

BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2022.14 vom 15. August 2023

BS Appellationsgericht, 2023-08-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2022.14

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2022.14 du 15 août 2023

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2022.14 del 15 agosto 2023

Erwägungen

E. 2

Auf die rechtzeitig und formgültig erhobene Berufung ist einzutreten. Gegenstand eines Berufungsverfahrens sind aber immer nur die angefochtenen Inhalte eines vorinstanzlichen Urteils (Art. 404 Abs. 1 StPO). Der Berufungskläger ficht gemäss seinen Rechtsbegehren das Urteil des Jugendgerichts vom 1. Dezember 2021 zwar vollumfänglich an. Allerdings finden sich in seiner Begründung keinerlei Ausführungen zur verfügten Einziehung und Vernichtung der sichergestellten Betäubungsmittel. Es ist deshalb davon auszugehen, dass das Urteil diesbezüglich unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist (Art. 402 StPO; s. Dispositiv). Zuständig für die Berufung gegen erstinstanzliche Urteile des Jugendgerichts ist die Dreierkammer des Appellationsgerichts (Art. 40. Abs. 1 lit. a StPO i.V.m. § 92 Abs. 1 Ziff.

E. 5

5.1 Nach Ansicht des Berufungsklägers sind die polizeilichen Beweiserhebungen im gegen ihn geführten Strafverfahren unverwertbar, da die Polizei, indem sie ihm mit dem Polizeiwagen gefolgt sei, eine gesetzlich nicht zulässige Observation vorgenommen habe. Die Polizei habe «eindeutig in der Funktion als gerichtliche Polizei und nicht in Wahrnehmung ihrer verkehrspolizeilichen Aufgaben» gehandelt, als sie beim Berufungskläger eine Kontrolle durchgeführt und Beweismittel gesichert habe. Es sei nicht um eine Kontrolle wegen Fahrens im fahrfähigen Zustand gegangen, sondern um eine solche im Hinblick auf die Erfassung eines Drogendealers. Die Polizei habe somit im Rahmen der StPO und nicht des SVG gehandelt. Es fehle am Tatverdacht im Sinne eines Anfangsverdachts, wie er in strafprozessualen Vorverfahren erforderlich sei. Das ergebe sich klar aus den Ausführungen der diensthabenden Polizistin, welche keinerlei Verdacht auf eine Widerhandlung gegen das SVG behauptet, sondern lediglich ihr Bauchgefühl und die Erfahrung als Gründe für die Kontrolle angegeben habe. Eine anlassfreie Kontrolle sei auch nicht gestützt auf § 34 Abs. 1 Polizeigesetz (PolG, SG 510.100) oder Art. 215 StPO zulässig; hier müsse ebenfalls ein Verdachtsmoment bestehen. Das sei vorliegend nicht der Fall gewesen. Mangels eines Anfangsverdachts sei auch die Observation unzulässig gewesen (Art. 282 Abs. 1 lit. a StPO). Damit sei die Kontrolle widerrechtlich und könnten auch die widerrechtlich erlangten Blut- und Urinanalysen nicht verwendet werden. Ausserdem sei der Berufungskläger bei seiner Anhaltung ohne Belehrung befragt worden, obwohl er minderjährig gewesen sei. Dass nicht seine Aussagen, sondern die drogen- bzw. medikamententypischen Symptome, die er bei der Kontrolle gezeigt habe, den Ausschlag für die Anordnung der Analysen gegeben hätten, wie es das Jugendgericht im angefochtenen Strafurteil festhalte (E. 3.5), sei wenig glaubhaft. Bei der später am Tag erfolgten ärztlichen Kontrolle sei schliesslich nichts dergleichen feststellbar gewesen.

Ausschlaggebend gewesen seien vielmehr die Aussage des Berufungsklägers, wonach er in der Nacht zuvor gekifft habe, sowie das Minigrip mit Betäubungsmitteln, das er auf Frage der Polizei herausgegeben habe. Schliesslich führt der Berufungskläger noch den Einwand eines «racial profiling» an und moniert das unzulässige verkehrsregelwidrige Fahrverhalten der Polizei.

Demgegenüber stellt sich die Polizei auf den Standpunkt, den Berufungskläger im Zuge einer allgemeinen Fahndung nach jugendlichen Drogendealern angehalten und kontrolliert zu haben.

Relevant ist angesichts dieser Einwände des Berufungsklägers gegen seine vorinstanzliche Verurteilung wegen einer Widerhandlung gegen das SVG, welche Gesetzesbestimmungen die erfolgte Kontrolle normieren und ob die von der Polizei gewählten Kriterien sowie die Vorgehensweise von diesen Bestimmungen gedeckt sind.

5.2 In Art. 215 Abs. 1 StPO wird unter dem Titel «Polizeiliche Anhaltung» vermerkt, dass die Polizei im Interesse der Aufklärung einer Straftat eine Person anhalten und wenn nötig auf die Polizeiwache bringen kann, um ihre Identität festzustellen (lit. a), die Person kurz zu befragen (lit. b), abzuklären, ob sie eine Straftat begangen hat (lit. c) oder um abzuklären, ob nach ihr oder nach Gegenständen, welche sich in ihrem Besitz befinden, gefahndet wird (lit. d.). Die polizeiliche Anhaltung nach Art. 215 StPO besitzt ■ samt der gegebenenfalls daran anknüpfenden Sicherheitsdursuchung (Art. 241 Abs. 4 StPO) ■ repressiven Charakter. Dadurch grenzt sie sich von den präventiven und sicherheitspolizeilichen Kontrollen ab, welche ihre Grundlage in der einschlägigen kantonalen Polizeigesetzgebung finden. Die beiden Kategorien unterscheiden sich namentlich in Bezug auf die Voraussetzung eines Anfangsverdachts: Ausgangspunkt eines jeden Strafverfahrens ist der Verdacht, eine strafbare Handlung sei begangen worden. Das in der Regelungskompetenz des Bundes liegende (Art. 123 Abs. 1 Bundesverfassung [BV, SR 101]) Strafprozessrecht regelt somit die Vorkehrungen und die Schritte des Verfahrens, mit welchem die Richtigkeit dieses Verdachts überprüft und gegebenenfalls die Straftat beurteilt wird. Soweit dagegen zu regeln ist, mit welchen Mitteln Straftaten verhindert werden können oder ihre erst mögliche Begehung festgestellt werden kann, beschlägt dies das Polizeirecht, zu dessen Erlass grundsätzlich die Kantone zuständig sind (BGE 140 I 353 E. 5.1). Während demnach die polizeiliche Anhaltung nach Art. 215 StPO einen strafprozessualen Anfangsverdacht erfordert, der zwar nicht auf eine bestimmte Person, aber doch auf eine Straftat gerichtet sein muss, sind die präventiven und sicherheitspolizeilichen Kontrollen und Durchsuchungen von Personen oder Sachen verdachtsunabhängig. Die Grenzen sind freilich fliessend und die Anwendungsfälle können sich überschneiden (zum Ganzen: Weder, in: Donatsch et al. [Hrsg.], Zürcher Kommentar zur StPO, 3. Auflage 2020, Art. 215 N 2; ebenda: Keller, Art. 241 N 2 und 6-7; vgl. zum Ganzen auch BGE 146 I 11 E. 4.1, 140 I 353 E.5.2). Polizeiliches Handeln erfolgt denn auch keineswegs nur im strafprozessualen, sondern vielmehr überwiegend im ausserstrafprozessualen Rahmen. Schnittmengen von Polizei- und Strafprozessrecht ergeben sich bereits im Tagesgeschäft, wenn etwa im Rahmen der Fahndungstätigkeit (polizeirechtliche) Personenkontrollen durchgeführt werden und dabei strafrechtlich relevante Sachverhalte zum Vorschein kommen, die dann strafprozessual weiterverfolgt werden (Bürge, Polizeiliche Ermittlung und Untersuchung, Bern 2018, S. 64; BGE 140 I 353 E.5.2). Massgeblich für die Frage, auf welcher Grundlage eine Kontrolle oder Durchsuchung fusst, sind bei solchen Mischformen der Zweck und das Motiv, welche dem polizeilichen Vorgehen zugrunde liegen.

Typischerweise richten sich präventive, sicherheits- und verkehrspolizeiliche Kontrollen gegen eine grössere Anzahl von Personen; dies ist jedoch nicht zwingend (Weder, a.a.O., Art. 215 StPO N 3). Zu beachten ist schliesslich der Übergang von der präventiven zur kriminalpolizeilichen Tätigkeit: Stellt die Polizei im Rahmen ihrer präventiven Kontrolltätigkeit strafbare Handlungen fest, nimmt sie kriminalpolizeiliche Aufgaben wahr. In diesen Fällen ermittelt die Polizei nach Art. 306 ff. StPO, wobei sie gemäss Art. 306 Abs. 2 lit. a StPO namentlich Spuren und Beweise sicherzustellen und auszuwerten hat. Werden in diesem Zusammenhang sachliche Beweismittel im Rahmen der präventivpolizeilichen Tätigkeit erhoben, sind die Beweisverbotsregelungen der StPO gleichwohl zu beachten. Andernfalls wäre die Sammlung von Beweisen ausserhalb der strafprozessualen Regeln ins Belieben oder zur freien Disposition der Behörden gestellt (BGE 146 I 11 E. 4.1 m. H. aufGless, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar StPO, 2. Auflage 2014, Art 141 N 38 f. und auf die differenzierende Auffassung vonBürge, a.a.O., S. 81 ff.).

Die Kriminalitätsbekämpfung ist Teil der gesetzlich umschriebenen polizeilichen Aufgaben, welche mitunter die Wahrnehmung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die Kriminal- und die Verkehrspolizei umfassen. Die polizeiliche Kriminalitätsbekämpfung greift über den konkreten Fall hinaus. Sie berücksichtigt die gesamte Kriminalitätsrate und beinhaltet insbesondere auch die aktive Suche nach Delikten, also das Aufnehmen von Ermittlungen «aus eigenem Antrieb» (Bürge, a.a.O., S. 66 f.). In der heutigen Kriminalitätsbekämpfung richtet sich das polizeiliche Interesse nicht mehr primär auf die Abklärung eines hinreichend konkretisierten Tatverdachts gegen eine bestimmte Person, sondern der Fokus der Polizeitätigkeit liegt zunehmend auf der Beobachtung des Alltags und der Informationsbeschaffung auf Vorrat. Damit wird die Abgrenzung zwischen strafprozessualer und ausserstrafrechtlicher polizeilicher Tätigkeit zusätzlich erschwert (Bürge, a.a.O., S. 67).

Im Unterschied zu strafprozessualen Untersuchungs- und Kontrollmassnahmen bedarf es nach dem Gesagten für die präventiven polizeilichen Massnahmen keines Anfangsverdachts (es sei denn, ein solcher würde für einzelne Massnahmen in der jeweiligen Polizeigesetzgebung explizit vorausgesetzt: vgl. Keller, a.a.O., Art. 241 StPO N 7). Hingegen braucht es auch hier eine Anknüpfung an sachlich nachvollziehbare Kriterien, will man nicht unter dem Deckmantel der präventiven Tätigkeit anlasslose und flächendeckende «fishing expeditions» zulassen. Die Anforderungshöhe ist dabei jedoch tiefer anzusetzen als bei strafprozessualen Zwangsmassnahmen. Es muss genügen, dass das präventive polizeiliche Handeln in Zielsetzung und Durchführung willkürfrei und ■ wie jegliches staatliche Handeln ■ verhältnismässig ist. Gemeinsam ist beiden Bereichen des Polizeihandelns, dem präventiven wie auch dem repressiven, dass bei gegebenen Voraussetzungen in vergleichbarer Weise in Grundrechte von Personen eingegriffen werden kann. Es kommen im Wesentlichen auch die gleichen verfassungsrechtlichen Garantien zum Schutz der Grundrechte zum Zug, insbesondere die Erfordernisse der gesetzlichen Grundlage, des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit (Art. 5 und 36 BV; vgl. BGE 140 I 353 E. 5.2; 136 I 87 E. 3.4.).

5.3 Die Polizei hat im vorliegenden Verfahren dargelegt, dass sie den Berufungskläger im Hinblick auf eine allfällige Betätigung als Drogendealer angehalten und kontrolliert habe. Dass sie nicht in Erfüllung ihrer verkehrspolizeilichen Funktion handelte, ist folglich unbestritten. Indessen ist der von der Verteidigung des Berufungsklägers daraus gezogene Schluss, es müsse sich demnach um ein strafprozessual normiertes Vorgehen der Polizei

gehandelt haben, unzulässig. Strafprozessuale Kontrollen stehen nämlich nicht nur im Gegensatz zu verkehrspolizeilich motivierten Kontrollen, sondern zu jeder Art von präventiven polizeilichen Kontrollen im Rahmen der jeweiligen (kantonalen) Gesetzgebung. Ausschlaggebend ist somit einzig, ob es sich bei der Kontrolle um ein zulässiges Vorgehen im Rahmen der präventiven polizeilichen Befugnisse handelte. Das gilt auch in Bezug auf den Vorwurf der Observation. Sofern die Polizei befugt war, den Berufungskläger ohne Anfangsverdacht im Rahmen einer präventiven Tätigkeit zu kontrollieren, muss es bei dieser Feststellung sein Bewenden haben und sind die (strafprozessualen) Bestimmungen über die Observation nicht einschlägig. Ohnehin aber ist eine Subsumtion des Vorgehens der Polizei, namentlich das Nachfahren einer potentiellen Täterschaft bis eine polizeiliche Kontrolle ohne Störung des Verkehrs stattfinden kann (s. unten E. 5.8), unter den strafrechtlichen Begriff der Observation nicht korrekt. Schliesslich handelt es sich bei einer Observation um eine «Ermittlungstätigkeit, bei welcher Vorgänge und Personen in der Öffentlichkeit systematisch und während einer gewissen Dauer beobachtet und registriert werden, um die Ergebnisse für die Strafverfolgung auszuwerten» (Thomas/Umberto, in: Donatsch et al. [Hrsg.], Zürcher Kommentar StPO, 3. Auflage 2020, Art. 282 N 1). Typisch für eine Observation ist damit, dass über einen längeren Zeitraum beobachtete und dokumentierte Vorgänge betreffend eine oder mehrere Personen in ihrer Gesamtauswertung einen bestehenden Tatverdacht erhärten (oder auch nicht erhärten). Das kurze Nachfahren einer Person bis zum geeigneten Moment für eine die anderen Verkehrsteilnehmenden nicht störende Anhaltung und Durchführung einer Personenkontrolle erfüllt die Kriterien einer Observation nicht.

5.5 Die Vornahme von Ermittlungshandlungen zur Verhütung künftiger Straftaten ■ und vor Bestehen eines Tatverdachts ■ ist eine klassische präventive polizeiliche Tätigkeit. Das kantonale Polizeirecht regelt deshalb auch, mit welchen Mitteln Straftaten verhindert werden können oder ihre erstmögliche Begehung festgestellt werden kann (BGE 143 IV 27 E. 2.5; 140 I 353 E. 5.1, 140 I 353 E. 5.1 BGer 6B_1061/2020 vom 26. Oktober 2022;). In § 34 PolG wird der Polizei die Befugnis eingeräumt, im Zuge einer Fahndung, zur Abwehr einer Gefahr, zur Durchsetzung der Rechtsordnung oder unter den Voraussetzungen von § 2 Abs. 2 PolG zum Schutz privater Rechte die Identität einer Person festzustellen und abzuklären, ob nach ihr oder nach Fahrzeugen oder anderen Sachen, die sich in ihrem Gewahrsam befinden, gefahndet wird oder sie die Rechtsordnung verletzt hat. Dieses Vorgehen einer Personenkontrolle vor Ort beschreibt gewissermassen die unterste Stufe einer polizeilichen Intervention. Nächste Stufe wäre die in § 35 PolG geregelte Anhaltung und Verbringung auf eine Dienststelle oder die Anwendung von unmittelbarem Zwang nach § 46 PolG (vgl. AGE BES.2015.120 vom 5. Januar 2017 E. 2.1, 5.1; SK.2010.17 vom 17. Dezember 2010 E.3.3.2 i). Mit seiner sehr offenen Formulierung schliesst der wenig eingriffsintensive § 34 PolG lediglich Kontrollen aus, die völlig anlassfrei erfolgen und geht damit nicht über die Schranken der Willkür und der Unverhältnismässigkeit hinaus, wie sie allgemein zu gelten haben (s. oben E. 5.3). Die Kontrolle im Hinblick auf eine allfällige Tätigkeit als Drogendealer kann sich folglich auf § 34 PolG stützen, solange sie aufgrund sachlicher Kriterien und in verhältnismässiger Weise erfolgte sowie im Konkreten die Grundrechte des Betroffenen nicht unzulässig verletzte.

5.6 All dies ist vorliegend erfüllt. Wachtmeisterin a.i. B. _____ gab anlässlich ihrer Einvernahme vom 17. Juni 2021 zu Protokoll, sie sei zusammen mit Polizisten und Polizistinnen in Ausbildung im Patrouillenfahrzeug gewesen und habe die Anordnung

gegeben, dem «jungen Mann auf einem E-Roller» zu folgen, da sie ihn «wegen Verdacht auf Betäubungsmittel» habe kontrollieren wollen (act. 74 f.). Erfahrungsgemäss habe es im damaligen Zeitraum viele Marihuana-Dealer gegeben, welche auf solchen Fahrzeugen unterwegs gewesen seien (act. 78). Die sachlichen Kriterien für die Kontrolle waren demnach das jugendliche Alter des Berufungsklägers sowie der Umstand, dass er auf einem E-Scooter fuhr. Dabei ist die Eindämmung des Drogenhandels zweifellos eine zulässige Aufgabe im Bereich der präventiven polizeilichen Tätigkeit (vgl. § 2 Abs. 1 Ziff. 4 PolG). Wenn die Polizistin nach wiederholtem Nachhaken des Verteidigers, was genau der Verdacht gewesen sei, auf «mein Bauchgefühl und meine Erfahrung» verwies sowie auf den in ihrem Team bestehenden Schwerpunkt auf die Kontrolle von E-Scootern (act. 78), ändert dies nichts am Vorliegen der sachlichen Kriterien als Auslöser der Kontrolle. Das genannte «Bauchgefühl», auf dem der Verteidiger so insistiert, meint im vorliegenden Zusammenhang offensichtlich nichts anderes als eine gewisse polizeiliche Intuition, die sich aus den ■ im gleichen Zug genannten ■ Erfahrungen aus dem Polizeialltag und aus den Erkenntnissen zahlreicher Beobachtungen und Wahrnehmungen speist und die bei der polizeilichen Tätigkeit durchaus willkommen ist. Mancher Fahndungserfolg und manches aufgedeckte Verbrechen lässt sich nur damit erklären, dass erfahrene Fachpersonen am Werk sind, welche ein Sensorium für Verdachtsmomente entwickelt haben, das dem unbedarften Passanten fehlt. Wenn der Verteidiger die Worte der Polizistin aus dem Kontext reisst, um so eine willkürliche Vorgehensweise zu konstruieren, erscheint dies vornehmlich unbehelflich.

5.7 Ebenso unbehelflich, weil durch nichts untermauert, ist die zusätzliche Rüge des «racial profiling». Sie nährt sich offenbar aus dem Umstand, dass die Polizistin als eines der Erkennungsmerkmale, weshalb man den Berufungskläger nach dem Betreten und Verlassen des Supermarktes eindeutig als den Lenker des E-Scooters, dem der Polizeiwagen gefolgt war, habe wiedererkennen können, dessen mutmasslich «dunklen Teint» erwähnte. Dies antwortete sie auf die wiederholte Nachfrage der Verteidigung, «welche weiteren Merkmale (des Berufungsklägers), abgesehen von den roten Hosen» sie sich vom Rollerfahrer habe merken können. Daraufhin gab sie (nebst der als wahrscheinlich erachteten Erinnerung an einen «dunklen Teint») auch an, diese Person sei zum E-Scooter zurückgekehrt und habe ihre Einkäufe auf diesen gelegt. Zudem seien vier weitere Polizisten der Ansicht gewesen, es handle sich bei der Person um den E-Scooter-Fahrer, dem sie gefolgt seien (act. 78 f.). Die Verteidigung übersieht mit ihrer Rüge, dass das Personenmerkmal einer dunklen Hautfarbe ein objektives (Wieder)erkennungsmerkmal darstellen kann. Mit dem als diskriminierend erkannten «racial profiling» ist aber die Kontrolle einer Person allein gestützt auf ein äusserliches Merkmal (wie etwa die Hautfarbe) gemeint, ohne jeglichen anderen Grund bzw. Anlass. Das Wiedererkennen einer Person unter anderem auch wegen ihrer Hautfarbe (und vorliegend eben auch wegen der roten Hosen und der Inbesitznahme des E-Scooters), ist, bei Vorliegen von sachlichen Gründen für die Vornahme einer Kontrolle dieser Person, hingegen nicht diskriminierend.

5.8 Dass die Kontrolle selbst in unverhältnismässiger Weise erfolgte oder einen unzulässigen Eingriff in die Grundrechte des Berufungsklägers darstellte, wird von ihm nicht geltend gemacht. Auch aus den Akten ergeben sich keine Hinweise auf ein irgendwie unverhältnismässiges Verhalten der Beamten und Beamtinnen. Ohnehin war der Berufungskläger offenbar kooperativ (Polizeirapport vom 12. März 2021 [act. 49 ff.], wonach der Berufungskläger die Fragen der Polizei vor Ort beantwortete und ohne spezielle

Vorkommnisse für weitere Abklärungen auf die Polizeiwache Kannenfeld verbracht werden konnte), weshalb die Ausübung von polizeilichem Zwang (§ 46 PolG) zur Durchführung der Kontrolle gar nicht notwendig war, mithin die Kontrolle friedlich verlief. Dass die Polizei dem Berufungskläger zunächst eine Weile mit dem Polizeiwagen folgte, vermochte Wachtmeisterin a.i. B._____ mit der Verkehrslage zu erklären, die eine frühere Anhaltung und Kontrolle nicht möglich gemacht habe (act. 72). Das leuchtet ein und gibt ebenfalls keinen Hinweis auf ein irgendwie willkürlich geartetes Vorgehen der Polizei.

Insgesamt erweist sich somit die Kontrolle des Berufungsklägers als zulässige Massnahme im Rahmen der präventiven polizeilichen Tätigkeit gemäss § 34 PolG.

E. 6

6.1 Den vorgehenden Ausführungen folgend kontrollierte die Polizei den Berufungskläger zwar im Hinblick auf eine allfällig strafrechtlich relevante Tätigkeit als Drogendealer, brachte diesen Sachverhalt in der Folge aber nicht zur Anzeige, sondern beschränkte sich auf die Meldung einer Widerhandlung gegen das SVG bzw. einer diesbezüglichen Überweisung der Sache an die Staatsanwaltschaft. Es ist somit zu prüfen, ob die Erkenntnisse der polizeilichen Anhaltung und Kontrolle auch als Beweismittel für die zusätzlich festgestellte, schliesslich aber relevante Verkehrsregelverletzung zulässig ist.

6.2 Für die Beurteilung dieser Frage ist ein Blick auf die die rechtliche Behandlung von Zufallsfunden hilfreich. Um einen Zufallsfund handelt es sich, wenn durch eine Überwachungs- oder sonstige Massnahme eine andere Straftat bekannt wird als die mit der Massnahme anvisierte; dabei kann es sich um eine bereits begangene, aber den Strafverfolgungsbehörden noch unbekannt Tat handeln oder aber um eine neue Tat, das heisst eine solche, welche im Zeitpunkt der Anordnung einer Massnahme noch gar nicht begangen worden war (Maeder/Stadler, Strafprozessuale Videoüberwachung und informationelle Selbstbestimmung ■ Anmerkungen zu BGE 145 IV 42, in: forum poenale 2019, S. 396, 398). Die Behandlung von Zufallsfunden aufgrund von geheimen (genehmigten) Überwachungen wird in Art. 278 StPO geregelt. Werden andere Straftaten bekannt als die in der Überwachungsanordnung aufgeführten, so können diese Erkenntnisse gemäss Art. 278 Abs. 1 StPO gegen den Betroffenen verwendet werden, wenn sie ebenfalls eine geheime Überwachung gerechtfertigt hätten. Eine vergleichbare Regelung enthält Art. 296 Abs. 1 StPO für Zufallsfunde im Rahmen einer verdeckten Ermittlung. In Bezug auf Zufallsfunde bei Durchsuchungen und Untersuchungen schreibt Art. 243 StPO vor, dass zufällig entdeckte Spuren oder Gegenstände, die mit der abzuklärenden Straftat nicht in Zusammenhang stehen, aber auf eine andere Straftat hinweisen, sicherzustellen (Abs. 1) und der Verfahrensleitung mit einem Bericht zu übermitteln sind (Abs. 2). Das Bundesgericht hat sich zur Verwertbarkeit von solchen Zufallsfunden in einem jüngeren Entscheid geäussert und betont, dass ein dergestalt entdeckter Zufallsfund ohne Einschränkungen Anlass zur Eröffnung eines neuen Verfahrens geben und in diesem als Beweismittel gelten kann, soweit die ursprüngliche Massnahme rechtmässig war (BGer 6B_24/2019 vom 3. Oktober 2019 E. 2.3). Eine weitere Verhältnismässigkeitsprüfung zwischen der Intensität der Massnahme und den Delikten, welche anhand der Zufallsfunde entdeckt werden, sehe das Gesetz nicht vor. Auch laut Botschaft ist die Verwertung von Zufallsfunden bei Hausdurchsuchungen sowie weiteren Unter- oder Durchsuchungen ausdrücklich erlaubt. Die Ergebnisse der Massnahme bedürften nicht zwingend eines Bezugs zwischen derjenigen Straftat, die die Unter- oder Durchsuchung ausgelöst habe, sondern können sich auf ein anderes Delikt der beschuldigten Person oder von Dritten

beziehen, welches möglicherweise bereits (ebenfalls) verfolgt werde oder noch unbekannt sei (Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 S. 1085, 1237 Ziff. 2.5.4.1). Da das Bundesgericht im zitierten Fall die ursprüngliche Massnahme für rechtmässig erachtete, bejahte es die Verwertbarkeit der dadurch zutage geförderten Zufallsfunde (welche im zu beurteilenden Fall ebenfalls auf SVG-Delikte hinwiesen) ohne weitere Prüfung (zum Ganzen: BGer 6B_24/2019 vom 3. Oktober 2019 E. 2.4, m.w.H.). Indem das Gesetz die Verwertbarkeit von Zufallsfunden aus Durchsuchungen und Untersuchungen grundsätzlich bejaht und indem die Praxis dies grosszügig zur Anwendung bringt, wird eine Lücke geschlossen, die sonst in der Beweiskette entstehen würde, da die erforderlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Massnahme sich naturgemäss nicht auf Straftaten beziehen können, die bei der Anordnung der Massnahme noch gar nicht bekannt waren.

6.3 Freilich handelt es sich vorliegend nicht um einen Zufallsfund im eigentlichen Sinn. Die Figur des in der StPO geregelten Zufallsfundes spielt einzig im Bereich der strafprozessualen, nicht der präventiven polizeilichen Tätigkeit eine Rolle. Zufallsfunde stammen aus dem rechtmässigen Einsatz strafprozessualer Zwangsmassnahmen, dem namentlich ein genügender Anfangsverdacht und teilweise noch weitergehende Anforderungen, wie etwa die Schwere eines Delikts, zugrunde lagen (BGE 137 I 218 E. 2.3.2, m.w.H.; vgl. auch Ruckstuhl, Die strafprozessuale Verwertung von Dashcam-Aufnahmen, in: Schaffhauser [Hrsg.], Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2018, Zürich 2018, S. 117 ff.). Im Rahmen der präventiven polizeilichen Tätigkeit ist ein Anfangsverdacht im strafprozessualen Sinn dagegen, wie gesehen (s. oben E. 5.2), nicht notwendig. Es genügt im Falle einer blossen Kontrolle, dass diese willkürfrei (namentlich aus sachlichen Gründen) und verhältnismässig erfolgt ist. Demzufolge rechtfertigt es sich aber auch, im vorliegenden Fall die präventive Kontrolle zur Erfassung von Drogendealertätigkeiten ebenso für die Erfassung des Verkehrsdelikts gelten zu lassen. Mit anderen Worten ausgedrückt, bedeutet dies: War die Anhaltung und Kontrolle des Berufungsklägers mit Blick auf eine allfällige Dealertätigkeit als (präventive) polizeiliche Massnahme rechtmässig, so war damit grundsätzlich auch die (zufällig erlangte) Erkenntnis über das Fahren unter Drogeneinfluss verwertbar. Dass dies der heute gängigen Auffassung entsprechen dürfte, legt Ruckstuhlanhand eines Beispiels zu einem (echten) Zufallsfund recht anschaulich dar: «Geht man [] davon aus, dass die Polizei während einer Kontrollfahrt auf der Autobahn feststellt, dass sich beispielsweise ein Auto mit hoher Geschwindigkeit von hinten nähert, darf sie das Videogerät einschalten, um die vermutete Geschwindigkeitsüberschreitung festzustellen und zu dokumentieren. Wenn sie dabei zufällig noch ein Rechtsüberholmanöver filmt, ist das ein Zufallsfund im Sinne von "Kommissar Zufall", eben die zufällige Feststellung einer Straftat im Rahmen einer rechtmässigen Polizeiaktion, gegen die keine Verwertungshindernisse bestehen» (Ruckstuhl, a.a.O., S. 117, 126).

Aus dem Ausgeführten folgt, dass die aus der Kontrolle des Berufungsklägers gewonnenen Erkenntnisse betreffend sein Fahren unter Drogeneinfluss grundsätzlich verwertbar sind.

E. 7

7.1 Die Verteidigung macht geltend, es sei wenig glaubhaft, dass etwas anderes als die Angaben des Berufungsklägers zu seinem Marihuanakonsum und das von ihm der Polizei ausgehändigte Marihuana Anlass für die polizeilichen Abklärungen betreffend Substanzgebrauch gewesen seien. Dieses Vorgehen sei nicht korrekt, da der

Berufungskläger von der Polizei nicht über seine Rechte und Pflichten aufgeklärt worden sei. Die Annahme der Vorinstanz, die polizeilichen Abklärungen seien aus anderen Gründen eingeleitet worden, sei wenig glaubhaft.

7.2 Auch in diesem Punkt ist den Ausführungen des Verteidigers nicht zuzustimmen. Aus dem Polizeirapport vom 12. März 2021 betreffend «Fahren im angetrunkenen Zustand und/oder unter Drogen-/Medikamenteneinfluss» (act. 49 ff.) ergeht, dass die Polizei bei der Anhaltung beim Berufungskläger Symptome eines möglichen Drogenkonsums feststellen konnte. Diese hielt sie im Rapport unter dem Erfassungspunkt «Drogen-/Medikamentensymptome» fest, namentlich notierte sie: «gerötete Bindehäute», «verlangsamte Pupillenadaptation» und «gleichgültiges Verhalten» (act. 50). Unter «Sachverhalt» wurde rapportiert: « [] Bei der Kontrolle des Beschuldigten konnten Hinweise darauf erlangt werden, dass der Lenker unter dem Einfluss von Betäubungsmitteln steht. Zudem gab der Beschuldigte im Zuge einer Abtastung vor Ort durch den Schreibenden auf die Frage, ob er etwas Verbotenes mit sich führe, ein Minigrip mit einer geringen Menge Marihuana heraus. Es konnten keine weiteren polizeilich relevanten Gegenstände gefunden werden. [] Der Beschuldigte wurde zwecks Durchführung weiterer Abklärungen zur Polizeiwache Kannenfeld verbracht [].» (act. 51 f.). Folglich standen die eigenen Wahrnehmungen der Polizei betreffend den Verdacht auf Drogenkonsum am Anfang der Kontrolle. Dies erscheint auch lebensnah, schliesslich fallen typische Rauschsymptome in den Augen und im Verhalten einer Person unmittelbar bei der Kontaktaufnahme auf, umso mehr als es sich bei Polizeibeamten und -beamtinnen um auf solche Anzeigen geschulte Personen handelt. Dies überzeugt schliesslich auch, da die kontrollierenden Beamten und Beamtinnen die Kontrolle wie dargelegt durchführten, weil sie den zu dieser Zeit offenbar stattfindenden Drogenhandel durch E-Scooter-Fahrer im Visier hatten. Dass Kleindealer häufig auch selber Betäubungsmittel konsumieren ist bekannt, weshalb glaubhaft ist, dass die Polizeibeamten und -beamtinnen bei der Kontaktaufnahme mit dem Berufungskläger ein kritisches Auge auf allfällige Anzeichen von Konsum hatten. Die in der Folge dieser Wahrnehmungen angeordnete Urinprobe als Betäubungsmittelvortest (act. 50 f.) und die nach Erhalt des positiven Testresultats der Urinprobe durch den Jugendanwalt angeordneten vertieften Blut- und Urinalysen durch das Universitätsspital waren sodann ebenfalls zulässig (Art. 306 StPO). Insoweit ist der Einwand unbehelflich, dass der Berufungskläger ohne Belehrung befragt worden sei und es kann unbeantwortet bleiben, ob die Angaben des Berufungsklägers diesfalls verwertbar wären oder nicht. Sie hatten, wie die Vorinstanz zutreffend festhält, offensichtlich keinen ausschlaggebenden Einfluss auf die Anordnung der Urin- und Blutanalysen.

Das Vorgehen der Polizei erweist sich somit insgesamt als korrekt und die Ergebnisse daraus sind verwertbar.

E. 8

Den gegen ihn erhobenen Strafvorwurf wird vom Berufungskläger nicht bestritten, vielmehr hat er sich auf die formellen Rügen beschränkt, allerdings in seiner Einvernahme vom 26. April 2021 wie auch in der Verhandlung vor dem Jugendgericht von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht. Von ihm zugestanden ist folglich einzig das Lenken eines Leichtmotorfahrrads im inkriminierten Zeitraum. Dass sich der Berufungskläger dabei in fahruntüchtigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG sowie Art. 2 Abs. 1 und 2 lit. a Verkehrsregelverordnung (VRV, SR 741.11) und Art. 34 lit. a Verordnung des ASTRA zur Strassenverkehrskontrollverordnung (VSKV-ASTRA,

SR 741.013.1) befand, ist hingeben mit den Ergebnissen der Urin- und Blutprobe ohne Weiteres rechtsgenügend erstellt (s. Rechtsmedizinisches Gutachten vom 8. April 2021, act. 64 ff.). Die rechtliche Würdigung des so erstellten Sachverhalts wirft keine Fragen auf, weshalb auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden kann (act. 147 f.).

E. 9

Mit dem angefochtenen Entscheid ist der Berufungskläger zu einer bedingt vollziehbaren Busse von CHF 60.■, unter Ansetzung einer Probezeit von 12 Monaten, verurteilt worden. Das Jugendgericht hat bereits darauf hingewiesen, dass es den Bussbetrag zwar als niedrig erachte, aufgrund des Wohlverhaltens des Berufungsklägers seit der Tat sowie dessen finanziellen Verhältnissen an der Sanktion gleichwohl festhalte (S. 8, act. 200). Diese Feststellungen gelten immer noch, wobei aufgrund der reformatio in peius eine Erhöhung des Bussbetrages ohnehin nicht in Frage kommt und die Busse einzig reduziert werden könnte. Angesichts des bereits geringen Bussbetrages, welcher auch eine sich noch in Ausbildung befindliche Person kaum nachhaltig belastet, drängt sich dies nicht auf.

E. 10

Damit unterliegt der Berufungskläger mit seiner Berufung vollständig, weshalb er die Berufungsverfahrenskosten zu tragen hat (Art. 44 Abs 2 JStPO i.V.m. Art. 428 Abs. 1 StPO). Gleichzeitig besteht kein Anlass für eine Abänderung der ihm erstinstanzlich auferlegten Kosten. Für die Kosten des Berufungsverfahrens haften die Eltern des Beschwerdeführers solidarisch (Art. 44 Abs. 3 JStPO i.V.m. Art. 426 Abs. 1 StPO). Für die Einzelheiten wird auf das Dispositiv verwiesen.

://: Es wird festgestellt, dass folgender Inhalt des Urteils des Dreiergerichts des Jugendgerichts vom 1. Dezember 2021 mangels Anfechtung in Rechtskraft erwachsen ist:

- der Einzug und die Vernichtung der sichergestellten Betäubungsmittel (1 Minigrip mit 1,5 g Marihuana [brutto] sowie 1 Grinder) gemäss Art. 69 StGB.

In Abweisung der Berufung wird der Berufungskläger, A____, der Widerhandlung gegen das SVG schuldig erklärt und zu Busse von CHF 60.■, mit bedingtem Strafvollzug und unter Auferlegung von einer Probezeit von 12 Monaten, verurteilt;

in Anwendung von Art. 91 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 31 Abs. 2 SVG sowie Art. 2 Abs. 1 und 2 lit. a VRV und Art. 34 lit a VSKV-ASTRA, Art. 24 Abs. 1 i.V.m. Art. 35 Abs. 1 und 2 sowie Art. 29 Abs. 1 JStGB.

Der Berufungskläger trägt die reduzierten Kosten von CHF 50.■ und eine Urteilsgebühr von CHF 100.■ für das erstinstanzliche Verfahren. Der Berufungskläger und seine Eltern tragen in solidarischer Haftung die Kosten des Berufungsverfahrens mit Einschluss einer Urteilsgebühr von CHF 500.■ (inklusive Kanzleiauslagen und zuzüglich allfällige übrige Auslagen).

Mitteilung an:

APPELLATIONSGERICHT BASEL-STADT

Die Präsidentin

Die Gerichtsschreiberin

lic. iur. Eva Christ

lic. iur. Barbara Grange

Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 78 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung Beschwerde in

Strafsachenerhoben werden. Die Beschwerdeschrift muss spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht (1000 Lausanne 14) eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer diplomatischen oder konsularischen Vertretung der Schweiz im Ausland übergeben werden (Art. 48 Abs. 1 BGG). Für die Anforderungen an den Inhalt der Beschwerdeschrift wird auf Art. 42 BGG verwiesen. Über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet das Bundesgericht.

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