als amtlicher Verteidiger einzusetzen sei. Weiter seien bei der Staatsanwaltschaft die vollständigen Akten beizuziehen und ihm mit Frist zur weiteren Stellungnahme zuzustellen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Der Verfahrensleiter der Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Bern (nachfolgend: Beschwerdekammer) eröffnete am 9. Juni 2022 ein Beschwerdeverfahren. Der Antrag des Beschwerdeführers auf Beiordnung einer amtlichen Verteidigung für das Beschwerdeverfahren wurde gutgeheissen und Rechtsanwalt B._____ als amtlicher Anwalt bestellt. Die Generalstaatsanwaltschaft beantragte in ihrer Stellungnahme vom 30. Juni 2022 die Abweisung der Beschwerde, eventualiter die Zustellung der Instruktion zur verdeckten Fahndung sowie die zugehörige Ergänzung an den Beschwerdeführer und die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels. Mit Verfügung vom 4. Juli 2022 stellte der Verfahrensleiter Rechtsanwalt B._____ die amtlichen Akten zu. Auf die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels wurde verzichtet. Der Beschwerdeführer replizierte am 18. Juli 2022 und hielt an den gestellten Anträgen fest bzw. beantragte die Gutheissung seiner Beschwerde.
2. Gegen die verdeckte Fahndung kann bei der Beschwerdekammer innert 10 Tagen nach deren Mitteilung schriftlich und begründet Beschwerde geführt werden (Art. 298d Abs. 4 i.V.m. Art. 298 Abs. 3 i.V.m. Art. 393 Abs. 1 Bst. a und Art. 396 Abs. 1 der Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0), Art. 35 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1] i.V.m. Art. 29 Abs. 2 des Organisationsreglements des Obergerichts [ORGO; BSG 162.11]). Der Beschwerdeführer ist durch die Anordnung der verdeckten Fahndung unmittelbar in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen und somit zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 382 StPO). Auf die form- und fristgerechte Beschwerde ist einzutreten.
3. Eine genehmigungspflichtige verdeckte Ermittlung im Sinne von Art. 285a StPO liegt vor, wenn Angehörige der Polizei oder Personen, die vorübergehend für polizeiliche Aufgaben angestellt sind, unter Verwendung einer durch Urkunden abgesicherten falschen Identität (Legende) durch täuschendes Verhalten zu Personen Kontakte knüpfen mit dem Ziel, ein Vertrauensverhältnis aufzubauen und in ein kriminelles Umfeld einzudringen, um besonders schwere Straftaten aufzuklären. Um eine nicht genehmigungsbedürftige verdeckte Fahndung gemäss Art. 298a StPO handelt es sich hingegen, wenn Polizeiangehörige im Rahmen kurzer Einsät-

ze ohne Erkennbarkeit ihrer wahren Identität und Funktion Verbrechen und Vergehen aufzuklären versuchen und dabei insbesondere Scheingeschäfte abschliessen oder den Willen zum Abschluss vortäuschen (Abs. 1). Verdeckte Fahnderinnen oder Fahnder werden nicht mit einer Legende ausgestattet (Abs. 2 Satz 1). Verdeckte Ermittlung und verdeckte Fahndung unterscheiden sich somit insbesondere dadurch, dass verdeckte Ermittler mit einer durch Urkunden abgesicherten falschen Identität (Legende) ausgestattet werden. Die verdeckte Ermittlung erfordert damit eine qualifizierte Form der Täuschung durch Verwenden von Urkunden. Die Legendenausstattung bildet dabei ein zentrales Abgrenzungselement. Demgegenüber legen verdeckte Fahnder zwar ihre wahre Identität oder Funktion nicht offen, sie bedienen sich aber grundsätzlich bloss einfacher Lügen, indem sie etwa über ihr Geschlecht, ihr Alter und ihren Wohnort unwahre Angaben machen oder in Chat-Räumen beispielsweise ein Pseudonym verwenden. Soweit Polizeianghörige somit zwar ihre wahre Funktion nicht offenlegen, sich dabei aber nicht falscher Urkunden bedienen, kein eigentliches Vertrauensverhältnis aufbauen, die Massnahme nicht auf längere Dauer angelegt ist und der Aufklärung von Verbrechen oder Vergehen dient, sind grundsätzlich nicht die Regeln über die verdeckte Ermittlung, sondern jene über die verdeckte Fahndung massgebend (vgl. zum Ganzen BGE 145 IV 27 E. 2.3 f.).

Aus der Instruktion zur verdeckten Fahndung vom 3. März 2022 geht hervor, dass Letztere für einen einmaligen Kauf im Webshop der Beschuldigten im März 2022 angeordnet wurde. Die Ergänzung zur Instruktion vom 31. März 2022 zeigt, dass der Auftrag zur verdeckten Fahndung bis zum Erhalt der bestellten Waren verlängert wurde. Zwar trifft es zu, dass der verdeckte Fahnder im Zusammenhang mit der Bestellung einen falschen Namen und eine falsche Adresse angab. Es handelt sich dabei aber um einfache Lügen und keine qualifizierte Form der Täuschung durch Verwenden von Urkunden. Solches wird auch nicht behauptet. Mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers ist mit der Bekanntgabe der vermeintlichen Kontaktdaten im E-Mail vom 18. März 2022 die Schwelle zur verdeckten Ermittlung nicht überschritten worden. Es wurde auch kein eigentliches Vertrauensverhältnis aufgebaut und die Massnahme war nicht auf eine längere Dauer angelegt. Dies bestätigt auch der Inhalt der Instruktion. Es handelt sich klarerweise um eine verdeckte Fahndung. Eine solche wurde auch formell angeordnet. Dass in der Mitteilung (versehentlich) von einer verdeckten Ermittlung die Rede ist, ändert daran nichts. Entsprechend war weder eine Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht nach Art. 289 Abs. 1 StPO erforderlich noch musste eine Straftat nach Art. 286 Abs. 2 StPO vorliegen (vgl. auch BGE 143 IV 27 E. 4.5).

4.

- 4.1 Die Staatsanwaltschaft und im Ermittlungsverfahren die Polizei können gemäss Art. 298b StPO eine verdeckte Fahndung anordnen, wenn der Verdacht besteht, ein Verbrechen oder Vergehen sei begangen worden, und die bisherigen Ermittlungs- oder Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sind oder die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden.

- 4.2 Dem Beschwerdeführer wird eine Widerhandlung gegen Art. 22 des Sportförderungsgesetzes (SpoFöG; SR 415.0) vorgeworfen. Demgemäss wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer zu Dopingzwecken Mittel nach Art. 19 Abs. 3 herstellt, erwirbt, einführt, ausführt, durchführt, vermittelt, vertreibt, verschreibt, in Verkehr bringt, abgibt oder besitzt oder Methoden nach Art. 19 Abs. 3 bei Dritten anwendet. Vorab kann festgehalten werden, dass sich der Verdacht damit auf ein Vergehen richtet. Eine verdeckte Fahndung kommt daher grundsätzlich in Frage. Eine qualifizierte Begehungsweise ist nicht erforderlich.
- 4.3 Weiter muss ein hinreichender Tatverdacht vorliegen, was sich aus Art. 197 Abs. 1 Bst. b StPO ergibt. Die verdeckte Fahndung wird i.d.R. in einem frühen Stadium des Verfahrens eingesetzt und dient dazu, einen bereits bestehenden Tatverdacht zu konkretisieren. Insofern darf der Tatverdacht auch ein bloss vager sein. Der Verdacht darf ein Anfangsverdacht sein, der aber so hinreichend sein muss, dass sich eine verdeckte Fahndung rechtfertigt. Ob er sich als Folge der verdeckten Fahndung oder aufgrund anderer Ermittlungsmassnahmen derart konkretisiert, dass gegen die Zielperson ein Verfahren eröffnet werden muss, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen (KNODEL, in: Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 7 zu Art. 298b StPO; auch zum Folgenden sowie BGE 140 I 353 E. 5.4 mit weiteren Verweisen).
- 4.4 Aus den Akten ergibt sich, dass das Verfahren durch eine Anzeige der Stiftung D._____ (ehemals: Stiftung E._____) in Gang kam. Die Stiftung D._____ (nachfolgend: Stiftung) erhielt am 5. Januar 2022 eine anonyme Meldung, wonach der Beschwerdeführer auf der Webseite F._____ Produkte mit verbotenen Substanzen zum Kauf anbiete. Die Stiftung tätigte in der Folge weitere Abklärungen, welche diesen Verdacht bestätigten. Es kann auf die der Strafanzeige angehängten Fotos und Dokumentationen sowie den Berichtsrapport der Kantonspolizei vom 18. Mai 2022 verwiesen werden. Daraus geht beispielsweise hervor, dass die Verfügbarkeit von echtem Oxymetholon etwas schwierig sei. Zudem wurde die E-Mailadresse: «G._____» angegeben, unter welcher gekauft werden könne (vgl. Pos Nr. 2 Beilage S. 4 zur Strafanzeige). Aus den gesammelten Dateien ergeben sich auch konkrete Hinweise, dass sich hinter dem in der E-Mailadresse verwendeten Namen der Beschwerdeführer verbirgt (vgl. Pos Nr. 4, Beilage S. 6 zur Strafanzeige). Entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers in seiner Replik weisen diese Unterlagen auch einen hinreichenden Zusammenhang zur Website F._____ auf. Anhaltspunkte, dass die Stiftung diesbezüglich falsche Angaben machte oder falsche Dokumente einreichte, liegen nicht vor. Der Eingang der anonymen Meldung ist glaubhaft und zusammen mit den Nachforschungen der Stiftung und den eingereichten Beilagen zur Strafanzeige geeignet, einen Verdacht, wonach der Beschwerdeführer am Verkauf von Dopingmitteln beteiligt ist, zu begründen. Es kann auch auf die Ausführungen der Generalstaatsanwaltschaft verwiesen werden. Der Umstand, dass die Staatsanwaltschaft die Kantonspolizei am 8. Februar 2022 mit Ermittlungen beauftragte, stellt den Verdacht nicht in Frage. Vielmehr zeigt die ebenfalls am 8. Februar 2022 erfolgte Eröffnung des Strafverfahrens, dass für die Staatsanwaltschaft ein hinreichender Verdacht vorlag, welcher weiter konkretisiert werden sollte.

4.5 Es mag zutreffen, dass eine verdeckte Fahndung eine gravierendere Verdachtslage voraussetzt als z.B. die Observation, für welche der Gesetzgeber gemäss Art. 282 Abs. 1 Bst. a StPO «konkrete Anhaltspunkte» genügen lässt und nicht von einem Verdacht spricht (vgl. KNODEL, a.a.O., N. 7 zu Art. 298b StPO). Eine solch «gravierendere» Verdachtslage ist aber vorliegend gegeben. Der Umstand, dass die Staatsanwaltschaft von konkreten Anhaltspunkten spricht, ändert mit Blick auf die beschriebene Ausgangslage nichts am Vorliegen eines Verdachts im Sinne von Art. 298b Abs. 1 Bst. a StPO. Weiter spielen die vom Beschwerdeführer erwähnten Beilagen 5-8, welche ihm anlässlich seiner Einvernahme vom 11. Mai 2022 offenbar vorgehalten worden sind, für die Begründung des Tatverdachts im Zusammenhang mit der Anordnung einer verdeckten Fahndung keine Rolle, weshalb es für den Ausgang des Beschwerdeverfahrens auch nicht relevant ist, ob diese zu jenem Zeitpunkt bereits vorgelegen haben. Mit Blick auf die Strafanzeige und die anonyme Meldung lässt sich auch ein Tatzeitraum ableiten. Jedenfalls stellt der Umstand, dass die Dokumente nicht datiert sind, den Verdacht nicht in Frage. Ob aktuell bzw. zum Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde verbotene Substanzen über den Webshop angeboten wurden, hat ebenfalls keine Auswirkungen auf die Beurteilung des Verdachts zum Zeitpunkt der Anordnung der verdeckten Fahndung.

5.

5.1 Eine verdeckte Fahndung darf weiter nur angeordnet werden, wenn die bisherigen Ermittlungs- oder Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sind oder die Ermittlungen ohne die verdeckte Fahndung aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden (Art. 298b Abs. 1 Bst. b StPO). Der Beschwerdeführer rügt in diesem Zusammenhang eine Verletzung der Begründungspflicht. Die Staatsanwaltschaft führt in der angefochtenen Verfügung aus, die Ermittlungen in Bezug auf die Vorgehensweise und die Tatbeteiligungen seien ohne Einsatz eines verdeckten Fahnders unverhältnismässig erschwert bzw. aussichtslos. Diese Begründung ist zwar knapp, aber ausreichend. Daraus geht hervor, weshalb die Staatsanwaltschaft die verdeckte Fahndung als erforderlich ansieht (Abklärung Vorgehensweise und Tatbeteiligungen). Daraus ergibt sich implizit auch der Schluss, dass andere Ermittlungsmassnahmen nicht gleich geeignet oder ungeeignet sind und deshalb die Ermittlungen ohne verdeckte Fahndung erschwert sind. Ob dies zutrifft, ist eine materielle Frage. Eine Gehörsverletzung liegt nicht vor. Der Beschwerdeführer war denn auch in der Lage, die Verfügung sachgerecht anzufechten.

5.2 Mit dieser zweiten, zuvor zitierten Voraussetzung für die Anordnung einer verdeckten Fahndung (Art. 298b Abs. 1 Bst. b StPO) wird das Prinzip der Verhältnismässigkeit gemäss Art. 197 Bst. c StPO konkretisiert. Vor jedem Einsetzen von Zwangsmassnahmen ist zu prüfen, ob das angestrebte Ziel nicht mit milderer Massnahmen erreicht werden könnte (KNODEL, a.a.O. N. 8 zu Art. 298b StPO mit Verweis auf N. 22 zu Art. 286 StPO). Zwar konnte der Beschwerdeführer bereits als Tatverdächtiger identifiziert werden und man hatte aufgrund der bisherigen Datenlage auch Hinweise zu den Modalitäten des Inverkehrbringens, aber es ist nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdeführer auch nicht begründet, inwiefern weitere und ausschlaggebende Erkenntnisse ohne eine verdeckte Fahndung möglich ge-

wesen wären. Der Hinweis erfolgte anonym, weshalb keine Auskunftspersonen eivernommen werden konnten. Mit einer Bestellung bzw. einem Scheinkauf sollte verifiziert werden, ob die anonymen Angaben bestätigt werden können (vgl. auch Berichtsrapport «Beendigung einer durch die Staatsanwaltschaft verdeckten Fahndung» vom 3. Mai 2022). Andere, mildere und ebenfalls geeignete konventionelle Mittel sind nicht erkennbar. Ohne den Einsatz eines verdeckten Fahnders hätte vorliegend eine umfassende Überwachung des Computers oder des Geschäfts- und Mailverkehrs des Beschwerdeführers erfolgen müssen. Auch die Hausdurchsuchung war zu diesem Zeitpunkt keine geeignete Alternative, da die Staatsanwaltschaft nicht zwingend davon ausgehen konnte, dass sich allfällige Beweise am Domizil des Beschwerdeführers befinden. Eine erfolglose Hausdurchsuchung hätte den Ermittlungserfolg einer später angeordneten verdeckten Fahndung erheblich erschwert, wenn nicht sogar verunmöglicht. Der Einsatz eines verdeckten Fahnders schuf vorliegend die Möglichkeit, den Beschwerdeführer in flagranti zu erwischen. Ein solches Vorgehen ist bei der vorliegenden Ausgangslage nicht nur verhältnismässig, sondern stellt sogar eher sicher, dass Rechte Unbeteiligter nicht verletzt werden (vgl. HANSJAKOB/PAJAROLA, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl. 2020, N. 8 zu Art. 298b StPO). Die Ermittlungen wären daher ohne den Einsatz eines verdeckten Fahnders zumindest unverhältnismässig erschwert gewesen.

- 5.3 Weiter kann mit Blick auf die bisherigen Ermittlungsergebnisse nicht davon ausgegangen werden, es fehle ein Zusammenhang zur Schweiz und die Staatsanwaltschaft sei nicht zuständig. Abgesehen davon ist diese Frage nicht im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu klären. Der Beschwerdeführer hat die angeblich fehlende Zuständigkeit zunächst bei der Staatsanwaltschaft zu rügen (vgl. Art. 41 StPO).

Die Beschwerde ist abzuweisen.

6. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 428 Abs. 1 StPO). Entgegen seinen Vorbringen hat der Umstand, dass ihm die fehlenden Aktenstücke erst im Beschwerdeverfahren zugestellt wurden und in der Mitteilung versehentlich die Rede von einer verdeckten Ermittlung war, keinen Einfluss auf die Kosten. Wie seine Replik zeigt, änderten die ihm neu bekannt gewordenen Aktenstücke nichts an seinen Anträgen oder seiner Einschätzung, wonach eine verdeckte Ermittlung vorliege. Dem Beschwerdeführer sind daher weder durch die zunächst fehlenden Aktenstücke noch die falsche Bezeichnung in der Mitteilung vom 19. Mai 2022 ein Rechtsnachteil oder Mehraufwand entstanden. Dem Verteidiger des Beschwerdeführers ist für das Beschwerdeverfahren eine amtliche Entschädigung auszurichten; die Rück- und Nachzahlungspflicht bleibt vorbehalten (Art. 135 StPO). Die Kostennote von Rechtsanwalt B._____ vom 30. November 2022 gibt insgesamt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die amtliche Entschädigung für das Beschwerdeverfahren wird auf CHF 1'557.00 (inkl. Auslagen und MWST) festgesetzt.

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 1'200.00, trägt der Beschwerdeführer.
3. Die für das Beschwerdeverfahren zu entrichtende Entschädigung des amtlich bestellten Anwalts des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt B. _____, wird bestimmt auf.

Leistungen					
			Satz		
amtliche Entschädigung			200.00	CHF	1'426.70
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	19.00
Mehrwertsteuer	7.7%	auf CHF	1'445.70	CHF	111.30
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	1'557.00
volles Honorar				CHF	1'997.30
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	19.00
Mehrwertsteuer	7.7%	auf CHF	2'016.30	CHF	155.25
Total				CHF	2'171.60
nachforderbarer Betrag				CHF	614.60

Sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers erlauben, hat er dem Kanton Bern die für das Beschwerdeverfahren ausgerichtete Entschädigung von CHF 1'557.00 zurückzuzahlen und Rechtsanwalt B. _____ die Differenz zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar, ausmachend CHF 614.60, zu erstatten.

4. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten 1/Beschwerdeführer, a.v.d. Rechtsanwalt B. _____ (per Einschreiben)
 - der Generalstaatsanwaltschaft (per Kurier)

Mitzuteilen:

- der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland, Staatsanwältin I. _____ (mit den Akten – per Kurier)
- der Beschuldigten 2 (per B-Post)

Bern, 1. Dezember 2022

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Der Präsident:

Oberrichter J. Bähler

Die Gerichtsschreiberin:

Kurt

i.V. Gerichtsschreiberin Lauber

Die Entschädigung für das Beschwerdeverfahren wird durch die Beschwerdekammer in Strafsachen entrichtet.

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.

Gegen den Entschädigungsentscheid kann die amtliche Verteidigung innert 10 Tagen seit Zustellung bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts, Viale Stefano Franscini 7, 6500 Bellinzona schriftlich und begründet Beschwerde führen (Art. 135 Abs. 3 Bst. b, Art. 396 Abs. 1 StPO).