

BS_APPELLATIONSGERICHT BES.2024.66 vom 27. Dezember 2024

BS Appellationsgericht, 2024-12-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_BES.2024.66

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT BES.2024.66 du 27 décembre 2024

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT BES.2024.66 del 27 dicembre 2024

Erwägungen

E. 1

1.1 Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft kann gemäss Art. 393 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 lit. b der Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde steht auch gegen eine Durchsuchung und Beschlagnahme offen (Keller, in: Donatsch et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 2020, Art. 393 N 15; Bommer/Goldschmid, in: Basler Kommentar, 3. Auflage 2023, Art. 263 StPO N 68). Zuständiges Beschwerdegericht ist das Appellationsgericht Basel-Stadt als Einzelgericht (§ 88 Abs. 1 i.V.m. § 93 Abs. 1 Ziff. 1 Satz 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Die Kognition des Appellationsgerichts ist frei und nicht auf Willkür beschränkt (Art. 393 Abs. 2 StPO).

E. 1.2

1.2.1 Zur Beschwerdeerhebung legitimiert ist, wer ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheides hat (Art. 382 Abs. 1 StPO). Die Beschwerdelegitimation nach Art. 382 Abs. 1 StPO verlangt eine unmittelbare persönliche Betroffenheit der rechtsuchenden Partei in den eigenen rechtlich geschützten Interessen (BGer 1B_242/2015 vom 22. Oktober 2015 E. 4.3.1). Der Beschwerdeführer ist als Adressat des Durchsuchungs- und Sicherstellungsbefehls zur Beschwerdeerhebung legitimiert. Auf die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde ist einzutreten.

E. 2

2.1 Der Beschwerdeführer beantragt in seiner Beschwerde vom 6. Mai 2024 die Herausgabe seines sichergestellten Mobiltelefons. Er wendet sich gegen die Darstellung der Staatsanwaltschaft, dass er das Mobiltelefon freiwillig übergeben habe. Vielmehr habe er aufgrund des autoritären Verhaltens der Beamten den Eindruck erhalten, das Mobiltelefon herausgeben zu müssen (Akten, S. 5). Darüber hinaus rügt der Beschwerdeführer die fehlende Rechtsbelehrung, die seinen Eindruck, zur Herausgabe des Mobiltelefons verpflichtet zu sein, noch verstärkt habe. Zudem sei der Verdacht, dass das Mobiltelefon kinderpornografisches Material enthalten könnte, erst nach Durchsicht seiner Fotogalerie auf dem Mobiltelefon entstanden. Auch sei der schriftliche Durchsuchungsbefehl erst drei Tage nach der Sicherstellung des Mobiltelefons ergangen. Damit stehe fest, dass die Beamten zum Zeitpunkt der Sicherstellung nicht befugt gewesen seien, das Mobiltelefon zu durchsuchen (Akten, S. 6).

2.2 Die Staatsanwaltschaft widerspricht der Darstellung des Beschwerdeführers in ihrer Stellungnahme vom 3. Juni 2024 (Akten, S. 25 ff.). So habe der Beschwerdeführer die Fotogalerie seines Mobiltelefons freiwillig bzw. aus eigenem Antrieb gezeigt, um zu

belegen, dass er die Fotos der Mädchen gelöscht habe. Bei dieser Überprüfung, habe ein Beamter mutmasslich kinderpornografisches Material erkannt, woraufhin der Beschwerdeführer sein Mobiltelefon gesperrt habe. Das Mobiltelefon wurde aufgrund dieses Verdachts sichergestellt. Die Sicherstellung wurde mittels Formular durch den Beschwerdeführer unterschriftlich bestätigt. Überdies wäre eine Einsichtnahme auch ohne freiwilliges Vorzeigen des Mobiltelefons aufgrund § 2 Abs. 2 PolG BS zulässig gewesen, um den Persönlichkeitsschutz der betroffenen Minderjährigen durchzusetzen. Zudem habe der Beschwerdeführer seine Rechte als Beschuldigter bereits aufgrund eines anderen Delikts gekannt und gewusst, dass er nicht zur Mitwirkung verpflichtet gewesen wäre. Da die Massnahme auch verhältnismässig gewesen sei, seien die Voraussetzungen für die Durchsuchung erfüllt und der Sicherstellungsbefehl rechtmässig erlassen worden. Die Staatsanwaltschaft verweist zudem auf das Urteil 1B_535/2021 vom 19. Mai 2022 E. 2.3, wonach bei einer Hausdurchsuchung nach dem Code des Mobiltelefons des Beschuldigten gefragt werden darf, ohne ihn über seine Rechte zu belehren. Das Bundesgericht habe in diesem Entscheid klargestellt, dass solche Fragen keine Einvernahme darstellen und daher keine Belehrung über das Mitwirkungsverweigerungsrecht erforderlich sei. Diese Beurteilung sei auf den vorliegenden Fall zu übertragen (Akten S. 25 ff.).

2.3 In seiner Replik hält der Beschwerdeführer an der Sachverhaltsdarstellung seiner Beschwerde vom 6. Mai 2024 fest. Er macht zudem geltend, dass die zwangsweise polizeiliche Feststellung der Existenz von persönlichkeitsverletzenden Bildern der vier Minderjährigen nicht zu den Massnahmen gehöre, die das Bundesrecht zur Abwehr von Persönlichkeitsverletzungen vorsehe. Er weist darauf hin, dass das Bundesgericht die Frage offen gelassen habe, ob bei einer Hausdurchsuchung gestellte Fragen, die nicht die Sache betreffen, eine Einvernahme darstellen. Auch betont er, dass im vorliegenden Fall nicht nach dem PIN-Code gefragt worden sei, sondern das Mobiltelefon nach strafbaren Handlungen durchsucht worden sei. Selbst wenn der PIN-Code abgefragt werden dürfe, rechtfertige dies nicht die sofortige Durchsuchung des Telefons ohne Rechtsbelehrung. Das Mobiltelefon müsse der Staatsanwaltschaft übergeben werden, die über das weitere Vorgehen entscheide. Da auch der Umstand, dass ein weiteres Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer geführt werde, nicht ausreiche, um einen hinreichenden Tatverdacht zu begründen, stelle die Durchsuchung des Mobiltelefons eine unzulässige «fishing expedition» dar (Akten, S. 54).

E. 3

Auflage 2023, Art. 215 StPO N 13 ff.). Dies war vorliegend der Fall, weshalb auch eine Rechtsbelehrung noch nicht erforderlich war.

Folgerichtig erliess die Staatsanwaltschaft drei Tage später, am 25. April 2024, einen Durchsuchungsbefehl (Akten, S. 14). Mit Schreiben vom selben Tag wurde der Beschwerdeführer bzw. sein amtlicher Verteidiger über die Möglichkeit einer Siegelung informiert (vgl. Akten, S. 13). Nur am Rande sei vermerkt, dass die Frist zur Einreichung des Siegelungsgesuchs verpasst wurde und deshalb letztlich auf das Eventualbegehren auf Siegelung verzichtet wurde (Akten, S. 51).

3.1.2 Der Beschwerdeführer führt sodann an, dass die Durchsicht des Mobiltelefons im Zuge der Anhaltung aufgrund der Requisition der Minderjährigen als unzulässige Beweisausforschung bzw. «fishing expedition» zu werten sei. Von einer «fishing expedition» spricht man, wenn der Zwangsmassnahme kein genügender dringender

Tatverdacht zugrunde lag, sondern planlos Beweisaufnahmen getätigt werden (BGE 137 I 218 E. 2.3.2). Die Ergebnisse einer «fishing expedition» sind grundsätzlich nicht verwertbar (BGer 6B_821/2021 vom 6. September 2023 E. 1.3.1). Abzugrenzen ist das «fishing» von Zufallsfunden, also von Gegenständen, die bei einer Durchsuchung zufällig entdeckt werden und mit der abzuklärenden Straftat zwar nicht in einem Zusammenhang stehen, aber auf eine andere Straftat hinweisen. Zufallsfunde sind gemäss Art. 243 Abs. 1 StPO sicherzustellen; anschliessend entscheidet die Verfahrensleitung über deren Verwertbarkeit und allfällige Beschlagnahme (vgl. Art. 243 Abs. 2 StPO).

Der Beschwerdeführer spricht von einem fehlenden Anfangsverdacht, der eine Kontrolle des Mobiltelefons rechtfertigen würde (Akten, S. 52 f.). Dem kann nicht gefolgt werden. Die Überprüfung der Fotogalerie erfolgte im Zuge einer Requisition wegen heimlichen Fotografierens und zum Schutz der privaten Rechte der vier Jugendlichen. Der Beschwerdeführer hat den Polizisten freiwillig Einblick in sein Mobiltelefon gewährt (vgl. oben E. 3.2.1) und erst dann wurde das mutmasslich kinderpornografische Bildmaterial entdeckt. Kinderpornografie wird dabei als «harte Pornografie» nach Art. 197 Abs. 4 und

E. 3.1

3.1.1 Der Beschwerdeführer wirft den Beamten vor, er habe der Durchsuchung seines Mobiltelefons nicht zugestimmt und sei auch nicht über seine Rechte belehrt worden. Er gibt an, dass er die Fotos für sich selbst gemacht und auf Aufforderung der vier Jugendlichen sofort gelöscht habe.

Da die Jugendlichen bestätigten, dass der Beschwerdeführer die Fotos gelöscht habe (Akten, S. 30), ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer ihnen die Fotogalerie auf seinem Mobiltelefon vor der Polizeikontrolle freiwillig gezeigt hat. Indem er die Fotogalerie dann der Polizei zur Überprüfung vorlegte, versuchte er sich direkt vor Ort zu entlasten. All dies spricht dafür, dass das Zeigen der Fotogalerien stets freiwillig erfolgte und der Beschwerdeführer erst nach Entdeckung des verdächtigen Fotomaterials seine Meinung änderte und das Mobiltelefon sperrte, um eine nähere Betrachtung der Fotos zu verhindern. Der Beschwerdeführer verkennt, dass zu diesem Zeitpunkt somit noch keine Durchsuchung des Mobiltelefons nach Art. 246 StPO stattgefunden hat, sondern lediglich überprüft wurde, ob die wenige Minuten zuvor aufgenommenen Fotos tatsächlich gelöscht worden waren. Zudem darf die Polizei im Rahmen der polizeilichen Anhaltung gemäss Art. 215 Abs. 1 lit. b StPO im Interesse der Aufklärung einer Straftat Personen vor Ort oder auf dem Polizeiposten kontrollieren und sie kurz informell, d.h. ohne Protokollierung und Belehrung befragen, insbesondere wenn es darum geht, sich einen Überblick über die Situation zu beschaffen (Fabbri/Inhelder, in: Basler Kommentar,

E. 3.2

Die Überprüfung des Mobiltelefons ist rechtmässig erfolgt. Nachfolgend gilt es, die daraufhin erfolgte Bestätigung der Sicherstellung zu prüfen.

3.2.1 Die Zulässigkeit einer strafprozessualen Beschlagnahme von Gegenständen hängt von verschiedenen Voraussetzungen ab. Erforderlich sind zunächst eine gesetzliche Grundlage (Art. 197 Abs. 1 lit. a StPO), ein hinreichender Tatverdacht (lit. b) und die Verhältnismässigkeit der Beschlagnahme (lit. c und d). Im Rahmen der Verhältnismässigkeit ist insbesondere zu prüfen, ob die mit der Zwangsmassnahme angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können und ob die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt. Auch müssen die

beschlagnahmten Gegenstände im Verlauf des Strafverfahrens voraussichtlich zu einem der in Art. 263 Abs. 1 StPO genannten Zwecke (Beweismittel-, Deckungs-, Restitutions- oder Einziehungsbeschlagnahme) gebraucht werden. Eine Beweismittelbeschlagnahme gemäss Art. 263 Abs. 1 lit. a StPO dient dem mittelbaren Ziel, eine strafrechtlich oder strafprozessual bedeutsame Tatsache zulasten oder zugunsten der beschuldigten Person nachzuweisen. Es genügt eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass das Beweisobjekt unmittelbar oder mittelbar mit der strafbaren Handlung in Zusammenhang steht (BGer 1B_103/2012 vom 5. Juli 2012 E. 2.1; BStGer BB.2014.163■164 vom 9. Juni 2015 E. 3.1; AGE BES.2018.173 vom 11. Februar 2019 E. 4.5.4).

Zur Anordnung der Beschlagnahme ist in der Regel nur die Staatsanwaltschaft oder das Gericht befugt. Eine Ausnahme besteht nach Art. 263 Abs. 3 StPO für die Polizei, welche bei «Gefahr im Verzug» die vorläufige Sicherstellung von Gegenständen oder Vermögenswerten zu Händen der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts anordnen kann. Diese haben anschliessend die Beschlagnahme anzuordnen oder das Objekt freizugeben (vgl. Bommer/Goldschmid, in: Basler Kommentar, 3. Auflage 2023, Art. 263 StPO N 67 mit weiteren Hinweisen).

3.2.2 Die Kantonspolizei Basel-Stadt stützt sich auf Art. 263 Abs. 3 und Art. 306 StPO als gesetzliche Grundlage für die Sicherstellung des Mobiltelefons. So ist es nach Art. 306 Abs. 2 lit. a StPO Aufgabe der Polizei, Beweise sicherzustellen. Fraglich ist jedoch, ob im vorliegenden Fall obgenannte «Gefahr im Verzug» vorlag, d.h. ob ohne die Sicherstellung der Gegenstand für die Zwecke des Strafverfahrens verloren gegangen wäre. Dies ist zu bejahen. Hätten die Beamten das Mobiltelefon nicht unverzüglich sichergestellt, nachdem der Beamte auf dem Mobiltelefon verdächtige Fotos entdeckt hatte, hätte die Gefahr bestanden, dass der Beschwerdeführer die verdächtigen Fotos hätte löschen können, bevor eine ordnungsgemässe Beschlagnahme durch die Staatsanwaltschaft mittels Beschlagnahmefehl hätte erfolgen können.

3.2.3 Ferner muss ein hinreichender Tatverdacht gemäss Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO vorliegen. Um einen solchen Tatverdacht begründen zu können, müssen die Hinweise auf eine strafbare Handlung grundsätzlich erheblich und konkreter Natur sein (BGE 141 IV 87 E. 1.3.1). Ferner muss die Sicherstellung verhältnismässig sein. Wie bereits dargelegt, fand die Kontrolle der Fotogalerie aufgrund eines Hinweises der vier Requirierenden statt. Bei dieser freiwilligen Kontrolle sind dem Beamten die kinderpornografischen Bilder aufgefallen, so dass ein hinreichender Tatverdacht unweigerlich gegeben war (vgl. auch oben E. 3.1.2). Ein milderer Mittel ist nicht ersichtlich, da die Aufzeichnungen auf dem Mobiltelefon des Beschwerdeführers Aufschluss darüber geben können, inwieweit er mit kinderpornografischen Inhalten in Berührung gekommen ist oder diese besessen hat. Es bestehen reelle Aussichten, dass auf dem Mobiltelefon tatrelevantes Material gefunden wird. Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung und Durchsuchung des Mobiltelefons überwiegt hier das Individualinteresse des Beschwerdeführers als dessen Eigentümer. Die Sicherstellung des Mobiltelefons erweist sich daher als verhältnismässig.

4.

Nach dem Erwogenen ist die Beschwerde abzuweisen. Gemäss Art. 428 Abs. 1 StPO tragen die Parteien die Kosten des Rechtsmittelverfahrens nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens, wobei auch die Partei als unterliegend gilt, auf deren Rechtsmittel nicht eingetreten wird. Demgemäss hat der Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens mit

einer Gebühr von CHF 800.■ zu tragen.

Vorliegend handelt es sich zwar um einen Fall von offensichtlicher Aussichtslosigkeit, doch wäre es treuwidrig, die amtliche Verteidigung erst nach erfolgter Replik zu verweigern. Der amtliche Verteidiger, B____, hat zweimal eine Honorarnote in Aussicht gestellt, letztlich aber keine eingereicht. Es erscheint dennoch angemessen für seinen Aufwand 6 Stunden zu CHF 200.■, total CHF 1■200.■ zzgl. MWST von 8,1% aus der Gerichtskasse zuzusprechen.

E. 5

StGB qualifiziert und gilt als praktisch absolut verboten (Isenring/Kessler, in: Basler Kommentar, 4. Auflage 2019, Art. 197 StGB N 20). Aufgrund der konkreten Hinweise wurde die Beweisaufnahme somit nicht planlos getätigt und sie ist nicht als «fishing expedition», sondern allenfalls als Zufallsfund, zu qualifizieren.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.